

João Nuno Cruz Matos Calvão da Silva

AGÊNCIAS EUROPEIAS DE REGULAÇÃO

Tese de Doutoramento em Direito
– Ramo de Direito da União Europeia –
orientada pelo Prof. Doutor Manuel Carlos Lopes Porto
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro | 2014

Abreviaturas

AACS	– Alta Autoridade para a Comunicação Social
ACER	– Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia
AdC	– Autoridade da Concorência
ARN	– Autoridades Reguladoras Nacionais
BCE	– Banco Central Europeu
BEI	– Banco Europeu de Investimento
BEREC	– Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas
CDT	– Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia
CDFUE	– Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CECA	– Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEDEFOP	– Centro Europeu Para o Desenvolvimento da Formação Profissional
CEE	– Comunidade Económica e Europeia
CEEP	– Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou Interesse Económico Geral
CEER	– Conselho dos Reguladores Europeus de Energia
CEPOL	– Academia Europeia de Polícia
CFCA	– Agência Europeia de Controlo das Pescas
COREPER	– Comité dos Representantes Permanentes
CPA	– Código do Procedimento Administrativo
CPS	– Comité Político e de Segurança
CPTA	– Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CPVO	– Instituto Comunitário das Variedades Vegetais
CSUE/EUSC	– Centro de Satélites da União Europeia
DMIF	– Directiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros
EACEA	– Agência de Execução relativa à Educação, ao Audiovisual e à Cultura
EACI	– Agência de Execução para a Competitividade e a Inovação
EAHC	– Agência de Execução para a Saúde e os Consumidores
EASA	– Agência Europeia para a Segurança da Aviação
EASO	– Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo
EBA	– Autoridade Bancária Europeia
ECDC	– Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças
ECHA	– Agência Europeia das Substâncias Químicas
EDA	– Agência Europeia de Defesa
EEA	– Agência Europeia do Ambiente

EFSA	– Autoridade (Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos)
EFSF	– Fundo Europeu de Equilíbrio Financeiro
EFSM	– Mecanismo Europeu de Estabilização Monetária
EIGE	– Instituto Europeu para a Igualdade de Género
EIOPA	– Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma
EMA	– Agência Europeia de Medicamentos
EMCDDA	– Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência
EMSA	– Agência Europeia da Segurança Marítima
ENISA	– Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação
ERA	– Agência Ferroviária Europeia
ERGEG	– Grupo Europeu de Reguladores da Electricidade e do Gás
ESFS	– Sistema Europeu de Supervisão Financeira
ESMA	– Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados
ESRB	– Comité Europeu do Risco Sistémico
ETAF	– Estatuto dos Tribunais Administrativos
ETF	– Fundação Europeia para a Formação
EU-OSHA	– Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho
EUISS	– Instituto de Estudos de Segurança da União Europeia
EUMC	– Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia
EURATOM	– Comunidade Europeia da Energia Atómica
EUROFOUND	– Fundação Europeia para a melhoria das condições de vida e de trabalho
EUROJUST	– Unidade Europeia de Cooperação Judiciária
EUROPOL	– Serviço Europeu de Polícia
EUSC	– Centro de Satélites da União Europeia
FED	– Reserva Federal Americana
FEEF	– Fundo Europeu de Estabilidade Financeira
FRA	– Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia
FRONTEX	– Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas
GSA	– Agência do GNSS Europeu
ICVV	– Instituto Comunitário das Variedades Vegetais
JAA	– Autoridades Comuns da Aviação
MEE	– Mecanismo Europeu de Estabilidade
MEEF	– Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira
MIBEL	– Mercado Ibérico da Energia Eléctrica
MUS	– Mecanismo Único de Supervisão

OHIM	– Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos)
OICVM	– organismos de investimento colectivo em valores mobiliários
OMT	– Transacções Monetárias Definitivas
PE	– Parlamento Europeu
PEC	– Pacto de Estabilidade e Crescimento
PESC	– Política Externa e de Segurança Comum
PPP	– Parcerias Público-Privadas
PTCE	– Projecto de Tratado Constitucional Europeu
REA	– Agência de Execução para a Investigação
REACH	– Registo, Avaliação, Autorização e Restrição de Produtos Químicos
RGICSF	– Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
SEBC	– Sistema Europeu de Bancos Centrais
SESF	– Sistema Europeu de Supervisão Financeira
SIEG	– Serviços de Interesse Económico Geral
TCE	– Tratado da Comunidade Europeia
TCEE	– Tratado da Comunidade Económica Europeia
TECG	– Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária
TEDH	– Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TEN-TEA	– Agência de Execução da Rede Transeuropeia de Transportes
TFUE	– Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	– Tribunal de Justiça da União Europeia
TMEE	– Tratado do Mecanismo Europeu de Estabilidade
TPI	– Tribunal de Primeira Instância
TUE	– Tratado da União Europeia
UEM	– União Económica e Monetária

Resumo

Hodiernamente, a paisagem institucional da União Europeia é marcada de forma crescente pela emergência das denominadas agências europeias, a actuar no âmbito das mais diversas políticas comunitárias: marcas, segurança aérea, segurança alimentar, controlo de fronteiras, energia, comunicações electrónicas, mercados financeiros, entre outras.

De facto, no contexto da emergência e consolidação do Estado regulador, com a abertura à concorrência de sectores anteriormente monopolizados pelo poder público e o surgimento dos serviços de interesse (económico) geral, o modelo dos reguladores independentes – independência dos interesses dos operadores económicos e das interferências políticas, com raízes norte-americanas, tem-se imposto, muito por influência do direito comunitário, nos ordenamentos jurídicos dos Estados europeus e constitui traço incontornável do poder executivo da própria União.

Nesta envolvente, em atenção ao crescente número e, em especial, ao reforço das suas prerrogativas e da sua relevância na ordem executiva da UE e ao nível das administrações dos Estados membros, temos por relevante desenvolver um *estudo compreensivo das agências europeias*, dada a ausência de monografias sobre esta importante temática na doutrina nacional e a sua raridade na doutrina estrangeira.

O objectivo fundamental da presente dissertação é analisar a *tendência da “agencificação” europeia* - seus traços caracterizadores e desenvolvimentos (mais) globais -, sem prejuízo de, em certos momentos, se revelar necessário densificar esta (tentativa de) *teoria geral das agências europeias* com a concretização das principais especificidades de alguns destes organismos.

Sendo este o propósito principal, mais do que examinar as “*circunstâncias*” ou contingências do aparecimento e a diversidade de funções ou de competências cometidas a cada agência, *curamos de encontrar respostas a questões transversais, inter alia*: vantagens oferecidas por estes organismos para a credibi-

lidade, legitimidade e visibilidade da acção da União?; em que medida as agências europeias constituem o resultado de compromissos de interesses entre instituições e Estados membros?; que tipo de relações (e de autonomia ou independência relativa) se desenvolvem entre as agências europeias, as instituições da UE e os Estados membros?; suficiência dos mecanismos de *accountability* para garantir a legitimidade (democrática) de organismos técnicos cada vez mais poderosos?

É que, numa palavra, o reconhecimento da heterogeneidade como “*dado real*” e traço (mais) decisivo do processo de “agencificação” na UE não impede, antes aconselha e justifica, a investigação (*ars inveniendi*) dos elementos (comuns) que explicam o recurso à mesma solução institucional - o modelo das entidades independentes (*rectius*, autónomas) – na execução de políticas europeias tão diversas.

Palavras-chave:

execução de políticas europeias; agências europeias; Estado regulador

Abstract

The current European Union institutional framework is becoming increasingly defined by the emergence of the so-called European agencies, which play a determinant role on a diverse number of community policies: trademark, air safety, food safety, border control, energy, electronic communications, financial markets, among others.

In the context of the emergence and consolidation of the State as regulator, with the access of the private sector to areas previously under State monopoly and the advent of services of general (economic) interest, the US born model of independent regulators (independency from economic operators and from political interferences) has imposed itself, much by community law influence, in the Euro-

pean legal systems, constituting a fundamental feature of the Unions' executive power.

We consider the development of a comprehensive study on the topic of European agencies to be of relevance, given their growing number and the reinforcement of their prerogatives and importance to the EU executive order and Member states' administrations, as well as the absence of monographs on such an important topic in the national doctrine and their scarcity in the international doctrine.

This dissertations' main purpose is to analyse the European "agencification" tendency – its features and (more) global developments – without prejudice, in certain stages, of going beyond this (attempt of) general theory of European agencies through the analyzes of these bodies' specificities.

Having established the main purpose, more than analysing the "*circumstances*" or contingencies of emergence and the diversity of functions and competences committed to each agency, we seek answers for horizontal issues, *inter alia*: what are the advantages brought by these bodies to the credibility, legitimacy and visibility of EU action?; to what extent do European agencies represent an interests compromise between institutions and Member states?; what kind of relationship is developed between European agencies, EU institutions and Member states (one of autonomy or of relative independence)?; are the accountability mechanisms enough to guarantee the (democratic) legitimacy of ever more powerful technical bodies?

In a word: the recognition of heterogeneity as a reality and the (most) decisive feature in the process of "agencification" of the EU advises and justifies the investigation (*ars inveniendi*) of (common) elements that explain the use of the same institutional solution – the model of independent (*rectius*, autonomous) entities – to execute such diverse European policies.

Keywords:

Execution of European policies; European agencies; State regulator

§ PRELIMINAR

1. Apresentação do tema

Hodiernamente, a paisagem institucional da União Europeia é marcada de forma crescente pela emergência das denominadas agências europeias, a actuar no âmbito das mais diversas políticas comunitárias: marcas, segurança aérea, segurança alimentar, controlo de fronteiras, energia, comunicações electrónicas, mercados financeiros, entre outras.

De facto, no contexto da emergência e consolidação do Estado regulador, com a abertura à concorrência de sectores anteriormente monopolizados pelo poder público e o surgimento dos serviços de interesse (económico) geral, o modelo dos reguladores independentes – independência dos interesses dos operadores económicos e das interferências políticas, com raízes norte-americanas, tem-se imposto, muito por influência do direito comunitário, nos ordenamentos jurídicos dos Estados europeus e constitui traço incontornável do poder executivo da própria União.

Nesta envolvente, em atenção ao crescente número e, em especial, ao reforço das suas prerrogativas e da sua relevância na ordem executiva da UE e ao nível das administrações dos Estados membros, temos por relevante desenvolver um *estudo compreensivo das agências europeias*, dada a ausência de monografias sobre esta importante temática na doutrina nacional e a sua raridade na doutrina estrangeira.

O objectivo fundamental da presente dissertação é analisar a *tendência da “agencificação” europeia* - seus traços caracterizadores e desenvolvimentos (mais) globais -, sem prejuízo de, em certos momentos, se revelar necessário densificar esta (tentativa de) *teoria geral das agências europeias* com a concretização das principais especificidades de alguns destes organismos.

Sendo este o propósito principal, mais do que examinar as “*circunstâncias*” ou contingências do aparecimento e a diversidade de funções ou de compe-

tências cometidas a cada agência, *curamos de encontrar respostas a questões transversais, inter alia*: vantagens oferecidas por estes organismos para a credibilidade, legitimidade e visibilidade da acção da União?; em que medida as agências europeias constituem o resultado de compromissos de interesses entre instituições e Estados membros?; que tipo de relações (e de autonomia ou independência relativa) se desenvolvem entre as agências europeias, as instituições da UE e os Estados membros?; suficiência dos mecanismos de *accountability* para garantir a legitimidade (democrática) de organismos técnicos cada vez mais poderosos?

É que, numa palavra, o reconhecimento da heterogeneidade como “*dado real*” e traço (mais) decisivo do processo de “agencificação” na UE não impede, antes aconselha e justifica, a investigação (*ars inveniendi*) dos elementos (comuns) que explicam o recurso à mesma solução institucional - o modelo das entidades independentes (*rectius*, autónomas) – na execução de políticas europeias tão diversas.

2. Roteiro da investigação

Na Parte I da dissertação, procedemos ao enquadramento das agências europeias no âmbito da execução do Direito e das Políticas da UE: depois de apresentarmos os clássicos conceitos de administração directa e de administração indirecta (Título I), dedicamo-nos à denominada administração integrada, onde ressaltam os organismos em apreço no quadro das estruturas de rede (de administrações nacionais e europeia) e no seio da tendência de europeização da função regulatória (Título II).

Ainda nesta envolvente das agências europeias, com captação da sua *existência, sentido e fim*, examinamos o Tratado de Lisboa, em particular a nova tipologia de actos jurídicos e a inédita (?) distinção entre actos delegados e actos de execução, para acentuar o desfasamento entre os Tratados e a grande relevância actual das múltiplas agências na execução do Direito e das Políticas da União Europeia (Título III).

Na Parte II focamo-nos directa e imediatamente sobre as agências europeias enquanto traço caracterizador da coeva administração europeia: depois de (tentarmos) perscrutar e definir, *rectius*, salientar as suas características comuns – não obstante destacarmos o “*dado real*” da heterogeneidade como dimensão principal (Título I) -, desenvolvemos as várias classificações (da Comissão e da doutrina) de agências europeias (Título II).

A mais da imprecisão terminológica que ressalta, a análise das diversas classificações apresentadas permite centrar o nosso estudo nas agências europeias reguladoras: as *agências de pendor essencialmente intergovernamental*, a actuar em áreas de forte sensibilidade política, e as *agências executivas*, disciplinadas por uma regulamentação quadro e dirigidas à gestão de programas comunitários, não constituem, pois, aspectos angulares da nossa investigação.

Ao centrar o estudo nas denominadas agências europeias de regulação, realçamos o reforço progressivo das suas prerrogativas, com o surgimento de agências dotadas de poderes decisórios cada vez mais impressionantes, *maxime* as Autoridades Europeias de Supervisão Financeira.

Mesmo assim, as agências europeias de regulação encontram-se (ainda) muito afastadas dos poderes latos de que dispõem as suas congéneres de Estados membros e dos EUA, apesar da envolvente comum das agências nos países ocidentais e da sua profunda inspiração no modelo de administração independente (de raiz norte-americana) – o qual, aliás, é objecto da nossa crítica (Título III).

Na busca das razões para os poderes restritos das agências europeias, impõe-se averiguar as limitações jurídicas à delegação de poderes por instituições comunitárias – maioritariamente decorrentes de interpretação (excessivamente) restritiva da doutrina *Meroni* (Título IV) - , e, concomitantemente, os interesses institucionais subjacentes à evolução ocorrida em matéria de escolha da *base jurídica* para o estabelecimento dos organismos em apreço (Título V).

Naturalmente, dissecamos mecanismos vários de responsabilização (*accountability* política, financeira, judicial e para-judicial) das agências europeias – contrapartida indispensável da autonomia e do aumento das suas competências

(Título VI) - e analisamos o complexo problema das relações externas (Título VII).

Concluimos a presente investigação com a ponderação das vantagens e desvantagens associadas a uma (eventual) regulamentação uniformizadora das agências europeias (Título VIII).

PARTE I

**DO ENQUADRAMENTO DAS AGÊNCIAS EUROPEIAS NA EXECUÇÃO
DO DIREITO E DAS POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA**

TÍTULO I

Administração directa e administração indirecta

Capítulo I

Administração indirecta: descentralização da execução do direito e das políticas da União

3. Noções de administração directa e indirecta

Em matéria de *execução*, o sistema administrativo comunitário caracteriza-se pela separação de esferas de competência entre autoridades supranacionais e administrações nacionais: à União cabe a fixação das regras essenciais ao bom funcionamento do espaço comunitário (v.g. legislar, aproximar legislações); aos Estados membros incumbe assegurar a sua implementação – *implementação normativa e implementação administrativa*¹.

Deste modo, a adopção de medidas complementares (normativas) das regras comunitárias essenciais vertidas em direito derivado (de base) e a aplicação destas regras aos casos concretos² assentam, fundamentalmente, sobre os apare-

¹ Como explica Pedro Gonçalves, “Em muitos casos, fala-se em execução do direito da União Europeia para referir uma intervenção (nacional) de tipo legislativo, por ex., no âmbito da transposição de directivas para o direito interno dos Estados-Membros. Todavia, o conceito de execução refere-se ainda a uma tarefa de levar à prática, implementar ou proceder à efectivação do direito europeu, objectivo que reclama uma tarefa de execução situada a um nível administrativo, no plano da execução de uma função administrativa”. Vide PEDRO GONÇALVES, *Influência do direito da União Europeia na organização administrativa dos Estados-membros*, tópicos para os alunos de direito administrativo I, 2ª turma, (ponto 20 dos sumários do ano lectivo 2009-2010), policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pág. 4.

² Utilizada frequentemente pela doutrina, a distinção entre *execução normativa* e *execução administrativa* radica na jurisprudência do Tribunal, de acordo com o qual “a noção de execução, na

lhos administrativos dos Estados membros (*administração indirecta*), com apenas algumas funções de execução cometidas directamente a instâncias europeias (*administração directa*).^{3/4}

.../...

acepção desse artigo, compreende ao mesmo tempo a elaboração de normas de aplicação e a aplicação de normas a casos particulares por meio de actos de alcance individual. Utilizando o Tratado o termo ‘execução’ sem o restringir através de uma especificação adicional, esse termo não pode ser interpretado como excluindo os actos individuais.” Cfr. acórdão do Tribunal, Comissão contra Conselho, de 24 de Outubro de 1989, processo 16/88, nº 11.

³ A esfera executiva ao nível europeu era repartida por Conselho e Comissão, havendo abundante doutrina e jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a articulação de competências entre estas instituições. *Vide*, por todos, SABINO CASSESE, “I caratteri del diritto amministrativo europeo”, in *Diritto Amministrativo Europeo – principi e istituti*, coordenado por Giacinto della Cananea, 2ª edição, Giuffrè, Milão, 2008, em especial, pág. 199 e ss. Com o Tratado de Lisboa, a administração directa europeia repousa em regra na Comissão. *Amplius, infra* nº 26.

⁴ Claude Blumann e Louis Dubois explicam o fundamento do *princípio da administração indirecta*: “resulta da própria natureza das competências e das políticas da União. Com efeito, diferentemente de um Estado federal, (...) não há uma estrita repartição de competências entre o nível da União e o dos Estados membros. A União caracteriza-se com efeito por uma interpenetração de competências, que se traduz sobretudo na noção de competências partilhadas. A maior parte das políticas da União (...) inscreve-se no vasto domínio das competências partilhadas (coesão económica e social, ambiente, etc...). Nestas condições, vemos mal como se possa separar (...) o que releva da gestão administrativa das autoridades nacionais e o que relevaria de uma administração europeia. (...) Certo, teria sido possível prever a criação de uma administração de terreno. A autonomia da União ganharia, mas o custo financeiro e político teria sido elevado”. *Vide* CLAUDE BLUMANN/LOUIS DUBOIS, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 4ª edição, Lexis Nexis Litec, Paris, 2010, págs. 479-480.

Robert Schütze prefere distinguir entre *federalismo dual* e *federalismo cooperativo*: aquele baseia-se numa ideia de divisão de soberania em blocos de poderes exclusivos – os do governo federal e os dos governos estaduais, actuando com independência e como iguais nas respectivas esferas; este apela à partilha de funções e competências entre Governo Central e Estados, como partes complementares. *Vide* ROBERT SCHÜTZE, *From dual to cooperative federalism – the changing structure of european law*, Oxford University Press, 2009, pág. 5. Neste sentido, o tradicional “federalismo de execução” coincide com o arranjo federal dualista, o qual, como veremos (cfr. nºs 10-14), com a gradual evolução da esfera administrativa da UE na direcção de uma administração integrada e da co-execução, tem caminhado para um federalismo de cariz (predominantemente) cooperativo.

.../...

Nas palavras do juiz comunitário, “de acordo com os princípios gerais em que o sistema institucional da Comunidade se baseia e que governa as relações entre a Comunidade e os Estados membros, cumpre aos Estados membros (...) assegurar que as normas comunitárias (...) sejam implementadas nos seus territórios, enquanto o direito comunitário, incluindo os seus princípios gerais, não preveja regras comuns para esse efeito.”⁵

Trata-se, no fundo, da conjugação das duas fontes inspiradoras do direito administrativo europeu: o *funcionalismo* subjacente ao modelo norte-americano das agências federais, fortemente influenciador do direito administrativo francês, na base dos (fortes) poderes e importância de instituições supranacionais como a Comissão (e a Alta Autoridade, na antiga CECA); o *federalismo* germânico, assente num princípio da administração indirecta, em que a execução da lei federal é competência dos *Länder*, constituindo excepção as administrações próprias da Federação (*bundeseigene Verwaltung*), princípio enformador do *federalismo de execução* comunitário.⁶

.../..._____

O autor debruça-se apenas, porém, sobre a função legislativa, considerando assistir-se a uma transição do ordenamento jurídico da UE de um modelo dualista para um federalismo cooperativo, considerando mesmo que “a filosofia do federalismo dual perdeu contacto com a realidade legislativa na Europa, a qual é caracterizada crescentemente pela interpenetração legislativa” (pág. 352). Na mesma linha, David Benson e Andrew Jordan consideram “forte” o valor potencial do federalismo cooperativo “na previsão e explicação da alocação de tarefas na UE”, explicando a “sua actual popularidade pelos paralelismos óbvios com as aproximações à governança multinível”.

Vide DAVID BENSON E ANDREW JORDAN, “Exploring the tool-kit of european integration theory: what role for cooperative federalism?”, in *Journal of European Integration*, volume 33, nº 1, Routledge, Janeiro 2011, págs. 1-17.

⁵ Cfr. Acórdão Deutsche Milchkontor GmbH, de 21 de Setembro de 1983, processos 205-215/82 (sumário, 2).

⁶ Vide CLÁUDIO FRANCHINI, “Les notions d’administration indirecte et de coadministration”, in *Droit administratif européen*, direcção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007, págs. 245-246, JACQUES ZILLER, “Introduction: les concepts d’administration directe, d’administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administrative européen”, in *Droit administratif européen*, direcção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007, págs. 237-238, e JESÚS ÁNGEL FU-

.../...

No pensamento dos pais fundadores da integração europeia, de Jean Monnet em particular, estava a criação de uma organização supranacional robusta que “não fizesse, mas fizesse fazer”, isto é, com poderes decisórios fortes, mas executando as suas políticas através das máquinas administrativas dos Estados-membros.⁷

Compreende-se, assim, a estrutura burocrática reduzida que inicialmente caracteriza as Comunidades, bastante adequada à *descentralização* administrativa pretendida, a qual é conveniente politicamente para os Estados e serve com racionalidade a gestão administrativa europeia.

Numa palavra breve: em regra, o direito comunitário é executado pelos Estados no quadro da denominada *administração indirecta*; excepcionalmente, em algumas políticas, instituições e organismos da União são incumbidos pelos Tratados de tarefas de execução,⁸ cabendo ao legislador europeu definir a necessidade e a oportunidade da execução supranacional ou *administração directa*.

.../..._____

ENTETAJA PASTOR, “La administración y la función pública de la Unión Europea”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, pág. 537 e ss.

Nesta linha, Robert Schütze afirma: “a União Europeia criou a sua própria espécie de federalismo executivo. Ela segue o federalismo americano ao garantir competências executivas à União (...). Mas ao deixar em geral a execução da lei federal aos Estados membros, a União Europeia segue o federalismo da Alemanha. Por detrás desta marca “europeia” encontra-se o princípio da subsidiariedade: os Estados membros são em princípio responsáveis pela execução do direito da União, enquanto o Executivo europeu permanece nos bastidores. A União Europeia apenas interferirá quando os Estados membros falharem o estabelecimento de condições uniformes para a execução do direito europeu e quando, por isso, a execução for ‘melhor alcançada ao nível da União.’” *Vide* ROBERT SCHÜTZE, “From Rome to Lisbon...”, *cit.*, pág. 1425. Indiscutível para este autor é que a UE constitui uma “federação de Estados”. Nas suas palavras: “a tradição americana facilmente classifica a União Europeia como uma união federal. A União tem uma estrutura mista ou composta; e ao combinar elementos internacionais e nacionais, encontra-se num ‘meio termo’ federal.” *Vide* ROBERT SCHÜTZE, “On ‘federal’ ground: The European Union as an (inter)national phenomenon”, in *Common Market Law Review*, 46, Kluwer Law International, 2009, pág. 1102.

⁷ *Vide* CLÁUDIO FRANCHINI, “Les notions d’administration indirecte ...”, *cit.*, pág. 246.

⁸ Defendendo, para além dos (poucos) poderes de execução directa que expressamente lhe são cominados, a existência de *competências executivas gerais e originárias da União* para a execução

.../...

4. Princípio da administração indirecta e princípio das competências por atribuição

Acabamos de afirmá-lo: em sede de direito comunitário primário, o princípio fundamental em matéria de repartição de poderes entre os Estados e a União é o *princípio da administração ou execução indirecta*, cabendo aos Estados membros, em primeiro lugar, a execução dos actos juridicamente vinculativos de Direito comunitário. É o que decorre inequivocamente do artigo 291º, nº 1, do TFUE, que dispõe:

“Os Estados-Membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União.”

Neste contexto do denominado *federalismo de execução*⁹, os Tratados só atribuem à União competências executivas excepcionalmente e de modo expreso, competindo, em regra, aos Estados a execução do que a União legisla. Com Koen Lenaerts, “quando a legislação comunitária não contenha disposição específica, a sua implementação é matéria, em primeiro lugar, dos Estados-Membros. Quanto a este aspecto a Comunidade exhibe características típicas de um sistema federal, no qual o poder legislativo é cometido à autoridade central, mas o poder executivo é conferido às autoridades dos Estados federados (federalismo executivo, *Vollzugsföderalismus*).”¹⁰

.../..._____

do direito comunitário, com base nos anteriores artigos 95º e 308º do TCE e, actualmente, levantando a hipótese de o artigo 291º, nº 2, do TFUE substituir estes preceitos como base legal ou “reservatório” dessas competências executivas da União, *vide* ROBERT SCHÜTZE, “From Rome to Lisbon: ‘executive federalism’ in the (new) European Union”, *in Common Market Law Review*, 47, Kluwer Law International, 2010, pág. 1393 e ss.

⁹ *Vide* KOEN LENAERTS, “Regulating the regulatory process: ‘delegation of powers’ in the European Community”, *in European Law Review*, Volume 18, 1993, pág. 28.

¹⁰ *Vide* KOEN LENAERTS, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet&Maxwell, Londres, 1999, pág. 458.

Conclui-se, pois, da articulação dos dois princípios, do *princípio das competências por atribuição* com o *princípio da administração indirecta*: à União cabe o exercício das funções legislativas que expressamente os Tratados lhe conferem, encontrando-se os Estados incumbidos de executar o Direito Europeu, salvo se, excepcionalmente, houver atribuição expressa de competências executivas à União no direito comunitário primário (v.g. prerrogativas da Comissão na defesa da concorrência e do Conselho em matérias da PESC) ou derivado.

Neste sentido, reza o artigo 5º do TUE:

“1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. (...)

2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.”

5. Princípio da administração indirecta: sua articulação com a uniformidade, a subsidiariedade e a proporcionalidade

No exercício da função legislativa europeia o princípio da administração indirecta pode ser derogado, por força, designadamente, do *imperativo de uma execução uniforme e eficaz do Direito Comunitário*,¹¹ a impor o desenvolvimento de funções executivas à escala supranacional.

Noutros termos: *por razões de não discriminação e de segurança jurídica e em salvaguarda dos princípios do primado e do efeito directo*,¹² o princípio ge-

¹¹ Sobre o princípio da execução uniforme e eficaz como fundamento da administração europeia, vide JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Hacia una gobernanza administrativa europea”, in *Revisita de Derecho de la Unión Europea*, nº 16, 1º semestre de 2009, em especial, págs. 95-105.

¹² Cfr. acórdãos do Tribunal Costa-ENEL, de 15 de Julho de 1964, processo C- 6/64, e Van Gend & Loos, de 5 de Fevereiro de 1963, processo C- 26/62. Na doutrina, traçando uma evolução das doutrinas do efeito directo e do primado ao longo do processo de integração europeia, vide BRUNO

ral da execução indirecta pelos Estados membros pode ter de ser modelado, justificando-se, assim, muitas vezes a execução directa do Direito Comunitário pela administração da União.

Na prática, o legislador europeu, em virtude dos Tratados (cfr. artigos 290º e 291º do TFUE)¹³, pode europeizar competências executivas, subtraindo-as aos Estados membros em benefício de instituições (v.g. Comissão) e organismos (v.g. agências) da União.¹⁴ Só que, nesta configuração normativa da função executiva europeia, o poder legislativo comunitário tem de reger-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade¹⁵.

Nas palavras de Fuentetaja Pastor, “na medida em que a competência legislativa europeia inclui a organização da forma de execução do direito derivado, esta actividade legislativa configuradora da execução europeia está enformada, no seu exercício, pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, com a consequência indirecta de alterar a delimitação de competências derivada dos Tra-

.../..._____

DE WITTE, “Direct effect, primacy, and the nature of the legal order”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 323-363. Entre nós, sobre os princípios da aplicabilidade directa, do efeito directo e do primado do Direito da União, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, 2010, págs. 226-228, e MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia – Estudos de Direito Comunitário*, 2ª edição, Coimbra Editora, 1999, págs. 96-99.

¹³ Cfr. *infra*, nº 26.

¹⁴ Como explica Pedro Gonçalves, “em certas áreas de intervenção da UE, verificou-se mesmo uma passagem do sistema de execução pelos Estados para um *sistema de execução centralizada*, o qual se desdobra em: i) *execução centralizada directa*, com intervenção da Comissão Europeia; ii) *execução centralizada indirecta*, com intervenção de agências comunitárias e organismos criados no seio da UE – veja-se, neste ponto, o *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, que utiliza, em diversas normas, a fórmula ‘instituições, órgãos e organismos da União Europeia’, para aludir, além do mais, às variadas *agências de execução* e outras *autoridades* que têm vindo a ser instituídas no seio da União”. Vide PEDRO GONÇALVES, *Influência do direito da União Europeia...*, *cit.*, pág. 5.

¹⁵ Cfr. artigo 5º, nº 1, *in fine*, do TUE.

tados e do princípio da atribuição.”¹⁶

Nesta *articulação entre as exigências da subsidiariedade e a lógica da integração*, o legislador comunitário, *não obstante os freios moderadores de princípios gerais como o da proporcionalidade ou mesmo o da neutralidade relativamente ao regime de propriedade nos Estados membros*¹⁷, vem intensificando a

¹⁶ Vide JESUS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, Janeiro/Março 2011, pág. 61.

¹⁷ Conforme escrevemos noutro lugar, “o artigo 345º do TFUE, constituindo a base do *agnosticismo* da UE em matéria de regime da propriedade dos Estados-membros, não impede a aplicação dos Tratados como um todo, resultando da aplicação de várias outras regras do direito primário da União (v.g. liberdades fundamentais do Mercado Interno e política da concorrência) extrema dificuldade em não se reconhecer a preferência (e o papel indutor...) das instâncias e legislação europeias pela iniciativa privada.

Exemplificativamente, na jurisprudência, vejam-se os coevos casos das nacionalizações de bancos em risco de falência: o TJUE defende a neutralidade dos Tratados quanto à questão da (existência da) nacionalização em si, mas não quanto ao modo de exercício desta, porquanto tem de se verificar a conformidade do processo em causa com as quatro liberdades e as regras da concorrência.

Na mesma linha, e ainda a título meramente exemplificativo, quanto às *golden shares* detidas pelos Estados em determinadas empresas estratégicas, o TJUE tem vindo a sustentar que o normativo em análise não implica isentar os regimes de propriedade dos Estados-membros do cumprimento das regras fundamentais dos Tratados...” Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, anotação ao artigo 345º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 1213-1214. Em geral, sobre o *princípio da neutralidade* da União Europeia em matéria de regimes de propriedade dos Estados-membros, vide R. RIEGEL, “Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten—Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 222 EWGV”, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 11, 1979, págs. 744–49, W. DEVROE, “Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy”, in *Common Market Law Review*, 34, 1997, pág. 267, S. BARTELS, “Europees Privaatrecht: Over De Bevoegdheidsverdeling Tussen Unie En Lid-Staat Met Betrekking Tot Het Eigendomsrecht”, in *Ars Aequi*, 44/4, 1995, págs. 244–251; CARAMELO-GOMES, “Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law”, in *Rules for the transfer of Movables, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, coordenado por W. Faber and B. Lurger, Sellier European Law Publishers, 2008, pág. 239, e

.../...

sua acção e procedendo, assim, a uma *comunitarização cada vez mais profunda dos direitos (administrativos) nacionais*.¹⁸

Nesta linha, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça “que uma autoridade de um Estado-Membro não pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna, incluindo as que decorrem da organização constitucional desse Estado, para justificar a inobservância das obrigações resultantes do direito comunitário.”¹⁹

Com o Tratado de Lisboa e, em particular, com o *Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*²⁰, torna-se relevante, por razões de democracia e em termos de controlo da retirada de prerrogativas (de execução) próprias dos Estados, o papel dos Parlamentos nacionais²¹, sendo de admitir uma *mais efectiva justiciabilidade do princípio da subsidiariedade*²² e, assim, um maior respeito das diversidades constitucionais e identidades dos Estados membros (cfr. artigo 4º, nº 2, do TUE).

.../..._____

BRAM AKKERMANS e EVELINE RAMAEKERS, “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC): its Meanings and Interpretations”, in *European Law Journal*, volume 16, nº. 3, Maio 2010, págs. 292–314.

¹⁸ Vide JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l’Union Européenne – une contribution à l’étude du droit administrative européen*, LGDJ, Paris, 2011, págs. 160-161.

¹⁹ Cfr., designadamente, acórdãos do Tribunal de 10 de Junho de 2004, Comissão/Itália, processo C-87/02, nº 38, e de 26 de Outubro de 2006, Comissão/Áustria, processo C-102/06, nº 9, de 1 de Abril de 2008, Governo da Communauté française e Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand, processo C-212/06, nº 58.

²⁰ Cfr. Protocolo nº 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Sobre este Protocolo e, em geral, sobre os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, cit., págs. 89-91.

²¹ Cfr. Protocolo nº 1 relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia. Para uma visão histórica da importância dos Parlamentos nacionais, em especial da Assembleia da República, na construção europeia, vide MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia...*, cit., págs. 375-385.

²² Em geral, sobre a justiciabilidade do princípio da subsidiariedade, vide A. G. TOTH, “Is subsidiarity justiciable?”, in *European Law Review*, vol. 19, nº 3, Junho, 1994, págs. 268 a 285, BRUNESSEN BERTRAND, “Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiari-

.../...

Por isso, e neste sentido, enfatizamos, *hic et nunc*, o juízo do Tribunal Constitucional teutónico (*Bundesverfassungsgericht*), ao considerar-se competente para controlar “o inviolável conteúdo constitucional básico consagrado na Constituição”, justificando: “o exercício deste poder de revisão, que tem as suas raízes no direito constitucional, segue o princípio da abertura constitucional relativamente ao Direito europeu (*Europarechtsfreundlichkeit*) e, por isso, não contradiz o princípio da cooperação leal (artigo 4º, nº 3, do TUE); de outro modo, com a crescente integração, as estruturas constitucionais e políticas fundamentais de Estados membros soberanos, reconhecidas pelo artigo 4º, nº 2, do TUE, não poderiam ser salvaguardadas por nenhuma outra forma. Neste respeito, a garantia da identidade constitucional nacional à luz dos direitos constitucional e da União andam a par no campo jurídico europeu. (...) Isto assegura que o primado na aplicação do Direito da União apenas se aplica em virtude e no contexto da atribuição constitucional que continua em vigor.”²³

6. Princípio da administração indirecta e princípio da cooperação leal

Resultado da *imperfeição estrutural do Direito Comunitário, imperfeição que o condena à dependência dos Estados membros*²⁴, e do denominado *défice* .../...

té en droit de l'Union européenne”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 2, 2012, págs. 329-354, e MARTA BORGES, “Subsidiariedade: Controlo *a priori* ou *a posteriori*”, in *Temas de Integração*, 2.º volume, 1.º Semestre de 1997, págs. 67 a 99. Defendendo ser impossível ou extremamente difícil afirmar a justiciabilidade do princípio da subsidiariedade, por ele implicar a mobilização de um poder de apreciação muito amplo de natureza “quase-política” e distinguindo-o do princípio da proporcionalidade, vide JOSÉ PALACIO GONZÁLEZ, “The Principle of Subsidiarity (A guide for lawyers with a particular community orientation)”, in *European Law Review*, volume 20, nº 4, 1995, págs. 355 a 370.

²³ Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional alemão de 30/06/2009, BVerfG, 2 BvE 2/08, nº 240, in http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

²⁴ Cfr. JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, “Rapport de synthèse”, in *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées. En hommage à Louis Dubois*, La Documentation Française, Paris, 2000, pág. 198.

*executivo europeu*²⁵, a execução descentralizada do direito comunitário encontra-se actualmente plasmada no artigo 291º, nº 1, do TFUE: “os Estados-Membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União.”

E fundando-se a obrigação estadual de execução do Direito da União em princípios estruturantes como o do primado do Direito Europeu, o da sua aplicabilidade e efeito directos, *o princípio da cooperação leal deverá pautar o exercício das competências executivas dos Estados membros.*²⁶

Em geral, o princípio da cooperação leal é mesmo frequentemente perspectivado como a *base existencial de uma ordem jurídica (comunitária) autónoma*,²⁷ *fundamento identitário da União ou denominador comum de princípios fundamentais* como o primado do Direito Comunitário, a administração indirecta, a efectividade, o respeito da identidade nacional dos Estados membros ou a protecção jurisdicional efectiva,²⁸ com uma *função lubrificante, oleando toda a interacção entre Estados membros e UE*²⁹. Desta sorte, não surpreende ter-se como fundamental para a descentralização da implementação do direito da União a existência de um *dever estadual de execução do direito comunitário em virtude do princípio da cooperação leal*, consagrado no artigo 4º, nº 3, § 2, do TUE, (ex - artigo 10º do TCE), que reza o seguinte:

²⁵ Vide LES METCALFE, “After 1992: can the Comission manage Europe?”, in *Australian Journal of Public Administration*, volume 51, issue 1, Março 1992, pág. 117.

²⁶ Vide JULIEN JORDA, *Le pouvoir exécutif de l’Union Européenne*, Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001, págs. 245-255.

²⁷ Vide DENYS SIMON, “Les fondements de l’autonomie du droit communautaire”, in *Droit international et droit communautaire – perspectives actuelles, Colloque de Bordeaux*, SFDI, Pédone, Paris, 2000, págs. 207-249.

²⁸ Vide ELEFTHERIA NEFRAMI, “Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l’ Union Européenne”, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne – Revue de l’Union Européenne*, nº 556, Março 2012, págs. 197-203.

²⁹ Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, cit., pág. 94.

“Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.

Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.

Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.”

Pelo que, no contexto de uma obrigação de respeito e assistência *recíprocos* entre a União e os Estados membros para o correcto e integral cumprimento dos Tratados,³⁰ impõem-se o *dever de abstenção* de adoptar medidas nacionais susceptíveis de impedir ou dificultar a eficaz execução do direito comunitário³¹ e o *dever estadual (positivo)* de tomar as acções necessárias à prossecução dos objectivos da União,³² tarefas facilitadas pela actual competência da União para de-

³⁰ Nas palavras de Xavier Magnon, “o princípio da lealdade aplica-se de maneira vertical, de maneira ascendente, quer dizer dos Estados para a União, e de maneira descendente, da União para os Estados.” Vide XAVIER MAGNON, “La loyauté dans le droit institutionnel de l’ Union Européenne”, in *Revue des Affaires Européennes/Law and European Affairs*, 2011/2, pág. 246. Neste sentido, na jurisprudência, cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal de 10 de Fevereiro de 1983, Luxemburgo contra Parlamento Europeu, processo C- 230/81, nº 37.

³¹ No dizer de Miguel Poiares Maduro, “por força do dever de cooperação leal, os Estados-Membros não podem frustrar nenhuma forma de acção comunitária”. Cfr. conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 10 de Julho de 2008, processo C-205/06, Comissão das Comunidades Europeias contra República da Áustria e processo C-249/06 Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Suécia, nº 38.

³² Vide FAUSTO DE QUADROS, anotação ao artigo 4º do TUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 35. Segundo o autor, o princípio da cooperação leal reflecte “uma analogia com a lealdade exigida no seio dos Estados federais entre a Federação e os Estados federados (a *Bundestreue*, no Direito Constitucional alemão, entre a *Bund* e os *Länder*).” Na doutrina estrangeira, defendendo

envolver acções destinadas a apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados membros³³.

Estabelecendo a obrigação de os Estados membros tomarem todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União, *o princípio da cooperação leal acaba por ser decisivo para a europeização das administrações nacionais*, as quais são, de facto, frequentemente instituídas ou objecto de modificações por imperativo comunitário.³⁴

Por outro lado, porque princípio de aplicação geral que se impõe igualmente nos domínios ditos cooperativos (v.g. cooperação policial e judiciária em matéria penal) e de integração,³⁵ o princípio da cooperação leal funda qualquer forma de execução do direito comunitário (administrativa, normativa³⁶ e jurisdicional³⁷), impondo-se, por isso, a todas as autoridades nacionais (administração, legislador, tribunais).

Pode, assim, falar-se, no contexto de um *direito administrativo binário*, de um *princípio primordial de articulação intersistemática dos ordenamentos comunitário e nacionais*, o qual, como explica Maria Luísa Duarte, “regula, com inten-

.../..._____

igualmente a concepção (ampla) do princípio da cooperação leal tendente a assimilar a lealdade-fidelidade da União ao *federal loyalty* americano ou ao *Bundestreue* alemão, vide JOËL RIDEAU, *Droit Institutionnel de L’Union et des Communautés Européennes*, 5ª edição, LGDJ, Paris, 2006, pág. 888.

³³ Cfr. artigo 6º do TFUE.

³⁴ Vide ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ, “El concepto de administración pública en la Unión Europea: administración pública nacional y administración pública comunitaria”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010, pág. 17.

³⁵ Cfr. acórdão do TPI de 12 de Dezembro de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d’Iran contra Conselho, processo T-228/02, nº 123.

³⁶ V.g. transposição de directivas, adopção de medidas nacionais de aplicação necessárias à entrada em vigor de determinados regulamentos.

³⁷ Enquanto tribunais comuns de direito comunitário, as jurisdições nacionais podem, por exemplo, controlar a conformidade de actos estaduais com o direito da União e sancionar a eventual responsabilidade dos Estados membros por violação do direito comunitário.

sidade variável, o exercício da função normativa primária ou função legislativa, o exercício da função judicial e, também, por maioria de razão, o exercício da função executiva.”³⁸

Não podemos deixar de referir também a *dimensão horizontal do princípio da cooperação leal*:³⁹ como decorre do Tratado⁴⁰ e reconhece o Tribunal⁴¹, no âmbito do diálogo interinstitucional prevalecem os mesmos deveres recíprocos de cooperação leal que presidem às relações entre os Estados-membros e as instituições comunitárias, devendo as autoridades europeias abster-se de bloquear pro-

³⁸ Vide MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, 2008, pág. 29. Realçando a importância do (então) artigo 10º do TCE como base jurídica de *um princípio da lealdade comunitária* e de *um princípio da cooperação*, vinculando tanto os Estados membros quanto as autoridades eurocomunitárias competentes, impondo-lhes *deveres recíprocos de cooperação leal*, vide MARIA LUÍSA DUARTE, “O artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia – expressão de uma obrigação de cooperação entre os poderes públicos nacionais e as instituições comunitárias”, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, 2000, pág. 81 e ss, e “Les devoirs de coopération entre les autorités nationales et les tribunaux et les institutions communautaires d'après l'article 10 du Traité de Rome (Portugal)”, in *XIX FIDE Congress*, Helsinquia, 1-3 Junho 2000.

³⁹ Para além das dimensões vertical e horizontal do princípio da cooperação leal, o Tribunal já aludiu a um *dever de cooperação leal entre os próprios Estados membros*, afirmando: “Com efeito, resulta do artigo 84º, nº 3, do Regulamento nº 1408/71 que, para aplicação deste regulamento, *as autoridades e instituições dos Estados-membros podem comunicar directamente entre elas*. Além disso, por força do artigo 5º do Tratado, a Comissão e o Estado-membro, no território do qual reside a pessoa que solicita o benefício de um complemento de prestações, são obrigados a cooperar lealmente com as instituições dos outros Estados-membros encarregadas de zelar pela execução das obrigações que decorrem do Regulamento nº 1408/71.” (itálico nosso) Cfr. acórdão do Tribunal de 11 de Junho de 1991, Nikolaos Athanasopoulos e outros contra Bundesanstalt für Arbeit, processo C- 251/89, nº 57.

⁴⁰ Cfr. artigo 13º, § 2, do TUE.

⁴¹ Cfr. acórdãos do Tribunal de 27 de Setembro de 1988, República Helénica contra Conselho das Comunidades Europeias, processo 204/86, nº 16, de 10 de Dezembro de 2002, Comissão/Conselho, processo C-29/99, nº 69, e de 24 de Novembro de 2010, Comissão Europeia contra Conselho da União Europeia, processo C-40/10, nº 80.

cessos decisórios⁴² e promover a colaboração efectiva entre instituições (v.g. através de declarações ou acordos interinstitucionais)⁴³.

7. Princípio da administração indirecta e princípio da autonomia (institucional e procedimental) dos Estados membros

Expressão lógica do *princípio da subsidiariedade* e do respeito pela *sobrerania dos Estados membros*, a aplicação descentralizada do direito da União con-substancia-se numa liberdade estadual de definição dos órgãos e meios (mais) adequados ao cumprimento das obrigações comunitárias.

Dito de outro modo: o quadro das instituições e dos procedimentos para o exercício dos poderes e a execução das obrigações comunitárias releva das prescrições constitucionais, no âmbito de um *princípio de autonomia institucional e procedimental* dos Estados membros,⁴⁴ segundo o qual estes usam as técnicas jurídicas que lhes são mais convenientes à execução do direito comunitário.⁴⁵

Mesmo ao nível judicial, os tratados optaram por respeitar as opções estaduais, confiando aos direitos nacionais a tarefa de determinar as vias de direito apropriadas à salvaguarda dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário, em concretização do imperativo (europeu e nacional) de assegurar uma

⁴² V.g. acórdão do Tribunal de 30 de Março de 1995, Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, processo C-65/93, nºs 27 e 28.

⁴³ V.g. acórdão do Tribunal de 11 de Maio de 1983, Klöckner-Werke AG contra Comissão, processo C-244/81, nº 11.

⁴⁴ Vide LUCIANO PAREJO ALFONSO, “El principio de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV – Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 565-599.

⁴⁵ Vide JEAN BERNARD AUBY, “Le droit administratif européen: entre l’observation et l’hypothèse”, in *L’actualité juridique de droit administrative (AJDA)*, nº especial, Junho 1996, pág. 189.

protecção jurisdiccional efectiva e eficaz dos direitos fundamentais dos indivíduos.⁴⁶

No entanto, a aplicação do Direito Europeu pelos Estados membros comporta o risco de pôr em causa o *efeito útil deste Direito*, razão pela qual são previstos *limites ao princípio da autonomia institucional e procedimental* dos Estados membros, fundados sobretudo nos *princípios do primado e da aplicação uniforme do Direito da União*⁴⁷ e na *obrigação de cooperação leal prescrita no artigo 4º, nº 3, do TFUE*.⁴⁸

Deste modo, para além dos poderes da Comissão, enquanto guardiã dos Tratados, na avaliação e verificação da acção das autoridades nacionais ao nível da implementação do direito da União, o juiz comunitário tem enquadrado a acção estadual de execução da legislação europeia através, por exemplo, do mecanismo de reenvio prejudicial ou da afirmação de princípios como os da *equivalência* e da *efectividade*.⁴⁹

⁴⁶ Cfr. artigo 19º, nº 1, do TUE. Na jurisprudência, cfr. acórdão do Tribunal de 25 de Setembro de 2002, *Union de Pequeños Agricultores*, processo C-50/00, nºs 40 e 41.

⁴⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de 6 de Junho de 1972, *Schlüter & Maack contra Hauptzollamt Hamburg*, processo C- 94/71, nºs 10 e 11. Na doutrina, *vide* CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ e ROSARIO OJINAGA RUIZ, “La primacía del derecho de la Unión Europea”, *in Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV – Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, dirigido por José Mª Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 441 e ss.

⁴⁸ Corolário mais ambicioso desta crescente configuração europeia dos procedimentos administrativos nacionais é, inequivocamente, a proposta da sua codificação europeia, conforme desenvolveremos melhor *infra* (cfr. nº 12).

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos, *vide* ROSTANE MEHDI, “L’autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif”, *in Droit administratif européen*, direcção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007, pág. 705 e ss. Entre nós, *vide* JÓNATAS MACHADO, *A responsabilidade dos Estados membros da União Europeia por actos e omissões do poder judicial (Sumário da lição apresentada no concurso de agregação)*, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, págs. 39-45.

Em sede de reenvio prejudicial,⁵⁰ conquanto caiba ao juiz nacional, a quem é submetido o litígio, a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar em concreto, não pode deixar de notar-se a importância fundamental, na solução a proferir *in casu*, da interpretação pelo Tribunal de Justiça dos Tratados e dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União, bem como de eventual juízo de validade acerca destes.

Na frásica do juiz comunitário, “embora o Tribunal não tenha competência, nos termos do artigo 177.º do Tratado [ex-artigo 234º do TCE, actual artigo 263º do TFUE], para aplicar a norma comunitária a um caso determinado e, em consequência, para qualificar uma disposição de direito nacional face a essa norma, pode, no entanto, no âmbito da cooperação judiciária estabelecida por esse artigo, fornecer a um órgão jurisdicional nacional, a partir dos elementos do processo, os elementos de interpretação do direito comunitário que lhe possam ser úteis na apreciação dos efeitos dessa disposição.”⁵¹

⁵⁰ Em geral, sobre este instrumento de cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, através de processo não contencioso, *vide* CRUZ VILAÇA, “Reenvio prejudicial para o Tribunal das Comunidades”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, nº 59, 2006, págs. 3-11, JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia I e II – Relatório de programa, conteúdo e métodos*, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, págs. 134-140, JOSÉ CUNHA RODRIGUES, “Sobre o reenvio prejudicial”, in *Liber amicorum – Francisco Salgado Zenha*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 635-651, e, do mesmo autor, “Fiscalização constitucional e reenvio. A questão da prioridade”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organização de Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 321-335, MOURA RAMOS, “Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 14, Rio de Janeiro, 1993, págs. 133-160, THOMAS DE LA MARE e CATHERINE DONNELLY, “Preliminary rulings and EU legal integration: evolution and stasis”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 323-362.

⁵¹ Cfr. acórdãos do Tribunal de 8 de Dezembro de 1987, Gauchard, processo C-20/87, nº 5; de 17 de Abril de 1997, EARL de Kerlast contra Union régionale de coopératives agricoles et Coopérative du Trieux, processo C-15/95, nº 16.

Por outro lado, com a afirmação do *princípio da efectividade*, o Tribunal visa, na falta de medidas de harmonização, garantir que as modalidades e os prazos determinados pela legislação nacional para o exercício dos direitos decorrentes do direito comunitário não tornem impossível, na prática, o exercício desses direitos, que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger.⁵²

Desta sorte, o Tribunal, na falta de regulamentação comunitária na matéria, defende caber à ordem jurídica interna de cada Estado-membro a designação dos órgãos jurisdicionais competentes e a regulação das modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que decorrem, para os cidadãos, do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções análogas de natureza interna - *princípio da equivalência*.⁵³

Neste sentido, o *princípio da cooperação leal* impõe a adopção pelos Estados-membros de todas as medidas adequadas para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário; para esse efeito, por exemplo, embora conservem a possibilidade de escolher as sanções, as autoridades nacionais devem velar para que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições, substantivas e de processo, análogas às aplicáveis às infracções internas de natureza e importância semelhantes, procedendo com a mesma diligência utilizada na aplicação das normas nacionais correspondentes.⁵⁴

⁵² Cfr. acórdão do Tribunal de 16 de Dezembro de 1976, Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland, processo C-33/76, nº 5.

⁵³ Cfr. acórdão do Tribunal de 16 de Dezembro de 1976, Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland, processo C-33/76, nºs 5 e 6.

⁵⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de 21 de Setembro de 1989, Comissão contra Grécia, processo C-68/88, nºs 23-25.

Com mais referências jurisprudenciais sobre os reflexos da afirmação do princípio da efectividade e da equivalência, vide LAETITIA GUILLOUD, *La loi dans l'Union Européenne – Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, LGDJ, Paris, 2010, págs. 127-129, e ROSTANE MEHDI, “L'autonomie institutionnelle et procédurale...”, *cit.*, pág. 717 e ss.

Em suma: podendo ser encarada a liberdade (autonomia institucional e procedimental) dos Estados membros na concretização do dever de executar o direito da União, corolário do princípio da administração indirecta, como projecção do princípio de direito internacional público da não ingerência nos assuntos internos ou mesmo como contrapartida da dispensa da União de executar a maioria das suas normas e políticas, *in concreto*, aquando da aplicação do direito comunitário, o direito procedimental dos Estados membros tem de ser exercido em obediência aos princípios da equivalência e da efectividade⁵⁵.

Por fim, da análise da jurisprudência comunitária⁵⁶ pode mesmo concluir-se pela *aplicabilidade do direito nacional apenas na ausência de previsão expressa do direito comunitário de requisitos organizativos e procedimentais para as estruturas administrativas dos Estados membros*,⁵⁷ a permitir afirmar que na prática *se têm (de algum modo) anulado a autonomia e a subsidiariedade*.

⁵⁵ Vide MICHAEL DOUGAN, “The vicissitudes of life at the coalface: remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 407-438.

⁵⁶ Cfr. acórdãos do Tribunal, Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland, de 16 de Dezembro de 1976, processo C-33-76, n.º 5, Rosalba Palmisani contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), de 10 de Julho de 1997, processo C-261/95, n.º 27, Courage Ltd contra Bernard Crehan e Bernard Crehan contra Courage Ltd e outros, de 20 de Setembro de 2001, processo C-453/99, n.º 25.

⁵⁷ Claude Blumann e Louis Dubois afirmam mesmo que “a liberdade dos Estados encontra numerosos limites, a um ponto tal que nos podemos interrogar sobre onde se encontra o princípio e onde se encontra a excepção. Em certos casos, o princípio da autonomia dos Estados membros surge mesmo como completamente artificial sobretudo quando a criação de estruturas nacionais é imposta *de iure* ou *de facto* pelo direito da União. [por exemplo, a instituição de autoridades independentes no domínio das indústrias e serviços em rede]” (parêntesis nosso) Vide CLAUDE BLUMANN/LOUIS DUBOIS, *ob. cit.*, pág. 482.

Conforme constata Jean Sirinelli, o princípio da autonomia (institucional e procedimental) con-

substancia “um princípio jurídico em que a judicialização é, sobretudo, negativa, porquanto apenas as suas excepções são definidas precisamente e invocadas perante o Juiz. Assim, o princípio da autonomia institucional e procedimental apenas é lembrado, em geral, de forma implícita pelo

.../...

.../..._____

Tribunal, em decisões tendentes precisamente a estabelecer excepções à autonomia dos Estados membros. Enfim, podemos notar que a utilização expressa deste princípio pelo Juiz comunitário é muito limitada” Vide JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif...*, cit., pág. 20.

Capítulo II

Administração directa da União: exercício de competências executivas no sistema institucional europeu

8. Administração directa: papel (central) da Comissão

Após proceder *in concreto* à repartição vertical da função executiva europeia à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade,⁵⁸ atribuindo-a, em primeira linha, aos Estados membros, aos órgãos e procedimentos definidos nacionalmente, à luz do princípio da autonomia, o legislador da União, quando centralize as competências de execução do direito e das políticas europeias para assegurar a uniformidade de execução à escala comunitária, tem de definir a instituição, órgão ou organismo encarregado da execução. E nesta *sede europeia*, em que por exigências de eficácia e uniformidade se imponha a execução directa do Direito Comunitário, *a instituição executiva por excelência é a Comissão*.

De facto, por um lado, são frequentes as *competências de execução atribuídas pelos Tratados* à Comissão, a concretizar através de poderes normativos (v.g. regulamentos) ou de actos administrativos (v.g. decisões individuais, em domínios tão diversos como a Política Agrícola Comum⁵⁹, transportes⁶⁰ ou concorrência e

⁵⁸ Como explica Fuentetaja Pastor, na repartição vertical da competência executiva europeia o legislador “não deve proceder a uma correlação automática entre o tipo de competência e o nível de execução, de modo a que a uma competência exclusiva corresponderia sempre uma execução directa por parte da administração europeia e a competências partilhadas seria cometida uma execução igualmente compartida entre ambos os níveis. Pense-se, por exemplo, nas competências executivas de controlo e inspecção atribuídos aos Estados membros em sede de política europeia de pescas.” *Vide* JESUS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Función ejecutiva y Constitución Europea”, *in Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 8, 1º semestre de 2005, págs. 196-197.

⁵⁹ Cfr. artigo 44º do TFUE.

⁶⁰ Cfr. artigo 96º, nº 2, do TFUE.

auxílios de Estado)⁶¹. Por outro lado, *na reconfiguração das competências executivas europeias pelo direito derivado, o protagonismo institucional da Comissão é notório*, única beneficiária de competências delegadas (artigo 290º do TFUE) e receptora preferencial das competências de execução conferidas por actos juridicamente vinculativos (artigo 291º do TFUE).⁶²

9. Administração directa: fragmentação do poder executivo europeu e emergência das agências europeias

Não obstante o papel central da Comissão, *a função executiva da União encontra-se dividida por uma multiplicidade de instituições, órgãos e organismos*, a permitir falar-se em *fragmentação do poder executivo europeu* operada pelos Tratados ou pelo legislador europeu.⁶³ Veja-se o *Conselho*, que, para além de assumir a execução de políticas de índole intergovernamental – cooperação policial e judiciária em matéria penal, hoje inserida no âmbito do denominado Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça⁶⁴, e Política Externa e de Segurança Comum, em especial na vertente da Política Europeia de Segurança e Defesa⁶⁵ -, desenvolve, ainda que de forma excepcional, normalmente em questões politicamente sensíveis para os Estados membros, relevantes competências executivas, designadamente em matérias da PAC⁶⁶, de auxílios de Estado⁶⁷ e da política económica e monetária⁶⁸. Realcem-se também as prerrogativas de natureza eminentemente executiva do *BCE* em sede de política monetária europeia, nomeadamente a capa-

⁶¹ Cfr. artigos 101º, 102º, 105º e 106º do TFUE.

⁶² Cfr. *infra*, nº 26.

⁶³ Vide JESUS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “El poder ejecutivo europeo”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 18, 1º semestre de 2010, pág. 125.

⁶⁴ Cfr. artigo 67º e ss do TFUE.

⁶⁵ Cfr. artigo 28º do TUE.

⁶⁶ Cfr. artigo 42º do TFUE.

⁶⁷ Cfr. artigo 108º, nº 2, § 3, do TFUE.

⁶⁸ Cfr. artigo 126º do TFUE.

cidade normativa⁶⁹ e de emissão de actos jurídicos vinculativos para os Bancos Centrais Nacionais⁷⁰, os poderes sancionatórios⁷¹ e, em geral, de direcção e coordenação do Sistema Europeu de Bancos Centrais.

Hodiernamente, o protagonismo da Comissão ao nível da execução directa do direito comunitário tem sido, de algum modo, ameaçado pela tendência crescente de criação pelo legislador e, excepcionalmente, pelo Tratado, de organismos europeus investidos de poderes executivos especializados – as denominadas *agências europeias*, a poder mesmo colocar em causa o princípio do equilíbrio institucional.

Reflexo das insuficiências da administração indirecta do direito europeu (v.g. na implementação do Mercado Interno) e, concomitantemente, das dificuldades, sobretudo políticas, em reforçar directamente o executivo comunitário, *maxime* a Comissão, as agências europeias acabam por concretizar a pretendida acção administrativa integrada de uma multiplicidade de entidades nacionais, supranacionais e comuns em vários sectores da vida da União.

Neste contexto é indispensável compreender a importância da *cooperação entre administrações nacionais e entre estas e as instâncias europeias*⁷², em particular a Comissão; no seio de um modelo crescentemente complexo, de uma *administração autenticamente europeia, compósita mas unitária*⁷³, em comunhão funcional de tarefas (europeias e nacionais) e assegurando a representatividade dos Governos dos Estados membros, fundamental à *europeização* das administrações

⁶⁹ Cfr. artigo 132º, nº 1, do TFUE.

⁷⁰ Cfr. artigo 14º, nº 3, dos Estatutos do SEBC.

⁷¹ Cfr. artigo 132º, nº 3, do TFUE.

⁷² Cfr. artigo 197º do TFUE.

Como nota Jean Paul Jacqué, “na medida em que a Comunidade exerce um poder em princípio dos Estados membros, parece lógico instaurar uma estreita colaboração entre estes e a Comunidade”, destacando o autor, neste âmbito, o sistema de comitologia. Vide JEAN PAUL JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l’Union Européenne*, 5ª edição, Dalloz, Paris, 2009, pág. 475.

⁷³ Vide SABINO CASSESE, “I caratteri...”, *cit*, pág. 210.

nacionais⁷⁴...

*Elixir da vida da administração europeia*⁷⁵ desde os seus primórdios, o princípio da cooperação administrativa, impulsionado pelo objectivo de garantir uma execução efectiva do direito da União através de um processo de *metódica multinível*⁷⁶, assume importância vital para a *convergência dos sistemas administrativos nacionais* e, em última análise, para a *comunitarização das estruturas organizatórias e procedimentais dos Estados membros*.⁷⁷

Na síntese de Pedro Gonçalves, pode mesmo falar-se no “desenvolvimento de uma *função administrativa comum* – isto é, de uma *função administrativa europeia*, que está na génese de uma *união administrativa europeia* (uma *joint administration*), baseada num processo de *integração* e na instituição de um *espaço de condomínio* entre administrações nacionais e órgãos da Administração Europeia. Quanto a este aspecto, mais do que provocar a alteração do desenho ou das missões das estruturas administrativas de cada Estado-Membro, o direito da União Europeia está na origem de uma *europeização das administrações nacionais*.”⁷⁸

⁷⁴ Sobre a europeização dos direitos administrativos nacionais, vide JÜRGEN SCHWARZE, *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelas, 1996, e, entre nós, FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 21 e ss.

⁷⁵ Vide EBERARD SCHMIDT-ASSMANN, “Europäisches Verwaltungsrecht als Systematische Ordnung”, in *Die Verwaltung*, 42. Band, Heft 3, 2009, pág. 444.

⁷⁶ Vide GOMES CANOTILHO e SUZANA TAVARES DA SILVA, “Metódica multinível: ‘spill-over effects’ e interpretação conforme o direito da União Europeia”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 138, nº 3955, Março/Abril 2009, págs. 182-199.

⁷⁷ Entre as principais manifestações da *europeização das administrações nacionais*, Paulo Otero destaca a criação de novas estruturas organizativas e a complexificação dos procedimentos administrativos. Vide PAULO OTERO, “A administração pública nacional como administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros do Direito Comunitário”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Volume I, Coimbra, 2002, pág. 821.

⁷⁸ Vide PEDRO GONÇALVES, *Influência do direito da União Europeia...*, cit., pág. 3.

TÍTULO II

Administração integrada

Capítulo I

Visão geral

10. Caracterização

Com a evolução do processo de integração europeia⁷⁹ e o alargamento progressivo das atribuições e competências da UE⁸⁰, a Comissão, dotada de uma crescente máquina administrativa, torna-se eixo essencial do hodierno sistema administrativo europeu,⁸¹ o qual pode actualmente ser caracterizado como uma

⁷⁹ Para uma reflexão geral sobre as implicações políticas, económicas e sociais decorrentes da adesão de Portugal às Comunidades Europeias, vide MANUEL PORTO, “25 anos de adesão: sonhos concretizados e sonhos por concretizar”, in *Debater a Europa – Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20*, nºs 2/3, Janeiro/Dezembro 2010, <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>, e, do mesmo autor, sobre alguns dos principais desafios do processo de integração europeia, “The developments of the Single Market to the Economic and Monetary Union; any challenges ahead?”, in *The European Union at 50: assessing the past, looking ahead – proceedings of the Jean Monnet Conference held in Macau on the 27th – 28th May 2008*, coordenado por Paulo Canelas de Castro, Universidade de Macau, Macau, 2010, págs. 3-12.

⁸⁰ Razão de ser da afirmação e crescimento de uma verdadeira ossatura administrativa da UE, a ampliação das competências desta encontra-se, porém, sempre condicionada pelo princípio das atribuições (cfr. Artigo 5º TFUE), conquanto este seja interpretado de forma flexível e extensiva pelo TJUE (v.g. doutrina dos poderes implícitos e aplicação dos artigos 94º e 308º do TFUE).

⁸¹ Para um elenco dos poderes da Comissão, em especial dos seus poderes administrativos, vide PAUL CRAIG, “La Comisión”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José Mº Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs.189-245.

verdadeira “amálgama de *administração comunitária directa e indirecta*.”⁸², isto é, aquilo a que se tem vindo a designar, entre outras expressões, por *coadministração* ou *administração integrada*, num contexto de claro declínio do Estado-Nação.⁸³

Em termos gerais, podemos considerar o *modelo de administração integrada*⁸⁴ ou de *coadministração*⁸⁵ como resultado da afirmação progressiva de no-

⁸² Vide KOEN LENAERTS, *Constitutional Law...*, cit, pág. 468.

Segundo Jacques Ziller, “a co-administração não é verdadeiramente uma terceira categoria de administração comunitária, que aparece cronologicamente após a administração directa e a administração indirecta (...). A co-administração não é mais do que a coordenação dos dois tipos de administração, directa e indirecta, através de diferentes modalidades organizativas.” Vide JACQUES ZILLER, “Introduction: les concepts d’administration directe, d’administration indirecte et de co-administration ...”, cit, pág. 243.

⁸³ Como impressivamente explica Edoardo Chiti, a propósito da *co-execução*, “não é fácil conceptualizar esta arena adequadamente, Uma das melhores definições é a de a-nacionalismo. Esta expressão tem o mérito de salientar que as várias autoridades não estão agregadas em função da ordem supranacional ou nacional, mas antes em função da solução de problemas técnicos levantados pelo funcionamento normal do mercado interno. Noutros termos, somos confrontados com uma arena ‘adespota’: um continuum de sujeitos vários (poderes públicos nacionais e supranacionais, actores sociais, lobbies, etc) que referem ao critério ordenador nem do Estado - Nação nem da Comunidade supranacional. Neste sentido, a ‘administrativização’ do processo de integração envolve o declínio definitivo do Estado - Nação como entidade unitária com função ordenadora, mas, ao mesmo tempo, amplia o crescimento da Comunidade como o novo sujeito unitário e soberano.” Vide EDOARDO CHITI, “The emergence of a Community administration: the case of european agencies”, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, pág. 342.

⁸⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre este conceito, vide HERWIG C. H. HOFMANN e ALEXANDER H. TÜRK (coordenadores), *EU administrative governance*, Edward Elgar, 2006.

⁸⁵ Edoardo Chiti prefere falar em “integração descentralizada” como novo modelo de exercício conjunto de funções entre administrações nacionais e entre estas e a UE, distinto da clássica coadministração. Nas palavras do autor, “esta definição [integração descentralizada] reflecte as características específicas do modelo e do seu propósito de fornecer uma combinação estável entre descentralização (da administração central da Comunidade para organismos que estão separados dela) e integração de administrações nacionais, bem como entre estes últimos organismos e órgãos supranacionais”. (parêntesis recto nosso) Vide EDOARDO CHITI, “Decentralisation and integration

.../...

vos modos de execução (e de formação) do direito comunitário, fundados sobre esquemas relacionais de participação conjunta entre diversos sujeitos, nacionais e supranacionais, destinados a atingir os mesmos fins (comunitários).

Inequivocamente, o desenvolvimento crescente destes mecanismos de cooperação entre autoridades europeias e nacionais, isto é, a valorização reforçada da emergência de um *sistema misto ou compósito de execução administrativa de normas e de políticas da União*, apresenta-se como um dos traços mais marcantes da evolução do denominado *Direito Administrativo Europeu*.⁸⁶

.../..._____

into the Community administrations: a new perspective on european agencies”, in *European Law Journal*, vol. 10, nº 4, Julho 2004, pág. 405.

Mais, para além da coadministração e da integração descentralizada, Edoardo Chiti levanta ainda a hipótese de um terceiro modelo, ancorado na integração de organizações independentes várias, em sectores como a segurança alimentar. Vide EDOARDO CHITI, “Decentralised integration as a new model of joint exercise of Community functions: a legal analysis of European agencies”, in *European Review of Public Law*, vol. 14, nº 3, Outono 2002, pág. 1290.

⁸⁶ Por todos, vide JÜRGEN SCHWARZE, *European Administrative Law*, 2ª edição, Sweet&Maxwell, Londres, 2006, pág. 98 e ss, obra de referência nesta matéria, e , mais recentemente, a obra colectiva *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, organização de Jörg Philipp Terhechte, Nomos, Baden-Baden, 2011.

Entre nós, Maria Luísa Duarte considera, entre os quatro sentidos possíveis da expressão *Direito Administrativo Europeu*, que o “mais abrangente de todos” é o que identifica “o conjunto de regras e princípios que regem a execução das normas comunitárias, assegurada pela administração comunitária, pelas administrações nacionais ou em regime de co-administração”, realçando a “natureza intersistemática da função administrativa da União Europeia, dependente, em termos normativos e de estruturas administrativas, da articulação entre o sistema jurídico próprio da União e os sistemas jurídicos dos Estados-membros”. Vide MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito administrativo da União Europeia*, cit., págs. 14-20. Nas palavras de Alves Correia, “a ‘europeização’ do direito administrativo aponta para um processo de forte integração entre o direito administrativo interno dos Estados membros da UE e o ordenamento europeu (no sentido de que, sendo embora distintos do ponto de vista genético, confluem no âmbito de um ordenamento unitário) e para o surgimento de um *direito administrativo europeu*”. Vide FERNANDO ALVES CORREIA, “Direito do ordenamento do território e do urbanismo e direito europeu. Apontamentos para uma reflexão”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organizado por Fernando Alves Correia, João Calvão da

.../...

Exemplificando o alcance da *articulação íntima entre autoridades nacionais e comunitárias*, não podemos deixar de destacar, por um lado, o *sistema comitológico*, quando, excepcionalmente, a denominada execução normativa é conferida (pelo acto comunitário de base) à Comissão⁸⁷, ou, em sede de execução administrativa do direito comunitário, a integração institucional resultante da crescente *cooperação em rede entre administrações dos Estados membros e entre estas e a administração europeia*⁸⁸.

Nesta linha, as *agências europeias* constituem uma das *formas de administração mista, partilhada ou híbrida* através da qual intenta-se uma aplicação mais uniforme da legislação comunitária do que a resultante da clássica solução da administração directa.⁸⁹

Susceptível de ser encarada como “um razoável compromisso entre as razões da uniformidade e da exigência de proximidade ao território”⁹⁰, a *coadministração*⁹¹ concretiza um *claro esbatimento das esferas nacional e comunitária*, sintoma da *crise de autonomia institucional e procedimental dos Estados membros*.⁹²

.../..._____

Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 209-210.

⁸⁷ Cfr. *infra*, n.ºs 27-32.

⁸⁸ Cfr. *infra*, n.º 13.

⁸⁹ Vide MERIJN CHAMON, “The influence of ‘regulatory agencies’ on pluralismo in European Administrative Law”, in *Review of European Administrative Law*, Volume 5, n.º 2, Paris Legal Publishers, 2012, págs. 61-91.

⁹⁰ Vide GIOVANNA MASTRODONATO, *Procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Cacucci editore, Bari, 2008, pág. 35.

⁹¹ *Naturaliter*, a coadministração a que nos reportamos nesta dissertação circunscreve-se fundamentalmente ao plano da execução (administrativa e normativa), não podendo, porém, ser omitida a existência deste fenómeno ao nível (da execução) judicial, no âmbito das relações entre as jurisdições nacionais e da UE. Alguma doutrina sustenta mesmo a previsão da coadministração como fórmula geral nos Tratados. Vide E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, págs. 184-185.

⁹² Cfr. *supra*, n.º 7.

.../...

Desta sorte, com a *europização* crescente das missões das administrações dos Estados membros,⁹³ não obstante a lógica da subsidiariedade (e do princípio da autonomia institucional e procedimental), é patente a *adaptação (institucional e procedimental) dos sistemas administrativos estaduais aos modelos comunitários*,⁹⁴ no âmbito de uma uniformização de princípios e de regras extremamente .../...

Segundo Jacques Ziller, “os limites do princípio da autonomia institucional implicam uma assimetria entre a situação dos organismos encarregados da execução pela União e a daqueles encarregados da execução pelo Estado membro: a implementação e o funcionamento dos primeiros encontram-se submetidos exclusivamente ao direito da União; no respeitante aos segundos é certo que em primeira linha é o direito do Estado membro que se aplica, mas o direito da União aplica-se igualmente. Aqui está uma razão suficiente, parece-me, para preferir a terminologia de execução partilhada à de execução indirecta, e portanto para aplicar a terminologia do regulamento financeiro de 2003 [cfr. artigo 53º, 1º §, do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias] para além do seu estrito campo de aplicação. As noções de partilha e de centralização conduzem a reflectir em termos de funções mais do que em termos de organização, o que é muito mais apropriado a uma análise do federalismo de execução na União Europeia.” *Vide* JACQUES ZILLER, “Exécution centralisée et exécution partagée: le fédéralisme d’ exécution en droit de l’Union Européenne”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direcção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009, pág. 127.

⁹³ A força expansiva do direito da União não é apenas notória no âmbito do relacionamento com o direito administrativo mas também sobre outras disciplinas do direito, como por exemplo na área do direito internacional privado. Neste sentido, *vide* MOURA RAMOS, “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do Direito Internacional Privado – desenvolvimentos recentes”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 431-467.

⁹⁴ Maria Luísa Duarte fala de uma “contaminação do ‘bloco de legalidade’ aplicável à actuação da administração pública dos Estados membros” pelo direito comunitário, concretizada, por exemplo, ao nível do sistema de fontes, em vastas zonas de regulação material (v.g. contratação pública) e na redefinição funcional e orgânica da administração pública nacional no quadro da co-administração. *Vide* MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito administrativo da União Europeia*, *cit.*, págs. 25-27.

Na opinião de Claudio Franchini, numa perspectiva jurídica, a integração administrativa assenta em três princípios: o princípio da integração normativa, segundo o qual “as administrações nacionais devem inspirar a sua acção não somente no direito interno, mas também no direito comunitário

.../...

facilitadora da gestão conjunta das intervenções comunitárias⁹⁵ e mesmo da formação de um *sistema administrativo europeu misto*⁹⁶ ou *comum*⁹⁷.

.../..._____

rio. Este último, graças às suas características (...) de primado, de aplicabilidade directa e efeito directo dos actos da Comunidade, aparece como um poderoso factor de integração de sistemas diferentes e permite realizar um sistema jurídico harmonioso, justamente porque inspira a acção das autoridades internas”; o princípio da cooperação leal e o princípio da interdição de discriminação pelas administrações dos Estados membros, que, ao proibir a adopção “de actos que possam envolver diferenciações ilegítimas de tratamento entre sujeitos da União Europeia, assegura uma unidade de disciplina e, em consequência, uniformiza o exercício da actividade administrativa” *Vide* CLÁUDIO FRANCHINI, “Les notions d’administration indirecte ...”, *cit.*, págs. 258-259.

⁹⁵ Como nota Paulo Otero, “a unificação do Direito Administrativo dos Estados-membros resulta também de um ‘efeito horizontal’ ou ‘abertura lateral dos Direitos Administrativos nacionais’: o Direito Comunitário, especialmente pela acção desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, tem gerado influências recíprocas entre os diversos ordenamentos jurídico-administrativos nacionais, funcionando como plataforma que permite o ‘transplante’ de institutos provenientes de um Direito nacional para o Direito Administrativo de um outro Estado-membro”, assim se “produzindo uma progressiva convergência recíproca entre os Direitos Administrativos nacionais”. *Vide* PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 486-487.

⁹⁶ Sobre a criação de um sistema administrativo misto, estadual e comunitário, *vide* SABINO CASSESE, “Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali”, in *Diritto amministrativo comunitario*, direcção de L. Randelli/C. Bottari/D. Donatti, Quaderni della SPISA – Università di Bologna, Rimini, 1994, pág. 17 e ss.

Robert Schütze refere também que “as administrações nacional e europeia ocasionalmente se envolvem em formas de ‘administração mista’. (...) a administração mista existe quando a União e os Estados membros actuam em conjunto, procedimental ou organizativamente”, como sucede, por exemplo, com a composição de algumas agências europeias. Segundo o autor, “a União Europeia não escolheu em geral subordinar e integrar as administrações nacionais no executivo europeu. Diferentemente do federalismo da Alemanha, a União Europeia não se encontra constitucionalmente apta a ‘comandar’ autoridades nacionais (...). Ela pode apenas ‘comandar’ os Estados membros *como Estados*. Isto significa que é errado falar de ‘administração unitária’ em oposição a ‘federalismo de execução’”. *Vide* ROBERT SCHÜTZE, “From Rome to Lisbon...”, *cit.*, págs. 1425-1427.

⁹⁷ Sobre a noção de “sistema comum” europeu, *vide* SABINO CASSESE, “Il procedimento amministrativo europeo”, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, coordenado por F. Big-

.../...

Numa palavra: a administração integrada traduz-se numa organização composta por diversos níveis (*administração multinível*)⁹⁸, fundada num conjunto de actores que interagem numa lógica de integração e agregação de sistemas e de direitos, em estruturas de rede e de cooperação administrativa, num pluralismo organizacional que, como Jean Monnet parece ter intuído, inspira a coeva governança global (*global governance*).⁹⁹

.../..._____

nami e S. Cassese, *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão, 2004, pág. 31 e ss, e MARIO CHITI, “L’organizzazione amministrativa comunitaria”, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milão, 2007, pág. 461 e ss.

Em interessante dissertação de doutoramento em Ciência Política, Maria Martens, partindo da experiência de reguladores nacionais (v.g. nórdicos) e da União (EEA e ECHA), conclui que estas estruturas administrativas “permitem o desenvolvimento de regras de ‘boas práticas’, *standards* e procedimentos destinados a uma implementação coerente pelos Estados membros. Por isso, elas podem ser consideradas como ‘vias informais’, incrementando a eficiência, a praticabilidade (...) de um sistema administrativo europeu.” Vide MARIA MARTENS, *Organized administrative integration – The role of agencies in the European administrative system*, ARENA, Centre for European Studies, Oslo, Abril 2010, pág. 38.

⁹⁸ Morten Egeberg fala da emergência de uma “genuína administração multinível” da UE. Vide MORTEN EGEBERG, “Conclusion”, in *Multilevel Union Administration – the transformation of executive politics in Europe*, coordenado por Morten Egeberg, Palgrave Macmillan, 2006, pág. 200. Jarle Trondal prefere referir-se a uma *ordem executiva europeia compósita*, quando, por exemplo, “as agências domésticas praticam a legislação da UE”. Vide JARLE TRONDAL, “Domestic agencies in an emergent european executive order”, in *Journal of European Integration*, volume 33, nº 1, Routledge, Janeiro 2011, pág. 55.

Na síntese de Christer Gulbrandsen, “os “três modos de implementação – directa, indirecta e compósita – relacionam-se com três diferentes amplas categorias de cooperação internacional. A implementação indirecta corresponde a uma visão centrada no Estado, como a dos neo-realistas e intergovernamentalistas liberais. A implementação directa está relacionada com os conceitos de supranacionalismo. O modelo compósito está ligado a conceitos como governança de rede (...), governança multi-nível (...) e agências de ‘duplo chapéu’”. Vide CHRISTER GULBRANDSEN, *Europeanization of sea-level bureaucrats – a case of ship inspectors’ training*, *Arena working paper*, nº 4, Março 2010, ARENA – Centre for European Studies, University of Oslo, pág. 4.

⁹⁹ Vide CLÁUDIO FRANCHINI, “Les notions d’administration indirecte ...”, *cit*, pág. 262.

Pronunciando-se sobre “a substituição da *institucionalização* pela adopção de esquemas procedimentais de *governance* da ‘União Administrativa Europeia’” e considerando a governança “uma

.../...

11. Modalidades: caleidoscópio terminológico

No quadro do *espaço administrativo europeu*,¹⁰⁰ com a crescente *europização das administrações públicas*¹⁰¹, a literatura académica tem vindo a procurar
.../...

alternativa ao esquema clássico dos poderes orgânico-funcionais (hierarquia, tutela e superintendência)”, *vide* SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, págs. 52-53. Na doutrina estrangeira, sobre o conceito de *multilevel governance* na UE, *vide* LIESBET HOOGE e GARY MARKS, *Multilevel governance and European Integration*, New York/Oxford, 2001, e ARIANE LANDUYT e DANIELE PASQUINUCCI (direcção), *L’Unione Europea tra Costituzione e governance*, Cacucci, Bari, 2004. Para uma distinção entre os conceitos de *multilevel governance* e *multilevel constitutionalism*, *vide* EUGENIO DE MARCO, “Metodi intergovernativi, metodi ‘comunitari’ e multilevel governance nell’ambito dell’Unione Europea”, in *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell’arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, coordenação de Paola Bilancia, Giuffrè Editore, Milão, 2006, pág. 182 e ss.

Em geral, sobre a *global governance*, *vide* MARGRIT SECKELMANN, “Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der ‘Global Governance’”, in *Vewaltungsarchiv*, 98, Heft 1, Janeiro 2007, págs. 30-53, e RORDEN WILKINSON e STEPHEN HUGHES (direcção), *Global governance: critical perspectives*, Routledge, Londres, 2002.

¹⁰⁰ Desenvolvidamente, quanto à noção de *espaço administrativo europeu* e à homogeneização das administrações públicas por europeização, *vide* HEINRICH SIEDENTOPF e BENEDIKT SPEER, “La notion d’espace administratif européen”, in *Droit administratif européen*, cit, pág. 299 e ss e JARLE TRONDAL, “The public administration turn in integration research”, in *Journal of European Public Policy*, 14:6, Setembro 2007, págs. 960-972.

Jarle Trondal e B. Guy Peters consideram que o espaço administrativo europeu enquanto transformação da ordem administrativa europeia tem, entre as suas dimensões fundamentais, a emergência de uma capacidade administrativa independente, *maxime* através das *agências europeias*, e um processo de integração d(est)as estruturas da União e das agências nacionais no âmbito de *espaços administrativos compósitos* caracterizados pela co-existência de múltiplas dinâmicas decisórias e de *accountability*. *Vide* JARLE TRONDAL e B. GUY PETERS, *The rise of european administrative space – Lessons learned*, Working Paper, nº 1, ARENA – Centre for European Studies, Universidade de Oslo, Fevereiro de 2012, págs. 1-12.

Na construção de um “*European policy space*”, em especial no sector dos medicamentos, Boris Hauray e Philippe Urfalino apelam à noção de “transformação mútua”, englobando a “interpenetração de níveis” envolvidos na formação daquele espaço. *Vide* BORIS HAURAY e PHILIPPE URFALINO,
.../...

sistematizar os complexos e variados processos de transformação das administrações nacional e da UE, em especial dissecando o carácter plural e multiforme da hodierna administração comunitária (integrada)¹⁰².

Edoardo Chiti identifica quatro tipos de execução administrativa do direito da UE (execução indirecta, execução via mecanismos de integração administrativa de baixo para cima – *bottom up* -, execução via mecanismos de integração administrativa de cima para baixo – *top-down* -, execução directa), classificação que “essencialmente reflecte o diferente grau de envolvimento da componente supra-

.../..._____

“Mutual transformation and the development of European policy spaces. The case of medicines licensing”, in *Journal of European Public Policy*, 16:3, Routledge, 2009, pág. 432.

¹⁰¹ Vide DIDIER GEORGAKAKIS, “L’administration de l’Union Européenne à la croisée des chemins”, in *Revue française d’administration publique*, nº 133, 2010, pág. 12.

¹⁰² Outros temas muito debatidos a propósito da administração integrada são a transparência e a *accountability* adequadas a esta nova forma de exercício de poder público na UE.

Exemplificativamente, segundo Alexander Türk, verificam-se lacunas na supervisão judicial da actividade administrativa da UE, havendo necessidade de adaptação às novas exigências decorrentes, por exemplo, das estruturas de rede cada vez mais relevantes na organização administrativa europeia. Vide ALEXANDER TÜRK, “Judicial review of integrated administration in the EU”, in *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, coordenação de Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2009, pág. 218 e ss.

Também Herwig Hofmann, no quadro dos procedimentos compósitos, propõe soluções diferentes em sede de controlo judicial e administrativo das hodiernas redes, tendo em conta o fim da “ficcção” do sistema de dois níveis (administração da UE/ administrações dos Estados membros), e o facto de a cooperação administrativa envolver, fundamentalmente, produção conjunta e subsequente troca de informação. Vide HERWIG C.H. HOFMANN, “Composite decision making procedures in EU administrative law”, in *Legal challenges in EU administrative law...*, *cit*, pág. 151 e ss.

Na mesma linha, Giovanna Mastrodonato salienta uma dupla ordem de problemas quanto à tutela jurídica dos cidadãos europeus decorrente da emergência dos fenómenos da coadministração e dos procedimentos compósitos: da necessidade de impugnação de actos intermédios (endoprocedimentais) e da sede de impugnação desses actos. Vide GIOVANNA MASTRODONATO, *ob. cit*, pág. 111 e ss.

nacional e a sua possível combinação com a componente transnacional.”¹⁰³

Não obstante a complexidade e carácter pormenorizado da tipologia proposta, o autor reconhece que esta se encontra “destinada à rápida obsolescência”, atendendo à evolução contínua do sistema regulatório da UE e, em geral, do “espaço jurídico global”.¹⁰⁴

No entanto, não podemos desmentir a utilidade da classificação sugerida, porquanto reflecte impressivamente o carácter compósito e a variedade de arranjos organizatórios possíveis no processo de implementação administrativa do direito da União, levando o Professor italiano a concluir pela ideia de que a governança administrativa europeia oscila entre a fragmentação e a unidade.¹⁰⁵

No âmbito da interacção entre administrações nacionais e instituições da UE, Paul Craig salienta o conceito de *administração partilhada* (*shared administration*), modo utilizado para a implementação do direito da União nos domínios da Política Agrícola Comum (PAC) e dos Fundos Estruturais¹⁰⁶, bem como em áreas que não envolvam a execução de fundos comunitários, como, por exemplo, a regulação das telecomunicações, do sector energético e da política de concorrência¹⁰⁷.

¹⁰³ Vide EDOARDO CHITI, “The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications”, in *Legal challenges in EU administrative law...*, cit, págs. 12-13.

¹⁰⁴ *Idem*, pág. 28.

¹⁰⁵ Nas palavras de Edoardo Chiti, “o processo de implementação administrativa [do direito da UE] é governado por um ‘jogo de forças’ peculiar entre a unidade e a fragmentação. Por um lado, a administração europeia emergente é fundada no pluralismo, dispersão (...); por outro lado, os mecanismos para a implementação do direito da UE (...) são também, ao mesmo tempo, instrumentos de estabilização institucional”. *Ibidem*, págs. 31-32.

¹⁰⁶ Vide PAUL CRAIG, *EU administrative law*, Oxford University Press, 2006, págs. 57-97.

Ao caracterizar a co-administração, Jacques Ziller fala de um “efeito de moda”, atendendo “ao carácter já antigo de um certo número de formas de co-administração – quarenta anos para a política agrícola comum, trinta para a política regional, para não citar mais do que os dois casos mais evidentes” Vide JACQUES ZILLER, “L’*autorité administrative dans l’Union Européenne*”, in *L’*autorité de l’Union Européenne**, direcção de Loïc Azoulai e Laurence Burgorgue-Larsen, *Collection Droit de l’ Union Européenne, Colloques 2*, Bruylant, Bruxelas, 2006, pág. 134.

¹⁰⁷ Vide PAUL CRAIG, “Shared administration, disbursement of community funds and the regulatory state”, in *Legal challenges in EU administrative law...*, cit, em especial, págs. 38-61.

Destacando as vantagens da administração partilhada, designadamente em termos de alívio da (sobre)carga de trabalho da Comissão e de consonância com o princípio da subsidiariedade¹⁰⁸, o Professor de Oxford prevê que esta modalidade de governança multinível “permanecerá central para o desenvolvimento das políticas comunitárias nas diversas áreas em que a UE tem competência.”¹⁰⁹

Outra doutrina¹¹⁰ fala também de *concerto regulamentar europeu* ou *concerto de reguladores* em vários sectores (v.g. moeda e crédito –SEBC-, segurança alimentar, protecção de dados, comunicações electrónicas, concorrência), modelo de integração fundado em autoridades nacionais (independentes) de regulação, configuradas cada vez mais nos seus traços essenciais pelo Direito da União, interligadas com organismos da União em *grupos europeus* complexos, destacando-se frequentemente (v.g. telecomunicações) a “proeminência da administração comunitária”, uma “espécie de hierarquia entre o nível central europeu e o das autoridades nacionais”¹¹¹.

Vale dizer que as autoridades reguladoras nacionais constituem os eixos organizativos e funcionais basilares dos sistemas comuns em rede, no âmbito dos quais elas cooperam com uma multiplicidade de autoridades públicas e entidades

¹⁰⁸ Nas palavras de Paul Craig, a administração partilhada “facilita a expressão das preferências dos Estados membros e o cometimento da aplicação das políticas comunitárias relevantes à *expertise* dos Estados membros. (...) O regime da administração partilhada é, neste sentido, reflexo da subsidiariedade.” *Idem*, pág. 35.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 62.

¹¹⁰ Exemplificativamente, vide CLAUDIO FRANCHINI, “Il diritto amministrativo italiano e l’influenza comunitaria: l’organizzazione”, in *revista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pág. 1179.

¹¹¹ Vide GIOVANNA MASTRODONATO, *ob. cit.*, págs. 87-88.

Na história da integração europeia, são frequentes as formas de cooperação (voluntária) ou de parceria organizativa e procedimental entre as administrações dos Estados membros, gerando o que Cassese apelida de interpenetração burocrática. Vide SABINO CASSESE, “Theoretical sketch of the cooperative and multidimensional nature of Community bureaucracy”, in *Community bureaucracy at the crossroads – l’administration communautaire à l’heure du choix*, coordenado por J. Jamar e W. Wessels, The Tempel, Bruges, 1985, págs. 39-46.

privadas segundo as regras do direito europeu, o qual impõe a instituição de autoridades independentes em diversos sectores, conformando o essencial da sua organização e do seu funcionamento.

Por outro lado, diferentemente do que sucede ao nível do denominado direito administrativo global, o Direito Comunitário, frequentemente, obriga os reguladores nacionais a estabelecer laços orgânicos, funcionais e procedimentais com entidades homólogas de outros Estados membros, num contexto de cooperação vertical, em que o ente europeu (v.g. Comissão), por vezes, assume funções de cúpula organizativa e funcional (v.g. sectores da concorrência e das telecomunicações).¹¹²

Como nota Pedro Gonçalves, “o patamar mais evoluído de integração e, se quisermos, de efectiva federalização – já com uma dimensão de integração orgânica ou institucional –, alcança-se nos casos em que uma estrutura administrativa nacional passa, em sentido literal, a fazer parte, a integrar um sector da Administração Pública Europeia, neste se encaixando como uma estrutura que, em rigor, se pode considerar também europeia. Eis o que sucede, de forma exemplar, com o Banco de Portugal, o qual é parte integrante do *Sistema Europeu de Bancos Centrais* e, nesta qualidade, surge como elemento de um sistema administrativo composto pelos outros bancos centrais e que tem na cúpula o Banco Central Europeu.”¹¹³

Segue-se do exposto que, sendo várias as terminologias utilizadas, a realidade (substantiva) é, porém, a mesma: fenómeno de integração de uma multiplicidade de actores administrativos de diferentes jurisdições em *procedimentos* con-

¹¹² Nas palavras de Susanna Screpanti, enquanto “a cooperação global é informal e nasce do impulso autónomo e espontâneo dos poderes públicos independentes nacionais, segundo uma dinâmica ascendente, a prescindir de um tratado internacional, de normação ultraestadual ou da vontade de uma instituição específica (...), ao nível supranacional, pelo contrário, a inserção de autoridades nacionais em sistemas comuns europeus segue uma aproximação *top-down*”. Vide SUSANNA SCREPANTI, “La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i ‘sistemi comuni’ europei e global”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 2009, pág. 967.

¹¹³ Vide PEDRO GONÇALVES, *Influência do direito da União Europeia...*, cit., pág. 8.

juntos, no contexto daquilo que designámos por *administração integrada* (da UE) e que a doutrina germânica apelida de *Verwaltungsverbund*¹¹⁴; a grande variedade de objecto, de formas e de procedimentos adoptados nos diversos sectores de direito da União impedem, todavia, que se fale de um (único) modelo de procedimento administrativo europeu ou sequer de um modelo-tipo de *procedimentos compósitos*.¹¹⁵

12. Procedimentos compósitos: reflexos sobre a necessidade de um CPA europeu e a revisão do conceito de acto administrativo comunitário (breve referência)

Do ponto de vista dos aspectos procedimentais da administração integrada¹¹⁶, cumpre destacar os denominados *procedimentos compósitos*, procedimentos administrativos multinível caracterizados por *inputs* de sujeitos de diferentes jurisdições, no quadro de uma cooperação vertical, entre instituições e organismos da UE e dos Estados membros, horizontal, entre instituições e organismos dos Estados membros, ou mista (vertical e horizontal).¹¹⁷

¹¹⁴ Recentemente, vide THORSTEN SIEGEL, *Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund - Horizontale Entscheidungsvernetzung und vertikale Entscheidungsstufung im nationalen und europäischen Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

¹¹⁵ Para (mais) uma tentativa de sistematização da multiplicidade de procedimentos compósitos na UE e identificação dos traços comuns destes, reconhecendo a “dificuldade do jurista” nesta tarefa, vide GIOVANNA MASTRODONATO, *ob. cit.*, págs. 106-107.

¹¹⁶ Vide HERWIG C.H. HOFMANN e ALEXANDER H. TÜRK, “Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration”, in *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, coordenação de Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2009; em especial, págs. 358-372.

¹¹⁷ Segundo François Lafarge, “a implementação do direito da UE não é devidamente alcançada apenas através da adopção de previsões nacionais legais *ad hoc*. Ela requer também a edificação de relações administrativas.” O autor refere a existência de relações verticais, entre os Estados membros e órgãos da UE, e de relações horizontais, estabelecidas entre administrações nacionais, normalmente após prévio/inicial contacto com a Comissão, considerando estas fundamentais para a realização das liberdades do Mercado Interno (v.g. liberdade de circulação de serviços). *Vide*

Mutatis mutandis, no contexto da coeva *união administrativa europeia*¹¹⁸, reflexo da (crescente) actuação conjunta das administrações europeia e nacionais, impõem-se modelos procedimentais distintos dos utilizados pelas instituições e órgãos da UE (ao nível da execução directa do direito da União) e pelas organizações administrativas dos Estados membros (no âmbito da aplicação indirecta do direito da União)¹¹⁹.

Deste modo, a noção de *procedimento administrativo europeu* deixa de se referir apenas às normas procedimentais relativas à execução directa da União
.../...

FRANÇOIS LAFARGE, “EU law implementation through administrative cooperation between member states”, in *Rivista italiana di diritto pubblico Comunitario*, fascículo 1, 2010, págs. 119-120.

¹¹⁸ No resumo de Pedro Gonçalves, “O fenómeno de europeização de sectores das administrações públicas dos Estados-Membros da UE baseia-se na participação de autoridades nacionais na execução de funções administrativas comuns, em condomínio ou em co-administração (funções que são europeias e também nacionais). Ao contrário do que postulava a ideia inicial de “execução indirecta”, entende-se hoje que, na medida em que participam nestas funções, as estruturas administrativas nacionais como que se *integram* num sistema administrativo transnacional, *id est*, num *sistema administrativo europeu*; em casos mais radicais, convertem-se, pois, em *elementos periféricos* da Administração Pública da União Europeia. Dito de outro modo, as administrações nacionais constituem a base de uma *união administrativa europeia*.” Vide PEDRO GONÇALVES, *Influência do direito da União Europeia...*, *cit.*, pág. 6.

Segundo Jarle Trondal, mais do que “a emergência de uma ‘mega-administração’ europeia que funde em conjunto as administrações da UE e dos Estados-Nação”, a união administrativa europeia resulta de uma “fusão administrativa diferenciada e consideravelmente condicionada pelas ordens administrativas existentes.” Vide JARLE TRONDAL, “Administrative fusion: less than a european ‘Mega-administration’”, in *Journal of European Integration*, 31:2, Routledge, 2009, pág. 238.

Em geral, sobre a União administrativa europeia, vide *La union administrativa europea*, coordenação de F. Velasco Caballero e J-P Schneider, Marcial Pons, Madrid, 2008.

¹¹⁹ Nas palavras de Herwig Hofmann e Alexander Türk, nos procedimentos compósitos (*composite procedures*) verifica-se uma “dicotomia entre separação e cooperação. A separação organizativa entre administrações europeia e dos Estados membros não esconde a cooperação procedimental intensa entre essas administrações.” Vide HERWIG C. H. HOFMANN e ALEXANDER H. TÜRK, “Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration”..., *cit.*, pág. 366.

pela administração europeia (*stricto sensu*) e aos procedimentos nacionais desenvolvidos aquando da aplicação do direito da União, para incluir também os *procedimentos compósitos ou complexos* resultantes da interpenetração entre esta administração e as administrações nacionais.¹²⁰

Trata-se de *procedimentos administrativos faseados*, em que, no âmbito do desenvolvimento de *funções administrativas comuns*, as autoridades administrativas nacionais exercem uma competência própria, mas fazem-no no seio de uma denominada *integração conjuntiva*, a caminho de um “*federalismo administrativo*, o qual passa pela transformação de certas estruturas administrativas nacionais em *elementos* de um sistema administrativo organizado em pirâmide, em que na cúpula, com poderes de supremacia e *quase-hierárquicos*, se situa uma instituição, órgão ou organismo da União”.¹²¹

¹²⁰ Olivier Dubois fala de “uma nova etapa, a constituição de uma administração compósita que visa ultrapassar a alternativa administração directa/administração indirecta”, apontando a ACER como “um modelo particularmente elaborado de integração dos órgãos estaduais num órgão da União.” Vide OLIVIER DUBOS, “Le paradigme du ‘multi-level governance’ est-il soluble dans le droit?”, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 556, Março 2012, pág. 149. No âmbito do *procedimento administrativo europeu*, Suzana Tavares da Silva distingue o procedimento das decisões de aplicação do direito administrativo europeu pelas instituições europeias (com relevância para os fenómenos da *comitologia* e da *agenciação*), os *procedimentos complexos no contexto da co-administração* (no âmbito das competências partilhadas, com participação dos níveis nacional e europeu), o conceito de *procedimento administrativo transnacional* (procedimentos dirigidos pelas entidades administrativas de um Estado membro mas abertos à participação de entidades administrativas de outros Estados membros ou em que a decisão final do procedimento visa produzir efeitos no território dos outros Estados membros) e, por fim, as *soluções optimizadas no contexto da coordenação de procedimentos* (*benchmarking* procedimental, comparação contínua e sistemática das *performances* das organizações e das suas funções e processos). Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu*, cit., págs. 77-89. Mais recentemente, sobre a nova tipologia de procedimentos, no contexto da europeização do Direito Administrativo, vide JORGE AGUDO GONZÁLEZ, “Sobre la europeización del derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo”, in *Revista de Derecho Europeo*, 45, Janeiro/Março 2013, págs. 61-111.

¹²¹ Vide PEDRO GONÇALVES, *Influência do direito da União Europeia...*, cit., pág. 7.

Em função do incremento da partilha de funções entre administrações europeia e nacionais e da fluidez crescente da distinção entre execução directa e indirecta na aplicação do Direito Comunitário,¹²² parte da doutrina considera reforçada a necessidade de *federalização do procedimento administrativo europeu*¹²³. Segundo os seus defensores, uma *normação europeia de procedimento administrativo* consagrada de uma série de princípios gerais resultante da aplicação a todo o procedimento administrativo europeu, ajudaria a eliminar a dispersão normativa reinante e, sobretudo, a garantir a aplicação dos mesmos princípios básicos por parte das instituições, órgãos e organismos da União e das administrações nacionais nas suas relações com os cidadãos.¹²⁴

¹²² Isaac Martín Delgado aponta mesmo, como razão suplementar para a aprovação de um CPA europeu, a emergência de um “novo modo de configurar organizativa e procedimentalmente a Administração europeia, isto é, como uma terceira via de execução integrada, diferente do Direito Administrativo próprio das instituições e órgãos da União e do Direito Administrativo constituído pelos princípios da aplicação indirecta pelos Estados membros”. Vide ISAAC MARTÍN DELGADO, “El procedimiento administrativo en el derecho de la Unión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010, pág. 101.

Na mesma linha, Jacques Ziller, entre as razões porque defende uma codificação do procedimento administrativo da UE, salienta que “a necessidade de garantir a compatibilidade entre a legislação da UE e a lei de procedimento administrativo dos Estados membros em medidas mistas exige uma maior coerência de princípios e procedimentos.” Vide JACQUES ZILLER, “Es necesaria una ley de procedimiento administrativo para las instituciones de la Unión? Comentarios preliminares y perspectivas”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – *Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales*, 2011, pág. 50.

¹²³ Vide HANNS PETER NEHL, *Principles of administrative procedure in EC law*, Hart Publishers, 1999, pág. 87. Na perspectiva de Anna Simonati, a codificação seria já um objectivo prosseguido desde os primórdios da integração europeia, conforme conclui após análise da jurisprudência comunitária (mais) relevante em matéria de princípios do procedimento administrativo. Vide ANNA SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell’ analisi giurisprudenziale*, Cedam, Pádua, 2009, págs. 300-303.

¹²⁴ Vide ISAAC MARTÍN DELGADO, “Hacia una norma europea de procedimiento administrativo”, in *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, coordenação de Eva Nieto Garrido e Isaac Martín Delgado, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 167 e 197. Na perspectiva do autor, a

Em especial, com a intensificação da intervenção conjunta, por exemplo, em procedimentos compósitos, de diferentes administrações, nacionais e da União, uma codificação geral vinculante de todas estas administrações europeias (*lato sensu*) é apontada como importante solução uniformizadora,¹²⁵ destinada a ultra-

.../..._____

codificação do procedimento administrativo no âmbito da União Europeia é necessária, havendo base jurídica (artigo 298º do TFUE) e fundamentos materiais bastantes (direito à boa administração, princípios democrático e da legalidade) para a sustentar. Em nossa opinião, porém, nada obriga a proceder a essa codificação geral vinculante do procedimento administrativo da administração da União (*lato sensu*)...

Conquanto defenda os méritos de “uma codificação (parcial) dos principais princípios relacionados com a aplicação da legislação da UE”, Jürgen Schwarze considera inexistir base jurídica no Tratado de Lisboa para esse efeito, designadamente porque “o artigo 298, nº 1, do TFUE tem um carácter declaratório, resultando difícil imaginar que o nº 2 constitua fundamento jurídico suficiente para codificar na sua totalidade os procedimentos administrativos da UE. Por outro lado, o artigo 298º, nº 1, do TFUE refere-se expressamente apenas às instituições, órgãos e organismos da União e, por isso, não pode invocar-se no contexto da aplicação indirecta da legislação europeia por parte dos Estados membros.” *Vide* JÜRGEN SCHWARZE, “El derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones preliminares”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011, pág. 22.

Clemens Ladenburger, por outro lado, é apologeta de que o artigo 298º, nº 2, do TFUE contém um verdadeiro mandato de elaboração de uma codificação geral do procedimento administrativo da administração da União. *Vide* CLEMENS LADENBURGER, “Evolution oder kodifikation eines allgemeinen Verwaltungsrechts in der EU”, in *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, coordenado por Hans Heinrich Trute, Thomas Gross, Hans Chr. Röhl e Christoph Möllers, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pág. 119.

¹²⁵ Nas palavras de Luis Ángel Ballesteros Moffa, “a administração integrada ou compósita, além de “introduzir doses acrescidas de complexidade ao sistema aplicativo europeu, acentua a necessidade de um tratamento integral e uniforme do fenómeno procedimental europeu.” *Vide* LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA, “Las dimensiones aplicativas del procedimiento administrativo europeo”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011, pág. 109.

.../...

passar lacunas resultantes da aplicação de regimes jurídicos distintos em matéria de garantias procedimentais¹²⁶, tutela judicial ou de responsabilidade patrimonial (de cada uma das administrações participantes em caso de produção de danos).¹²⁷

Não podemos, pois, em geral, deixar de reconhecer as vantagens de um *Código de Procedimento Administrativo europeu*, designadamente em matéria de transparência e unidade de acção administrativa, em particular com o esbatimento do denominado princípio da autonomia (institucional e) procedimental e a genera-
.../...

Em geral sobre as causas, vantagens e desvantagens da codificação, *vide* ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “O Código de Napoleão e o direito ibero-americano”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 71, 1995, págs. 27-35, e MÁRIO REIS MARQUES, “O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 29, 1987, págs. 46- 81 e 120-130.

¹²⁶ Para uma crítica da jurisprudência e legislação comunitárias em matéria de protecção do direito de audiência nos procedimentos compostos, *vide* CHRISTINA ECKES e JOANA MENDES, “The right to be heard in composite administrative procedures: lost in between protection?”, in *European Law Review*, 36 (5), 2012, págs. 651-670.

¹²⁷ *Vide* ORIOL MIR PUIGPELAT, “Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010, pág. 160, e PÄIVI LEINO-SANDBERG, “Deficiencias del derecho administrativo europeo: lagunas jurídicas, fragmentación y perspectivas de un futuro mejor”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011, em especial, págs. 255-257.

Defendendo também a desejabilidade de um CPA europeu, sobretudo tendo em conta “a extensão das regras gerais sobre revisão judicial no Tratado de Lisboa”, Meuwese, Schuurmans e Voermans consideram que “o *U.S. Administrative Procedure Act* poderia servir como fonte de inspiração para a Europa por duas diferentes formas: primeiro, como fonte de ‘transposição legal de certos conceitos e, segundo, enquanto ideia genérica (transistémica) de um ‘APA’. (...) Especialmente, as noções do APA de procedimento de *notice and comment*, a elaboração de direitos de participação e um sistema uniforme de revisão judicial contra a acção e regulamentação executiva das agências são recomendáveis para debelar os actuais problemas regulatórios e relacionados com as agências na UE.” *Vide* ANNE MEUWESE, YMRE SCHUURMANS e WIM VOERMANS, “Towards a European Administrative Procedure Act”, in *Review of European Administrative Law*, Volume 2, nº 2, Europa Law Publishing, 2009, pág. 29.

lização de *procedimentos complexos*, inerentes à expansão da designada *coadministração*.¹²⁸

Porém, pensamos que a codificação de princípios gerais de direito (princípios da segurança jurídica, da confiança legítima, da audiência, da defesa ou da boa administração)¹²⁹ ou de direitos fundamentais (substantivos e procedimentais – cfr. artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE) já consagrados actualmente em legislação e jurisprudência europeias não alteraria substantivamente o *status quo* actual em matéria de vinculatividade jurídica, podendo, pelo contrário, contribuir para uma indesejável petrificação das regras procedimentais, seguramente nefasta à evolução de uma boa governança europeia.¹³⁰

¹²⁸ Como bem exemplifica Paulo Otero, “a conjugação de diferentes participações procedimentais, envolvendo o repartir de intervenções entre a Administração do Estado-membro e a Administração comunitária directa, mostra-se passível de suscitar o problema de saber se a estrutura decisória final pode (ou não) exercer um controlo sobre a legalidade das sequências procedimentais anteriores que se desenrolaram junto da outra Administração que interveio no procedimento. Em igual sentido, pode bem discutir-se se os vícios dos actos endoprocedimentais de tais procedimentos complexos se projectam ou não sobre a validade do acto final, havendo mesmo quem defenda que só a omissão de tais actos instrumentais se mostra apta a viciar o acto final.” *Vide* PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, *cit.*, pág. 481.

¹²⁹ Para uma síntese dos princípios gerais que deveriam constar de um CPA europeu, *vide* HELENA JÄDERBLOM, “De la fragmentación a la mejora de la coherencia: un derecho administrativo de la UE de fácil manejo”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – *Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales*, 2011, em especial, págs. 277-278.

¹³⁰ *Vide* EBERARD SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 414.

Mostrando-se igualmente desfavoráveis quanto à existência de um CPA europeu, *vide* GIACINTO DELLA CANANEA, “From judges to legislators? The codification of EC administrative procedures in the field of State aids”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 5, 1995, pág. 975, e MARIO CHITI, “The role of the European Court of Justice in the development of general principles and their possible codification”, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nºs 3-4, 1995, pág. 669.

.../...

Mutatis mutandis, a formalização ou positivação de um CPA europeu não nos parece essencial pelo facto de existir considerável número de previsões no direito da União, designadamente em matérias de comitologia, de agências executivas, de acesso à informação, de protecção de dados, de boa conduta administrativa ou em sede de disciplina financeira, e sobretudo de princípios gerais decorrentes da jurisprudência comunitária¹³¹ aplicáveis às mais diversas políticas europeias.

Mais ainda: um CPA europeu pormenorizado, não restrito à consagração de um sistema geral de princípios, constituiria, em meu juízo, inaceitável tentativa de substituição das codificações nacionais ao nível da execução do direito da União pelas administrações dos Estados membros,¹³² passo melindroso em termos de princípio da subsidiariedade e de preservação das identidades nacionais.¹³³

.../..._____

Também Edoardo Chiti parece orientar-se neste sentido ao afirmar “não haver uma solução única para a questão da procedimentalização, mas apenas soluções contingentes e variáveis caso a caso. A procedimentalização não é nem justificável per se nem uma solução *one-size-fits-all*: diferentes circunstâncias funcionais e normativas podem requerer diferentes respostas e graus de procedimentalização, incluindo a opção da não procedimentalização.” Vide EDOARDO CHITI, “European agencies’ rulemaking : powers, procedures and assessment”, in *European Law Journal*, volume 19, nº 1, Janeiro 2013, pág. 105.

¹³¹ Vide MARIO CHITI, “The role of European Court of Justice in the development of general principles and their possible codification”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nºs 3-4, 1995, págs. 661-665.

¹³² Neste sentido, vide CAROL HARLOW, “Codification of administrative procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot”, in *European Law Journal*, Volume 2, Issue 1, Março 1996, pág. 21. Também Luis Ángel Ballesteros Moffa considera que “a relevância alcançada pelo procedimento administrativo europeu, nas suas vertentes directa, indirecta e integrada, está a fazer inclinar a balança da aplicação para a Europa em detrimento dos Estados, apesar dos contrapesos ou equilíbrios derivados do princípio da subsidiariedade e da autonomia procedimental.” Vide LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA, “La europeización de los procedimientos administrativos nacionales”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010, pág. 197.

¹³³ Neste sentido, parece-nos (politicamente) mais razoável a proposta de “começar pela codificação do procedimento da administração da União e deixar a das administrações nacionais para uma fase ulterior, quando aquela se haja consolidado e começado a impregnar os ordenamentos nacio-

.../...

Paralelamente, cumpre salientar a proposta de *revisão do conceito de acto administrativo comunitário*, porquanto o novo figurino ou conceito de administração europeia como administração integrada tornaria inadequada a ligação do carácter comunitário do acto administrativo à qualificação formal do sujeito que o adota.¹³⁴ Ainda assim, não obstante o reconhecimento da influência crescente da actuação articulada e em rede das administrações europeias (directa e indirecta), isto é, da *administração mista*, sobre o conceito de acto administrativo no sistema jurídico-administrativo da União, mantém-se o entendimento maioritário da ligação necessária entre o conceito de *acto administrativo comunitário* e o elemento (subjectivo) da sua emissão por uma autoridade da União, sem prejuízo da delegação a privados.¹³⁵

.../..._____

nais.” Vide ORIOL MIR PUIGPELAT, “Razones para una codificación general...”, *cit.*, pág. 171. Afirma-se, assim, inequivocamente, o propósito de a “codificação da administração da União constituir um passo prévio de uma codificação aplicável a todas as administrações europeias” (pág. 170)...

¹³⁴ Vide GIOVANNA MASTRODONATO, *ob. cit.*, pág. 108.

¹³⁵ Na definição de Maria Luísa Duarte, podemos considerar como acto administrativo eurocomunitário “qualquer manifestação de vontade emanada de um órgão da União Europeia, investido de poderes executivos, destinada a produzir efeitos jurídicos numa situação concreta em relação a um destinatário individual, que pode ser um Estado-membro ou um qualquer sujeito de direito, pessoa física ou pessoa colectiva.” Vide MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito administrativo da União Europeia*, *cit.*, pág. 121. A autora destaca, entre os elementos formativos do conceito em análise, o elemento subjectivo activo, isto é, estarmos perante “actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União (v.g. agências europeias), desde que dotados de poderes de autoridade, por habilitação directa ou indirecta” (pág. 121). Sobre a noção de acto administrativo comunitário, vide FAUSTO DE QUADROS, “O acto administrativo comunitário”, in *Colóquio Luso-Espanhol: o acto no contencioso administrativo – tradição e reforma*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 63-74, e XAVIER ARZOZ SANTISTEBAN, “El acto administrativo en el derecho de la Unión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010, pág. 80.

Como clarifica Herwig Hofmann, a cooperação entre as administrações europeia e nacionais traduz-se, a final, num acto da instituição ou organismo da UE, ou do Estado membro, muitas vezes com eficácia sobre todo o espaço da UE (acto transterritorial). Vide HERWIG C.H. HOFMANN, “Composite decision making procedures in EU administrative law”, *cit.*, págs. 136-137.

Não podemos, todavia, deixar de reconhecer, “para além dos casos que hoje assentam numa decisão multi-nível, e que podem ser reconduzidos a um direito administrativo europeu centralizado numa (pré-) pronúncia das instituições europeias, (...) um domínio crescente no contexto da actividade administrativa nacional, que embora integrada no leque de poderes dos Estados membros se encontra subordinada a regras de harmonização, e tende a transformar-se num domínio onde as decisões das autoridades administrativas nacionais produzem efeitos para além das respectivas circunscrições nacionais.”¹³⁶

13. Estruturas de rede

De geometria variável consoante as políticas comunitárias em causa, os procedimentos compósitos normalmente constituem formas de geração e partilha

¹³⁶ Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu*, cit, pág. 68. A autora destaca, no âmbito deste *direito administrativo europeu transnacional*, o *modelo de decisão transnacional*, o qual reconhece radicar “numa concepção excessivamente agressiva para a autonomia dos Estados membros no âmbito da liberdade de implementação das políticas dos Tratados, pulverizando o princípio da territorialidade da actuação administrativa, pois nas modalidades mais agressivas implica que as decisões adoptadas pelas autoridades administrativas de um Estado membro sejam válidas (reconhecimento abstracto) no território dos restantes Estados membros” (pág. 70). Em especial, sobre a construção dogmática do acto administrativo em domínios jurídicos de norma multínível e as suas dificuldades no contexto das relações jurídicas transnacionais, vide SUZANA TAVARES DA SILVA, “Acto administrativo de ‘faca e garfo’”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho –Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 421 e ss,

Segundo Herwig Hofmann, é preferível a terminologia de acto transterritorial a acto transnacional porque este “último termo é ligeiramente enganador, na medida em que não é a Nação o ponto de referência relevante mas o facto de geralmente no âmbito do direito público, por causa do princípio da territorialidade, o efeito legal da decisão se limitar ao território do Estado que emite a decisão (...). O direito da UE permite que certos actos tenham efeitos para além deste alcance territorial, em todo o território da UE.” Vide HERWIG C.H. HOFMANN, “Composite decision making procedures in EU administrative law”, cit, pág. 137.

de informação, existindo, por isso, abundante disciplina jurídica reguladora da cooperação e troca de informações em domínios tão diversos como a segurança dos produtos, a regulação de telecomunicações, a contratação pública, a luta contra o branqueamento de capitais, entre outros.¹³⁷

A partir da assistência mútua na recolha de informação, os procedimentos compósitos rapidamente evoluem para *estruturas de rede*¹³⁸, conceito em voga na hodierna *sociedade em rede*¹³⁹, repousando a administração da União Europeia, em grande parte, sobre uma *rede administrativa* coenvolvente das administrações comunitária e nacionais.¹⁴⁰

Desta forma, os diferentes modos de *governança europeia*¹⁴¹ parecem assentar em *redes*, isto é, sobre ligações estruturais entre sistemas organizativos dis-

¹³⁷ Vide HERWIG C.H. HOFMANN, “Composite decision making procedures in EU administrative law”, *cit.*, págs. 138-148.

¹³⁸ Sobre a evolução gradual da cooperação e troca de informação para as *redes de informação*, particularmente relevantes na regulação do risco, vide HERWIG C.H. HOFMANN, “Composite decision making procedures in EU administrative law”, *cit.*, pág. 144 e ss.

¹³⁹ Sobre a sociedade em rede, vide MANUEL CASTELLS, *A sociedade em rede*, volume I, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

¹⁴⁰ Vide JEAN-LUC SAURON, “Les réseaux d’administrations communautaires et nationales”, in *Droit Administratif Européen*, *cit.*, pág. 283. O autor analisa o papel das redes administrativas sob três ângulos: a associação das administrações nacionais à produção normativa comunitária, a cooperação entre a administração comunitária e as administrações nacionais na aplicação de decisões comunitárias, as administrações nacionais enquanto instrumento indispensável à boa integração dos países candidatos à adesão.

Para uma descrição das técnicas de integração administrativa das redes administrativas sectoriais, formadas pelas administrações nacionais, mistas e europeias, com importante papel das agências europeias, vide EDOARDO CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002, pág. 278 e ss.

¹⁴¹ Vide ALEXANDRA ARAGÃO, “A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?”, in *Colóquio Ibérico – Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra Editora, 2005, págs. 105-166. Em especial, sobre a *governância* como “frente de ataque ao edifício jus-ambiental”, no quadro da eventual afirmação de um *princípio de proibição do retrocesso em matéria de protecção ambiental*, vide ALEXANDRA ARAGÃO, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho –Administração e sustentabilidade:*

tintos, conexões que permitem reduzir a complexidade, estabilizar expectativas e activar canais de minimização da colisão de racionalidades diversas.¹⁴²

Entre as características das redes destaca-se a promoção do *esbatimento de fronteiras entre as esferas pública e privada*¹⁴³, no contexto de um *espaço administrativo europeu tridimensional*¹⁴⁴, com *actuação conjunta das administrações europeia, nacionais e das partes interessadas (v.g. privados) na elaboração e execução do direito*¹⁴⁵. A induzir, desde já, um alerta: tendo em conta que o inte-

.../..._____

entre risco(s) e garantia(s), Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, págs. 48-52.

Associando o conceito de governança à ideia de que o Estado já não é o único actor, no contexto de um sistema multi-nível de prossecução das tarefas públicas, *vide* GOMES CANOTILHO, “A *governance* do terceiro capitalismo e a constituição social”, *in Entre discursos e culturas jurídicas, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, nº 89, coordenação de Gomes Canotilho e Lenio Luiz Streck, Coimbra Editora, 2006, págs. 145-154.

¹⁴² *Vide* POUL F KJAER, *Between governing and governance – on the emergence, function and form of Europe’s post-national constellation*, Hart publishing, 2010, pág. 62. O autor defende que o funcionamento em rede é o elemento comum dos três modos de governança da UE (comitologia, agências e método aberto de coordenação), procedendo a interessante análise da evolução histórica e conceptual do fenómeno das redes (págs. 63-73).

¹⁴³ Poul Kjaer explica: “a função de várias redes é, de facto, combinar elementos privados e públicos, assim estabilizando as relações entre os sistemas político e administrativo e aqueles com os quais estes se relacionam, como o sistema económico. O principal objectivo das redes que actuam entre as esferas pública e privada é então o de assegurar a correspondência entre os objectivos das políticas privadas e públicas. Na prática, estas redes são tipicamente destinadas a garantir um elevado nível de auto-regulação pelos privados, enquanto as autoridades públicas que participam na rede tendem a assumir um papel de supervisão.” *Vide* POUL F KJAER, *Between governing and governance, cit*, pág. 71.

¹⁴⁴ *Vide* C. JOERGES, “The legitimacy of supranational decision-making”, *in Journal of Common Market Studies*, nº 44, 2006, e, mais recentemente, HERWIG C. H. HOFMANN, “Mapping the European administrative space”, *cit*, pág. 670.

¹⁴⁵ Para uma análise das redes enquanto “novo modo de governança” em outros espaços regionais, como a América Latina, em especial no domínio das telecomunicações, *vide* JACINT JORDANA & DAVID LEVI-FAUR, “Networks as modes of transnational governance: regional latin american tele-

.../...

resse geral não corresponde à soma dos interesses colectivos dos supostos representantes da denominada sociedade civil, o decisor político e as instituições da União não devem reconduzir as suas opções políticas à mera conciliação ou síntese das posições de actores económicos e sociais, sob pena de se reduzirem à condição de meros notários de interesses de *lobbies*, os verdadeiros legisladores comunitários...¹⁴⁶

.../..._____

coms networks in the shadow of hierarchies”, trabalho apresentado em Maio de 2010, no Instituto Universitário Europeu, Florença, págs. 1-21.

Apresentadas como novidade dos tempos actuais, as redes não constituem, como bem nota Giacinto della Cananea, “uma inovação radical. Com efeito, estruturas similares existiam há séculos, na Europa medieval. O Império Romano, por exemplo, era muito diferente da estrutura mais ou menos hierárquica e uniforme dos Estados modernos. Encontrava-se relacionado com várias outras autoridades públicas (isto é, estados, feudos e cidades livres) por uma pluralidade de ligações. Mais recentemente, o império colonial britânico baseou-se numa pluralidade de conexões” *Vide* GIACINTO DELLA CANANEA, “Independent regulatory agencies in the european legal space”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, pág. 158.

¹⁴⁶ Como pondera Barbosa de Melo, “recai sobre o Estado a tarefa específica de harmonizar com justiça os diversos interesses sectoriais em jogo na sociedade civil (...) com fidelidade e obediência aos princípios éticos e jurídicos aplicáveis na matéria específica.” *Vide* BARBOSA DE MELO, “Estado e sociedade civil: lugares da doutrina social da Igreja”, in *Lumen*, nº 1, ano 71, série III, Janeiro/Fevereiro 2010, pág. 18. Ora, nas palavras de Leite Campos, “o modelo weberiano fundado sobre uma imagem do poder concebido como sistema fechado, no qual se verificam relações hierárquicas de comando e de execução, de objectivos e de meios, é substituído pela imagem de um sistema aberto no qual o poder se constrói ‘a posteriori’, numa relação sempre mutável do sistema com o seu ambiente. Perde-se a dimensão ética do Estado implícita na concepção liberal do Estado de Direito, favorecendo-se o compromisso sempre variável entre interesses em concorrência, em que vence o mais forte.” *Vide* DIOGO LEITE CAMPOS, “Só a justiça é eficiente: as políticas financeiras e os direitos das pessoas”, in *A austeridade cura?, A austeridade mata?*, 2ª edição, coordenação de Eduardo Paz Ferreira, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pág. 386.

Na verdade, no contexto de um *Estado cooperativo (Kooperativer Staat)*¹⁴⁷, assiste-se a uma autêntica *contratualização e privatização política da lei*¹⁴⁸ e eleva-se o *consenso a critério legitimador do princípio da justiça*¹⁴⁹, impondo-se cuidado especial com os evidentes *perigos de clientelização do Estado em face de interesses privados e da comercialização do poder público*¹⁵⁰ resultantes desta *visão consensual da actividade regulatória*¹⁵¹.

¹⁴⁷ Vide FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

¹⁴⁸ Vide CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas - as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*, Coimbra Editora, 1998, pág. 227.

¹⁴⁹ Vide PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, cit., pág. 141.

Em geral, sobre o hodierno fenómeno de exercício contratualizado do poder público, referindo-se ao neocontratualismo administrativo, vide JORGE ALVES CORREIA, *Contratos urbanísticos – concertação, contratação e neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 40-47. Para um enquadramento histórico do consenso social, vide BARBOSA DE MELO, “Introdução às formas de concertação social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LIX, 1983, pág. 65 e ss.

¹⁵⁰ Vide GOMES CANOTILHO, “Direito à emanção de normas legais individuais?”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127º, nº 3847, Fevereiro 1995, pág. 293.

¹⁵¹ Vide PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE- Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 15. Defendendo que “o consenso entre instâncias reguladoras e operadores regulados não se esgota ou não se materializa apenas em instrumentos contratuais”, porquanto não se pode olvidar “outros instrumentos consensuais de grande relevância dogmática, como é especialmente o caso do ‘acto administrativo de aceitação de compromissos’ [v.g. regulação da concorrência, regulação do sector energético]”, o autor fala na convivência entre a *regulação por contrato* (de concessão), “enquanto *estratégia regulatória* e não apenas enquanto *técnica regulatória*” e a *regulação por agência* (reguladora), como acontece entre nós, por exemplo, nos domínios da água e dos resíduos, dos serviços energéticos [e dos portos]. (pág. 140, parêntesis nossos)

Para uma visão geral do quadro regulatório das águas e dos resíduos em Portugal, dos serviços energéticos, e dos portos, vide, respectivamente, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Regulação das Águas e Resíduos em Portugal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXXXV, Coimbra, 2009, pág. 565 e ss, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade dos reguladores na fixação e controlo das tarifas”, in *O Direito*, Ano 143º, III, 2011, MANUEL

Por fim, é de salientar que a Comissão tem sido a principal beneficiária da participação em redes de reguladores nacionais¹⁵²: a *expertise* e a credibilidade que lhe estão associadas, em conjunto com o cariz de representantes dos Estados membros, parecem facilitar a (maior) influência da Comissão na integração administrativa e harmonização das práticas regulatórias.¹⁵³

Paradigmaticamente, a elaboração de linhas directrizes e a cooperação em grupos de trabalho da Comissão com *experts* nacionais, concomitantemente com a possibilidade de controlo da aplicação (correcta) do direito comunitário prevista no artigo 258º do TFUE,¹⁵⁴ evocam, por um lado, uma *concertação crescente das administrações comunitária e dos Estados membros* e, paralelamente, uma clara compressão *de facto* das prerrogativas nacionais de execução (normativa), *maxime* em sede de transposição de directivas.¹⁵⁵

.../..._____

PORTO e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Organização administrativa e regulação dos portos: uma análise de direito comparado”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, 2010, pág. 16 e ss. Em geral, sobre a política europeia em matéria de água, vide PAULO CANELAS DE CASTRO, “Paradigm shifts in European Union water policy”, in *The European Union at 50: assessing the past, looking ahead – proceedings of the Jean Monnet conference held in Macau on the 27th -28th May 2008*, Universidade de Macau, Macau, 2010, págs. 195-214.

¹⁵² Para uma tipologia dos modelos de redes (de reguladores nacionais) existentes na União, vide PAUL CRAIG, “Shared administration and networks: global and EU perspectives”, in *Values in global administrative law - Essays in Honour of Spyridon Flogaitis and Gerard Timsit*, coordenado por G. Anthony, J.B Auby, J. Morison & T. Zwart, Hart Publishing, Oxford, 2010, págs. 81-116.

¹⁵³ Neste sentido, com dados empíricos e partindo do pressuposto de que os Estados membros sempre mostraram cautela em delegar formalmente capacidades administrativas nas Comunidades/União por razões de soberania, Maria Martens conclui: “as redes transgovernamentais podem ser entendidas como uma ‘porta de trás’ informal para a Comissão Europeia aprofundar a integração administrativa e a harmonização das práticas regulatórias na União Europeia.” Vide MARIA MARTENS, “Administrative integration through the backdoor? The role and influence of the European Commission in transgovernmental networks within the environmental policy field”, in *European Integration*, vol. 30, nº 5, Routledge, Dezembro 2008, pág. 636.

¹⁵⁴ Cfr. Comunicação da Comissão - uma Europa de resultados - aplicação do direito comunitário, COM (2007) 502 final, Bruxelas, 05/09/2007.

¹⁵⁵ Vide JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif...*, cit., págs. 179-181.

14. Um novo paradigma de legitimação do poder público europeu?

14.1. Fim do modelo hierárquico?

Pelo exposto, *prima facie*, podemos afirmar a existência de uma *coeva tendência de arquitetura institucional na União caracterizada por relações heterárquicas entre a administração da UE e os fora nacionais, num sistema de múltiplos principais substitutivo do tradicional modelo weberiano de administração, ancorado nas burocracias organizadas hierarquicamente*, com base no princípio fundamental da responsabilidade ministerial.

Em função do aprofundamento da integração europeia e do alargamento das tarefas consignadas à esfera federal europeia, a *governança* administrativa da União tem evoluído no sentido de um *sistema poliárquico de rede*,¹⁵⁶ destacando-se o papel da *comitologia* e das *agências europeias* enquanto *pedras basilares dessa interconexão entre autoridades nacionais e supranacionais*.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Segundo Suzana Tavares da Silva, “uma das principais angústias da soberania estadual” consiste em: “ou ela se refunda numa soberania europeia (constituição europeia) reforçando-se como elemento de sustentação dos esquemas públicos de suporte normativo da sociedade, mas perdendo a luta no plano da exclusividade nacional, ou se enfraquece em face do desenvolvimento de esquemas normativos extra-estaduais típicos de um *direito em rede*.” Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo direito administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pág. 38. Ana Raquel Moniz acaba mesmo por suscitar a questão de saber “se ainda existe Estado”, considerando que “a tradicional doutrina jurídico-pública nem sempre se encontra preparada para dar respostas (correntes) aos desafios inerentes às crises, na medida em que ainda se encontra, muitas vezes, arreigada a modelos burocráticos (weberianos) ou, mais recentemente, preocupada com a garantia da continuidade da acção do Estado, convivendo mal com uma certa maleabilidade ou ‘ad-hocracia’ (ad hococracy) pressuposta pelos momentos mais críticos, que acabam por atacar as próprias fundações do Estado.” Vide ANA RAQUEL MONIZ, “Direito, ética e Estado – Brevíssimas reflexões em diálogo com Barbosa de Melo”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organização de Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 66-67.

¹⁵⁷ Vide CHARLES F. SABEL/JONATHAN ZEITLIN, “Learning from difference: the new architecture of experimentalist governance in the EU”, in *European Law Journal*, 14, 2008, págs. 278-292.

Naquela que parece ser a perspectiva da moda na literatura jurídica e, em especial, na ciência política europeia,¹⁵⁸ a *transição do tradicional modelo de controlos verticais para conceitos de accountability horizontal ou de poliarquia directa e deliberativa*¹⁵⁹ funda-se numa *nova legitimação do agir administrativo*,¹⁶⁰ .../...

Tendo em conta o exemplo da agência europeia no sector dos transportes ferroviários (ERA), Esther Verluis e Erika Tarr consideram que a mais valia deste organismo surge, na prática, por via da promoção da aprendizagem informal entre reguladores nacionais, tendo em conta as heterogeneidades dos 27 espaços regulatórios, e da renúncia a aproximações centralizadas e hierárquicas. Vide ESTHER VERLUIS e ERIKA TARR, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 51, nº 2, 2013, págs. 316-333.

¹⁵⁸ Mark Dawson fala em três vagas na relação entre os métodos de *new governance* e o direito, salientando que a terceira vaga de investigação sobre governança é “baseada não na oposição, mas na complementaridade da nova governança e das instituições jurídicas.” Vide MARK DAWSON, “Three waves of new governance in the European Union”, in *European Law Review*, volume 36, nº 2, Abril 2011, págs. 208-225.

¹⁵⁹ Vide CHARLES F. SABEL/JONATHAN ZEITLIN, “Learning from difference...”, *cit.*, pág. 276. Na definição de Gomes Canotilho, *governance* significa o conjunto de “formas de direcção cuja centralidade não pertence mais às decisões hierárquicas estaduais, mas deriva da articulação entre actores públicos e privados, tanto no contexto nacional como no contexto global.” Vide GOMES CANOTILHO, “Law shopping and good governance”, in *The European Union at 50: assessing the past, looking ahead – proceedings of the Jean Monnet conference held in Macau on the 27th -28th May 2008*, Universidade de Macau, Macau, 2010, pág. 501. Alexandra Aragão fala num “comprometimento expresso om uma forma diferente de fazer progredir a União Europeia, baseada mais numa abordagem *bottom up* do que *top down*. Cada vez mais os **impulsos** dos cidadãos são essenciais para o avanço da União, os seus **contributos** determinam o sentido da evolução e o seu **controlo** garante a efectividade dos avanços alcançados.” Vide ALEXANDRA ARAGÃO, “Ensaio sobre a construção europeia e a reinvenção da democracia, a propósito dos ‘diálogos com os cidadãos’”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organização de Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 22.

¹⁶⁰ Sobre os traços da *renovação do direito administrativo*, destacando, por exemplo, a *europização* e a *governança* como motores dessa *reforma* do agir da administração pública, vide JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*, dissertação de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, Dezembro de 2011, págs. 411-504, e, em geral, para uma descri-

.../...

invocando-se a *deliberação tecnocrática e especializada como compensação da erosão da legitimidade democrática*.

No coevo contexto de profundas transformações dos sistemas político-administrativos ocidentais motivadas pela crise financeira e económica eclodida no Verão de 2007, Pedro Gonçalves destaca também a “procura de soluções de um novo tipo, que estendam para as áreas do Estado Social a *governança colaborativa* e os *esquemas de parceria entre os sectores público e privado*” como “fator chave com contribuição direta para a saída da crise e deste tempo de turbulência.”¹⁶¹ (itálico nosso)

.../..._____

ção das origens e principais manifestações do designado *novo direito administrativo*, vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo direito administrativo?*, cit..

¹⁶¹ Vide PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador...*, cit., pág. 41. Neste sentido, segundo o autor, “os desvios e os erros cometidos com os contratos de parceria público-privada não põem em causa as vantagens do Estado Contratante em relação ao Estado Gestor” (pág. 42), propondo nesta sede “a criação de uma instância reguladora no domínio da contratação pública”, à semelhança, em Itália, da *Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (pág. 27). Em geral, sobre a adaptação do direito dos contratos públicos ao contexto de crise, do mesmo autor, “Gestão de contratos públicos em contexto de crise”, in *Estudos de contratação pública*, volume III, coordenação de Pedro Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, pág. 41 e ss.

Na tentativa de restringir a extensão do conceito de Parcerias Público Privadas (PPP’s) e a heterogeneidade do seu âmbito, Paz Ferreira e Marta Rebelo, admitindo “que, mesmo recorrendo a um conceito restrito de PPP, ainda assim nos confrontamos com uma realidade de conteúdo amplo”, propõem a “identificação das PPP com um modelo de delegação, por uma entidade pública numa entidade privada, da responsabilidade de execução ou prestação, manutenção e financiamento de uma obra, infra-estrutura ou serviço público, por um período temporal suficientemente longo para que se torne possível a amortização do investimento privado.” Vide EDUARDO PAZ FERREIRA/MARTA REBELO, “O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia*, Ano 1, n.º 4, Belo Horizonte, 2003, pág. 66.

Entre nós, Paz Ferreira mostra-se contrário a regimes normativos gerais sobre PPP’s, posição que subscrevemos. Afirma o autor: “serão (...) questionadas as vantagens desse tipo de legislação, uma vez que se me afigura que, tratando-se de figuras dotadas de grande maleabilidade, seria preferível omitir a legislação genérica de enquadramento, pela sua susceptibilidade de diminuir as potencialidades do recurso às parcerias, sendo suficiente e necessário que, em cada operação concreta,

.../...

Somos da opinião de que , para além da questão democrática, não contribuindo a conceptualização da administração da União à luz de um paradigma cooperativo e não vertical para a melhor aceitação do projecto europeu, a importância das redes na UE não permite concluir-se, sem mais, por uma substituição da hierarquia pela heterarquia como elemento central da organização pública ou sequer por uma terceira via entre o mercado e a hierarquia.¹⁶²

.../..._____

existisse um diploma legal, fixando os aspectos básicos da operação e as formas de salvaguarda do interesse público”, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, *Ensinar Finanças Públicas na Faculdade de Direito (Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 244. Em geral, sobre as PPP’s, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., pág. 51 e ss e PAUL LIGNIÉRES, *Partenariats Publics Privés*, edições LITEC, Paris, 2000. Sobre as PPP’s no domínio da saúde, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regulação da saúde”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, no prelo e LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume III, coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010.

¹⁶² Gitte Hyttel Norgard considera que na governança multinível, o funcionamento em rede “substitui a hierarquia como modelo de referência de governação”. Vide GITTE HYTTEL NORGDARD, “National limits to transnational networking? The case of the Danish IT and telecom agency”, in *Multilevel Union Administration...*, cit, pág. 176.

Também Claudio Franchini defende que o processo de integração administrativa europeia se inspira num modelo fundado numa interpenetração estrutural e funcional entre administrações nacionais e comunitária mais do que sobre um critério de hierarquia. Vide CLAUDIO FRANCHINI, “Autonomia e indipendenza nell’ amministrazione europea”, in *diritto amministrativo*, 2008, pág. 90.

Em sentido idêntico, Carol Harlow e Richard Rawlings falam de “declínio da hierarquia”, considerando que “como os sistemas de rede ou sistemas de governança substituem as estruturas de governação hierárquicas e centralizadas, encontram-se ameaçados os tradicionais sistemas de controlo e a maquinaria de *accountability*.” Vide CAROL HARLOW e RICHARD RAWLINGS, “Promoting accountability in multilevel governance: a network approach”, in *European Law Journal*, volume 13, nº 4, Blackwell Publishing, Julho 2007, pág. 542.

Mais equilibrada parece-nos a posição de Frederico Gustavo Pizzetti: “a *governance* representa um outro modo – não necessariamente substitutivo, mas sim, a bem ver, complementar – de legitimar a decisão pública” relativamente ao sistema tradicional fundado na pirâmide hierárquica.” Vide FREDERICO GUSTAVO PIZZETTI, “Metodi intergovernativi, metodi ‘comunitari’ e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi”, in

.../...

Na verdade, as redes podem ser perspectivadas enquanto fenómeno inter-hierárquico que liga organizações modernas,¹⁶³ assentando os procedimentos decisórios horizontais e cooperativos essencialmente sobre a noção de hierarquia e dependendo as opções dos actores da rede, as mais das vezes, da aprovação dos seus Governos.¹⁶⁴

No contexto da colaboração em rede entre administrações nacionais e comunitária, mais do que uma mera cooperação administrativa (inteiramente) paritária, parece ressaltar uma espécie de *hierarquia enfraquecida*, de base consensual e participada, uma *kooperativ abgefederte Hierarchie*¹⁶⁵; *não havendo um Estado que verdadeiramente comande, pelo menos, há um poder público assumido como .../...*_____

Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur, coordenação de Paola Bilancia, Giuffrè Editore, Milão, 2006, pág. 281.

¹⁶³ Vide POUL F. KJAER, *Between governing and governance*, cit, pág. 69.

¹⁶⁴ Neste sentido, Dário Barbieri considera, com base na análise empírica dos campos da concorrência e do ambiente (em Itália), não se poder concluir pela ideia de que a europeização dos reguladores, impulsionada pela formação de redes, implique uma redução da influência (real) dos Ministérios ou um declínio da coerência da acção governativa. Vide DARIO BARBIERI, “transnational networks and national hierarchies in Italy: the cases of the Italian competition and environment administrations”, in *Multilevel Union Administration...*, cit, págs. 180-193.

¹⁶⁵ Vide E. SCHMIDT-ASSMANN, “Der Europäische Verwaltungsverbund und die rolle des Europäischen Verwaltungsrechts”, in *Der Europäische Verwaltungsverbund*, coordenado por E. Schmidt-Assmann e B. Schöndorf-Haubold, Tübingen, 2005, pág. 14.

Neste sentido, Edoardo Chiti defende que “o exercício da coordenação e de poderes de programação por agências europeias tende a produzir relações hierárquicas entre os vários sujeitos envolvidos, tornando, por isso, imprecisa a concepção de ‘redes’ como potenciais áreas decisórias horizontais, frequentemente usada na ciência política.” Vide EDOARDO CHITI, “Decentralisation and integration into the Community administrations...”, cit, pág. 418.

Diferentemente, Diana-Urania Galetta reconduz o funcionamento em rede das administrações europeia e dos Estados membros à cooperação administrativa e ao dever de cooperação leal previstos no artigo 10º do TCE (actual artigo 4º, nº 3, do TUE). Vide DIANA-URANIA GALETTA, “Co-amministrazione, reti di amministrazioni, *Verwaltungsverbund*: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di ‘cooperazione amministrativa’ dell’art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell’ amministrazione intrecciata?”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fascículo 6, 2009, pág. 1697.

*primus inter pares*¹⁶⁶. Aliás, a própria noção de governança multinível, intimamente ligada às redes, sugere a existência de relações hierárquicas entre diversos níveis...

Diferentemente do que muitos defendem suceder com as *networks* transgovernamentais ao nível global (v.g. Comité de Basileia, Fórum de Estabilidade Financeira), falando-se aí de redes de interdependência ou trans-estaduais em detrimento de redes de hierarquia,¹⁶⁷ no direito comunitário a coordenação entre aparelhos estaduais e supranacionais, por exemplo, nem sempre assenta sobre uma base consensual (v.g. obrigação de cooperação entre reguladores de concorrência, ao abrigo do Regulamento nº 1/2003) e comporta, amiúde, a *supremacia funcional de um poder central* (maxime a Comissão)¹⁶⁸.

Mesmo os acordos celebrados pelos parceiros sociais, verdadeiro direito negociado substitutivo das regulamentações comunitárias propriamente ditas, encontram a sua integração no direito da União dependente da homologação do Conselho, normalmente efectivada na emissão de directivas reprodutoras do conteúdo daqueles acordos.

¹⁶⁶ Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das políticas públicas*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 88.

¹⁶⁷ Exemplificativamente, vide SABINO CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2001, pág. 3 e ss.

No âmbito do denominado *direito administrativo global*, é de destacar a problemática da *normatividade transnacional*, com o desenvolvimento de processos de interconstitucionalidade e possível referência a uma verdadeira ordem pública internacional ou mesmo a uma Constituição mundial. Vide JOÃO LOUREIRO, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência – algumas questões juspublicísticas”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica*, nº 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, em especial págs. 834-838.

¹⁶⁸ Como referem Karin Van Boetzelaer e Sebastiaan Princen, “a governança por redes não é panaceia para todos os problemas de coordenação”, surgindo em muitos casos como “uma solução ‘second best’, usada quando outras opções, mais centralizadoras, são inaceitáveis politicamente.” Vide KARIN VAN BOETZELAER e SEBASTIAAN PRINCEN, “The quest for coordination in european regulatory networks”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 50, nº 5, Setembro 2012, pág. 833.

Estes mecanismos de concertação social, paradigma da *coregulação* na União, dependem ainda do controlo da Comissão, *maxime* em sede de verificação da conformidade dos projectos de acordos com o direito comunitário, salientando-se também o poder de a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu proporem modificações e de se oporem à entrada em vigor destes projectos.¹⁶⁹

Também a denominada *auto-regulação*, traduzida por exemplo em *códigos de conduta* que os signatários se obrigam a respeitar¹⁷⁰, apenas se impõe como instrumento de direito, revestido de imperatividade jurídica, através da sua conversão pelas instituições da União em fontes de direito comunitário (v.g. regulamentos).

Como afirma George Bermann, na União Europeia, “a hierarquia não está na moda. Mas alguns elementos da hierarquia podem ser salutares em domínios numa desesperada procura de uma identidade pública perceptível, particularmente quando um incremento dessa identidade é ele próprio encarado como desejável para a saúde e a aceitação pública das políticas.”¹⁷¹

¹⁶⁹ Cfr. artigos 153º, 154º e 155º do TFUE. Sobre política social europeia em geral, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Segurança e saúde no trabalho – A responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, nº 1, Janeiro 2008, Lisboa, págs. 311-351.

¹⁷⁰ Cfr., por exemplo, as regras deontológicas e as práticas comuns vertidas em texto relativamente a várias profissões liberais (v.g. notários, em 1995), as quais visa(vam), fundamentalmente, facilitar o reconhecimento mútuo das qualificações profissionais no espaço europeu. Mais recentemente, sobre a Directiva 89/48/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da Directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume I - Assuntos Europeus e Integração Económica, coordenação de António Menezes Cordeiro, Jorge Miranda, Eduardo Paz Ferreira, José Duarte Nogueira, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 323 e ss.

¹⁷¹ Vide GEORGE A. BERMANN, “Executive power in the new European constitution”, in *International Journal of Constitutional Law*, nº 3, 2005, pág. 445.

*Mais do que não estar na moda, o afastamento do conceito de hierarquia e o conseqüente ênfase no modelo da relação heterárquica podem mesmo ser vantajosos no plano das relações entre a União e os Estados membros, evitando as sempre intrincadas questões de núcleos irredutíveis de soberania no processo da integração europeia.*¹⁷²

Neste sentido, a governança, ao privilegiar a cooperação e a descentralização relativamente à hierarquia burocrática e ao controlo centralizado, e ao pretender orientar ou pilotar (*Steuerung, system of steering*) a policentralidade de sistemas políticos e sociais complexos¹⁷³, é particularmente conveniente à análise de vários aspectos regulatórios e institucionais da União, num quadro de complexa repartição de poderes entre autoridades europeias, nacionais e regionais e de necessidade de assegurar a consistência das políticas comunitárias em tão diverso espaço geográfico e de tradições político-jurídicas.¹⁷⁴

No entanto, no *Direito Administrativo da UE as competências e a accountability têm de continuar a ser perspectivadas verticalmente e não apenas de modo horizontal, sobretudo tendo em conta a relevância mantida pelo tradicional modelo da administração indirecta, assente nas burocracias nacionais.*¹⁷⁵

¹⁷² Vide JOHANNES SAURER, “Supranational governance and horizontal accountability: the role of member states in the oversight of EU agencies”, *Yale Workshop on Comparative Administrative Law*, Maio 2009, pág. 38.

¹⁷³ Vide ANDREAS VOSSKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I – Methoden, Maßstäbe, Aufgabengebiete, Organisation*, coordenado por Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann e Andreas Vosskuhle, Verlag. C.H. Beck, Munique, 2006, págs. 22-26.

Nas palavras de Jónatas Machado, “a administração europeia é agora mais fragmentada, policêntrica, institucionalmente heterogénea e geograficamente dispersa.” Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia I e II...*, cit., pág. 73.

¹⁷⁴ Vide XÉNOPHON A. YATAGANAS, “Delegation of regulatory authority in the European Union – the relevance of the american model of independent agencies”, in *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 3/01, pág. 6.

¹⁷⁵ *Idem*, pág. 39.

Numa palavra: o cepticismo relativamente ao funcionamento dos governos e da política em geral não deve remeter para a ideia de que só novas estruturas – ditas de rede – se encontram à altura de responder aos hodiernos desafios políticos, institucionais e sociais,¹⁷⁶ em especial na UE.

Pensamos que *a actualmente tão popular governança*¹⁷⁷ *não constitui a fórmula mágica de legitimação do poder público,*¹⁷⁸ até porque a generalização de novos métodos como a *co-regulação* ou a *auto-regulação*, marcados pela ausência de vinculatividade característica das regras emitidas, *comportaria riscos sérios para a unidade e coerência do direito comunitário e para a segurança jurídica indispensável à integração europeia.*

Face à emergência de questões inéditas e complexas, *julgamos fundamental a estabilização assegurada pelas instituições de governação tradicional, com estruturas de controlo e responsabilidade facilmente identificáveis, sobretudo*

¹⁷⁶ Discordamos, pois, da ideia fundamental da dissertação de doutoramento de MAARTJE DE VISSER, *Network-based governance in EC law: the example of EC competition and EC communications law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

¹⁷⁷ Extensamente divulgada pela doutrina anglo-saxónica desde a década de 90 do século passado, o termo *governança* (*governance*) é usado em contraste com o conceito de *governação* (*government*), procurando exprimir-se a ideia de o processo decisório democrático não resultar da mera actuação de instituições centralizadas e oficiais de autoridade, mas também da interacção cooperativa entre um amplo leque de actores públicos e privados, num pressuposto de democratização mais lata da esfera pública que suporta uma determinada ordem política. Sobre as origens (medievais) e o conceito de governança, vide AMARYLLIS VERHOEVEN, “Democratic life in the European Union, according to its constitution”, in *Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005, pág. 167 e ss.

Mais recentemente, começa a falar-se de *governancing*, apelando à ideia da transformação de *government* em *governance*. Vide ROD RHODES, “Waves of governance”, in *Oxford Handbook of Governance*, coordenado por David Levi-Faur, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹⁷⁸ Na perspectiva de Gomes Canotilho, o conceito de governança, no seio de um constitucionalismo global ou multinível, pode ser concebido como um novo enquadramento transnacional da estatalidade. Vide GOMES CANOTILHO, “Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 330-333.

tendo em conta as dificuldades em construir adequados sistemas de supervisão da acção administrativa e de protecção de direitos em redes que frequentemente excedem os limites das competências de cada Estado membro e dos níveis regulatórios individualmente considerados.¹⁷⁹

14.2. Governança, comitologia, agências: legitimidade funcional e legitimidade democrática

Fundamentais para o aprofundamento da integração europeia, *as estruturas executivas de governança na União parecem fundar a sua legitimidade essencialmente numa perspectiva funcional, na eficiência prática da cooperação entre representantes nacionais, administração supranacional e especialistas técnicos independentes, num agir administrativo em rede, consensual e frequentemente dominado por mecanismos de soft law.*¹⁸⁰

¹⁷⁹ Propondo uma *network* de *accountability* e de supervisão, designadamente uma rede de tribunais, para ultrapassar estes problemas de controlo das hodiernas estruturas de rede no direito administrativo europeu, *vide* HERWIG C.H. HOFMANN, “Seven Challenges for EU administrative law”, *in Review of European Administrative Law*, volume 2, nº 2, Europa Law Publishing, 2009, pág. 52.

Em geral, defendendo a redefinição do conceito, dos objectivos e das formas de *accountability* nos direitos internacional e europeu, atendendo à evolução da governação e da autoridade pública para além das fronteiras dos Estados-Nação e seus territórios, *vide* DEIDRE CURTIN e ANDRÉ NOLLKAEMPER, “Conceptualizing accountability in international and european law”, *in Netherlands Yearbook of International Law*, volume XXXVI, 2005, pág. 3 e ss.

¹⁸⁰ Nas palavras de Maria da Glória Garcia, “um *soft law* aliado a uma forma de exercer o poder caracterizada como ‘*governance*’, tende a fazer carreira, em contraponto ao conceito clássico de lei (‘*hard law*’) e à forma tradicional de exercer o poder caracterizada como ‘*government*’ ou sistema de comando e controlo (‘*command and control system*’). A ‘*governance*’ estadual surge como poder ao lado de múltiplos centros de poder social com o intuito de lhes conferir unidade e coerência, de acordo com as sinergias que emergem da comunidade e do seu relacionamento recíproco com o Estado. A partilha de autoridade torna-se uma realidade e a actuação cada vez mais se desenvolve em rede.” *Vide* MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das políticas públicas*, *cit.*, pág. 23.

Factor preponderante de credibilidade, *a capacidade de alcançar resultados carece, sob pena de arbitrariedade do poder público, de ser conciliada com exigências normativas ligadas à teoria democrática e constitucional,*¹⁸¹ isto é, *a legitimação da acção pública europeia tem de assentar também nos ideais clássicos de governação democrática, da representatividade e da responsabilização hierárquica.*¹⁸²

Na verdade, uma nova forma de compreender e exercer o poder dentro do Estado sem *questionamento ético, político e jurídico* pode induzir *perigosas derivas totalitárias*, só sendo possível superar o *momento de crise do poder político*, pulverizado em múltiplos poderes *infra e supraestaduais*, e de *ameaça à função pedagógica do direito* compreendendo a (boa) *governança como um poder de realizar o direito* e, cremos, *associando o Estado incitativo, propulsor e activo à*

.../..._____

Na terminologia de Kutsal Yesilkagit, “uma importante função das redes regulatórias europeias é a de providenciar as autoridades reguladoras nacionais com uma plataforma institucional para coordenar a implementação e harmonização do direito comunitário nos Estados membros através da emissão de normas não vinculativas como orientações e standards.” *Vide KUTSAL YESILKAGIT, “Institutional compliance, european networks of regulation and the bureaucratic autonomy of national regulatory authorities”, in Journal of European Public Policy, 18:7, Outubro 2011, pág. 962.*

¹⁸¹ Na mesma linha, Luís Vale afirma: “Se o direito passa, o Estado e a sua administração parecem ...*passar-se*, tão seduzidos se mostram com as correntes *gerencialistas* ou *managerialistas* e *consumeristas* amplamente dufundidas nos últimos anos.” *Vide LUÍS ANTÓNIO MALHEIRO MENESES DO VALE, “Responsividade nos sistemas públicos de saúde: o exemplo da OMS”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume IV, organização de Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica – 101, ad honorem – 5, Coimbra Editora, 2010, pág. 1059.*

¹⁸² Para uma interessante defesa da legitimidade democrática (do sistema institucional) da União Europeia, destacando mesmo as semelhanças com a realidade política italiana de Novembro de 2011 a Novembro de 2012, *vide* FAUSTO CAPELLI, “Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia (*Parte Prima*)”, *in Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, Ano LI, nº 3, Julho-Setembro 2012, págs. 409- 427, e , do mesmo autor, “Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia (*Parte Seconda*)”, *in Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, Ano LI, nº 4, Outubro-Dezembro 2012, págs. 635-676.

*formalização legal da justiça e à democracia representativa.*¹⁸³

Em suma: *compreendemos a importância para o processo regulatório supranacional (europeu) das estruturas de governança e da eficiência do processo decisório da União, mas não podemos deixar de afirmar a indispensabilidade para a integração comunitária da legitimação democrática (tradicional) num mundo político e social crescentemente desagregado, a evocar o feudalismo medieval*¹⁸⁴.

Como explica Maria da Glória Garcia, “o exercício de uma *governança* flexível e compreensiva não se sobrepõe nem substitui o exercício musculado e

¹⁸³ Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das políticas públicas, cit.*, págs. 158, 161, e 252.

Nas palavras de Ana Raquel Moniz, “a existência de novos instrumentos vinculadores (não necessariamente consubstanciados em normas jurídicas, mas constituindo esquemas regulativos alternativos) do *agere* da Administração (provenientes dos quadrantes europeu e internacional) – diretamente relacionados com a ‘crise do Estado’ – não pode obliterar que o direito se assume como um dado ineliminável, numa perspectiva concomitantemente ética, política, cultural e funcional.” Vide ANA RAQUEL MONIZ, “O *administrative constitutionalism*: resgatar a Constituição para a Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, pág. 419.

¹⁸⁴ Neste sentido, como nota Maria da Glória Garcia, “orquestrar, sob limitação do direito, acções multiformes, disponibilizando permanentemente informação transparente, não manipulada e acessível, procurando não interferir nos movimentos sociais que criativamente se vão formando, corresponde a um poder que retoma e reformula o *poder de governança medieval*.” *Idem*, pág. 46.

Atenta a enorme *fragmentação do poder político*, Jorge Miranda, na esteira de Max Weber, entende “que na Idade Média verdadeiramente não houve Estado”. Vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Preliminares - O Estado e os Sistemas Constitucionais*, 9ª Edição, Tomo I, Coimbra Editora, pág. 51. Não se podendo falar verdadeiramente nesta época de um direito público, existia uma tutela judicial razoável dos direitos dos cidadãos, falando-se mesmo, por vezes num *Estado de Justiça*. Vide ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, pág. 49. Sobre as garantias dos direitos dos administrados neste Estado de Justiça, *vide*, por todos, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994, págs. 77-129.

duro do governo, sempre que a lei e o direito sejam incumpridos. A acção de mandar e comandar do governo convive com a acção de coordenar, concertar, pilotar, incitar, orientar da *governança*.¹⁸⁵

Neste sentido, *a comitologia e as agências europeias*, conforme desenvolveremos mais adiante (cfr., respectivamente, nºs 27-32 e Parte II), acabam por constituir interessantes exemplos de *compromisso entre a legitimidade funcional e a (alguma) legitimação democrática*.

Na verdade, concebido como fonte de *democratização procedimental*, o *processo comitológico* torna a decisão europeia mais compreensível e democraticamente *accountable*, ao promover a participação e ao fazer depender a deliberação da socialização dos decisores em comunidades epistémicas (*experts* científicos, grupos de interesses, funcionários públicos)¹⁸⁶ a envolver também, de forma decisiva, os interesses e representantes nacionais.

Enquadradas no *contexto decisório multi-nível e informal da União*, com poderes e características variáveis sectorialmente, também as *agências europeias* cumprem em geral importante papel de *centros polarizadores de redes de trocas de experiências, de discussão argumentativa das melhores práticas*,¹⁸⁷ de *regulation by information*¹⁸⁸, respondendo a uma pluralidade de actores institucionais, nomeadamente aos Estados membros.

¹⁸⁵ Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das políticas públicas*, cit., pág. 161.

¹⁸⁶ Vide CHRISTIAN JOERGES, “‘Deliberative supranationalism’: two defences”, in *European Law Journal*, volume 8, issue 1, 2002, págs. 133-151.

¹⁸⁷ Vide CHARLES F. SABEL/JONATHAN ZEITLIN, “Learning from difference...”, cit., págs. 279-280.

¹⁸⁸ Vide GIANDOMENICO MAJONE, “The new european agencies: regulation by information”, in *Journal of European Public Policy*, volume 4, Issue 2, 1997, págs. 262-275.

Entre nós, Paz Ferreira refere-se a uma regulação informal, “que se verifica quando as autoridades competentes exercem os seus poderes de forma menos processualizada e eventualmente menos transparente, mas mais rápida”, por contraposição à regulação rígida, com “processos longos de tomada e justificação da decisão, ainda que normalmente rodeados de mecanismos de transparência”, distinguindo ainda, em termos próximos, a regulação flexível, “que passa por uma maior maleabilidade na definição das regras e dos critérios de aplicação”, da regulação de comando, “em que a entidade responsável conserva poderes de controlo muito efectivos e exercidos por via auto-

.../...

.../..._____

ritária e unilateral”. *Vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001, pág. 401.

Capítulo II

Administração integrada e europeização da função regulatória na União Europeia

15. Administração integrada e princípio da subsidiariedade: os métodos abertos de coordenação

Assente num sistema cooperativo de estruturas administrativas, a administração integrada articula-se harmoniosamente com a ideia de soberania partilhada e com o *princípio da subsidiariedade*, num contexto de *gestão descentralizada das políticas comunitárias*.

Deste modo, com a crescente expansão das políticas da União e a implementação efectiva do princípio da subsidiariedade após o Tratado de Maastricht, assiste-se ao desenvolvimento de *novos modos de governança, em complemento do denominado método comunitário clássico*.

Trata-se de métodos marcados pela *souplesse*, pelo *pluralismo* e pela ideia de *subsidiariedade*, na medida em que, através de instrumentos *soft* se concretiza a *coordenação entre vários actores económicos, sociais e os Estados*, num quadro de aceitação das diversidades nacionais como fonte de enriquecimento do próprio direito comunitário.

No designado *método aberto de coordenação*, por exemplo, os Estados conservam as suas competências, podendo mesmo não participar neste mecanismo de aproximação dos direitos nacionais, com recurso a uma *coordenação interestadual voluntária dirigida à concretização de objectivos comuns, definidos ao nível comunitário*.

Noutros termos: os objectivos da coordenação aberta são definidos de modo não vinculativo (v.g. orientações políticas e fixação de *standards*), com a aproximação dos direitos nacionais através da *aprendizagem mútua, da troca permanente de informações e de boas práticas*.

Paradigmaticamente, a recente Directiva dos Serviços exige a *cooperação administrativa* e a denominada *assistência mútua interestadual*,¹⁸⁹ através de pon-

¹⁸⁹ Pedro Gonçalves aponta mesmo a Directiva dos serviços como um caso paradigmático de *influência europeia sobre as missões das autoridades administrativas nacionais* ou de transformação do que chama de *cultura das organizações administrativas*. Nas palavras do autor: “a alteração das missões administrativas que decorrem da abolição, em muitos sectores, de controlos administrativos prévios, *ex ante*, (por via de *autorização, licença*, etc.): a abolição de controlos prévios – por ex., no domínio da prestação de serviços, na sequência da Directiva nº 2006/123/CE, relativa aos serviços no mercado interno – provoca uma alteração das missões administrativas, que deixam de se traduzir num controlo burocrático “à entrada no mercado”, e passam a desenvolver-se, no terreno, através de acções de fiscalização (vistorias e inspecções). Ora, esta alteração determina uma reestruturação das estruturas administrativas, que vão ter de se adaptar a um trabalho mais operacional, a efectuar onde a actividade a controlar se desenvolve, e abandonar o modelo de trabalho burocrático, centralizado e “de gabinete”, consubstanciado numa apreciação documental de pedidos de entrada no mercado.” *Vide PEDRO GONÇALVES, Influência do direito da União Europeia...*, cit., pág. 4. Não obstante reconhecer “uma tendência para a marginalização das autorizações nacionais”, Pedro Gonçalves nota que tal “não impede o direito administrativo da União Europeia de dotar os órgãos administrativos da União, em especial a Comissão, de poderes de outorga de autorizações (‘autorizações administrativas europeias’), como sucede, por exemplo, com a autorização para a utilização de determinadas substâncias químicas, a autorização de introdução no mercado de medicamentos e a autorização de colocação no mercado de novos alimentos e ingredientes alimentares. *Vide PEDRO GONÇALVES, Reflexões sobre o Estado Regulador...*, cit., pág. 153.

Para uma visão geral da Directiva dos Serviços, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Regulação dos serviços”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/João Carlos Loureiro, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, em especial págs. 582-615, e a obra colectiva *Die neue Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union – Hoffnungen und Erwartungen angesichts einer (weiteren) Vervollständigung des Binnenmarktes*, coordenado por Heribert Franz Koeck e Margit Maria Karollus, Nomos, Viena, 2008. Sobre a transposição nacional da Directiva dos Serviços, vide PEDRO GONÇALVES, “La ejecución y la transposición de la ‘directiva de servicios’ – el caso portugués”, in *Revista de Estudios Locales*, nº 122, Aranzadi, 2009, pág. 52 e ss. Em especial, sobre a compatibilidade de diversos preceitos legais do regime nacional de realização das inspecções técnicas de veículos com a Directiva de Serviços, vide MANUEL PORTO e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Intervenção privada no exercí-

.../...

tos de contacto indicados pelos Estados¹⁹⁰ e do sistema electrónico de intercâmbio de informações a criar em colaboração com a Comissão¹⁹¹.

Sintetizando as etapas tipo deste *processo multinível de governança*:

- 1) o Conselho Europeu consensualiza os objectivos gerais a alcançar e define orientações genéricas;
- 2) o Conselho (de Ministros), na sequência de proposta da Comissão ou de órgãos ou de *agências* independentes, fixa indicadores quantitativos e/ou qualitativos para a avaliação das práticas nacionais;
- 3) para a prossecução destes objectivos, as autoridades dos Estados membros, na linha do princípio da subsidiariedade, adoptam as medidas convenientes ao nível apropriado (nacional, regional, local) de acordo com Planos de Acção Nacional;
- 4) ao nível do Conselho, os Estados membros avaliam-se mutuamente, num sistema de *peer review*, muitas vezes complementado por esquemas de *naming and shaming*.¹⁹²

Cumprе salientar, porém, a *diversidade de métodos abertos de coordenação*, a assentar, por exemplo, e de forma excepcional, a governança da União Económica e Monetária, na possibilidade de imposição de sanções em resultado de infracções ao Pacto de Estabilidade e Crescimento¹⁹³ e não apenas na avaliação mútua.

.../..._____

cio de funções públicas: os centros de inspecção automóvel face ao direito da União Europeia”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 327 e ss.

¹⁹⁰ Cfr. artigo 28º, nº 2, da Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro de 2006.

¹⁹¹ Cfr. artigo 34º, nº 1, e considerando 112 da Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro de 2006.

¹⁹² Vide VASSILIS HATZOPOULOS, “Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU”, in *European Law Journal*, Volume 13, nº 3, Maio 2007, pág. 312.

¹⁹³ Em bom rigor, o PEC estabelece duas regras essenciais de coordenação para a redução das desigualdades macroeconómicas dos Estados-Membros: por um lado, a obrigação de manter, no médio prazo, situações orçamentais próximas do equilíbrio ou excedentárias; por outro lado, a

.../...

E conquanto sejam apontáveis características-tipo, comuns, à generalidade das áreas onde se recorre ao denominado Método Aberto de Coordenação (v.g. coordenação monetária, áreas sociais como o emprego, imigração, saúde, discriminações, reformas, educação, investigação, bem-estar), *não pode, em bom rigor, definir-se de forma unívoca e inequívoca este instrumento de governança europeia, por essência variável e adaptável às especificidades de diversos domínios.*

De qualquer modo, *no respeito das diversidades nacionais*, sob o impulso e com (algum) acompanhamento e controlo das instituições comunitárias, *o método aberto de coordenação tem-se revelado importante factor de aprofundamento da integração europeia em domínios diversos.*

Na verdade, este procedimento tem permitido aos Estados alcançar convergências que se revelavam difíceis ou aparentavam impossíveis de alcançar no quadro do processo legislativo comunitário tradicional, seja em domínios de competência da União ou em esferas de competência não comunitária.¹⁹⁴

.../..._____

proibição de os Estados-Membros ultrapassarem os 3% de défice orçamental relativamente ao Produto Interno Bruto (PIB). Enquanto a regra do médio prazo é executada de acordo com o *open method of coordination* (OMC), através de um *procedimento de supervisão multilateral*, a regra da proibição de défice excessivo é executada pela possibilidade de aplicação de *sanções financeiras*. Relativamente àquela regra, a principal crítica que se aponta é a de que, na ausência de um mecanismo que permita a aplicação de sanções financeiras, falta capacidade para disciplinar os Estados-Membros não cumpridores. Vide DERMOT HODSON, “Macroeconomic co-ordination in the euro-area: the scope and limits of the open method”, in *Journal of European Public Policy*, volume 11, nº 2, 2004, pág. 232.

No entanto, quanto à segunda regra, apesar de se prever uma forma de penalizar os países não cumpridores, através da abertura de um procedimento de défice excessivo, este mecanismo acabou também por falhar, não tendo havido, por exemplo, penalização de França e Alemanha em 2002. Vide DERMOT HODSON e IMELDA MAHER, “Soft Law and sanctions: economic policy co-ordination and reform of the Stability and Growth Pact”, in *Journal of European Public Policy*, volume 11, nº 5, 2004, pág. 799.

¹⁹⁴ Vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Collection Droit de L'Union Européenne, direcção de Fabrice Picod, Thèses, Bruylant, 2010, pág. 550 e ss.

No entanto, como nota Herwig Hofmann, numa afirmação que bem se adapta à dinâmica dos *métodos abertos de coordenação*, “a noção de subsidiariedade na implementação é vítima do seu próprio sucesso”, porquanto “as administrações dos Estados membros encontram-se agora tão extensivamente envolvidas não apenas na implementação de decisões tomadas ao nível da UE mas também no desenvolvimento e enquadramento das políticas, que houve um movimento na direcção de uma administração verdadeiramente integrada em todas as áreas de competência da UE.”¹⁹⁵

Por outra banda, *os resultados destas abordagens soft estão longe de ser satisfatórios*,¹⁹⁶ mesmo em áreas como a União Económica e Monetária onde a governança pelo método aberto de coordenação dispõe, parcialmente, do *plus* sancionatório, *caminhando-se, por isso, crescentemente no iter da centralização regulatória*, bem evidenciada, designadamente, na emergência das recentes autoridades europeias de supervisão financeira¹⁹⁷.

¹⁹⁵ HERWIG C. H. HOFMANN, “Mapping the European administrative space”, in *West European Politics*, vol. 31, n.º 4, Routledge, Julho 2008, pág. 669. O autor considera a administração integrada a terceira etapa no desenvolvimento do denominado espaço administrativo europeu, após o desenvolvimento do modelo de administração indirecta, *maxime* através da delegação de poderes na CECA e na CEE e da afirmação dos princípios do primado e do efeito directo, e da “abertura horizontal dos sistemas políticos e jurídicos dos Estados membros”, com a emergência do princípio do reconhecimento mútuo. (págs. 663-668)

¹⁹⁶ Nos domínios dos cuidados de saúde e da União Económica e Monetária, *vide*, respectivamente, TAMARA HERVEY, “The European Union’s governance of health care and the welfare modernization agenda”, in *Regulation & Governance, Special Issue: Health Care and New Governance: The Quest for Effective Regulation*, Volume 2, Issue 1, Março 2008, págs. 103–120, e NUNO MIGUEL ALBUQUERQUE MATOS, “The financial crisis and the future of the Eurozone economic governance”, in *Debater a Europa*, n.º 9, Julho-Dezembro 2013.

¹⁹⁷ Sobre estas, cfr. n.º 53.3.

16. Administração integrada: descentralização de competências na execução das regras de concorrência

16.1. Do sistema centralizado na Comissão (Regulamento n.º 17)

No domínio da concorrência, o Tratado CE estabelecia regras gerais aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas (artigo 81.º do TCE, actual artigo 101.º do TFUE)¹⁹⁸ e abusos de posições dominantes (artigo 82.º, actual artigo 102.º do TFUE)¹⁹⁹, conferindo-se ao Conselho poderes para aplicar estas disposições.²⁰⁰

¹⁹⁸ Para uma análise pormenorizada dos pressupostos da proibição estabelecida no (anterior) n.º 1 do artigo 81.º do TCE (coligação entre empresas, afectação do comércio entre os Estados-Membros e a existência de uma restrição da concorrência que legitime a intervenção da Administração para defesa da liberdade de concorrência no mercado), vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, págs. 388-391, e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário- Sumários desenvolvidos-*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 637-687. O artigo 9.º da nova Lei da Concorrência portuguesa (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) inspira-se, quase integralmente, neste preceito comunitário. Vide MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, anotação ao artigo 9.º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 82-108.

¹⁹⁹ Para uma análise deste dispositivo, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, págs. 391-395, e MANUEL PORTO, *Economia: um texto introdutório*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 31-32. Ao contrário dos cartéis (cfr. artigo 101.º, n.º 3, do TFUE), a exploração abusiva de posição dominante não comporta excepções. Como afirmam João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, “o abuso não pode em caso algum ser tolerado numa comunidade que reconhece a supremacia do Direito” Vide JOÃO MOTA DE CAMPOS/JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 4.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, pág. 625. Para uma análise do artigo 11.º da nova Lei da Concorrência, consagrador do instituto do abuso de posição dominante no direito da concorrência português, vide GONÇALO ANASTÁCIO, anotação ao artigo 11.º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 123-163.

.../..._____

Em geral, sobre o abuso de posição dominante, *vide* JOSÉ PAULO MARIANO PEGO, *A posição dominante relativa no direito da concorrência*, Almedina, Coimbra, 2001, e *O controlo dos oligopólios pelo direito comunitário da concorrência – a posição dominante colectiva*, Almedina, Coimbra, 2007, e MIGUEL MOURA E SILVA, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Coimbra, 2010. Em Portugal, prevê-se ainda a figura do *abuso de dependência económica* (artigo 12º da nova Lei da Concorrência). *Vide* VICTOR CALVETE, “Abuso de posição dominante II: o abuso de dependência económica”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 269-293, e JOSÉ PAULO MARIANO PEGO, anotação ao artigo 12º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 164-168.

²⁰⁰ Mais desenvolvidamente, sobre (est)as disposições substantivas de direito comunitário da concorrência, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit.*, págs. 87-100, e MANUEL PORTO, “Os novos desafios e exigências do direito da concorrência”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Ars Iudicandi, Studia Iuridica*, 91 volume II, coordenação de Jorge de Figueiredo Dias; José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 589-602.

Em geral, sobre a matéria da concentração (comunitária e nacional) de empresas, *vide* CAROLINA CUNHA, *Controlo das Concentrações de Empresas*, nº 3 da Colecção Série Cadernos do IDET, Almedina, Coimbra, 2005, JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, *cit.*, págs. 407-423, PEDRO GONÇALVES, “Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, nºs 7 e 8, Ano II, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 245-311, e anotação ao artigo 42º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 164-168. Em especial, sobre a difícil delimitação dos conceitos de *quota de mercado* e *volume de negócios das empresas* em causa em operações de concentração, *vide* JOSÉ MANUEL QUELHAS, anotação ao artigo 39º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 429-438, e sobre a complexa questão da *articulação entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais no âmbito do controlo das concentrações de empresas*, *vide* MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e VITAL MOREIRA, anotação ao artigo 55º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Caro-

.../...

Em 1962, o Conselho adoptou o Regulamento n.º 17,²⁰¹ primeiro regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do TCE, o qual instituiu o sistema de controlo e procedimentos de aplicação que a Comissão veio a aplicar sem alterações significativas até 2004.

Baseado no *efeito directo da regra de proibição do n.º 1 do artigo 81.º*, com possibilidade de a Comissão, os tribunais e as autoridades administrativas nacionais (enquanto a Comissão não desse início a qualquer processo) aplicarem este preceito²⁰², o Regulamento n.º 17 estabeleceu, porém, um *poder exclusivo de, a pedido de empresas ou associações de empresas, a Comissão emitir certificados negativos a declarar não haver motivo de intervenção ao abrigo dos artigos 81.º, n.º1, e 82.º*,²⁰³ e previu também *um sistema de notificação prévia dos acordos com o objectivo de obter uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 81.º*²⁰⁴, atribuindo-se *exclusivamente à Comissão a competência para autorizar esses acordos*²⁰⁵.

.../..._____

lina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 564-569.

²⁰¹ Cfr. Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro Regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado. O título deste Regulamento foi adaptado para tomar em conta a renumeração dos artigos do TCE nos termos do artigo 12.º do Tratado de Amesterdão; originalmente, eram referidos os artigos 85.º e 86.º do Tratado. Sobre a aplicação dos arts 81.º e 82.º do TCE durante a vigência deste Regulamento *vide* LÚCIO TOMÉ FETEIRA, *United (Should) We Stand?* – *On the Interplay Between European and National Competition Law After Regulation 1/2003*, dissertação de doutoramento defendida no Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2012, pág. 42 e ss.

²⁰² Cfr. artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17/62.

²⁰³ Cfr. artigo 2.º do Regulamento n.º 17/62. Convém recordar que o artigo 1.º deste diploma explicita expressamente a proibição dos acordos, decisões e práticas concertadas referidos no n.º 1 do artigo 81.º do TCE e da exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, na acepção do artigo 82.º do TCE, sem necessidade de decisão prévia da Comissão.

²⁰⁴ Cfr. artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17/62.

²⁰⁵ Cfr. artigos 6.º e 9.º, n.º1, do Regulamento n.º 17/62.

Conforme se explicava no Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE²⁰⁶, este *sistema centralizado de autorização* era necessário e provou ser extremamente eficaz para a criação de uma "cultura da concorrência" na Europa, tendo permitido à Comissão instituir uma aplicação uniforme do artigo 81º em toda a Comunidade e, assim, promover a integração dos mercados impedindo a criação pelas empresas de barreiras que os próprios Estados-Membros tinham vindo a eliminar gradualmente.²⁰⁷

Nas palavras de Luís Morais, “tal centralização pode, de algum modo, explicar-se em virtude de preocupações de consolidação do novo ordenamento comunitário da concorrência, mediante a uniformização dos processos de concretização jurídica das suas normas (assegurando um grau de consistência à aplicação dessas normas que não se mostraria possível num quadro de intervenção de entidades nacionais, considerando quer a novidade do ordenamento comunitário da concorrência, quer a inexistência ou escasso desenvolvimento de normas de direito da concorrência no ordenamento dos Estados-Membros). Essa centralização favoreceu também o desenvolvimento de orientações hermenêuticas induzidas pela Comissão – e, durante um tempo considerável, ao menos parcialmente corroboradas pelo TJCE – dominadas por uma lógica formal e intervencionista relacionada com preocupações dominantes de salvaguarda dos objectivos de integração económica.”²⁰⁸

No entanto, o *elevado número de acordos notificados*, forma de as empresas obterem segurança jurídica e bloquearem recursos aos tribunais nacionais e às autoridades nacionais de concorrência, demonstrou a *impossibilidade de manter um sistema centralizado de aplicação* que exige uma decisão da Comissão relativamente aos acordos restritivos respeitadores das condições do nº 3 do artigo 81º.

²⁰⁶ Sobre o contexto por detrás deste Livro Branco e as reacções que o mesmo gerou, vide LÚCIO TOMÉ FETEIRA, *United (Should) We Stand?...*, cit., págs. 79-84.

²⁰⁷ Cfr. Livro branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado CE, Programa da Comissão nº 99/027, (1999/C 132/01), nº 4.

²⁰⁸ Vide LUÍS SILVA MORAIS, *Direito da concorrência – perspectivas do seu ensino*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 107-108.

Para além de dificultar a aplicação das regras comunitárias de concorrência pelos tribunais e pelas autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros, o sistema centralizado do Regulamento nº 17 impedia a Comissão de se concentrar na repressão das infracções mais graves e originava custos excessivos para as empresas.

Na verdade, numa União crescentemente alargada, a realização do mercado interno e a integração progressiva dos mercados nacionais traduziram-se inevitavelmente num aumento considerável do número de processos abrangidos pelo direito comunitário da concorrência²⁰⁹, levando rapidamente a que o mecanismo de controlo prévio inerente ao regime de autorização instituído pelo Regulamento nº 17 se mostrasse insuficiente para as sistemáticas notificações dos acordos entre empresas à Comissão, dotada de recursos administrativos limitados.

Não obstante a introdução do conceito de prejuízo sensível da concorrência que permitiu afastar do âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 81º do TCE os processos menos importantes,²¹⁰ o esclarecimento pela Comissão das condições

²⁰⁹ Cumpre lembrar que o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência se baseia no critério da afectação do comércio entre Estados-Membros. De acordo com a jurisprudência comunitária, num mercado integrado, mesmo os acordos concluídos entre empresas estabelecidas num único Estado podem exercer uma influência directa ou indirecta, real ou potencial, sobre o comércio intracomunitário e podem assim ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito comunitário. Na doutrina, com diversas referências jurisprudenciais, *vide* JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA/JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, anotação ao artigo 2º, *in Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, em especial págs. 28-30.

²¹⁰ Trata-se de noção confirmada pelo Tribunal no acórdão de 9 de Julho de 1969, *Franz Völk/S.P.R.L. Ets Vervaecke*, processo 5/69, nº 7. Com base neste acórdão, a Comissão quantificou, a título indicativo, esta noção numa comunicação sobre os acordos de pequena importância publicada em 1970 cujo segundo parágrafo refere: "a Comissão considera que a proibição dos acordos não se refere aos acordos que afectem apenas de maneira insignificante o comércio entre Estados-Membros ou a concorrência. Só são proibidos os acordos que tenham efeitos sensíveis sobre as condições do mercado", permitindo reduzir as notificações de acordos não prejudiciais para a concorrência. Cfr. Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância

em que determinados acordos não têm normalmente por objecto ou por efeito uma restrição da concorrência e, conseqüentemente, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação deste preceito,²¹¹ ou a adopção por esta instituição, devidamente habilitada pelo Conselho²¹², de uma série de regulamentos de isenção por categoria,²¹³ *cedo se revelou impossível manter um controlo prévio centralizado em Bruxelas com base na análise individual de milhares de acordos, sistema pesado, ineficaz e a impor limitações excessivas aos operadores económicos.*²¹⁴

.../..._____

que não são abrangidos pelo disposto no n° 1 do artigo 85° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, actualizada em 1977, em 1986 e em 1997.

²¹¹ Em 1972, por exemplo, foi publicada uma comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com representantes comerciais, seguida da publicação de uma comunicação relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas no que se refere à cooperação entre empresas, adoptada em 1968, e, em 1993, de uma comunicação relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação à luz do artigo 81°.

²¹² Nos termos do artigo 103°, n° 1, do TFUE (ex-artigo 83°, n° 1, do TCE), “os regulamentos ou directivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101° e 102° serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.”

²¹³ Com efeito, nos termos do actual n° 3 do artigo 101° do TFUE,

“As disposições no n° 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou *categoria de práticas concertadas*,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.” (itálico nosso)

²¹⁴ Cfr. Livro branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85° e 86° do Tratado CE, Programa da Comissão n° 99/027, (1999/C 132/01), n° 40. Entre nós, salientando os bloqueamentos do sistema centralizado de aplicação das regras de concorrência, *vide* LUÍS SILVA MORAIS, *Empresas comuns – Joint Ventures – no Direito comunitário da concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 551 e ss.

Destarte, considerou-se necessário *descentralizar* mais a aplicação das regras de concorrência tanto para as autoridades de concorrência dos Estados-Membros como para os tribunais nacionais, instâncias em melhores condições de o fazer de forma eficaz, à luz do *princípio da subsidiariedade*.

Na realidade, o bom funcionamento de um sistema de proibição dos acordos não pressupõe necessariamente a existência de um regime de autorização, sendo concebível, de um lado, a *desnecessidade de validação dos acordos entre empresas* por uma autoridade administrativa e a não presunção de ilegalidade de todos os acordos mas apenas daqueles que restringem a concorrência de forma sensível e não preenchem as condições para uma isenção, *de outro lado a suficiência de um controlo a posteriori* destinado unicamente a sancionar os acordos que violam no seu conjunto o artigo 101º do TFUE.²¹⁵

Assim, o Regulamento nº 17 acabou por ser substituído por um regime de excepção directamente aplicável, em que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros passam a ter competência não só para aplicar o nº 1 dos actuais artigos 101º e 102º do TFUE mas também o nº 3 do artigo 101º do mesmo Tratado.

Na verdade, *com o Regulamento nº 1/2003 procede-se à supressão do sistema de notificação e de isenção e à sua substituição por um sistema que torna a regra de isenção do nº 3 do artigo 101º directamente aplicável sem necessidade de uma decisão prévia da Comissão*, vale dizer, o artigo 101º passa a ser aplicado, na sua totalidade, pela Comissão²¹⁶, pelas autoridades nacionais de concorrência e

²¹⁵Cfr. Livro branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado CE, Programa da Comissão nº 99/027, (1999/C 132/01), nº 48. Esta solução gerou grande oposição de uma parte da doutrina, na sua maioria oriunda da Alemanha. Em especial, *vide* ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, 2ª edição (reimpressão), Baden-Baden, 2006, Nomos, págs. 218 ss.

²¹⁶ Das decisões da Comissão relativas à aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE pode ser interposto, nos termos gerais (artigo 263º do TFUE), recurso para o Tribunal Geral, com recurso posterior para o Tribunal de Justiça limitado a questões de direito (artigo 256º do TFUE).

pelos tribunais nacionais²¹⁷, tal como já acontecia com o n.º 1 do artigo 101.º e com o artigo 102.º do TFUE.

Ao abrir caminho para uma *aplicação descentralizada*²¹⁸ das regras comunitárias de concorrência pelas autoridades e tribunais nacionais, o Regulamento n.º 1/2003 *permite à Comissão centrar as suas actividades nas infracções*

²¹⁷ Entre nós, a autoridade nacional competente para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE é a *Autoridade da Concorrência* (cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea g), dos Estatutos da Autoridade de Concorrência, aprovados Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro). Das decisões proferidas por esta Autoridade cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, em regra, com efeito meramente devolutivo, cabendo recurso para o tribunal da relação competente, que decide em última instância, das sentenças e despachos deste Tribunal (cfr. artigos 84.º a 93.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro). Sobre este Tribunal, *vide* MARTA VICENTE, “Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, *in* http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public_11.pdf. Na opinião de Vieira de Andrade e Ana Raquel Moniz, “a solução poderia ter passado pela criação de um tribunal de competência especializada *no interior da ordem jurisdicional administrativa*. Regista-se, pois, que a *vis attractiva* dos litígios contra-ordenacionais (sem dúvida, os mais frequentes, no contexto da actividade da AdC) que, além de se manifestar no arrastamento de muitos actos administrativos conexos com processos contra-ordenacionais para o regime das contra-ordenações, se traduz igualmente na subtracção à Justiça Administrativa da apreciação das pretensões emergentes da prática de outros actos administrativos.” *Vide* VIEIRA DE ANDRADE e ANA RAQUEL MONIZ, anotação ao artigo 92.º, *in* *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 886-887.

²¹⁸ Recorre-se à expressão *descentralização* no novo regime comunitário da concorrência no sentido há muito propugnado pela Comissão de “transferência de responsabilidades para organismos de serviço público nacionais que ajam como intermediários na execução de determinadas políticas comunitárias”, um tipo de externalização de tarefas da Comissão “adequado para actividades e tarefas não essenciais em que a prossecução de objectivos claramente definidos se efectue em parceria com organismos públicos”. Cfr. Reforma da Comissão - Livro Branco - Parte II - Plano de acção, COM (2000) 200 final, Bruxelas, 5 de Abril de 2000, Capítulo III, IX, 3.

mais graves ao direito comunitário, em casos de interesse comunitário, bem como eliminar burocracia e custos desnecessários para as empresas.

16.2. Da aplicação descentralizada (pelas autoridades de concorrência e tribunais nacionais) das regras de concorrência (Regulamento nº 1/2003)

16.2.1. Do sistema de excepção legal

Com o Regulamento nº 1/2003²¹⁹, adoptou-se um *sistema de excepção legal* que permite um *controlo a posteriori dos acordos*, tornando-se, assim, o artigo 101º do TFUE, na sua totalidade, uma disposição directamente aplicável que os particulares podem invocar em tribunal ou perante qualquer autoridade administrativa habilitada para o efeito.

Vale isto por dizer: *deixa de se exigir a notificação com vista a uma validação dos acordos*, tornando-se, portanto, *o regime de aplicação do artigo 101º do TFUE no seu conjunto idêntico ao do seu nº 1 e ao do artigo 102º do TFUE*, preceito relativamente ao qual, aliás, a Comissão, as autoridades nacionais e os órgãos jurisdicionais faziam já uma aplicação paralela e concorrente²²⁰.

Desta sorte, *são lícitos, desde a sua celebração e sem ser necessária uma decisão prévia, os acordos proibidos pelo nº 1 do artigo 101º do TFUE que preencham as condições do nº 3 do mesmo preceito*; trata-se da *excepção legal à regra da proibição e nulidade consagrada naquele preceito*.

²¹⁹ Para uma visão geral deste diploma, *vide* JÜRGEN BASEDOW, “Entwicklungslinien des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen” in *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrecht*, coordenado por Susanne Augenhof, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, págs. 3-5, ASSIMAKIS P.KOMNINOS “Modernisation and Decentralisation: Retrospective and Prospective”, in *EC competition law: a critical assessment*, coordenado por Giuliano Amato e Claus-Dieter Ehlermann, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, págs. 629-673, e IEVA AZANDA, “From Ex ante to Ex post Enforcement of Article 81: Efficiency, Legal Certainty and Community Enlargement”, in *European Journal of Law Reform*, volume 5, nº ½, 2003, págs. 173-231.

²²⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de 13/02/69, Walt Wilhelm, processo 14/68.

Com efeito, paralelamente, as *ententes* que não satisfaçam as condições previstas no artigo 101º, nº 3, do TFUE, e o abuso de posição dominante são *nulos ab initio*, ressalvando a eventual aplicação da *cláusula de salvaguarda* constante do artigo 10º do Regulamento nº 1/2003, nos termos da qual, sempre que o *interesse público comunitário* relacionado com a aplicação dos artigos 101º e 102º do Tratado assim o exija, a Comissão pode, através de decisão, declarar oficiosamente inaplicáveis estes preceitos, designadamente por não estarem preenchidas as condições do nº 1 do artigo 101º do TFUE ou por estarem cumpridos os requisitos do nº 3 do mesmo preceito.

Naturaliter, a adopção de um *regime de excepção legal* e de controlo *a posteriori* - onde qualquer autoridade administrativa ou jurisdicional investida dos necessários poderes poderá efectuar uma análise completa de uma *entente* que lhe tenha sido submetida, com apreciação tanto dos seus efeitos restritivos, sob a perspectiva do nº 1 do artigo 101º do TFUE, como das suas vantagens económicas eventuais, nos termos do nº 3 do mesmo preceito - é apenas possível atendendo à delimitação operada desde 1962 quanto ao âmbito das condições de isenção do então artigo 85º do TCEE (posterior artigo 81º do TCE, actual artigo 101º do TFUE) pela jurisprudência comunitária e pela prática decisória, pelos diversos regulamentos de isenção por categoria e pelas comunicações de carácter geral da Comissão.²²¹ Só assim *as empresas estão em condições de valorar a legalidade dos seus actos sem dependerem de qualquer decisão prévia da Comissão*.

16.2.2. Da aplicação descentralizada das regras de concorrência e da necessidade de articulação das competências entre Comissão e autoridades (administrativas e judiciais) nacionais

Com a adopção de um sistema de excepção legal alterou-se concomitantemente a repartição de competências operada pelo Regulamento nº 17, baseado

²²¹ *Ibidem*, nºs 69-73. Para uma compilação das principais orientações e comunicações da Comissão Europeia em matéria de concorrência, vide JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA/MIGUEL GORIÃO-HENRIQUES, *Código da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 485 e ss.

numa aplicação centralizada do (actual) n° 3 do artigo 101° do TFUE, nos termos do qual a Comissão detém uma competência exclusiva para conceder isenções aos acordos restritivos da concorrência.²²²

Ao abrigo do Regulamento n° 1/2003, as autoridades (administrativas e judiciais) nacionais poderão apreciar se um acordo preenche ou não as condições de aplicação do n° 3 do artigo 101° do TFUE e deixarão de ser obrigadas a comunicá-lo à Comissão, podendo designadamente prosseguir a instrução de processos na sequência de denúncias ou a instrução oficiosa de um processo de aplicação do direito comunitário sem que os autores do acordo aleguem a existência de uma notificação pendente junto da Comissão.²²³

*Neste sistema de competências paralelas entre a Comissão, as autoridades e os tribunais nacionais, assumem particular relevância, a fim de assegurar a coerência da execução do quadro regulatório e para evitar a renacionalização da aplicação do direito da concorrência, os mecanismos específicos de informação e de cooperação destinados a evitar e resolver os conflitos susceptíveis de ocorrer entre as diferentes instâncias que aplicam o direito comunitário da concorrência.*²²⁴

Desta forma, institui-se a regra segundo a qual, quando a Comissão der início a um processo, este sai automaticamente da alçada das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Sempre que uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já esteja a instruir um processo e a Comissão tencione dar início a um processo, esta instituição esforçar-se-á por concretizar a sua intenção o mais rapidamente possível, devendo a Comissão consultar previamente a autoridade nacional competente.²²⁵

²²² Cfr. artigo 9°, n° 1, do Regulamento n° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro Regulamento de execução dos artigos 81° e 82° do Tratado.

²²³ Cfr. artigos 5° e 6° do Regulamento n° 1/2003.

²²⁴ Cfr. artigos 11° e 12° do Regulamento n° 1/2003. Na doutrina, *vide* SILKE BRAMMER, *Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 149 e ss.

²²⁵ Cfr. artigo 11°, n° 6, do Regulamento n° 1/2003 e considerando 17 do Regulamento n° 1/2003.

Prevê-se também uma disposição geral que permite a uma autoridade responsável em matéria de concorrência suspender ou arquivar um processo por motivo de outra autoridade o estar a instruir, garantindo a apreciação de cada processo por uma única autoridade. Contudo, quando nenhuma autoridade responsável em matéria de concorrência tenha indicado a sua intenção de se ocupar de determinado processo, não fica prejudicada a faculdade de a Comissão rejeitar uma denúncia por falta de interesse comunitário.²²⁶

Conforme reconheceu a Comissão, esta *Rede Europeia de Concorrência*, respeitadora da diversidade de procedimentos regulatórios nacionais, constitui uma instância útil de debate com vista à aplicação e execução da política comunitária em matéria de concorrência e proporciona um quadro eficaz para a cooperação das autoridades de concorrência europeias nos casos em que os artigos 101º e 102º do TFUE são aplicados, assim contribuindo apreciavelmente para a criação e manutenção de uma cultura comum de concorrência na Europa.²²⁷

Segundo Luís Morais, este “modelo de descentralização na aplicação das normas comunitárias e a correspondente criação de uma rede de autoridades naci-

²²⁶ Cfr. artigo 13º do Regulamento nº 1/2003 e considerando 18 do Regulamento nº 1/2003.

²²⁷ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 1/2003, COM (2009) 206 final, Bruxelas, 29/04/2009, nº 28. Trata-se de relatório apresentado pela Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho relativo à aplicação do Regulamento nº 1/2003, em conformidade com o estipulado no artigo 44º deste diploma. Com relevo para a repartição eficiente do trabalho entre as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e para a aplicação eficaz e coerente das regras comunitárias de concorrência, cfr. Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C 101/03).

Como explica Barbara Gabor, “para os tribunais não há uma Rede como a das autoridades nacionais da concorrência, porque tal interferiria com a independência do poder judicial. Alguns contactos existem, todavia, entre juízes de diferentes Estados membros sob a forma de cooperação na troca de experiências e no estabelecimento das ‘melhores práticas’ na aplicação das regras de concorrência ao nível nacional.” *Vide* BARBARA GABOR, *Regulatory competition in the internal market – Comparing models for corporate law, securities law and competition law*, Edward Elgar Publishing, 2013, pág. 223.

onais de concorrência dos Estados-Membros terão impulsionado de forma determinante a reforma de 2003 do direito português da concorrência (bem como a criação, nesse contexto, da nova Autoridade da Concorrência).”²²⁸

Cumpra ainda destacar o papel do *Comité Consultivo*, instituído já pelo Regulamento nº 17 e composto em regra por representantes das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência²²⁹, designadamente como instância para a discussão de processos em curso nestas autoridades.²³⁰

Em ordem à coerência na aplicação das regras de concorrência exige-se também a adopção de *mecanismos de cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros e a Comissão*,²³¹ requisito pertinente para todos os tribunais encarregados da aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE aos processos entre partes privadas, quer como instâncias de aplicação da lei, quer como tribunais de recurso²³².

²²⁸ Vide LUÍS SILVA MORAIS, *Direito da concorrência...*, cit., pág. 114. Para uma perspectiva geral da reforma de 2003, vide LUÍS SILVA MORAIS e PEDRO VILARINHO PIRES, “Chapter 14, Portugal”, in *A Practical guide to national competition rules across Europe*, coordenado por M. Holmes e L. Davey, Kluwer Law International, 2004, pág. 291 e ss.

²²⁹ Nos termos do artigo 14º, nº 2, do Regulamento nº 1/2013, “para as reuniões em que se analisem outras questões que não os processos individuais, pode ser designado um representante suplementar por Estado-Membro que seja competente em questões de concorrência.”

²³⁰ Cfr. considerandos 19 e 20 do Regulamento nº 1/2003.

²³¹ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE.

²³² Os tribunais nacionais podem ser chamados a aplicar os artigos 101º ou 102º do TFUE a processos entre particulares, tais como acções relativas a contratos ou acções de indemnização. Um tribunal nacional pode ser ainda designado como autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-Membro nos termos do nº 1 do artigo 35º do Regulamento nº 1/2003.

Depois de criticarem a *deferência* dos tribunais comunitários relativamente às decisões adoptadas pela Comissão, Marco Bronckers e Anne Vallery defendem que os tribunais nacionais, no âmbito da descentralização da aplicação do direito da concorrência, devem exercer “jurisdição plena” por influência do recente acórdão *Menarini Diagnostics* proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em Setembro de 2011. Vide MARCO BRONCKERS e ANNE VALLERY, “Fair and effective competition policy in the EU: which role for authorities and which role for the courts after *Menarini*?”, in *European Competition Journal*, Agosto 2012, pág. 298. Para um comentário geral

Deste modo, os tribunais nacionais deverão poder dirigir-se à Comissão para obter informações ou pareceres relativamente à aplicação do direito comunitário da concorrência, devendo, por seu turno, os Estados-Membros transmitir à Comissão cópia de todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação dos artigos 101º ou 102º do TFUE.²³³

Por outro lado, a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão poder apresentar observações escritas ou orais perante os tribunais em casos de aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE, garantindo-se, para esse efeito, que a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência disponham de informações suficientes relativamente aos processos judiciais nacionais.²³⁴

Para evitar conflitos entre decisões e salvaguarda dos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras comunitárias de concorrência clarificam-se ainda os efeitos das decisões da Comissão e dos processos por ela iniciados em relação aos tribunais e às autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros.²³⁵

Neste âmbito, *destaca-se a obrigação de as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101º ou 102º do TFUE que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, não poderem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão.*²³⁶

Na mesma linha, *quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101º e 102º do TFUE que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões contrá-*
.../...

deste aresto, *vide* MARC ABENHAIM, “Quel droit au juge en matière de cartels? - Commentaire de l'arrêt Menarini Diagnostics c/ Italie”, *in* *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 1, Janeiro/Março 2012, págs. 117-133.

²³³ Cfr. artigo 15º, nºs 1 e 2, do Regulamento nº 1/2013.

²³⁴ Cfr. artigo 15º, nº 4, do Regulamento nº 1/2013 e considerando 21 do Regulamento nº 1/2003.

²³⁵ Cfr. considerando 22 do Regulamento nº 1/2003.

²³⁶ Cfr. artigo 16º, nº 2, do Regulamento nº 1/2013.

*rias a essa decisão, devendo mesmo evitar tomar decisões potencialmente conflituosas com uma decisão prevista em processos iniciados pela Comissão, designadamente, avaliando da necessidade de sustentar a instância para o efeito e sem prejuízo do recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial.*²³⁷

Trata-se, no fundo, da codificação em sede de direito derivado do construído anteriormente em sede de jurisprudência comunitária²³⁸: antes da publicação e entrada em vigor do regulamento nº 1/2003, o Tribunal de Justiça já havia afirmado que os órgãos jurisdicionais nacionais, quando se pronunciam sobre acordos ou práticas que podem ainda vir a ser objecto de uma decisão da Comissão, devem evitar tomar decisões contrárias a uma decisão que a Comissão preveja adoptar em aplicação dos (anteriores) artigos 85º, nº 1, e 86º, bem como do (anterior) artigo 85º, nº 3, do TCE, a fim de não violar o princípio geral da segurança jurídica.²³⁹

Posteriormente, o mesmo Tribunal retirou a consequência lógica desta afirmação, defendendo a impossibilidade de, quando se pronunciam sobre acordos ou práticas que já sejam objecto de uma decisão da Comissão, os órgãos jurisdicionais nacionais tomarem decisões contrárias à decisão da Comissão, *mesmo que esta última esteja em contradição com a decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional de primeira instância!*²⁴⁰

Corresponde isto a dizer: *de acordo com o Tribunal, a obrigação de acautelar a uniformidade de aplicação do direito comunitário da concorrência impõe que os tribunais nacionais não possam decidir quando a Comissão tenha decidido (ou esteja em vias de decidir) em matéria de cartéis e abuso de posição dominante, não valendo, porém, idêntica preocupação com a segurança jurídica e a con-*

²³⁷ Cfr. artigo 16º do Regulamento nº 1/2003.

²³⁸ Vide ANDREAS FUCHS, “Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht”, in *Europarecht*, Beiheft 2, 2005, pág. 105.

²³⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de 28 de Fevereiro de 1991, *Delimitis*, processo C-234/89, nº 47.

²⁴⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de 14 de Dezembro de 2000, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd*, processo C-344/98, nº 52.

sistência na aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE quando já haja pronúncia judicial num Estado membro sobre a mesma matéria.

Pelo exposto, não podemos concluir pela submissão *dos tribunais nacionais à Comissão, isto é, os tribunais nacionais não se encontram vinculados às decisões desta instituição; apenas devem evitar tomar decisões contrárias a uma decisão que a Comissão preveja adoptar em aplicação dos artigos 101º, nºs 1 e 3, e 102º do TFUE*, de modo a não se afectar irremediavelmente a uniformidade na aplicação do direito comunitário e a certeza jurídica.²⁴¹

Na verdade, os tribunais nacionais não estão sujeitos à autoridade da Comissão, mas apenas, *em certa medida, ao Tribunal de Justiça*, designadamente através do mecanismo do *reenvio prejudicial* (artigo 267º do TFUE)²⁴²; *perante uma decisão contrária da Comissão, o órgão jurisdicional nacional deve, mesmo quando não seja a isso obrigado, apresentar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça relativa à validade dessa decisão ou, no caso de esta ter sido entretanto contestada, suspender a instância até que uma decisão definitiva sobre eventual recurso de anulação seja proferida pelas jurisdições comunitárias.*

Por último, *ao estabelecer-se, pela primeira vez, a relação entre as legislações nacionais e comunitária em matéria de concorrência, reitera-se a importância fundamental do princípio do primado na consistência e convergência da apreciação dos acordos, das decisões de associações de empresas e das práticas concertadas.*²⁴³

²⁴¹ Nas palavras de Jónatas Machado, “esta solução, aparentemente disfuncional no quadro do princípio da separação de poderes e da independência dos tribunais, deve ser entendida no quadro mais vasto da rede de autoridades públicas que regula o direito da concorrência, onde a subordinação da Comissão e dos tribunais nacionais ao TJUE desempenha um papel fundamental. Ela pressupõe a subordinação da Comissão às decisões das instâncias jurisdicionais da UE. A mesma tem subjacente o objectivo de garantir a uniformidade da aplicação do direito da concorrência.” *Vide JÓNATAS MACHADO, Direito da União Europeia, cit.*, pág. 385.

²⁴² *Vide MOURA RAMOS, “Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária”, in Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 14, Rio de Janeiro, 1993.*

²⁴³ Em regra aplica-se o direito nacional quando as práticas anticoncorrenciais são susceptíveis de afectar somente o território português e o direito comunitário quando aquelas práticas se repercu-

Com efeito, o artigo 3º, nº 1, do Regulamento nº 1/2003 prevê a obrigação de aplicar as regras de concorrência comunitárias, em reforço da aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE, e a regra de convergência do n.º 2 do mesmo preceito destina-se a criar regras do jogo homogêneas, estabelecendo uma norma única para a apreciação dos carteís.

Deste modo, quando as autoridades administrativas e judiciais nacionais apliquem a legislação nacional a prática restritiva da concorrência susceptível de afectar o comércio comunitário, devem aplicar igualmente os artigos 101º e 102º do TFUE a esse comportamento anti-concorrencial – *aplicação cumulativa dos direitos nacional e comunitário da concorrência*, porquanto ambos os ordenamentos jurídicos foram infringidos nessa actuação.

Por outro lado, acordos, práticas concertadas e decisões não proibidas pelo direito comunitário da concorrência também não podem ser proibidas pela aplicação paralela da legislação nacional – o que é permitido pelo direito comunitário não pode ser proibido pelo direito nacional.²⁴⁴

Diferentemente, os Estados-Membros podem aprovar e aplicar legislação nacional em matéria de concorrência mais restritiva que o artigo 102º do TFUE para proibir ou sancionar actos unilaterais. Existem regras deste tipo em diversos Estados-Membros, incluindo, nomeadamente, disposições nacionais que regulam o abuso de dependência económica.²⁴⁵

.../... _____

tem no comércio entre dois ou mais Estados-Membros. Na hipótese de os efeitos das práticas anti-concorrenciais se manifestarem ou verificarem no território português e noutro ou noutros Estados-Membros, são aplicáveis simultaneamente o direito português e o direito comunitário da concorrência, com a observância do primado do segundo sobre o primeiro. Mais desenvolvidamente, *vide* LÚCIO TOMÉ FETEIRA, *United (Should) We Stand? ...*, *cit.*, pág. 88 e ss.

²⁴⁴ *Vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo I, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 305.

²⁴⁵ Cfr., entre nós, artigo 12º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência. Como explicámos noutra ocasião, “estamos perante norma nacional mais restritiva do que a legislação comunitária, exigindo-se a prova pelo interessado da relação de clientela ou de fornecimento com o abusador, a ausência de alternativa equivalente e a susceptibilidade de afastar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência.” *Vide* JOÃO NUNO CALVÃO

.../...

16.2.3. Do reforço do papel da Comissão à luz do Regulamento n° 1/2003

No contexto de descentralização de competências de aplicação das regras da concorrência na sua integralidade, a Comissão não deixa de assumir *papel central* neste domínio, passando, como era sua intenção, a concentrar-se em domínios onde pode dar uma contribuição significativa para a aplicação efectiva dos artigos 101° e 102° do TFUE e, inclusivé, a adoptar mais decisões do que sucedia ao abrigo do regime anterior.²⁴⁶

Podemos afirmar, em última análise, a manutenção ou até mesmo o *reforço do controlo da aplicação das regras de concorrência no espaço da União pela Comissão*: se, no âmbito de um sistema de competências concorrentes e paralelas, “as autoridades administrativas e os tribunais nacionais são aplicadores de primeira linha daquelas regras, a Comissão é a executante suprema”²⁴⁷.

Na verdade, conforme decorre do exposto acima²⁴⁸, para garantir a consistência da aplicação do direito comunitário da concorrência, *a cooperação da Comissão com as competentes autoridades administrativas e os tribunais nacionais acaba por envolver uma (certa) supremacia daquela instituição sobre as entidades estaduais, mesmo em relação a órgãos soberanos.*

Por outro lado, *o Regulamento n° 1/2003 consagrou a favor da Comissão um conjunto de poderes novos ou revistos orientados para a prossecução dos seus* .../...

DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., pág. 94. Em geral, sobre a evolução das previsões legais e da aplicação do instituto do abuso de dependência económica no direito nacional da concorrência, vide VICTOR CALVETE, “Abuso de posição dominante II: o abuso de dependência económica”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 289-315.

²⁴⁶ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Relatório sobre a aplicação do Regulamento n° 1/2003, COM (2009) 206 final, Bruxelas, 29/04/2009, n° 13.

²⁴⁷ Vide ANNA POSCIC, “Cooperation between the European Commission and the competition authorities”, in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012, pág. 302.

²⁴⁸ Cfr. 16.2.2.

principais objectivos de assegurar uma aplicação efectiva e coerente das regras da concorrência, designadamente *poderes de inquérito*²⁴⁹, *poderes de apor selos*, *de solicitar explicações sobre factos ou documentos aquando de inspecções efectuadas nas instalações das empresas*, *de efectuar inspecções em instalações não empresariais*, *de solicitar às autoridades nacionais da concorrência que procedam a inspecções em seu nome*²⁵⁰.

Em termos decisórios, cumpre assinalar as seguintes prerrogativas da Comissão: *tornar obrigatórios os compromissos informais assumidos pelas empresas e fazê-los respeitar*²⁵¹; *aplicar soluções de carácter estrutural*²⁵²; *sempre que o interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 101º e 102º do Tratado assim o exija, através de decisão declarar oficiosamente que o artigo 101º do Tratado não se aplica a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada, quer por não estarem preenchidas as condições do nº 1 deste artigo, quer por estarem preenchidas as condições do respectivo nº 3, o mesmo sucedendo quanto a declarações semelhantes relativas ao artigo 102º do TFUE*²⁵³; *aplicar coimas e sanções pecuniárias compulsórias* suficientemente dissuasivas²⁵⁴.

Mais: a reforma das regras *antitrust* implicou a passagem de um sistema de autorização administrativa de acordos a título individual para um sistema que co-

²⁴⁹ Cfr. artigos 17º a 22º do Regulamento nº 1/2003.

²⁵⁰ Cfr. nº 2 do artigo 22º do Regulamento nº 1/2003.

²⁵¹ Cfr. artigo 9º do Regulamento nº 1/2003. Sobre este preceito, *vide* HEIKE SCHWEITZER, *Commitment decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: the developing EC practice and case Law*, EUI Working Papers, LAW No. 2008/22.

²⁵² Cfr. artigo 7º do Regulamento nº 1/2003.

²⁵³ Cfr. considerando 14 e artigo 10º do Regulamento nº 1/2003.

²⁵⁴ Cfr., respectivamente, artigos 23º e 24º do Regulamento nº 1/2003. O Tribunal de Justiça conhece com *plena jurisdição* dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo, por isso, suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada (cfr. artigo 31º do Regulamento nº 1/2003).

loca a tónica em *orientações gerais*²⁵⁵, com a Comissão a lançar mão de instrumentos de *soft law* que muito influenciam a indispensável auto-avaliação das empresas no âmbito do sistema de excepção legal e de que dificilmente as autoridades administrativas e, em particular, as autoridades judiciais dos Estados membros se afastarão, sobretudo tendo em conta a complexidade jurídica e económica das decisões em causa.²⁵⁶

Neste sentido, Luís Morais fala mesmo num “verdadeiro processo de *harmonização informal* dos direitos nacionais da concorrência a partir do modelo comunitário – harmonização que, de forma curiosa, atinge no presente, em muitos aspectos, uma extensão superior à que se verifica noutros domínios normativos em relação aos quais tenham sido desenvolvidos processos comunitários de harmonização das regras nacionais em sentido próprio (ou técnico-jurídico).”²⁵⁷

²⁵⁵ V.g. orientações gerais sobre a aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado CE, tendo a isenção por categoria e as orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia sido adoptadas no mesmo ano. Em 9 de Fevereiro de 2009, a Comissão publicou Orientações sobre as prioridades na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, em resposta a um pedido muito frequentemente expresso pelos meios interessados. No respeitante à orientação individual, a Comissão continua determinada a fornecer indicações às empresas confrontadas com questões novas ou não resolvidas, em conformidade com a Comunicação sobre a orientação informal. Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Relatório sobre a aplicação do Regulamento nº 1/2003, COM (2009) 206 final, Bruxelas, 29/04/2009, nº 14.

²⁵⁶ Como nota Aude Bouveresse, com a descentralização e o fim do sistema de notificações prévias operadas pelo regulamento nº 1/2003, o recurso pela Comissão aos actos de *soft law* e o efeito de autolimitação daí decorrente permitem “simplificar consideravelmente a sua acção e aumentar a sua eficácia. Ao fornecer referências objectivas aos operadores, a Comissão fixa as bases da fundamentação que aplicará aquando da adopção da decisão (...) Desta sorte, ela pode esperar a limitação do número de contestações, mas também tratar um número muito maior de situações sustentando-se nas referências objectivas que ela terá previamente estabelecido.” Vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique...*, cit., págs. 483-484. Em geral, sobre a especial força da *soft law* na União, cfr. nº 22.

²⁵⁷ Vide LUÍS SILVA MORAIS, *Direito da concorrência...*, cit., pág. 218.

Numa palavra: *a substituição do sistema centralizado de notificação e de autorização instituído pelo Regulamento nº 17 por uma descentralização baseada na aplicação directa e integral dos artigos 101º e 102º do TFUE resultou,²⁵⁸ essencialmente, na prática, da paralisia daquele sistema e permitiu à Comissão concentrar os seus recursos na luta contra os cartéis e outras violações efectivamente graves das regras antitrust, sem deixar de, no âmbito da cooperação estreita com as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais, manter clara primazia, em nome de princípios do primado, do efeito directo ou da uniformidade da aplicação do direito comunitário.*

Neste sentido, *a descentralização promovida pelo Regulamento nº 1/2003, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, traduziu-se, aparentemente de forma paradoxal, num claro reforço da preponderância da Comissão em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,²⁵⁹ no quadro da coeva tendência de europeização da regulação da União.²⁶⁰ Assim, percebe-se (melhor) a relutância da Comissão em acolher a proposta germânica de criação de uma Autoridade Europeia da Concorrência²⁶¹ ...*

²⁵⁸ Em geral, sobre a evolução do direito da concorrência comunitário ao longo do processo de integração europeia, *vide* IMELDA MAHER, “Competition law modernization: an evolutionary tale?”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 717-742.

²⁵⁹ Nas palavras de Stephen Wilks, “a componente de ‘descentralização’ na reforma de modernização [da concorrência] na realidade é um véu para ‘uma movimentação imperialista’ da Comissão.” *Vide* STEPHEN WILKS, “Agency escape: decentralization or dominance of the European Commission in the modernization of competition policy?”, in *Governance*, 18 (3), 2005, pág. 445.

²⁶⁰ No sentido de um *processo global de europeização do direito da concorrência a partir da matriz comunitária*, *vide* LUÍS SILVA MORAIS, “La défense de la concurrence au Portugal – les relations entre l’Autorité de Concurrence et les Autorités de Régulation Sectorielle – Les sanctions en cas d’atteintes à la concurrence”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Coimbra Editora, 2006, pág. 127 e ss.

²⁶¹ *Vide* STEPHEN WILKS e LEE MCGOWAN, “Disarming the Commission: the debate over a European Cartel Office”, in *Journal of Common Market Studies*, Volume 33, Issue 2, Junho 1995, págs. 259–273.

17. Europeização da regulação na União Europeia e reforço do papel da Comissão

Por força do *princípio da subsidiariedade*, os Estados membros assumiram o exercício da regulação nos mercados liberalizados, por forma a corrigir no plano nacional as falhas da concorrência e a harmonizar os mercados com valores fundamentais de ordem social, ambiental e de segurança, *maxime* nos serviços de interesse económico geral.²⁶²

²⁶² Vide HEIKE SCHWEITZER, *Daseinvorsorge, 'service public', Universaldienst, Nomos, Baden-Baden, 2004*, e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Reinventing public service between the autonomy of the market and the duty of public interest”, in *Direito e Justiça*, tomo II, volume 15, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001, págs. 71-84

Nas palavras de Jörn Axel Kämmerer, “a regulação é deferida pelo TCE à Comissão - artigo 86º, nº 3 - [actual artigo 106º, nº 2, do TFUE] e às políticas comuns. Onde ainda falte a regulação comunitária, aos Estados-Membros é permitida uma ampla margem de discricionariedade. Corresponde ao princípio da subsidiariedade que essa discricionariedade vale para definir os interesses públicos na prestação de serviços, cabendo à Comissão apenas apontar ‘vícios ostensivos’”. (parêntesis nosso) Vide JÖRN AXEL KÄMMERER, “Strategien zur Daseinvorsorge – Dienste im allgemeinen Interesse nach der «Altmark» – Entscheidung des EuGH”, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 1, Frankfurt, 2004, pág. 29. Na formulação de Stefan Storr, “há um princípio de cooperação” específico entre Estados-Membros e Comunidade Europeia na base dos serviços públicos, o qual se encontra consagrado no TCE e pode ser perspectivado de dois pontos de vista: “de acordo com o art. 86º, nº 2, do TCE [actual artigo 106º, nº 2, do TFUE], os Estados-Membros podem definir e configurar os SIEG, enquanto a Comissão Europeia pode definir o interesse da Comunidade e vigiar o seu cumprimento proporcional; por outro lado, esta divisão de competências não pode ser tão rigorosamente mantida, porquanto o princípio da proporcionalidade implica uma ponderação. Por isso, a Comunidade Europeia tem de poder controlar se uma prestação de SIEG ou um privilégio são necessários.” (parêntesis nosso) Vide STEFAN STORR, “Zwischen überkommener Daseinvorsorge und Dienste von allgemeinem Wirtschaftlichem Interesse – Mitgliedstaatliche und europäische kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 9, Maio 2002, págs. 357 e segs., em especial pág. 368.

Mais recentemente, sobre o acesso aos Serviços de Interesse Económico Geral enquanto direito fundamental consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, anotação ao artigo 36º, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – comentada*, coordenação de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra,

Com o alargamento das áreas de intervenção da União e o aprofundamento da construção do mercado interno rapidamente foram superadas as possibilidades dos modelos de regulação estritamente nacional, passando a surgir amiúde novas organizações de cooperação destinadas a responder à intensificação das trocas no território europeu e a promover interacção mais eficaz com as autoridades comunitárias. E o desfasamento entre a complexidade crescente de mercados cada vez mais internacionalizados e interdependentes e as capacidades institucionais dos reguladores nacionais a obrigar ao desenvolvimento da cooperação entre actores nacionais e ao progressivo aprofundamento da partilha de funções de regulação entre os níveis estaduais e comunitário, de modo a assegurar o desenvolvimento do mercado interno.

Para ultrapassar as insuficiências dos mecanismos nacionais de regulação e da mera coordenação entre reguladores estaduais, assiste-se ao reforço progressivo da regulação comunitária, fundamental para a harmonização regulatória entre os Estados membros e prevenir falhas em sectores essenciais para os cidadãos como é o caso da energia.²⁶³

.../...

2013, págs. 436-446. Sobre preceito semelhante vazado na Constituição Europeia, *vide* MARKUS KRAJEWSKI, “Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 58 Jahrgang, Heft 16, em especial págs. 667-668.

²⁶³ Pedro Gonçalves, considerando que “a garantia de um elevado nível de segurança do fornecimento de electricidade constitui um objectivo essencial da nova regulação do sector eléctrico”, salienta: “a rede assegura um préstimo fundamental de *coordenação* entre os dois segmentos liberalizados do sector [produção e comercialização]. Ora, sabendo-se que a falta de resposta da produção à procura resulta em colapsos ou *blackouts*, compreende-se a exigência, que tem de se colocar ao operador de rede, de manter a sua infra-estrutura capaz de responder aos níveis mais elevados de procura. Também esta ‘dimensão de serviço público’ reclama uma regulação centrada na rede.” *Vide* PEDRO GONÇALVES, *Regulação, electricidade e telecomunicações – Estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra editora, 2008, págs. 129, 145-146.

Defendendo a *importância de uma coordenação europeia reforçada em matéria de segurança de fornecimento energético* por possibilitar a superação de dificuldades técnicas, comerciais e geopolíticas, e assim evitar acontecimentos como o *black-out* italiano de 2003 ou as graves falhas de fornecimento de electricidade na Europa ocidental em 2006, *vide* LEA RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruylant, Bruxelas, 2012, pág. 304 e ss.

Por outro lado, a comunitarização de cada vez mais políticas tem como corolário lógico a regulação de mais sectores num quadro transnacional, europeu, sob pena de não poder garantir-se a implementação adequada e coerente das políticas comunitárias.

Independentemente dos modos de expressão assumidos pela regulação crescentemente *europizada* na União, é de salientar o *reforço constante do papel da Comissão na construção desta nova dinâmica regulatória europeia*, aproveitando estruturas existentes para criar outras organizações institucionalizadas de cooperação, partindo de agrupamentos de actores diversos para organizar *fora de expertise* que lhe permitem tomar decisões mais rápidas, mais consensuais e mais adaptáveis aos mercados.

No entanto, mais integração europeia regulatória pode implicar a complicação do processo decisório, o surgimento de estruturas, humanas e administrativas, e de procedimentos suplementares desnecessários, ou mesmo a desadequação do desenho institucional para reagir às falhas em determinados mercados,²⁶⁴ a impor ou pelo menos a aconselhar que se proceda à criação de entes com funções reguladoras à escala europeia apenas quando estritamente necessário e adequado.

18. Da cooperação à criação de novos organismos europeus: os exemplos das comunicações electrónicas e da energia

São múltiplos e variados os denominados *modos de regulação alternativos* à escala europeia²⁶⁵, caracterizados, fundamentalmente, pela criação de *fora de*

²⁶⁴ Para uma descrição da crise do sector eléctrico de 2000 na Califórnia como exemplo paradigmático do perigo de diluição de competências entre os níveis federal e federado, por um lado, e entre as diferentes autoridades de um Estado federado, por outro, *vide* LEA RODRIGUE, *Les aspects juridiques...*, *cit.*, pág. 377 e ss.

²⁶⁵ Cfr. Acordo interinstitucional “Legislar Melhor”, concluído entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, (2003/C 321/01), publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 31 de Dezembro de 2003, n.ºs 16 e 17.

discussão e de parceria entre os diversos actores do sistema e, muitas vezes, com os poderes públicos.

Grosso modo, a coordenação ou cooperação desenvolvidas, frequentemente apelidadas de co-regulação e de auto-regulação,²⁶⁶ consubstanciam instâncias facilitadoras dos processos decisórios formais, pela rapidez, adaptabilidade e flexibilidade que as caracterizam e distinguem.

Enquanto plataformas de troca de boas práticas, de *benchmarking*, as associações de produtores, de gestores de rede ou dos múltiplos actores intervenientes nos respectivos sectores ensaiam objectivos e orientações comuns, num espírito de abertura à sociedade civil e à participação dos diversos interessados.

Num quadro informal, a coordenação entre empresas, consumidores, académicos e administrações em cada sector possibilita a preparação de decisões de natureza técnica, as quais, por resultarem do consenso possível do conjunto das partes interessadas, serão mais facilmente aceites e implementadas de modo mais célere.

Não obstante as resoluções destes *fora* sectoriais serem normalmente desprovidas de vinculatividade jurídica, as recomendações e as linhas directrizes resultantes das negociações entre actores industriais e institucionais facilmente são erigidas em legislação europeia ou aplicadas pelos reguladores nacionais.

Entre as várias formas de *regulação informal ou espontânea*, destacamos as associações de reguladores nacionais, usualmente desprovidas de personalidade e capacidade jurídicas e sem possibilidade de emissão de comandos vinculativos, de *hard law*.

Trata-se, com efeito, de meros espaços de diálogo entre os reguladores dos Estados membros e, por vezes, de países terceiros, em ordem à resolução de problemas concretos comuns e à delimitação de estratégias de acção para os sectores correspondentes, quais veículos de participação, de promoção de deliberações consensualizadas e de aprendizagem mútua.

²⁶⁶ *Idem*, nºs 18 a 23.

É notória a tendência de estas estruturas cooperativas evoluírem no sentido da formalização, numa dinâmica impulsionada pela Comissão, a qual aproveita, assim, os *fora* existentes para estabelecer novas formas institucionalizadas de coordenação que estreitam os laços entre reguladores nacionais e promovem a interacção entre os quadros de regulação estaduais e comunitário.

Mais recentemente, *no âmbito deste processo de reforço da regulação europeia e, concomitantemente, do papel da Comissão, a cooperação formalizada de reguladores tem-se desenvolvido no sentido da criação de novos organismos – as denominadas agências europeias, a configurarem importante meio de aprofundamento da regulação europeia e a servirem os interesses da Comissão...*

E porque temos indústrias de rede relevantes como as das comunicações electrónicas e da energia como paradigmas desta evolução hodierna do quadro regulatório europeu,²⁶⁷ segue-se, incontornavelmente, captar no essencial a dinâmica institucional e as perspectivas da regulação nestes sectores.²⁶⁸

²⁶⁷ Sobre a necessidade de regulação transnacional (em indústrias de rede), é útil compulsar alguma bibliografia de índole económica, por exemplo, alguns dos *papers* de NICHOLAS S. ECONOMIDES disponíveis em <http://www.stern.nyu.edu/faculty/bio/nicholas-economides>.

²⁶⁸ Desenvolvidamente, sobre a evolução do quadro regulatório europeu em sectores como os transportes ferroviários, postal, de aviação civil, energético e de comunicações electrónicas, *vide* LEA RODRIGUE, *Les aspects juridiques...*, *cit.*. Em geral, sobre a regulação das indústrias de rede e de serviços de interesse económico geral, *vide* LEIGH HANCHER e PIERRE LAROCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest”, *in The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 743-782.

18.1. Sector das comunicações electrónicas: do Grupo de Reguladores Independentes ao Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas

Com as denominadas Directiva-Quadro e as directivas específicas emitidas nos anos 2000²⁶⁹, procurou-se criar um mercado interno das comunicações elec-

²⁶⁹ Cfr. Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva-Quadro), a Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (Directiva Acesso), a Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva Autorização), a Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva Serviço Universal) e a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva Privacidade e Comunicações Electrónicas). O Regulamento (CE) n.º 717/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2007, relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da Comunidade completa e apoia, no que diz respeito à itinerância a nível da União, as regras estabelecidas pelo quadro regulamentar da UE para as comunicações electrónicas.

Anteriormente, com as directivas emitidas nos anos 90 (v.g. Directiva da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, Directiva 94/46/CE da Comissão de 13 de Outubro de 1994 que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite, Directiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Directiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados) a liberalização das telecomunicações processou-se, fundamentalmente, através da divisão entre serviços liberalizados e serviços reservados, os quais podiam ser mantidos em regime de monopólio e foram progressivamente desaparecendo, em especial, com a directiva Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações. *Vide* LEIGH HANCHER e PIERRE LAROCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, págs. 746-752.

trónicas na Comunidade, garantindo ao mesmo tempo um elevado nível de investimento, inovação e protecção dos consumidores através do reforço da concorrência.²⁷⁰

Como assinala Pedro Gonçalves, “por razões de cariz essencialmente técnico, que proporcionaram a instituição de uma ‘concorrência na rede’, o sector das telecomunicações veio a assumir-se como uma espécie de *guarda avançada* do complexo processo de *liberalização económica* e de *desestatização* que se desenvolveu nos últimos anos do século passado. Com efeito, de entre os tradicionais ‘grands services publics’ da área económica, conexos, todos eles, com *indústrias de rede* (água, electricidade, gás, transportes, correios e comunicações), os serviços públicos de telecomunicações foram os que conheceram mais cedo o processo de liberalização e os que mais rapidamente se viram desenvolvidos à economia e convertidos, na nomenclatura jus-comunitária, em *serviços de interesse económico geral* prestados em ambiente de *mercado regulado*.”²⁷¹

²⁷⁰ Sobre a liberalização das telecomunicações em Portugal e na Comunidade Europeia até 1999, vide PEDRO GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 14 e 15. Para uma análise do panorama teutónico da regulação das telecomunicações, vide KARL-HEINZ NEUMANN, “Regulierungsentscheidungen und Marktentwicklung im Telekommunikationsmarkt”, in *Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft – Festschrift für Carl Christian von Weizsäcker*, Herausgegeben von Hans G. Nutzinger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2003, pág. 221 e ss, e GÜNTER KNEIPS, “Telekommunikationsmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb”, in *Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft – Festschrift für Christian von Weizsäcker*, Herausgegeben von Hans G. Nutzinger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2003, pág. 203 e ss.

Hodiernamente, pode afirmar-se que “as comunicações electrónicas se encontram integralmente liberalizadas e largamente harmonizadas na Europa. Apesar disto, os maiores operadores, infraestruturas e serviços ainda são organizados numa base nacional.” Para algumas propostas de aprofundamento da integração no mercado das comunicações electrónicas europeias, vide JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, “What to keep and what to change in european electronic communications policy?”, in *Common Market Law Review*, volume 49, nº 6, Dezembro 2012, págs. 1951-1976, PIERRE LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart, 2000, e PAUL NIHOUL e PETER RODFORD, *EU Electronic Communications Law*, 2.^a edição, 2011.

²⁷¹ Vide PEDRO GONÇALVES, *Regulação, electricidade e telecomunicações...*, cit., págs. 182-183. Sobre as telecomunicações como SIEG, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Serviço de interesse eco-

Num contexto em que a aplicação uniforme do quadro regulamentar pelos Estados-Membros é essencial para o êxito do desenvolvimento do mercado interno das redes e serviços de comunicações electrónicas, foi criado, em 2002, o Grupo de Reguladores Europeus (GRE), com funções de interface entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão e de aconselhamento desta no desenvolvimento do mercado interno.²⁷²

Conforme proclamava a Directiva-Quadro, um grupo europeu de reguladores constituiria um mecanismo adequado para encorajar a cooperação entre as autoridades nacionais, a fim de promover o desenvolvimento do mercado interno das redes e serviços de comunicações electrónicas e de assegurar uma aplicação coerente, em todos os Estados-Membros, das disposições da Directiva-Quadro e das directivas específicas, em especial nas áreas em que a legislação nacional de transposição do direito comunitário conferisse às autoridades reguladoras nacionais consideráveis poderes discricionários na aplicação das disposições pertinentes.²⁷³

Mais, um grupo europeu de reguladores seria também a forma (mais) adequada de concretizar algumas obrigações prescritas pela Directiva-Quadro, *maxime* em matéria de cooperação transparente entre os reguladores nacionais e de

.../..._____

nómico e Europa social: o caso das telecomunicações”, in *Estudos em homenagem a Sérvulo Correia*, volume IV, coordenação de Jorge Miranda, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora, 2010, pág. 603 e ss.

²⁷² Cfr. artigo 3º da Decisão 2002/627/CE da Comissão, de 29 de Julho de 2002, que institui o grupo de reguladores europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas.

Sobre o GRE e demais desenvolvimentos regulatórios institucionais (e substantivos) do mercado das comunicações electrónicas europeias, vide MARCO ZINZANI, *Market integration through ‘network governance’: the role of european agencies and networks of regulators*, Intersentia, 2012, págs. 159-223.

²⁷³ Cfr. considerando 36 da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva-Quadro), alterada pela Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009.

consulta mútua em determinados projectos de decisão.²⁷⁴

Composto pelos reguladores sectoriais dos Estados membros, com a participação da Comissão, que assegurava o secretariado, e de reguladores do Espaço Económico Europeu (Suíça, Noruega, Islândia e Liechtenstein), como observadores, o GRE constituía importante *forum* de partilha de experiências nacionais de aplicação do quadro regulamentar, de elaboração de posições comuns e de apoio aos reguladores mais recentemente criados, através, por exemplo, de programas de assistência e de intercâmbio de pessoal.

Instituído o GRE, passou a haver clara sobreposição com o Grupo de Reguladores Independentes (GRI), associação informal de reguladores nacionais da União e de reguladores do Espaço Económico Europeu, criada em 1997, com o fito de permitir a aproximação das práticas de regulação nacionais e a harmonização do mercado europeu em cooperação com a Comissão.

No entanto, o GRI não cessou as suas actividades, mantendo-se como instância de discussões informais entre os membros, de troca de boas práticas sobre a implementação da legislação comunitária e outros exercícios de *benchmarking*. Os mesmos reguladores com assento no GRE não prescindiram, pois, de reunir sem a presença da Comissão, mantendo um espaço paralelo de discussão informal de estratégias para o sector, uma espécie de *forum* oficioso de preparação das reuniões com a Comissão, ao nível do GRE.

Não obstante o contributo positivo do GRE no incremento da coerência entre as autoridades reguladoras nacionais, sobretudo mediante a troca de informação e de conhecimentos sobre experiências práticas, à semelhança do que sucedeu no domínio energético²⁷⁵, reconheceu-se a *necessidade de centralizar mais como forma de alcançar uma maior europeização da supervisão do sector das comunicações electrónicas*.

²⁷⁴ Cfr. artigo 7º, nºs 2 e 3, da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva-Quadro), alterada pela Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009.

²⁷⁵ Cfr. *infra*, nº 18.2.

Desta forma, em 2009, foi criado o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (BEREC),²⁷⁶ o qual substituiu o GRE, passando a funcionar como instância exclusiva para a cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais e entre estas e a Comissão, no intuito de assegurar uma aplicação coerente em todos os Estados-Membros do quadro regulamentar da União Europeia para as redes e serviços de comunicações electrónicas, contribuindo assim para o desenvolvimento do mercado interno.

18.2. Sector energético: dos fora de Florença e de Madrid à Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia

O processo de *liberalização do Mercado Interno de electricidade e do gás natural* começou nos anos 90,²⁷⁷ quando a Comunidade Europeia decidiu abrir à concorrência os mercados destas fontes de energia e criar um mercado energético integrado entre os Estados-membros, promovendo a abolição dos monopólios nacionais e a remoção das barreiras transfronteiras.²⁷⁸

²⁷⁶ Cfr. Regulamento (CE) n° 1211/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009, que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e o Gabinete.

²⁷⁷ Sobre a evolução da regulação do mercado eléctrico em Portugal, *vide* JOSÉ RIBEIRO, *História legislativa do sector eléctrico em Portugal*, Entidade Reguladora do Sector Eléctrico, Lisboa, 2001. Mais recentemente, sobre a tentativa de criação de um mercado comum ibérico neste domínio – o denominado MIBEL, *vide*, por todos, SUZANA TAVARES DA SILVA, “MIBEL: o início do embuste”, *in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)*, 2, 2004, pág. 37 e ss, e, da mesma autora, “La regulación jurídica del sector eléctrico portugués y la aplazada emergencia del mercado iberico de la energia eléctrica (MIBEL)”, *in Revista de Administración Pública*, n° 173, 2007, pág. 486 e ss.

²⁷⁸ Como explica Pedro Gonçalves, a desintegração das actividades da fileira eléctrica apresentou-se “como um *prius* lógico da liberalização. Com efeito, impunha-se, antes de mais, distinguir e, sobretudo, separar entre si as actividades eléctricas – a *produção*, o *transporte* e a *distribuição* – e, simultaneamente, separar a *rede* (adstrita ao transporte e à distribuição), por um lado, da *produção* e, por outro lado, do *serviço de fornecimento de electricidade a clientes*”, concluindo o autor que “a introdução da concorrência no sector eléctrico acabou por abranger apenas as tarefas situadas a

Na prossecução destes objectivos, avulta, no domínio energético, a adopção sucessiva de vários diplomas, a saber:

- 1) Directivas 96/92, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade, e 98/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a regras comuns para o mercado do gás natural;
- 2) Directiva 2003/54, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE, Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mer-

.../..._____

montante e a jusante da transmissão (transporte e distribuição), ou seja, respectivamente, a histórica actividade de produção e a ‘nova’ actividade de comercialização de electricidade.” Vide PEDRO GONÇALVES, Regulação, electricidade e telecomunicações..., cit., págs. 76 e 79. No âmbito desta liberalização possível do sector eléctrico, em que os vários serviços oferecidos têm de passar por uma única infra-estrutura (intra-system competition), é essencial a denominada concorrência na rede, não sendo possível neste verdadeiro monopólio natural (e jurídico) a concorrência entre redes, diferentemente do que sucede, por exemplo, ao nível das comunicações electrónicas. Idem, págs. 79-85, e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, Mercado e Estado..., cit., págs. 245-246.

Em especial, para a análise de alguns problemas resultantes da liberalização da produção de electricidade, vide ANA RAQUEL MONIZ, “Do aproveitamento dos recursos naturais da orla costeira”, in Revista do CEDOUA, nº 24, 2009, e “Energia eléctrica e utilização de recursos hídricos”, in Temas de Direito da Energia, Coimbra, 2008, e PEDRO GONÇALVES, “Liberdade de produção de electricidade e administração da escassez dos recursos hídricos do domínio público”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho –Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s), Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, págs. 253-282. Sobre a transição do monopólio estadual para a concorrência regulada no domínio da distribuição de electricidade, vide PEDRO GONÇALVES/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, As concessões municipais de distribuição de electricidade, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 13 e ss., e VITAL MOREIRA, “As concessões municipais de distribuição de electricidade”, in A Mão Visível – Mercado e Regulação (Maria Manuel Leitão Marques / Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003, pág. 37 e ss.

cado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30/CE, Regulamento nº 1228/2003, de 26 de Junho de 2003, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e Regulamento (CE) nº 1775/2005 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Setembro de 2005, relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural;

- 3) mais recentemente, o Regulamento nº 713/2009, de 13 de Julho de 2009, que institui a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia, o Regulamento nº 714/2009, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e que revoga o Regulamento (CE) nº 1228/2003, da Directiva 2009/72/CE, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE e a Directiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE.

Na terminologia das instituições e da literatura especializada, trata-se dos (três) *liberalization packages* no sector da electricidade,²⁷⁹ os quais foram (e são) complementados pela aplicação crescente das regras da concorrência por parte da Comissão²⁸⁰.

²⁷⁹ Mais desenvolvidamente, com as novidades substantivas de cada pacote legislativo liberalizador no domínio energético, *vide* LEIGH HANCHER e PIERRE LAROCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries...”, *cit.*, págs. 752-757.

²⁸⁰ Para uma descrição pormenorizada do enquadramento regulatório do sector energético e das práticas da Comissão em sede de execução do direito da concorrência neste âmbito, *vide* ULRICH SCHOLZ e STEPHAN PURPS, “The application of EC competition law in the energy sector”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, nº 1, Oxford University Press, 2010, págs. 37-51.

Sobre a necessidade de manter e prosseguir outros imperativos para além da concorrência em sede dos dois primeiros *pacotes de liberalização* do mercado da energia, *vide* CHRISTOPHE LEMAIRE, “Energie et services d’intérêt économique général”, in *Les services d’intérêt économique général et*

.../...

Ponto fundamental destes pacotes legislativos destinados a criar um mercado energético na UE é o da *separação efectiva (unbundling) entre actividades de produção e de comercialização, por um lado, e actividades de rede, por outro*, só podendo esta separação ser assegurada mediante a supressão do incentivo que se apresenta às empresas verticalmente integradas para discriminarem os concorrentes no acesso às redes e no investimento.

Na síntese de Pedro Gonçalves, “a subsistência do monopólio da transmissão *entre* dois segmentos competitivos (*produção e comercialização*), associando a rede a um ‘efeito de gargalo’ em relação às actividades devolvidas ao mercado, constitui, naturalmente, uma ameaça para um integral *market approach*. Compreende-se, assim, que a garantia do direito de acesso de terceiros às redes eléctricas (*third party access*) se encontre no coração da regulação do sector.

Percebe-se também que o esforço regulatório vá além das regras gerais do direito da concorrência e se concentre na definição de um quadro jurídico que, na máxima medida possível, integre a rede (*essential facility*) num *ambiente concorrencial*. Alcançar este ambicioso desiderato, de neutralização dos perigos associados ao *efeito de gargalo*, passa pela realização de um *objectivo* e pela identificação de um *meio* de o conseguir: o *objectivo* consiste em garantir o acesso de terceiros à rede; o *meio* reside em garantir a independência do respectivo operador.”²⁸¹

Neste sentido, nos termos do último pacote legislativo, a *separação da propriedade*, a implicar a nomeação do proprietário da rede como operador da rede e a sua independência em relação a quaisquer interesses de comercialização e de produção,²⁸² é considerada a forma (mais) eficaz e estável de resolver o ineren-
.../...

l'Union européenne, direcção de Jean-Victor Louis e Stéphane Rodrigues, Bruylant, Bruxelas, 2006, págs. 215-301.

²⁸¹ Vide PEDRO GONÇALVES, Regulação, electricidade e telecomunicações..., cit., págs. 127-128.

²⁸² Como ensina Pedro Gonçalves, “além da separação das actividades [eléctricas], e dada a tradição do modelo das *empresas verticalmente integradas*, pretendeu-se instituir um sistema de *separação empresarial* que, de algum modo, traduzisse uma separação entre as actividades eléctricas. Os modelos de *unbundling* empresarial apresentam-se contudo muito variados, podendo ir da mera

te conflito de interesses e garantir a segurança do fornecimento, o meio mais eficaz de promover o investimento nas infra-estruturas de forma não discriminatória²⁸³, o acesso equitativo à rede por parte dos novos operadores e a transparência do mercado.²⁸⁴

No quadro desta separação da propriedade, deve, pois, exigir-se aos Estados-Membros a garantia de que a(s) mesma(s) pessoa(s) não seja(m) autorizada(s) a exercer controlo sobre uma empresa de produção ou de comercialização, ao mesmo tempo que exerce controlo ou direitos sobre um operador de rede de transporte ou uma rede de transporte. Reciprocamente, o controlo sobre uma rede de transporte ou operador de rede de transporte deverá vedar a possibilidade de exercício de controlo ou de direitos sobre uma empresa de produção ou de comercialização. Dentro destes limites, uma empresa de produção ou de comercialização poderá deter uma participação minoritária num operador de rede de transporte ou numa rede de transporte.²⁸⁵

Alternativamente, quando, em 3 de Setembro de 2009, uma empresa proprietária de uma rede de transporte fizesse parte de uma empresa verticalmente integrada, facultou-se aos Estados-Membros a escolha entre separar a propriedade, criar um operador de rede ou um operador de transporte independente de interes-

.../..._____

separação contabilística até à separação da propriedade e conhecendo ainda dois níveis intermédios: a separação de gestão e a separação societária.” (parêntesis nosso) *Idem*, pág. 78.

²⁸³ Para uma defesa da importância da estabilidade e previsibilidade regulatórias (v.g. via regulação independente dos interesses políticos) para a confiança dos investidores à luz do Terceiro Pacote Energético e sob o ângulo da jurisprudência comunitária relativa aos princípios da segurança jurídica e das expectativas legítimas, vide ANATOLE BOUTE, “The quest for regulatory stability in the EU energy market: an analysis through the prism of legal certainty”, in *European Law Review*, Issue 6, Dezembro 2012, págs. 675-692.

²⁸⁴ Cfr., por exemplo, considerandos 10 e 11 da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE. Entre nós, é este o modelo em vigor.

²⁸⁵ Cfr., por exemplo, considerando 15 da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE.

ses de comercialização e produção.²⁸⁶ Por isso, coexistem no mercado interno da energia diferentes tipos de organização de mercado.

*Com a liberalização do sector da electricidade (e do gás natural), surgem, ao nível nacional, as autoridades de regulação sectorial independentes, encarregadas de disciplinar a concorrência e aspectos sociais numa actividade tão estratégica para a economia nacional dos países europeus.*²⁸⁷

Entre outras competências, cabe aos reguladores nacionais:²⁸⁸

- estabelecer ou aprovar, mediante critérios transparentes, tarifas de transmissão ou distribuição ou as suas metodologias;
- assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição e, se for o caso, os proprietários das redes, assim como as empresas de electricidade, cumpram as obrigações que lhes incumbem por força legislação comunitária aplicável, inclusive quanto a questões transfronteiriças;
- cooperar nestas questões com a entidade reguladora ou com as autoridades dos Estados-Membros em causa e com a ACER;
- cumprir e aplicar as decisões relevantes e juridicamente vinculativas desta Agência e da Comissão;

²⁸⁶ Cfr., por exemplo, considerando 17 da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE.

²⁸⁷ Mais desenvolvidamente, *vide* VITAL MOREIRA, “Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Coimbra editora, Coimbra, 2001, págs. 223-247. Em especial, sobre as vantagens da regulação independente, inspirada no exemplo da UE, em países como a Turquia, Croácia ou Jordânia, *vide* CARLO CAMBINI e DONATA FRANZI, “Independent regulatory agencies and rules harmonization for the electricity sector and renewables in the Mediterranean region”, in *Energy Policy*, 60, 2013, págs. 179-191.

²⁸⁸ Cfr., por exemplo, artigo 37º da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE, e artigos 13º e 18º do Regulamento nº 714/2009, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e que revoga o Regulamento (CE) nº 1228/2003.

-
- relatar anualmente a sua actividade e o cumprimento das suas obrigações às autoridades competentes dos Estados-Membros, à ACER e à Comissão;
 - assegurar que não existam subvenções cruzadas entre as actividades de transporte, distribuição e comercialização;
 - monitorizar os planos de investimento dos operadores das redes de transporte e apresentar no seu relatório anual uma apreciação dos planos de investimento destes operadores no respeitante à sua coerência com o plano de desenvolvimento da rede à escala comunitária;
 - monitorizar o cumprimento e rever os resultados passados das normas de segurança e fiabilidade da rede, bem como definir ou aprovar as normas e os requisitos de qualidade do serviço e fornecimento da rede ou para tal contribuir juntamente com outras autoridades competentes;
 - monitorizar o nível de transparência, incluindo dos preços grossistas, e assegurar o cumprimento das obrigações de transparência por parte das empresas de electricidade;
 - monitorizar o grau e a eficácia de abertura do mercado e de concorrência aos níveis grossista e retalhista, inclusive no comércio de electricidade, nos preços aos clientes domésticos, incluindo os sistemas de pré-pagamento, nas taxas de mudança de comercializador, nas taxas de corte da ligação, os encargos relativos a serviços de manutenção e execução desses serviços e nas queixas dos clientes domésticos, assim como eventuais distorções ou restrições da concorrência, incluindo a prestação de informações relevantes e a comunicação de casos relevantes às autoridades da concorrência competentes;
 - fiscalizar a ocorrência de práticas contratuais restritivas, incluindo cláusulas de exclusividade, que possam impedir os grandes clientes não domésticos de celebrarem contratos simultaneamente com mais de um comercializador ou limitar a possibilidade de o fazer e, se for caso disso, informar as autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência dessas práticas;
 - respeitar a liberdade contratual em matéria de contratos de fornecimento interruptível e de contratos a longo prazo, desde que estes sejam compatíveis com o direito comunitário e com as políticas comunitárias;

- monitorizar o tempo que os operadores de transporte e distribuição demoram a executar as ligações e reparações;
- contribuir para garantir, em colaboração com outras autoridades competentes, que as medidas de protecção dos consumidores são eficazes e cumpridas, assegurar o acesso aos dados de consumo dos clientes;
- monitorizar a aplicação de regras relativas às atribuições e responsabilidades dos operadores das redes de transporte, dos operadores das redes de distribuição, dos comercializadores, dos clientes e de outros intervenientes no mercado;
- monitorizar o investimento em capacidade de geração, tendo em atenção a segurança do fornecimento, supervisionar a cooperação técnica entre gestores de redes de transporte comunitários e de países terceiros;
- contribuir para a compatibilidade do processo de intercâmbio de dados para os principais processos de mercado a nível regional.²⁸⁹

Em Portugal, a regulação do sector eléctrico é, essencialmente, assegurada pela *ERSE*, a qual dispõe de competências regulamentares, de supervisão, sancionatórias, de resolução de litígios, consultivas e de estabelecimento de tarifas. Em bom rigor, a *ERSE* é um instituto público e não uma entidade integrante da administração independente, porquanto se encontra sujeita à superintendência e tutela governamentais, não podendo, porém, deixar de ser sublinhada a existência de alguns traços de independência/autonomia, orgânica e funcional, desta entidade, bem como a sindicância de diversos poderes públicos sobre a sua actividade.²⁹⁰

²⁸⁹ Para uma descrição desenvolvida das competências previstas pelos sucessivos pacotes de liberalização energética a favor dos reguladores nacionais, *vide* DAVID HAVERBEKE, BARBARA NAESENS e WOUTER VANDORPE, “European energy markets and the new Agency for Cooperation of Energy Regulators”, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 28, nº 3, 2010, págs. 406-411.

²⁹⁰ Para maiores desenvolvimentos, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade dos reguladores...”, *cit.*, pág. 524 e ss.

Sobre a regulação do sector energético em Portugal, em particular do domínio eléctrico, *vide* GONÇALO ANASTÁCIO, “Regulação da energia”, in *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo*

*Para facilitar a consulta, coordenação e cooperação entre os organismos reguladores nos Estados-Membros e entre esses organismos e a Comissão,*²⁹¹ com o objectivo de consolidar o mercado interno da electricidade (e do gás natural), a Decisão 2003/796/CE, da Comissão, criou um *grupo consultivo independente para a electricidade e o gás - «Grupo Europeu de Reguladores da Electricidade e do Gás» («EREGG»)* -, *composto por representantes das entidades reguladoras nacionais.*

Composto pelos reguladores de todos os Estados membros e de quatro países membros do Espaço Económico Europeu, com a presença da Comissão nas reuniões, ao EREGG competia, por iniciativa própria ou a pedido da Comissão, aconselhar e ajudar esta na consolidação do mercado interno da energia, em particular na preparação de projectos de medidas de execução no domínio da electricidade e do gás, bem como facilitar a consulta e a coordenação das autoridades reguladoras nacionais, contribuindo assim para uma aplicação coerente da legislação comunitária nestes sectores.²⁹²

.../..._____

modelo?, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 301 e ss, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, dissertação de doutoramento (policopiado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro 2008, e *Direito da energia*, Coimbra Editora, 2012, MANUEL LOPES PORTO, “A tributação dos produtos energéticos ou dos ganhos das empresas produtoras: reflexões sobre a ‘Taxa Robin dos Bosques’”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, nº 3, Almedina, Coimbra, 2008, MARCELO REBELO DE SOUSA, “Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica de Baixa Tensão”, in *Colecânea de Jurisprudência*, Ano V, 1988, VIEIRA DE ANDRADE, “Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica em Baixa Tensão”, in *Colecânea de Jurisprudência*, Ano XIV, Tomo I, 1989.

²⁹¹ Sobre as vantagens da cooperação entre reguladores nacionais de energia (v.g. incremento da qualidade de gestão das autoridades reguladoras, da transparência e eficiência do processo regulatório e dos mecanismos de supervisão, em especial sobre empresas multinacionais), vide JORGE VASCONCELOS, “Cooperation between energy regulators in the European Union”, in *Regulation of network utilities. The European experience*, coordenado por C. Henry, M. Matheu e A. Jeunemaitre, Oxford University Press, Oxford, 2001, págs. 286-288.

²⁹² Cfr. artigo 1º, nº 2, da Decisão 2003/796/CE, da Comissão, que estabelece o grupo europeu de reguladores da electricidade e do gás.

No fundo, o ERGEG resultava da institucionalização do Conselho dos Reguladores de Energia Europeus (*Council of European Energy Regulators – CEER*), associação informal das autoridades de regulação sectoriais da União e de alguns países do Espaço Económico Europeu, como a Islândia e a Noruega, em funcionamento desde 2000.

Constituída como associação de direito belga em 2003, o CEER, num quadro de diálogo com as instituições comunitárias, operava como um *forum* de troca de experiências entre os reguladores e de elaboração de propostas de regulamentação nos domínios da electricidade e do gás.

Com a criação do ERGEG, o CEER, não obstante a adaptação devida à existência de uma estrutura institucionalizada agrupadora dos reguladores nacionais, mantém-se paralelamente como um relevante espaço de intercâmbio de boas práticas entre os seus membros, entre estes e reguladores de Estados recentemente integrados e de cooperação com reguladores de países terceiros vizinhos.

Mais, o CEER continua a participar nos *fora* de Florença e de Madrid, organismos criados pela Comissão para os sectores da electricidade e do gás, em 1998 e 1999, respectivamente. Trata-se de instâncias impulsionadas e organizadas pela Comissão que, num quadro europeu, visam alcançar pontos de convergência sobre questões relativas às transacções transfronteiriças nos domínios energéticos.

Não obstante a ausência de vinculatividade das resoluções emitidas, os *fora* destas indústrias constituem importantes instrumentos informais de implementação da liberalização dos mercados energéticos: ao envolver-se a maioria dos actores dos respectivos sectores – operadores, associações representativas de produtores (v.g. *Eurelectric*, *Eurogas*) e de gestores de rede (v.g. *European Network of Transmission System Operators for Electricity – ENTSO-E*, *European Network of Transmission System Operators for Gas – ENTSO-G*, *Gas Infrastructure Europe - GIE*), reguladores nacionais, consumidores, representantes dos Estados membros, de países candidatos à adesão na União e de países limítrofes (v.g. Islândia, Argélia) -, os consensos obtidos serão, frequentemente, aplicados pelas autoridades de regulação nacionalmente e base de propostas legislativas da Comissão.

Em face da crescente internacionalização dos mercados energéticos, sentiu-se a necessidade de uma coordenação europeia entre reguladores mais estru-

turada, a qual, segundo o próprio ERGEG, deveria ter “lugar no âmbito de uma estrutura comunitária com competências claras e com poderes para tomar decisões regulamentares em certos casos específicos.”²⁹³

Assim, em 2009, foi criada a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER), a qual tem por objectivos fundamentais assistir as entidades reguladoras, se necessário, coordenar a sua actuação²⁹⁴ e promover a harmonização de regras relativas ao mercado interno energético europeu²⁹⁵.

Em breve: os sectores da electricidade e do gás são paradigmáticos da dinâmica institucional que tem marcado a regulação no panorama europeu, com a evolução de mecanismos de cooperação informal entre actores da regulação para modalidades cada vez mais institucionalizadas à escala comunitária e com maior influência da Comissão,²⁹⁶ a culminar na recente criação de um novo organismo, a ACER.²⁹⁷

²⁹³ Cfr. considerando 3 do Regulamento ACER. Com a criação da ACER extinguiu-se o ERGEG (cfr. Decisão da Comissão, de 16 de Maio de 2011, que revoga a Decisão 2003/796/CE que estabelece o grupo europeu de reguladores da electricidade e do gás).

²⁹⁴ Cfr. artigo 1º do Regulamento ACER.

²⁹⁵ Atendendo ao escopo de harmonização de regras relativas ao mercado interno energético europeu, a ACER foi criada com por Regulamento baseado no artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE).

²⁹⁶ Reflectindo esta tendência de europeização da regulação energética, Leigh Hancher e Francesco Maria Salerno consideram que “o terceiro pacote legislativo introduz uma mudança no equilíbrio das competências entre os níveis europeu, nacional e regional, de modo que, pelo menos em certas questões, os Estados membros perderam importantes poderes bem como oportunidades para avançar com mais arranjos ‘intergovernamentais’ e ad hoc ao nível do mercado energético regional.” *Vide* LEIGH HANCHER e FRANCESCO MARIA SALERNO, “Energy policy after Lisbon”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, pág. 375.

²⁹⁷ Sobre a ACER, cfr. *infra*, nº 53.2. Para uma descrição extensa dos desenvolvimentos regulatórios institucionais (e substantivos) do mercado energético europeu, *vide* MARCO ZINZANI, *Market integration through ‘network governance’...*, *cit.*, págs. 93-158.

19. Da europeização da regulação na área da segurança das pessoas e dos bens

Em termos de segurança das pessoas e dos seus bens, prerrogativa estadual clássica, temos assistido ao nível da União ao surgimento recente de múltiplas agências europeias, designadamente no sector laboral, alimentar, da prevenção e controlo das doenças, dos transportes aéreos, marítimos e ferroviários, das redes e da informação e dos produtos químicos.

Trata-se de áreas sensíveis para a vida económica e social da União, sendo essencial, para a credibilidade da acção pública e para a construção do Mercado Interno, garantir aos cidadãos uma avaliação dos riscos de alta qualidade científica e (o mais possível...) independente de influências políticas, o que explica a emergência de agências europeias, num contexto de funcionamento em rede entre autoridades europeias, nacionais e interessados no sector.

Não obstante, repetimos, estarmos perante uma competência tradicional dos Estados, a emergência de agências europeias nos domínios da segurança da vida económica e social da União tem demonstrado, inequivocamente, uma *europeização da regulação nestes sectores*, no seio de um denominado *movimento geral de apropriação europeia da segurança*, de *captação de competências nacionais* e de um certo *desarmamento do princípio da subsidiariedade*.²⁹⁸

Pela nossa parte, podemos afirmar uma *tendência geral de europeização regulatória nos domínios diversos da segurança*, com a transferência de competências estaduais tradicionais para novos organismos europeus, especializados e dotados de autonomia variável.

Como expressamente referido no regulamento instituidor da Agência Europeia para a Segurança da Aviação (EASA), “o objectivo geral a atingir é o de que *a transferência de funções e tarefas dos Estados-Membros*, incluindo os resultados da cooperação destes através das Autoridades Aeronáuticas Comuns *para*

²⁹⁸ Vide MARC BLANQUET e NATHALIE DE GROVE-VALDEYRON, “Le recours à des agences de l’Union en réponse aux questions de sécurité”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, págs. 102-103.

a Agência, se processe de forma eficaz, sem qualquer redução dos elevados níveis de segurança que actualmente se verificam”²⁹⁹ (itálico nosso)

Agências europeias para a segurança alimentar ou para a segurança marítima surgem como respostas a tragédias graves (respectivamente, crise das vacas loucas, naufrágios do Erika e do Prestige), normalmente demonstrativas da insuficiência das respostas nacionais ao nível da protecção da segurança das pessoas e dos bens.

Por outro lado, nos domínios da segurança, as agências europeias justificam-se ainda pela mais valia de *expertise* informativa e técnica que podem aportar, no âmbito, por exemplo, de uma acção complementar de reforço e apoio à acção dos Estados membros nesses domínios³⁰⁰, através, designadamente, da emissão de recomendações, orientações, medidas de incentivo ou de fomento.

Beliscando ou não o modo como as administrações nacionais realizam as suas funções à luz do princípio da subsidiariedade, certo é observar-se uma *centralização das competências à escala europeia também nas questões de segurança*, corporizada em agências por razões de índole política, *ligadas à maior facilidade de os Estados alienarem competências para organismos aparentemente neutros do que para instituições políticas supranacionais como a Comissão...*, a qual, porém, acaba por deter competências nevrálgicas na arquitectura regulatória desses sectores e assim utilizar as agências europeias para reforçar a sua preponderância.

A fim de demonstrar *in concreto* a tendência acabada de referir, analisemos, pela importância prática, a evolução do panorama regulatório dos sectores da aviação civil e dos medicamentos.

²⁹⁹ Cfr. considerando 21 do Regulamento EASA.

³⁰⁰ Cfr. artigo 6º do TFUE.

19.1. Regulação na área da segurança aérea europeia

No essencial, o grosso da regulamentação relativa à segurança da aviação civil europeia repousava em diversas instâncias, nomeadamente a Conferência Europeia da Aviação Civil (CEAC) e o seu órgão técnico, as Autoridades Comuns da Aviação (JAA), instâncias especializadas que elaboravam regras destinadas a completar o quadro regulatório mundial definido pela Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO).

Tratava-se de *mecanismos de simples cooperação intergovernamental*, em que as *regras aí produzidas eram aplicadas apenas se os Estados interessados assim o desejassem*, donde resultavam grandes disparidades nacionais (v.g. regras operacionais aplicáveis ao transporte aéreo por avião, regras relativas ao licenciamento dos pilotos que efectuem transportes comerciais por avião ou critérios de licenciamento dos pilotos privados de aeronaves de recreio).³⁰¹

Com vista a garantir na aviação civil um nível de protecção elevado e uniforme dos cidadãos europeus, através da aprovação de normas de segurança comuns e de medidas tendentes a assegurar que os produtos, as pessoas e as organizações obedecem na União a essas normas e às regras de protecção ambiental, assim contribuindo para *facilitar a livre circulação das mercadorias, das pessoas e das organizações no Mercado Interno*, considerou-se indispensável a criação de uma *Agência Europeia para a Segurança da Aviação (EASA)*, independente no plano técnico e dotada de autonomia jurídica, administrativa e financeira.³⁰²

Para além da *realização do Mercado Interno, a criação de uma agência na União impôs-se em nome da segurança, num contexto de regulação destinado a*

³⁰¹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Alargamento das missões da Agência Europeia para a Segurança da Aviação - Uma agenda para 2010 -, Bruxelas, 15/11/2005, COM(2005) 578 final, pág. 3.

³⁰² Cfr. Regulamento (CE) n.º 1592/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2002, relativo a regras comuns no domínio da aviação civil e que cria a Agência Europeia para a Segurança da Aviação.

*compensar a liberalização e desregulação no sector da aviação civil, cumprindo também destacar o interesse da indústria, por razões de eficiência, em passar a lidar com uma entidade europeia e não necessariamente sempre com uma multiplicidade de agências nacionais.*³⁰³

Deste modo, o sistema europeu de segurança aérea passa a assentar sobre dois vectores fundamentais:

- 1) *responsabilidade primacial dos Estados-Membros na aplicação da legislação comunitária, maxime em matéria de certificação, bem como o princípio do reconhecimento mútuo, mediante o qual os Estados-Membros devem, sem quaisquer exigências suplementares, reconhecer os produtos, peças e equipamentos, organizações ou pessoas certificados nacionalmente;*³⁰⁴
- 2) *paralelamente, em certos casos, confere-se competência à Agência Europeia para a Segurança da Aviação para executar tarefas de certificação e para aprovar as medidas necessárias relativas à operação das aeronaves, à qualificação das tripulações ou à segurança das aeronaves de países terceiros, quando esta for a melhor maneira de garantir a uniformidade e de facilitar o funcionamento do mercado interno.*³⁰⁵

³⁰³ Vide HELENA MARGARETHA EKELUND, *The agencification of Europe: explaining the establishment of european community agencies*, tese de doutoramento apresentada na Universidade de Nottingham, policopiado, Julho 2010, pág. 135.

³⁰⁴ Na perspectiva de Adriaan Schout, a EASA não constitui grande novidade da governação regulatória na área da aviação civil europeia, a qual continua a assentar, fundamentalmente, em redes informais previamente existentes e no grande envolvimento dos Estados membros. Vide ADRIAAN SCHOUT, “Changing the EU’s institutional landscape? The added value of an agency”, in *The agency phenomenon in the European Union – Emergence, institutionalization and everyday decision-making*, Manchester University Press, 2012, págs. 63-84.

³⁰⁵ Cfr. considerando 13 do Regulamento (CE) nº 216/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Fevereiro de 2008, relativo a regras comuns no domínio da aviação civil e que cria a

De entre as *atribuições da EASA*, destacam-se a formulação de *pareceres e recomendações*³⁰⁶ e o *apoio técnico, científico e administrativo necessário para a Comissão desempenhar as suas tarefas*: saliente-se a *força decisória de facto deste apoio nos casos de preparação de normas técnicas* e, em especial, de normas relacionadas com a construção, a concepção ou com aspectos de natureza operacional, *não podendo a Comissão alterar o respectivo conteúdo sem concertação prévia com a agência*.³⁰⁷

Na mesma linha, a *EASA elabora especificações de certificação, meios de conformidade aceitáveis e documentos de orientação destinados a serem utilizados no processo de certificação*, documentos que devem reflectir as actualizações técnicas e as melhores práticas nos domínios em causa e ser actualizados tendo em conta a experiência adquirida a nível mundial com as aeronaves em serviço, bem como o progresso científico e técnico.³⁰⁸

Tendo em conta que estamos perante elementos técnicos, maioritariamente utilizados no processo de certificação e a adquirirem, por isso, valor jurídico vinculativo no plano da decisão individual (de obtenção de certificado), pode falar-se de um *poder de facto quase-regulamentar* ou de direcção da regulamentação (*rulemaking directorate*) da EASA.³⁰⁹

Sob outro ângulo, a EASA é verdadeiramente uma *agência decisória*, cabendo-lhe a *adopção formal de decisões, nomeadamente em matéria de certificação* (de aeronavegabilidade e ambiental³¹⁰, dos pilotos³¹¹, de operações aéreas³¹²,

.../..._____

Agência Europeia para a Segurança da Aviação, e que revoga a Directiva 91/670/CEE do Conselho, o Regulamento (CE) n° 1592/2002 e a Directiva 2004/36/CE (adiante Regulamento EASA).

³⁰⁶ Cfr. artigo 18º, alíneas a) e b), do Regulamento EASA.

³⁰⁷ Cfr. artigo 17º, n° 2, alínea b), do Regulamento EASA.

³⁰⁸ Cfr. artigo 19º, n° 2, do Regulamento EASA.

³⁰⁹ Vide VINCENT CORREIA, “La coopération de l’Agence Européenne de la Sécurité Aérienne, des États membres et des industriels au sein du système européen de la sécurité aérienne”, in *Cahiers de Droit Européen*, números 5 e 6, 2010, pág. 605.

³¹⁰ Cfr. artigo 20º do Regulamento EASA.

dos controladores de tráfego aéreo³¹³).

*Não obstante a importância da emissão centralizada de certificados em sede de unificação de condições de navegabilidade no espaço europeu, a competência da EASA a este nível é excepcional, limitada a um número restrito de certificados – os denominados certificados de tipo –, mantendo-se a regra da responsabilidade estadual para a outorga dos chamados certificados individuais, ao abrigo do princípio da autonomia institucional e procedimental, conquanto no quadro do direito comunitário aplicável.*³¹⁴

*Mantendo-se a lógica descentralizadora da emissão de certificados (individuais) de navegabilidade pelos Estados membros como regra, não podemos olvidar, porém, a força homogeneizadora dos certificados de tipo da EASA, designadamente porque o certificado de aeronavegabilidade indispensável à circulação de aeronaves só “é emitido quando o requerente demonstrar que a aeronave está conforme com o projecto de tipo aprovado no seu certificado de tipo”*³¹⁵.

Similarmente, em matéria de *supervisão ou de controlo de aplicação das regras*, as *inspecções de normalização (standardization)* efectuadas pela EASA revelam o enquadramento comunitário da autonomia institucional e procedimental dos Estados membros e a importância da actividade desta agência para a uniformidade da aplicação das regras sobre segurança aérea em domínios onde impera o princípio da administração indirecta (v.g. emissão e renovação de certificados das organizações de produção estabelecidas no território dos Estados-Membros³¹⁶).

Reflexo da *europeização da gestão da segurança aérea na União* e da concomitante *centralização de tarefas deste domínio* é o protagonismo crescente

.../..._____

³¹¹ Cfr. artigo 21º do Regulamento EASA.

³¹² Cfr. artigo 22º do Regulamento EASA.

³¹³ Cfr. artigo 22º B do Regulamento EASA.

³¹⁴ Vide U.–M. STIEHL, “Die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA), eine moderne Regulierungsagentur und Modell für eine europäische Luftfahrt Behörde”, in *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, volume 53, nº 3, 2004, pág. 323.

³¹⁵ Cfr. artigo 5º, nº 2, alínea c), do Regulamento EASA.

³¹⁶ Cfr. artigo 20º, nº 2, alínea b), ii), do Regulamento EASA.

da EASA no plano internacional, isto é, no âmbito das relações da UE com terceiros³¹⁷, conforme ressalta da responsabilidade desta agência na emissão, renovação, alteração, limitação, suspensão ou revogação da autorização de aeronaves utilizadas por operadores de países terceiros na União ou com partida ou destino nesta³¹⁸.

Pelo exposto, podemos concluir não haver uma substituição dos reguladores aeronáuticos nacionais pela EASA e pelo facto de esta ser dotada de poderes decisórios limitados, assentando o essencial da sua actividade numa estreita *cooperação com as autoridades estaduais*³¹⁹, *os stakeholders relevantes (indústria, transportadores) e a Comissão*.

Paradigmaticamente, *o exercício do poder regulamentar*, a formulação de medidas destinadas a alterar ou a completar certos elementos não essenciais do Regulamento EASA *incumbe à Comissão e à comitologia*³²⁰, *cabendo a preparação dos projectos das regras de execução (lato sensu) à EASA*³²¹, *num processo a envolver a participação de entes estaduais (maxime reguladores) e actores diversos (v.g. representantes da indústria)*.

Em matéria de *supervisão* o dever de *cooperação entre os Estados-Membros, a Comissão e a EASA* é expressamente consagrado no Regulamento EASA³²², podendo as inspecções conduzidas pelas autoridades nacionais³²³ ou pela agência europeia³²⁴ *conduzir a coimas e sanções pecuniárias compulsórias de carácter periódico, a aplicar pela Comissão, a pedido da EASA*³²⁵.

³¹⁷ Cfr. artigo 27º do Regulamento EASA.

³¹⁸ Cfr. artigo 23º, nº 1, do Regulamento EASA.

³¹⁹ Para uma visão geral sobre a entidade reguladora da aviação civil em Portugal (o Instituto de Aviação Civil – INAC), *vide* ANTÓNIO MOURA PORTUGAL/INÊS TEIXEIRA, “Regulação da aviação civil”, *in Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 450-455.

³²⁰ Cfr. artigos 5º, nº 5, e 65º do Regulamento EASA.

³²¹ Cfr. artigos 17º, nº 2, alínea b), 18º, alínea b), e 19º, nº 1, do Regulamento EASA.

³²² Cfr. artigo 10º, nº 1, do Regulamento EASA.

³²³ Cfr. artigo 10º, nº 2, do Regulamento EASA.

³²⁴ Cfr. artigo 24º, nº 2, do Regulamento EASA.

Também em sede de *acidentes e incidentes no domínio da aviação civil é indispensável a troca de informações entre a Comissão, a EASA e as autoridades aeronáuticas nacionais*³²⁶, tendo sido recentemente *reconhecida e reforçada no contexto europeu a coordenação das autoridades responsáveis pelas investigações de segurança através da formalização de uma rede europeia de autoridades responsáveis pelas investigações de segurança na aviação civil*, composta pelos chefes das autoridades responsáveis pelas investigações de segurança em cada um dos Estados-Membros e/ou, caso se trate de uma autoridade multimodal, pelo chefe do seu ramo da aviação, ou pelos seus representantes.³²⁷

Em termos conclusivos:

no contexto de *europeização* do quadro regulatório da segurança aérea europeia, *a evolução dos clássicos quadros de cooperação intergovernamental para a integração comunitária concretizou-se no estabelecimento de uma agência dotada de poderes decisórios (EASA), conquanto limitados, em detrimento do reforço das prerrogativas da Comissão, a qual, porém, mantém, ao nível da execução centralizada, (os mais) decisivos poderes;*

neste sentido, *a EASA, ao assistir e apoiar a Comissão num funcionamento em rede com autoridades nacionais e actores privados relevantes, acaba mesmo por reforçar o papel da Comissão na regulação da aviação civil na União, aprofundando a tendência de centralização de execução num domínio onde ainda hoje impera a administração indirecta.* Contornam-se, assim, as dificuldades políticas que uma transferência de poderes nacionais directamente para a Comissão sempre acarretaria³²⁸, isto é, razões de ordem política justificam a criação (desta)

.../..._____

³²⁵ Cfr. artigo 25º do Regulamento EASA.

³²⁶ Cfr. artigo 15º do Regulamento EASA.

³²⁷ Cfr. artigo 7º do Regulamento (UE) nº 996/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro de 2010, relativo à investigação e prevenção de acidentes e incidentes na aviação civil e que revoga a Directiva 94/56/CE.

³²⁸ Como refere Adriaan Schout, “hipoteticamente, o trabalho do seu [EASA] predecessor poderia ter sido assumido pela Comissão em combinação com um sistema comitológico sem a criação de uma agência.” (parêntesis nosso) *Vide* ADRIAAN SCHOUT, “Assessing the added value of an EU

.../...

agência e não motivos relacionados com o mérito ou eficiência desta solução institucional...

19.2. Regulação da segurança europeia na área dos medicamentos para uso humano e veterinário

*Em matéria de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário, são três os procedimentos com relevo no espaço da União, dois nacionais, descentralizados, e um verdadeiramente europeu, marcado pela centralização da decisão na esfera comunitária.*³²⁹

Quanto aos primeiros, cumpre referir a existência de

- 1) *procedimentos nacionais*, a utilizar pelas empresas farmacêuticas quando apenas pretendam vender um produto num Estado membro, sendo a autorização emitida pelo competente regulador nacional; não obstante estarmos perante procedimentos administrativos nacionais, estes encontram-se fortemente conformados pelo direito da União, em especial após a ampla harmonização promovida pelas Directivas 65/65/CEE, 75/319/CEE e 81/851/CEE;
- 2) *procedimento descentralizado*, assente fundamentalmente no *princípio do reconhecimento mútuo*, a permitir a uma empresa farmacêutica o reconhecimento de um produto autorizado por um Estado membro noutros Estados da União onde tal seja requerido, salientando-se a ar-

.../..._____

agency for aviation safety”, in *Journal of Public Policy*, volume 31, Issue 3, Dezembro 2011, pág. 366.

³²⁹ Para uma visão geral do panorama internacional sobre a introdução do medicamento no mercado, vide JÓNATAS MACHADO e VERA LÚCIA RAPOSO, *Direito à saúde e qualidade dos medicamentos – protecção dos dados de ensaios clínicos numa perspectiva de direito brasileiro, comparado e internacional* -, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 39-48.

*bitragem da EMA nos casos de conflito entre reguladores nacionais;*³³⁰ trata-se, portanto, de um *procedimento administrativo nacional, submetido a regulamentação europeia, que desemboca num acto (administrativo) autorizativo de eficácia transnacional, não se tratando em bom rigor, porém, de um acto transnacional*, porquanto, como explica Pedro Gonçalves, “o ato da administração de um Estado-Membro serve apenas como *referência* para a prática de um ato da competência da administração de outros Estados-Membros. (...) o ato nacional não produz fora os mesmos efeitos jurídicos que produz no território nacional: não tem, por isso, efeitos transnacionais. Há aqui um processo de reconhecimento mútuo sem a presença de ato administrativo transnacional.”³³¹

Mais recentemente, impõe-se um *procedimento comunitário stricto sensu*,

- 3) *um procedimento centralizado, no qual cabe à Comissão, com base num parecer da EMA, autorizar determinados medicamentos - os produzidos de acordo com certos métodos (v.g. biotecnologia), os que contenham novas substâncias activas ou se demonstre constituírem uma inovação significativa no plano terapêutico, científico ou técnico, ou quando a concessão de uma autorização apresentar interesse para os doentes ou a saúde animal, a nível comunitário -, valendo a autorização para todo o espaço da União*³³², isto é, *essa autorização confere,*

³³⁰ Cfr. artigo 27º e ss da Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano.

³³¹ Vide PEDRO GONÇALVES, Direito Administrativo I – tópicos das lições à 2.ª turma, policopiado, 2013, pág. 34.

³³² Cfr. artigo 3º do Regulamento (CE) nº 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de

*em cada Estado-Membro, os mesmos direitos e as mesmas obrigações que uma autorização de introdução no mercado concedida pelo próprio Estado-Membro*³³³.

Quando a EMA foi criada, havia já um *longo caminho no sentido da harmonização da legislação farmacêutica europeia*, destacando-se, em matéria de medicamentos de uso humano³³⁴, as Directivas 65/65/CEE³³⁵, 75/318/CEE³³⁶ e 75/319/CEE³³⁷ e a Directiva 87/22/CEE³³⁸, a qual instituiu um mecanismo comunitário de concertação, que precedia qualquer decisão nacional relativa a medicamentos de alta tecnologia, com vista à tomada de decisões uniformes em toda a Comunidade.

Por outras palavras: numa *crescente centralização da regulação do medicamento ao nível europeu, para garantir o bom funcionamento do Mercado Inter-.../...*

medicamentos para uso humano e veterinário e que instituiu uma Agência Europeia de Medicamentos (adiante Regulamento EMA).

³³³ Cfr. artigo 13º do Regulamento EMA.

³³⁴ No respeitante aos medicamentos veterinários, cfr. Directiva 81/851/CEE do Conselho, de 28 de Setembro de 1981, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos medicamentos veterinários e Directiva 81/852/CEE do Conselho, de 28 de Setembro de 1981, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes às normas e protocolos analíticos, tóxicofarmacológicos e clínicos em matéria de ensaios de medicamentos veterinários.

³³⁵ Cfr. Directiva do Conselho 65/65/CEE, de 26 de Janeiro de 1965, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes às especialidades farmacêuticas.

³³⁶ Cfr. Directiva 75/318/CEE do Conselho, de 20 de Maio de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados- Membros respeitantes às normas e protocolos analíticos, tóxico-farmacológicos e clínicos em matéria de ensaios de especialidades farmacêuticas.

³³⁷ Cfr. Segunda Directiva 75/319/CEE do Conselho, de 20 de Maio de 1975, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes às especialidades farmacêuticas.

³³⁸ Cfr. Directiva 87/22/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das medidas nacionais respeitantes à colocação no mercado dos medicamentos de alta tecnologia, nomeadamente dos resultantes da biotecnologia.

*no no sector farmacêutico, constatou-se a necessidade do estabelecimento de um procedimento comunitário centralizado de autorização dos medicamentos de alta tecnologia, nomeadamente os resultantes da biotecnologia, procedimento aplicável aos responsáveis pela introdução no mercado de medicamentos de uso humano ou utilizados em animais destinados ao consumo humano, que contivessem novas substâncias activas.*³³⁹

Por outro lado, a Directiva 93/39/CEE³⁴⁰ previu a *superação de desacordo entre os Estados-membros quanto à eficácia, qualidade ou segurança de um medicamento sujeito ao procedimento descentralizado comunitário de autorização por decisão comunitária de carácter vinculativo baseada em avaliação científica a cargo de uma agência europeia.*³⁴¹

Destarte, *para a Comunidade dispor de meios para a superação de divergências entre os Estados-membros no respeitante à eficácia, qualidade e segurança dos medicamentos no seio do procedimento descentralizado, por um lado, e, por outro lado, para garantir a autorização centralizada de introdução no mercado de medicamentos de alta tecnologia após uma avaliação científica específica da máxima qualidade, segurança e eficácia possível, foi criada a então denominada Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos.*³⁴²

Assente no *Comité das especialidades farmacêuticas*, instituído pela Segunda Directiva 75/319/CEE, e no *Comité dos medicamentos veterinários*, instituído pela Directiva 81/851/CEE, com a responsabilidade exclusiva pela elaboração

³³⁹ Cfr. segundo considerando do Regulamento (CEE) n° 2309/93 do Conselho, de 22 de Julho de 1993, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e institui uma Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos.

³⁴⁰ Cfr. Directiva 93/39/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, que altera as Directivas 65/65/CEE, 75/318/CEE e 75/319/CEE respeitantes aos medicamentos.

³⁴¹ Analogamente, quanto aos medicamentos veterinários, cfr. Directiva 93/40/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, que altera as Directivas 81/851/CEE e 81/852/CEE relativas à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos medicamentos veterinários.

³⁴² Cfr. Regulamento (CEE) n° 2309/93 do Conselho, de 22 de Julho de 1993, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e institui uma Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos.

dos pareceres da agência em todas as questões relativas, respectivamente, aos medicamentos de uso humano e medicamentos veterinários, a *Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos funciona em estreita cooperação com a Comissão e os Estados membros*, nomeadamente em termos de coordenação das actividades nacionais de controlo das reacções adversas aos medicamentos (farmacovigilância).

Volvidos alguns anos desde o estabelecimento da Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, revelou-se necessário melhorar o funcionamento dos procedimentos de autorização de introdução de medicamentos no mercado comunitário e alterar alguns aspectos administrativos deste organismo, o qual passa a ser designado por *Agência Europeia de Medicamentos (EMA)*.³⁴³

Responsável pela coordenação dos *recursos científicos existentes postos à sua disposição pelos Estados-Membros*, tendo em vista a avaliação, a fiscalização e a farmacovigilância dos medicamentos,³⁴⁴ a EMA fornece aos Estados-Membros e às instituições da Comunidade os melhores *pareceres* científicos possíveis sobre qualquer questão relativa à avaliação da qualidade, da segurança e da eficácia dos medicamentos para uso humano ou veterinário que lhe seja apresentada em conformidade com as disposições da legislação comunitária em matéria de medicamentos.³⁴⁵

Conquanto se trate de uma *agência fundamentalmente destinada a prestar aconselhamento científico, os pareceres da EMA* (relativos a quaisquer questões referentes à admissibilidade dos processos apresentados de acordo com o *procedimento centralizado*, à concessão, à alteração, à suspensão ou à revogação da autorização de introdução no mercado de medicamentos para uso humano) reves-tem-se *de facto, de uma particular influência sobre a decisão final da Comissão*³⁴⁶, a qual tem de fundamentar pormenorizadamente os motivos das divergên-

³⁴³ Cfr. considerando 2 do Regulamento (CE) n° 726/2004 do Regulamento EMA.

³⁴⁴ Cfr. artigo 55° do Regulamento EMA.

³⁴⁵ Cfr. artigo 57°, n° 1, do Regulamento EMA.

³⁴⁶ Cfr. artigos 5°, n° 2, e 10° do Regulamento EMA.

*cias no caso de o projecto de decisão não ser conforme ao aconselhamento da agência*³⁴⁷.

Relativamente a medicamentos para uso pediátrico, porém, a EMA dispõe mesmo de *poderes (formalmente) decisórios* - decisões de concessão de isenções relativas a medicamentos específicos, por classe ou de diferimento -³⁴⁸, com recurso destas decisões para o Tribunal nos termos gerais previstos no actual artigo 263º do TFUE³⁴⁹.

Em termos de estrutura, a EMA concentra o seu trabalho sobre *seis comités científicos*: o Comité dos Medicamentos para Uso Humano - responsável pela elaboração do parecer da agência sobre qualquer questão relativa à avaliação dos medicamentos para uso humano; o Comité dos Medicamentos para Uso Veterinário - responsável pela elaboração do parecer da agência sobre qualquer questão relativa à avaliação dos medicamentos veterinários; o Comité dos Medicamentos Órfãos; o Comité dos Medicamentos à Base de Plantas; o Comité das Terapias Avançadas e o Comité Pediátrico.³⁵⁰

Nomeados por cada Estado-Membro, após consulta ao Conselho de Administração e por um período renovável de três anos, os membros (e os suplentes) dos comités científicos da EMA são *escolhidos em função do seu papel e da sua experiência em matéria de avaliação de medicamentos para uso humano e veterinário e representam as autoridades nacionais competentes*.³⁵¹

Em termos similares, o *Conselho de Administração é composto maioritariamente por representantes estaduais* (um representante de cada Estado-Membro), para além de *dois representantes da Comissão*, dois representantes do

³⁴⁷ Cfr. artigo 10º, nº 1, § 3, do Regulamento EMA.

³⁴⁸ Cfr. artigo 57º, nº 1, alínea t), do Regulamento EMA e artigo 7º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 1901/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativo a medicamentos para uso pediátrico e que altera o Regulamento (CEE) nº 1768/92, a Directiva 2001/20/CE, a Directiva 2001/83/CE e o Regulamento (CE) nº 726/2004.

³⁴⁹ Cfr. artigo 73º. -A do Regulamento EMA.

³⁵⁰ Cfr. artigo 56º, nº 1, do Regulamento EMA.

³⁵¹ Cfr. artigo 61º, nº 1, do Regulamento EMA.

Parlamento Europeu e ainda representantes de *stakeholders* (dois representantes das organizações de doentes, um representante das organizações de médicos e um representante das organizações de veterinários), designados pelo Conselho, após consulta do Parlamento Europeu *com base numa lista elaborada pela Comissão*.³⁵²

Resumindo: no domínio da autorização de introdução de medicamentos no mercado, tem-se assistido, *no quadro de uma estreita cooperação entre Estados membros, EMA e Comissão, a uma progressiva centralização de competências na esfera comunitária, com reforço progressivo do papel desempenhado pela agência europeia do medicamento (EMA), dotada de prerrogativas (de facto) impressionantes, mantendo a Comissão, em regra, o poder formal de decisão (ao nível dos procedimentos europeus em sentido estrito)*.³⁵³

³⁵² Cfr. artigo 65º, nº 1, do Regulamento EMA.

³⁵³ Para uma visão geral do procedimento centralizado da autorização de introdução de medicamentos no mercado, *vide* THOMAS GEHRING, “Deliberative regulation through European Union agencies and other network structures?”, in *The agency phenomenon in the European Union – Emergence, institutionalization and everyday decision-making*, Manchester University Press, 2012, pág. 113 e ss.

TÍTULO III

Execução do direito e das políticas da União Europeia

Como assinala Herwig Hofmann, “o Tratado de Lisboa não reconhece a realidade da implementação do direito europeu através de redes administrativas compostas de organismos públicos europeus e dos Estados membros, bem como de parceiros privados. O Tratado de Lisboa ignora a expansão da utilização de agências para a implementação [do direito e das políticas da União]”³⁵⁴. (parêntesis nosso)

Para avaliar a adequação do Tratado de Lisboa à coeva realidade da administração integrada, crescentemente dominante do sistema da UE, temos de proceder à análise da nova tipologia de actos jurídicos da União constante do TFUE, em especial, à destriça entre actos delegados e actos de execução.

Capítulo I

Tipologia de actos jurídicos da União

20. Da classificação dos actos jurídicos no Tratado de Nice

Com as regras do Tratado de Nice, os actos jurídicos comunitários encontravam-se tipificados, em geral, nos artigos 249º – regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres –, e, quanto ao BCE no âmbito das atribuições

³⁵⁴ Vide HERWIG HOFMANN, “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon: typology meets reality”, in *European Law Journal*, vol. 15, nº 4, Julho 2009, pág. 504. Em bom rigor, os Tratados prevêem duas agências da União (a Agência Europeia de Defesa – artigo 45º TUE, a EUROPOL – artigo 88º do TFUE).

cometidas ao Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), 110º do TCE – regulamentos, decisões, recomendações e pareceres.

Enquanto o *regulamento* tem carácter *geral* e é *obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável* em todos os Estados-Membros, a *decisão* é igualmente *obrigatória em todos os seus elementos mas apenas para os destinatários que designar* (Estados membros, pessoas singulares ou colectivas)³⁵⁵; a *directiva*, por seu lado, vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

Desta forma, os regulamentos, com a sua característica da aplicabilidade directa, impõem regulamentações uniformes no espaço comunitário, constituindo as directivas, dependentes da adopção de medidas de transposição pelos Estados membros, modo indirecto de legislar ou de regulamentar no espaço da União.³⁵⁶

Nas palavras de Moura Ramos, “as directivas são, pois, formas de produção legislativa tendencialmente incompletas, pois se limitam a organizar uma cooperação entre as Organizações Comunitárias e os Estados, deixando às primeiras a fixação dos fins a atingir obrigatoriamente mas permitindo aos segundos uma certa autonomia na escolha das formas e meios a utilizar para tal efeito. Daí que o seu campo de eleição seja o dos domínios onde os Estados conservam a competência legislativa e onde às Comunidades interessa apenas impor a harmonização,

³⁵⁵ Nos termos da jurisprudência comunitária, as decisões, quando dirigidas a privados, gozam de efeito directo, porquanto, em princípio, seria incompatível com o efeito obrigatório previsto no Tratado excluir que a obrigação ou o direito por elas previstas pudessem ser invocadas pelas pessoas interessadas. O Tribunal de Justiça decidiu igualmente que uma disposição de uma decisão dirigida a um Estado-membro podia ser invocada (apenas) contra este quando a disposição em causa (não executada) impusesse ao destinatário uma obrigação incondicional e suficientemente clara e precisa (cfr. acórdão do Tribunal Franz Grad, de 6 de Outubro de 1970, processo C-9/70, nºs 5 e 9, e, mais recentemente, da mesma instância, acórdão Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG contra Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg, de 10 de Novembro de 1992, processo C-156/91, nºs 12 e 13).

³⁵⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de 29 de Junho de 1993, Governo de Gibraltar contra Conselho, processo C-298/89, nº 16.

aproximação ou coordenação de legislações em torno de uma base comum por si definida.”³⁵⁷

Hodiernamente, porém, podemos notar uma *erosão da distinção entre regulamentos e directivas*, em função sobretudo da afirmação do efeito directo (vertical³⁵⁸ e não invocável pelo Estado³⁵⁹) de preceitos (consagradores de direitos/obrigações de forma clara, precisa e incondicionada) da directiva não (ou desadequadamente) transposta durante o período de transposição^{360, 361} da tendência

³⁵⁷ Vide MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia...*, cit., pág. 84.

³⁵⁸ Cfr. acórdão Tögel, de 24 de Setembro de 1998, processo C-76/97, n.º 26. Jónatas Machado salienta a possibilidade de as normas das directivas “quando sejam precisas, determinadas e incondicionais” poderem ser invocadas pelos particulares nos tribunais nacionais não apenas “nas relações verticais entre estes e os Estados” mas também “nas relações horizontais uns com os outros, na medida em que estejam em causa posições jurídicas que criem direitos para os particulares.” Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, cit., págs. 206-207.

³⁵⁹ No sentido de uma directiva não poder, por si própria, criar obrigações para os particulares e de uma disposição de uma directiva não poder, portanto, ser invocada enquanto tal contra eles, assim se evitando que um Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito comunitário, cfr. acórdãos do Tribunal Marshall, de 26 de Fevereiro de 1986, processo C-152/84, n.º 48, Kolpinghuis Nijmegen, de 8 de Outubro de 1987, processo C-80/86, n.º 9, Faccini Dori, de 14 de Julho de 1994, processo C-91/92, n.º 22, e El Corte Inglés, de 7 de Março de 1996, processo C-192/94, n.º 16.

Para uma visão da concepção ampla de Estado perfilhada pela jurisprudência comunitária para efeitos de eficácia directa das directivas, cfr., entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça, Rieser Internationale Transporte Gmb e Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), de 5 de Fevereiro de 2004, n.ºs 24-29.

³⁶⁰ O Tribunal, em inflexão de jurisprudência anterior, foi mesmo mais longe ao limitar, no prazo de transposição da directiva, o estabelecimento de legislação interna a disposições que não “comprometam seriamente o resultado previsto pela directiva”. Cfr. acórdão do Tribunal Inter-Environnement Wallonie ASBL e Région Wallonne, de 18 de Dezembro de 1997, processo C-129/96, n.º 45.

³⁶¹ A resistência histórica ao reconhecimento do efeito directo das directivas, fundamental para garantir a sua eficácia, teve a ver, por um lado, com a vontade nacional de proteger a operação de transposição e, assim, a repartição de competências comunitária e dos Estados membros prevista nos Tratados, e, por outro lado, com preocupações de salvaguarda do princípio da separação de

para o recurso a directivas demasiado detalhadas, com pouca margem de manobra para opções estaduais, e, por outra banda, pelo facto de certos regulamentos não dispensarem a adopção de actos nacionais de aplicação.

Por último, as *recomendações* e os *pareceres* não são vinculativos, sendo distinguidos frequentemente por a opinião contida naqueles compreender um convite a agir, a adoptar certas regras de conduta, e por partirem da iniciativa do órgão (autor), enquanto o parecer insere-se, como acto interno e preparatório, no desenvolvimento normal de procedimentos decisórios.³⁶²

Em disposições dispersas do Tratado de Nice, previam-se ainda vários (outros) *actos, ditos atípicos*, em geral e à semelhança dos pareceres e recomendações, desprovidos de obrigatoriedade jurídica, meros actos de natureza informativa ou declarativa.

No entanto, tal como ocorre com o denominado *direito mole* (cfr. *infra*, nº 22), pode ser referida a produção de alguns efeitos de direito de alguns destes actos atípicos ou inominados, designadamente dos *regulamentos internos* de algumas instituições, os quais, para além de um efeito autolimitador da conduta (v.g. regulamento interno do Conselho)³⁶³, podem trazer mesmo implicações para a posição de terceiros (v.g. regulamento interno do Parlamento Europeu)³⁶⁴.

Relativamente aos designados segundo pilar (Política Externa e de Segurança Comum) e terceiro pilar (Cooperação Policial e Judiciária em matéria penal) .../...

poderes nos ordenamentos jurídicos internos, designadamente a possibilidade de o juiz acabar por se tornar na autoridade de transposição em detrimento do poder político (legislativo ou executivo) competente. Neste sentido, em relação ao ordenamento jurídico gaulês, vide JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif...*, cit., págs. 95-102. Entre nós, sobre o efeito directo das directivas, vide JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, “A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados membros”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 30, 2001, págs. 3-19.

³⁶² Vide MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União – história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 358.

³⁶³ Cfr. acórdão do Tribunal de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido contra Conselho, processo C- 68/86, nº 48.

³⁶⁴ Cfr. acórdão do TPI de 26 de Fevereiro de 2002, Willi Rothley contra Parlamento Europeu, processo T- 17/00, nº 57.

previam-se fontes próprias, assistindo-se também à emissão de actos atípicos como declarações, conclusões, recomendações, resoluções, desprovidos de efeitos jurídicos.

No âmbito da *Política Externa e de Segurança Comum*, entre os actos nominados constavam as posições comuns, as acções comuns e as estratégias comuns³⁶⁵:

- 1) enquanto as *estratégias comuns* especificavam os respectivos objectivos e duração, bem como os meios a facultar pela União e pelos Estados-Membros³⁶⁶,
- 2) as *acções comuns*, incidindo sobre situações específicas em que se considerava necessária uma acção operacional por parte da União, vinculavam os Estados-Membros nas suas tomadas de posição e na condução da sua acção³⁶⁷,
- 3) e, por último, as *posições comuns* procediam à definição da abordagem global de uma questão específica de natureza geográfica ou temática pela União, cabendo aos Estados-Membros zelar pela coerência das suas políticas nacionais com essas posições comuns³⁶⁸.

No quadro da *Cooperação Policial e Judiciária em matéria penal*, encontravam-se expressamente referidas as posições comum, as decisões-quadro, as decisões e as convenções³⁶⁹:

- 1) as *decisões-quadro* eram adoptadas para efeitos de aproximação das disposições legislativas e regulamentares nacionais e vinculavam os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entan-

³⁶⁵ Cfr. artigo 12º do TUE.

³⁶⁶ Cfr. artigo 13º, nº 2, do TUE.

³⁶⁷ Cfr. artigo 14º, nºs 1 e 3, do TUE.

³⁶⁸ Cfr. artigo 15º do TUE.

³⁶⁹ Cfr. artigo 34º, § 2, TUE.

- to, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios, mas não produziam efeito directo;
- 2) as *decisões* eram adoptadas para quaisquer outros efeitos compatíveis com os objectivos da cooperação policial e judiciária em matéria penal, com exclusão da aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, tinham carácter vinculativo e não produziam efeito directo;
 - 3) as *posições comuns* definiam a abordagem da União em relação a uma questão específica, cabendo aos Estados-Membros expressar nas organizações internacionais e nas conferências internacionais em que participavam essas posições;
 - 4) as *convenções*, único acto não unilateral, entravam em vigor aquando da adopção por parte de, pelo menos, metade dos Estados-Membros, em relação a esses Estados-Membros.

Em domínios de grande sensibilidade política, percebem-se as limitações do controlo jurisdicional de eventuais incumprimentos das obrigações emanadas dos actos acabados de enunciar; no entanto, prevê-se a competência do Tribunal para fiscalizar a legalidade das decisões-quadro e das decisões no âmbito dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, quando o recurso (de anulação) for interposto por um Estado-Membro ou pela Comissão,³⁷⁰ bem como a possibilidade de o Tribunal decidir sobre litígios entre Estados-Membros decorrente da interpretação ou da execução dos actos adoptados sempre que o diferendo não possa ser resolvido tempestivamente pelo Conselho ou entre Estados-Membros e a Comissão relativamente à interpretação ou à aplicação de convenções.³⁷¹

³⁷⁰ Cfr. artigo 35º, nº 6, do TUE.

³⁷¹ Cfr. artigo 35º, nº 7, do TUE.

21. Da classificação dos actos jurídicos no Tratado de Lisboa

No intuito de simplificar o sistema legal europeu e reflectindo o crescente reforço do papel do Parlamento Europeu no direito institucional da União, fruto das tentativas de aprofundamento da sua legitimidade democrática, o projecto de Tratado Constitucional previa a existência de: actos legislativos – leis e leis-quadro (cfr. artigo I-34º); actos não legislativos – regulamentos ou decisões europeias, recomendações (cfr. artigo I-35º) e pareceres, regulamentos europeus delegados (cfr. artigo I-36º); actos de execução – regulamentos europeus de execução ou decisões europeias de execução (cfr. artigo I – 37º).

Conforme escrevemos noutro lugar, “o projecto de ‘Tratado que estabelece a Constituição para a União’ fracassou, essencialmente, por questões de índole política e simbólica. Juridicamente, pelo contrário, a maioria das novidades deste projecto (*v.g.*, direito institucional) mantém-se e de forma quase inalterada no Tratado de Lisboa.”³⁷²

Deste modo, no Tratado de Lisboa optou-se por manter a terminologia tradicional (e mais neutral, política e simbolicamente) dos actos comunitários (regulamentos, directivas e decisões) em detrimento das “leis” e “leis-quadro” (cfr. artigo 288º do TFUE); substantivamente, porém, em matéria de actos jurídicos, o novo Tratado é largamente decalcado da “Constituição Europeia”.

³⁷² Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Tratado de Lisboa (algumas notas)”, in *Temas de Integração*, nº 26, Almedina, Coimbra, 2º semestre de 2008, págs. 118-119.

Na mesma linha, Jónatas Machado considera que no Tratado de Lisboa, “os símbolos e o ‘jogo de linguagem’ são afastados, embora muita da substância do PTCE [Projecto de Tratado Constitucional Europeu] permaneça intacta”, razão pela qual “alguns continuam a ver no Tratado de Lisboa uma espécie de ‘constituição disfarçada’.” Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, *cit.*, págs. 30-31. Nas palavras de Jean Claude Piris, “as medidas simbólicas poderiam preparar o espírito das pessoas para qualquer coisa de maior integração a vir mais tarde. Poderiam habituá-las à ideia mesmo de ter uma verdadeira constituição para a Europa, à qual se poderiam fornecer mais tarde, não somente símbolos clássicos de um Estado, mas igualmente verdadeiras competências estatais.” Vide JEAN CLAUDE PIRIS, “L’ Union Européenne: vers une nouvelle forme de fédéralisme? ”, in *RTD eur*, 41 (2), Abril – Junho 2005, pág. 258.

À semelhança do artigo 249º do TCE, dispõe o artigo 288º do TFUE:

“Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos.”

Quanto a diferenças relativamente à classificação dos actos jurídicos do TCE apenas cumpre salientar a transformação do conceito de decisão, acto obrigatório mas que deixa de ser necessariamente individual (*Entscheidung*), passando, por isso, a excluir-se a necessidade de indicar os destinatários, porquanto pode abranger medidas de alcance geral (*Beschluss*),³⁷³ as quais, na prática, já eram adoptadas, enquanto actos *sui generis*, pelas instituições.

Desta sorte, ao abrigo do Tratado de Lisboa,³⁷⁴ o que sucede é a possibilidade de os *regulamentos, directivas e decisões* serem adoptados enquanto três diferentes tipos de actos jurídicos da União: *actos legislativos* (cfr. artigo 289º do

³⁷³ Nos termos do artigo 297º, nº 2, do TFUE, as decisões de aplicação geral são assinadas pelo Presidente da instituição que as adoptou e publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, enquanto as decisões com destinatário(s) são notificadas a este(s), produzindo efeitos mediante essa notificação.

³⁷⁴ Para uma síntese das fontes de direito comunitário ao abrigo do Tratado de Lisboa, *vide* ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ e DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, “Introducción al sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea. Especial referencia a los tipos de actos y su orden jerárquico”, *in Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV – Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 111-174.

TFUE), *actos delegados* (cfr. artigo 290º do TFUE) e *actos de execução* (cfr. artigo 291º do TFUE); quer dizer, o Tratado de Lisboa, ao manter as formas de regulamentos, directivas e decisões para os três níveis de actos jurídicos da União (legislativos, delegados e de execução), criou, em teoria, nove formas de actos!³⁷⁵

Para além de actos legislativos, de actos delegados e de actos de execução, pode falar-se ainda da categoria dos *actos autónomos* (v.g. em matéria de concorrência – artigos 103º e 109º do TFUE - ou de política económica e monetária).³⁷⁶ Trata-se de actos vinculativos que não se enquadram em qualquer das categorias de actos jurídicos previstos (legislativos, delegados ou de execução), baseando-se directamente no Tratado, à semelhança dos actos legislativos. Diferentemente destes, porém, *os denominados actos autónomos não se encontram sujeitos pelos Tratados aos procedimentos legislativos* (ordinário ou especial), a impedir a sua qualificação como como actos legislativos ao abrigo da noção (procedimental) do Tratado de Lisboa...³⁷⁷

Mais do que criticável em termos de (falta de) simplificação da ordem jurídica europeia, a existência de actos autónomos pode implicar problemas jurídicos não despidiendos (v.g. ausência da obrigação de deliberação do Conselho em público³⁷⁸, inaplicabilidade do Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais quanto ao controlo do respeito dos princípios da subsidiariedade e da propor-

³⁷⁵ Nas palavras de Jónatas Machado, “existem regulamentos, directivas e decisões com natureza legislativa e sem natureza legislativa. Dito de outro modo, a designação dos actos da UE é a mesma independentemente de se tratar de um acto legislativo, de um acto delegado ou de um acto de execução. Os actos delegados e de execução também podem ser regulamentos, directivas e decisões.” Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, pág. 188.

³⁷⁶ Cfr. artigo 12º, alínea a), do TUE.

³⁷⁷ Segundo Dimitris Triantafyllou, os actos autónomos “servem para proteger o Conselho e a Comissão da politização das respectivas actividades em matéria de moeda e de concorrência”. Vide DIMITRIS TRIANTAFYLLOU, “Commentaire de l’article I-36”, in *Traité établissant une Constitution pour l’Europe – commentaire article par article*, direcção de Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levede, Fabrice Picod, Bruylant, Bruxelas, 2007, pág. 480.

³⁷⁸ Cfr. artigos 16º, nº 8, do TUE, e 15º, nº 2, do TFUE.

cionalidade³⁷⁹ e do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade³⁸⁰, obrigatoriedade de recurso a actos de execução mesmo quando a medida secundária visasse alterar ou completar o acto primário, atenta a exigência de delegação por acto legislativo constante do artigo 290º do TFUE³⁸¹).

Não podemos olvidar também *actos (atípicos)* como resoluções, conclusões, declarações, Livros Verdes e Livros Brancos, etc..., sempre essenciais a uma ordem jurídica flexível, dinâmica e evolutiva como a europeia³⁸². Nos termos do artigo 296º, § 3, do TFUE, porém, prevê-se que o Parlamento Europeu e o Conselho devam abster-se de adoptar actos não previstos pelo processo legislativo aplicável em domínios em que lhes sejam submetidas propostas ou iniciativas legislativas. Com o apelo à moderação no recurso a actos atípicos, quando está em curso um processo legislativo, visa-se salvaguardar o bom desenrolar das negociações interinstitucionais e, mais importante, garantir a segurança jurídica, evitando a confusão resultante da coexistência entre o acto legislativo adoptado e o acto atípico exarado por uma instituição à margem do processo legislativo.³⁸³

Outras fontes de direito como os *acordos internacionais* e os *acordos interinstitucionais* ou “declarações comuns” não podem igualmente deixar de ser refe-

³⁷⁹ Cfr. Protocolo nº 1 anexo ao Tratado de Lisboa. Vide BRUNO DE WITTE, “Executive accountability under the European Constitution and the Lisbon Treaty – *Nihil novi sub sole?*”, in *Political accountability in Europe: which way forward? – a traditional concept of parliamentary democracy in an EU context*, coordenado por Luc Verhey, Hansko Broeksteeg e Ilse Van den Driessche, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pág. 148.

³⁸⁰ Cfr. Protocolo nº 2 anexo ao Tratado de Lisboa.

³⁸¹ Vide PAUL CRAIG, “Delegated acts, implementing acts and the new comitology regulation”, in *European Law Review*, 36 (5), 2011, pág. 677.

³⁸² Cfr. *infra*, 1.3.

³⁸³ Vide MANUEL LOPES ALEIXO, anotação ao artigo 296º, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 1062.

ridos.³⁸⁴ Estes passam a gozar de uma base jurídica própria³⁸⁵, prevendo-se, na esteira de jurisprudência comunitária³⁸⁶, a possibilidade de disporem de cariz vinculativo, se essa for a vontade das instituições em causa.

No domínio da *Política Externa e de Segurança Comum*, o Tratado de Lisboa, num esforço clarificador e de simplificação, substituiu a panóplia de actos existentes neste domínio por um só tipo de acto jurídico, a *decisão*, a qual, adoptada por unanimidade³⁸⁷, define as acções e as posições a tomar pela União bem como as respectivas regras de execução.³⁸⁸ Trata-se de acto juridicamente obrigatório para os Estados membros, apesar de o Tribunal, em regra, não dispor de competências relativamente às disposições da PESC.³⁸⁹

Não sendo permitidos actos legislativos³⁹⁰, na PESC as anteriormente denominadas estratégias comuns e posições comuns foram, assim, substituídas por decisões a adoptar quando se pretende uma acção operacional por parte da União³⁹¹ e por decisões, de cariz mais político, que estabelecem uma abordagem global sobre determinada questão de índole geográfica ou temática³⁹².

Na prática, como notam Deidre Curtin e Ige Dekker, “esta modificação é parcialmente cosmética e não alterou as competências da União expressamente estabelecidas para adoptar decisões ‘orientações gerais’, ‘acção operacional’, ou ‘abordagem da União’, ou seja, formulações que pré-Lisboa usava para descrever

³⁸⁴ Para uma visão geral do direito secundário da União à luz do Tratado de Lisboa, *vide* MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, *cit.*, pág. 325 e ss.

³⁸⁵ Cfr. artigo 295º do TFUE.

³⁸⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de 19 de Março de 1996, Comissão contra Conselho, processo C-25/94, nº 49. Em sentido diferente, cfr. acórdão do Tribunal de 30 de Abril de 1996, Países Baixos contra Conselho, processo C-58/94, nº 27.

³⁸⁷ Cfr. artigo 31º do TUE.

³⁸⁸ Cfr. artigo 25º, alínea b), do TUE.

³⁸⁹ Cfr. artigo 24º, nº 1, do TUE.

³⁹⁰ *Idem*.

³⁹¹ Cfr. artigos 25º, nº 1, b), i), e 28º do TUE.

³⁹² Cfr. artigos 25º, nº 1, b), ii), e 29º do TUE.

as estratégias comuns, as acções conjuntas e as posições comuns, respectivamente, e que em larga medida são mantidas no novo Tratado da União Europeia.”³⁹³

Por último, no domínio da justiça e assuntos internos, a envolver a cooperação policial e judiciária em matérias civil e penal, o Tratado de Lisboa eliminou as respectivas fontes próprias, conquanto subsistam especificidades na utilização de fontes tipificadas no TFUE em resultado de permanecermos num reduto importante para a soberania dos Estados.

Desta sorte, para além de acordos internacionais com países terceiros³⁹⁴, de decisões de execução³⁹⁵, de medidas provisórias³⁹⁶, de orientações estratégicas relativas à programação legislativa e operacional do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça³⁹⁷ e, em desenvolvimento destas, de medidas destinadas a assegurar a cooperação administrativa entre os serviços competentes dos Estados membros e entre estes e a Comissão, nomeadamente regulamentos-quadro,³⁹⁸ encontramos em múltiplas disposições a directiva de regras mínimas³⁹⁹, directivas minimalistas atendendo à sensibilidade política de domínios como o reconhecimento mútuo de sentenças, a cooperação policial e penal transfronteiriça ou o combate à criminalidade grave.⁴⁰⁰

³⁹³ Vide DEIDRE CURTIN e IGE DEKKER, “The European Union from Maastricht to Lisbon: institutional and legal unity out of the shadows”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, pág. 166. Para uma análise das fontes da PESC (decisões de iniciativa comum, decisões de execução e convenções internacionais), vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, págs. 212-213.

³⁹⁴ Cfr. artigo 79º, nº 3, do TFUE.

³⁹⁵ Cfr. artigo 86º, nº 4, do TFUE.

³⁹⁶ Cfr. artigo 78º, nº 3, do TFUE.

³⁹⁷ Cfr. artigo 68º do TFUE.

³⁹⁸ Cfr. artigo 74º do TFUE.

³⁹⁹ Cfr. artigos 82º, nº 3, e 83º, nº 3, do TFUE.

⁴⁰⁰ Sobre as fontes no domínio da justiça e assuntos internos, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, págs. 219-224.

Segue-se de todo o explanado que a actual tipologia de actos de direito derivado não parece cumprir os propósitos de simplificação e incremento da transparência da ordem jurídica da União...⁴⁰¹

22. *Soft law* no direito da União Europeia

22.1. Da complexidade da natureza e impacto da *soft law* no direito administrativo europeu

Actos de direito da União Europeia como comunicações, relatórios, linhas directrizes, livros brancos ou livros verdes são desprovidos de vinculatividade jurídica e têm de ser interpretados em conformidade com a letra e o espírito das previsões *de hard law*, porquanto estas, em caso de incompatibilidade, prevalecem sobre o designado *soft law*.⁴⁰²

Caracterizados pela *informalidade*⁴⁰³ e *flexibilidade*⁴⁰⁴, os actos de *soft law* não deixam, contudo, de assumir relevo jurídico⁴⁰⁵, *maxime* pelo facto de as orien-

⁴⁰¹ Em sentido diferente, María Bellido Barrionuevo considera que “o Tratado de Lisboa simplifica e esclarece o sistema institucional e de fontes do direito comunitário, ao mesmo tempo que reforça a sua autonomia e originalidade.” *Vide* MARÍA BELLIDO BARRIONUEVO, “El derecho derivado de la Unión Europea: evolución desde los años cincuenta hasta nuestros días”, *in Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV – Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 213-262.

⁴⁰² Cfr. acórdão do Tribunal Reino da Bélgica contra Comissão das Comunidades Europeias, de 14 de Abril de 2005, processo C-110/03, n^o 33.

⁴⁰³ Episodicamente, os actos de *soft law* são adoptados no quadro do formalismo jurídico reconhecido pelos Tratados (*v.g.* Recomendação da Comissão, de 18 de Junho de 2007, relativa a directrizes sobre o alojamento e os cuidados a prestar aos animais utilizados para fins experimentais e outros fins científicos (2007/526/CE)).

⁴⁰⁴ Na perspectiva de Fernanda Maçãs, “a enorme virtualidade reconhecida no mundo da regulação aos instrumentos informais está precisamente na sua plasticidade e flexibilidade que derivam da ausência de formalização e de regulamentação”, criticando, por isso, o artigo 62^o da nova Lei da Concorrência nacional, porquanto “a rigorosa regulamentação a que o preceito submete as recomendações da AdC retira-lhe, em nossa opinião, as vantagens que derivavam, por exemplo, do

tações expressas condicionarem a actuação do autor das orientações aí vertidas (em particular, no domínio da política de concorrência).

Na verdade, a instituição europeia (v.g. Comissão, Conselho, Parlamento Europeu) autora de *linhas directrizes*, ao precisar o modo como pretende exercer as suas prerrogativas, acaba por circunscrever a sua liberdade decisória, inspirando nos destinatários (v.g. empresas, Estados) dessas comunicações (*lato sensu*) uma *confiança legítima* na aplicação dos critérios enunciados.

Neste sentido, da adopção de orientações pela instituição europeia deriva um efeito de *autolimitação* da sua conduta (*patere legem quam fecisti*), podendo o desvio das linhas directrizes emitidas implicar violação dos *princípios da igualdade de tratamento, da segurança jurídica e da confiança legítima*,⁴⁰⁶ a sancionar juridicamente e, eventualmente, a levar os tribunais a aplicarem as previsões de *soft law* relevantes no caso.⁴⁰⁷

Desta sorte, através da mediação de *princípios gerais de direito* comuns aos direitos dos Estados membros e aos quais é reconhecido valor constitucional, a jurisprudência comunitária, *em especial nos domínios da concorrência e dos* .../...

regime anterior em que o legislador se limitava a conferir à AdC, em termos genéricos, poderes para ‘emitir recomendações e directivas genéricas’”. Vide FERNANDA MAÇÃS, anotação ao artigo 55º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 611.

⁴⁰⁵ Em sentido diferente, Daniel Thürer considera, na linha de uma divisão clássica do direito, ser apenas possível “dogmaticamente falar na existência de *hard law* ou *no law*.” Vide DANIEL THÜRER, “ ‘Soft Law’ – Eine neue Form von Völkerrecht?”, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, 104, 1985, pág. 442.

⁴⁰⁶ Cfr., por exemplo, acórdão do TJUE Blomefield contra Comissão, de 1 de Dezembro de 1983, processo 190/82, nº 20, e acórdãos do TPI LR AF 1998 contra Comissão, de 20 de Março de 2002, processo T-23/99, nº 245, Archer Daniels Midland Co contra Comissão, de 27 de Setembro de 2006, processo T-59/02, nº 43, e Alemanha contra Comissão, de 7 de Novembro de 2007, processo T-374/04, nºs 110-111.

⁴⁰⁷ Cfr. acórdão do TPI Daesang contra Comissão, de 9 de Julho de 2003, processo T-230/00, nºs 121-245.

auxílios estaduais, tem reconhecido os *efeitos de direito e não meramente práticos da soft law*⁴⁰⁸, integrando complementarmente num só sistema a tradicional *hard law* com os instrumentos informais dos modernos esquemas europeus da *governance*⁴⁰⁹, envolvendo o *direito mole* no quadro constitucionalista plural da União.⁴¹⁰

Mantendo o poder de modificar ou mesmo de revogar as regras indicativas por si emanadas anteriormente, a instituição, todavia, apenas pode delas apartar-se quando as circunstâncias o impuserem e mediante apresentação precisa das razões subjacentes a tal afastamento,⁴¹¹ sob pena de invalidação do acto adoptado por desconformidade com as *regras de conduta* vertidas nos instrumentos de *soft law*.⁴¹²

Diferentemente, se existir uma referência objectiva de âmbito geral constante de uma comunicação, a obrigação de motivação da decisão pela instituição é fortemente atenuada: basta a mera remissão para as orientações prescritas, com

⁴⁰⁸ Na doutrina, reconhecendo os efeitos de direito da *soft law*, vide JABLONER e OKRESEK, “Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des ‘soft law’”, in *Austrian Journal of Public and International Law (ZÖR)*, 1983, pág. 223. Em geral, sobre a *soft law* no direito da União Europeia, vide MANUEL MEDINA ORTEGA, “‘Soft law’: su relevância como instrumento jurídico de la Unión Europea”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV – Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 263-344.

⁴⁰⁹ Vide OANA STEFAN, “Hybridity before the Court: a hard look at soft law in the EU competition and state aid case law”, in *European Law Review*, 37, 2012, págs. 49-69.

⁴¹⁰ Defendendo um constitucionalismo europeu assente numa legitimidade plural, entre outras razões porque radica numa pluralidade de fontes constitucionais, o que tem um impacto profundo na natureza do seu modelo constitucional, vide, por todos, MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição plural – constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Cascais, 2006.

⁴¹¹ Exemplificativamente, cfr. acórdão do Tribunal Louwage contra Comissão, de 30 de Janeiro de 1974, processo C-148/73, n^o 12, e acórdão do TPI Vlaamse Gewest contra Comissão, de 30 de Abril de 1998, processo T-214/95, n^o 89.

⁴¹² Para abundantes referências jurisprudenciais no domínio da concorrência e dos auxílios de Estado, vide OANA STEFAN, “Hybridity before the Court...”, *cit.*, pág. 58.

que se simplifica a adopção do acto e se evitam eventuais anulações deste com base em falta/deficiência de fundamentação.⁴¹³

Dito de outra maneira: a instituição europeia não tem o dever de explanar sempre as razões da decisão de aplicar a *soft law*, porquanto as recomendações, relatórios e documentos similares constituem parte do enquadramento legal a mobilizar aquando da apreciação dos casos concretos, parte do denominado acervo comunitário.⁴¹⁴

Em qualquer circunstância, porém, o poder de decisão da instituição europeia, fortemente auto-limitado pelas linhas directrizes previamente enunciadas, é irrenunciável, cabendo sempre à instituição decisora a avaliação das circunstâncias *in casu*; a possibilidade de autovinculação *a priori* da conduta da instituição encontra-se subordinada à exclusão de qualquer aplicação mecânica, com prevalência do exame do caso concreto sobre os princípios emitidos *in abstracto*.⁴¹⁵

Pode assim resumir-se que, conquanto não sejam autênticas fontes produtoras de efeitos jurídicos imperativos,⁴¹⁶ os múltiplos instrumentos de *soft law* constituem, *em princípio*, *normas de referência vinculativas para a instituição emissora*, que assim assegura uma maior coerência na sua aplicação e mais segurança jurídica aos seus destinatários e facilita o próprio controlo judicial do conteúdo e dos motivos das medidas adoptadas.

No entanto, orientações como as contidas nas comunicações da Comissão, embora procurem contribuir para garantir a transparência, a previsibilidade e a

⁴¹³ Cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal Espanha contra Comissão, de 12 de Outubro de 200, processo C-480/98, nº 30.

⁴¹⁴ Cfr. acórdãos do TPI Mannesmannröhren-Werke contra Comissão, de 8 de Julho de 2004, processo T-44/00, nº 213, e Opel Austria contra Conselho da União Europeia, de 22 de Janeiro de 1997, processo T-115/94, nº 117.

⁴¹⁵ Cfr. acórdão do TPI Archer Daniels Midland Co contra Comissão, de 27 de Setembro de 2006, processo T-59/02, nº 337.

⁴¹⁶ Pedro Gonçalves fala em “eficácia de facto não juridicamente vinculativa”. Vide PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Studia Iuridica*, 61, Coimbra editora, Coimbra, 2001, pág. 757.

certeza jurídica da acção jurisdicional, *não vinculam (juridicamente) os tribunais da União*, funcionando apenas como *base de referência útil* ao exame do caso concreto.⁴¹⁷

Em sentido próximo, o Juiz comunitário salienta *a obrigação de o juiz nacional tomar em consideração as recomendações* para resolver os litígios que lhes são submetidos, nomeadamente *quando estas auxiliem a interpretação de disposições nacionais adoptadas com a finalidade de assegurar a respectiva execução, ou ainda quando se destinam a completar disposições comunitárias com carácter vinculativo*.⁴¹⁸

Conforme explicita mais recentemente o Tribunal no tocante a comunicações da Comissão relativas à cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência e à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, *as comunicações não são (juridicamente) vinculativas para os Estados-Membros e não produzem efeitos imperativos para os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros*,⁴¹⁹ *mas a sua interpretação deve ser obrigatoriamente tida em conta*.⁴²⁰

⁴¹⁷ Cfr. acórdãos do Tribunal Comissão/França, de 12 de Julho de 2005, processo C-304/02, n.º 85, Comissão/França, de 14 de Março de 2006, processo C-177/04, n.º 70, Comissão/Grécia, de 4 de Julho de 2000, processo C-387/97, n.º 89.

⁴¹⁸ Cfr. acórdão do Tribunal Salvatore Grimaldi contra Fonds des maladies professionnelles, de 13 de Dezembro de 1989, processo C-322/88, n.º 18.

⁴¹⁹ Cfr. acórdão do Tribunal Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt, de 14 de Junho de 2011, processo C-360/09, n.ºs 21 e 22. Neste aresto, o Tribunal refere-se ainda à possibilidade de as orientações formuladas pela Comissão produzirem efeitos na prática das autoridades nacionais de concorrência (cfr. n.º 23).

⁴²⁰ Será interessante de seguir a reacção da Comissão relativamente a uma recente decisão do regulador holandês das telecomunicações (OPTA) em matéria de fixação de tarifas de chamadas telefónicas fixas e móveis, a qual não segue as recomendações da Comissão estabelecidas em 2009 por determinação de tribunal nacional. Ora, a OPTA, preferindo seguir a comunicação da Comissão, alegou a prevalência das decisões dos seus tribunais sobre o *soft law* comunitário para consagrar as tarifas definidas jurisdicionalmente.

*Em relação a particulares, as orientações também não contêm obrigações susceptíveis de lhes serem impostas, directa ou indirectamente, conforme parece ressaltar do facto de serem publicadas na série C do Jornal Oficial da União Europeia, a qual, ao invés da sua série L, não tem por objecto publicar actos juridicamente vinculativos, mas unicamente informações, recomendações e avisos relativos à União.*⁴²¹

Como referimos, as previsões de *soft law*, as denominadas *regras de conduta*, apenas produzem efeitos jurídicos através da mediação de *princípios gerais de direito*⁴²² - emanados dos tratados comunitários, de outros tratados internacio-
.../...

Em nossa opinião, se a Comissão optar por contestar esta decisão do regulador holandês nas instâncias judiciais europeias, estas deverão indeferir a pretensão daquela instituição, designadamente invocando o cariz não vinculativo das boas práticas veiculadas pelo *soft law*. No entanto, a confirmar-se o cenário de um exame jurisprudencial da questão exposta no Tribunal Geral e, eventualmente, no Tribunal de Justiça, estamos em crer que os juízes do Luxemburgo preferirão consagrar a ideia de que os tribunais nacionais, bem como os reguladores dos Estados membros, só poderão afastar-se das orientações vertidas em instrumentos de *soft law* da Comissão em situações pontuais, mediante a apresentação de justificações concludentes e inequívocas para tal afastamento... Se assim for, reforçar-se-ão extraordinariamente os poderes de harmonização da Comissão, mas assistiremos a (mais um...) perigoso passo de desconsideração por órgãos de soberania nacional e de afirmação excessiva de impacto de instrumentos supostamente suaves – os actos atípicos de direito da União, sem as necessárias garantias das normas europeias formalizadas.

⁴²¹ Cfr. acórdão do Tribunal Polska Telefonia cyfrowa contra Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej, de 12 de Maio de 2011, processo C-410/09, n.ºs 34 e 35. Na perspectiva de Oana Stefan, o Tribunal reconheceu neste aresto “a distinção entre vinculatividade jurídica [no sentido previsto no artigo 288.º do TFUE] e a possibilidade de produção de efeitos jurídicos.” Vide OANA STEFAN, “European Union soft law: new developments concerning the divide between legally binding force and legal effects”, in *The Modern Law Review*, volume 75, n.º 5, Setembro 2012, págs. 887-890.

⁴²² Sobre os princípios gerais no direito da União Europeia, vide GREGORIO ROBLES, “La influencia de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV – Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 345-401. Em geral, sobre os designados princípios fundamentais do direito, vide ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 223 – 227.

nais de que sejam parte os Estados membros ou das tradições constitucionais destes -, no âmbito de um processo de constitucionalização dos tribunais da União que, ao nível da política de concorrência⁴²³, tem miscigenizado o *droit souple* dos novos modos de governança com os princípios jurídicos tradicionais do *hard law*.

Ao replicarem este *hibridismo* de criação jurisprudencial em sucessivos instrumentos de *soft law*⁴²⁴, as instituições comunitárias, *maxime* a Comissão, acabam por induzir a aplicação jurisprudencial deste *direito mole*,⁴²⁵ guindando assim, em homenagem aos princípios gerais de direito, instrumentos de governança informal ao quadro constitucional (plural) da União.

Em nome da maleabilidade, adaptabilidade e eficácia no funcionamento da União, a *soft law acaba por adquirir força vinculativa*, convertendo-se em verdadeira fonte de direito, num contexto de *europeização do direito administrativo* exponenciado também pela influência da Comissão sobre as redes de reguladores nacionais e pelo eventual recurso desta instituição à acção por incumprimento.⁴²⁶

⁴²³ Parece ser diferente a assimilação da *soft law* e dos novos modos de governança em outros domínios, como por exemplo, a política social. Vide TAMARA HERVEY, “Adjudicating in the shadow of the informal settlement?: the Court of Justice of the European Union, new governance and social welfare”, in *Current Legal Problems*, 63 (1), 2010, págs. 92-152.

Em particular, sobre a importância do *soft law* na articulação das políticas de concorrência e de coesão económica e social, destacando as funções de acompanhamento da execução e de impulso político a estas políticas, vide NATHALIE RUBIO, “Les instruments de *soft law* dans les politiques communautaires: vecteur d’une meilleure articulation entre la politique de la concurrence et la politique de cohésion économique et sociale”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, volume 43, nº 4, Outubro-Dezembro 2007, págs. 597-608.

⁴²⁴ V.g. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre medidas especiais aplicáveis aos cidadãos da União Europeia em matéria de deslocação e permanência, justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, COM/99/0372 final, e Comunicação da Comissão - Livre circulação de trabalhadores: realização integral de benefícios e potencial, COM/2002/0694 final.

⁴²⁵ Vide FRANCIS SNYDER, “Soft law and institutional practice in the European Community”, in *The construction of Europe: essays in honour of Emile Noël*, coordenado por S. Martin, Kluwer, Londres, 1994, pág. 213.

⁴²⁶ Jean Sirinelli fala numa “standardização” ou “homogeneização” da “doutrina administrativa” da Comissão potenciada pela europeização das regras no quadro da execução das políticas comuni-

Por outro lado, quando os destinatários da *soft law* produzida pelas instituições aceitem as indicações aí prescritas, considera-se mesmo poder deduzir-se dessa aceitação um *efeito vinculativo* das linhas directrizes em causa,⁴²⁷ tendo por base a obrigação de cooperação leal dos Estados membros (artigo 4º do TUE) ou mesmo um dever de boa fé de tipo contratual.⁴²⁸

Pode dizer-se, em conclusão,

que através de actos informais, muitas vezes sem necessidade de cumprimento de exigências procedimentais e com a mera aceitação dos destinatários, a *soft law acaba por produzir, pelo menos indirectamente, efeitos (para-) jurídicos de extrema relevância, podendo questionar-se, em termos de princípios democrático, de União de direito, de subsidiariedade e de proporcionalidade, a legitimidade de este direito “douce” ultrapassar o quadro institucional e formal normalmente exigível na ordem jurídica comunitária (v.g. controlo do PE ao abrigo dos artigos 290º e 291º do TFUE⁴²⁹, controlo comitológico à luz do artigo 291º do*

.../..._____

tárias e pela europeização das fundamentações e interpretações das administrações dos Estados membros na execução das políticas públicas nacionais. Vide JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif...*, cit., págs. 146-148.

⁴²⁷ Cfr. acórdãos do TJUE, Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques (CIRFS) e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, de 24 de Março de 1993, nº 35, e IJssel-Vliet Combinatie BV contra Minister van Economische Zaken de 15 de Outubro de 1996, processo C-311/94, nºs 37 e 44.

⁴²⁸ Paradigmaticamente, no domínio dos auxílios de Estado, com várias referências jurisprudenciais, vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique...*, cit., págs. 464-466.

⁴²⁹ Na opinião de Wolfgang Weiss, o papel *quase-legislativo* assumido pela Comissão com a adopção dos vários instrumentos de *soft law* (ao nível do direito da concorrência) encontra-se em conflito com o princípio da democracia conforme reforçado pelo Tratado de Lisboa, em particular porque, considerando substantivamente as regras em causa como equivalentes a previsões destinadas a completar ou alterar direito (da concorrência) primário ou derivado da União, isto é, como legislação delegada, os requisitos do artigo 290º do TFUE não se encontram observados (v.g. falta de delegação de poderes para regular elementos não essenciais em orientações várias). Vide WOLFGANG WEISS, “After Lisbon, can the European Commission continue to rely on ‘soft legisla-

.../...

*TFUE*⁴³⁰, *controlo judicial de actos regulatórios nos termos do artigo 263º do TFUE, exigências de transparência*);⁴³¹

que elaborados, *grosso modo*, para clarificar ou para promover a participação e compromissos em matérias normalmente muito técnicas e, nesse sentido, contribuir para a previsibilidade do direito, actos não previstos nos Tratados, como comunicações interpretativas, linhas directrizes, Livros Verdes ou Livros Brancos, acabam por, na realidade, paradoxalmente, constituir-se em *fonte de in-*
 .../..._____

tion' in its enforcement practice?”, in *Journal of European competition law & practice*, volume 2, nº 5, 2011, págs. 441-451.

⁴³⁰ Em algumas directivas, porém, prevê-se a possibilidade de controlo comitológico sobre “orientações e outras medidas não vinculativas” emitidas pela Comissão. Cfr., por exemplo, artigo 9º da Directiva 2010/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Julho de 2010, que estabelece um quadro para a implantação de sistemas de transporte inteligentes no transporte rodoviário, inclusive nas interfaces com outros modos de transporte e, mais recentemente, ao abrigo das novas regras sobre comitologia, artigo 11º, nº 2, alínea b) e nº 3, da Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços. Trata-se de possibilidade excepcional, porquanto a regra é a de o controlo da delegação de competências de execução na Comissão (através de actos juridicamente vinculativos da União) ser sujeita a procedimentos de comitologia no caso de execução de actos vinculativos.

⁴³¹ Cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 4 de Setembro de 2007, sobre as implicações institucionais e jurídicas da utilização de instrumentos jurídicos não vinculativos (“*soft law*”) (2007/2028(INI)). Mais recentemente, nos domínios em que o PE intervém geralmente no processo legislativo, procurou-se um reforço das prerrogativas desta instituição, assegurando que a Comissão utiliza apenas, se adequado e com a devida justificação, instrumentos jurídicos não vinculativos após dar ao Parlamento a possibilidade de expressar as suas opiniões, cabendo àquela dar explicações pormenorizadas sobre a forma como as opiniões deste foram tidas em consideração na adopção da proposta. Cfr. acordo-quadro sobre as relações entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia, publicado no JO L 304, em 20/11/2010, nº 43.

Na doutrina, criticando a excessiva concentração de poder decisório na Comissão e a falta de legitimidade e de *accountability*, designadamente parlamentar, dos procedimentos de adopção de medidas de *soft law*, vide HERWIG HOFMANN, “Administrative governance in state aid policy”, in *EU administrative governance*, coordenação de Herwig Hofmann e Alexander H. Türk, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, pág. 202.

segurança jurídica, especialmente perigosa quando sob a aparência da mera explicitação de textos legais se alargam ou mesmo violam princípios estabelecidos no direito derivado ou na jurisprudência comunitária⁴³² em prejuízo das competências dos Estados membros...

22.2. Do controlo judicial da soft law

Sintoma claro da consagração dos efeitos de direito da soft law é o reconhecimento pelo juiz comunitário da possibilidade de controlo de legalidade relativamente a actos apresentados como desprovidos de vinculatividade jurídica, atendendo à influência de facto sobre a decisão final da Comissão.

Na verdade, nos termos de jurisprudência constante do Tribunal, é possível o recurso de anulação de todas as disposições tomadas pelas instituições que se destinem a produzir efeitos jurídicos, independentemente da respectiva natureza ou forma,⁴³³ sendo fundamental para efeitos de sindicabilidade judicial, nos termos do artigo 263º do TFUE, apurar apenas se a medida em causa constitui um acto destinado a produzir efeitos jurídicos (e não meramente fácticos).

Desta sorte, o Tribunal já considerou *instruções internas*, *Comunicações e Códigos de Conduta* da Comissão como actos susceptíveis de controlo judicial.⁴³⁴

⁴³² Neste sentido, com vários exemplos práticos, vide LINDA SENDEN, “Soft post-legislative rule-making: a time for more stringent control”, in *European Law Journal*, volume 19, nº 1, Janeiro 2013, págs. 65-66. Naturalmente, como adverte a autora, se a imposição pela Comissão de obrigações não contidas em direito comunitário primário ou derivado sobre os Estados membros ou particulares implica a anulação destas pelo Tribunal, “enquanto a anulação não tiver lugar, o acto tem de ser considerado lícito e, por isso, capaz de gerar efeitos legais indirectos”, para além “do alto grau de persuasão e influência de facto” da *soft law* na prática legal dos Estados membros. (pág. 66)

⁴³³ Cfr. acórdãos do Tribunal de 31 de Março de 1971, Comissão/Conselho, processo C-22/70, nº 42, de 16 de Junho de 1993, França/Comissão, processo C-325/91, nº 9, e de 20 de Março de 1997, França/Comissão, processo C-57/95, nº 7.

⁴³⁴ Cfr., respectivamente, acórdãos do Tribunal França/Comissão, de 9 de Outubro de 1990, nº 23, processo C-366/88, França/Comissão, de 16 de Junho de 1993, processo C-325/91, nº 14, e França/Comissão, de 13 de Novembro de 1991, processo C-303/90, nºs 24 e 25.

Mais recentemente, também o (antigo) TPI, relativamente a *orientações* da Comissão, pronunciou-se no mesmo sentido, afirmando: “embora as orientações não constituam o fundamento jurídico da decisão impugnada, (...) determinam, de modo geral e abstracto, a metodologia que a Comissão impôs a si própria para efeitos da determinação das coimas aplicadas pela decisão e asseguram, por conseguinte, a segurança jurídica das empresas. (...)”

Existe, no caso em apreço, um vínculo jurídico directo entre a decisão individual impugnada e o acto genérico constituído pelas orientações. Dado que a recorrente não estava em situação de pedir a anulação das *orientações*, enquanto acto genérico, *estas podem ser objecto de uma excepção de ilegalidade.*”⁴³⁵ (itálico nosso)

No entanto, a complexidade do *status* jurídico da *soft law* no direito comunitário reflecte-se na existência de arestos que dispõem em sentido diverso dos acórdãos acabados de mencionar. Exemplificativamente, o Tribunal já considerou que *orientações internas* produzem efeitos unicamente na esfera interna da administração e não criam direitos ou obrigações na esfera jurídica de terceiros, não sendo, portanto, decisões causadoras de prejuízo, susceptíveis, como tal, de recurso de anulação nos termos do (actual) artigo 263º do TFUE.⁴³⁶

À luz da jurisprudência comunitária, fundamental para a admissibilidade de recurso jurisdicional parece ser o instrumento de *soft law não se limitar a clarificar ou explicitar as obrigações estipuladas na hard law, antes acrescentando, ultrapassando o prescrito nos preceitos dos Tratados ou dos textos legislativos em causa* e, neste sentido, destinando-se a produzir *efeitos jurídicos próprios*, razão pela qual pode haver violação, por exemplo, de um Código de Conduta sem infracção ao Regulamento que aquele Código visava explicar.⁴³⁷

⁴³⁵ Cfr. acórdão do TPI LR AF 1998 contra Comissão, de 20 de Março de 2002, processo T-23/99, nºs 274 e 276.

⁴³⁶ Cfr. acórdão do Tribunal Espanha/Comissão, de 6 de Abril de 2000, processo C-443/97, nº 28.

⁴³⁷ Cfr. acórdão do Tribunal França/Comissão, de 13 de Novembro de 1991, processo C-303/90, nºs 23-26.

Numa palavra: os tribunais comunitários, ao procederem ao controlo judicial de actos vários de *soft law*, visam, essencialmente, garantir que não haja criação de obrigações novas no direito da União pela Comissão (ou mesmo por organismos como agências europeias) sob a capa de fórmulas aparentemente não vinculativas.⁴³⁸

Não obstante alguma doutrina propugnar um mais amplo controlo judicial pelos tribunais comunitários do que denomina por “post-legislative guidance” como forma de incremento da legitimidade desta soft law no direito da União,⁴³⁹ pela nossa parte, ao invés de procurar a legitimação (judicial) e, assim, o reforço de vias informais, da complexa normatividade resultante de situações fronteira entre a soft law e a hard law, julgamos preferível, nomeadamente de um ponto de vista democrático, de transparência e de certeza jurídica, optar por processos decisórios formalizados (v.g. actos delegados e actos de execução) como forma de melhor concretizar/interpretar quadros normativos definidos (mais) vagamente...

23. A inovadora hierarquização formal dos actos jurídicos

Aparentemente relevante para a consolidação da União (Europeia) de Direito é a inédita hierarquização formal dos actos de direito derivado, com a primazia clara dos actos legislativos sobre os actos não legislativos (*maxime* actos delegados e actos de execução).

⁴³⁸ Joanne Scott refere ainda o perigo de estes instrumentos de *post-legislative guidance* estreitarem ou mesmo afastarem as obrigações prescritas na *hard law*. Não obstante a *hard law* prevalecer sobre qualquer instrumento de *soft law*, a exclusão do controlo judicial nestas circunstâncias pode ser preocupante atendendo, designadamente, ao cariz “autoritativo” dessa *guidance* e ao modo como, na prática, acaba por condicionar (eventual) proposição da acção por incumprimento, tanto pela Comissão como pelos Estados membros. Vide JOANNE SCOTT, “In legal limbo: post-legislative guidance as a challenge for european administrative law”, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, págs. 344-348.

⁴³⁹ *Idem*, págs. 349-355.

No silêncio dos Tratados,⁴⁴⁰ era consensual a necessidade de “rever a classificação dos actos comunitários de modo a estabelecer uma hierarquia adequada das diferentes categorias de normas” desde a conclusão do Tratado da União Europeia.⁴⁴¹ De entre as diversas tentativas de hierarquização das fontes de direito comunitário (v.g. primazia do direito-quadro sobre o direito de execução, primazia do direito especial sobre o direito geral)⁴⁴², destacavam-se as diferenciações, operadas pelo Tribunal, entre os Tratados e os actos de direito derivado, afirmada como princípio de direito comunitário,⁴⁴³ e, no seio destes, entre actos de base e actos de execução.⁴⁴⁴

Reflexo da subordinação dos actos de execução aos actos de base eram a necessidade de a elaboração daqueles respeitar os procedimentos previstos nestes (problema das bases jurídicas derivadas),⁴⁴⁵ a obrigatoriedade de os preceitos do acto de execução não contrariarem o conteúdo do acto de base⁴⁴⁶ e as exigências atenuadas em termos de motivação dos actos de execução⁴⁴⁷.

No entanto, a possibilidade, reconhecida jurisprudencialmente, de o acto de execução poder *completar*⁴⁴⁸ ou mesmo *modificar* (derrogar)⁴⁴⁹ os *elementos*

⁴⁴⁰ Cfr. artigos 249º e 110º do TCE.

⁴⁴¹ Cfr. Declaração nº 16 anexa ao Tratado de Maastricht.

⁴⁴² Sobre algumas regras de ordenação hierárquica do sistema jurídico europeu avançadas pela doutrina e pela jurisprudência, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, págs. 225-226.

⁴⁴³ Cfr. acórdão do TPI de 10 de Abril de 2003, Jean Marie Le Pen contra Parlamento, processo T-353/00, nº 93.

⁴⁴⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de 17 de Dezembro de 1970, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contra Köster, Berodt & Co, processo C-25-70, nº 6.

⁴⁴⁵ Cfr. *infra* nº 33.

⁴⁴⁶ V.g. acórdão do Tribunal Acórdão do Tribunal de 10 de Março de 1971, Deutsche Tradax GmbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, processo C-38-70, nº 10.

⁴⁴⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de 13 de Outubro de 1992, República Portuguesa e Reino de Espanha contra Conselho das Comunidades Europeias, processos apensos C-63/90 e C-67/90, nº 16.

⁴⁴⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de 17 de Outubro de 1995, Reino dos Países Baixos contra Comissão das Comunidades Europeias, processo C-478/93, nº 32.

não essenciais do acto de base⁴⁵⁰, no contexto de uma interpretação ampla de execução, revelava a fragilidade deste processo de hierarquização, em função da ausência da delimitação clara entre as funções executiva e legislativa, entre execução e delegação de poder legislativo.⁴⁵¹

Destarte, na esteira da jurisprudência comunitária⁴⁵², parecer-nos-ia relevante a cisão da noção lata de execução em poderes de regulamentação, de natureza legislativa ou quase-legislativa, isto é, poderes de adopção de normas gerais de execução de actos legislativos (*actos delegados*), e poderes de tipo meramente executivo, de execução mediante actos individuais, ou seja, através de actos de execução por via administrativa (*actos de execução*).⁴⁵³

Mas, o facto de os actos de execução serem também, muitas vezes, de aplicação geral (cfr. *infra*, **Parte I, 3.1.2.**) torna a distinção feita pelo Tratado de Lisboa entre actos delegados e actos de execução pouco conseguida e causa futura de controvérsias jurídicas e institucionais no ordenamento comunitário, permanecendo as dificuldades em distinguir entre funções executivas e funções legislativas no direito da União.

.../..._____

⁴⁴⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Setembro de 1979, SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contra Ministro da Agricultura e das Florestas, Ministro da Indústria, do Comércio e do Artesanato e SpA Zuccherifici meridional, processo C-230/78, nº 8.

⁴⁵⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de 17 de Dezembro de 1970, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contra Köster, Berodt & Co, processo C-25-70, nº 6.

⁴⁵¹ Cfr. *infra* nº 34.

⁴⁵² Cfr. acórdão *Chemiefarma vs Comissão*, de 15 de Julho de 1970, processo C-41/69.

⁴⁵³ *Vide* SAVERIO STICCHI DAMIANI, “Riflessioni sulla nozione di atto amministrativo comunitario dopo la tipizzazione degli ‘atti di esecuzione’”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2007, págs. 1199-2000.

Capítulo II

Dos actos legislativos

24. Definição formal ou orgânica

Dispõe o artigo 289º do TFUE:

“1. O processo legislativo ordinário consiste na adopção de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, sob proposta da Comissão. Este processo é definido no artigo 294º.

2. Nos casos específicos previstos pelos Tratados, a adopção de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão pelo Parlamento Europeu, com a participação do Conselho, ou por este, com a participação do Parlamento Europeu, constitui um processo legislativo especial.

3. Os actos jurídicos adoptados por processo legislativo constituem actos legislativos.

4. Nos casos específicos previstos pelos Tratados, os actos legislativos podem ser adoptados por iniciativa de um grupo de Estados-Membros ou do Parlamento Europeu, por recomendação do Banco Central Europeu ou a pedido do Tribunal de Justiça ou do Banco Europeu de Investimento.”

Desta forma, o Tratado de Lisboa procede a uma *definição formal/orgânica de acto legislativo*, o qual pode ser emanado conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho (*processo legislativo ordinário*⁴⁵⁴), pelo Parlamento Europeu com a participação do Conselho ou por este com a participa-

⁴⁵⁴ Cfr. artigos 289º, nº 1, e 294º do TFUE.

ção do Parlamento Europeu (*processo legislativo especial*⁴⁵⁵).⁴⁵⁶

Dito de outro modo: a revisão dos Tratados operada por Lisboa consagrou a co-decisão de Conselho e Parlamento Europeu como mecanismo decisório normal da União, em que a generalidade dos actos legislativos assenta no consenso, na vontade (“*volonté générale*”) conjunta das Câmaras representativas dos Estados e dos cidadãos, em pé de igualdade.

Excepcionalmente, o acto legislativo pode ser emanado por apenas uma das instituições co-legisladoras, maioritariamente o Conselho, cingindo-se a colaboração da outra Câmara legislativa, normalmente o Parlamento Europeu, à mera aprovação (anteriormente designada por parecer conforme) ou mesmo a um simples parecer não vinculante.

Em determinadas circunstâncias, quando o TFUE prevê a adopção pelo Conselho de actos legislativos de acordo com um processo legislativo especial, o Conselho Europeu, deliberando por unanimidade e após aprovação do Parlamento Europeu por maioria dos membros que o compõem, pode adoptar uma decisão a autorizar a emissão dos referidos actos de acordo com o processo legislativo ordinário.⁴⁵⁷

Para além deste processo de revisão simplificado dos Tratados, existem várias cláusulas passarelas específicas, mediante as quais se prevê a possibilidade de procedimentos legislativos especiais serem substituídos pelo processo co-decisório, *rectius*, pelo actual processo legislativo ordinário.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Cfr. artigo 289º, nº 2, do TFUE.

⁴⁵⁶ Para uma descrição dos procedimentos legislativos previstos no TFUE, *vide* JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, págs. 188-195.

⁴⁵⁷ Cabe ao Conselho Europeu comunicar aos Parlamentos nacionais a intenção descrita em texto. Havendo oposição de um Parlamento nacional, notificada no prazo de seis meses após essa comunicação, fica impedida a adopção de actos de acordo com o processo legislativo ordinário. Cfr. artigo 48º, nº 7, do TUE.

Para as situações em que este processo de revisão simplificado dos Tratados é inaplicável, cfr. artigo 353º do TFUE:

⁴⁵⁸ *V.g.* artigos 82º, nº 2, alínea d), 83º, nº 1, § 3, 153º, nº 2, § 4, 192º, nº 2, § 2, do TFUE.

Não são considerados actos legislativos, actos de âmbito geral adoptados apenas pelo Conselho ou pelo Conselho Europeu com fundamento directo no Tratado, como no caso da PESC.⁴⁵⁹

24.1. Processo legislativo ordinário

Consagrar a co-decisão como processo legislativo ordinário reflecte um longo processo evolutivo na União caracterizado, fundamentalmente, pelo incremento constante dos poderes do hemisfério europeu e, nessa medida, de reforço da componente democrática dos poderes decisórios europeus.⁴⁶⁰

Assim, com o intuito de reforçar os poderes do Parlamento Europeu nos actos legislativos com incidência orçamental, instaurou-se em 1975, através de um acordo interinstitucional, o *procedimento de concertação*, o qual, não pondo em causa a colaboração entre o Conselho e a Comissão como eixo fulcral do processo decisório comunitário, permitia um inédito contacto directo entre o PE e o Conselho.⁴⁶¹

Posteriormente, no seguimento do reforço da legitimidade democrática do PE com a sua primeira eleição directa (1976), o Acto Único Europeu (1986) introduziu o *procedimento de cooperação*, mecanismo decisório de dupla leitura que visava, primordialmente, garantir ao PE poderes de emenda sobre o texto adoptado pelo Conselho.

Com o Tratado de Maastricht (1993), aprofundou-se a cooperação e a participação parlamentar na adopção de actos jurídicos da União, estabelecendo-se a

⁴⁵⁹ Neste sentido, dispõe explicitamente o artigo 24º do TUE:

“A política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos. É definida e executada pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, que deliberam por unanimidade, salvo disposição em contrário dos Tratados. Fica excluída a adopção de actos legislativos.”

⁴⁶⁰ Vide ENRIQUE BARÓN CRESPO, “El desarrollo de la codecisión como procedimiento legislativo de la UE”, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 46, Bilbao, 2012, págs. 19-30.

⁴⁶¹ Vide NICOLÁS NAVARRO BATISTA, *Parlamento Europeo y poder normativo en la Unión Europea*, 2ª edição, Ediciones de la Universidad, Salamanca, 1997, págs. 87-123.

denominada *co-decisão*, procedimento que procurava igualar as posições do Parlamento Europeu e do Conselho na adopção da legislação europeia.

Inicialmente aplicada em cerca de 15 matérias (v.g. maioria das questões relativas ao mercado interior, à protecção da saúde e dos consumidores, a medidas culturais e educativas, ao reconhecimento de diplomas e qualificações), a co-decisão foi sendo alargada pelas sucessivas revisões dos Tratados (Amesterdão e Nice) a vários outros campos,⁴⁶² num sinal inequívoco da preferência europeia pela adopção de decisões através de mecanismo onde Conselho e Parlamento Europeu actuem num plano (progressivamente mais) paritário.

Simbolicamente redenominada de processo legislativo ordinário, a co-decisão tornou-se, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o mecanismo decisório normal da União, tendo sido alargado o seu âmbito de aplicação a cerca de 85 matérias (v.g. a política agrícola comum, a política comercial comum e, ainda que condicionadamente, a cooperação judicial civil, penal e processual)⁴⁶³ e aprofundada a igualização de posições entre Parlamento Europeu e Conselho.

Na verdade, no âmbito do processo previsto no artigo 294º do TFUE, enquanto nas *duas primeiras leituras* perdura o papel central e mediador da Comissão, não havendo, formalmente, um contacto directo entre Conselho e Parlamento Europeu, a *fase de conciliação*, a ter lugar apenas na ausência de acordo naquelas leituras e, no caso de êxito, antecedendo uma *terceira leitura* destinada a ratificar o texto conjunto aprovado pelos representantes das instituições legisladoras,⁴⁶⁴

⁴⁶² Vide ENRIQUE BARÓN CRESPO, “El desarrollo de la codecisión...”, *cit.*, págs. 30 e 31.

⁴⁶³ Cfr. lista de bases jurídicas que preveem a aplicação do processo legislativo ordinário previsto no Tratado de Lisboa, anexo E do Guia sobre o Parlamento enquanto co-legislador nos termos do Tratado de Lisboa, “Codecisão e Conciliação”, elaborado pela Direção-Geral das Políticas Internas da União, pela Direção da Coordenação Legislativa e da Conciliação e pela Unidade das Conciliações e da Codecisão, Janeiro de 2012.

⁴⁶⁴ Para uma visão prática das etapas do processo legislativo ordinário, vide ALAN HARDACRE, “Practical guide to working with EU decision –making”, in *How the EU institutions work and...how to work with the EU institutions*, coordenado por Alan Hardacre, John Harper publishing, 2011, págs. 301-311.

supõe a mudança do centro de gravidade do procedimento decisório europeu clássico em benefício do PE e em detrimento da Comissão.

Na formulação de Navarro Batista, “as duas primeiras leituras não alteram o binómio tradicional Conselho-Comissão, mas se a Comissão não é capaz de propiciar um acordo entre ambas as instituições, o PE e o Conselho ficam libertos dos condicionamentos até aqui vigentes, emancipando-se da tutela exercida pela Comissão. (...) É portanto aqui que se encontra a expressão mais depurada da dupla legitimidade democrática aludida no artigo 10º do TUE e onde assume pleno sentido a afirmação sobre o exercício conjunto por ambas as instituições da função legislativa (artigos 14º e 16º do TUE).”⁴⁶⁵

Na prática, porém, os contactos directos entre o Conselho e o Parlamento Europeu não têm apenas ocorrido, conforme deriva do artigo 294º do TFUE, ao nível dos comités de conciliação: verifica-se um constante diálogo (*trílogo*) informal entre os co-legisladores e a Comissão destinado a acelerar o processo decisório e evitar assim chegar à fase de conciliação.⁴⁶⁶ Trata-se dos denominados *fast track procedures*, os quais, conquanto potenciem inequivocamente a discricção negocial e a eficiência na adopção de decisões na União, são criticáveis em termos de legitimidade democrática, atendendo designadamente à despolitização do debate e a certa falta de transparência, razão pela qual devem limitar-se a matérias de natureza incontroversa ou meramente técnica ou a situações de emergência.⁴⁶⁷

Para além de ser notória a crescente importância qualitativa e quantitativa de *first reading agreements* ou de *early second reading agreements* desde a criação da co-decisão com o Tratado de Maastricht, parece adivinhar-se um reforço da

⁴⁶⁵ Vide NICOLÁS NAVARRO BATISTA, “Los procedimientos decisórios”, in *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Tomo III, coordenado por José M^a Beneyto Pérez e Jerónimo Maillo González-Orús Belén Becerril Atienza, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 403.

⁴⁶⁶ Mais desenvolvidamente, vide ALAN HARDACRE & NADIA ANDRIEN, “The ordinary legislative procedure: new codecision”, in *How the EU institutions work and...how to work with the EU institutions*, coordenado por Alan Hardacre, John Harper publishing, 2011, págs. 155-177.

⁴⁶⁷ Cfr. Código de conduta para a negociação dos dossiês de co-decisão, aprovado pela Conferência dos Presidentes em 18 de Setembro de 2008, anexo XXI do Regimento do PE, ponto 2.

tendência de *informalização procedimental* após a revisão de Lisboa.

Com efeito, tendo em conta, por exemplo, o crescente número de áreas de intervenção do PE com a extensão do processo legislativo ordinário a diversas áreas e a existência de diversos novos factores susceptíveis de tornar mais morosa a adopção de decisões (v.g. a intervenção dos Parlamentos nacionais), é plausível o recurso a estes meios de aceleração informal da co-decisão tal como prevista no Tratado.⁴⁶⁸ Desta maneira, pensamos, o predomínio dos textos legislativos adoptados em primeira e segunda leituras beneficia de algum modo a Comissão, porquanto esta instituição, na prática, acaba por manter nessas fases papel (mais) activo de intermediação entre o Conselho e o Parlamento Europeu, evitando a (maior) preponderância da relação directa entre os representantes destas instituições nos comités de conciliação.

Não podemos, todavia, deixar de reconhecer as limitações fácticas ao exercício dos poderes conferidos pelo Tratado à Comissão em função de um acordo alcançado entre PE e Conselho, designadamente, em relação à maior dificuldade em alterar a proposta ou em dar parecer negativo, assim exigindo a deliberação unânime do Conselho quanto às emendas sugeridas.⁴⁶⁹

Nos casos específicos previstos nos artigos 48º, 82º e 83º do TFUE, um membro do Conselho pode fazer uso do *mecanismo de travão de emergência*: solicita a submissão da questão ao Conselho Europeu, com suspensão do processo legislativo ordinário por um período máximo de quatro meses, prazo durante o qual o Conselho Europeu pode decidir reenviar o projecto ao Conselho, não tomar qualquer medida ou solicitar à Comissão que apresente nova proposta.

⁴⁶⁸ Vide RIK DE RUITER e CHRISTINE NEUHOLD, “The winner takes it all? The implications of the Lisbon Treaty for the EPs legislative role in co-decision”, in *The EU’s Lisbon Treaty – Institutional choices and implementation*, coordenado por Finn Laursen, Ashgate, 2012, págs. 103-116.

⁴⁶⁹ Vide JEAN –PAUL JACQUÉ, “Chroniques - Institutions de l’Union”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 1, Janeiro/Março 2012, pág. 161.

24.2. Processo legislativo especial

Em diversas matérias, o acto legislativo não é adoptado conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, mas sim por uma destas instituições com a participação da outra (processo legislativo especial), traduzindo-se a *participação, grosso modo*, numa aprovação ou na emissão de um parecer não vinculativo.

Em regra, o acto é adoptado pelo Conselho com a *aprovação* do PE; excepcionalmente, porém, há casos de actos cuja iniciativa e adopção cabe ao PE, limitando-se o Conselho, por se tratar de matérias com específica relevância para a vida parlamentar, a emitir o anteriormente denominado parecer conforme⁴⁷⁰.

Condição indispensável para a adopção do acto legislativo, a aprovação não consubstancia, todavia, qualquer contribuição activa para a modelação do conteúdo da medida em causa, razão pela qual os actos legislativos adoptados de acordo com um processo legislativo especial são assinados apenas pelo Presidente da instituição que os adoptou e não conjuntamente pelo Presidente do Parlamento Europeu e pelo Presidente do Conselho⁴⁷¹.

Noutros processos legislativos especiais, cabe ao Conselho a adopção do acto após *consulta*, obrigatória mas não vinculativa, do Parlamento Europeu,⁴⁷² inexistindo casos de adopção do acto por via parlamentar com consulta prévia simples ao Conselho.

Por último, de acordo com o artigo 289º, nº 2, do TFUE, cumpre referir só disporem de valor legislativo os instrumentos jurídicos adoptados pelo Parlamento Europeu com a participação do Conselho ou por este com a participação daquele “nos casos específicos previstos pelos Tratados”, quando haja menção expressa na base jurídica.⁴⁷³

Vale isto por dizer: há casos de idêntico *iter* procedimental – *maxime* adopção pelo Conselho com consulta/aprovação pelo PE – a conduzir à prática de

⁴⁷⁰ Cfr. artigos 223º, 226º e 228º, do TFUE.

⁴⁷¹ Cfr. artigo 297º do TFUE.

⁴⁷² V.g. artigos 21º, nº 3, 22º, 23º e 77º, nº3, 113º e 311º, § 3, do TFUE.

⁴⁷³ Cfr., por exemplo, artigos 19º, nº 1, 81º, nº 3, 223º, nº 2, do TFUE.

actos legislativos e de actos não legislativos, consoante o Tratado tenha (ou não) conferido a denominação particular de processo legislativo especial ao conjunto das (mesmas) etapas a observar na elaboração do acto em causa. Trata-se de situação pouco lógica, a afectar a coerência e a legibilidade do sistema procedimental da União pós Lisboa...⁴⁷⁴

24.3. Da iniciativa legislativa

Diferentemente da generalidade dos regimes constitucionais dos Estados membros, desde a fundação das Comunidades, a iniciativa legislativa na União não cabe, em regra, a Câmaras legislativas (PE/Conselho), mas à Comissão, instituição representante do interesse supranacional europeu e dotada de serviços administrativos de competência técnica apreciável.

Para além de guardião dos Tratados, de poderes normativos, de execução (*v.g.* do orçamento), de coordenação, de gestão e de representação externa da União, de iniciativa da programação anual e plurianual da União,⁴⁷⁵ uma das principais missões da Comissão é o da apresentação de propostas de actos para adopção de legislação pelo Conselho e/ou PE.⁴⁷⁶

Trata-se de poder relevante em termos de equilíbrio institucional, reforçado, designadamente, pelas exigências de votação unânime do Conselho para aprovação de alterações à proposta legislativa, quando não haja concordância da Comissão,⁴⁷⁷ e pelo direito de a Comissão modificar a proposta antes da adopção final no Conselho⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Vide CHRISTINE DELCOURT, “Les procédures de décision prévues par les Traités après Lisbonne: quelle lisibilité?”, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 549, Junho 2011, págs. 398-399.

⁴⁷⁵ Cfr. artigo 17º, nº 1, do TUE.

⁴⁷⁶ Mais desenvolvidamente sobre as missões da Comissão, vide PAOLO STANCANELLI, “La Commission et le traité de Lisbonne”, in *Revue des affaires européennes/ Law & European affairs*, Bruylant, Bruxelas, 2009-2010/1, págs. 13-18.

⁴⁷⁷ Cfr. artigo 293º, nº 1, do TFUE. Trata-se de prerrogativa evidenciadora da prevalência do interesse geral da União sobre os interesses governamentais, em especial atendendo ao aumento do

Com o Tratado de Maastricht, a Comissão perde o monopólio da iniciativa legislativa, em particular para o BCE e para o Conselho, *maxime* com a inclusão no TUE de pilares intergovernamentais como a PESC, aprofundando-se, com o Tratado de Lisboa, o *fim da posição praticamente monopolista* da Comissão em matéria de impulso do processo legislativo.

Na verdade, em domínios específicos vários, os actos legislativos podem ser adoptados por iniciativa de um grupo de Estados-Membros ou do Parlamento Europeu, por recomendação do Banco Central Europeu ou a pedido do Tribunal de Justiça ou do Banco Europeu de Investimento.⁴⁷⁹

Exemplificativamente, várias matérias constantes dos Estatutos do SEBC e do BCE podem ser alterados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, não somente sob proposta da Comissão e após consulta ao *Banco Central Europeu*, mas também sob recomendação deste e após consulta àquela.⁴⁸⁰

Similarmente, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem alterar as disposições do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, quer sob proposta da Comissão e após consulta ao Tribunal de Justiça, quer a pedido do *Tribunal de Justiça* e após consulta à Comissão.⁴⁸¹

Em diversos aspectos da cooperação policial e judiciária em matéria penal, também se prevê a possibilidade de adopção de actos sob proposta da Comissão,

.../..._____

número de Estados membros e do número de bases jurídicas que prevêm a votação por maioria qualificada no Conselho.

⁴⁷⁸ Cfr. artigo 293º, n.º 2, do TFUE. Na prática, a Comissão tem não apenas alterado mas também retirado várias das suas propostas.

⁴⁷⁹ Cfr. artigo 289º, n.º 4, do TFUE. Nestes casos, determinadas disposições relativas ao papel e às prerrogativas da Comissão não são, naturalmente, aplicáveis (cfr. n.º 15 do artigo 294º do TFUE).

⁴⁸⁰ Cfr. artigo 129º, n.º 3, do TFUE. Quanto ao BEI e à possibilidade de alteração dos seus Estatutos, cfr., em sentido idêntico, artigo 308º, § 3, do TFUE.

⁴⁸¹ Cfr. artigo 281º, n.º 2, do TFUE.

ou, em alternativa, por iniciativa de um quarto dos *Estados-Membros*,⁴⁸² assim como qualquer *Estado-Membro* ou o *Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança* – eventualmente com o apoio da Comissão - podem submeter ao Conselho todas as questões do âmbito da política externa e de segurança comum (PESC) e apresentar-lhe, respectivamente, iniciativas ou propostas⁴⁸³.

Para além destes casos em que a iniciativa da Comissão é (ou pode ser) partilhada com outras entidades, há outras situações cuja iniciativa não pertence à Comissão, mas ao *Parlamento Europeu*⁴⁸⁴ ou ao *Estado(s) membro(s) interessado(s)*⁴⁸⁵.

Distinta é a *proposta de iniciativa titulada por, pelo menos, um milhão de cidadãos da União*, nacionais de um número significativo de Estados membros, dirigida à Comissão⁴⁸⁶, a qual permanece, pois, como titular do direito de iniciar o procedimento normativo, encontrando-se vinculada apenas a apresentar no prazo de três meses, por meio de uma comunicação, as suas conclusões jurídicas e políticas sobre a iniciativa de cidadania, as medidas que tenciona tomar, se for caso disso, e os motivos que a levam a tomar ou não tomar essas medidas.⁴⁸⁷

Numa palavra: com o Tratado de Lisboa consagrou-se formalmente, pela primeira vez, o princípio da iniciativa legislativa da Comissão nos actos legislativos da União⁴⁸⁸; assistimos, porém, simultaneamente, a uma proliferação de ou-

⁴⁸² Cfr. artigo 76º do TFUE.

⁴⁸³ Cfr. artigo 30º do TUE.

⁴⁸⁴ Cfr. artigos 14º, nº 2, do TUE e 223º, nº 2, do TFUE.

⁴⁸⁵ Cfr. artigo 335º, nº 6, do TFUE.

⁴⁸⁶ Cfr. artigo 11º, nº 4, do TUE.

⁴⁸⁷ Cfr. artigo 10º, nº 1, alínea c), do Regulamento (UE) nº 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 2011, sobre a iniciativa de cidadania. Sobre os contornos desta iniciativa, mais desenvolvidamente, *vide* NICOLAS LEVRAT, “L’initiative citoyenne européenne: une réponse au déficit démocratique?”, *in Cahiers de Droit Européen*, nº 1, 2011, págs. 53-103.

⁴⁸⁸ Cfr. artigo 17º, nº 2, 1ª parte, do TUE. Contudo, o Parlamento e o Conselho, ao abrigo, respetivamente, do artigo 225º e do artigo 241º do TFUE, podem solicitar à Comissão que apresente propostas adequadas para realizar os objetivos do Tratado.

tras entidades com poderes de apresentação de propostas legislativas, a impor especiais preocupações em termos de coordenação entre titulares da iniciativa legislativa na União.⁴⁸⁹

25. Definição material

Ao delimitar os actos delegados, o Tratado de Lisboa adiantou alguns *traços substantivos* caracterizadores da legislação europeia. Estabelece o artigo 290º, nº 1, do TFUE:

“Um acto legislativo pode delegar na Comissão o poder de adoptar actos não legislativos de alcance geral que completem ou alterem certos elementos não essenciais do acto legislativo.

Os actos legislativos delimitam explicitamente os objectivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação de poderes. Os elementos essenciais de cada domínio são reservados ao acto legislativo e não podem, portanto, ser objecto de delegação de poderes.”

Deste modo, estipula-se um conjunto de matérias exclusivamente sujeito à regulação por acto legislativo, não podendo ser objecto de delegação de poderes os “elementos essenciais de cada domínio” (*doutrina da não delegação de poderes*), isto é, pelo menos “os objectivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação de poderes” encontram-se reservados à forma legislativa (princípio da *reserva absoluta de lei*).

Por outras palavras, na esteira da jurisprudência comunitária⁴⁹⁰, o artigo 290º do TFUE impõe um *conteúdo mínimo* aos actos legislativos, os quais apenas

.../..._____

Quanto aos actos não legislativos, estes são adoptados sob proposta da Comissão apenas quando os Tratados o determinem (cfr. artigo 17º, nº 2, 2ª parte, do TUE).

⁴⁸⁹ Vide ENRIQUE LINDE PANIAGUA, “Algunas observaciones sobre el sistema normativo de la Unión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 18, 1º semestre de 2010, pág.262.

podem delegar na Comissão (e só eles podem delegar nesta! – princípio da *precedência da lei*) o poder de adoptar actos não legislativos de alcance geral que completem ou alterem *certos elementos não essenciais do acto legislativo* (princípio da *reserva relativa de lei*).

Com a expressão *certos* (elementos não essenciais), o Tratado não traduz a existência de elementos não essenciais imodificáveis ou susceptíveis de modificação apenas através de outro(s) procedimento(s), antes confina a delegação na Comissão, ao abrigo do artigo 290º do TFUE, à *possibilidade de alteração ou de completamento de elementos não essenciais previstos pelo acto de base*.⁴⁹¹

Não tendo de o ser,⁴⁹² os actos legislativos poderão, porém, ser exaustivos, porquanto *inexiste uma reserva de execução*: o legislador é livre para regular todos os elementos da matéria em causa e não se limita a disciplinar os elementos essenciais.⁴⁹³

.../..._____

⁴⁹⁰ Na linha da jurisprudência comunitária, têm natureza legislativa as medidas que fixam os “elementos essenciais da matéria a regular”. Cfr. acórdãos Köster, de 17 de Dezembro de 1970, processo 25/70, nº 6, e Alemanha/Comissão, de 27 de Outubro de 1992, processo C-240/90, nºs 36 e 37.

Como refere Antoine Masson, na jurisprudência comunitária “o critério de distinção entre acto normativo e acto administrativo é surpreendente, na medida em que recorta o *distinguo* entre medidas de cariz legislativo e medidas de execução.” Vide ANTOINE MASSON, “La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité modificatif: vers la fin de la confusion?”, in *Europe*, volume 18, nº 1, Janeiro 2008, pág. 6.

⁴⁹¹ Vide DANIELE BIANCHI, “La comitologie est morte! Vive la comitologie!”, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 1, Janeiro/Março de 2011, pág. 88.

⁴⁹² Nas palavras de Afonso Patrão, “a criação de um regime de delegações legislativas comporta, desde logo, uma consequência: os actos legislativos concluídos sob o Tratado de Lisboa (inclusive os Regulamentos) não serão necessariamente exaustivos, regradando com todo o detalhe as matérias que vêm disciplinar. Isto é, deixa de poder ser apontada como característica dos regulamentos ‘legislativos’ a sua *auto-suficiência*, enquanto norma total e completa de todo o domínio.” Vide AFONSO PATRÃO, “O direito derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa”, in *Temas de Integração*, nº 26, 2º semestre de 2008, págs. 154-155.

⁴⁹³ Neste sentido, o Tribunal considerou possível que o acto de base contivesse não apenas os elementos essenciais de um determinado domínio, mas também previsões, por natureza, de execução.

.../...

Resumindo: a *teoria da essencialidade (Wesentlichkeitstheorie)* apenas limita a possibilidade de delegar poderes decisórios fundamentais, não impondo qualquer obrigação para o legislador europeu de adoptar somente os elementos essenciais nem sequer a concorrência de competências entre legislador comunitário e Comissão relativamente a matérias não essenciais.

Em concreto, a definição, no quadro dos elementos necessariamente constantes do acto legislativo, do que é *essencial* depende da discricionariedade legislativa, porquanto tal tarefa implica uma avaliação política, que o Tribunal apenas desempenha limitadamente e com relutância.

Na verdade, o controlo judicial da determinação do que é essencial encontra-se circunscrito, nos termos gerais, a examinar se não há “um erro manifesto ou um desvio de poder ou se a instituição em causa [Parlamento Europeu e/ou Conselho] não ultrapassou manifestamente os limites do seu poder de apreciação”⁴⁹⁴ (parêntesis nosso).

Destarte, sendo difícil delimitar a fronteira entre *elementos essenciais e aspectos (mais) técnicos*, isto é, concretizar com precisão os *limites materiais das delegações legislativas*⁴⁹⁵, os actos delegados podem, em teoria, acabar por en-

.../...

Cfr. acórdão Parlamento Europeu contra Conselho, de 10 de Maio de 1995, processo C-417/93, n.ºs 30-33.

⁴⁹⁴Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1996, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia, processo C-84/94, § 58. Cfr. n.º 91.1.2.

⁴⁹⁵ Sobre as dificuldades de identificação dos elementos essenciais de uma matéria, cfr. conclusões do Advogado-Geral Póiares Maduro, apresentadas a 27 de Setembro de 2007, relativas ao acórdão Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, processo C-133/06. Cfr. ainda, a título meramente exemplificativo, os acórdãos Alemanha contra Comissão, processo C-240/90, n.º 37, ACF Chemiefarma, processo 41/69, n.ºs 59 a 65, Reino Unido contra Parlamento Europeu e Conselho, processo C-66/04, n.ºs 48 e 52-58, Atlanta e outros contra Conselho e Comissão, processo C-104/97, n.ºs 70-76, Afrikanische Frucht-Compagnie GmbH e outra contra Conselho e Comissão, processos apensos T-64/01 e T-65/01, n.ºs 119-120.

Na doutrina, Luc Verhey considera que os elementos essenciais “em relação aos quais a delegação tem de ser excluída são, por exemplo, os direitos e obrigações dos indivíduos, especialmente reclamações financeiras, o âmbito dos poderes do executivo e as condições mais fundamentais sob

.../...

volver opções de natureza política, o que, na prática, arriscaria bulir com o princípio do equilíbrio institucional. Segundo Jean Paul Jacqué, “a obrigação de legislar sobre os elementos essenciais destina-se a preservar o equilíbrio institucional. Não cabe ao legislador renunciar, conferindo-o à Comissão, ao poder de legislar uma certa matéria.”⁴⁹⁶

No entanto, cabe ao legislador da União, com a legitimidade derivada dos Estados e/ou dos povos europeus, definir o que deve ser ou não essencial em cada área de acção e fazer *in casu* as escolhas políticas básicas a enformar o conteúdo de cada *acto legislativo*.

.../...

as quais estes poderes podem ser exercidos, regras disciplinadoras da responsabilidade e das sanções, supervisão do cumprimento das regras jurídicas, bem como controlos judiciais e regras sobre o procedimento judicial.” *Vide* LUC VERHEY, “Good governance: lessons from constitutional law”, *in Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005, pág. 58. O Tribunal, porém, já admitiu, por exemplo, a emissão de *sanções* pela Comissão mesmo quando o acto de base não previa tal modalidade de execução...Cfr. acórdão do Tribunal Alemanha/Comissão, de 27 de Outubro de 1992, processo C-240/90, n° 38.

⁴⁹⁶ *Vide* JEAN PAUL JACQUÉ, “Introduction: pouvoir législatif et exécutif dans l’ Union Européenne”, *in Droit Administratif Européen*, direcção de Jean-Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007, pág. 41.

Capítulo III

Dos actos não legislativos

26. Actos delegados e actos de execução

Actos não legislativos são todos os que resultam de procedimento decisório não legislativo, designadamente os actos adoptados por uma única instituição (v.g. Comissão⁴⁹⁷, BCE⁴⁹⁸), em geral de valor inferior relativamente aos actos com força legislativa. O que, de um ponto de vista democrático, se traduz numa opção feliz do Tratado de Lisboa, porquanto estes actos, de valor superior relativamente aos restantes actos de direito derivado, envolvem sempre a participação do Parlamento Europeu.⁴⁹⁹

No entanto, de várias opções dos Tratados parece resultar alguma arbitrariedade relativamente à classificação de um acto como legislativo ou não legislativo,⁵⁰⁰ a permitir mesmo aventar-se a possibilidade de tais opções serem fundamentalmente guiadas pelos motivos de isentar determinadas matérias do envolvi-

⁴⁹⁷ Cfr., por exemplo, artigos 96º, 105º, nº 3, e 106º, nº 3, do TFUE.

⁴⁹⁸ Cfr. artigo 128º, § 1, do TFUE.

⁴⁹⁹ Reportando-se ao projecto de Tratado Constitucional, mas em termos igualmente aplicáveis ao Tratado de Lisboa, Robert Schütze considera ter havido “falta de coragem em não ligar exclusivamente o conceito [de acto legislativo] ao procedimento de co-decisão”, isto é, contesta a inclusão dos actos adoptados de acordo com processos legislativos especiais na categoria de legislação, porquanto não gozam normalmente da mesma democraticidade, afastando-se da concepção parlamentar de poder legislativo vigente nos ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados membros. *Vide* ROBERT SCHÜTZE, “Sharpening the separation of powers through a hierarchy of norms? – Reflections on the Draft Constitutional Treaty’s regime for legislative and executive law-making”, in *Working Paper 2005/W/01*, Instituto Europeu de Administração Pública, 2005, pág. 10.

⁵⁰⁰ *Vide* MICHAEL DOUGAN, “The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts”, in *Common Market Law Review*, volume 45, 2008, pág. 647.

mento parlamentar e de exigências de transparência características do processo legislativo (v.g. obrigação de deliberação do Conselho em público⁵⁰¹, aplicabilidade do Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais quanto ao controlo do respeito dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade⁵⁰² e do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade⁵⁰³).

Em determinadas situações⁵⁰⁴, prevê-se mesmo a liberdade de o Conselho optar pela adopção de um acto legislativo ou não legislativo, isto é, admite-se a hipótese de esta instituição dispor da prerrogativa de em certas matérias não se sujeitar ao (mais) intenso escrutínio público do *iter* legislativo; trata-se de casos que evidenciam bem não ter de haver necessariamente diferenças procedimentais entre um acto legislativo e um acto não legislativo.

Como afirma Jürgen Bast, “a definição de ‘legislação’ do Tratado de Lisboa não se baseia consistentemente num conceito procedimental indicativo de co-decisão parlamentar. O Tratado antes emprega uma definição baseada nas competências: um acto legislativo é um acto jurídico obrigatório baseado numa previsão do Tratado que se encontra explicitamente catalogada como providenciando uma competência legislativa. Tal competência deve ser exercida de acordo com o processo ordinário definido no artigo 294º do TFUE ou segundo um processo especial fixado na base jurídica relevante, consoante o caso em questão.”⁵⁰⁵

Maioritariamente, os actos não legislativos concretizam-se em instrumentos necessários à implementação de actos legislativos, isto é, constituem *fontes de*

⁵⁰¹ Cfr. artigos 16º, nº 8, do TUE, e 15º, nº 2, do TFUE.

⁵⁰² Cfr. Protocolo nº 1 anexo ao Tratado de Lisboa.

⁵⁰³ Cfr. Protocolo nº 2 anexo ao Tratado de Lisboa.

⁵⁰⁴ Cfr. artigos 203º, 349º, nº 1, e 352º, nº 1 do TFUE.

⁵⁰⁵ Vide JÜRGEN BAST, “New categories of acts after the Lisbon reform: dynamics of parliamentarization in EU law”, in *Common Market Law Review*, volume 49, 2012, pág. 893.

terceiro grau,⁵⁰⁶ resultantes, em regra, da transferência de competências de execução (*lato sensu*) para a Comissão (actos delegados e actos de execução).

À semelhança dos ordenamentos jurídicos de muitos Estados membros, onde, para além de actos por excelência do legislador (entre nós, as “leis”), o Executivo age em domínio de competência própria (em Portugal, por via regulamentar) e em áreas de competência legislativa, assumindo ele próprio poderes legislativos (cfr. os Decretos-leis portugueses) ou por delegação de poderes (*v.g.* através dos nossos Decretos-leis autorizados), com o Tratado de Lisboa também a ordem jurídica europeia procedeu “a similar distinção entre actos adoptados pela Comissão no seu próprio campo de competência (‘actos de execução’) e actos adoptados pela Comissão na esfera de competência do Parlamento Europeu e/ou do Conselho (‘actos delegados’).”⁵⁰⁷

Forçoso é reconhecer a falta de clareza do Tratado de Lisboa no respeitante à cognoscibilidade do valor normativo dos actos de direito derivado, o qual só pode ser aferido pela averiguação dos trâmites procedimentais cumpridos para a

⁵⁰⁶ Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, *cit.*, págs. 188 e 195, e ROBERTO BARATTA, “Sulle fonti delegate ed esecutive dell’Unione Europea”, in *Il Diritto dell’Unione europea*, volume 16, fascículo 2, 2011, pág. 298.

⁵⁰⁷ Vide PAOLO PONZANO, “‘Executive’ and ‘delegated’ acts: the situation after the Lisbon Treaty”, in *The Lisbon Treaty – EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series, coordenado por Stefan Griller e Jacques Ziller, Volume 11, Springer-Verlag, 2008, págs. 135-136. Em bom rigor, porém, nos termos do artigo 291º, nº 1, do TFUE, os actos de execução são da competência da Comissão apenas “quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos actos juridicamente vinculativos da União” e estes lhe confirmam essas competências ...

Para uma visão geral dos poderes de execução (*lato sensu*) da Comissão pós- Tratado de Lisboa, vide ULRICH STELKENS, “Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedsstaaten: zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV”, in *Europarecht*, volume 47, nº 5, 2012, págs. 511-545, e VIHAR GEORGIEV, “Delegated law-making and comitology in perspective”, in *Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 4, 2013, págs. 535-552, e.

sua adopção e pela indicação de competência legislativa na base jurídica relevante ou pela imposição das expressões “delegado” ou “delegada” e “de execução”.⁵⁰⁸

26.1. Dos actos delegados

No intuito de simplificar e de aliviar o legislador europeu da regulamentação (mais) técnica das matérias, em ordem a permitir-lhe concentrar-se na disciplina dos assuntos políticos, mais essenciais, o Tratado de Lisboa instituiu, na esteira do projecto da Constituição Europeia (artigo I-36º), os denominados actos delegados.

26.1.1. Delegação na Comissão por acto legislativo

Conforme decorre do transcrito artigo 290º, nº 1, do TFUE, somente *os actos legislativos podem delegar na Comissão* a competência de adoptar actos delegados, ficando esta instituição *obrigada* a exercer os poderes delegados.⁵⁰⁹

Actos não legislativos baseados directamente no próprio Tratado, mesmo quando deleguem na Comissão o poder de completar ou alterar alguns dos seus elementos não essenciais, têm, por isso, de ficar submetidos à disciplina do artigo 291º do TFUE, ainda que a vocação dos actos executivos não seja a de completar

⁵⁰⁸ Cfr. artigo 291º, nº 4, do TFUE. Na crítica certa de Bergström, “pode ser observado (...) que a palavra ‘delegado’ refere-se à origem do acto e a palavra ‘execução’ relaciona-se com a sua função. Em princípio, os actos de execução também serão delegados (ou, por outras palavras, actos que resultam de transferência de poderes). Por isso, a dever fazer-se uma tentativa de distinguir aqueles actos, ela seria mais consistente e, com efeito, clara, se aos actos delegados fosse também atribuída uma designação relacionada com a sua função (por exemplo, ‘actos complementares’).” Vide C. F. BERGSTRÖM, *Comitology – Delegation of powers in the European Union and the committee system*, Oxford University Press, 2005, págs. 356-357.

⁵⁰⁹ Vide GREGORIO GARZÓN CLARIANA, “Les actes délégués dans le système des sources du droit de l’ Union Européenne”, in *ERA Forum*, 12, Springer, 2011, pág. 122.

ou modificar actos de base mas apenas a de promover a sua execução.⁵¹⁰

Ao estabelecer que uma delegação de poderes só é possível através de acto legislativo, a letra do artigo 290º do TFUE não opera qualquer distinção entre o processo legislativo ordinário e os processos legislativos especiais, sendo, portanto, aparentemente *indiferente que o acto legislativo delegante tenha sido ou não adoptado conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho*.⁵¹¹

Tal interpretação literal do preceito em análise não deve, todavia, conduzir à ideia de que em todos os actos legislativos adoptados no âmbito de um processo legislativo especial a instituição não autora, mera participante, do acto legislativo beneficie dos direitos de revogação e/ou de formulação de objecções.⁵¹² É que, *o instituto dos actos delegados foi pensado, fundamentalmente, no contexto do denominado processo legislativo ordinário, assente no consenso entre os co-legisladores, cada um destes exercendo as prerrogativas constantes do artigo 290º, nº 2, do TFUE, de modo autónomo*. E não sendo de presumir que normalmente a instituição autora do acto legislativo ao abrigo do processo legislativo especial preveja a possibilidade de exercício dos direitos de revogação e/ou de formulação

⁵¹⁰ Com base na letra do artigo 291º do TFUE, o qual, diferentemente do artigo 290º do TFUE, não prevê expressamente a hipótese de completamento ou de alteração de elementos não essenciais, Kröll defende a impossibilidade de os actos de execução derogarem os actos de base. *Vide* T. KRÖLL, “Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union”, in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Band 66, 2011, pág. 297.

Na prática, confirmando a existência de actos de execução que modificam previsões legislativas não essenciais, cfr., por exemplo, Decisão de Execução da Comissão, de 27 de Junho de 2011, que altera a parte A do anexo XI da Directiva 2003/85/CE do Conselho no que diz respeito à lista dos laboratórios nacionais autorizados a manipular o vírus vivo da febre aftosa.

⁵¹¹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290.º ...”, *cit.*, pág. 3.

⁵¹² Na prática, cfr. artigos 8º, 9º e 10º do Regulamento 973/2010 do Conselho de 25 de Outubro de 2010, relativo à suspensão temporária dos direitos autónomos da Pauta Aduaneira Comum sobre as importações de um determinado número de produtos industriais pelas regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

de objecções a favor da outra instituição legisladora, parece-nos que o equilíbrio institucional gizado pelos autores dos Tratados e o princípio da atribuição na actuação das instituições⁵¹³ impõem a interpretação de que onde se optou pela autoria do acto legislativo a cargo de apenas um legislador (ainda que com a participação do outro) não faz sentido impor a possibilidade de exercício daqueles direitos pelo ramo de poder legislativo não autor...

Estamos a pensar nos *procedimentos legislativos especiais em que é requerida a mera consulta do PE*, onde as consequências derivadas de entendimento contrário ao propugnado seriam, em nossa opinião, perniciosas para a eficiência do processo decisório europeu e até ilógicas. Na verdade, o Parlamento Europeu, que os Tratados expressamente não pretenderam como autor da regulação legislativa em determinada matéria, poderia inviabilizar a entrada em vigor ou revogar a delegação de actos legislativos de que, à luz do direito comunitário primário, não é (co-) autor, mas relativamente aos quais apenas é consultado, em termos não vinculativos!

Admitir o benefício dos direitos de revogação e/ou de formulação de objecções em favor do Parlamento Europeu no âmbito de processos legislativos especiais que prevejam a sua mera consulta, seria, na prática, perverter o sentido do parecer em causa e a natureza específica destes processos, fazendo depender sempre qualquer regulação legislativa de uma co-decisão *de facto* do Conselho e da instituição parlamentar...

Diferentemente do que sucede em matéria de actos de execução⁵¹⁴, a *Comissão é monopolista dos actos delegados*, não podendo o Conselho auto-habilitar-se a legislar em pormenor.

Em nossa opinião, não seria ilógico o Tratado prever a possibilidade de o *Conselho* usufruir da prerrogativa de auto-habilitação em casos devidamente justificados, atendendo à sua vocação simultaneamente legislativa e executiva, às difi-

⁵¹³ Cfr. artigos 13º, nº 2, e 5º, nº2, do TUE.

⁵¹⁴ Cfr. artigo 291º, nº 2, do TFUE.

culdades no direito da União de uma distinção clara entre as funções de legislar e de executar e à previsão dessa possibilidade no artigo 291º, nº 2, do TFUE.⁵¹⁵

Parece-nos, porém, que a solução consagrada no artigo 290º, nº 1, do TFUE visa favorecer a igualdade entre os dois ramos legislativos da União e tenta contribuir, de algum modo, para uma delimitação mais clara das funções legislativa e executiva no direito comunitário.

Também não está prevista a possibilidade de delegar poderes nas *agências europeias* (independentes), opção que nos parece dever-se, fundamentalmente, a interesses políticos da Comissão, favorável à emergência destes organismos, mas sem a expansão dos seus poderes e protagonismo.

26.1.2. Alcance dos actos delegados

Nos termos do artigo 290º, nº 1, do TFUE, só podem ser adoptados actos de *alcance geral*, excluindo-se, assim, as medidas puramente executivas/administrativas,⁵¹⁶ sujeitas ao controlo comitológico e não ao veto parlamentar. Enquanto ao abrigo do artigo 291º continua a ser possível a adopção de actos de aplicação geral, os *actos delegados não podem traduzir-se em actos individuais*.

⁵¹⁵ Em sentido oposto, Dimitris Triantafyllou considera a possibilidade de auto-delegação do Conselho (mesmo que apenas) em casos devidamente justificados como uma “*contradictio in terminis*”, porquanto “qualquer delegação implica duas instâncias diferentes”, e uma “aberração política, não devendo o Parlamento aceitar, nas medidas co-decidas, que apenas um ramo do poder legislativo se reserve poderes de execução, em violação do princípio da separação de poderes”. O autor, conselheiro jurídico da Comissão Europeia, considera ainda que até a possibilidade de adopção de actos de execução pelo Conselho em casos devidamente justificados (artigo 291º, nº 2, do TFUE) é “deplorável”, resultando de uma “atitude egoísta dos Estados membros contrária à lógica de separação de poderes”. *Vide* DIMITRIS TRIANTAFYLLOU, “Commentaire...”, *cit.*, págs. 476-477.

⁵¹⁶ Segundo Herwig Hofmann, porém, a distinção entre actos de aplicação geral e individual é “na realidade, todavia, (...) difícil de observar. Actos de natureza geral (...) podem ser frequentemente de aplicação simultaneamente abstracta-geral e concreta-individual”. *Vide* HERWIG HOFMANN, “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon...”, *cit.*, pág. 491.

Desta forma, o acto (normativo, de âmbito geral) delegado concretizar-se-á, em princípio, num regulamento ou numa directiva.⁵¹⁷ Teoricamente a Comissão, no âmbito de uma delegação legislativa e à luz do artigo 296º, nº 1, do TFUE⁵¹⁸, também pode adoptar decisões⁵¹⁹, embora o requisito do alcance geral dos actos delegados limite esta possibilidade, e até actos atípicos (v.g. planos, programas, medidas)⁵²⁰.

Ao impor-se ao legislador europeu a determinação dos destinatários do acto delegado⁵²¹, condiciona-se, em certa medida, a escolha da Comissão quanto ao instrumento jurídico a adoptar, porquanto saber se o acto delegado se dirige es-

⁵¹⁷ Diferentemente do que sucedia face à redacção constante do artigo I-36º do Tratado Constitucional Europeu, onde se referia apenas a existência de regulamentos delegados, o artigo 290º, nº 3, do TFUE, utiliza a expressão “delegadas”, passando, assim, a prever-se directivas delegadas. Trata-se, no fundo, de reconhecer a existência de directivas de execução, que complementam as directivas de base (v.g., em matéria de medicamentos, a directiva de aplicação nº 2005/28, de 8 de Abril de 2005, que complementa a directiva – de base – nº 2001/00, de 4 de Abril de 2001), à semelhança da distinção entre regulamentos de base e regulamentos de execução.

Na prática, os actos delegados têm sido adoptados fundamentalmente sob a forma de regulamentos. Vide JOAN DAVID JANER TORRENS, “Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estados: la nueva regulación sobre la comitología”, in *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 42, Abril-Junho 2012, págs. 15-16.

⁵¹⁸ Dispõe o artigo 296º, nº 1, do TFUE: “Quando os Tratados não determinem o tipo de acto a adoptar, as instituições escolhe-lo-ão caso a caso, no respeito dos processos aplicáveis e do princípio da proporcionalidade.”

⁵¹⁹ Como explica Claude Bluman, “o Tratado de Lisboa alarga consideravelmente o campo potencial das decisões, distinguindo bem as decisões ‘clássicas’ de âmbito individual de outras decisões, que podem ser decisões institucionais ou que instituem programas de acção”. Vide CLAUDE BLUMANN, “À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les ‘nouveaux’ actes délégués”, in *Chemins d’Europe – Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pág. 132.

⁵²⁰ Vide JESUS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Actos delegados, actos de ejecución...”, *cit.*, pág. 69, e MÁRIO PAULO TENREIRO e MIGUEL FRANÇA, anotação ao artigo 290º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 1040.

⁵²¹ Cfr. artigo 290º, nº 1, do TFUE.

sencialmente aos Estados membros, às instituições da União e a outras colectividades públicas, ou igualmente a pessoas físicas e morais depende fundamentalmente da natureza do acto adoptado – regulamento, directiva, decisão – e da jurisprudência comunitária relativa aos actos desprovidos de efeito directo.⁵²²

Não constituindo, *formalmente*, legislação, os actos delegados podem relevar, *substantivamente*, sobre matérias legislativas, porquanto *completam* ou *alteram* certos elementos não essenciais do acto legislativo (v.g. adaptação de um anexo de um acto legislativo aos progressos técnicos ou a normas internacionais, modificação de uma data, definição de normas suplementares e mais pormenorizadas para aplicação do acto legislativo pelos Estados-membros).

Desta forma, *os actos delegados não são legislativos apenas em sentido formal, no sentido de leis primárias, o que não significa que eles não sejam legislativos por natureza, assemelhando-se a uma espécie de legislação delegada ou secundária dos sistemas jurídicos nacionais, ao completarem ou alterarem certos elementos da legislação primária e sendo caracterizados como de aplicação geral.*⁵²³

Ao reconhecer a possibilidade de os actos delegados alterarem elementos não essenciais do acto legislativo, podemos dizer que os Tratados acabam por reconhecer, implicitamente, de algum modo, valor legislativo a esses actos, embora os considerem expressamente como actos não legislativos. Neste sentido, fala-se até numa *paridade hierárquica* entre actos delegados e actos legislativos, embora uma paridade *relativa ou limitada*,⁵²⁴ porquanto a possibilidade de derrogação do acto de base não deriva da qualidade de acto delegado em si mesmo mas da permissão do acto legislativo em concreto.⁵²⁵

⁵²² Vide CLAUDE BLUMANN, “À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive...”, *cit.*, pág. 134.

⁵²³ Vide PAUL CRAIG, “European governance: executive and administrative powers under the new constitutional settlement”, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, nºs 2 e 3, nº especial de Maio, 2005, pág. 430.

⁵²⁴ Vide ROBERT SCHÜTZE, “Delegated legislation in the (new) European Union: a constitutional analysis”, in *The Modern Law Review*, volume 74, nº 5, Setembro 2011, pág. 683.

⁵²⁵ Vide JÜRGEN BAST, “New categories of acts after the Lisbon reform...”, *cit.*, págs. 921-922.

26.1.3. Da precariedade da delegação

Entre os elementos essenciais reservados à regulação por acto legislativo destaca-se a previsão de um *período de vigência da delegação de poderes*, isto é, a sujeição a *cláusulas de caducidade (sunset clauses)* que põem termo, de forma automática, aos poderes conferidos à Comissão.⁵²⁶

Na perspectiva de Herwig Hofmann, “as *sunset clauses* são essenciais para o Parlamento Europeu e o Conselho como legisladores não perderem todas as possibilidades de reobter os seus poderes uma vez delegados. O risco é real dado o direito praticamente exclusivo de iniciativa da Comissão e o facto de esta ser também a única beneficiária da delegação.”⁵²⁷

Em termos distintos, a Comissão defende que o artigo 290º do TFUE exige apenas um enquadramento claro e previsível dos poderes delegados, não impondo a sujeição a quaisquer *prazos de caducidade*, os quais são susceptíveis, na perspectiva daquela instituição, de comprometer a eficácia e rapidez pretendidas com o recurso à delegação de poderes.

Na verdade, para garantir a continuidade da adopção dos actos jurídicos essenciais à execução das políticas da União é preferível não instaurar um sistema vinculativo de delegações precárias, forçando a Comissão a apresentar periodicamente novas propostas legislativas para obter a renovação de uma delegação de poderes.

Deste modo, na perspectiva da Comissão, as delegações de poderes deveriam, em princípio, ter duração indeterminada, bastando ao legislador dispor da possibilidade de introduzir no acto de base a faculdade de revogação da delegação de poderes, porquanto juridicamente uma revogação tem efeitos idênticos aos de uma cláusula de caducidade, ambas a pôr termo aos poderes conferidos à Comis-

⁵²⁶ Expirada a delegação, os actos delegados apenas podem ser modificados por actos legislativos. Vide DOMINIQUE RITLÉNG, “La délégation du pouvoir législatif de l’Union Européenne”, in *Chemins d’Europe – Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pág. 573.

⁵²⁷ Vide HERWIG HOFMANN, “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon...”, *cit.*, pág. 492.

são, ficando esta encarregada de apresentar posteriormente uma proposta legislativa, se tal se revelar útil e necessário...; com a prerrogativa da revogação o legislador dispõe de um mecanismo cujo efeito prático é comparável ao de uma cláusula de caducidade, a evitar que a delegação de poderes se transforme num mandato perpétuo.

Em certas situações, porém, a Comissão admite a oportunidade de o legislador fixar um prazo preciso para a delegação de poderes. Nesses casos, e a fim de não obrigar as instituições a recorrerem à via legislativa para renovarem a delegação de poderes, aquela instituição sugere um mecanismo de recondução tácito, mediante a elaboração de um relatório pela Comissão, sob reserva de o legislador ter a possibilidade de impedir essa renovação automática.⁵²⁸

Na mesma linha, o Parlamento Europeu admite a duração indefinida da delegação, atendendo à possibilidade da sua dissolução em qualquer altura, e paralelamente, a limitação da duração da delegação, prevendo-se a possibilidade de renovação periódica a pedido expresso da Comissão e caso não haja objecções do Parlamento e do Conselho.⁵²⁹

Num *Common Understanding* adoptado em 3 de Março de 2011 pela Conferência dos Presidentes do PE, com base na Comunicação da Comissão e na prática institucional do Conselho e do Parlamento,⁵³⁰ admite-se a adopção de actos delegados por períodos indeterminados ou determinados; nestes casos, em princí-

⁵²⁸ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290.º ...”, *cit.*, págs. 5-6.

⁵²⁹ Cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de Maio de 2010, sobre o poder de delegação legislativa (2010/2021(INI)), § 8.

⁵³⁰ Cfr. *Common Understanding* do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão sobre actos delegados, em anexo ao documento do Conselho 8753/11, de 10 de Abril de 2011.

Como explicam Mário Paulo Tenreiro e Miguel França, o *Common Understanding* resulta de uma troca de cartas entre os Presidentes do Parlamento, do Conselho e da Comissão, configurando “um documento político, sem carácter jurídico obrigatório, através do qual aquelas três instituições indicam os princípios que entendem aplicar no âmbito da adopção de actos de base conferindo delegações de competências à Comissão.” *Vide* MÁRIO PAULO TENREIRO e MIGUEL FRANÇA, anotação ao artigo 290º do TFUE, *cit.*, pág. 1041.

pio, o acto de base deve prever a extensão tácita da delegação de poderes por períodos de idêntica duração à da delegação inicial, salvo oposição do PE ou do Conselho e sem prejuízo do direito de revogação.⁵³¹

Não nos parecendo desrazoáveis os argumentos contrários à existência de cláusulas de caducidade da delegação de poderes, somos da opinião de que as denominadas *sunset clauses*, para além da importância política e simbólica em termos de prerrogativas do Conselho e do Parlamento Europeu, podem apresentar a virtude, não desprezível, de acelerar a actividade da Comissão.

Desta forma, a opção preferível, julgamos, é a de sujeitar a delegação a uma duração determinada, a renovar automaticamente, salvo revogação pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho.⁵³² Na prática, contudo, o legislador também tem previsto delegações de duração indeterminada⁵³³, admissíveis desde que acompanhadas das prerrogativas de revogação ou de oposição, ou de mecanismos de controlo equivalentes à disposição do legislador.

Pelo exposto, inexistindo norma no Tratado e no acto legislativo, poder-se-á afirmar o esgotamento da autorização por um só exercício, isto é, a irrepetibilidade da utilização da autorização, como parece ocorrer entre nós, por força do disposto no artigo 165º, nº 3, da CRP.

26.1.4. Do controlo da delegação pelo legislador

Dispõe o artigo 290º, nº 2, do TFUE:

⁵³¹ Cfr. nº 9 do *Common Understanding* do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão sobre actos delegados, em anexo ao documento do Conselho 8753/11, de 10 de Abril de 2011.

⁵³² V.g. artigo 25º, nº 1, da Directiva 2010/45/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Julho de 2010, relativa a normas de qualidade e segurança dos órgãos humanos destinados a transplantação.

⁵³³ V.g. artigo 36º, nº 1, da Directiva 2010/35/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Junho de 2010, relativa aos equipamentos sob pressão transportáveis e que revoga as Directivas 76/767/CEE, 84/525/CEE, 84/526/CEE, 84/527/CEE e 1999/36/CE do Conselho.

“Os actos legislativos estabelecem explicitamente as condições a que a delegação fica sujeita, que podem ser as seguintes:

a) O Parlamento Europeu ou o Conselho podem decidir revogar a delegação;

b) O acto delegado só pode entrar em vigor se, no prazo fixado pelo acto legislativo, não forem formuladas objecções pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho.

Para efeitos das alíneas a) e b), o Parlamento Europeu delibera por maioria dos membros que o compõem e o Conselho delibera por maioria qualificada.”

Em nossa opinião, a letra do preceito transcrito (“podem ser as seguintes”) impõe o reconhecimento da possibilidade de o legislador recorrer a outras formas de controlo da delegação para além das expressamente aí previstas (direito de revogação e direito de formular objecções),⁵³⁴ como, por exemplo, a aprovação expressa pelo Parlamento Europeu/Conselho de cada acto delegado, a revogação de actos delegados individuais já em vigor⁵³⁵, ou, como sucede no domínio financeiro, com a hipótese de realização de audições conjuntas da Comissão e do Presidente da agência europeia (bancária, da bolsa ou dos seguros) em comissão parlamentar ou do Conselho.

⁵³⁴ Em sentido contrário, *vide* BART DRIESSEN, “Delegated legislation after the Treaty of Lisbon: an analysis of article 290 TFUE”, in *European Law Review*, 35 (6), 2010, pág. 847, DEIDRE CURTIN, *Executive power of the European Union...*, *cit.*, pág. 123, e Herwig Hofmann, invocando nomeadamente o potencial risco de aumento de conflitos interinstitucionais similar ao ocorrido no âmbito da comitologia, *vide* HERWIG HOFMANN, “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon...”, *cit.*, pág. 493.

⁵³⁵ Cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de Maio de 2010, sobre o poder de delegação legislativa (2010/2021(INI)), nº 2.

Pelo que o legislador *pode* submeter a delegação de poderes, *cumulativamente*⁵³⁶ ou não, a, *pelo menos*, duas condições: o direito de revogação e o direito de oposição ou de formular objecções “no prazo fixado pelo acto legislativo”, *condições mínimas* de controlo, apenas substituíveis quando forem previstos mecanismos de controlo equivalentes a favor do legislador, sob pena de ocorrer um *excesso de delegação*⁵³⁷, susceptível de pôr em causa o equilíbrio institucional.

Trata-se de instrumentos de controlo da delegação de que o poder legislativo não deve prescindir,⁵³⁸ verdadeiros limites à delegação que, a serem estabelecidos no acto legislativo, devem sê-lo de modo *explícito* (“os actos legislativos estabelecem explicitamente as condições a que a delegação fica sujeita”)⁵³⁹, assim se evitando dúvidas interpretativas no futuro.

Por outro lado, as prerrogativas de controlo (de legalidade e da oportunidade) da delegação previstas no artigo 290º, nº 2, do TFUE devem ser exercidas de forma *autónoma*, através da adopção de decisões (não legislativas) *separadas*, e não conjuntamente pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu,⁵⁴⁰ assim se evitando bloqueios devido a desacordos entre estas instituições.

⁵³⁶ V.g. artigos 19º-C e 19º-D do Regulamento (UE) nº 438/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 2010 que altera o Regulamento (CE) nº 998/2003 relativo às condições de polícia sanitária aplicáveis à circulação sem carácter comercial de animais de companhia.

⁵³⁷ Vide ROBERTO BARATTA, “Sulle fonti delegate ed esecutive...”, *cit.*, pág. 300.

⁵³⁸ Como explicam Steve Peers e Marios Costa, na prática, “o poder de revogar a delegação de poderes não é assim tão importante como pode parecer, porque, na ausência de prerrogativa expressa, o PE e o Conselho sempre poderiam revogar *de facto* a delegação de poderes na Comissão, simplesmente rejeitando *todas* as propostas de acto delegado submetidas pela Comissão”. Vide STEVE PEERS e MARIOS COSTA, “Accountability for delegated and implementing acts after the Treaty of Lisbon”, in *European Law Journal*, Volume 18, nº 3, Maio 2012, pág. 448.

⁵³⁹ Em sentido diferente, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, com base na palavra “podem”, vide ANTOINE MASSON, “Les conditions de validité des bases juridiques dérivés à la suite de l’arrêt du 6 Mai 2006”, in *Cahiers de Droit Européen*, 44, 2008, págs.157-173.

⁵⁴⁰ V.g. artigo 77º, nº 2, da Directiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Novembro de 2010 relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição).

Como explica a Comissão, “a oposição é uma ‘censura específica’ dirigida contra um acto delegado claramente identificado, a revogação priva a Comissão de forma geral e absoluta dos seus poderes delegados. A oposição deve assim ser encarada como o modo de controlo ‘de direito comum’ que o legislador exerce sobre o conjunto dos actos delegados, ao passo que a revogação se apresenta como uma medida mais excepcional, motivada, por exemplo, pela ocorrência de elementos susceptíveis de pôr em causa o próprio fundamento da delegação de poderes.”⁵⁴¹

Deste modo, enquanto *a revogação tem por objecto o poder delegado*, evitando, por exemplo, o seu exercício *ultra vires*, mas não pondo em causa a validade de actos delegados já adoptados (efeitos *ex nunc*), *o direito de oposição versa sobre o acto delegado em si mesmo*, acto proposto pela Comissão, mas cuja entrada em vigor, em princípio, apenas ocorre após decurso do prazo para formulação de objecções pelo legislador.

Não obstante a inexistência de quaisquer limitações no Tratado, o exercício do *direito de revogação* deve ser motivado e precedido de um intercâmbio de informações interinstitucional, permitindo assim à instituição que não exerce o direito de revogação compreender as razões dessa decisão unilateral e conhecer quais os poderes cuja revogação é solicitada (nos casos de revogação parcial) e, por outro lado, balizar a actuação da Comissão em situações futuras.⁵⁴²

Por outra banda, os efeitos da revogação devem estar expressamente previstos no acto de base, podendo assim especificar-se que a decisão de revogação põe termo à delegação de poderes visando expressamente as competências delegadas revogadas, mas sem afectar os actos delegados já em vigor.⁵⁴³

Quanto ao *direito de oposição*, este será desencadeado e funcionará como *condição suspensiva*: a entrada em vigor do acto delegado adoptado pela Comis-

⁵⁴¹Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290º ...”, *cit.*, págs. 5-6.

⁵⁴² ⁵⁴² Cfr. n.ºs 19 e 20 do *Common Understanding* sobre actos delegados, *cit.*, e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290º ...”, *cit.*, pág. 8.

⁵⁴³ *Idem*, págs. 8-9.

são será suspensa por um período especificado no acto legislativo, durante o qual o legislador terá o direito de se opor.

Trata-se de um direito de formular objecções “no prazo fixado pelo acto legislativo”, referindo-se esta expressão ao período de duração global da delegação, mas sem excluir a existência de prazos especificamente previstos no acto de delegação relativamente a certas medidas a adoptar no acto delegado.

Mas a solução mais adequada à teleologia subjacente ao instituto da delegação não é a de suspender sempre a entrada em vigor do acto delegado até ao fim do “prazo fixado pelo acto legislativo” para a formulação de objecções pelo Conselho e/ou Parlamento Europeu: importa prever a possibilidade de as duas instituições decidirem informar a Comissão de que não se oporão ao acto delegado antes de o prazo legal ter chegado ao termo, a permitir assim a entrada em vigor imediata do acto.

Neste sentido, de acordo com o recente *Common Understanding*, o acto delegado pode ser publicado no Jornal Oficial da UE e entrar em vigor antes de expirado o período definido no acto legislativo para o exercício do direito de oposição, o qual, em princípio, deve ser de dois meses, se o PE e o Conselho informarem a Comissão de que não irão efectivamente opor-se.⁵⁴⁴

Não sendo enumerados no artigo 290º do TFUE os motivos com base nos quais o legislador se pode opor a um acto delegado, o direito de exprimir objecções depende do poder discricionário do Parlamento Europeu e do Conselho,⁵⁴⁵ com o dever de a instituição que se opõe expor as razões que justificam a sua decisão.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Cfr. nºs 10, 11 e 16 do *Common Understanding* sobre actos delegados, *cit.*.

⁵⁴⁵ Segundo Alan Hardacre e Michael Kaeding, a inexistência de obrigatoriedade de justificação do exercício do direito de oposição “aumentará o *lobbying* das administrações públicas por *stakeholders* externos.” Vide ALAN HARDACRE e MICHAEL KAEDING, “Delegated and implementing acts: the new worlds of comitology – implications for european and national public administrations”, in *Eipascopes Special Issue*, Maastricht, 2011, pág. 32.

⁵⁴⁶ *Idem*, nº 19, e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290º ...”, *cit.*, págs. 9-10.

Por fim, não podemos deixar de reconhecer que ao estabelecer-se, para efeitos de exercício dos direitos de revogação e de formulação de objecções, a exigência de deliberação por “maioria dos membros que o compõem” para o Parlamento Europeu e por “maioria qualificada” para o Conselho (cfr. n.º 2, § 2) facilita-se mais, de facto, a tarefa deste, razão pela qual, não obstante a tendencial igualdade entre ambos os ramos legislativos da União enquanto instituições de controlo da delegação, pode assinalar-se ainda uma certa assimetria a favor do Conselho...

Na verdade, a maioria qualificada teria sempre de ser alcançada entre os membros do Conselho ao abrigo dos procedimentos de co-decisão para aprovar o acto de delegação⁵⁴⁷ e, mesmo quando aí seja exigível a unanimidade, só se exige a maioria qualificada para efeitos de exercício das prerrogativas do artigo 290.º, enquanto o Parlamento Europeu, podendo aprovar normalmente legislação ordinária com maioria dos votos expressos⁵⁴⁸, para exercer o direito de revogação tem de dispor do voto da maioria absoluta dos seus deputados.

26.1.5. Da eficácia dos novos meios de controlo da delegação

Os dois exemplos enumerados no n.º 2 do artigo 290.º do TFUE, as objecções e a revogação, são meramente ilustrativos, as formas mais habituais de controlar a utilização de poderes delegados pela Comissão. Sendo possível, pois, encarar a hipótese de sujeitar uma delegação de poderes a diversos meios de controlo.

No entanto, diferentemente do artigo 291.º do TFUE, o artigo 290.º do TFUE é *self-executing*, não contendo uma base jurídica para a aprovação de um acto horizontal que defina as regras e os princípios gerais aplicáveis à delegação de poderes, opção deliberada dos Tratados em não incluir a comitologia enquanto meio de controlo dos actos delegados.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Cfr. artigo 16.º, n.º 3, do TUE.

⁵⁴⁸ Cfr. artigo 231.º do TFUE.

⁵⁴⁹ Diferentemente, considerando os comités de comitologia não previstos *nem prohibidos* no artigo 290.º do TFUE, Damien Angelet aponta argumentos que poderiam sustentar o interesse da Comis-

Enquanto nos actos executivos a principal responsabilidade repousa nos Estados membros (cfr. *infra* nº 26.2.) com a naturalidade da sujeição desses actos à comitologia, esta é considerada inapropriada em matéria de delegação, parecendo aqui melhor um novo tipo de mecanismos de controlo a cargo do Conselho e do Parlamento Europeu em igualdade de circunstâncias.

Onde haja delegação na Comissão de poderes que o próprio legislador poderia ter exercido, o controlo desses poderes cabe ao Parlamento Europeu e ao Conselho e não aos Estados membros, sem a existência de controlo comitológico relativamente aos actos delegados.⁵⁵⁰

No caso de exercício de competências de execução *stricto sensu* confiadas à Comissão, ocorre um controlo activo (via comitologia) dessas competências por parte dos Estados membros (e não do legislador...), porquanto, ao abrigo do princípio da administração indirecta, é a eles que incumbe a execução do direito da União.⁵⁵¹

Também do ponto de vista institucional, a solução do Tratado de Lisboa é razoável: relativamente aos actos de execução *quase legislativos*, com possível impacto político, é necessário um sistema de controlo dos legisladores sobre o

.../..._____

são e dos Estados membros na manutenção do controlo comitológico no âmbito dos actos delegados. Afirma o autor: “os recursos previstos no artigo 290º, nº 2, do TFUE, são, tal como a arma atómica, demasiado poderosos para serem accionados; a filosofia de Lisboa é a de tornar a União Europeia mais democrática e mais próxima dos cidadãos, indo a abolição dos comités, e por isso dos agentes nacionais, contra esta tendência, e os Estados membros têm o mérito de serem menos sensíveis aos (...) *lobbies* que as instituições.” Vide DAMIEN ANGELET, “La comitologie”, in *Journal de Droit Européen*, 2009, pág. 104.

⁵⁵⁰ Como bem salienta Paolo Ponzano, “quando o Executivo actua no domínio de competências do legislador, a manutenção do sistema de Comitologia constituiria uma *anomalia*, ao passo que a delegação legislativa é a regra certa.” Vide PAOLO PONZANO, “‘Executive’ and ‘delegated’ acts...”, *cit.*, pág. 141.

⁵⁵¹ Cfr. exposição de motivos da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão, de 09/03/2010, COM(2010) 83 final, pág. 2.

conteúdo desses actos; quanto aos actos meramente executivos, no espírito de que o poder legislativo não deve interferir com meras tecnicidades, o controlo judicial *ex post* (cfr. artigo 263º, § 2, do TFUE) é suficiente para o controlo das medidas meramente técnicas pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu.⁵⁵²

Forçoso é reconhecer que a ausência de procedimentos comitológicos implicará menor envolvimento dos Estados membros e menos *expertise* da Comissão na elaboração das medidas delegadas, a poder dificultar a decisão do Conselho e/ou do Parlamento Europeu de opor-se ou de revogar a delegação, dada a eventual ausência de informação suficiente.

Ter-se-á entendido, contudo, que o controlo *ex post* do Conselho e/ou do Parlamento Europeu e, em particular, a manutenção da possibilidade de *aconselhamento da Comissão com grupos de trabalho de peritos dos Estados membros* (e, eventualmente, do PE) previamente à submissão do acto delegado ao legislador europeu⁵⁵³ - facilitadora da aplicação do acto delegado pelas administrações nacionais -, mitigariam aquelas desvantagens.

No caso dos serviços financeiros, por exemplo, sector em que a Comissão, no âmbito do procedimento Lamfalussy, não se limitava a alterações de anexos de directivas em linha com progressos científicos, técnicos ou económicos, mas verdadeiramente acrescentava disposições ao acto legislativo, os Estados membros, tendo aceitado prescindir do procedimento comitológico, não deixaram, porém, de salientar expressamente a ideia de continuação da prática consolidada de consulta dos *experts* nacionais aquando da elaboração dos projectos de actos delegados.⁵⁵⁴

⁵⁵² Sobre os contornos do controlo judicial dos actos delegados e de execução à luz do Tratado de Lisboa, *vide* GREGORIO GARZÓN CLARIANA, “Les actes délégués...”, *cit.*, págs. 129-131.

⁵⁵³ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290º ...”, *cit.*, págs. 6-7, e *Common Understanding* sobre actos delegados, *cit.*, nº 4. Sobre os problemas de *accountability* destes grupos de *experts*, defendendo, no mínimo, a sua submissão às regras de transparência dos comités de comitologia (cfr. artigo 10º do Regulamento Comitologia), *vide* STEVE PEERS e MARIOS COSTA, “Accountability for delegated and implementing acts...”, *cit.*, págs. 453-455.

⁵⁵⁴ Cfr. Declaração nº 39 em anexo ao Tratado de Lisboa.

Tendo em conta a inexistência de poder executivo originário da Comissão⁵⁵⁵ e o facto de a regulação de elementos não essenciais ao abrigo do artigo 290º do TFUE consubstanciar materialmente *lato sensu* uma função executiva, a auscultação dos *experts* nacionais acaba, no fundo, por contrabalançar, ainda que de modo minimalista, a privação da competência executiva estadual e moderar, de algum modo, a tentação legislativa de afastamento total dos Estados membros, detentores das competências executivas principais na União, do controlo dos actos delegados.

Mais impressiva (e polémica) parece ser a *consulta – obrigatória e, de certo modo, vinculativa – das agências europeias nos domínios financeiros*, cabendo à Comissão aprovar os projectos de normas técnicas de regulamentação desenvolvidos pela EBA, ESMA e EIOPA através de actos delegados nos termos do artigo 290º do TFUE para que os mesmos produzam efeitos jurídicos vinculativos.⁵⁵⁶

Julgamos questionável a eficácia dos novos controlos previstos no artigo 290º, nº 2, alíneas a) e b), do TFUE. Tal como Paul Craig afirmava relativamente a soluções semelhantes vertidas no projecto de Tratado Constitucional, “será frequentemente difícil para o Conselho e para o Parlamento Europeu especificar com alguma exactidão os critérios que devem guiar o exercício dos poderes delegados pela Comissão, especialmente se a legislação primária se tornar mais abstracta e menos pormenorizada.”⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Em sentido diferente, Jean Paul Jacqué considera que, à luz do artigo 291º, nº 2, do TFUE, a Comissão goza de um poder próprio, autónomo e não delegado, como sucedia antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Vide JEAN PAUL JACQUÉ, “Le Traité de Lisbonne: une vue cavalière”, in *Revue Trimestrielle de Droit Europeen (RTDE)*, volume 44, nº 3, Dalloz, 2008, pág. 480.

⁵⁵⁶ Cfr. Artigo 10º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

⁵⁵⁷ Vide PAUL CRAIG, “European governance: executive and administrative powers...”, *cit.*, págs. 430-431. No mesmo sentido, Daniel Guéguen considera os poderes do PE e do Conselho ao abrigo do artigo 290º do TFUE como “difíceis de exercer, quase virtuais. Teóricos.” Vide DANIEL GUÉGUEN, *Le pouvoir européen confisqué*, 3ª edição, European Training Institute (ETI): Europolitique, Bruxelas, 2011, pág. 66.

Notava, assim, acertadamente, o mesmo autor: “a Comissão, por isso, terá um poder significativo sobre escolhas regulatórias complexas, com relativamente pouco *input* do Conselho e do PE. *Os controlos serão difíceis de monitorizar e executar.* O regime anterior baseava-se num generalizado *input ex ante* na feitura das normas delegadas (...) ao manter-se os procedimentos de comitologia (...). Agora, estamos a mudar para um sistema baseado na especificação *ex ante* de *standards* na legislação primária, combinada com a possibilidade de algum controlo *ex post* se a medida não for do agrado do PE ou do Conselho, embora este último controlo apenas opere se estiver escrito na legislação primária.”⁵⁵⁸ (itálico nosso)

Em resultado da diminuição do controlo legislativo *a priori* e inerente *reforço da autonomia executiva da Comissão*, não obstante o incremento dos mecanismos de controlo *a posteriori* da delegação pelo Parlamento Europeu e Conse-

⁵⁵⁸ *Idem*, pág. 430.

Em termos perfeitamente aplicáveis quanto aos actos delegados do Tratado de Lisboa, também Ellen Vos critica a falta de envolvimento dos Estados membros no controlo dos regulamentos delegados previstos no projecto do Tratado Constitucional, afirmando: “Processos decisórios efectivos e melhores políticas, como a Comissão proclama defender, requerem pois que os Estados membros sejam consultados na fase de implementação e por isso também em relação ao que a Constituição denomina por ‘regulamentos delegados’.” Concretiza a autora: “Remover o envolvimento da comitologia na adopção de regulamentos delegados significaria certamente que o número de reuniões iria ser reduzido e que, provavelmente, o número de comités também, o que pouparia tempo e dinheiro. Mas, ao mesmo tempo, mais trabalho seria possivelmente transferido para o Conselho e por isso para o COREPER e/ou seus grupos de trabalho que têm de monitorizar a Comissão no exercício dos seus poderes delegados. Isto, por seu turno, pode espoletar negociações entre as diversas posições nacionais no COREPER ou grupos de trabalho, que podem não ser, tendo em vista o facto de que eles formam parte da função legislativa, muito apropriadas. Mais, tendo em conta as ténues fronteiras com os seus governos, perante quem são directamente responsáveis, a accountability dos membros destes organismos pode até ser mais problemática do que a dos membros dos comités de comitologia.” *Vide ELLEN VOS, “The role of comitology in european governance”, in Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005, págs. 121-122.

lho, teme-se a retracção dos legisladores da União em recorrer à delegação de poderes prevista no artigo 290º do TFUE.

Na verdade, abolir a comitologia no contexto dos actos delegados privará os Governos dos Estados membros (isto é, os membros do Conselho) do seu mais valioso meio de influência e controlo contínuo, sendo altamente provável daí decorrer um efeito negativo na sua disponibilidade para confiar à Comissão quaisquer poderes potencialmente significativos para adoptar actos delegados. Talvez a exigência do Parlamento Europeu de igualdade com o Conselho tenha sido a justificação deste desfecho...⁵⁵⁹

Na prática, porém, à semelhança dos *trílogos* desenvolvidos ao nível do processo legislativo ordinário (cfr. *supra* nº 24.1.) é provável a intensificação da cooperação informal entre representantes da Comissão, do PE e do Conselho, designadamente através de estruturas/comités consultivos impulsionados pela Comissão, e facilitar assim a adopção de actos delegados de modo eficiente.⁵⁶⁰

26.2. Dos actos de execução

26.2.1. Notas fundamentais

Dispõe o artigo 291º do TFUE:

⁵⁵⁹Vide C. F. BERGSTRÖM, *Comitology...*, *cit.*, págs. 358-359. Neste sentido, Alexander Türk afirma: “a lógica de colocar ambos os ramos da autoridade legislativa no mesmo patamar relativamente ao controlo do exercício dos poderes delegados pela Comissão teria sido seriamente minada se o regime comitológico tivesse permanecido.” Vide ALEXANDER H. TÜRK, “Lawmaking after Lisbon”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, pág. 76.

⁵⁶⁰Vide THOMAS CHRISTIANSEN, “Administrative fusion in the European Union: reviewing a decade of comitology reform”, in *Europe reloaded – differentiation or fusion?*, coordenado por Udo Diedrichs, Anne Faber, Funda Tekin e Gaby Umbach, Nomos, 2011, págs. 278-279.

“1. Os Estados-Membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União.

2. Quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos actos juridicamente vinculativos da União, estes conferirão competências de execução à Comissão ou, em casos específicos devidamente justificados e nos casos previstos nos artigos 24º e 26º do Tratado da União Europeia, ao Conselho.

3. Para efeitos do nº 2, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, definem previamente as regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo que os Estados-Membros podem aplicar ao exercício das competências de execução pela Comissão.

4. No título dos actos de execução é inserida a expressão ‘de execução’.”

Deste inciso acabado de transcrever, não podemos deixar de salientar, resumidamente, algumas notas fundamentais:

- 1) *a execução dos actos juridicamente vinculativos da União cabe primordialmente aos Estados membros, no quadro da administração indirecta do Direito e das políticas da União*⁵⁶¹, no que constitui uma verdadeira obrigação dos Estados, em decorrência do princípio da cooperação leal⁵⁶².
- 2) *a execução do direito da União directamente pela Comissão ou, excepcionalmente, pelo Conselho, decorre apenas da atribuição através de actos juridicamente vinculativos (legislativos e não legislativos, e via acordos internacionais concluídos no âmbito das competências da*

⁵⁶¹ Cfr. artigo 291º, nº 1, do TFUE. Na mesma linha, em sede de contencioso europeu, cfr. artigo 19º, nº 1, § 2, do TUE.

⁵⁶² Cfr. artigo 4º, nº 3, do TUE.

União) de competências de execução a estas instituições, “quando sejam necessárias condições uniformes de execução”⁵⁶³.

Cabendo, em regra, a competência executiva europeia à Comissão, em *casos específicos devidamente justificados*, em princípio residuais e limitados aos actos adoptados pelo Conselho no âmbito de processos legislativos especiais e aos domínios de execução da PESC⁵⁶⁴, podem ser atribuídas competências de execução ao Conselho⁵⁶⁵; a concretização desses *casos específicos devidamente justificados* pode, porém, na prática, implicar batalhas interinstitucionais, em especial entre a Comissão e o Conselho, quando este pretenda reservar para si competências de execução;

- 3) diferentemente do artigo 290º do TFUE, a prever expressamente a limitação da sua aplicabilidade a medidas de âmbito geral, *a contrario*,

⁵⁶³ Cfr. artigo 291º, nº 2, do TFUE.

Diferentemente, Robert Schütze defende o artigo 291º, nº 2, do TFUE, como base legal independente para a acção executiva da União, afirmando que, não obstante a letra do preceito, “considerações de ordem sistemática e teleológica conduzem a diferente interpretação. Ao contrário do artigo 202º do TCE, o artigo 291º do TFUE não se encontra confinado a regular relações horizontais entre instituições da União, mas refere no parágrafo 1 as *relações verticais entre a União e os Estados membros*. Uma leitura sistemática do artigo 291º do TFUE pode assim sugerir que enquanto os Estados membros são principalmente responsáveis à luz do parágrafo 1, a União será competente sob o parágrafo 2. A competência da União derivaria assim do artigo 291º (2) *como tal*, enquanto o acto específico da União apenas regularia a *delegação* de poderes de execução à Comissão (Conselho). Esta interpretação sistemática é reforçada por considerações teleológicas. Uma leitura do artigo 291º do TFUE como norma de competência permitiria à União adoptar qualquer tipo de acto de implementação – incluindo decisões de execução – sem recurso ao artigo 352º do TFUE. Esta leitura permitiria pois dotar a União de fundamento legal sólido para a sua acção executiva.” *Vide* ROBERT SCHÜTZE, “From Rome to Lisbon...”, *cit.*, pág. 1398.

⁵⁶⁴ Cfr. artigos 24º e 26º do TUE. Na execução da PESC, não podemos esquecer também o papel fundamental desempenhado pelo Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (cfr. artigos 24º, nº 1, § 3, e 26º, nº 3, do TUE).

⁵⁶⁵ De realçar, porém, a existência de disposições esparsas do Tratado a atribuir ao Conselho competências de execução (v.g. artigo 75º, § 2, do TFUE).

podemos afirmar que o preceito em análise abrange não apenas actos de aplicação geral mas também *medidas de natureza concreta*.

- 4) Enquanto os actos legislativos disciplinam, no mínimo, os elementos essenciais, limitando-se os actos delegados ao desenvolvimento dos aspectos acessórios das matérias em causa, os actos de execução destinam-se, fundamentalmente, a *executar* os actos de base,⁵⁶⁶ tanto os seus elementos essenciais como os não essenciais.
- 5) *a delegação de competências de execução na Comissão (através de actos juridicamente vinculativos da União) pode continuar a ser sujeita a procedimentos de comitologia*, isto é, a mecanismos de *controlo dos Estados membros*⁵⁶⁷, inexistindo, em princípio⁵⁶⁸, este controlo no caso de execução de actos não vinculativos.

À semelhança das anteriores Decisões Comitologia, o actual Regulamento Comitologia⁵⁶⁹ ocupa uma posição hierárquica entre os

⁵⁶⁶ Conforme referimos anteriormente (cfr. *supra*, nº 26.1.1.), porém, actos não legislativos baseados directamente no próprio Tratado, quando deleguem na Comissão o poder de completar ou alterar alguns dos seus elementos não essenciais, têm de ficar submetidos à disciplina do artigo 291º do TFUE, ainda que a vocação dos actos executivos não seja a de completar ou modificar actos de base mas apenas a de promover a sua execução.

⁵⁶⁷ Cfr. artigo 291º, nº 3, do TFUE. Gorjão Henriques nota, com ironia, a propósito deste preceito: “são os órgãos da União Europeia que determinam os termos em que os Estados membros controlam a execução dos actos pela Comissão Europeia...”. Vide MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, *cit.*, pág. 338.

⁵⁶⁸ Na prática, prevê-se por vezes a possibilidade de alguns actos *soft* de execução (v.g. orientações) da Comissão serem igualmente sujeitos a controlo comitológico. Exemplificativamente, cfr. artigo 9º da Directiva 2010/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Julho de 2010, que estabelece um quadro para a implantação de sistemas de transporte inteligentes no transporte rodoviário, inclusive nas interfaces com outros modos de transporte e artigo 11º, nº 2, alínea b) e nº 3, da Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.

⁵⁶⁹ Ao referir-se a “regulamentos” adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário para a definição prévia das regras e dos princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo aplicáveis pelos Estados-Membros ao exercício das competências de execução pela Comissão (cfr. artigo

Tratados e o direito comunitário derivado, porquanto nele “o Conselho [*rectius*, o legislador] pode estabelecer os princípios e as regras a respeitar aquando da escolha entre os diferentes procedimentos de comité” e porque estes “impõem-se ao legislador comunitário aquando da adopção de um acto de base que confere competências de execução à Comissão”⁵⁷⁰ (parêntesis nossos).

Naturalmente, o controlo do exercício (excepcional) de poderes de execução pelo Conselho cabe apenas aos Estados, enquanto membros do Conselho e, portanto, à margem dos procedimentos comitológicos.

26.2.2. Da necessidade de uniformização das condições de execução dos actos juridicamente vinculativos da União

Atendendo à *aplicabilidade directa* de que os regulamentos são revestidos⁵⁷¹, em regra, quando o acto legislativo é um regulamento não há qualquer necessidade de recurso ao artigo 291º relativamente à execução desse mesmo acto .../..._____

291º, nº 3, do TFUE), o Tratado quis, obviamente, referir-se à categoria de actos-regulamentos, excluindo o recurso a outros actos - directivas ou decisões -, e não impor uma pluralidade de regulamentos na delimitação do novo quadro comitológico.

⁵⁷⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de 21 de Janeiro de 2003, Comissão das Comunidades Europeias contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, processo C-378/00, nº 42.

Na doutrina, Eugenia Dumitriu –Segnana fala em *natureza supralegislativa* do Regulamento Comitologia, atendendo ao facto de o legislador não poder “prever num acto de base posterior outras modalidades para além daquelas previamente estabelecidas no regulamento.” Vide EUGENIA DUMITRIU-SEGNANA, “Le nouveau règlement ‘comitologie’”, in *Journal de droit européen*, 2011, pág. 130.

⁵⁷¹ Cfr. Artigo 288º, nº 2, do TFUE. Como ensina Moura Ramos, com o princípio da aplicabilidade directa pretende-se significar “que a integração do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados se opera de pleno direito, dispensando-se para o efeito qualquer forma especial de recepção, e que os tribunais estaduais são assim obrigados a aplicar, como direito comunitário, as disposições respectivas, enquanto os particulares são livres de as invocar perante eles.” Vide MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia...*, cit., pág. 96.

legislativo. No entanto, o facto de os *regulamentos* serem directamente aplicáveis não significa necessariamente que todas as suas disposições sejam *self-executing*, podendo ser deixadas para futura execução pelos Estados membros.⁵⁷²

Nas palavras do Tribunal de Justiça, “embora, em razão da própria natureza dos regulamentos e da sua função no sistema das fontes do direito comunitário, as disposições dos referidos regulamentos tenham, em geral, efeito imediato nas ordens jurídicas nacionais, sem que seja necessário que as autoridades nacionais tomem medidas de aplicação, algumas das suas disposições podem não obstante necessitar, para a sua execução, da adopção de medidas de aplicação pelos Estados-Membros. (...) perante a margem de apreciação de que dispõem os Estados-Membros para a execução das referidas disposições, não se poderá considerar que os particulares podem retirar direitos destas disposições na ausência de medidas de aplicação adoptadas pelos Estados-Membros.”⁵⁷³

Se pode configurar-se a necessidade de execução uniforme de regulamentos ou mesmo de decisões (legislativas) da União, quanto às *directivas*, como nota Paul Craig, “seria estranho, no mínimo, emitir uma directiva, mas conferir à Comissão o poder de impor condições uniformes de execução. A realidade é a de o poder de a Comissão impor condições uniformes de execução relativamente às *directivas* alterar radicalmente a sua natureza.”⁵⁷⁴

⁵⁷² Como explica Jónatas Machado, “os regulamentos, sendo directa e imediatamente aplicáveis constituem um ‘impulso europeu’ carecido de execução por parte dos Estados membros. As autoridades legislativas, administrativas e judiciais nacionais estão positivamente obrigadas a executar e aplicar os regulamentos da UE e abster-se de tomar quaisquer medidas que possam ser contrárias aos regulamentos ou contraditórias com eles.” Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, pág. 200.

⁵⁷³ Cfr. Acórdão do Tribunal, de 11 de Janeiro de 2001, Azienda Agricola Monte Arcosu Srl contra Regione Autonoma della Sardegna, Organismo Comprensoriale n° 24 della Sardegna e Ente Regionale per l'Assistenza Tecnica in Agricoltura (ERSAT), processo C-403/98, nºs 26 e 28.

⁵⁷⁴ Vide PAUL CRAIG, “The role of the European Parliament under the Lisbon Treaty”, in *The Lisbon Treaty: EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, coordenado por Griller e Ziller, Springer, 2008, pág. 121.

Na verdade, a execução das directivas, por definição, cabe aos Estados membros, vinculados quanto aos fins mas não quanto à escolha dos meios. Todavia, decorrido o período de transposição da directiva e no caso de preceitos desta prescreverem direitos/obrigações de forma clara, precisa e incondicionada, verifica-se a existência de efeitos directos verticais⁵⁷⁵ na ordem jurídica nacional.

Da leitura do artigo 291º, nº 2, do TFUE, porém, parece concluir-se pela possibilidade de adopção de actos de execução quando os Estados membros não cumpram (tempestivamente) o dever de transpor as directivas para os ordenamentos jurídicos nacionais, o que é sobretudo relevante quanto aos preceitos da directiva desprovidos de efeito directo.

A admitir-se a interpretação acabada de expor, não podemos deixar de propugnar a excepcionalidade da centralização da execução das directivas, atendendo à natureza deste instrumento de direito comunitário e ao cariz subsidiário do poder de execução da União.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ Na doutrina, discutindo a hipótese do *efeito directo horizontal das directivas*, vide CARLOS BOTELHO MONIZ e PAULO PINHEIRO, “As relações da ordem jurídica portuguesa com a ordem jurídica comunitária – algumas reflexões”, in *Legislação (cadernos de)*, nºs 4/5, 1992, pág. 130 e SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O acórdão Marleasing – rumo à consagração do efeito directo horizontal das directivas?”, in *Revista de Direito e Economia*, anos XVI a XIX (1990 a 1993), págs. 471-511. Jónatas Machado também salienta a existência de “uma orientação jurisprudencial do TJUE que admite o efeito directo das directivas nas relações horizontais, desde que não sejam impostas obrigações aos indivíduos, C-194/94, CIA Security International, 30-4-2004”, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia, cit.*, págs. 205 e 207.

⁵⁷⁶ Gaja, Hay e Rotunda propunham há muito: “uma directiva pode ser acompanhada de um regulamento que pode ser desenhado para se tornar aplicável apenas relativamente aos Estados membros que falhem a implementação da directiva. (...) este regulamento poderia ser emitido ao mesmo tempo que a directiva, mas claramente estatuir que apenas seria aplicável na condição de ter decorrido algum tempo desde a data limite de transposição fixada na directiva e de a Comissão ter declarado – através de decisão susceptível de revisão pelo Tribunal - a directiva como não tendo sido adequadamente implementada em um ou mais Estados membros.” Vide GIORGIO GAJA, PETER HAY e RONALD ROTUNDA, “Instruments for legal integration in the European Community – a review”, in *Integration through law: Europe and the American federal experience*, volume 1,

Na prática, porém, tem-se recorrido a actos executivos – não apenas decisões, mas também regulamentos e directivas -⁵⁷⁷ sem justificação da necessidade de uniformização das condições de execução dos actos juridicamente vinculativos da União. Ou seja, aparentemente não tem havido qualquer preocupação com a explanação dos motivos de afastamento da responsabilidade primeira dos Estados membros em matéria de execução do direito comunitário e da lógica da subsidiariedade subjacente ao artigo 291º do TFUE⁵⁷⁸, algo que deve ser sancionado jurisprudencialmente de modo adequado.

.../..._____

Livro 2, coordenado por Cappelletti, Seccombe e Weiler, Instituto Universitário Europeu, 1985, págs. 134-135.

⁵⁷⁷ Nos casos excepcionais em que o Conselho adopta actos de execução, tem-no feito sob a forma de regulamentos e decisões (v.g., Regulamento de execução (UE) nº 872/2011 do Conselho, de 1 de Setembro de 2011, que dá execução ao artigo 16º, nº 2, do Regulamento (UE) n.º 204/2011, que impõe medidas restritivas tendo em conta a situação na Líbia, Decisão de execução 2011/521/PESC do Conselho, de 1 de Setembro de 2011, que dá execução à Decisão 2011/137/PESC relativa a medidas restritivas tendo em conta a situação na Líbia). Também existem casos, mais raros, de directivas de execução, por exemplo a executar Acordos-Quadro celebrados entre a UE e os parceiros sociais, em domínios de política social, ao abrigo dos artigos 153º e 155º do TFUE (v.g. Directiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de Março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental celebrado entre a BUSINESSSEUROPE, a UEAPME, o CEEP e a CES e que revoga a Directiva 96/34/CE).

⁵⁷⁸ Cfr., por exemplo, Regulamento de execução (UE) nº 1303/2011 da Comissão, de 9 de Dezembro de 2011, relativo à classificação de determinadas mercadorias na Nomenclatura Combinada e Directiva de execução 2011/49/UE da Comissão, de 18 de Abril de 2011, que altera a Directiva 91/414/CEE do Conselho a fim de incluir o pencicurão como substância activa e que altera a Decisão 2008/934/CE da Comissão.

Capítulo IV

Da comitologia

27. Repartição de competências executivas na União: Conselho e Comissão

Conforme clarificou o Tribunal, o artigo 155º do TCEE “dispõe que a Comissão exerce a competência que o Conselho lhe atribua para a execução das regras por ele estabelecidas.

Esta disposição, que é *facultativa*, permite ao Conselho determinar as eventuais modalidades a que ficará subordinado o exercício por parte da Comissão da competência que lhe tenha sido atribuída.”⁵⁷⁹ (itálico nosso)

Superando dúvidas interpretativas, o Tribunal veio defender que o Conselho dispunha do poder de delegar o exercício das suas competências de execução na Comissão ou de o reservar para si, *não havendo, portanto, qualquer obrigação de proceder a essa delegação da execução dos actos que estabelecia.*

Com as alterações introduzidas pelo Acto Único Europeu, o artigo 145º do TCEE (posteriormente, artigo 202º do TCE), terceiro travessão, passou a dispor:

“Tendo em vista garantir a realização dos objectivos enunciados no presente Tratado e nas condições nele previstas, o Conselho:

(...)

— confere à Comissão, nos actos que adopta, as competências de execução das normas que estabelece. O Conselho pode submeter o exercício dessas competências a certas modalidades. O Conselho pode igualmente reservar-se, em casos específicos, o direito de exercer directamente competências de execução. As modalidades acima referidas devem corresponder aos princípios e normas que o

⁵⁷⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster, de 17 de Dezembro de 1970, processo 25/70, nº 9.

Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após parecer do Parlamento Europeu, tenha estabelecido previamente.”

Na leitura jurisprudencial do preceito transcrito, o Conselho⁵⁸⁰ tinha a *obrigação* (e não a mera faculdade) de atribuir “à Comissão, nos actos que adopta, as competências de execução das normas que estabelece”, acabando, por isso, por estabelecer os enquadramentos legislativos básicos, cabendo à Comissão as tarefas de preparação e adopção dos actos de execução desses enquadramentos.⁵⁸¹

Na base deste entendimento, partilhado pelos serviços jurídicos da Comissão, encontrava-se a expressão do Tratado “o Conselho confere à Comissão” as competências de execução das regras que estabelece ao invés de uma terminologia do género “o Conselho pode conferir”...

Na mesma linha, entre nós, Moura Ramos afirmava: “com o Acto Único Europeu (artigo 10º), e no âmbito do tratado CEE, o Conselho passou ainda a atribuir à Comissão, nos actos que adopta, a competência de execução das normas que estabelece. De qualquer modo, se *o Conselho fica assim obrigado a conferir à*

⁵⁸⁰ Conforme o Tribunal afirmou, a referência ao Conselho no terceiro travessão do artigo 202º do TCE (transcrito em texto *supra*), quando a base jurídica do acto a adoptar derivasse do recurso ao procedimento de co-decisão, devia ser interpretada como incluindo o Conselho e o Parlamento Europeu, sob pena de estes, ao co-legislarem, não disporem de base jurídica para conferir poderes de execução à Comissão. Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça, Parlamento/Conselho, de 2 de Outubro de 1997, processo C-259/95, nº 26, e Comissão das Comunidades Europeias contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, de 21 de Janeiro de 2003, processo C-378/00, nº 40, e, na doutrina, KOEN LENAERTS/ VERHOEVEN, “Towards a legal framework for executive rule-making in the EU? The contribution of the new comitology decision”, in *Common Market Law Review*, 2000, pág. 655. Não se acolheu, assim, e bem, a posição do Conselho, o qual recusava a interpretação acabada de referir com base na manutenção da redacção do artigo 202º do TCE nas revisões do Tratado de Amesterdão e Nice. *Vide* GREGOR SCHUSTERSCHITZ e SABINE KOTZ, “The comitology reform of 2006 – Increasing the powers of the European Parliament without changing the treaties”, in *European Constitutional Law Review*, 3, TMC Asser Press, 2007, pág. 78.

⁵⁸¹ Na jurisprudência, cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça Comissão vs Conselho, de 24 de Outubro de 1989, processo C-16/88, nº 10, República Federal da Alemanha vs Comissão, de 27 de Outubro de 1992, processo C-240/90, nº 39.

Comissão exercício desta competência, em regra geral, ele pode, nos termos da mesma disposição reservar-se em certos casos o direito de exercer directamente as competências de execução.”⁵⁸² (itálico nosso)

Assim, segundo o Tribunal e a melhor doutrina, o Conselho só em casos específicos podia reservar-se o exercício directo de competências de execução, decisão que tinha de ser devidamente fundamentada e se resumia a matérias particularmente sensíveis.⁵⁸³

Neste sentido, o artigo 1º, § 1, da Decisão Comitologia⁵⁸⁴ estabelecia expressamente:

“Com excepção dos casos específicos fundamentados em que o acto de base reserva ao Conselho o direito de exercer directamente determinadas competências de execução, estas são atribuídas à Comissão nos termos do disposto para o efeito no acto de base.”

Da excepcionalidade do exercício das competências de execução pelo Conselho e da necessidade de fundamentação circunstanciada das razões para não delegar essas competências, não podia, todavia, concluir-se pela ideia de as competências executivas serem retiradas a esta instituição.

Conforme resultava do artigo 211º, terceiro travessão do TCE, a Comissão, a fim de garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum, “exerce a competência *que o Conselho lhe atribua* para a execução das regras por ele estabelecidas”. (itálico nosso)

⁵⁸² Vide MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia...*, cit., pág. 30.

⁵⁸³ Nas palavras do Tribunal, “desde as alterações introduzidas no artigo 145.º pelo Acto Único Europeu [posteriormente artigo 202º do TCE], o Conselho só em casos específicos pode reservar-se o exercício directo de competências de execução, decisão que deve fundamentar de forma circunstanciada.” Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Comissão contra Conselho, de 24 de Outubro de 1989, processo C-16/88, nº 10.

⁵⁸⁴ V.g. Decisão 1999/468/CE, de 28 de Junho de 1999.

Numa palavra: à luz das disposições relevantes do TCE, o Conselho permanecia como titular do poder executivo em sede europeia, embora a possibilidade de esta instituição exercer directamente esse poder se limitasse a “casos específicos”, excepcionais, pois cabia, normalmente, à Comissão o desenvolvimento das competências centralizadas de execução.

28. Repartição de competências executivas na União: reserva de competências pelo Conselho

Com o Conselho obrigado a justificar devidamente as excepções à regra segundo a qual, ao nível comunitário, compete, em princípio, à Comissão adoptar medidas de execução, importa concretizar a amplitude admissível da reserva de competências executivas a favor daquela instituição.

Desde logo, o Conselho está obrigado a justificar devidamente a reserva de execução em função da natureza e do conteúdo do acto de base a adoptar ou a alterar, tendo, por conseguinte, de demonstrar a especificidade da natureza e do conteúdo do poder de execução justificativos da reserva do respectivo exercício por excepção à competência de princípio da Comissão na matéria.

Em razão do que a fundamentação deve não só indicar os motivos de facto e de direito que levaram o Conselho a tomar a decisão de se reservar as competências de execução - isto é, no essencial, o objectivo prosseguido por esta instituição⁵⁸⁵, mas também a razão pela qual convém que seja ele, e não a Comissão, a exercer excepcionalmente essas competências.⁵⁸⁶

Não basta, assim, ao Conselho estabelecer um quadro de aplicação geral para o exercício das competências de execução, porquanto tal é contrário ao pró-

⁵⁸⁵ Cfr. acórdão do Tribunal Reino Unido/Conselho, de 19 de Novembro de 1998, processo C-150/94, n.º 26.

⁵⁸⁶ Cfr. conclusões do Advogado-Geral P. Léger no acórdão do Tribunal Comissão/Conselho, de 18 de Janeiro de 2005, processo C-257/01, n.º 54.

prio carácter excepcional da reserva destas competências que todo um domínio seja abrangido, podendo mesmo constituir violação do equilíbrio institucional.⁵⁸⁷

No entanto, o Tribunal já admitiu considerações “gerais e sucintas”, quando analisadas “no contexto em que devem ser inseridas”, como suficientes para a justificação da reserva de execução prevista a favor do Conselho,⁵⁸⁸ numa opção fortemente reveladora da contenção judicial em *domínios de grande sensibilidade política* (políticas de vistos e de fronteiras).

29. Exercício de competências executivas pela Comissão: a comitologia

Havendo delegação de competências de execução (*lato sensu*) na Comissão, estas podem ser modeladas legislativamente, porquanto nada no Tratado impede o Conselho de precisar as linhas directrizes a seguir pela autoridade encarregada da execução; se, enquanto acto de direito derivado, a Decisão Comitologia não pode acrescer às regras do Tratado, “as quais não obrigam o Conselho a especificar os elementos essenciais da competência de execução delegada na Comissão”⁵⁸⁹, como bem nota Jean Paul Jacqué, “se nada obriga o Conselho a fornecer tais precisões, nada o impede de o fazer”⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ *Idem*, n.ºs 67 a 70. Na mesma linha, cfr. conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro no acórdão do Tribunal Parlamento/Conselho, de 6 de Maio de 2008, processo C-133/06, n.ºs 20-22.

Como explica Koen Lenaerts, nos casos específicos em que o Conselho pode reservar-se funções executivas “o princípio da separação de poderes encontra-se no seu ponto mais baixo, uma vez que um ramo legislativo actua como executivo.” *Vide* KOEN LENAERTS, “Some reflection on the separation of powers in the European Community”, in *Common Market Law Review*, volume 28, n.º 1, 1991, pág. 31.

⁵⁸⁸ Cfr. acórdão do Tribunal Comissão/Conselho, de 18 de Janeiro de 2005, processo C-257/01, n.º 53.

⁵⁸⁹ Cfr. acórdão do Tribunal República Federal da Alemanha *vs* Comissão, de 27 de Outubro de 1992, processo C-240/90, n.º 42.

⁵⁹⁰ *Vide* JEAN PAUL JACQUÉ, “Introduction: pouvoir législatif et exécutif...”, *cit.*, pág. 42.

Ao prever-se a possibilidade de o Conselho submeter o exercício dessas competências de execução a certas modalidades,⁵⁹¹ forneceu-se a base formal para o desenvolvimento da denominada *comitologia*, sistema que obriga a Comissão a cooperar com os representantes das administrações nacionais no âmbito do controlo da execução (*maxime* normativa) dos actos comunitários.⁵⁹²

⁵⁹¹ Cfr. artigo 145º do TCEE (posteriormente, artigo 202º do TCE), terceiro travessão.

⁵⁹² Excluídos desta noção de comitologia *stricto sensu* (*Komitologie, comitologie*), ficam, por exemplo, o Comité Económico e Social (cfr. artigo 301º e ss do TFUE), o Comité das Regiões (cfr. artigo 305º e ss do TFUE), o COREPER (Comité de Representantes Permanentes), os comités especializados do Parlamento Europeu, os comités consultivos criados por iniciativa da Comissão e “os procedimentos específicos dos comités, criados no âmbito da execução da política comercial comum e das regras de concorrência previstas nos Tratados” (cfr. considerando 12 da Decisão Comitologia).

Sobre os comités de consulta ou grupos de *experts* de aconselhamento da Comissão, *vide* TORBJÖRN LARSSON e JAN MURK, “The Commission’s relations with expert advisory groups”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 64 e ss; para uma visão geral dos grupos de trabalho do Conselho de Ministros, *vide* EVE FOUILLEUX, JACQUES DE MAILLARD e ANDY SMITH, “Council working groups: spaces for sectorized European policy deliberation”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 96 e ss; em especial, sobre os comités de alto nível e grupos de trabalho no domínio da Política Externa e de Segurança Comum, *vide* SIMON DUKE, “The role of committees and working groups in the CFSP area”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 120 e ss; sobre os trabalhos dos comités parlamentares e a sua influência no processo decisório da União, *vide* CHRISTINE NEUHOLD e PIERPAOLO SETTEMBRI, “The role of European Parliament committees in the EU policy-making process”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 152 e ss.

De acordo com dados compilados pela Comissão Europeia relativos a 2008, existem 236 comités de comitologia (em sentido estrito), pelos quais passam cerca de 60% dos regulamentos, directivas e decisões adoptados pela Comissão, isto é, 45% a 50% de todos os actos adoptados pela União.

.../...

Actualmente, *face à redacção do artigo 291º, nº 2, do TFUE (“conferirão”)*⁵⁹³, a Comissão parece passar de mera delegatária de princípio para verdadeira titular jurídica da competência executiva comunitária, “quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos actos juridicamente vinculativos da União”.⁵⁹⁴ Tal como no artigo 290º do TFUE, porém, a Comissão não exerce uma competência própria e originária, antes exerce um poder que não lhe pertence, sujeito, por isso, a limitações⁵⁹⁵, destacando-se no âmbito do artigo 291º do TFUE a comitologia.

29.1. Comitologia: origens e definição

Com início na década de 60, a comitologia promoveu então relevante colaboração entre as administrações dos Estados membros e entre estas e a Comissão ao nível da execução de medidas comunitárias no âmbito da Política Comercial Comum, da Política Agrícola Comum ou em matéria de liberdade de circulação de bens e permitiu ao Conselho focar-se na tarefa de legislar, delegando (mais) poderes de execução na Comissão, sem perder demasiado controlo sobre esta.⁵⁹⁶

.../..._____

Para maiores desenvolvimentos, *vide* GIJS JAN BRANDSMA, *Backstage Europe – Comitology, accountability and democracy in the European Union*, Arnhem, 2010, pág. 16.

⁵⁹³ Dispõe o artigo 291º, nº 2, do TFUE: “Quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos actos juridicamente vinculativos da União, estes *conferirão* competências de execução à Comissão ou, em casos específicos devidamente justificados e nos casos previstos nos artigos 24º e 26º do Tratado da União Europeia, ao Conselho.” (itálico nosso)

⁵⁹⁴ Neste sentido, *vide* OLIVIER DUBOS, “Les instruments d’exécution au niveau proprement communautaire: l’acte unilatéral et ses déclinaisons”, in *L’ exécution du droit de l’Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direcção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009, pág. 74.

⁵⁹⁵ Cfr. artigos 290º, nº 2, e 291º, nº 3, do TFUE.

⁵⁹⁶⁵⁹⁶ Para um breve *excursus* histórico sobre a longa história da comitologia no direito comunitário, *vide* ALAN HARDACRE & MICHAEL KAEDING, “Delegated and implementing acts: ‘new comitology’”, in *How the EU institutions work and...how to work with the EU institutions*, coordenado por Alan Hardacre, John Harper publishing, 2011, págs. 186-205, e LUIGI COSTATO, “La comitologia dopo Lisbona”, in *Rivista di diritto agrario*, fascículo 1, 2010, págs. 128-136. Em particular

.../...

Claude Blumann definia a comitologia como “mais do que uma instituição, ou mesmo um dispositivo orgânico, [a comitologia] deve ser compreendida como uma prática institucional própria do direito comunitário, que vem inserir-se nas complexas e frequentemente conflituosas relações entre a Comissão e o Conselho”⁵⁹⁷ (parêntesis nosso)

Apresentada pela doutrina, a comitologia – termo cunhado, possivelmente, pela burocracia de Bruxelas e inexistente nos dicionários de português – não é, nem nunca foi, definida pelos Tratados ou pelo direito derivado. Na jurisprudência, contudo, o TPI, em matéria de acesso aos documentos, referiu-se a estes comités como, “grupos de trabalho criados (...) para assistir a Comissão no exercício das competências que lhe são delegadas”, considerando “que, para efeitos da regulamentação comunitária em matéria de acesso aos documentos, os comités de comitologia integram-se na própria Comissão.”⁵⁹⁸

*Com o Tratado de Lisboa, a noção de comitologia tem de ser revista: mais do que instrumento destinado a regular relações horizontais ou interinstitucionais, em função de a competência para a execução dos actos juridicamente vinculativos da União residir primeiro nos Estados membros e só residualmente, quando o princípio da uniformidade do direito da União o impuser, na Comissão,⁵⁹⁹ a comitologia enquadra-se fundamentalmente no coração de interacções verticais, entre os Estados e a União⁶⁰⁰, no seio do hodierno contexto de “fusão” das admi-
.../...*

sobre as origens e o papel da comitologia na PAC, vide DANIELE BIANCHI, *De Comitibus l'origine et le role de la comitologie dans la Politique Agricole Commune ou la Chain*, L'Harmattan, Paris, 2012.

⁵⁹⁷ Vide CLAUDE BLUMANN, “Comitologie”, in *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, coordenado por Ami Barav e Christian Philip, PUF, 1993, pág. 193.

⁵⁹⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) de 19 de Julho de 1999, Rothmans International BV contra Comissão das Comunidades Europeias, nºs 60 e 62.

⁵⁹⁹ Cfr. artigo 291º do TFUE.

⁶⁰⁰ Nas palavras de Claude Blumann, “a comitologia representa um traço de união, uma articulação, um interface entre todos estes actores. Um interface horizontal entre, por um lado, os dois executivos da União, um interface vertical, por outro lado, entre a execução ao nível da União e a execução ao nível dos Estados membros.” Vide CLAUDE BLUMANN, “Comitologie et administrati-
.../...

nistrações nacionais e europeia⁶⁰¹, da *administração multinível* tão em voga na *governança europeia*.

29.2. Comitologia: consolidação e alargamento

No *acórdão Köster*, em 1970, o Tribunal de Justiça sancionou o regime comitológico existente, ao afirmar: “tanto o sistema normativo do Tratado, reflectido nomeadamente no artigo 155º, último travessão [posteriormente, artigo 211º do TCE], como a prática constante das instituições comunitárias, estabelecem, em conformidade com as concepções jurídicas prevalecentes em todos os Estados membros, uma distinção entre as medidas fundadas directamente no próprio Tratado e o direito derivado destinado a assegurar a sua execução.”⁶⁰² (parêntesis nosso)

Mais do que reconhecer uma prática consolidada, posição alterada posteriormente a propósito da admissibilidade de bases jurídicas derivadas⁶⁰³, o Tribunal, ao comparar esta realidade com a clássica distinção nacional entre legislação e execução, abriu caminho à *constitucionalização do regime comitológico*, formalizada com a introdução do artigo 202º, terceiro travessão, do TCE.

Na verdade, da distinção entre as medidas fundadas directamente no próprio Tratado e o direito derivado destinado a assegurar a sua execução, o Tribunal concluiu não se poder exigir que todos os detalhes dos regulamentos relativos à Política Agrícola Comum fossem estabelecidos pelo Conselho, bastando a este definir os elementos essenciais da matéria no acto de base, podendo os actos de execução ser adoptados segundo um processo diferente pelo próprio Conselho ou

.../..._____

on indirecte”, in *L'exécution du droit de l'Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direcção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009, pág. 143.

⁶⁰¹ Vide WOLFGANG WESSELS, “Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system”, in *Journal of European Public Policy*, volume 5, Issue 2, 1998, págs. 209-234.

⁶⁰² Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster, de 17 de Dezembro de 1970, processo 25/70, nº 6.

⁶⁰³ Cfr. nº 33.

pela Comissão, ao abrigo da delegação de competências prevista no artigo 155º do TCEE, último travessão (posteriormente, artigo 211º do TCE).⁶⁰⁴

Deste modo, o Tribunal considerou um “comité de gestão” compatível com a estrutura comunitária e o equilíbrio institucional,⁶⁰⁵ com o seguinte raciocínio: o artigo 155º do TCEE (depois, artigo 211º do TCE), ao dispor que a Comissão exerce a competência que o Conselho lhe atribua para a execução das regras por ele estabelecidas, era uma disposição facultativa, a qual permitia ao Conselho determinar as eventuais modalidades de exercício por parte da Comissão da competência que lhe tenha sido atribuída.

Ora, o processo dito “do comité de gestão” fazia parte das modalidades às quais o Conselho pode, legitimamente, subordinar a delegação de competência à Comissão, cabendo ao referido comité assegurar uma consulta permanente a fim de orientar a Comissão no exercício dos poderes que lhe eram atribuídos pelo Conselho e permitir a este substituir-se à Comissão, isto é, o comité de gestão não teria, pois, competência para tomar uma decisão em substituição da Comissão ou do Conselho.

Desta forma, sem pôr em causa a estrutura comunitária e o equilíbrio institucional, o mecanismo do comité de gestão permitia ao Conselho atribuir à Comissão poderes de execução de considerável alcance sob reserva da eventual avocação da decisão.⁶⁰⁶

Numa palavra: com a jurisprudência do Tribunal e o Acto Único Europeu, procedeu-se à institucionalização de prática originariamente temporária e fundada num pragmatismo de base casuística,⁶⁰⁷ com o sistema comitológico a alargar o

⁶⁰⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster, de 17 de Dezembro de 1970, processo 25/70, nº 6.

⁶⁰⁵ *Idem*, nº 10.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, nº 9.

⁶⁰⁷ Até à entrada em vigor da reforma operada pelo Acto Único Europeu, com a consagração do artigo 202º, § 3, do TCE (ex-artigo 145º do TCEE), os procedimentos comitológicos, fundavam-se em bases *ad hoc*, apesar de o artigo 211º do TCE (ex-artigo 155º do TCEE) sempre ter permitido ao Conselho delegar poderes na Comissão. Para maiores desenvolvimentos, *vide* WALDEMAR

seu âmbito de aplicação às mais diversas políticas europeias onde eram delegados poderes executivos (*lato sensu*) à Comissão.

29.3. Sentido da comitologia e emergência das agências europeias

No fundo, a comitologia acaba por revelar o *pragmatismo*, melhor, o *realismo* do processo da integração europeia, ao conciliar a administração supranacional com o controlo dos entes estaduais e assim permitir que a legislação europeia seja executada pelas administrações dos Estados membros sem problemas de maior.

Na verdade, a presença de representantes nacionais em comités presididos pela Comissão permite, do ponto de vista institucional e prático, coordenar os níveis legislativo e executivo, aprofundando a confiança mútua entre instituições comunitárias e Estados membros. Na expressão de Daniele Bianchi, “a presença dos Estados membros no seio dos comités presididos pela Comissão constitui a chave do dispositivo.”⁶⁰⁸

No entanto, em geral, os comités de comitologia não devem ser compreendidos apenas como *gatekeepers* dos interesses nacionais (sobretudo na medida em que estejam em desacordo com as propostas da Comissão...), arenas de negociação intergovernamental, “Conselhos de Ministros em miniatura”, meios de controlo da Comissão pelos Estados membros⁶⁰⁹, mas também enquanto *fora de experti-...*

HUMMER, “Die ‘Komitologie’ – das ‘unbekannte Wesen’ – Reform und zukünftige Entwicklung der ‘delegierten Rechtsetzung’ durch die Europäische Kommission”, in *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung, Festschrift für Peter Fischer*, coordenado por Köck/Lengauer/Ress, 2004, pág. 124.

⁶⁰⁸ Vide DANIELE BIANCHI, “La comitologie est morte!...”, *cit.*, págs. 80-81.

⁶⁰⁹ Vide JENS BLOM-HANSEN e GIJS JAN BRANDSMA, “The EU comitology system: intergovernmental bargaining and deliberative supranationalism?”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 47, nº 4, 2009, Blackwell, págs. 719-740. Em sentido próximo, Guenther F. Schaefer e Alexander Türk notam que “o funcionamento dos comités mostra que os Estados membros podem ter considerável influência no conteúdo final de um acto de execução. *Em alguns casos é difícil atribuir a responsabilidade de um acto à Comissão*, quando de facto o acto surge como resultado

se em que a persuasão e os argumentos conduzem à resolução eficiente de problemas técnicos, num contexto de *supranacionalismo deliberativo*⁶¹⁰, a possibili-

.../..._____

de um esforço conjunto da Comissão e dos Estados membros para alcançar um compromisso mutuamente aceitável.” (itálico nosso) Vide GUENTHER F. SCHAEFER e ALEXANDER TÜRK, “The role of implementing committees”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 196.

⁶¹⁰ A expressão de “supranacionalismo deliberativo” deve-se a C. Joerges e J. Neyer. Nas suas palavras, os representantes estaduais “lentamente evoluem de representantes dos interesses nacionais para representantes de um discurso interadministrativo europeizado no qual a aprendizagem mútua e a compreensão das dificuldades dos outros relativamente à implementação de standards se tornam de importância central.” Vide C. JOERGES e J. NEYER, “From intergovernmental bargaining to deliberative political processes: the constitutionalization of comitology”, in *European Law Journal*, volume 3, 1997, pág. 291.

Em termos impressivos, Martin Shapiro contesta a lógica de que “se o Conselho é o ponto de encontro dos Estados membros, então os comités com poderes legislativos delegados pelo Conselho devem ser também o ponto de encontro dos Estados membros.” Segundo o autor, “o que esta lógica não compreende realmente é que quando os delegados não são políticos eleitos nacionalmente mas sim especialistas técnicos nacionais (...), não é o nacionalismo mas o profissionalismo que provavelmente dominará as reuniões.” Vide MARTIN SHAPIRO, “‘Deliberative’, ‘independent’ technocracy v. democratic politics: will the globe echo the EU?”, in *Law and Contemporary Problems*, volume 68, nºs 3 e 4, 2005, pág. 349.

Na mesma linha, Renaud Dehousse fala numa evolução do papel dos comités de comitologia de meio de controlo da Comissão pelos Governos nacionais para entidades muito mais autónomas, com um estilo de decisão baseado no consenso mais do que nas negociações diplomáticas entre representantes dos Estados membros, a levantar problemas (novos) quanto a saber quem representam e a quem prestam contas. Vide RENAUD DEHOUSSE, “Comitology: who watches the watchmen?”, in *Journal of European Public Policy*, volume 10, Issue 5, págs. 798-799.

Também Deidre Curtin refere uma “‘autonomia’ de facto de muitos comités de comitologia”, criticando os juristas por se limitarem à “posição formal de que as suas [dos comités de comitologia] decisões são ‘adoptadas’ em sentido formal pela Comissão”, ignorando assim “a realidade mais política e sociológica de que tais comités encontram-se de facto a exercer, por vezes, verdadeiros poderes reais de uma maneira que não pode ser directa e explicitamente controlada.” Vide DEIDRE CURTIN, *Executive power of the European Union – Law, practices, and the living constitution*, Oxford University Press, 2009, págs. 120-121.

tar um espírito de confiança recíproca entre as esferas supranacional e governamentais.⁶¹¹

De qualquer modo, perspectivada a comitologia como arena de projecção de interesses nacionais, julgamos que *a moda das agências europeias e o actual esbatimento da importância dos comités de comitologia se devem, fundamentalmente, ao maior controlo exercido pelos Estados membros sobre o Conselho de Administração daquelas, relativamente a estes comités.*⁶¹²

Não implicando a criação de agências europeias necessariamente a extinção dos comités de comitologia, podendo mesmo haver complementaridade entre ambas as entidades⁶¹³, afirma Sebastian Krapohl: “as agências são estabelecidas

⁶¹¹ No sentido de que, via de regra, os comités de comitologia reflectem traços de uma versão tecnocrática da democracia deliberativa e simultaneamente de arenas de negociação intergovernamental, *vide* JENS BLOM-HANSEN, “The EU comitology system: taking stock before the new Lisbon regime”, in *Journal of European Public Policy*, 18:4, Junho 2011, pág. 612, e PAUL CRAIG, “Institutions, power, and institutional balance”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 49-50.

⁶¹² Nas palavras de Martijn Groenleer, “os Estados membros no Conselho esperavam exercer maior controlo sobre a implementação das políticas da UE através da criação das agências do que em situações em que a Comissão estivesse na liderança, como nos comités de ‘comitologia’. As agências poderiam traduzir-se numa ‘re-nacionalização’ de tarefas previamente delegadas a um patamar supranacional de duas formas: os conselhos de administração das agências seriam largamente compostos por representantes dos Estados membros e os comités científicos das agências, compostos por especialistas designados pelas agências nacionais, fariam muito do actual trabalho.” *Vide* MARTIJN GROENLEER, “Autonomous agencies of the European Union as non-State actors”, in *The Ashgate Research Companion to Non-State Actors*, coordenado por Bob Reinalda, Ashgate, 2011, pág. 119.

Acrescenta, porém, o autor: “o desenvolvimento das agências na prática significou com frequência que os processos das políticas da UE permanecem mais ou menos intactos, com os Estados membros, por exemplo, a controlar as agências da UE de forma similar à que controlavam os comités de comitologia ou as redes de reguladores europeus.” *Idem*, pág. 129.

⁶¹³ As agências europeias são mesmo definidas por alguns autores como “instrumentos que têm crucial autoridade normativa para as fases subsequentes à produção da decisão ao nível da comitologia, especialmente em áreas caracterizadas pelos altos níveis de *expertise* científica e técnica, incerteza e complexidade de objectivos.” *Vide* SUSANA BORRÁS, CHARALAMPOS KOUTALAKIS e

em áreas de políticas sensíveis para substituir o tradicional sistema de comités enquanto instituição reguladora principal da UE”, constituindo, por exemplo, as agências europeias dos medicamentos e dos alimentos verdadeiras “sucessoras dos comités da UE nas respectivas áreas. Como resultado, a configuração das agências é influenciada por uma forte dependência e a maior parte das estruturas institucionais do sistema de comités foram subsumidas nas agências.”⁶¹⁴

Na verdade, profundamente revelador de que as agências europeias têm as suas origens nos comités de comitologia é o facto de a composição dos Conselhos de Administração daquelas ser normalmente dominado por representantes dos Estados membros, assegurando-se assim a influência dos interesses nacionais existente no clássico sistema comitológico.

Mas se a comitologia podia ser entendida como *longa manus* do Conselho no controlo da actividade executiva desenvolvida pela Comissão, com inconvenientes em termos de eficiência e de preservação do sistema de *checks and balances* do processo decisório previsto nos tratados comunitários,⁶¹⁵ *o predomínio dos representantes dos Estados membros nas agências europeias parece ultrapassar esses receios e reforçar o próprio princípio da subsidiariedade.*

30. Procedimentos comitológicos

30.1. 1ª Decisão Comitologia (breve referência)

Após a consagração formal operada com o Acto Único Europeu (artigo 145º do TCEE, posteriormente artigo 202º do TCE), a utilização da comitologia
.../..._____

FRANK WENDLER, “European agencies and input legitimacy: EFSA, EMA and EPO in the post-delegation phase”, in *European Integration*, volume 29, nº 5, Dezembro 2007, pág. 584.

⁶¹⁴ Vide SEBASTIAN KRAPOHL, “Credible commitment in non-independent regulatory agencies: a comparative analysis of the european agencies for pharmaceuticals and foodstuffs”, in *European Law Journal*, Volume 10, nº 5, Setembro 2004, pág. 527.

⁶¹⁵ Mais desenvolvidamente, vide GIANLUCA D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’ Unione Europea*, Cedam, Pádua, 1998, págs. 118-124.

expandiu-se tendo sido codificadas as regras e modalidades de exercício das competências de execução pela Comissão na Decisão do Conselho 87/373/CEE, de 13 de Julho de 1987.

Para além das medidas de salvaguarda, previam-se então três tipos de comités para assistir e controlar a acção da Comissão:

- 1) no *procedimento consultivo* o comité limitava-se a emitir opinião, a qual devia ser tida em conta pela Comissão mas não era vinculativa;
- 2) no *procedimento de gestão* a opinião desfavorável do comité relativamente às medidas adoptadas pela Comissão conduzia à *possibilidade* (1ª variante) ou à *obrigação* (2ª variante) de esta sustentar a aplicação dessas medidas por um certo período, durante o qual o Conselho podia decidir diferentemente por maioria qualificada;⁶¹⁶
- 3) no *procedimento de regulamentação*, na ausência de parecer ou no caso de este ser desfavorável às propostas de medidas da Comissão, previa-se o dever de estas propostas serem submetidas a apreciação e decisão do Conselho, por maioria qualificada, durante um certo período. Se, decorrido este lapso temporal, o Conselho não actuasse, a Comissão podia adoptar as medidas propostas (*procedimento filet*), podendo ainda em certos casos o Conselho decidir por maioria simples contra as medidas entretanto adoptadas pela Comissão (*procedimento contre-filet*).

⁶¹⁶ No acórdão Köster o Tribunal negou a desconformidade do procedimento do comité de gestão face às regras do Tratado. Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster, de 17 de Dezembro de 1970, processo 25/70, nº 9. No mesmo sentido, confirmando a legalidade dos comités de gestão, cfr. acórdão Rey Soda vs Cassa Conguaglio Zucchero, de 30 de Outubro de 1975, processo 23/75. Sobre estes e outros acórdãos do Tribunal a considerar improcedentes várias objecções relativamente à comitologia, vide ALEXANDER TÜRK, “The role of the European Court of Justice in the area of comitology”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 227 e ss.

Para além de não se delimitarem critérios para a escolha dos procedimentos comitológicos, deixando-se esta sujeita à discricção política, a Decisão Comitologia de 1987, como explica Ellen Vos, “falhou na resolução das controvérsias emergentes entre as instituições da UE. Em especial, a Comissão e o Parlamento estavam preocupados em ver incluído na Decisão o procedimento comitológico da regulamentação (em particular a variante *contre-filet*) (...). Mais, a Comissão estava particularmente insatisfeita com os novos arranjos para o exercício dos seus poderes de execução porque na prática o Conselho, contrariamente à sua promessa de conferir ao procedimento consultivo lugar primacial na política de Mercado Interno, aparecia quase sistematicamente a substituir as propostas da Comissão a esse respeito pelo procedimento de regulamentação.”⁶¹⁷

30.2. 2ª e 3ª Decisões Comitologia

A Decisão do Conselho 87/373/CEE veio a ser posteriormente reformada pela Decisão 1999/468/CE, de 28 de Junho de 1999 (2ª Decisão Comitologia), entretanto alterada pela Decisão 2006/512/CE, de 17 de Julho de 2006 (3ª Decisão Comitologia).

Deste modo, ao abrigo da Decisão 1999/468/CE, com as modificações operadas em 2006, eram os seguintes os procedimentos de comité destinados a assegurar o acompanhamento pelo legislador europeu das competências de execução desenvolvidas pela Comissão: de gestão, de regulamentação, de regulamentação com controlo, consultivo e de salvaguarda.

⁶¹⁷ Vide ELLEN VOS, “Fifty years of european integration, forty-five years of comitology”, in *Fifty years of European integration – foundations and perspectives*, coordenado por Andrea Ott e Ellen Vos, T-M-C- Asser Press, Haia, 2009, pág. 38.

30.2.1. Selecção do comité

A fim de se conseguir uma maior coerência e previsibilidade na escolha do tipo de comité, previam-se critérios para a escolha dos procedimentos de comité, *critérios de natureza não obrigatória, com excepção dos que regem o procedimento de regulamentação com controlo*.⁶¹⁸

Nos termos do artigo 2º, nº 1, da Decisão Comitologia de 1999, tal como alterada em 2006, devia optar-se

- 1) pelo *procedimento de gestão*, quanto a medidas de gestão como as relativas à execução da política agrícola comum e da política comum da pesca, ou à execução de programas com implicações orçamentais significativas (cfr. considerando 6 e artigos 2º, nº 1, alínea a), e 4º da Decisão 1999/468/CE);
- 2) pelo *procedimento de regulamentação*, quanto às medidas de alcance geral destinadas a aplicar os elementos essenciais dos actos de base, incluindo as medidas de protecção da saúde ou segurança das pessoas, dos animais ou das plantas, bem como as medidas destinadas a adaptar ou actualizar determinadas disposições não essenciais de um acto de base (cfr. considerando 7 e artigos 2º, nº 1, alínea b), e 5º da Decisão 1999/468/CE);
- 3) pelo *procedimento de regulamentação com controlo*, quanto às medidas de alcance geral que tenham por objecto alterar elementos não essenciais de um acto aprovado nos termos do artigo 251º do Tratado (actual artigo 294º do TFUE), nomeadamente suprimindo alguns desses elementos ou completando o acto mediante o aditamento de novos elementos não essenciais (cfr. considerando 7-A e artigos 2º, nº 2, e 5º-A da Decisão 1999/468/CE)⁶¹⁹;

⁶¹⁸ Cfr. considerando 5 da Decisão Comitologia, tal como reformada em 2006.

⁶¹⁹ Frequentemente, Conselho, Parlamento Europeu e Comissão envolviam-se em discussões difíceis sobre a verificação dos requisitos de aplicação do artigo 5º-A da decisão Comitologia, *maxime*

- 4) pelo *procedimento consultivo*, aplicável em todos os casos em que seja considerado como o mais apropriado (cfr. considerando 8 e artigos 2º, nº 1, alínea c), e 3º da Decisão 1999/468/CE);
- 5) pelo *procedimento de salvaguarda*, aplicável quando o acto de base atribua à Comissão competência para decidir sobre medidas de salvaguarda (cfr. artigo 6º da Decisão 1999/468/CE);

Deste modo, em função do domínio material e do tipo de execução visada (individual e concreta, normativa), cabe ao legislador, no acto de habilitação, escolher um dos comités previstos *supra* para efeitos de enquadramento da execução desse acto,⁶²⁰ sendo obrigatório, desde 2006, o recurso ao procedimento de regulamentação com controlo quando preenchidos os requisitos do artigo 2º, nº 2, da Decisão Comitologia.

No entanto, conforme o Tribunal teve ocasião de salientar, o facto de os critérios definidos no artigo 2º, nº 1, da Decisão Comitologia não terem carácter vinculativo não exclui a produção de certos efeitos jurídicos por essa disposição, nomeadamente impondo-se um dever de fundamentação ao legislador comunitário quando este, na escolha de um procedimento de comité, se afasta dos critérios enunciados.⁶²¹

.../..._____

sobre saber se estaria em causa a alteração de “elementos não essenciais de um acto”, levando Adriane Héritier e C. Moury a considerarem o procedimento de regulamentação com controlo como um outro elemento de negociação da co-decisão. *Vide* ADRIANE HÉRITIER e C. MOURY, *Contested delegation: the impact of codecision on comitology*, *EUI Working papers*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2009/64, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2010. Atendendo ao alargamento dos poderes parlamentares previstos no artigo 290º do TFUE e à definição *ad-hoc* sobre a configuração de cada acto delegado, é previsível que os debates interinstitucionais sobre o preenchimento em concreto das condições de aplicabilidade do artigo 290º do TFUE se agudizem.

⁶²⁰ Cfr. artigo 1º da Decisão Comitologia, tal como alterada em 2006.

⁶²¹ Cfr. acórdão do Tribunal Comissão/Parlamento Europeu e Conselho, de 21 de Janeiro de 2003, processo C-378/00, nºs 50 e 55.

Na verdade, se os critérios aplicáveis à escolha do procedimento de comité foram definidos pela referida decisão a fim de se conseguir uma maior coerência e previsibilidade na escolha do tipo de comité, esse objectivo ficaria comprometido se o legislador comunitário pudesse, aquando da adopção de um acto de base concesso de competências de execução à Comissão, afastar-se dos critérios definidos pela Decisão Comitologia sem ter de expor as razões que o levaram a tal.⁶²²

30.2.2. Modalidades de comités

Em qualquer procedimento de comitologia ressalta a colaboração entre a Comissão e os representantes das administrações nacionais na delimitação das medidas de implementação, sendo variáveis, essencialmente, apenas os efeitos da tomada de posição do comité em causa sobre os termos de prossecução do projecto apresentado pela Comissão⁶²³.

Enquanto no procedimento consultivo a Comissão *toma na melhor conta o parecer do comité*, com o dever de este ser informado por aquela instituição do modo como esse parecer foi tomado em consideração,⁶²⁴ no procedimento de gestão a Comissão, podendo aprovar medidas imediatamente aplicáveis, no caso de

⁶²² *Idem*, nºs 53 e 54.

⁶²³ Quando a legislação europeia prevê o recurso a procedimentos comitológicos, a Comissão é *obrigada* a apresentar o projecto das medidas de execução ao comité relevante, sob pena de poder ser intentada uma acção por incumprimento, nos termos do (actual) artigo 265º do TFUE. Aceitar o contrário implicaria, em nossa opinião, uma violação do princípio da União de direito, porquanto a inacção da Comissão implicaria a impossibilidade de reacção judicial dos interessados. Trata-se de questão ainda não resolvida pelos tribunais comunitários, uma vez que a Comissão, invocando argumentos de natureza formal para se opôr à admissibilidade da proposição da acção por incumprimento, tem acabado por apresentar o projecto das medidas de execução ao comité de comitologia, assim dando lugar à inutilidade superveniente da lide e obstando a uma pronúncia judicial sobre a questão (cfr. Intervet, processo T-212/99, CEVA, processo T-344/00 e 345/00, e, mais recentemente, Pioneer Hi-Bred International /Comissão, processo T-139/07). Na doutrina, *vide* JOHN TEMPLE LANG/COLIN RAFTERY, “Remedies for the Commission’s failure to act in ‘comitology’ cases”, in *European Law Review*, 36 (2), 2011, págs. 264-275.

⁶²⁴ Cfr. artigo 3º da Decisão Comitologia, tal como alterada em 2006.

desconformidade destas com o parecer do comité, deve comunicar essas medidas imediatamente ao Conselho e, eventualmente, diferir a sua aplicação por um prazo a fixar em cada acto de base, mas nunca superior a três meses a contar da data da comunicação, porquanto o Conselho, por maioria qualificada, pode tomar uma decisão diferente nesse mesmo prazo.⁶²⁵

No procedimento de regulamentação a Comissão aprova as medidas projectadas *se forem conformes com o parecer do comité*, ou, *em caso de desconformidade das medidas projectadas com o parecer do comité*, ou *na falta de parecer*, a Comissão apresenta imediatamente ao Conselho uma proposta relativa às medidas a tomar, informando o Parlamento Europeu.

Conforme considerar adequado, *o Conselho pode deliberar* por maioria qualificada sobre a proposta, num prazo a fixar em cada acto de base, mas nunca superior a três meses a contar da data em que o assunto lhe foi submetido. Se, nesse prazo, o Conselho se tiver pronunciado, por maioria qualificada, *contra* a proposta, a Comissão reanalisá-la-á, podendo apresentar ao Conselho uma proposta alterada, apresentar de novo a sua proposta ou apresentar uma proposta legislativa com base no Tratado; se, no mesmo período, *o Conselho não tiver aprovado o acto de execução proposto nem se tiver pronunciado contra* a proposta de medidas de execução, o acto de execução proposto será aprovado pela Comissão.

Em qualquer das situações, se o Parlamento Europeu considerar que uma proposta apresentada pela Comissão ao abrigo de um acto de base adoptado nos termos do procedimento de co-decisão excede as competências de execução previstas nesse acto, aquela instituição informa o Conselho da sua posição.⁶²⁶

Diferentemente, no procedimento de regulamentação com controlo importa diferenciar dois tipos de situações:

⁶²⁵ Cfr. artigo 4º da Decisão Comitologia, tal como alterada em 2006.

⁶²⁶ Cfr. artigo 5º da Decisão Comitologia, tal como alterada em 2006.

- 1) *se as medidas projectadas pela Comissão forem conformes com o parecer do comité*, a Comissão apresenta imediatamente o projecto de medidas ao Parlamento Europeu e ao Conselho para controlo; neste âmbito,
 - a) o Parlamento Europeu, por maioria dos membros que o compõem, ou o Conselho, por maioria qualificada, podem pronunciar-se *contra* aprovação do referido projecto pela Comissão, fundamentando tal oposição mediante indicação de que o projecto de medidas apresentado pela Comissão excede as competências de execução previstas no acto de base, não é compatível com a finalidade ou o conteúdo do acto de base ou não observa os princípios da subsidiariedade ou da proporcionalidade; se, no prazo de três meses a contar da data em que o assunto lhes foi submetido, o Parlamento Europeu ou o Conselho se pronunciarem contra o projecto de medidas, estas não são aprovadas pela Comissão, podendo então esta apresentar um projecto de medidas alterado ao comité ou apresentar uma proposta legislativa com base no Tratado;
 - b) se, no termo desse prazo de três meses a contar da data em que o assunto lhes foi submetido, *nem o Parlamento Europeu nem o Conselho se tiverem pronunciado contra o projecto de medidas*, estas são aprovadas pela Comissão.
- 2) *se as medidas projectadas pela Comissão não forem conformes com o parecer do comité, ou na falta de parecer*, a Comissão apresenta imediatamente ao Conselho uma proposta relativa às medidas a tomar e envia-a simultaneamente ao Parlamento Europeu, caso em que *o Conselho delibera* por maioria qualificada sobre a proposta no prazo de dois meses a contar da data em que o assunto lhe foi submetido;
 - a) nesse prazo, se *o Conselho se pronunciar* por maioria qualificada *contra* as medidas propostas, estas não são aprovadas, podendo então a Comissão apresentar uma proposta alterada ao Conselho ou apresentar uma proposta legislativa com base no Tratado;
 - b) se o Conselho *previr aprovar* as medidas propostas, apresenta-as imediatamente ao Parlamento Europeu;

- c) se o Conselho *não deliberar* no referido prazo de dois meses, a Comissão *apresenta imediatamente as medidas ao Parlamento Europeu*, o qual, deliberando por maioria dos membros que o compõem, no prazo de quatro meses a contar da data da transmissão da proposta, pode pronunciar-se *contra* a aprovação das medidas em causa, fundamentando tal oposição mediante indicação de que as medidas propostas excedem as competências de execução previstas no acto de base, não são compatíveis com a finalidade ou o conteúdo do acto de base ou não observam os princípios da subsidiariedade ou da proporcionalidade, caso em que as medidas propostas não são aprovadas e a Comissão pode apresentar um projecto de medidas alterado ao comité ou apresentar uma proposta legislativa com base no Tratado; se, no mesmo prazo, o Parlamento Europeu *não se tiver pronunciado contra* as medidas propostas, estas são aprovadas pelo Conselho ou pela Comissão, consoante o caso.⁶²⁷

Por fim, quando o acto de base atribua à Comissão competência para decidir sobre medidas de salvaguarda, pode aplicar-se o procedimento de salvaguarda, cabendo à Comissão notificar o Conselho e os Estados-Membros de qualquer decisão relativa à adopção dessas medidas.⁶²⁸

Qualquer Estado-Membro tem a faculdade de submeter a decisão da Comissão à apreciação do Conselho, podendo este, por maioria qualificada, tomar uma decisão diferente, ou, em alternativa, pode prever-se no acto de base que o Conselho, por maioria qualificada, confirme, altere ou revogue a decisão aprovada

⁶²⁷ Cfr. artigo 5º-A da Decisão Comitologia, tal como alterada em 2006.

⁶²⁸ Em bom rigor, como nota Olivier Maiscocq, o procedimento de salvaguarda não é, verdadeiramente, um procedimento comitológico, porquanto “a Comissão age formalmente sem o auxílio de um comité.” *Vide* OLIVIER MAISCOCQ, “La comitologie ou les mesures d’ exécution dans la Communauté Européenne”, in *Courrier hebdomadaire*, nº 2066, CRISP, Bruxelas, 2010, pág. 8.

pela Comissão e que, se o Conselho não tiver tomado uma decisão no prazo referido, a decisão da Comissão seja considerada revogada.⁶²⁹

30.2.3. Reforço da posição do Parlamento Europeu

Espelho de disputas interinstitucionais⁶³⁰, a evolução da comitologia pauta-se em grande medida pelo *constante reforço das prerrogativas do Parlamento*

⁶²⁹ Cfr. artigo 6º da Decisão Comitologia, tal como alterada em 2006.

⁶³⁰ Segundo Bergström, o sistema de comitologia resultou da incapacidade de o *Conselho* concordar no que era necessário: “indisponíveis para escolher uma solução clara com implicações ideológicas – confiar os poderes necessários à Comissão, possibilitando-lhe tornar-se numa instituição verdadeiramente supranacional, ou consolidar as prerrogativas daqueles previamente no comando: as administrações nacionais – optou-se por uma solução mista: os comités de gestão. Permitindo que a Comissão pudesse trabalhar em estreita cooperação com as administrações nacionais, os Governos conseguiram não apenas adiar quaisquer discussões em matéria de princípio, mas também descobriram remédio milagroso que lhes possibilitaria gerir a sua incapacidade de concordar. (...) Mas, à medida que o âmbito substantivo dos ‘poderes de implementação’ aumentava, os Governos pressionaram para ter mais fortes mecanismos de controlo político”, surgindo, por isso, procedimentos de comitologia em que a Comissão gozava de menos autonomia (procedimentos de regulamentação). *Vide* C. F. BERGSTRÖM, *Comitology...*, *cit.*, págs. 309-310.

Por outro lado, a *Comissão* consciencializou-se rapidamente “do facto de que sem os mecanismos de controlo oferecidos pela comitologia, não haveria qualquer delegação. Por isso, em vez de contestar, satisfez-se com a responsabilidade formal, o direito de emitir medidas de implementação, e adaptou-se.” Não deixou, porém, a Comissão de reivindicar “o exercício amplo de prerrogativas definidas no seu próprio direito, sem a necessidade de delegação prévia do Conselho e, importante, que deveria haver menos espaço para o uso dos mecanismos de controlo oferecidos pela comitologia. Paralelamente, a Comissão começou a justificar as suas ideias de reforma referindo-se às preocupações do Parlamento Europeu. Em particular, foi argumentado que os mecanismos de controlo existentes deviam ser substituídos por novos mecanismos que permitiriam a reacção não apenas do Conselho mas também do Parlamento Europeu (...). Há boas razões para ser céptico relativamente às intenções reais da Comissão.”

Como nota Bergström, “oferecendo-se para mediar os outros dois [Conselho e Parlamento Europeu], a Comissão teria hipótese de acabar por ter aquilo que sempre quis” (parêntesis nosso). *Idem*, págs. 316-319.

Europeu, em paralelo com o incremento dos seus poderes legislativos e num quadro de aprofundamento da legitimidade democrática de governança da União.⁶³¹

Foi sobretudo após o Tratado de Maastricht e a instituição do procedimento de co-decisão que mais nítida se tornou a hostilidade do Parlamento Europeu à comitologia: pressões orçamentais, a reiterada conclusão de procedimentos co-decisórios em comités de conciliação, a rejeição de uma proposta de directiva em terceira leitura em Julho de 1994 e até a celebração de um *modus vivendi* a 20 de Dezembro de 1994, nos termos do qual o Parlamento Europeu teria de ser informado pela Comissão e pelo Conselho sobre os projectos de medidas de execução de âmbito geral de actos adoptados em co-decisão para dar a conhecer o seu ponto de vista, foram apenas alguns exemplos da contestação do hemiciclo europeu ao processo comitológico, apenas acalmada com a revisão da decisão comitologia em 1999 e, em especial, após o insucesso da Constituição Europeia, com a introdução do procedimento de regulamentação com controlo em 2006.⁶³²

Nesta linha, salientam-se os *direitos do Parlamento Europeu à informação e de emissão de uma resolução não vinculativa no caso de considerar que a Comissão excedeu os seus poderes de execução*.

.../..._____

Sobre algumas facetas das disputas interinstitucionais em sede de comitologia, em particular após a introdução do procedimento de co-decisão, *vide* ADRIENNE HÉRITIER e CATHERINE MOURY, “Contested delegation: the impact of co-decision on comitology”, *in West European Politics*, volume 34, nº 1, Janeiro 2011, págs. 145-166.

⁶³¹ Em resumo, “o Parlamento Europeu lutou contra a transferência de poderes de adopção de medidas gerais de cariz legislativo da esfera legislativa para a esfera executiva com o fundamento de que tal minaria o seu direito de participação.” *Vide* C.F. BERGSTRÖM, *Comitology...*, *cit.*, pág. 319.

⁶³² Para maiores desenvolvimentos, *vide* JEAN-CLAUDE PIRIS, “La comitologie: vers l’épilogue d’une longue saga?”, *in Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, págs. 549-551. Pragmaticamente, o Parlamento Europeu, com as alterações de 2006 ao processo comitológico e, mais recentemente, com a previsão da delegação de poderes no artigo 290º do TFUE e correspondente reforço dos seus mecanismos de controlo político, parece mais aberto à delegação de poderes.

Desta sorte, a Comissão *informa* regularmente o Parlamento Europeu sobre o trabalho dos comités de acordo com normas que garantam a transparência do sistema de transmissão e a identificação das informações transmitidas e das diferentes fases do procedimento. Para o efeito, o Parlamento recebe as ordens de trabalhos das reuniões, os projectos apresentados aos comités sobre medidas de execução de actos aprovados nos termos do procedimento co-decisório, bem como o resultado das votações, os relatórios sumários das reuniões, a lista das organizações a que pertencem as pessoas designadas pelos Estados-Membros como seus representantes e informações sobre todas as medidas ou propostas de medidas a aprovar transmitidas pela Comissão ao Conselho.⁶³³

Por outra banda, ao abrigo do denominado *droit de regard* ou *right of scrutiny*, quando o Parlamento Europeu considerar, através de resolução fundamentada, que um projecto de medidas de execução, cuja aprovação está prevista e que foi apresentado a um comité por força de um acto de base aprovado nos termos do procedimento de co-decisão, excede as competências de execução previstas no acto de base, a Comissão reanalisa o projecto.

Tendo em conta essa resolução, a Comissão pode, respeitando os prazos do procedimento em curso, apresentar um novo projecto de medidas ao comité, dar seguimento ao procedimento⁶³⁴ ou apresentar, ao Parlamento Europeu e ao Conselho, uma proposta com base no Tratado, cabendo-lhe ainda informar o Parlamento Europeu e o comité do seguimento que decida dar à resolução parlamentar e das razões dessa decisão.⁶³⁵

Mais impressionantemente, desde 2006, destaca-se a criação *do procedimento de regulamentação com controlo*, no qual, *grosso modo*, o hemiciclo europeu po-

⁶³³ Cfr. artigo 7º, nº 3, da Decisão 1999/468/CE.

⁶³⁴ Tendo em conta a possibilidade de a Comissão prosseguir na linha do projecto do acto de execução, não atendendo à resolução fundamentada, Gijs Jan Brandsma considera esta prerrogativa do PE como algo próximo de uma “letra morta”. Vide GIJS JAN BRANDSMA, “Accountable comitology?”, in *The real world of EU accountability – what deficit?*, coordenado por Mark Bovens, Deidre Curtin e Paul’t Hart, Oxford University Press, Oxford, 2010, pág. 155.

⁶³⁵ Cfr. artigo 8º da Decisão 1999/468/CE.

de pronunciar-se contra o projecto de medidas apresentado pela Comissão, com fundamento em que esse projecto excede as competências de execução previstas no acto de base⁶³⁶, não é compatível com a finalidade ou o conteúdo do acto de base ou não observa os princípios da subsidiariedade ou da proporcionalidade, assim inviabilizando a aprovação do projecto pela Comissão.⁶³⁷

No fundo, trata-se de um *direito de veto* que acaba por reflectir os poderes de co-decisão do Parlamento Europeu,⁶³⁸ colocando-o, em sede de comitologia, a *um nível praticamente idêntico ao do Conselho* relativamente aos actos de alcance

⁶³⁶ Em algumas situações, o Tribunal de Justiça anulou decisões da Comissão por excederem as competências de execução que lhe haviam sido conferidas. Cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça Parlamento Europeu contra Comissão, de 23 de Outubro de 2007, processo C-403/05, nºs 51 e 68.

Considerando não haver “diferença crucial nos seus efeitos ou na sua substância” entre o *right of scrutiny* previsto no artigo 8º da Decisão Comitologia e o controlo parlamentar *ultra vires* previsto no procedimento de regulamentação (cfr. artigo 5º da Decisão Comitologia), Pamela Lintner e Beatrice Vaccari afirmam: “embora não tenha sido concebido como instrumento de controlo político, o PE de facto e bem também usa o *right of scrutiny*, juridicamente limitado a uma avaliação *ultra vires* ao abrigo do artigo 8º, como tal na prática.” Vide PAMELA LINTNER e BEATRICE VACCARI, “Comitology and the EP’s scrutiny of Commission implementing acts: real parliamentary control?”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 218.

⁶³⁷ Cfr. artigo 5º-A, nº 3, alíneas b) e c), nº 4, alíneas e) e f), nº 6, alíneas b) e c), da Decisão 1999/468/CE.

⁶³⁸ Michael Kaeding e Alan Hardacre falam do desenvolvimento de poderes informais do Parlamento Europeu, de um verdadeiro direito parlamentar *de facto* de emenda, o qual projectam vir a ser ainda mais relevante ao nível dos actos delegados. Nas palavras dos autores: “a ameaça de usar a ‘bomba atómica’ [o veto] (...) pode resultar num imprevisto instrumento parlamentar adicional de mudança do conteúdo do projecto de medida, o denominado direito de emenda de facto.” (parêntesis nossos) Vide MICHAEL KAEDING e ALAN HARDACRE, *The execution of delegated powers after Lisbon. A timely analysis of the regulatory procedure with scrutiny and its lessons for delegated acts.*, EUI Working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2010/85, EUDO – European Union Democracy Observatory, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2010, pág. 13.

geral⁶³⁹ que tenham por objecto alterar elementos não essenciais de um acto aprovado nos termos do actual artigo 294º do TFUE.⁶⁴⁰

Na verdade, conforme resulta do artigo 5º-A da Decisão Comitologia, com a apresentação do projecto de medida pela Comissão, o comité pode responder de duas formas:

- 1) *positivamente*, cabendo então à Comissão apresentar o projecto de medida ao Conselho e ao Parlamento Europeu, que podem opor-se-lhe no prazo de três meses;

⁶³⁹ Segundo Bradley, a não aplicação do novo procedimento de regulamentação com controlo a medidas de carácter individual foi um “comprimido amargo de engolir para alguns grupos e membros do Parlamento Europeu”, particularmente tendo em conta que uma importante categoria de actos, as autorizações de produtos geneticamente modificados, fica a cargo da Comissão ao abrigo do procedimento de regulamentação normal, excluída do controlo parlamentar existente no procedimento de regulamentação com controlo, apesar da oposição do hemiciclo europeu e de vários Estados membros. *Vide* KIERAN ST CLAIR BRADLEY, “Halfway house: the 2006 comitology reforms and the European Parliament”, in *West European Politics*, volume 31, *Issue* 4, 2008, pág. 846.

⁶⁴⁰ Ao prever a aprovação pelo procedimento de regulamentação com controlo das “medidas de alcance geral que tenham por objecto alterar elementos não essenciais desse acto, nomeadamente suprimindo alguns desses elementos ou *completando* o acto mediante o aditamento de novos elementos não essenciais” (itálico nosso), o artigo 2º, nº 2, da Decisão Comitologia visava incluir os denominados procedimentos Lamfalussy, adoptados em 2001 e dirigidos à integração dos serviços financeiros, os quais previam a fixação legislativa dos grandes princípios e do quadro aplicável (nível 1), com delegação posterior na Comissão, assistida por comités de regulamentação, da tarefa de completar com detalhes técnicos a legislação (nível 2). Para maiores desenvolvimentos, *vide* KLAUS ULRICH SCHMOLKE, “Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht – Eine Zwischenbilanz”, in *Neuen Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 22, 2005, págs. 912-919, e BEATRICE VACCARI, “Le processus Lamfalussy: une réussite pour la comitologie et un exemple de bonne gouvernance”, in *Révue du Droit de l’Union Européenne*, nº 4, 2005, págs. 803-822. Cfr. também, nº 53.3.2. B).

não havendo oposição, a Comissão pode adoptar a medida, mas apenas após o referido período de três meses, pois não há previsão formal de *early approvals*;

havendo oposição, com fundamento em que esse projecto excede as competências de execução previstas no acto de base, não é compatível com a finalidade ou o conteúdo do acto de base ou não observa os princípios da subsidiariedade ou da proporcionalidade, cabe à Comissão apresentar então um projecto de medidas alterado ao comité ou apresentar uma proposta legislativa com base no Tratado;

2) *negativamente (ou na falta de resposta)*, caso em que o Parlamento Europeu deixa de estar em situação de igualdade com o Conselho, porquanto é a este que cabe, face à proposta de medidas apresentadas pela Comissão, uma de três opções:

- a) pronunciar-se contra, podendo então a Comissão apresentar uma proposta alterada ao Conselho ou apresentar uma proposta legislativa com base no Tratado;
- b) prever aprovar as medidas propostas, apresentando-as imediatamente ao Parlamento Europeu;
- c) não deliberar, cumprindo à Comissão apresentar imediatamente as medidas ao Parlamento Europeu.

Nestas circunstâncias, *o Conselho pode adoptar medidas de execução sem qualquer envolvimento parlamentar (rectius desde que não haja oposição do PE), prerrogativa de que o hemiciclo europeu não goza...*

Mais, enquanto nestas situações a oposição do Conselho não se encontra sujeita a quaisquer restrições, o Parlamento Europeu apenas pode pronunciar-se contra a aprovação das medidas em causa, fundamentando tal oposição mediante indicação de que as medidas propostas excedem as competências de execução previstas no acto de base, não são compatíveis com a finalidade ou o conteúdo

do acto de base ou não observam os princípios da subsidiariedade ou da proporcionalidade.⁶⁴¹

Na base desta desigualdade institucional parece estar a ideia de que, ao contrário do Conselho, ao Parlamento Europeu cabem apenas poderes legislativos e não executivos, sendo, por isso, injustificado um envolvimento deste tão lato quanto o daquele na tarefa de formulação das medidas de execução.⁶⁴²

31. Procedimento (comitológico) de regulamentação com controlo e artigo 290º, nº 1, do TFUE

São patentes (algumas) semelhanças entre o procedimento da regulamentação com controlo constante da *Decisão Comitologia* (Decisão 1999/468/CE) e os actos delegados previstos no artigo 290º, nº 1, do TFUE, desde logo porque em ambos os casos os actos em causa são de alcance geral e visam alterar ou completar certos elementos não essenciais do acto legislativo.⁶⁴³

Por outro lado, no fundo, ao alargar o direito de veto relativamente a *medidas quase-legislativas* em benefício do (co)-legislador Parlamento Europeu, ambos os institutos em análise acabam por pôr fim à *anomalia* no exercício da

⁶⁴¹ Como explica Bradley, “a imposição destes requisitos pretendeu claramente precluir a oposição parlamentar fundamentada na oportunidade política.” . *Vide* KIERAN ST CLAIR BRADLEY, “Halfway house...”, *cit.*, pág. 852.

⁶⁴² Nas palavras de Daniela Muchna, o procedimento de regulamentação com controlo implica medos de “ ‘politicização’ do processo decisório, de abertura das portas aos lobbistas e de que se abra um fórum para o PE emitir declarações políticas mais do que contributos científicos.” *Vide* DANIELA MUCHNA, “The Importance of Comitology for the Decisionmaking Process in the Food-stuffs Sector – Implications of the 2006 Comitology Reform”, in *Ernährung - Österreichische Zeitschrift für Wissenschaft, Technik, Recht und Wirtschaft*, volume 31, nº 4, 2007, pág. 181.

⁶⁴³ Nas palavras de Claude Blumann, “parece não existir uma diferença líquida – *ratione materiae* – entre um acto delegado e uma medida de execução adoptada de acordo com o procedimento de regulamentação.” *Vide* CLAUDE BLUMANN, “À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive...”, *cit.*, pág. 129.

função executiva resultante da atribuição à Comissão de competência para modificar ou completar actos legislativos sob controlo apenas do Conselho.⁶⁴⁴

Todavia, os âmbitos do instituto da delegação previsto no artigo 290º do TFUE e do procedimento comitológico da regulamentação com (e sem) controlo não coincidem totalmente, porquanto este procedimento envolve não apenas as tarefas de completar e alterar os elementos não essenciais do acto legislativo, mas igualmente a possibilidade de executar *stricto sensu* os elementos essenciais do acto (legislativo) de base.

Por outro lado, o exercício de poderes delegados ao abrigo do artigo 290º do TFUE supõe uma definição legislativa prévia de limites (materiais e temporais) ao exercício dos poderes delegados feita casuísticamente⁶⁴⁵ e não ao abrigo de qualquer enquadramento comum similar ao procedimento previsto no artigo 5º-A da *Decisão Comitologia*.

Mais, a supervisão parlamentar ao abrigo do artigo 290º do TFUE é reforçada: o exercício do (novo) direito de revogação do Parlamento Europeu, conquanto tenha de ser motivado e precedido de um intercâmbio de informações entre instituições⁶⁴⁶, não se encontra limitado à invocação das razões exigidas para obstar à aprovação do projecto pela Comissão no âmbito da Decisão comitologia⁶⁴⁷ e o Parlamento Europeu encontra-se numa situação de perfeita igualdade com o Conselho, conforme decorre da paridade relativamente ao exercício dos direitos de formular objecções e de revogação da delegação por ambas as instituições.⁶⁴⁸

⁶⁴⁴ Vide PAOLO PONZANO, “Comitologie: un point de vue de la Commission?”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, Issue 4, 2008, pág. 726.

⁶⁴⁵ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290.º ..., *cit.*, págs. 5-6.

⁶⁴⁶ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290.º ..., *cit.*, pág. 8.

⁶⁴⁷ Cfr. artigo 5º-A, nº 3, alíneas b) e c), nº 4, alíneas e) e f), nº 6, alíneas b) e c), da Decisão Comitologia.

⁶⁴⁸ Na base desta alteração estará o fim do receio de abuso pelo Parlamento Europeu das prerrogativas de veto. Para uma análise de dados empíricos demonstrativos de que o PE raramente inviabilizou a implementação de medidas no âmbito do procedimento de regulamentação com controlo e

Por fim, cumpre salientar que a disciplina dos actos delegados é apenas aplicável aos actos legislativos adoptados após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os quais devem estabelecer explicitamente as condições da delegação e deixam de remeter para o procedimento de regulamentação com controlo, continuando este a aplicar-se aos actos anteriores a 1 de Dezembro de 2009 (artigo 12º, § 2, do novo Regulamento Comitologia).⁶⁴⁹

32. Do Regulamento (UE) nº 182/2011

32.1. Direito transitório

Com a introdução pelo Tratado de Lisboa da distinção entre actos delegados e actos de execução, (alguns) traços dos procedimentos de comitologia (v.g. o procedimento de regulamentação com controlo) tornaram-se obsoletos; por outro lado, a exigência do artigo 291º, nº 3, do TFUE, de que o Parlamento Europeu e o Conselho estabeleçam as regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício de competências de execução pela Comissão, impôs também a revisão das regras e princípios gerais do sistema comitológico.

Até 1 de Março de 2011, o exercício de competências de execução pela Comissão vinha sendo regido pela Decisão 1999/468/CE do Conselho, passando desde aquela data a vigorar o Regulamento (UE) nº 182/2011, de 16 de Fevereiro de 2011, ao abrigo da competência do Parlamento Europeu e do Conselho para estabelecer as regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pe-

.../..._____

possíveis explicações de tal facto, *vide* MICHAEL KAEDING e ALAN HARDACRE, *The execution of delegated powers after Lisbon...*, *cit.*, pág. 12.

⁶⁴⁹ Para a análise deste e de outros problemas de articulação entre o novo regime do Tratado de Lisboa (em especial, os artigos 290º e 291º do TFUE) e os procedimentos de controlo e execução previstos na Decisão 1999/468/CE, *vide* MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, *cit.*, págs. 334-336.

los Estados-Membros do exercício de competências de execução pela Comissão (cfr. artigo 291º, nº 3, do TFUE).

A fim de assegurar a transição entre o regime previsto na Decisão 1999/468/CE e o (novo) Regulamento Comitologia,⁶⁵⁰ todas as referências na legislação existente aos procedimentos previstos naquela decisão, com excepção do procedimento de regulamentação com controlo, devem considerar-se como referências aos procedimentos correspondentes previstos neste regulamento.⁶⁵¹

Noutros termos: os dois novos procedimentos são, em princípio,⁶⁵² aplicáveis ao *acquis*, substituindo o procedimento de exame os anteriores procedimentos de gestão e de regulamentação, enquanto o (novo) procedimento de consulta ocupa o espaço dos anteriores procedimentos consultivos.

Por razões práticas, ligadas fundamentalmente à necessidade de rápida entrada em vigor das novas regras de comitologia, o legislador europeu optou por um alinhamento automático à nova disciplina em detrimento de uma adequação *ad hoc* de múltiplos actos, a qual, porém, é feita em determinadas matérias, atenta a sua especificidade e compromissos políticos assumidos no seio do Conselho (*v.g.* política comercial).⁶⁵³

Diferentemente, quanto ao procedimento de regulamentação com controlo, os efeitos do artigo 5º - A da Decisão 1999/468/CE deverão ser mantidos *provisoriamente* no respeitante aos actos de base em vigor que façam referência a esse

⁶⁵⁰ Pela importância prática, cfr. Declaração do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão sobre a implementação do artigo 291º do TFUE (Doc. 17477/09), confirmando a aplicação da Decisão Comitologia de 1999, conforme revista em 2006, enquanto não entrasse em vigor o Regulamento Comitologia.

⁶⁵¹ Cfr. considerando 21 e artigo 13º do Regulamento Comitologia. Para uma análise dos principais problemas suscitados pelo direito transitório do novo regulamento comitologia, *vide* PAUL CRAIG, “Delegated acts, implementing acts...”, *cit.*, págs. 676-678.

⁶⁵² Cfr., porém, artigo 13º, nº 1, alíneas b) e c), parte final.

⁶⁵³ *Vide* ROBERTO BARATTA, “Introduzione alle nuove regole per l’adozione degli atti esecutivi dell’ Unione”, in *Il Diritto dell’ Unione Europea*, 3/11, Giuffrè editore, Ano XVI, Roma, 2011, págs. 578-579.

artigo;⁶⁵⁴ conforme declarou a Comissão aquando da adopção do Regulamento em análise, proceder-se-á “a uma análise de todos os actos legislativos em vigor que não foram adaptados ao procedimento de regulamentação com controlo antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a fim de apreciar se devem ser adaptados ao regime de actos delegados introduzido pelo artigo 290.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. A Comissão apresentará, o mais rapidamente possível, as propostas adequadas e, o mais tardar, nas datas mencionadas no calendário indicativo em anexo à presente declaração. (...)”

No que diz respeito aos actos legislativos em vigor que contêm referências ao procedimento de regulamentação com controlo, a Comissão apreciará as disposições ligadas a este procedimento em cada instrumento que tenciona alterar, a fim de o adaptar em devido tempo, segundo os critérios estabelecidos no Tratado. (...)”

A Comissão analisará os resultados deste processo no final de 2012, a fim de avaliar o número de actos legislativos com referências ao procedimento de regulamentação com controlo que se mantêm em vigor e preparará então as iniciativas legislativas adequadas para completar a adaptação. O objectivo geral da Comissão consiste em, no final da sétima legislatura do Parlamento, terem sido suprimidas as disposições referentes ao procedimento de regulamentação com controlo de todos os instrumentos legislativos.”⁶⁵⁵

Optando por proceder a mudanças numa base casuística à medida que a legislação secundária é revista ou por aproximações *omnibus* para mudar do procedimento de regulamentação com controlo para actos delegados,⁶⁵⁶ certo é o procedimento de regulamentação com controlo estar “em breve confinado aos livros de história, sendo a única questão quão depressa tal acontece.”⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Cfr. artigo 12º, § 2, do Regulamento Comitologia.

⁶⁵⁵ Cfr. JO L 55 de 28.02.2011, pág. 19.

⁶⁵⁶ Cfr., por exemplo, proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera determinados regulamentos relativos à política comercial comum no que diz respeito à atribuição de poderes delegados para a adopção de certas medidas, Bruxelas, 15.06.2011, COM (2011) 349 final.

⁶⁵⁷ Vide MICHAEL KAEDING e ALAN HARDACRE, *The execution of delegated powers after Lisbon...*, cit., pág. 5.

32.2. Comitês: composição e funcionamento

Para se efectivar o controlo dos Estados-membros e promover a cooperação entre aparelhos administrativos nacionais e comunitário na adopção de actos de execução pela Comissão, os actos de base devem criar comitês *compostos* por representantes nacionais e presididos por um representante da Comissão, sem direito a participar nas votações.⁶⁵⁸

Ao nível do *funcionamento* dos comitês, é de destacar o papel do Presidente, o qual apresenta ao comité um projecto dos actos de execução a adoptar pela Comissão e convoca uma reunião num prazo que não pode ser inferior a 14 dias a contar da apresentação do projecto dos actos de execução a adoptar e do projecto de ordem de trabalhos.⁶⁵⁹

Ao tentar encontrar soluções que reúnam o mais amplo apoio possível no seio dos representantes estaduais, o Presidente deve informar o comité sobre a forma como foram consideradas as sugestões de alteração, especialmente as que tenham sido amplamente apoiadas.⁶⁶⁰

Num prazo a fixar pelo presidente em função da urgência da questão, o comité dá parecer sobre o projecto apresentado. Os prazos devem ser proporcionados e dar aos membros do comité a possibilidade de examinarem antecipada e eficazmente os projectos de actos de execução e de exprimirem a sua opinião.⁶⁶¹

Em casos devidamente justificados, o presidente pode obter o parecer do comité por *procedimento escrito*, enviando aos representantes dos Estados o projecto de acto de execução e fixando um prazo para a emissão do parecer em função da urgência da questão.⁶⁶²

⁶⁵⁸ Cfr. artigo 3º, nº 2, e considerando 6 do Regulamento Comitologia. Em geral, sobre as regras internas dos comitês, cfr. Modelo de regulamento interno dos comitês, regulamento interno do comité [nome do comité] (2011/C 206/06).

⁶⁵⁹ Cfr. artigo 3º, nº 3, do Regulamento Comitologia.

⁶⁶⁰ Cfr. artigo 3º, nº 4, do Regulamento Comitologia.

⁶⁶¹ Cfr. artigo 3º, nº 3, do Regulamento Comitologia.

⁶⁶² Cfr. artigo 3º, nº 5, do Regulamento Comitologia.

Trata-se de *casos excepcionais*, a justificar normalmente por *razões de urgência*, com preferência, em regra, do procedimento verbal, dada a discussão directa que permite entre os membros do comité e a possibilidade de cada um destes solicitar que a sua posição conste do parecer final exarado em acta.⁶⁶³

No âmbito do procedimento de exame, se for caso disso, há a possibilidade de submeter a questão a um *comité de recurso* o qual, com um nível de representação estadual adequado, em princípio superior, mas presidido também pela Comissão, reexamina os projectos de medidas e, se necessário, introduz-lhes alterações.⁶⁶⁴

Trata-se de válvula de segurança destinada a garantir aos Estados, em determinadas matérias politicamente sensíveis, a possibilidade de discussões sobre as medidas de execução a adoptar a nível mais elevado relativamente aos comités ordinários, variando a representação nesta instância de apelo em função da avaliação nacional do interesse dos assuntos agendados.

De acordo com as regras internas aprovadas pelo comité de recurso⁶⁶⁵, cada Estado deve estabelecer a composição da sua própria delegação, devendo informar o Presidente e os outros Estados membros, a fim de se garantir a maior homogeneidade possível do nível de representação, o qual deve ser suficientemente elevado (incluindo, ao nível ministerial), regra geral não inferior à categoria de Representantes Permanentes dos governos dos Estados membros.⁶⁶⁶

Em jeito de conclusão, impõem-se duas reflexões relativamente ao Comité de Recurso:

- 1) não previsto na proposta de Regulamento Comitologia apresentada pela Comissão, a qual determinava o fim de qualquer instância de apelo, o Comité de Recurso traduz-se, de algum modo, numa *vitória da polí-*

⁶⁶³ Cfr. artigo 3º, nº 6, do Regulamento Comitologia.

⁶⁶⁴ Cfr. artigo 3º, nº 7, do Regulamento Comitologia.

⁶⁶⁵ Cfr. Regras de Procedimento do Comité de Recurso, aprovadas em 29 de Março de 2011, 2011/C 183/05, publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, de 24/06/11, pág. 13 e ss.

⁶⁶⁶ Cfr. artigos 5º, nº 1, e 1º, nº 5 das Regras de Procedimento do Comité de Recurso.

- tica sobre a governança tecnocrática europeia,*⁶⁶⁷ ainda que prejudicando a simplificação e a eficiência do processo decisório da União;
- 2) *ao contrário do que acontecia ao abrigo do regime anterior, o Conselho deixa de funcionar como instância de recurso, opção compreensível em razão de o controlo das medidas de execução caber aos Estados membros (artigo 291º, nº 3, do TFUE) e porque o Parlamento Europeu dificilmente aceitaria tal solução, a não ser numa base de igualdade relativamente àquela instituição. Mesmo que, na prática, sejam habitualmente estreitas as ligações entre os representantes estaduais no Conselho e nos comités de comitologia*⁶⁶⁸ *e o Comité de Recurso seja uma verdadeira réplica do COREPER, mas presidido pela Comissão*⁶⁶⁹ ...

⁶⁶⁷ Defendendo a *despolitização* do quadro comitológico, em especial no âmbito das decisões de autorização de organismos geneticamente modificados, *vide* MARIA WEIMER, “What price flexibility?: the recent Commission proposal to allow for national ‘opt-outs’ on GMO cultivation under the Deliberate Release Directive and the comitology reform post-Lisbon”, in *European food and feed law review*, volume 6, nº 4, 2011, pág. 239.

⁶⁶⁸ Neste sentido, Corina Stratulat e Elisa Molino afirmam: “uma vez que o Parlamento não tem voz obrigatória neste processo, o Conselho parece ter retido uma vantagem global *de facto* sobre o PE em detrimento de dispor de paridade absoluta.” *Vide* CORINA STRATULAT e ELISA MOLINO, “Implementing Lisbon: what’s new in comitology?”, in *Policy Brief*, European Policy Centre, Abril 2011, pág. 4.

⁶⁶⁹ *Vide* THOMAS CHRISTIANSEN & MATHIAS DOBBELS, “Comitology and delegated acts after Lisbon: how the European Parliament lost the implementation game”, in *European Integration online Papers (EIoP)*, Volume 16, artigo 13, 2012, pág. 16.

32.3. Dois procedimentos gerais: o procedimento consultivo e o procedimento de exame

32.3.1. Critério de aplicação

Em nome da simplificação do sistema de comitologia, prevêem-se apenas dois procedimentos⁶⁷⁰: o procedimento consultivo, correspondente ao anterior procedimento consultivo, e o procedimento de exame, destinado a substituir os procedimentos de gestão e de regulamentação,⁶⁷¹ *com a escolha de entre eles a poder ser feita pelo acto de base, tendo em conta a natureza ou o impacto dos actos de execução requeridos.*⁶⁷²

No silêncio do acto legislativo é aplicável o procedimento consultivo, com excepção dos casos de aplicação obrigatória do procedimento de exame, isto é, relativos a actos de execução geral ou outros actos de execução⁶⁷³ relacionados com programas com implicações significativas, actos de execução em matérias como agricultura, pescas, ambiente, segurança e protecção da saúde das pessoas, dos animais e das plantas, política comercial comum e tributação⁶⁷⁴, bem como nos casos em que o acto de base confira competências de execução à Comissão relativamente a programas com incidências orçamentais significativas ou destinados a países terceiros⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ Cfr. considerando 8 do Regulamento Comitologia.

⁶⁷¹ Cfr. artigo 13º, nº 1, do Regulamento Comitologia.

⁶⁷² Cfr. artigo 2º, nº 1, do Regulamento Comitologia.

⁶⁷³ Ao contrapor actos de execução geral a outros actos de execução, o Regulamento Comitologia não mostra rigor científico, porquanto os denominados “outros actos de execução” não se reconduzem a medidas concretas, individuais ou colectivas.

⁶⁷⁴ Cfr. artigo 2º, nº 2, do Regulamento Comitologia. Trata-se, *grosso modo*, do mesmo conjunto de matérias anteriormente sujeito aos procedimentos de gestão e de regulamentação (cfr. artigo 2º da Decisão do Conselho, de 28 de Junho de 1999, que fixa as regras de exercício das competências de execução atribuídas à Comissão, conforme alterada pela Decisão 2006/512/CE).

⁶⁷⁵ Cfr. considerando 12 do Regulamento Comitologia.

*Para a adopção destes actos, porém, pode igualmente ser usado o procedimento consultivo em casos devidamente justificados, quando seja considerado o mais adequado,*⁶⁷⁶ o que parece proporcionar uma porta facilitadora para a Comissão, com a eventual conivência do PE enquanto co-decisor, tentar em situações várias recorrer ao menos exigente procedimento consultivo⁶⁷⁷, embora o Conselho normalmente prefira a adopção de procedimentos mais exigentes.

32.3.2. Procedimento consultivo

No caso de ser aplicado o procedimento consultivo, o comité dá parecer, se necessário, procedendo a votação, bastando aí a *maioria simples* dos membros para a aprovação daquele acto, *não vinculativo, mas que a Comissão, ao decidir sobre os actos de execução a adoptar, deve ter na devida conta.*⁶⁷⁸

Apesar de não se prever a obrigação de a Comissão motivar eventuais afastamentos relativamente ao parecer do comité, não podemos olvidar o dever de fundamentação como formalidade essencial de todos os actos jurídicos da União, conforme assente há muito na jurisprudência comunitária e expressamente consagrado nos artigos 296º, § 2, do TFUE e 41º, nº2, c) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

32.3.3. Procedimento de exame

No procedimento de exame, o comité adopta parecer por *maioria qualificada*⁶⁷⁹, dependendo os desenvolvimentos ulteriores fundamentalmente de esse parecer ser desfavorável ao projecto de acto de execução ou de não ser emitida qualquer opinião, a replicar de algum modo a Decisão Comitologia de 1999,

⁶⁷⁶ Cfr. considerando 15 e artigo 2º, nº 3, do Regulamento Comitologia.

⁶⁷⁷ Vide PAUL CRAIG, “Delegated acts, implementing acts...”, *cit.*, pág. 679.

⁶⁷⁸ Cfr. artigo 4º do Regulamento Comitologia.

⁶⁷⁹ Cfr. artigos artigo 5º, nº 1, do Regulamento Comitologia, 16º, nºs 4 e 5, do TUE, e, quando aplicável, 238º, nº 3, do TFUE.

quando o voto negativo (procedimento de gestão) ou a mera ausência de voto favorável (procedimento de regulamentação) do comité desencadeava recurso (então para o Conselho) do projecto de medida de execução.

Em termos sintéticos:

- 1) havendo parecer favorável do comité, a Comissão adopta o projecto de acto de execução⁶⁸⁰, salvo se, em casos muito excepcionais, esta instituição, tendo em consideração novas circunstâncias que tenham surgido após a votação, acabe por decidir não adoptar um projecto de acto de execução, depois de informar devidamente o comité e o legislador⁶⁸¹, prerrogativa que nos parece extremamente duvidosa (e perigosa...) em termos de equilíbrio institucional,⁶⁸² (sobretudo) porque não adequadamente balizada;
- 2) quando o comité emite parecer desfavorável, a Comissão não adopta o acto de execução, podendo, porém, o presidente, caso este acto seja considerado necessário, optar entre apresentar, no prazo de dois meses a contar da data de emissão do parecer negativo, uma versão alterada do projecto de acto de execução ao comité ou submeter, no prazo de um mês a contar da mesma data, o projecto de acto de execução ao comité de recurso para nova deliberação.⁶⁸³

Ficam ressalvadas as situações previstas no artigo 7º do regulamento em análise: a Comissão pode adoptar projectos de actos de execução, caso a sua adopção sem demora seja necessária para evitar perturbações significativas nos mercados no domínio da agricultura ou riscos para os interesses financeiros da União, na acepção do artigo 325º do TFUE; nesses casos, a Comissão apresenta de imediato os actos de execução

⁶⁸⁰ Cfr. artigo 5º, nº 2, do Regulamento Comitologia.

⁶⁸¹ Cfr. Declaração do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, anexa ao Regulamento Comitologia, publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 55 de 28.2.2011, pág. 19.

⁶⁸² Neste sentido, *vide* DANIELE BIANCHI, “La comitologie est morte!...”, *cit.*, pág. 99.

⁶⁸³ Cfr. artigo 5º, nº 3, do Regulamento Comitologia.

adoptados ao comité de recurso: na hipótese de parecer negativo deste sobre os actos de execução adoptados, a Comissão revoga-os imediatamente, permanecendo, pelo contrário, os actos de execução em vigor na ausência de parecer ou perante parecer favorável do mesmo comité;⁶⁸⁴

- 3) na falta de parecer, a Comissão pode adoptar o projecto de acto de execução ou, quando tal não suceda, o Presidente dispõe da prerrogativa de apresentar ao comité uma versão alterada do mesmo.

No entanto, salvas as situações previstas no artigo 7º referido, a Comissão encontra-se impedida de adoptar o projecto de acto de execução quando o acto diga respeito a tributação, serviços financeiros, protecção da saúde ou da segurança das pessoas, dos animais ou das plantas ou medidas de salvaguarda multilaterais definitivas, no caso de o acto de base prever que o projecto de acto de execução possa não ser adoptado na falta de parecer ou na hipótese de oposição de maioria simples dos membros do comité. Em qualquer destes casos, considerando-se que são necessários actos de execução, o Presidente pode optar entre apresentar ao mesmo comité, no prazo de dois meses a contar da data da votação, uma versão alterada do mesmo acto ou submeter, no prazo de um mês a contar da mesma data, o projecto de acto de execução ao comité de recurso para nova deliberação.

Relativamente a projectos de medidas definitivas *anti-dumping* ou compensatórias, caso o comité não dê parecer e uma maioria simples dos membros que o compõem se oponha ao projecto de acto de execução, o *iter* procedimental a seguir é distinto, envolvendo consultas da Comissão aos Estados-Membros e posterior submissão de um projecto de acto de execução ao comité de recurso.⁶⁸⁵

Nos casos de *parecer desfavorável* ou de *ausência de parecer* e posterior *apelo ao comité de recurso*, o *parecer* deste é adoptado por *maioria qualificada*

⁶⁸⁴ Cfr. artigo 7º, § 2, do Regulamento Comitologia.

⁶⁸⁵ Cfr. artigo 5º, nº 4, do Regulamento Comitologia.

dos seus membros votantes⁶⁸⁶, sendo as suas consequências variáveis: no caso de *parecer favorável*, a Comissão adopta o projecto de acto de execução; na *falta de parecer*, a Comissão pode adoptar o projecto de acto de execução⁶⁸⁷; com *parecer negativo*, a Comissão não adopta o projecto de acto de execução.⁶⁸⁸

Refira-se ainda a exigência de *quorum* de uma maioria simples dos Estados-Membros para que o comité de recurso possa votar, salvaguardando-se, porém, face à inobservância desta imposição, a possibilidade de a Comissão adoptar as medidas executivas, quando o prazo para a emissão de um parecer pelo comité de recurso tiver terminado⁶⁸⁹, sob pena de se comprometer irremediavelmente a eficiência do funcionamento do sistema de adopção de actos executivos por esta instituição.⁶⁹⁰

Parece claro o reforço da posição da Comissão com o novo Regulamento Comitologia: só um voto do comité por maioria qualificada contra um projecto de acto de execução pode impedir a sua adopção pela Comissão; não havendo uma maioria qualificada contra ou a favor de um projecto de acto de execução da Comissão, esta poderá, via de regra, optar entre adoptar ou alterar o projecto.

Ora, nos termos da Decisão Comitologia de 1999, a Comissão devia adoptar o projecto de medidas nos casos em que o comité não pudesse emitir um parecer, no âmbito do procedimento de gestão, e nos casos em que o Conselho, agindo como instância de recurso, não pudesse tomar uma decisão, no âmbito do proce-

⁶⁸⁶ Cfr. artigos 6º, nº 1, 5º, nº 1, do Regulamento Comitologia, 16º, nºs 4 e 5, do TUE, 238º, nº 3, TFUE. Transitoriamente, até 1 de Setembro de 2012, o comité de recurso deu parecer sobre os projectos de medidas definitivas *anti-dumping* ou compensatórias por maioria simples dos membros que o compõem (cfr. artigo 6º, nº 5, do Regulamento Comitologia).

⁶⁸⁷ Excepcionalmente, em matéria de medidas de salvaguarda multilaterais definitivas, a Comissão, na falta de parecer favorável, não pode adoptar o projecto de acto de execução (cfr. artigo 6º, nº 4, do Regulamento Comitologia).

⁶⁸⁸ Cfr. artigo 6º, nº 3, do Regulamento Comitologia.

⁶⁸⁹ Cfr. artigo 3º, nºs 3 ou 7, do Regulamento Comitologia.

⁶⁹⁰ Cfr. artigo 5º, nº 4, das Regras de Procedimento do Comité de Recurso, aprovadas em 29 de Março de 2011, 2011/ C 183/05, publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, de 24/06/11, pág. 13 e ss.

dimento de regulamentação. Na perspectiva da Comissão, “introduzir esta flexibilidade permitirá, por um lado, ter melhor em conta as posições dos Estados-Membros e, por outro, ajudará a melhorar a qualidade e a adequação das decisões tomadas.”⁶⁹¹

Entre as exceções em que a Comissão deve obter um parecer positivo do comité para poder adoptar o projecto de acto de execução destacam-se as medidas de salvaguarda multilaterais definitivas em matéria comercial, sendo ainda de salientar o procedimento especial aplicável à adopção de projectos de medidas definitivas *anti-dumping* ou compensatórias.⁶⁹² Trata-se de matérias económica e politicamente muito importantes, a obrigar o legislador europeu a complexificar (excessivamente) um quadro de regras sobre comitologia que se pretendia simplificar...

32.3.4. (Alguns) Outros procedimentos

Para além dos procedimentos específicos para a *adopção de actos de execução nos casos excepcionais* previstos no referido artigo 7º, o Regulamento Comitologia prevê a possibilidade de as *medidas de execução serem aplicadas imediatamente por imperativos de urgência*, ao abrigo do artigo 8º.

Deste modo, quando tal esteja previsto no acto de base, a Comissão pode adoptar actos de execução que são imediatamente aplicáveis, sem apresentação prévia ao comité, e permanecem em vigor por um prazo não superior a seis meses, salvo disposição em contrário daquele acto.⁶⁹³

⁶⁹¹ Cfr. exposição de motivos da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão, de 09/03/2010, COM(2010) 83 final, págs. 4 e 5.

⁶⁹² Mais desenvolvidamente, *vide* ROBERTO BARATTA, “Introduzione alle nuove regole...”, *cit.*, pág.s. 579-581.

⁶⁹³ Cfr. artigo 8º, nº 2, do Regulamento Comitologia.

Vale isto por dizer: o comité pertinente examinará a medida em causa e emitirá um parecer sobre a mesma após a sua adopção pela Comissão; quando aplicável o procedimento de exame, se o acto de execução não estiver em conformidade com o parecer do comité, a Comissão é obrigada a revogá-la.⁶⁹⁴

Quanto às *medidas provisórias anti-dumping ou compensatórias*, a Comissão pode adoptar medidas provisórias após consultar ou, em casos de extrema urgência, após informar os Estados-Membros. Nesta situação, devem ser realizadas consultas no prazo máximo de 10 dias a contar da notificação aos Estados das medidas adoptadas.⁶⁹⁵

Na prática, tem-se entendido reservar o recurso ao procedimento de urgência para casos excepcionais - relativos a matéria de protecção da segurança e da saúde e de relações externas, incluindo crises humanitárias -, especificados e devidamente justificados pelo Conselho e pelo PE no acto de base.

Informados previamente pela Comissão sobre a possibilidade de recurso a actos delegados ao abrigo do procedimento de urgência, PE e Conselho são notificados por aquela instituição aquando da adopção destes actos, juntamente com a apresentação da fundamentação de tal opção.⁶⁹⁶

32.3.5. Direito de controlo do Parlamento Europeu e do Conselho

Não obstante a competência do controlo do exercício das competências de execução pela Comissão, à luz do artigo 291º, nº 3, do TFUE, caber apenas aos Estados membros, prevê-se um *right of scrutiny* do Parlamento Europeu ou do

⁶⁹⁴ Cfr. artigo 8º, nº 4, do Regulamento Comitologia e nº 14 do *Common Understanding* sobre actos delegados, *cit.*.

⁶⁹⁵ Cfr. artigo 8º, nº 5, do Regulamento Comitologia. Sobre a adopção de medidas provisórias *antidumping* ou compensatórias no quadro do novo Regulamento Comitologia, *vide* ROBERTO BARATTA, “Introduzione alle nuove regole...”, *cit.*, pág. 582.

⁶⁹⁶ Cfr. nºs 12, 13 e 15 do *Common Understanding* sobre actos delegados, *cit.*.

Conselho sobre os projectos de actos de execução, para além de direitos de informação⁶⁹⁷, essenciais ao exercício daquela prerrogativa.

Sob a epígrafe “direitos de controlo do Parlamento Europeu e do Conselho”, estabelece o artigo 11º do Regulamento Comitologia:

“Caso o acto de base seja adoptado de acordo com o processo legislativo ordinário, o Parlamento Europeu ou o Conselho podem, em qualquer momento, comunicar à Comissão que consideram que um projecto de acto de execução excede os poderes de execução previstos no acto de base. Nesse caso, a Comissão deve rever o projecto de acto de execução em questão, tendo em conta as posições expressas, e comunicar ao Parlamento Europeu e ao Conselho se tenciona manter, alterar ou retirar o projecto de acto de execução em causa.”

Trata-se de prerrogativa não prevista na proposta inicial,⁶⁹⁸ pela qual o Parlamento Europeu muito batalhou,⁶⁹⁹ atendendo à ausência de outras formas de controlo da actividade executiva da Comissão por esta instituição para além da via contenciosa.

Não compreendemos a razão de ser da limitação desta faculdade do legislador europeu aos actos adoptados segundo o processo legislativo ordinário, visto que a racionalidade subjacente ao artigo 11º do Regulamento Comitologia – o controlo de actos de execução *ultra vires* – se encontra igualmente presente nas medidas emitidas através de processos legislativos especiais. E, se atendermos, em especial, ao número limitado de casos em que o acto de base é adoptado pelo Parlamento Europeu através dos denominados processos legislativos especiais,

⁶⁹⁷ Cfr. artigo 10º, n.ºs 3 e 4, do Regulamento Comitologia.

⁶⁹⁸ Cfr. proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão, COM (2010) 83 final, de 09/03/2010.

⁶⁹⁹ Cfr., por exemplo, parecer da Comissão dos Assuntos Jurídicos, relatório elaborado por József Szájer A7-0355/2010.

não descortinamos a razão pela qual o hemiciclo europeu não se bateu (mais) pelo alargamento do *droit de regard, espèce de recurso gracioso - de legalidade de oportunidade - perante a Comissão*⁷⁰⁰, a quaisquer actos de natureza legislativa.

De acordo com o sentido e fim da norma - garantir ao Parlamento Europeu e ao Conselho o não abuso dos poderes de execução conferidos à Comissão -, o artigo 11º do Regulamento Comitologia deveria abranger os actos de base adoptados através de quaisquer processos legislativos (ordinário ou especiais), conforme, aliás, parece decorrer do considerando 18 do mesmo diploma.⁷⁰¹

De iure condendo, proporíamos, assim, a eliminação da frase inicial (“caso o acto de base seja adoptado de acordo com o processo legislativo ordinário”) do preceito em análise, de modo a incluir actos de base legislativos e mesmo actos não legislativos adoptados de acordo com o *iter* legislativo, ou, pelo menos, preferíamos a redacção proposta pela Comissão de Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu, redigida do seguinte modo:

“O Parlamento Europeu ou o Conselho podem, em qualquer momento, comunicar à Comissão que consideram que um determinado projecto de acto de execução excede as competências executivas previstas no acto legislativo de base. Nesse caso, a Comissão deve rever o projecto de medida em causa e informar o Parlamento Europeu e o Conselho do seguimento que decida dar e das razões que justificam essa decisão.”⁷⁰²

⁷⁰⁰ Vide CLAUDE BLUMANN, “Un nouveau depart pour la comitologie – Le règlement n° 182/2011, de 16 de Fevereiro de 2011, in *Cahiers de Droit Europeen*, Quarante-Septième Année, n° 1, 2011, págs. 34-35.

⁷⁰¹ No considerando 18 do Regulamento Comitologia não se limita o *right of scrutiny* do legislador europeu aos actos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estipulando-se: “ao abrigo dos poderes de controlo da legalidade dos actos da União, o Parlamento Europeu ou o Conselho deverão poder informar a Comissão, em qualquer momento, de que consideram que um projecto de acto de execução excede os poderes de execução previstos no acto de base”.

⁷⁰² Cfr. parecer da Comissão dos Assuntos Constitucionais dirigido à Comissão dos Assuntos Jurídicos sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece as

Por fim, não pode deixar de ser salientado o facto de a Comissão não ser obrigada a retirar o projecto de acto de execução quando o Parlamento Europeu e/ou o Conselho consideram haver abuso dos poderes de execução previstos no acto de base, circunscrita a comunicar a estas instituições se tenciona manter, alterar ou retirar aquele projecto. PE e Conselho não dispõem de qualquer direito de veto, jurídico ou político, sobre o projecto de acto de execução, limitando-se, nesta sede, o âmbito do controlo *ex post* dos legisladores à interposição de um recurso de anulação do acto executivo com base em falta de competências da Comissão.

Subjacente a esta solução parece estar a ideia de a execução do direito da União caber apenas aos Estados membros e à Comissão, na tentativa de proceder, ao nível europeu, a uma mais clara repartição das funções legislativa e executiva⁷⁰³; na prática, esta instituição sai claramente beneficiada...

32.3.6. Transparência

No novo Regulamento Comitologia é notória a preocupação com a transparência do sistema comitológico, tradicionalmente criticado pela excessiva opacidade⁷⁰⁴.

.../..._____

regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão (COM (2010)0083 – C7 0073/2010 – 2010/0051(COD)).

⁷⁰³ Segundo Fabio Gencarelli, “desenha-se assim um modelo constitucional em que a execução é quase exclusivamente reservada à Comissão (salvo na PESC), enquanto o Parlamento e o Conselho se concentram nas funções legislativa e orçamental.” *Vide* FABIO GENCARELLI, “Il Trattato di Lisbona e la nuova comitologia”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fascículo 1/2012, pág. 12.

⁷⁰⁴ *Vide* JOSEPH WEILER, “Epilogue: ‘Comitology’ as revolution – infranationalism, constitutionalism and democracy”, in *EU committees: social regulation, law and politics*, coordenado por Christian Joerges e Ellen Vos, Hart Publishing, Oxford, 1999, págs. 339-350.

Relevam neste âmbito, fundamentalmente, as obrigações de a Comissão manter um registo sobre os trabalhos do comité, - contendo informações diversas como a lista dos comités existentes, as ordens de trabalhos das reuniões dos comités, as actas sumárias, juntamente com as listas das autoridades e organizações a que pertencem as pessoas designadas pelos Estados-Membros para os representar, o projecto de actos de execução sobre os quais os comités são chamados a dar parecer, os resultados das votações, os projectos finais de actos de execução na sequência do parecer dos comités, as informações referentes à adopção dos projectos finais de actos de execução pela Comissão, e os dados estatísticos sobre os trabalhos dos comités⁷⁰⁵ -, e de publicar um relatório anual sobre os trabalhos dos comités⁷⁰⁶.

Em especial nas relações com o Parlamento Europeu e o Conselho, a Comissão deve facultar, ao mesmo tempo que esses elementos são enviados aos membros do comité, as ordens de trabalhos das reuniões dos comités, o projecto de actos de execução sobre os quais os comités são chamados a dar parecer e os projectos finais de actos de execução na sequência do parecer dos comités, informando aquelas instituições da disponibilização desses documentos.⁷⁰⁷

Diferentemente do legislador europeu, que dispõe de acesso ao conteúdo das informações constantes no registo da Comissão sobre os trabalhos do comité⁷⁰⁸, o público em geral goza apenas do direito de conhecer as referências de to-

⁷⁰⁵ Cfr. artigo 10º, nº 1, do Regulamento Comitologia.

Sobre as insuficiências em termos de qualidade e completude das informações do *Registo de Comitologia da Comissão Europeia*, com base num estudo empírico realizado em 2005, vide GUIS JAN BRANDSMA, DEIDRE CURTIN e ALBERT MEIJER, “How transparent are EU ‘comitology’ committees in practice?”, in *European Law Journal*, Blackwell Publishing, volume 14, nº 6, Novembro 2008, págs. 819-838.

⁷⁰⁶ Cfr. artigo 10º, nº 2, do Regulamento Comitologia.

⁷⁰⁷ Cfr. artigo 10º, nº 4, do Regulamento Comitologia.

⁷⁰⁸ Cfr. artigo 10º, nº 3, do Regulamento Comitologia.

dos esses documentos, bem como do conteúdo dos dados estatísticos sobre os trabalhos dos comités⁷⁰⁹.

Como bem notam Steve Peers e Marios Costa, “é irónico prever-se transparência completa apenas relativamente ao Conselho e ao PE e não ao público em geral. Ao fazer-se isto, derrota-se o grande propósito da transparência, que é nomeadamente o público pedir contas aos decisores.”⁷¹⁰

Em ambos os casos, não pode olvidar-se a aplicabilidade aos comités dos princípios e condições de acesso do público aos documentos e das normas relativas à protecção de dados aplicáveis à Comissão, designadamente as normas relativas à protecção de documentos classificados aplicáveis à Comissão.⁷¹¹

Em conclusão: a *accountability* pública do sistema comitológico é ainda extremamente insatisfatória, não obstante as prerrogativas do legislador europeu, nomeadamente do PE⁷¹², e as diversas inovações constantes do recente Regulamento Comitologia quanto à acessibilidade do público em geral a informações sobre os comités em análise.

No fundo, a complexidade do quadro da comitologia reflecte os problemas estruturais das relações entre a União e os cidadãos europeus, uma União assente crescentemente em estruturas de governança que privilegiam a tecnocracia em detrimento de políticos democraticamente eleitos, escudando-se nos valores da transparência pública para assim favorecer interesses organizados (v.g. agências europeias)...

⁷⁰⁹ Cfr. artigo 10º, nº 5, do Regulamento Comitologia.

⁷¹⁰ Vide STEVE PEERS e MARIOS COSTA, “Accountability for delegated and implementing acts...”, *cit.*, pág. 459.

⁷¹¹ Cfr. artigos 9º, nº 2, 10º, nº 3, parte final, e considerando 20 do Regulamento Comitologia.

⁷¹² Segundo Jens Blom-Hansen, o incremento da influência do PE no processo comitológico, além de questionável de um ponto de vista prático, isto é, pela falta de vocação executiva e de meios adequados desta instituição, representa “uma perda de legitimidade democrática”, porquanto, na perspectiva daquele professor de ciência política, implica uma diminuição do controlo dos Estados membros, entidades mais *accountable*. Vide JENS BLOM-HANSEN, *The EU comitology system in theory and practice – Keeping an eye on the Commission?*, Palgrave macmillan, 2011, págs. 190-192.

32.3.7. Breve reflexão

À semelhança das anteriores regulamentações em matéria de comitologia, o Regulamento de 2011 acaba por estabelecer um quadro de regras demasiadamente complexas, contrariamente aos propósitos de simplificação subjacentes à sua emissão.

Na verdade, para além dos dois procedimentos principais -de exame e de consulta -, tem ainda de destacar-se a existência de um procedimento de urgência, em associação com qualquer um daqueles procedimentos, e as especificidades relativamente a medidas de defesa comercial e a medidas definitivas anti-*dumping* ou compensatórias, matérias particularmente sensíveis para os interesses dos Estados membros.

Mais, no domínio do procedimento de exame, podem descobrir-se duas variantes procedimentais, correspondentes aos procedimentos de gestão e de regulamentação do sistema comitológico precedente, a evidenciar assim a complexidade do actual regime de comitologia.

No fundo, o novo Regulamento Comitologia, tal como as Decisões que o precederam⁷¹³, reflecte intrincadas batalhas interinstitucionais, corporizando difíceis sínteses de interesses e aspirações diversos, muitas vezes contraditórios, da Comissão, do Parlamento Europeu, do Conselho e dos próprios Estados membros.

Na verdade, enquanto executivo europeu, a Comissão, embora tenha de aceitar o controlo comitológico como forma de ultrapassar resistências à delegação de poderes de execução para a sua esfera, pretende sempre um reforço da autonomia da sua acção relativamente aos interesses nacionais, lutando, por isso, pela minimização dos controlos previstos.

Por seu turno, os Estados membros, sobretudo em áreas politicamente sensíveis (v.g. ambiente, segurança alimentar, organismos geneticamente modificados), e sem deixarem de assumir a importância da delegação de poderes executi-

⁷¹³ Vide JENS BLOM-HANSEN, “Interests, Instruments and institutional preferences in the EU comitology system: the 2006 comitology reform”, in *European Law Journal*, volume 17, nº 3, Maio 2011, págs. 344-365.

vos na Comissão, não deixam de temer, na prática, o papel efectivo desta instituição na implementação do direito da União, a justificar a preocupação com o efectivo controlo dos comités pelos representantes governamentais.

Quanto ao Parlamento Europeu, receoso de que o sistema de comitologia acabe por lhe retirar, na esfera executiva, o protagonismo crescentemente assumido na vida legislativa da União, ao esvaziar, na prática, as suas prerrogativas de supervisão, tem travado, com sucesso, ferozes batalhas interinstitucionais, no sentido do reforço dos seus poderes na arena comitológica, com destaque para a progressiva aproximação/igualização ao papel do outro co-legislador, o Conselho.⁷¹⁴

Deste modo, o novo Regulamento Comitologia, mais do que constituir um sistema racional de boas soluções técnicas, adequadas aos propósitos de simplificação e de eficiência administrativa do processo de implementação do direito comunitário, configura, fundamentalmente, a convergência possível de interesses institucionais diversos, com o quadro de regras sobre comités de comitologia a assumir, uma vez mais, contornos verdadeiramente labirínticos...

Da nova arquitectura do sistema de comitologia cumpre, ainda, salientar *duas notas finais* de importância e novidade não despiciendas:

- 1) num contexto geral de tentativa de (melhor) delimitação das funções legislativa e executiva da União, em ordem a reconduzir PE e Conselho a tarefas legislativas e orçamentais e concentrar tarefas executivas essencialmente na Comissão, a configuração pelo artigo 291º do TFUE de que *os mecanismos de controlo dos actos de execução pertencem aos Estados membros*, para além do reforço da ideia de *federalismo de execução*, implica no plano horizontal/interinstitucional, pelo menos

⁷¹⁴ Como bem nota Adrienne Héritier, “na comitologia, uma tendência clara emerge: desde que o Parlamento obteve poder de veto à luz da co-decisão, ele usou-o (...) em troca por maior poder institucional na comitologia.” *Vide* ADRIENNE HÉRITIER, “Institutional change in Europe: co-decision and comitology transformed”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 50, nº S1, 2012, pág. 49.

do ponto de vista formal, um *benefício claro da posição da Comissão em detrimento do Conselho*;

- 2) mesmo reconhecendo que, na prática, o poder real do Conselho no comité de apelo será nitidamente superior ao resultante da configuração teórica do Regulamento Comitologia de 2011,⁷¹⁵ *é politicamente muito significativa a função de apelo no sistema comitológico deixar de residir nesta instituição, ao fim de mais de cinquenta anos!*

Juridicamente, o comité de apelo implica igualmente mudança profunda, ao dispor apenas de direito de veto e não de poder de decisão final, o qual reside na Comissão, ao contrário do que sucedia com o Conselho ao abrigo do quadro comitológico anterior, salvo nas situações em que esta instituição não atingia a maioria qualificada, recuperando aí a Comissão a competência decisória. Continua, desta forma, a tentar respeitar-se as exigências da denominada doutrina Meroni⁷¹⁶, cabendo sempre à Comissão, e não a um mero organismo comitológico, o poder decisório (final), em harmonia com as ponderações (políticas, nomeadamente) do comité de apelo.⁷¹⁷

⁷¹⁵ Segundo Jean-Paul Jacqué, o facto de a composição do comité de recurso dever em princípio ser de um nível equivalente aos dos membros do Coreper “limita a novidade introduzida pelo artigo 291º do TFUE, que elimina o Conselho do processo de decisão para o substituir pelos Estados membros.” Segundo o autor, “a intervenção dos membros do Coreper restitui o controlo no quadro do Conselho mesmo considerando que o Comité de recurso não constitui uma reunião formal do Coreper.” Vide JEAN-PAUL JACQUÉ, “Chroniques - Institutions de l’Union”, *cit.*, pág. 163.

⁷¹⁶ Cfr. n.ºs 64-70. (???)

⁷¹⁷ Vide CLAUDE BLUMANN, “Un nouveau départ pour la comitologie...”, *cit.*, págs. 47-48.

Capítulo V

Da distinção (inovadora) entre actos delegados e actos de execução no Tratado de Lisboa

33. Da admissibilidade de bases jurídicas derivadas aos actos delegados

33.1. Bases jurídicas derivadas: princípios da atribuição de poderes e do equilíbrio institucional

Pelo exposto, podemos concluir que os actos delegados constituem, em matéria de ordem jurídica da União, a grande novidade do Tratado de Lisboa⁷¹⁸.

Anteriormente, apenas eram aceites dois níveis hierárquicos de direito secundário: os actos com base legal nos Tratados e os actos de execução, com fundamento legal em actos de direito derivado, abrangendo tanto decisões individuais e concretas como actos que corrigiam ou completavam elementos não essenciais dos actos legislativos.⁷¹⁹ Na prática institucional, porém, era frequente a adopção

⁷¹⁸ Neste sentido, embora relativamente ao projecto de Tratado Constitucional, *vide* MANUEL AFONSO VAZ, “O sistema de fontes de direito no Tratado da Constituição Europeia – entre a ‘simplificação’ e a ‘democratização’”, in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Coleção Studia Iuridica, n.º 84, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2005, pág. 656.

⁷¹⁹ Cfr. acórdão do Tribunal Comissão/Conselho, de 24 de Outubro de 1989, processo n.º 16/88, n.º 11.

Para a concretização da noção ampla de medidas de execução que vigorava anteriormente ao Tratado de Lisboa, abrangendo medidas adoptadas pela Comissão destinadas a executar um acto legislativo de base (v.g. medidas de execução de natureza normativa/‘quasi-legislativas’ - destinadas a modificar e a completar o acto legislativo de base -, medidas de gestão – no quadro da Política Agrícola Comum e das Pescas, da gestão de programas comunitários -, e medidas de salvaguarda) e medidas de execução tomadas pela Comissão em aplicação directa do Tratado (v.g. decisões em matéria de concorrência e com base no anterior artigo 95º, n.ºs 4 e 5, do TCE, actual artigo 114º,

.../...

de actos (materialmente) legislativos, com fundamento numa base jurídica prevista no direito derivado (não no direito primário), segundo um processo por este estabelecido. Como bem notava Dominique Ritleng, antes do Tratado de Lisboa, era “perfeitamente possível delegar poder legislativo. Basta não o dizer. A delegação de poder legislativo autorizada é aquela que não comporta o seu nome.”⁷²⁰

Em causa a admissibilidade no sistema institucional comunitário das *delegações do poder legislativo*, isto é, da criação de *bases jurídicas derivadas*, com vista à adopção de actos (materialmente) legislativos segundo um processo simplificado relativamente ao previsto no Tratado.

Previstas em certos países⁷²¹, as *delegações legislativas ou autorizações legislativas* não constavam expressamente dos Tratados europeus, estando apenas consagrada a delegação de competências de execução nos termos do artigo 202º do TCE.

Discutia-se então se o direito comunitário autorizava implicitamente ou, pelo menos, se não opunha a que o legislador comunitário, mais do que regulamentar completamente uma matéria segundo o processo (legislativo) previsto pelo Tratado, criasse, no acto que adoptava em conformidade com este processo, uma base jurídica derivada que permitisse tratar certos aspectos desta matéria legislativa segundo um processo simplificado.

Nas conclusões apresentadas no processo *Parlamento/Conselho*⁷²², a advogada-geral C. Stix-Hackl respondeu afirmativamente, considerando admissíveis bases jurídicas derivadas “desde que estejam preenchidos alguns requisitos”, as-

.../..._____

nºs 4 e 5, do TFUE), vide CLAIRE-FRANÇOISE DURAND, “Les champs d’intervention du pouvoir d’exécution communautaire”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direcção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009, pág. 53 e ss.

⁷²⁰ Vide DOMINIQUE RITLENG, “La délégation du pouvoir législative...”, *cit.*, pág. 569.

⁷²¹ V.g. artigos 38º da Constituição francesa, 76º da Lei Fundamental italiana, 82º da Constituição espanhola ou os artigos 164º e 165º da CRP.

⁷²² Cfr. conclusões do acórdão Parlamento/Conselho, de 13 de Dezembro de 2001, processo C-93/00, nº 41.

sim sufragando a posição do Conselho, que invocava a existência de uma prática neste sentido.

Considerando desnecessário “analisar a questão de saber se o Conselho podia, sem violar as regras do Tratado relativas à competência das instituições, atribuir-se a competência para adoptar as normas gerais de um regime de rotulagem obrigatória da carne de bovino, deliberando por maioria qualificada sob proposta da Comissão”⁷²³, o Tribunal anulou o regulamento em causa, por violação do paralelismo das competências e dos procedimentos, sem se pronunciar sobre (mas não rejeitando...) a admissibilidade, em direito comunitário, da criação de bases jurídicas derivadas.

Mais recentemente, todavia, o Tribunal de Justiça afirmou expressamente:

“56 - Reconhecer a uma instituição a possibilidade de estabelecer bases jurídicas derivadas, quer no sentido de reforçar quer no de simplificar as modalidades de adopção de um acto, equivaleria a atribuir-lhe um poder legislativo que excede o que está previsto no Tratado.

57 - Isso conduziria igualmente a permitir a essa instituição violar o princípio do equilíbrio institucional, que implica que cada uma das instituições exerça as suas competências com respeito pelas competências das outras.”⁷²⁴

Invocando jurisprudência anterior, o Tribunal reiterou⁷²⁵:

“as regras relativas à formação da vontade das instituições comunitárias estão estabelecidas no Tratado e não estão na disponibilidade nem dos Estados-Membros nem das próprias instituições (v. acórdão Reino Unido/Conselho [de 23 de Fevereiro de 1988, processo nº 68/86] nº 38).” (parêntesis recto nosso)

⁷²³ *Idem*, nº 45.

⁷²⁴ Cfr. acórdão Parlamento/Conselho, de 6 de Maio de 2008, processo C-133/06.

⁷²⁵ *Idem*, nº 54.

Trata-se de aresto jurisprudencial profundamente inspirado nas conclusões do advogado-geral Miguel Poiares Maduro, que defendeu:

“30. Opõe-se ao recurso a bases jurídicas derivadas o princípio da atribuição de poderes consagrado no artigo 7º CE, segundo o qual “[c]ada instituição actua nos limites das atribuições e competências que lhe são conferidas pelo presente Tratado”. Efectivamente, são os Tratados que estabelecem os processos conducentes à adopção de actos legislativos. Por conseguinte, a própria instituição não pode determinar livremente a maneira como exerce as suas competências e modificar, tendo em vista a adopção de um acto, o processo previsto para o efeito pelo Tratado. Apenas este último pode, sendo caso disso, habilitar o Conselho a modificar o processo decisório, como ilustram as cláusulas passarela do artigo 67º, nº 2, segundo travessão, CE ou o artigo 175º, nº 2, segundo parágrafo, CE. Dito de outra forma, do princípio de atribuição de poderes decorre, de alguma forma, um princípio de indisponibilidade das competências.

31. Além disso, os processos legislativos estabelecidos pelos Tratados determinam o alcance da participação de cada instituição na tomada de decisão e definem, assim, um equilíbrio institucional. O facto de uma instituição modificar o processo decisório condu-la igualmente a violar o princípio do equilíbrio institucional, consagrado pelo Tribunal de Justiça, que ‘implica que cada uma das instituições exerça as suas competências com respeito pelas das outras’ e que proíbe a uma instituição ‘retirar às outras instituições uma prerrogativa que lhes é atribuída pelos próprios Tratados’”⁷²⁶

⁷²⁶ Cfr. conclusões do acórdão do Tribunal Parlamento/Conselho, de 6 de Maio de 2008, processo C-133/06.

33.2. Bases jurídicas derivadas: prática institucional e criação de agências europeias

Na linha de jurisprudência anterior,⁷²⁷ e conforme propugnado por Poiães Maduro nas conclusões do processo acima referido⁷²⁸, o Tribunal também rejeitou o argumento, invocado pelo Conselho, da prática institucional reiterada como justificação das bases jurídicas derivadas: “a existência de uma prática anterior que consiste em estabelecer as bases jurídicas derivadas não pode ser utilmente invocada. Com efeito, mesmo admitindo que está demonstrada, essa prática não pode derogar as regras do Tratado e não pode, por conseguinte, criar um precedente vinculativo para as instituições.”⁷²⁹

No fundo, assistimos aqui a *significativa inflexão jurisprudencial*, porquanto, no acórdão Köster referia-se o conceito de direito internacional público da “prática constante das instituições comunitárias” como argumento de justificação da legalidade de procedimentos de comitologia,⁷³⁰ dez anos após o surgimento destes e quinze anos antes da formalização da sua base jurídica nos Tratados (ex-artigo 155º, do TCEE, posterior artigo 202º do TCE), com o Acto Único Europeu.

Deste modo, *temos de concordar com a ideia de a prática institucional não constituir fundamento suficiente para permitir ao legislador europeu a criação de agências com poderes decisórios significativos.*⁷³¹ *Cremos, todavia, ser fundamental harmonizar a realidade crescente de agências dotadas de poderes cada vez mais impressivos e a paradoxal omissão (praticamente absoluta) dos Tratados quanto à sua existência.*

⁷²⁷ Cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal Alemanha/Conselho, de 9 de Novembro de 1995, processo C- 426/93, nº 21.

⁷²⁸ Cfr. acórdão Parlamento/Conselho, de 6 de Maio de 2008, processo C 133/06, nº 35.

⁷²⁹ Cfr. acórdão do Tribunal Parlamento/Conselho, de 6 de Maio de 2008, processo C-133/06, nº 60.

⁷³⁰ Cfr. acórdão do Tribunal Köster, de 17 de Dezembro de 1970, processo 25/70, nº 6.

⁷³¹ Vide HERWIG C.H. HOFMANN e ALESSANDRO MORINI, “The pluralisation of EU executive – constitutional aspects of ‘agencification’”, in *European Law Review*, 37, 2012, págs. 425-426.

Com o artigo 290º do TFUE consagrou-se no direito primário da União a categoria dos actos delegados, a qual permite evitar legislação excessivamente pormenorizada na União, prevendo-se a possibilidade de matérias legislativas não (ou menos...) essenciais ficarem a cargo da regulação pela Comissão⁷³².

34. Do contributo do Tratado de Lisboa para a clarificação da distinção entre delegação de poderes legislativos e delegação de poderes executivos

*Antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, como bem reflecte Dominique Ritleng, “a delegação do poder de adoptar medidas com carácter legislativo não tem base jurídica no Tratado. Por razões de eficácia do processo decisório, ela é, porém, correntemente praticada sob a égide da delegação de poderes de execução. É cometido ao Tratado de Lisboa remediar esta situação conformando o direito com os factos.”*⁷³³

Por outras palavras: antes da última revisão global dos Tratados, não obstante a ausência de previsão expressa da possibilidade de delegação de poderes legislativos e a inadmissibilidade da criação de bases jurídicas derivadas, as delegações de poder executivo abrangiam, na prática, delegações legislativas.

Na verdade, enquanto o instituto da delegação legislativa era proibido, as delegações de poder executivo decorriam expressamente dos artigos 202º e 211º do TCE, com o objectivo de contribuir para uma adopção mais rápida dos actos de execução. E, tendo em conta a possibilidade de modificação dos actos de base pelos actos executivos e o conseqüente desarmamento dos poderes do órgão legislativo Parlamento Europeu em sede de execução, compreende-se o constante reforço das prerrogativas deste em sede comitológica⁷³⁴.

Mas, dada a inexistência de uma diferenciação clara entre actos legislativos e actos de execução em direito comunitário, as (hodiernas) medidas legislati-

⁷³² Cfr. nº 26.1.

⁷³³ Vide DOMINIQUE RITLENG, “La délégation du pouvoir legislative...”, *cit.*, pág. 569.

⁷³⁴ Cfr. nº 30.2.3.

vas delegadas assumiam a forma de medidas de execução (*lato sensu*), sujeitas ao controlo comitológico, tal qual sucedia com as delegações executivas.

Na verdade, *inexiste uma diferenciação orgânica entre funções legislativa e executiva na União*, sendo várias as instituições competentes para, simultaneamente, adoptar actos de base e actos de execução. Por exemplo, o Conselho detém competências executivas e legislativas e pode, por isso, delegar poderes legislativos e de execução.⁷³⁵

Por outro lado, *não há uma verdadeira definição material de domínio legislativo no direito comunitário*, tendo em conta a tendência jurisprudencial de afirmação da existência de actos de execução de âmbito geral⁷³⁶ e o reconhecimento de actos legislativos de âmbito individual (tipo leis-medidas)⁷³⁷, não podendo, assim, afirmar-se a ligação necessária entre o âmbito geral, o cariz normativo de actos jurídicos da União⁷³⁸ e o seu carácter legislativo.

Mesmo a noção de “elementos essenciais”, atenta a sua incerteza e fluidez, não permite traçar uma linha de demarcação rigorosa entre actos legislativos e actos executivos, constituindo a reserva legislativa de regulação das *orientações fundamentais*⁷³⁹ em certo domínio um limite a qualquer tipo de delegação, legislativa ou executiva.

Mais, a definição de acto de execução de acordo com o critério da base jurídica, isto é, como acto fundado sobre uma medida de direito comunitário deriva-

⁷³⁵ Vide LAETITIA GUILLOUD, *La loi dans l’Union Européenne...*, cit., pág. 161 e ss.

⁷³⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de 24 de Outubro de 1989, Comissão contra Conselho, processo C-16/88, n° 11.

⁷³⁷ Vide LAETITIA GUILLOUD, *La loi dans l’Union Européenne...*, cit., págs. 186-189.

⁷³⁸ Estabelecendo a ligação entre a generalidade do acto e o seu cariz normativo, cfr. despacho do TPI de 28 de Junho de 2005, Confederazione nazionale dei consorzi volontari per la tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche tipiche dei vini italiani (FederDoc) e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, processo T-170/04, n° 36.

⁷³⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de 27 de Outubro de 1992, Alemanha contra Comissão, processo C-240/90, n° 37.

do, a qual é baseada no Tratado, inclui tanto as (actuais) medidas legislativas delegadas quanto os (actuais) actos de execução.⁷⁴⁰

Com o Tratado de Lisboa, a noção lata de poder executivo vigente foi cindida, passando a autonomizar-se a legislação delegada, destinada a alterar ou a completar elementos legislativos não essenciais, dos actos de execução *stricto sensu*, a adoptar quando sejam necessárias condições uniformes de execução de actos juridicamente vinculativos.

Não obstante esta cisão, não vislumbramos melhorias derivadas da criação formal dos actos delegados em termos de simplificação da ordem jurídica da União e de eficácia do processo decisório europeu, mesmo reconhecendo a desnecessidade de os pormenores técnicos em domínios dinâmicos da vida social, económica e científica serem sujeitos aos formalismos e demoras próprias da actividade legislativa. Com efeito, a delimitação entre legislação delegada e actos de execução permanece(rá) nebulosa e controversa: a implicarem ambos normalmente a adopção de medidas de alcance geral, apenas se diferenciam por as medidas de execução não poderem completar ou modificar o acto legislativo de base, sendo difícil, porém, *in concreto*, definir se a tarefa de *completar* elementos não essenciais de actos legislativos cabe a medida delegada ou a medida de execução de âmbito geral que prescreva normas.

Consciente da incerteza quanto à distinção entre legislação delegada e medidas de execução, a Comissão procurou clarificá-la, considerando a possibilidade de modificação formal do acto de base abrangida pelo verbo *alterar*⁷⁴¹, enquanto entendia por *complementares* as medidas que, deixando uma margem de apreciação à Comissão, acrescentam novas normas não essenciais ao quadro do acto le-

⁷⁴⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre as dificuldades/impossibilidade da distinção entre actos legislativos e actos de execução no direito comunitário, *vide* DOMINIQUE RITLÉNG, “L’identification de la fonction exécutive dans l’Union”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, Bruxelas, 2009, pág. 27.

⁷⁴¹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, COM (2009) 673 final, Bruxelas, 9.12.2009, pág. 4.

gislativo, isto é, as medidas não circunscritas à mera efectivação das normas existentes do acto de base⁷⁴².

Por outras palavras: ao utilizar-se a formulação “alterar” prevêm-se modificações formais do acto de base, independentemente da natureza da emenda (v.g. alterações de preceitos relevantes ou de anexos do diploma legislativo de base); com o verbo “completar” procura-se abranger modificações de ordem material.

Sendo certo que os Estados membros previram intencionalmente a possibilidade de *completar* o acto legislativo tanto na decisão comitologia de 2006 (procedimento de regulamentação com controlo) como no Tratado de Lisboa, com recurso à Comissão como meio de acelerar a adopção de novos preceitos sem as demoras legislativas da co-decisão, algo que já sucedia há muito no âmbito do processo Lamfalussy⁷⁴³, a dificuldade maior daí resultante será distinguir *in casu* actos (delegados) complementares de um acto legislativo dos actos de execução da legislação: ambos consubstanciam medidas secundárias, que, de algum modo, acrescentam algo ao acto de base, sendo extremamente subjectivo avaliar se em cada circunstância concreta estamos perante medida destinada a adicionar novos elementos não essenciais ao acto legislativo.

Em resultado da dificuldade persistente em distinguir entre delegação e execução poderá resultar o risco (relevante) de preferência sistemática do Parlamento Europeu pelo recurso à legislação delegada em detrimento dos actos de

⁷⁴² *Idem*, pág. 4.

Trata-se de clarificação inspirada na lição de Jean Paul Jacqué, que, ainda no quadro da decisão comitologia de 2006, afirmou: “a dificuldade reside na interpretação do termo ‘completar’, porque toda a medida de execução de âmbito geral completa o texto legislativo. (...) O melhor critério parece ser o da margem de apreciação deixada pelo acto legislativo à Comissão. Quando tal margem for enquadrada por critérios vinculativos fixos no acto de base, o novo procedimento [procedimento de regulamentação com controlo] não se deve aplicar enquanto tem de se recorrer a ele quando a Comissão dispuser de uma larga margem de apreciação” (parêntesis nosso) *Vide* JEAN PAUL JACQUÉ, “Introduction: pouvoir législatif et exécutif...”, *cit.*, pág. 47. Mais recentemente, no mesmo sentido, *vide* T. KRÖLL, “Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte...”, *cit.*, págs. 267-270.

⁷⁴³ *Vide* PAOLO PONZANO, “‘Executive’ and ‘delegated’ acts...”, *cit.*, págs. 138-139.

execução, atendendo aos poderes de controlo de que os legisladores gozam ao abrigo do artigo 290º, nº 2, do TFUE⁷⁴⁴, ou de, no âmbito de processos legislativos especiais, o Conselho privilegiar a delegação de poderes de execução e assim reservar aos Estados, via comitologia, o protagonismo do controlo da delegação⁷⁴⁵.

Por outra banda, a ausência de definição substantiva de actos delegados e de actos de execução não pode deixar de ser considerada grave, porquanto, na prática, significa a existência de uma zona cinzenta, implicando considerável discricionariedade por parte da Comissão, *maxime* no exercício do seu poder de iniciativa legislativa, na escolha entre os procedimentos previstos nos artigos 291º e 292º do TFUE.⁷⁴⁶

Mais, o facto de apenas a final do processo de implementação ser possível verdadeiramente avaliar estarmos perante medidas complementares ou meramente executivas do acto legislativo⁷⁴⁷ pode consubstanciar um poder excessivo nas mãos da Comissão, a qual pode por exemplo, após as alterações operadas no pro-

⁷⁴⁴ Vide DOMINIQUE RITLÉNG, “La délégation du pouvoir législatif...”, *cit.*, pág. 573, e JEAN PAUL JACQUÉ, “Introduction: pouvoir législatif et exécutif...”, *cit.*, pág. 45. Na prática, cfr. a situação ocorrida com a adopção do Regulamento (EU) nº 1310/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, que altera o Regulamento (CE) nº 1083/2006 do Conselho no que respeita à ajuda reembolsável, à engenharia financeira e a certas disposições relativas à declaração de despesas, vide JEAN-PAUL JACQUÉ, “Chroniques - Institutions de l’Union”, *cit.*, pág. 162.

⁷⁴⁵ Vide KOEN LENAERTS/MARLIES DESOMER, “Towards a hierarchy of legal acts in the European Union?...”, *cit.*, pág. 764.

⁷⁴⁶ Vide C. F. BERGSTRÖM, *Comitology...*, *cit.*, págs. 356-357.

⁷⁴⁷ Não concordamos, por isso, com Paolo Ponzano, quando este defende: “desde que Parlamento Europeu e Conselho (como regra geral) façam esta distinção no acto legislativo (por exemplo: “a medida coberta pelo artigo x será adoptada pela Comissão de acordo com o procedimento dos ‘actos delegados’ e as medidas cobertas pelo artigo y serão adoptadas pela Comissão de acordo com o procedimento dos ‘actos de execução’”), não haverá qualquer problema jurídico com as medidas de execução propostas pela Comissão.” Vide PAOLO PONZANO, “‘Executive’ and ‘delegated’ acts...”, *cit.*, pág. 140.

cesso comitológico, optar por não reconhecer a introdução de novos elementos não essenciais no acto legislativo.⁷⁴⁸

Na prática, com aproveitamento de obscuridade da distinção entre actos delegados destinados a completar o acto legislativo e actos de execução, a Comissão tem mostrado clara preferência pelos actos delegados, a ponto de chegar mesmo a afirmar a possibilidade de recusar utilizar a habilitação legislativa para adoptar actos de execução.⁷⁴⁹

Percebe-se: mediante os actos delegados e os mecanismos de controlo do Conselho e do PE, a Comissão liberta-se das amarras de comités de representantes estaduais dotados de impressivas prerrogativas sobre o processo decisório, bem diferentes das consultas não vinculativas a que, no âmbito do artigo 290º do TFUE, se compromete efectuar com *experts* nacionais ao preparar os actos delegados.

De forma bem clara, a Comissão mostrava preferência pelo recurso à solução desenhada pelo actual artigo 290º do TFUE já em 2001,⁷⁵⁰ quando afirmava como desejável ao nível da execução das políticas e da aplicação da legislação a seguinte situação: “a legislação define as condições e limites no âmbito dos quais a Comissão exerce as suas competências de execução.

Um mecanismo jurídico simples permite que o Conselho e o Parlamento Europeu, enquanto poder legislativo, controlem as acções da Comissão face aos princípios e orientações políticos adoptados na legislação. (...)

⁷⁴⁸ Vide PAUL CRAIG, “Delegated acts, implementing acts...”, *cit.*, pág. 674.

⁷⁴⁹ Para alguns exemplos práticos recentes, vide JEAN-PAUL JACQUÉ, “Chroniques - Institutions de l’Union”, *cit.*, pág. 164.

⁷⁵⁰ Segundo Jürgen Bast, “ao juntar forças com o Parlamento Europeu e a sua reivindicação popular para a supervisão democrática da legislação delegada, a Comissão atingiu um objectivo de política constitucional que havia perseguido desde os dias de Walter Hallstein. (...) O artigo 290º do TFUE implica uma substancial mudança no jogo de poder interinstitucional – em favor da Comissão.” Vide JÜRGEN BAST, “New categories of acts after the Lisbon reform...”, *cit.*, págs. 918-919.

Se estas orientações forem seguidas, será posta em causa a necessidade de manter os comités existentes, nomeadamente os comités de regulamentação e de gestão. Deverá, por conseguinte, ser realizada uma análise dos actuais comités, nomeadamente a fim de determinar se devem continuar a existir. Esta apreciação deverá ter em consideração a necessidade dos pareceres de peritos na aplicação de políticas da União Europeia.”⁷⁵¹

Em síntese: o risco de confusão entre delegação e execução permanece com o Tratado de Lisboa, com previsibilidade de divergências entre instituições, a reclamar à jurisprudência, de novo, no futuro, delimitar (mais) claramente as fronteiras fluidas e complexas que separam as funções de legislar e de executar no direito da União.

Quer dizer: as dificuldades quanto à diferenciação das funções legislativa e executiva comunitárias permanecem com o Tratado de Lisboa, apenas surgindo claramente delimitada, orgânica e materialmente, a função judicial da União; trata-se de marca originária e, porventura, permanente da integração europeia, como Hilf alertou há muito, ao afirmar que “os Tratados comunitários nunca teriam chegado a existir ou, pelo menos, na sua forma actual, se os seus redactores tivessem tido que levar a cabo uma delimitação de competências [executiva e legislativa] com igual clareza [à das Constituições federais]”⁷⁵² (parêntesis nossos)

35. Da subdelegação de poderes

Outra das consequências da nova distinção entre actos delegados e actos de execução é a eventual possibilidade de subdelegação de poderes e potenciais riscos daí derivados, *maxime* em sede de supervisão.⁷⁵³

⁷⁵¹ Cfr. Livro Branco sobre a Governança Europeia, de 25.7.2001, COM (2001) 428 final, pág. 35.

⁷⁵² Vide MEINHARD HILF, “The application of rules of national administrative law in the implementation of Community law”, *n Yearbook of European law*, volume 3, 1983, pag. 80.

⁷⁵³ Segundo Herwig Hofmann, as “cascatas de delegação de poderes podem tornar-se problemáticas se, através de sub-delegações, a Comissão puder escapar a procedimentos de revisão bem esta-

À luz do artigo 290º do TFUE e no caso de uma delegação lata de poderes pelo acto legislativo, poderá aventar-se a possibilidade de a Comissão, com base no artigo 291º do TFUE, subdelegar em si mesma poderes de execução, através de “actos juridicamente vinculativos da União”, designadamente através de regulamentos, directivas ou decisões delegadas.

Noutros termos: *prima facie*, os actos juridicamente vinculativos que podem conferir competências de execução à Comissão nos termos do artigo 291º, nº 2, do TFUE, podem ser não apenas actos legislativos e actos não-legislativos baseados directamente no Tratado, mas também *actos delegados* adoptados ao abrigo do artigo 290º do TFUE.

Constituindo actos delegados a base jurídica de actos de execução, poderíamos concluir pela primazia hierárquica e pela força derogatória daqueles relativamente a estes;⁷⁵⁴ nos Tratados, porém, não existe qualquer regra nesse sentido e, na prática legislativa, a subdelegação permanece como hipótese meramente académica.

*Somos da opinião de que entre actos delegados e actos de execução se não verifica qualquer distinção hierárquica e de que não é juridicamente admissível a hipótese de subdelegação de poderes, por razões fundamentalmente ligadas à integridade dos mecanismos de controlo previstos no artigo 290º do TFUE e, portanto, do próprio princípio do equilíbrio institucional.*⁷⁵⁵

Na verdade, o princípio geral “*delegatus delegare non potest*”, a necessidade de definição legislativa do âmbito (material) de aplicação (artigo 290º, nº 1, § 2, do TFUE) e, sobretudo, a hipótese de caber à Comissão, e não ao legislador, ponderar a privação da competência executiva originária dos Estados membros, podendo diminuir/afastar os poderes de controlo (comitológico) destes⁷⁵⁶ e com a agravante de, simultaneamente, impossibilitar-se o controlo nacional do princípio .../...

belecidos” Vide HERWIG HOFMANN, “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon...”, *cit.*, pág. 502.

⁷⁵⁴ Neste sentido, vide ROBERTO BARATTA, “Sulle fonti delegate ed esecutive...”, *cit.*, pág. 301. Com base numa leitura sistemática dos artigos 290º e 291º do TFUE, o autor não admite, porém, a subdelegação de poderes de execução da Comissão a si própria.

⁷⁵⁵ Vide JÜRGEN BAST, “New categories of acts after the Lisbon reform...”, *cit.*, pág. 923.

⁷⁵⁶ Vide ROBERT SCHÜTZE, “Sharpening the separation of powers...”, *cit.*, págs. 15-16.

da subsidiariedade, limitado aos projectos de actos legislativos, não permitem concluir pela admissibilidade da subdelegação no ordenamento jurídico europeu.⁷⁵⁷

Em face dos argumentos expostos, *é questionável a possibilidade de os actos não legislativos com fundamento directo nos Tratados servirem de base à atribuição de competências de execução*, sendo aparentemente defensável que a repartição de competências executivas europeias apenas poderá ser modificada por acto legislativo.

De iure condendo, advogamos a ideia de reservar aos actos legislativos a possibilidade de conferir competências de execução para a adopção de actos executivos, pelas razões descritas acima; *de iure condito*, porém, ao empregar-se a expressão “actos juridicamente vinculativos”⁷⁵⁸ em detrimento de “actos legislativos”⁷⁵⁹, pretendeu-se, em nossa opinião, abranger a hipótese de os actos não legislativos com base nos Tratados atribuírem competências executivas para a emissão de actos de execução.

Vale por dizer: *diferentemente dos actos delegados, entendemos que os actos emanados em determinados sectores (v.g. defesa da concorrência, auxílios de Estado) por instituições como a Comissão ao abrigo de disposições do direito comunitário primário encontram-se entre os “actos juridicamente vinculativos” referidos no artigo 291º do TFUE, porquanto, concordando-se ou não, os próprios Tratados ponderaram as consequências daí advenientes, designadamente em sede de (re)configuração da organização executiva europeia.*⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Vide JESUS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Actos delegados, actos de ejecución...”, *cit.*, págs. 81-82. Em sentido diferente, defendendo a possibilidade de subdelegação de poderes, vide HERWIG HOFMANN, “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon...”, *cit.*, pág. 493, e RICARDO ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2ª edição, Civitas/Thomson Reuters, 2010, págs. 90-91.

⁷⁵⁸ Cfr. artigo 291º do TFUE.

⁷⁵⁹ Cfr. artigo 290º do TFUE.

⁷⁶⁰ Em sentido diferente, vide JESUS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Actos delegados, actos de ejecución...”, *cit.*, pág. 82.

§ Conclusivo:

A omissão das agências europeias na execução do direito e das políticas da União no Tratado de Lisboa

Em jeito de reflexão conclusiva sobre a execução do direito e das políticas da União Europeia, cumpre salientar o modo conservador de abordagem do Tratado de Lisboa relativamente a métodos e instrumentos cada vez mais importantes na administração europeia.

Ao cingir-se, fundamentalmente, às formas clássicas dos regulamentos, directivas e decisões, marcadas pela unilateralidade e pelo carácter impositivo, o Tratado de Lisboa revela-se insuficiente na disciplina de novos modos de exercício do poder na União, de cariz consensualizador⁷⁶¹, de que constituem exemplo o recurso ao método aberto de coordenação⁷⁶², aos contratos e à *soft law*.

⁷⁶¹ Charlotte Denizeau, não pondo em causa a autoridade das normas e das decisões jurisdicionais, salienta: “a rede põe em causa a técnica de governação caracterizada pelo procedimento de acção unilateral, para substituí-la por uma aproximação pluralista e interactiva. Ela associa diversos actores ao processo decisório. As autoridades instituídas não se encontram sozinhas a decidir, elas não monopolizam mais o processo decisório. As soluções consensuais são preferidas às fórmulas autoritárias.” *Vide* CHARLOTTE DENIZEAU, “Les moyens de la persuasion et de la coopération: les réseaux d’autorité”, in *L’ autorité de l’Union Européenne*, direcção de Loïc Azoulai e Laurence Burgorgue-Larsen, *collection Droit de l’Union Européenne*, direcção de Fabrice Picod, *Colloques*, 2, Bruylant, Bruxelas, 2006, pág. 215.

⁷⁶² Não se referindo ao termo *método aberto de coordenação*, os Tratados promovem uma abordagem sectorial deste método de cooperação, baseado, fundamentalmente, na *soft law*, no *benchmarking* e na aprendizagem mútua entre os Estados membros (v.g. em matéria de políticas de saúde pública – artigo 168º do TFUE, de indústria – artigo 173º do TFUE, e de investigação – artigo 181º do TFUE, havendo ainda referências diferenciadas à coordenação de políticas em áreas como o emprego ou a união económica). O Tratado de Lisboa perdeu, assim, excelente oportunidade para clarificar o estatuto jurídico do denominado *método aberto de coordenação* e dos vários problemas normativos e de *accountability* a ele associados. Sobre estes problemas, mais desenvolvidamente, *vide* ARTHUR BENZ, “Accountable multilevel governance by the open method of coordination?”, in *European Law Journal*, Volume 13, nº 4, Julho 2007, pág. 505 e ss.

Ora, as relações negociais ou contratuais, assentes no acordo entre entes públicos e privados nacionais e europeus, assumem cada vez maior relevo no contexto emergente das estruturas administrativas de rede, no âmbito da execução de políticas europeias crescentemente fundada numa espécie de *hierarquia enfraquecida ou concertada*.⁷⁶³

Neste sentido, *o Tratado de Lisboa perdeu, de algum modo, a oportunidade de plasmar em direito positivo a nova dinâmica institucional da administração integrada, da cooperação multinível, do funcionamento das estruturas administrativas de rede*,⁷⁶⁴ e, em especial, *das agências europeias*.⁷⁶⁵

Tal é especialmente evidente na distinção operada entre actos delegados e actos de execução (cfr. artigos 290º e 291º do TFUE): ao reservar exclusivamente à Comissão (e, excepcionalmente, ao Conselho) a implementação dos actos jurídicos da União, *o Tratado de Lisboa ignora a realidade corrente das agências na União*, às quais crescentemente o legislador europeu delega poderes executivos, embora restritos e para situações delimitadas (v.g. OHIM, CPVO, EASA).

Naturalmente a criação pelo legislador destes organismos supera eventual violação do equilíbrio instituído pelos Tratados, com base na ideia de que está simplesmente em causa a utilização de poderes legislativos em conformidade com as regras constitucionais.⁷⁶⁶

⁷⁶³ Vide HERWIG C. H. HOFMANN, “Agreements in EU law”, in *European Law Review*, 31 (6), 2006, págs. 800-820.

⁷⁶⁴ Cfr. nºs 10-14.

⁷⁶⁵ No contexto de um denominado *experimentalismo regulatório*, a propósito da coexistência entre redes e agências, David Levi-Faur destaca três tendências hodiernas na União Europeia: “a) como as agências substituem as redes (...) num processo que poderá ser melhor chamado de ‘agencificação de redes’; b) como as agências competem com as redes e são frequentemente capazes de as criar, utilizar e controlar, criando o que melhor pode ser chamado de ‘redes agencificadas’; c) como as redes reforçam as agências (...), criando um novo tipo de organização regulatória que melhor pode ser chamada de ‘agência de rede’.” Vide DAVID LEVI-FAUR, “Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 826.

⁷⁶⁶ Vide TOM ZWART, “La poursuite du père Meroni ou pourquoi les agences pourraient jouer un rôle plus en vue dans l’Union Européenne”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes*

Como explica o Advogado Geral Niilo Jääskinen , no âmbito de processo a decorrer no momento em que escrevemos estas linhas, “o legislador da União não atua como ‘autoridade delegante’ na aceção do acórdão Meroni quando confere poderes de execução a instituições, órgãos ou organismos da União, mas como um ente constitucional no exercício de competência legislativa própria, conferida por um diploma constitucional hierarquicamente superior, i.e., pelo Tratado de Lisboa. Os poderes executivos e judiciários que o legislador da União pode conferir a instituições ou organismos são qualitativamente diferentes daqueles de que se encontra investido. Por exemplo, nos termos do artigo 257.º, n.º 1, TFUE, o Parlamento Europeu e o Conselho podem criar tribunais especializados. Contudo, escusado será dizer que de nenhuma forma se pode considerar que disponham de competência judiciária que possam delegar noutras entidades. Apenas se exige que, como dispõe o Tratado de Lisboa, os tribunais especializados sejam criados com uma base jurídica adequada.”⁷⁶⁷

Por outro lado, a flexibilização jurisprudencial a que temos vindo a assistir relativamente à rigidez originária da doutrina Meroni em matéria de delegação de poderes entre instituições e entre instituições e outros organismos⁷⁶⁸ não é sufragada constitucionalmente de modo aberto, mantendo-se uma profunda divisão entre os preceitos do Tratado e a arquitectura institucional europeia emergente, *maxime* as agências europeias.

Podendo tratar-se de opção, *politicamente significativa e positiva*, de reforço do federalismo de execução, em detrimento da consagração formal de uma centralização efectiva na adopção de normas de execução,⁷⁶⁹ e não obstante as .../...

communautaires et droits nationaux, direcção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009, pág. 167.

⁷⁶⁷ Cfr. conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, apresentadas em 12 de setembro de 2013, processo C-270/12, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia e Parlamento Europeu, n.º 91.

⁷⁶⁸ Cfr. n.ºs 64-71. (???)

⁷⁶⁹ Segundo Herwig Hofmann, “o artigo 290º do TFUE, ao estabelecer a categoria dos actos delegados, permite certa delegação de competências legislativas num órgão executivo sob a supervisão

.../...

referências pontuais a “órgãos e organismos” e aos respectivos poderes, *maxime* em sede de recorribilidade judicial (cfr., por exemplo, artigos 263º, nº 1, 265º, 267º e 277º do TFUE), o *Tratado de Lisboa perdeu soberana ocasião de constitucionalizar uma realidade institucional cada vez mais presente na vida da União.*

Porque omite a possibilidade de delegação de poderes directamente às agências ou as não menciona como entidades a que possam ser transferidas competências de execução, salienta-se o *desfasamento mantido pelo Tratado de Lisboa entre o “status quo” do direito primário europeu e a dinâmica institucional crescente da law in action comunitária.*⁷⁷⁰

Apesar disso, as agências europeias com poderes decisórios continuam a consolidar-se *de facto* na realidade institucional da formação e da execução do direito e das políticas da União, sem a necessária consagração ao nível dos Tratados, um pouco à semelhança da experiência norte-americana.

De facto, nos Estados Unidos da América, considerou-se satisfatória a doutrina que permitia ao Congresso e ao Presidente experimentar diferentes formas institucionais não contempladas constitucionalmente, com a validade da criação das *independent agencies*, admitida pela primeira vez no acórdão *Humphrey’s Executor* (1935), tratada (por tribunais e académicos) como *direito estabelecido*, porquanto nem neste acórdão nem em posteriores arestos jurisprudenciais do *Supreme Court* se explicou o elemento constitucional fundador do poder de criação de agências independentes.⁷⁷¹

.../..._____

do Parlamento e do Conselho. Até aqui, mantemo-nos no âmbito da regulação federal. O artigo 291º do TFUE sobre actos de execução explicitamente afirma a competência primária dos Estados membros para adoptar todos os actos de execução.” *Vide* HERWIG HOFMANN, “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon...”, *cit.*, págs. 497-498.

⁷⁷⁰ Neste sentido, entre outros, *vide* HERWIG C.H. HOFMANN, “Seven Challenges...”, *cit.*, págs. 47-48, e MERIJN CHAMON, “EU agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea”, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, pág. 1074.

⁷⁷¹ *Vide* FRANÇOIS VAN DER MENSBRUGGHE, “The danger of excessive delegations to independent administrative agencies: the example of the USA”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, pág. 115.

Por fim, *a omissão praticamente generalizada das agências europeias afi-gura-se-nos opção deliberada* dos autores/revisores dos Tratados, já que, aquando da preparação do Tratado Constitucional Europeu, a Comissão propunha a criação de uma base jurídica própria que servisse de fundamento para a criação daquelas agências – base jurídica que, na perspectiva da Comissão, seria bastante útil, ao consagrar constitucionalmente os critérios relativos à criação, funcionamento e controlo político, jurídico e orçamental destes organismos.⁷⁷²

Diferentemente do problema da inexistência no Tratado de base jurídica própria para o estabelecimento de agências europeias é a defesa da previsão de cada um destes organismos em sede constitucional, considerando haver uma autonomia institucional maior das agências fundadas em preceitos do Tratado relativamente às agências estabelecidas por legislação secundária.⁷⁷³

Creemos, porém, que a consagração de agências em direito primário da União seria contrária à eficiência institucional, porquanto alterar ou revogar direito secundário não se apresenta, seguramente, tão complexo e moroso como rever Tratados. E facilitar a modificação, a substituição ou mesmo a extinção destes organismos contribuirá para a (maior) adaptabilidade da vida institucional da União e a maior utilidade das agências enquanto instrumentos de implementação (e formação) das políticas europeias.

⁷⁷² Cfr. Comunicação da Comissão sobre a arquitectura institucional, para a União Europeia - Paz, Liberdade, Solidariedade, COM (2002) 728 final, Bruxelas, 4.12.2002, pág. 14. Em sentido idêntico, outros trabalhos produzidos no seio da Comissão advogavam a previsão de uma base jurídica específica para as agências europeias (v.g. artigo 71º proposto no documento de trabalho *The feasibility study - contribution to a preliminary draft, Constitution of the European Union*, de 04/12/2002, e Relatório Sapir – cfr. *An agenda for a growing Europe - Making the EU Economic System Deliver, Report of an Independent High-Level Study Group established on the initiative of the President of the European Commission*, Julho 2003, págs. 152-153).

⁷⁷³ Vide MIROSLAVA SCHOLTEN, “‘Independent, hence unaccountable’? The need for a broader debate on accountability of the executive”, in *Review of European Administrative Law*, volume 4, nº 1, Paris Legal Publishers, 2011, pág. 11.

PARTE II

AGÊNCIAS EUROPEIAS

TÍTULO I

Heterogeneidade e características comuns

36. Ausência de noção unitária

No sobrevisto contexto da *administração integrada* e da formação e execução do direito e das políticas da União⁷⁷⁴, o papel das denominadas “agências europeias” é cada vez mais relevante,⁷⁷⁵ nomeadamente na efectiva cooperação entre órgãos nacionais, supranacionais e comuns.

⁷⁷⁴ Como referiam Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, relativamente aos comités de comitologia, temos de ver o *policy process* “como um ciclo, com a iniciação via produção de políticas a culminar na execução e de novo na iniciação. As várias etapas deste ciclo encontram-se ligadas dinamicamente umas às outras, uma vez que os actores envolvidos usam o seu conhecimento sobre o possível comportamento dos outros nas derradeiras fases do processo para determinar a sua própria acção”. Vide THOMAS CHRISTIANSEN e TORBJÖRN LARSSON, “Introduction: The role of committees in the policy-process of the European Union”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 6.

⁷⁷⁵ De acordo com a avaliação horizontal de 26 agências realizada recentemente, o número de trabalhadores de agências ascende a 4698, havendo 5 agências com mais de 300 membros no seu staff (OHIM, EUROPOL, EMA, EASA e EFSA). Quanto aos aspectos financeiros, o relatório em análise refere que, em 2008, o orçamento global das agências atingia a soma de 1 milhão e 218 mil euros, variando o orçamento individual de cada agência (v.g. dos 8 milhões de euros da ENISA aos 318 milhões de euros da OHIM). Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009 – Final Report Volume 1, Synthesis and prospects*, Ramboll Management/Euréval/Matrix, Dezembro 2009, pág. 1. Na doutrina, para uma análise da evolução do número de agências europeias, dos recursos humanos e tarefas que lhes são cometidas, vide CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, “Órganos y agencias”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 368-375, e MORTEN EGEBERG, MARIA MARTENS e JARLE TRONDAL, “Building executive power at the European level: on the role of European Union agencies”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and*

Com a *convergência internormativa* dos Direitos da União e dos Estados membros, a proliferação de agências independentes na UE é mesmo apontada como uma das manifestações da *influência do direito administrativo nacional sobre o direito comunitário*, tendência paralela à *europeização do direito administrativo* e que Maria Luísa Duarte apelida de *administrativização do direito da União*, no seio da complexificação crescente da interação recíproca entre a estrutura administrativa comunitária e as administrações públicas nacionais.⁷⁷⁶

O termo “agência” europeia não se encontra definido nos Tratados, embora a terminologia de “instituições, órgãos e organismos” seja recorrentemente utilizada no Tratado de Lisboa⁷⁷⁷, nem no direito comunitário secundário, onde as .../..._____

everyday decision-making, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012, págs. 24-28.

⁷⁷⁶ Vide MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito administrativo da União Europeia*, cit., págs. 27-28. Na sistematização da autora, o *processo gradual de convergência internormativa* dos ordenamentos nacionais e da União desenvolve-se “em três sentidos: 1) no *sentido descendente*, com o Direito Comunitário a influenciar, senão mesmo a impor, certas regras e princípios aos direitos administrativos dos Estados membros; 2) no *sentido ascendente*, padrões normativos comuns aos direitos dos Estados membros ou mesmo uma solução prevista no direito de um ou alguns dos Estados-membros são recebidos e incorporados na ordem jurídica comunitária; 3) no *sentido horizontal*, a coexistência dos vários sistemas administrativos nacionais, funcionalmente ajustados ao processo aplicativo do Direito Comunitário e aos critérios hodiernos de eficácia e eficiência, potencia uma relação espontânea de convergência, através, por exemplo, da consagração no direito interno de soluções – normativas ou organizatórias – transplantadas do direito administrativo de outros Estados membros.” (págs. 23-24)

⁷⁷⁷ Cfr. artigos 9º, 42º, 45º, do TUE, artigos 15º, 16º, 24º, 71º, 123º, 124º, 127º, 130º, 228º, 263, 265º, 267º, 277º, 283º, 287º, 298º, 325º, do TFUE, e Protocolos nºs 3, 4, 6, 10, 36. Vide JEAN-FRANÇOIS COUZINET, “La prise en compte de l’existence des agences par les récents traités”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, págs. 194-197. Também a Carta dos Direitos Fundamentais, com valor jurídico vinculativo idêntico aos Tratados (cfr. artigo 6º, nº 1, TUE), usa linguagem idêntica (cfr. artigos 41º, 42º, 43º, 51º, 52º). Na doutrina, para uma distinção entre instituições, órgãos e organismos, vide ARACELLI MANGAS MARTÍN, “Introducción al sistema institucional”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José Mª Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, págs. 35-37.

“agências” europeias são apelidadas de formas tão diversas como “fundação”, “centro”, “observatório” ou “autoridade”.⁷⁷⁸

Recentemente, em Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, não se avançou com qualquer definição de agência (europeia) mas defendeu-se, para evitar induzir em erro os cidadãos e interessados, a utilização de um termo-padrão para as futuras agências (“Agência da União Europeia de...”) e o estudo da possibilidade de harmonizar as designações das agências existentes, tendo em conta os custos inerentes, bem como a imagem já estabelecida de cada agência.⁷⁷⁹

37. Características comuns

Não obstante a *falta de uma noção unitária e a heterogeneidade* das “agências”⁷⁸⁰, podemos apontar várias *características comuns* a todas elas⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ Por ser utilizada pelas instituições europeias e corrente na literatura jurídica, utilizaremos a expressão “agência”. Entre nós, vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu*, cit, pág. 46 e ss. Em geral, o termo “agência” configura “uma etiqueta *omnibus* para descrever uma variedade de organizações (...) que desenvolve funções de natureza governamental e que frequentemente existe fora do normal enquadramento dos departamentos governamentais” e, por isso, “inclui uma grande diversidade de actividades, objectivos e arranjos institucionais.” Vide EVERSON/MAJONE/METCALFE/SCHOUT, *The role of specialised agencies in decentralising EU governance*, relatório apresentado à Comissão, 1999, págs. 30-31.

⁷⁷⁹ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, I, n° 1.

⁷⁸⁰ Nas palavras de Suzana Tavares da Silva, “a *heterogeneidade das agências* é a nota mais assinalável [deste fenómeno]”. (parêntesis nosso) Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu*, cit, pág. 46.

Segundo Wolfgang Weiss, “Uma vez que não há um modelo único, uniforme de agências europeias, elas são extremamente diversificadas na sua estrutura organizativa, tarefas e poderes. Esta heterogeneidade na configuração é devida ao seu estabelecimento descoordenado, o qual preencheu necessidades políticas e conveniências de maiorias políticas. As agências não foram criadas de acordo com concepções jurídicas, doutrinárias ou institucionais sistemáticas e com ideias sobre

.../...

37.1. Primeira característica: personalidade jurídica (interna)

As agências europeias, diferentemente do que sucede com os departamentos da Comissão ou os denominados serviços interinstitucionais (v.g. Serviço de selecção do pessoal das Comunidades Europeias, Serviço das Publicações Oficiais)⁷⁸², têm *personalidade jurídica* (interna, nas ordens jurídicas dos Estados .../... _____

requisitos da delegação. Elas surgiram do ad-hocismo.” Vide WOLFGANG WEISS, “Agencies versus networks: from divide to convergence in the administrative governance in the EU”, in *61 Administrative Law Review* 45, American Bar Association, Thomson Reuters, 2009, pág. 2.

⁷⁸¹ Para uma síntese das características das agências europeias em geral, entre outros, vide D. FISCHER –APPELT, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, Duncker & Humblot, 1999, pág. 38 e ss, EDOARDO CHITI, “Tendenze e problemi del processo di agencification nell’ordinamento europeo”, in *L’amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, coordenado por Barbara Marchetti, Padova, 2009, págs. 21-30, e STEFAN GRILLER e ANDREAS ORATOR, “Everything under control? The ‘way forward’ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine”, in *European Law Review*, n° 35, Thomson Reuters, Fevereiro 2010, págs. 7-9.

Tridimas destaca os objectivos gerais (comuns) das agências europeias: introdução de certo grau de descentralização e dispersão das actividades da União; maior dignidade das tarefas que são cometidas a estes organismos; desenvolvimento do saber científico e técnico em determinadas áreas; integração de diferentes grupos, facilitando assim diálogo ao nível europeu (entre parceiros sociais, por exemplo) e internacional. Vide TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies, competition law, and ECSB initiatives on securities clearing and settlement”, in *Yearbook of European Law* 2009 (2010), vol. 28, pág. 235.

⁷⁸² Na Comunicação da Comissão “Um novo tipo de serviço para apoio à gestão e tarefas administrativas na Comissão Europeia” define-se serviço interinstitucional como “uma entidade que se não integra em qualquer das instituições e tem por missão executar tarefas comuns a várias ou a todas as instituições” e que é criada por uma “decisão conjunta das instituições em causa”. Cfr. Comunicação da Comissão “Um novo tipo de serviço para apoio à gestão e tarefas administrativas na Comissão Europeia”, de 28/05/2002, COM (2002) 264 final, págs. 6-7.

Nas palavras de Fabienne Péraldi-Leneuf, os serviços interinstitucionais “distinguem-se das outras formas de externalização na medida em que eles relevam da organização interna da Comissão e a sua instituição releva de um acto de organização e não de um regulamento comunitário, o que exclui, por exemplo, estes Serviços de uma existência jurídica própria.” Vide FABIENNE PÉRALDI-LENEUF, “Le recours à l’externalité dans le système administratif communautaire: la délégation de .../...

membros), sendo-lhes cometidos os poderes mais amplos de que dispõem as pessoas colectivas à luz do direito de cada Estado membro.

Não obstante serem dotadas de subjectividade (e capacidade) no interior do ordenamento comunitário, as agências europeias constituem, simultaneamente, um instrumento da União, prosseguindo interesses (públicos) cometidos a esta; como já referiu o Tribunal, as agências europeias “são parte” da União.⁷⁸³

Da personalidade jurídica deriva a *autonomia* (ou independência relativa) das agências europeias, sobretudo face à Comissão e aos Estados membros,⁷⁸⁴ tendo em conta, sobretudo, aspectos organizativos e financeiros, distinguindo-se, assim, o conceito de agências, por exemplo, das denominadas “agências de execução”⁷⁸⁵, das direcções-gerais e dos serviços da Comissão.

.../..._____

la technicité”, in *Le Phénomène bureaucratique européen. Intégration européenne et ‘technophobie’*, Collection *Rencontres Européennes*, coordenado por Pascal Mbongo, Bruylant, Bruxelas, 2009, pág. 24.

⁷⁸³ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, *Agata Alaimo vs Comissão*, de 13 de Maio de 1982, processo nº 16/81, nº 11.

⁷⁸⁴ Como notam J.G. Christensen e V.L. Nielsen, a “autonomia é um fenómeno relativo: pode aumentar em relação ao controlo da Comissão enquanto decresce relativamente ao controlo nacional e vice-versa”. Vide JORGEN GRONNEGAARD CHRISTENSEN e VIBEKE LEHMANN NIELSEN, “Administrative capacity, structural choice and the creation of EU agencies”, in *Journal of European Public Policy*, 17: 2, Routledge, Março 2010, pág. 177. Partindo de uma análise comparativa das 25 agências comunitárias e das agências dos denominados 2º e 3º pilares a funcionar no início de 2007, os autores procuram averiguar o grau de autonomia destes organismos e a relação entre esta autonomia e as competências e tarefas cometidas às agências, concluindo, designadamente, pela inexistência de correlação entre poderes mais fortes e governança menos dependente dos Estados membros e Comissão. (pág. 193)

⁷⁸⁵ Como explica Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, as agências europeias dispõem de “‘autonomia executiva’, o que as afasta substancialmente da ‘autonomia instrumental’ das agências executivas, submetidas não só à direcção política e administrativa (...) da Comissão como também ao seu controlo de legalidade” Vide JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Las agencias ejecutivas de la Comisión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 6, 1º semestre de 2004, pág. 135.

Quanto à personalidade jurídica internacional, a questão é (mais) intrincada, mas não nos parece rigoroso, como desenvolveremos posteriormente⁷⁸⁶, defender a subjectividade das agências europeias no plano das relações internacionais.

37.2. Segunda característica: sua criação pelo legislador europeu

As agências europeias são *criadas pelo direito comunitário secundário, distinguindo-se assim de entidades fundadas no direito comunitário originário* (v.g. BCE⁷⁸⁷, BEI, Provedor de Justiça europeu), de organismos internacionais como o Instituto Universitário Europeu ou o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento, criados com base em convenções intergovernamentais, e de privados a quem são cometidas tarefas da União⁷⁸⁸.

No entanto, não podemos olvidar a existência de agências criadas directamente com base numa previsão do Tratado, como ocorre, num quadro de cooperação intergovernamental em matérias de defesa e do armamento europeus, com a

⁷⁸⁶ Cfr. n.ºs 96-98.

⁷⁸⁷ Sobre o BCE enquanto instituição da União, à luz do Tratado de Lisboa, vide ANTONIO SÁINZ DE VICUÑA, “The status of the ECB”, in *The Lisbon Treaty – EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series, coordenado por Stefan Griller e Jacques Ziller, Volume 11, Springer-Verlag, 2008, pág. 299 e ss.

Alertando para a existência na União Europeia de “uma assimetria entre a união monetária, de índole federal, e a união política, privada de uma organização de governo federal”, vide LORENZO CHIEFFI, “Banca Centrale e sviluppi della *governance* europea”, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, Volume 15, fascículos 3-4, 2005, pág. 1085.

⁷⁸⁸ Exemplos destas verdadeiras parcerias público-privadas são o Instituto Europeu de Inovação e Tecnologia (EIT) e as várias empresas comuns ou quaisquer outras estruturas necessárias à boa execução dos programas de investigação, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração da União (v.g. Instituto para o Ambiente e a Sustentabilidade, Instituto de Protecção e Segurança do Cidadão, Instituto de Materiais e Medidas de Referência), criadas com base nos artigos 187º e 188º do TFUE.

*Agência Europeia de Defesa*⁷⁸⁹, ou, no âmbito do anteriormente designado terceiro pilar da construção comunitária, com o *Serviço Europeu de Polícia (EUROPOL)*⁷⁹⁰.

Por outro lado, *as agências europeias são criadas directamente pelo legislador europeu e não pela Comissão*, como sucede com as ditas “agências de execução”, ainda que as competências atribuídas àquelas agências sejam eminentemente de apoio a esta instituição.

37.3. Terceira característica: descentralização e estabilidade institucional

As agências europeias constituem organizações com *sedes descentralizadas* pelos vários Estados membros e dotadas de *estabilidade institucional*, normalmente estabelecidas sem prazo de vigência, ao contrário do que sucede com as denominadas “agências executivas” ou os comités de comitologia.

Na maioria dos regulamentos instituidores das agências europeias não se faz referência à localização da sede, sendo esta questão resolvida por analogia com o artigo 341º do TFUE, isto é, por decisão política tomada de comum acordo pelos representantes dos Estados-Membros reunidos a nível de Chefes de Estado ou de Governo ou pelo Conselho⁷⁹¹, e objecto de ferozes disputas entre os Estados membros.

⁷⁸⁹ Cfr. artigos 42º, nº 3, e 45º do TUE.

Criada ao abrigo do anterior artigo 17º do TUE pela Acção Comum 2004/551/PESC, de 12 de Julho de 2004, e em funcionamento efectivo desde 1 de Janeiro de 2005, o Tratado de Lisboa veio, pela primeira vez, consagrar explicitamente a obrigatoriedade da existência de uma agência europeia de Defesa.

⁷⁹⁰ Cfr. artigo 88º do TFUE. Com sede em Haia, o Serviço Europeu de Polícia (EUROPOL) foi criado por Convenção de 26 de Julho de 1995, alterada por três Protocolos e substituída recentemente pela Decisão 2009/371/JAI, de 6 de Abril de 2009, que transformou este organismo numa verdadeira agência da União, financiada pelo erário comunitário.

⁷⁹¹ De acordo com orientações emanadas pelo Conselho Europeu em Dezembro de 2003, na tomada de decisões sobre a sede de novas agências a prioridade deve ser conferida aos Estados membros que aderiram mais recentemente à UE.

Recentemente, elencou-se um conjunto de critérios objectivos a tomar em conta a fim de contribuir para o processo de tomada de decisão para escolher a sede de uma agência, nomeadamente a garantia de esta poder ser criada no local logo após a entrada em vigor do seu acto fundador – para evitar custos e constrangimentos operacionais adicionais resultantes do estabelecimento transitório do organismo⁷⁹², a acessibilidade do local – tendo em conta as dificuldades várias (v.g. recrutamento de pessoal qualificado) da escolha de locais muito remotos⁷⁹³, a existência de estruturas adequadas para a educação dos filhos dos membros do pessoal ou o acesso adequado ao mercado de trabalho, segurança social e cuidados médicos tanto para os filhos como para os cônjuges.⁷⁹⁴

Por outro lado, atendendo à heterogeneidade em matéria de acordos de sede, os quais por vezes nem existem (v.g. OHIM), propõe-se que a Comissão elabore neste domínio um conjunto de disposições *standard* com base nas melhores práticas existentes que servirão de instrumento de orientação em futuros estabelecimentos de agências.⁷⁹⁵

Conscientes de que a *localização da sede*, de acordo com estudos efectua-

⁷⁹² Cfr. Ficha nº 3, nº 2), documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

⁷⁹³ Idem.

⁷⁹⁴ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, I, nº 6.

Na recente avaliação horizontal das agências europeias criticava-se a ausência de transparência do processo de escolha da localização das agências, o qual demora, em média, cerca de dois anos, e sugere-se que “o Conselho se dote da capacidade de: 1) requerer propostas explícitas e detalhadas dos Estados membros candidatos a receber a agência, 2) realizar comparações transparentes entre as referidas propostas, 3) manter os Estados membros receptores das sedes das agências responsáveis pelo cumprimento das suas promessas.” Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume I, cit.*, pág. vii.

⁷⁹⁵ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, I, nº 9.

inter-institucional por causa da eficiência das comunicações e transportes modernos”⁷⁹⁶, não podemos deixar de enaltecer o *simbolismo político da dispersão geográfica das agências europeias*, acentuando ainda as vantagens desta solução em termos de possibilitar a criação de postos de trabalho em áreas geográficas mais necessitadas do que Bruxelas ou de aproximação física a nichos científicos/profissionais relevantes para as actividades desenvolvidas pelas agências.

Não deixa, porém, de ser curioso que estas agências dispersas ou descentralizadas pelos territórios dos diversos Estados membros constituam, em última análise, poderosos instrumentos de centralização de competências na esfera europeia...

Inexistindo habitualmente as denominadas *cláusulas de caducidade*⁷⁹⁷, até porque as agências europeias podem sempre ser extintas pela mesma via pela qual

⁷⁹⁶ Vide MORTEN EGEBERG e JARLE TRONDAL, *Agencification and location – Does agency site matter?*, ARENA working paper, n° 3, Centro de Estudos Europeus, Universidade de Oslo, Março 2010, in <http://www.arena.uio.no>, pág. 12.

⁷⁹⁷ Cfr, porém, as cláusulas de caducidade previstas nos Regulamentos ENISA e EAR, cujos mandatos iniciais foram, aliás, objecto de extensão (cfr., respectivamente, Regulamento (CE) n° 1007/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 2008, que altera o Regulamento (CE) n° 460/2004, que cria a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação, no que respeita à duração da agência, e Regulamentos (CE) n° 2068/2004 do Conselho de 29 de Novembro de 2004 e n° 1756/2006 do Conselho de 28 de Novembro de 2006 que alteram o Regulamento (CE) n° 2667/2000 relativo à Agência Europeia de Reconstrução).

Na recente Abordagem Comum em anexo à Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, defende-se que “as cláusulas de caducidade devem ser acompanhadas das disposições concomitantes relativas ao desmantelamento da agência, em especial referentes a questões relacionadas com os contratos do pessoal e disposições orçamentais.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, I, n° 4.

Não obstante a inexistência de cláusula de caducidade no regulamento fundador do Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia (EUMC) (cfr. Regulamento (CE) n° 1035/97 do Conselho, de 2 de Junho de 1997), as funções desta agência (e outras missões) foram assumidas pela Agência

foram criadas, os actos fundadores destes organismos prevêem muitas das vezes *cláusulas de revisão*⁷⁹⁸, as quais permitem uma avaliação dos respectivos desempenhos e da utilidade da continuação das suas tarefas, podendo conduzir à sua eventual reforma, fusão com outras agências (hipótese nunca verificada...) ou mesmo encerramento.⁷⁹⁹

37.4. Quarta característica: modelo de governação

Quanto à estrutura, as “agências” adoptam, em geral, um *modelo monista*, assente num *Conselho de Administração*, composto maioritariamente por representantes dos Estados membros⁸⁰⁰ - solução muito diferente da prevista para o Comité de

.../..._____

dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), com sede em Viena, criada pelo Regulamento (CE) n° 168/2007 do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2007.

⁷⁹⁸ Cfr., por exemplo, as cláusulas de avaliação e de revisão previstas no artigo 27° do Regulamento 460/2004 (Agência Europeia de Informação e Segurança) e no artigo 138°, n° 6, do Regulamento (CE) n° 1907/2006 (Agência Europeia dos Produtos Químicos).

⁷⁹⁹ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, I, n° 5.

⁸⁰⁰ Acentuando a heterogeneidade das “agências” europeias e, subsequentemente, a influência variável dos governos nacionais sobre estas, o Senado francês não deixa de reconhecer peremptoriamente que “o grau de implicação dos Estados membros pode traduzir-se pela **sua participação nos conselhos de administração** das agências europeias.” Vide Senado francês, *Rapport d’information fait au nom de la commission des affaires européennes et de la commission des finances sur l’évaluation de l’activité des agences européennes*, por M. Denis Badré, n° 17, Sessão ordinária de 2009-2010, pág. 20.

Na mesma linha, Johannes Saurer considera a participação de representantes dos governos nacionais nos conselhos de administração “um instrumento particularmente poderoso nas mãos dos Estados membros”, salientando a preferência da Comissão por *boards* mais profissionais. Vide JOHANNES SAURER, “The accountability of supranational administration: the case of **European Union agencies**”, in *24 American University International Law Review* 429, Thomson Reuters, 2010, pág. 14.

Direcção das agências executivas⁸⁰¹ -, e num *Director Executivo*, nomeado por aquele Conselho, com funções de representação e de gestão quotidiana da agência.

No entanto, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão propugnam actualmente solução diversa nesta matéria, preferindo uma *estrutura dualista de governação das agências*: “para além do Conselho de Administração, que define as orientações gerais das actividades da agência, deverá ser criado um pequeno Conselho Executivo, que conta com a presença de um representante da Comissão, incumbido de monitorizar mais de perto as actividades da agência a fim de reforçar a supervisão da gestão administrativa e orçamental, nomeadamente em matéria de auditorias.”⁸⁰²

Não raras vezes, as agências são ainda compostas de *órgãos auxiliares*, como conselhos consultivos ou comités científicos, bem como de um auditor interno, nomeado pela agência⁸⁰³. Recentemente, é ainda de destacar a criação de *Conselhos de Reguladores/Supervisores* nos domínios dos mercados financeiros, energético e das comunicações electrónicas.

⁸⁰¹ Cfr. artigo 8º, nº 1, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002. Cfr. também nºs 38-42.

⁸⁰² Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 10.

A criação de um Conselho Executivo destina-se, fundamentalmente, a compensar a extensão excessiva de diversos Conselhos de Administração e assim aumentar a eficiência no funcionamento das agências europeias. Cfr. Ficha nº 5, nº 2), documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

⁸⁰³ Como se dá conta na recente avaliação horizontal das agências europeias, apesar de a maioria das agências depender do orçamento geral da UE, algumas são parcial (v.g. EASA, EMA) ou integralmente financiadas através da cobrança de taxas (v.g. CPVO, OHIM). Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1, cit.*, pág. 1 (cfr. também *infra*, **Capítulo 6, 1.1.**).

TÍTULO II

Classificações

Capítulo I

Classificação da Comissão: agências executivas e agências de regulação

Tendo sido criadas várias agências ao longo dos tempos,⁸⁰⁴ importa conhecer algumas classificações, da Comissão e de académicos, que têm vindo a ser apresentadas para sistematizar e clarificar pontos comuns e diferenças no seio da heterogeneidade característica deste fenómeno de *agencificação*⁸⁰⁵ que tem vindo a transformar profundamente o aparelho administrativo europeu.

De acordo com a classificação proposta pela Comissão, as agências europeias podem ser: *agências executivas (executive agencies)*, “incumbidas de tarefas de pura gestão, isto é, de assistir a Comissão na execução dos programas comunitários de apoio financeiro, estando sujeitas a um controlo estrito”, e *agências de regulação (regulatory agencies)*, que “têm por missão participar activamente no exercício da função executiva, emitindo actos que contribuem para a regulamentação de um determinado sector.”⁸⁰⁶

⁸⁰⁴ Wittinger fala de um “crescimento descontrolado” (*Agenturwildwuchs*) do número de agências europeias. Vide MICHAELA WITTINGER, “‘Europäische Satteliten’: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht”, in *Europarecht*, Heft 5, 2008, pág. 610.

⁸⁰⁵ Como explica, entre nós, Suzana Tavares da Silva, “a *agencificação* é a designação dada à criação de um leque de agências especializadas às quais são atribuídas missões e poderes de diferente natureza no âmbito do que se designa como ‘*serviços horizontais*’, ou seja, especialmente vocacionados para as soluções de *aplicação transnacional do direito*.” Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu*, cit, pág. 46.

⁸⁰⁶ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, COM/2002/0718 final, nº 1. Neste documento sublinha-se ainda igualmente a existência de agên-

Secção 1

Agências executivas

38. Emergência e regulamentação

Na sequência de problemas graves em vários aspectos da vida comunitária (v.g. fraudes na PAC), os quais conduziram à resignação em bloco de Jacques Santer e restantes comissários (1999), novas soluções foram propostas no sentido de tornar a Comissão mais ágil, eficiente e *accountable*.⁸⁰⁷ E é nesta envolvente que, num pacote de reformas administrativas gerais, *as agências executivas constituem resposta às preocupações do Parlamento Europeu sobre a pouca transparência e falta de controlo dos Gabinetes de Assistência Técnica (GAT), auxiliares da Comissão na gestão de alguns programas comunitários.*

De facto, depois de não ter dado quitação da execução orçamental de 1996, o Parlamento Europeu nomeou um *comité de peritos independentes* para verificar o estado de administração da Comissão, tendo chegado à conclusão de que a fraude, o nepotismo e a má gestão eram apanágio da Comissão Santer, a impor reforma profunda do funcionamento desta instituição.

Comité de Peritos Independentes que:

.../..._____

cias que “não se encaixam em nenhum dos dois tipos de agência anteriormente referidos [executivas e de regulação]” (parêntesis nosso).

⁸⁰⁷ Vide ANCHRIT WILLE, “Political-bureaucratic accountability in the EU Commission: modernising the executive”, in *West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge, pág. 1093 e ss, e “Politicians, bureaucrats and the reinvention of the European Commission”, in *Political accountability and european integration*, coordenação de Luc Verhey, Philipp Kiiver & Sandor Loeffen, Europa Law Publishing, Groningen, 2009, págs. 95-97, ANNE STEVENS, “Une simple amélioration ou une modernisation radicale? La réforme de l’administration de la Commission Européenne”, in *Revue Française d’administration publique*, nºs 105-106, 2003, pág. 81 e ss, e “La chute de la Commission Santer”, in *Revue Française d’administration publique*, nº 95, 2000, pág. 369 e ss.

Após criticar os GAT pela definição vaga das suas tarefas, pelo reduzido controlo exercido pela Comissão sobre as suas actividades, pela falta de transparência orçamental e pelo incumprimento dos respectivos requisitos em matéria de prestação de contas, recomenda o estabelecimento de um quadro normativo claro em matérias de contratação externa e financeira;

Reconhecendo a necessidade de a Comissão recorrer a assistência técnica externa por razões de eficácia, de oportunidade e de custo, *propõe uma nova categoria de organismos de direito comunitário, as agências de execução, instrumento de gestão mais flexível a permitir àquela instituição servir-se de competências não disponíveis na sua orgânica interna;*

Sugerindo a atribuição da direcção das agências executivas a funcionários da Comissão, porque a responsabilidade pela execução dos programas comunitários continuaria a ser desta instituição, salienta (ainda) que *estas agências só deviam poder desempenhar tarefas de mera execução, com proibição do exercício de funções de natureza discricionária.*⁸⁰⁸

O essencial das conclusões dos relatórios do Comité de Peritos Independentes é retomado pelo *Livro Branco sobre a reforma da Comissão, em 2000, em que se reafirma a necessidade de a Comissão voltar a concentrar-se nas suas tarefas essenciais, externalizando parte do seu trabalho administrativo nos casos em que este outsourcing*

- a) correspondesse a uma prestação dos serviços ou bens em causa caracterizada por uma maior eficiência e uma melhor relação custo/eficácia;
- b) não envolvesse o exercício de poderes discricionários/ não implicasse opções políticas;

⁸⁰⁸ Para uma descrição (mais) pormenorizada do conteúdo dos relatórios do Comité de Peritos Independentes nomeado pelo Parlamento Europeu, emitidos em 15 de Março e 10 de Setembro de 1999, vide NATÁLIA LEITE, “As agências de execução da União Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, coordenação de Jorge Miranda, Menezes Cordeiro, Paz Ferreira e José Duarte Nogueira, Volume I, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 864 e ss.

c) se justificasse pelos seus próprios méritos, não servindo de mera compensação das insuficiências de pessoal da Comissão.⁸⁰⁹

Por outro lado, a decisão de externalizar tarefas de gestão, incluindo para um novo tipo de organismo de execução chefiado por funcionários da Comissão, as agências de execução, devia ser tomada coerentemente em toda a Comissão Europeia, de modo a que fossem utilizados instrumentos semelhantes em casos similares.⁸¹⁰

Deste modo, a utilização dos GAT foi abandonada, tendo sido entregue à Comissão a gestão de alguns programas (relativos principalmente a ajuda externa), a qual recorreu em larga escala a pessoal contratado, enquanto outros programas eram interrompidos ou confiados a agências de execução.⁸¹¹

Previstas pelo Regulamento n° 1605/2002⁸¹² e desenvolvido o seu estatuto no Regulamento n° 58/2003⁸¹³, as agências de execução são definidas como “pessoas colectivas de direito comunitário criadas por decisão da Comissão, nas quais pode ser delegada, no todo ou em parte, a execução de um programa ou projecto comunitário, por conta da Comissão e sob a sua responsabilidade, em conformi-

⁸⁰⁹ Cfr. Livro Branco, Reforma da Comissão, Parte I, COM (2000) 200 final, de 5 de Abril de 2000, pág. 2.

⁸¹⁰ *Idem*, pág. 11.

⁸¹¹ Seis dos 126 GAT existentes no ano 2000 foram substituídos por agências de execução (três pela Agência de Execução relativa à Educação, ao Audiovisual e à Cultura - EACEA, um pela Agência de Execução para a Saúde e os Consumidores - EAHC e dois pela Agência de Execução para a Competitividade e a Inovação - EACI). Cfr. Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu n° 13/2009 — Delegação de tarefas de execução às agências de execução: uma boa opção?, pág. 9.

⁸¹² Cfr. artigo 54°, n° 2, alínea a), do Regulamento (CE, Euratom) n° 1605/2002, do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias.

⁸¹³ Cfr. Regulamento n° 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002, que define o estatuto das agências de execução encarregadas de determinadas funções de gestão de programas comunitários.

dade com o regulamento do Conselho relativo ao estatuto das agências executivas incumbidas de determinadas tarefas referentes à gestão dos programas comunitários, que define as condições e modalidades relativas à sua criação e ao seu funcionamento.”⁸¹⁴

39. Controlo da Comissão

Enquanto entidades que a Comissão pode encarregar, sob o seu controlo e responsabilidade, de determinadas funções relativas à gestão dos programas comunitários, a criação de agências executivas resulta de Decisão desta instituição, no quadro do Regulamento nº 58/2003 e tendo por base uma análise de custos/benefícios.

Tal análise leva em conta factores diversos, como a identificação das funções justificativas da externalização, a avaliação dos benefícios e dos custos, inclusivé os resultantes do controlo e da coordenação e o impacto sobre os recursos humanos, as eventuais economias no âmbito do orçamento geral da União Europeia, a eficácia e a flexibilidade na execução das funções externalizadas, a simplificação dos processos utilizados, a proximidade da acção externalizada em relação aos beneficiários finais, a visibilidade da União como promotora do programa comunitário em causa e a manutenção de um nível adequado de competências no interior da Comissão.⁸¹⁵

Após outra análise de custos/benefícios, na data prevista aquando da criação da agência de execução, a *Comissão pode decidir prorrogar a sua existência*

⁸¹⁴ Cfr. artigo 55º, do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002, do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias.

Por seu turno, programa comunitário é definido como “qualquer acção, conjunto de acções ou outra iniciativa que, de acordo com o acto de base ou a autorização orçamental em causa, a Comissão deva executar, a favor de uma ou mais categorias de beneficiários determinados, envolvendo a autorização de despesas.” Cfr. artigo 1º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸¹⁵ Cfr. artigo 3º, nº 1, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

por um prazo que não pode ultrapassar o inicialmente previsto, prorrogação renovável, ou, se considerar ter deixado de ser necessário recorrer a uma agência destas ou constatar o desrespeito dos princípios da boa gestão financeira, *pode decidir suprimi-la*,⁸¹⁶ nos termos do mesmo procedimento comitológico subjacente à instituição destes organismos⁸¹⁷. Neste aspecto, se tivermos presente a discricionariedade com que a Comissão, conformemente aos critérios fixados no Regulamento n° 58/2003, decide acerca da criação/supressão das agências de execução, não se percebe a exigência de submissão de tais decisões ao sistema comitológico^{818 819}.

*Dotadas de personalidade jurídica e da mais ampla capacidade jurídica reconhecida às pessoas colectivas pelas legislações nacionais*⁸²⁰ e financiadas a partir do programa que executam⁸²¹, as agências de execução, normalmente sedeadas em Bruxelas (junto dos serviços centrais da Comissão)⁸²², encontram-se sujeitas à supervisão das actividades delegadas e da execução orçamental pela Comissão.

Em matéria financeira, por exemplo, cada agência de execução aplica à implementação do seu orçamento de funcionamento as disposições de um regulamento financeiro-tipo aprovado pela Comissão, o qual só se pode afastar do Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europei-

⁸¹⁶ Cfr. artigo 3º, n° 2, do Regulamento n° 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸¹⁷ Cfr. artigo 24º do Regulamento n° 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸¹⁸ Cfr. considerando 10 e artigo 3º, n° 3, do Regulamento n° 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸¹⁹ Nas palavras de Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, é “forçada a submissão da criação das agências executivas ao procedimento comitológico”, em especial quando se trata “de uma decisão adoptada ao abrigo do poder discricionário de organização interna dos seus serviços administrativos.” Vide JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Las agencias ejecutivas...”, *cit.*, pág. 134.

⁸²⁰ Cfr. artigo 4º do Regulamento n° 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸²¹ Cfr. artigo 12º, n° 3, do Regulamento n° 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸²² Cfr. artigo 5º do Regulamento n° 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

as se os requisitos específicos do funcionamento das agências de execução o exigirem.⁸²³

Mais, para além da *consolidação das contas das agências de execução com as da Comissão*⁸²⁴, quando esta tenha delegado na agência executivas funções de execução orçamental de dotações operacionais relativas a programas comunitários, essas *dotações permanecem inscritas no orçamento geral da União Europeia e a sua execução faz-se por imputação directa ao mesmo, sob responsabilidade da Comissão.*⁸²⁵

Por outro lado, a *Comissão procede à designação dos cinco membros do Comité de Direcção e do Director da agência de execução, um funcionário comunitário encarregado, entre outras tarefas, da gestão e da representação deste organismo, o qual participa, sem direito de voto, nos trabalhos do Comité de Direcção. Mediante parecer deste órgão, a Comissão pode pôr termo antecipado ao mandato, em princípio de quatro anos, do Director da agência executiva.*⁸²⁶

*Ao Comité de Direcção cabe a adopção anual do projecto de orçamento de funcionamento, incluindo do quadro dos efectivos, para o exercício orçamental seguinte, o qual é submetido à Comissão. Com base nesse projecto de orçamento e tendo em conta a programação que tenha definido relativamente aos programas comunitários em cuja gestão a agência de execução participe, a Comissão propõe, no quadro do processo orçamental, a fixação da subvenção anual para o orçamento de funcionamento da agência de execução.*⁸²⁷

*Mediante acordo da Comissão, o comité de direcção decide da aceitação de quaisquer doações, legados e subvenções provenientes de fontes distintas da União*⁸²⁸ e, em matéria de recursos humanos, adopta, na medida do necessário, as

⁸²³ Cfr. artigo 15º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸²⁴ Cfr. artigo 14º, nº 2, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸²⁵ Cfr. artigo 16º, nº 1,º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸²⁶ Cfr. artigo 7º-11º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸²⁷ Cfr. artigo 13º, nºs 2 e 3, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸²⁸ Cfr. artigo 9º, nº 4, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

regras de execução relativas à gestão do pessoal da agência de execução, tanto funcionários comunitários como agentes temporários directamente recrutados por esta agência.⁸²⁹

*O programa de trabalho anual da agência de execução deve respeitar a programação definida pela Comissão, de acordo com os actos que estabelecem os programas comunitários em cuja gestão a agência de execução participa, e observar as decisões orçamentais, encontrando-se sujeito ao acordo desta instituição.*⁸³⁰

*Cabe também à Comissão exercer uma verdadeira tutela administrativa, isto é, controlos vários (v.g. auditoria interna) a definir no acto de delegação*⁸³¹, *sem prejuízo dos controlos a cargo do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), do Tribunal de Contas europeu*⁸³² *e do poder de quitação do orçamento de funcionamento pelo Parlamento Europeu, sob recomendação do Conselho*⁸³³.

Por último, *compete à Comissão elaborar um relatório externo de avaliação sobre os três primeiros anos de funcionamento de cada agência de execução, a apresentar ao comité de direcção da agência de execução, ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Tribunal de Contas.*⁸³⁴

Em suma: *como o recurso a agências de execução não isenta a Comissão das responsabilidades que lhe incumbem por força do Tratado (v.g. artigo 317º do TFUE), esta instituição é dotada de um conjunto de prerrogativas de enquadramento da acção e de controlo efectivo do funcionamento das agências executivas, designadamente dos seus órgãos de direcção.*⁸³⁵

⁸²⁹ Cfr. artigo 18º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸³⁰ Cfr. artigo 9º, nº 2, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸³¹ Cfr. artigos 6º e 20º, nºs 1, 2 e 3, e considerandos 12 e 17 do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸³² Cfr. artigo 20º, nºs 4, 5 e 6, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸³³ Cfr. artigo 14º, nº 3, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸³⁴ Cfr. artigo 25º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸³⁵ Cfr. considerando 9 do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

Em atenção ao extenso controlo da Comissão sobre estes organismos, Mario Chiti refere-se a eles, diferentemente do que sucede com as agências ditas de regulação, como “parte da administração central” da União, “a operar em funções de serviço à Comissão, não obstante disporem de personalidade jurídica”.⁸³⁶

40. Tarefas de mera execução

Por ocasião da aprovação de um programa comunitário, a Comissão informa o Parlamento Europeu e o Conselho da sua intenção de recorrer a uma agência externa para a execução desse programa, bem como dos recursos financeiros e humanos necessários ao funcionamento desse organismo e dos benefícios a realizar com tal transferência de funções.⁸³⁷

Entre as funções que podem ser delegadas pela Comissão nas agências executivas⁸³⁸ incluem-se a gestão da totalidade ou de parte das fases do ciclo de um projecto específico, a adopção dos actos de execução orçamental necessários,

⁸³⁶ Vide MARIO CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, 4ª edição, Giuffrè, Milão, 2011, págs. 303-304. Diferentemente, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor refere-se às agências de execução como um caso de “descentralização administrativa via entidades com personalidade jurídica dotadas de autonomia funcional.” Vide JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Las agencias ejecutivas...”, *cit.*, pág. 132.

⁸³⁷ Cfr. artigo 3º, nº 4, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸³⁸ Da decisão de constituição da agência executiva constarão normalmente as competências delegadas pela Comissão e as respectivas condições de exercício, embora *a posteriori* o elenco de tarefas e de prerrogativas a desenvolver por estes organismos de execução possa ser alargado em decisão de delegação autónoma. Por isso, no artigo 6º, nº 3, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002, refere-se que as condições, critérios, parâmetros e modalidades a respeitar pelas agências de execução no cumprimento das suas funções, bem como as modalidades dos controlos exercidos pelos serviços da Comissão responsáveis pelos programas comunitários, em cuja gestão a agência de execução participe, são definidos pela Comissão no *acto de delegação*, o qual não tem de coincidir necessariamente com a decisão de criação da agência de execução.

a recolha e o tratamento de informações a transmitir à Comissão e a elaboração de recomendações destinadas a esta instituição.⁸³⁹

As agências executivas podem ser encarregadas de quaisquer funções de execução de um programa comunitário, com exceção das que impliquem margem de apreciação susceptível de traduzir opções políticas⁸⁴⁰. Isto é, estas agências são responsáveis somente por tarefas de implementação, permanecendo as escolhas de policy na esfera da Comissão.

Na linha do sobreanalisado acórdão Meroni, é proibida a delegação de escolhas políticas que pressuponham ampla margem de discricionariedade das agências de execução, não podendo, porém, deixar de reconhecer-se a existência de uma margem de apreciação na implementação de opções políticas.⁸⁴¹

41. Contencioso

Em matéria de *responsabilidade civil* das agências executivas, não parece haver dificuldades na interpretação do artigo 21º do Regulamento nº 58/2003:

- 1) a *responsabilidade contratual* é regulada pela lei aplicável ao contrato em causa (nº1), o qual define a jurisdição que aprecia o litígio;
- 2) o regime da *responsabilidade aquiliana* é estabelecido em termos similares aos previstos no artigo 340º, § 2, do TFUE, com a *agência de execução* a ressarcir, segundo os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por ela ou pelos seus agentes

⁸³⁹ Cfr. artigo 6º, nº 2, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸⁴⁰ Cfr. artigo 54º, nº 1, do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002, do Conselho, de 25 de Junho de 2002, e artigo 6º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸⁴¹ Neste sentido, defendendo uma interpretação restritiva dos artigos 54º, nº 1, do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002, do Conselho, de 25 de Junho de 2002, e 6º do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002, vide PAUL CRAIG, *EU administrative law*, cit, pág. 39.

no exercício das suas funções, sendo o TJUE a instância (necessariamente) competente para dirimir os pleitos (nº 2).⁸⁴²

Quanto ao *controlo da legalidade*, qualquer acto de uma agência de execução que lese terceiros é susceptível de recurso judicial, precedido, porém, de um recurso administrativo para a Comissão a interpor por qualquer pessoa directa e individualmente afectada ou por um Estado-Membro; com o prazo de um mês a contar do conhecimento do acto contestado pela parte ou pelo Estado interessado para se recorrer graciosamente, a Comissão delibera no prazo de dois meses desde a data de interposição do recurso, equivalendo a falta de resposta a uma decisão implícita de rejeição desse recurso.⁸⁴³

Para além da interposição de recurso administrativo, a Comissão pode, por sua própria iniciativa (*ex officio*), apreciar qualquer acto de uma agência de execução, deliberando no prazo de dois meses a contar do início da apreciação do acto em causa, depois de ouvida a agência de execução.⁸⁴⁴

Em ambas as circunstâncias, a Comissão pode suspender a execução do acto em causa ou impor medidas provisórias. Na decisão definitiva, a Comissão pode manter o acto da agência de execução ou decidir que esta o deve modificar, total ou parcialmente,⁸⁴⁵ obrigando-a a tomar, num prazo razoável, as medidas necessárias para dar cumprimento à decisão da Comissão⁸⁴⁶.

⁸⁴² Não podemos deixar de referir a responsabilidade civil em que o gestor orçamental e o contabilista poderão incorrer nos termos previstos, respectivamente, nos artigos 34º e 36º do Regulamento (CE) nº 1653/2004, da Comissão, de 21 de Setembro de 2004, que instituiu o regulamento financeiro-tipo das agências de execução, em aplicação do Regulamento (CE) nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸⁴³ Cfr. artigo 22º, nº 1, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸⁴⁴ Cfr. artigo 22º, nº 2, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸⁴⁵ Cfr. artigo 22º, nº 3, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸⁴⁶ Cfr. artigo 22º, nº 4, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

Diferentemente do consagrado em sede de responsabilidade civil extracontratual,⁸⁴⁷ somente após interposição de recurso administrativo prévio para a Comissão se prevê recurso judicial (de anulação) dos actos das agências de execução em caso de indeferimento (explícito ou implícito) daquele recurso.⁸⁴⁸ Neste particular, porque se trata de entidades com personalidade jurídica, poderia pensar-se na recorribilidade imediata dos actos das agências executivas para o TJUE, sobretudo tendo em conta algumas dificuldades técnicas que a solução do artigo 22º do Regulamento nº 58/2003 suscita⁸⁴⁹. Cremos, todavia, que, em função da subordinação efectiva destes organismos à Comissão, a manutenção do controlo administrativo prévio a cargo desta instituição é a melhor solução, mesmo tendo em conta a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e a previsão das agências

⁸⁴⁷ Em geral, sobre a matéria da responsabilidade civil (extracontratual) na UE, vide AFONSO PATRÃO, *Responsabilidade extracontratual da Comunidade europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, BERND J. HARTMANN, “§ 2 Haftung in der Europäischen Union”, in *Staatshaftung in Europa - nationales und Unionsrecht*, coordenado por Oliver Dörr, De Gruyter Handbuch, 2014, págs. 31-60, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009.

⁸⁴⁸ Cfr. artigo 22º, nº 5, do Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

⁸⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos, vide PAUL CRAIG, *EU administrative law*, cit., págs. 41 e 42.

Por exemplo, segundo este autor, “é importante saber quem ouve os casos na Comissão. Não é claro se eles serão ouvidos na Direcção Geral à qual a agência executiva está ligada, e se assim for quem dentro da Direcção Geral procederá à audição. Se os casos se encontrarem na Direcção Geral que estabeleceu a agência, há o perigo do conflito de interesses. Não é fácil manter a formação das políticas e a sua execução distintas. Se uma acção a contestar a execução implicar política, ocorrerão verdadeiras objecções à Comissão actuar como ‘juiz.’” Vide PAUL CRAIG, “Legal control of regulatory bodies: principle, policy, and teleology”, in *The European Union legal order after Lisbon*, coordenado por Patrick Birkinshaw e Mike Varney, Kluwer Law International, 2010, págs. 98-99.

Por outro lado, o artigo 22º, nº 5, do Regulamento nº 58/2003, ao não prever a possibilidade de interposição de recurso judicial no caso de o controlo administrativo ser julgado procedente, condiciona, na prática, a actividade de implementação destas agências, permitindo à Comissão utilizar o poder de revisão administrativo das decisões como meio dissuasor de divergências das agências executivas quanto a detalhes diversos da execução das matérias.

européias entre as entidades cujos actos podem ser impugnados ao abrigo do recurso contencioso de anulação⁸⁵⁰.

Em suma: objecto do recurso de anulação para o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 263º do TFUE, é a decisão (explícita ou implícita) da Comissão em rejeitar o recurso administrativo e não qualquer acto da agência de execução, diferentemente do que sucedia numa versão preliminar do Regulamento nº 58/2003⁸⁵¹.

42. Balanço (breve) de actividade

Com os objectivos fundamentais de melhorar a prestação de serviços ou bens em causa – reduzindo a burocracia, aumentando a especialização – e possibilitar à Comissão concentrar-se nas funções essenciais de concepção e de supervisão das políticas⁸⁵², foram criadas seis agências executivas.⁸⁵³

⁸⁵⁰ Cfr. artigo 263º do TFUE. O Tribunal de Contas Europeu defendia a existência de recurso administrativo prévio à interposição de recurso judicial porque o (anterior) artigo 230º do TCE não previa a impugnação de actos das agências e pelo facto de a competência de controlo do Tribunal de Justiça ser fixada pelo Tratado, não podendo ser alterada ou alargada por um regulamento do Conselho. Cfr. Parecer nº 8/2001 do Tribunal de Contas sobre uma proposta de regulamento do Conselho que define o estatuto das agências de execução encarregadas de determinadas tarefas relativas à gestão dos programas comunitários, ponto 22.

⁸⁵¹ Sobre os contornos do controlo do Tribunal na proposta de Regulamento Quadro das agências executivas, *vide* JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Las agencias ejecutivas...”, *cit.*, pág. 132.

⁸⁵² Cfr. Livro Branco sobre “Reforma da Comissão”, de 05/04/00, COM (2000) 200 final, pág. 2.

⁸⁵³ Actualmente, estas agências são a Agência de Execução da Rede Transeuropeia de Transportes (TEN-TEA), a Agência de Execução para a Competitividade e a Inovação (EACI), a Agência de Execução para a Investigação (REA), a Agência de Execução para a Saúde e os Consumidores (EAHC), a Agência de Execução relativa à Educação, ao Audiovisual e à Cultura (EACEA) e a Agência Executiva do Conselho Europeu de Investigação (CEI).

Na doutrina, para uma análise descritiva da missão, tarefas e competências da Agência de Execução relativa à Educação, ao Audiovisual e à Cultura (EACEA), *vide* BRIAN HOLMES, “Traduire les politiques européennes en action et résultats – Tour d’ horizon à l’Agence Exécutive éducation, audiovisuel et culture, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 568, Maio 2013, págs. 263-265.

Em auditoria destinada a avaliar se a delegação de tarefas operacionais às agências de execução constituiu um instrumento bem sucedido para a execução do orçamento da UE, o Tribunal de Contas veio dizer que a externalização de tarefas de gestão num “novo tipo de organismos de execução chefiado por funcionários da Comissão”⁸⁵⁴ provou ser “uma opção bem sucedida”.⁸⁵⁵

Na verdade, das auditorias efectuadas, concluiu-se pela prestação de melhores serviços pelas agências executivas em termos de prazos de contratação mais reduzidos, procedimentos de aprovação mais rápidos para os relatórios técnicos e financeiros e menores atrasos nos pagamentos, destacando-se ainda outras melhorias qualitativas, como a simplificação de processos, o aumento da comunicação externa e da divulgação de resultados, relevantes contributos para a melhoria da visibilidade da UE.⁸⁵⁶

Apesar disto, alguns aspectos da vida das agências de execução são objecto de críticas, nomeadamente quanto à supervisão relativamente limitada do trabalho das agências pela Comissão, de que se salientam: a escassa utilização dos programas de trabalho anuais (sujeitos à aprovação da Comissão) para a definição de objectivos específicos; o acompanhamento concentrado principalmente em indicadores do *como* as tarefas são realizadas, e não de *quais* os resultados alcançados; a limitação dos relatórios geralmente à execução orçamental, sem avaliação dos progressos alcançados numa base plurianual e sem a identificação de medidas correctivas para o futuro.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ Cfr. Livro Branco sobre “Reforma da Comissão”, de 05/04/00, COM (2000) 200 final, pág. 11.

⁸⁵⁵ Cfr. Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu n° 13/2009, *cit.*, pág. 6. Este Tribunal não deixou de constatar que a iniciativa de criar as agências foi tomada pela Comissão principalmente em resposta a problemas práticos, em especial a necessidade de compensar o desaparecimento dos GAT e de permitir a continuação dos programas por eles geridos numa ocasião em que não foram disponibilizados novos recursos no âmbito do orçamento administrativo da Comissão. Isto é, o Tribunal de Contas salientou como principal factor conducente à externalização as insuficiências de pessoal (em número e especialização) na Comissão, confirmando a manutenção da prática de esta instituição explorar a opção de criar novas agências de execução quando se depara com insuficiência de recursos. (pág. 14)

⁸⁵⁶ *Idem*, pág. 7.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, pág.7.

Secção 2

Agências de regulação

43. Agências decisórias (*decision-making agencies*) e agências de assistência (*executive agencies*)

Pelo exposto, podemos concluir que “em rigor, as *agências executivas*, embora dotadas de personalidade jurídica, não são independentes, como o são as agências de regulação, e a sua própria existência é ditada pela vontade da Comissão que lhe fixa o período de funcionamento”,⁸⁵⁸ razão pela qual importa proceder a análise mais aprofundada das denominadas agências (europeias) reguladoras.

No âmbito das agências de regulação (*regulatory agencies*), a Comissão salienta a multiplicidade de tarefas que estas são chamadas a desempenhar⁸⁵⁹, dis-

⁸⁵⁸ Vide MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito administrativo da União Europeia, cit.*, pág. 83. A autora salienta também a filiação ou ascendência distinta entre ambas: “no caso das agências de regulação é evidente a influência do direito administrativo norte-americano, através das autoridades administrativas independentes e no caso das agências executivas a fonte mais directa terá sido o direito inglês, com as chamadas agências *next steps* ou *quangos* (*quasi-autonomous non governmental organizations*)” (págs. 83-84). Para um breve percurso histórico das autoridades reguladoras independentes nos Estados Unidos e em países europeus (v.g. Reino Unido), vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit.*, pág. 130 e ss.

⁸⁵⁹ Segundo a Comissão, “restringindo-nos só às agências existentes no quadro do Tratado CE [actual TFUE], é possível distinguir entre:

- as agências encarregadas principalmente de dar assistência sob a forma de pareceres e recomendações, que constituem a base técnica e científica das decisões da Comissão (ver Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos e Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos);
- as agências incumbidas principalmente de fornecer assistência sob a forma de relatórios de inspeção, destinados a permitir à Comissão assegurar a sua missão de “guardião” do respeito pelo direito comunitário (ver Agência Europeia da Segurança Marítima);
- as agências dotadas do poder de adoptar decisões individuais, que produzem efeitos jurídicos vinculativos face a terceiros (ver Instituto de Harmonização do Mercado Interno, Instituto Comu-

.../...

tinguindo entre agências decisórias (*decision –making agencies*), dotadas, nomeadamente, do poder de emitir actos jurídicos vinculativos relativamente a terceiros, e as agências executivas (*executive agencies*), que exercem diversas tarefas executivas para permitir à Comissão o cumprimento das suas missões, mas são desprovidas de verdadeiros poderes decisórios.⁸⁶⁰

44. Imprecisão e confusão terminológica

Entre outras críticas, a doutrina tem considerado *a terminologia e a classificação utilizadas pela Comissão como pouco precisas* - ao apelidar de reguladoras agências desprovidas de verdadeiros poderes de regulação dos mercados e sem poder discricionário de formulação e concretização de opções políticas -⁸⁶¹ e con-

nitário das Variedades Vegetais e Agência Europeia para a Segurança da Aviação).” Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit*, ponto 2.

⁸⁶⁰ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit*, ponto 4.2.

⁸⁶¹ Giandomenico Majone critica o uso da designação de *regulatory agencies* (agências de regulamentação, na tradução oficial portuguesa da Comunicação da Comissão sobre “O enquadramento das agências europeias de regulamentação”) para entidades desprovidas de poderes regulatórios formais (poderes de emissão de decisões individuais ou de produção de regras gerais e abstractas). Vide GIANDOMENICO MAJONE, “Strategy of regulatory reform”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto Della Cananea, ISUPE Press, pág. 54.

Na mesma linha, mais recentemente, Jacqueline Dutheil de la Rochère considera a expressão *agence de régulation* “mal escolhida para qualificar agências que não têm e não podem ter – isto é sublinhado de forma recorrente – competências regulamentares. (...) certos de que não é absolutamente indispensável que o vocabulário do direito da União reflecta rigorosamente o que é utilizado nos direitos nacionais, aparece pelo menos como uma causa de confusão que sejam apelidadas de agências de regulação organismos que jamais dispõem da integralidade do poder de regulação”. Vide JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, “Les agences de régulation européenne: quels problèmes juridiques?”, in *Terres du droit – Mélanges em l’honneur d’ Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pág. 63.

Em geral, sobre o diferente alcance dos conceitos de *regulation* nos mundos anglo-saxónico e francês/continental, vide JOHANNES MASSING, “Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und der Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrecht”, in *Archiv*

.../...

fusas, ao partir de uma distinção inicial entre *executive* (agências de execução, na versão oficial portuguesa da Comunicação de 2002) e *regulatory agencies*, para, no âmbito destas, acabar por diferenciar *decision-making* e, uma vez mais, *executive agencies* (na tradução portuguesa da Comunicação de 2002, referenciadas como agências de assistência...).⁸⁶²

Pelo exposto, torna-se relevante compulsar algumas das classificações ou sistematizações de agências europeias que têm vindo a ser apresentadas pela literatura académica.⁸⁶³

.../..._____

des öffentlichen Rechts, Band 128, 2003, págs. 558-607, e MARIE ANNE FRISON-ROCHE, “Regulation et régulation en droit européen”, in *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 14, Janeiro/Março 2008, págs. 154-155.

⁸⁶² Vide PAUL CRAIG, *EU administrative law*, cit, pág. 154.

Stefan Griller e Andreas Orator destacam também o facto de a classificação proposta pela Comissão na Comunicação sobre “O enquadramento das agências europeias de regulamentação” apenas incluir as denominadas “agências comunitárias” e nem sempre isso acontecer em outros documentos elaborados pela mesma instituição (v.g. lista de agências europeias no *site* da Comissão). Vide STEFAN GRILLER e ANDREAS ORATOR, “Everything under control?...”, cit, pág. 6.

⁸⁶³ Wolfgang Weiss observa, porém, acertadamente, ser “claro de todas as tentativas [de sistematização da multiplicidade de agências europeias] que não há uma só classificação que se possa apresentar livre de sobreposições uma vez que as agências normalmente desenvolvem diversas tarefas que não podem ser atribuídas somente a um tipo.” Vide WOLFGANG WEISS, “Agencies versus networks...”, cit, pág. 3.

Capítulo II

Classificações doutrinárias

Vamos dar conta de algumas classificações de académicos que têm vindo a ser apresentadas,⁸⁶⁴ sem deixar de ressaltar que consideramos excessiva a atenção dada pelos estudiosos das agências europeias ao estabelecimento de critérios e sistematizações de arrumação científica destes organismos.

Trata-se, com efeito, de realidade marcada pela *diversidade*, espelho, as mais das vezes, de *respostas pragmáticas do legislador europeu a especificidades regulatórias sectoriais ou a interesses políticos circunstanciais*, pelo que a tentativa de definição de categorias de agências de modo (extremamente) rigoroso é tarefa (excessivamente) complexa e, de algum modo, sem grande utilidade e pres-tabilidade...

Razão por que não reputamos de relevante avançar com qualquer proposta nossa de classificação das agências europeias, para assim fazer ressaltar justamente a diversidade destas em detrimento da pretensão de encontrar um modelo organizacional coerente e uniforme de um fenómeno que é essencialmente casuístico...; a não aconselhar uma Lei-Quadro do tipo *one size fits all*⁸⁶⁵.

Em bom rigor, a classificação de agências variará de acordo com os critérios convocados, os quais são mobilizados em função do propósito e das necessidades das sistematizações pretendidas, podendo estas amiúde apresentar vanta-

⁸⁶⁴ Para uma extensa síntese de algumas das classificações doutrinárias mais expressivas, *vide* NADA BODIROGA-VUKOBRAT e ADRIJANA MARTINOVIC, “European decentralised or regulatory agencies – quest for a common approach”, in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012, págs. 83-87. Na doutrina alemã, impõe-se destacar as classificações estrutural, temporal e funcional apresentadas por CHRISTOPH GÖRISCH, *Demokratische Verwaltung durch Union-agenturen, Jus Internationale et Europaeum*, 35, Mohr Siebeck, 2009, págs. 185-209.

⁸⁶⁵ Cfr. n.ºs 99-105.

gens (v.g. de simplificação, em termos de *benchmarking de performance*), mas não constituindo “a ausência de uma única classificação uma fraqueza *per se*.”⁸⁶⁶

Em recente avaliação horizontal das agências europeias afirma-se: “o problema mais desafiador foi o de agrupar as agências em grupos homogêneos. Tem havido resistências substanciais a esta tentativa, o que tornou esta questão particularmente estimulante. De facto, muitas agências executam um leque de actividades diversas, cada qual merecendo ser comparada no âmbito de distintos grupos de agências.”⁸⁶⁷

Secção 1

Critério funcional

45. Classificação de Peter Craig

Tendo em conta as funções desenvolvidas, *Peter Craig* classifica as agências como agências regulatórias (*regulatory agencies*), agências decisórias (*decision-making agencies*), agências *quasi*-regulatórias (*quasi-regulatory agencies*) e agências de informação e de coordenação (*information and coordination agencies*).⁸⁶⁸

⁸⁶⁶ Cfr. Ficha nº 1, nº 2), documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

⁸⁶⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume I, cit.*, pág. 5. Em alternativa, neste relatório propõe-se a comparação por *clusters* de actividades desenvolvidas, em detrimento de *clusters* homogêneos de agências, reconhecendo-se, porém, a final, não ser igualmente “possível agrupar agências em categorias claramente delimitadas uma vez que a maioria delas executa actividades dos diversos tipos”. *Idem*, pág. 64.

⁸⁶⁸ Vide PAUL CRAIG, *EU administrative law, cit.*, págs. 154-160. Tridimas segue esta tipologia, mas reconhece que ela “é incapaz de capturar a verdadeira extensão dos poderes e responsabilidades que as agências podem possuir. Por um lado, à agência pode ser cometida mais do que uma

Agências regulatórias são aquelas que, à semelhança do que sucede em muitas *agencies* norte-americanas e em reguladores vários de Estados membros, dispõem de poderes discricionários no respectivo campo de acção, desenvolvidos através de decisões individuais e concretas ou pela emissão de regras gerais e abstractas. Atendendo aos limites decorrentes da jurisprudência comunitária à delegação de discricionariez nas agências⁸⁶⁹, Peter Craig considera não existirem agências europeias deste tipo⁸⁷⁰.

As *agências decisórias*, diferentemente das agências regulatórias, não podem adoptar medidas de tipo legislativo, limitando-se a decidir de forma vincula-
.../...

das funções assinaladas”. Por outro lado, o autor acrescenta: “a criação estatutária de uma agência pode não dar, em alguns casos, uma imagem exacta do seu poder e contributo para o processo decisório. Os actores políticos podem ter diferentes entendimentos e expectativas sobre a missão da agência e procurar influenciar a sua direcção. Muito pode assim depender da dinâmica política gerada pela criação institucional [da agência].” (parêntesis nosso) *Vide* TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies, competition law, ...”, *cit*, pág. 236.

⁸⁶⁹ Cfr. n.ºs 64-71.

⁸⁷⁰ *Vide* PAUL CRAIG, *EU administrative law*, *cit*, pág. 155.

No mesmo sentido, Jan Pascal afirma: “relativamente ao direito francês, as agências europeias aproximam-se sensivelmente dos *établissements publics* e não têm comparação com as autoridades administrativas independentes (...). De igual forma, as agências europeias não têm mais do que uma relação ténue com as agências federais americanas que gozam de uma autonomia total e dispõem de prerrogativas que permitam influenciar de maneira decisiva a decisão política.” *Vide* JAN PASCAL, “Les agences européennes. Le hasard ... et la nécessité”, in *Petites Affiches*, n.º 126, 26 de Junho de 2006, pág. 14.

Dario Barbieri e Edoardo Ongaro, ao compararem as agências nacionais com as europeias, consideram que estas são mais homogéneas relativamente àquelas, apontando como explicação a “evolução do equilíbrio de poderes no seio da UE”. *Vide* DARIO BARBIERI e EDOARDO ONGARO, “Les agences de l’UE: points comuns et différences avec les agences publiques agissant au niveau national”, in *Revue des Sciences Administratives*, Volume 74, n.º 3, 2008, pág. 442.

Para uma comparação, no domínio do ambiente, entre as agências nacionais (Inglaterra e País de Gales), dotadas de “fortes poderes regulatórios”, e europeia (Agência Europeia do Ambiente – EEA), uma mera “agência de rede e de informação”, *vide* ANTHONY R. ZITO, “European agencies as agents of governance and EU learning”, in *Journal of European Public Policy*, 16:8, Routledge, 2009, pág. 1224 e ss.

tiva relativamente a terceiros em casos individualizados. Peter Craig aponta os exemplos da Agência Europeia para a Segurança da Aviação, do Instituto Comunitário das Variedades Vegetais e do Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos)⁸⁷¹.

As *agências quasi-regulatórias*, não dispoem de poderes decisórios formais, possuem poderes de recomendação extremamente significativos, levando a que a Comissão, instituição que conserva a última palavra, não se afaste do proposto pela agência, atendendo, sobretudo, ao cariz altamente técnico-científico das matérias em causa; quando a solução da agência não seja acolhida, a Comissão terá de justificar com boas razões o motivo da divergência, podendo a decisão final ser anulada judicialmente.⁸⁷²

⁸⁷¹ *Idem*, pág. 155.

⁸⁷² Como exemplos de *agências quasi-regulatórias*, Craig refere a Agência Europeia de Medicamentos, a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e a Agência Europeia para a Segurança Marítima. Também a Agência Europeia para a Segurança da Aviação é, segundo o autor, não apenas uma agência decisória mas *quasi-regulatória* (v.g. códigos de *soft law* que são encarados pela indústria como vinculativos). *Ibidem*, págs. 155-156. Sobre a emergência desta agência e as características do seu antecessor, a *Joint Aviation Authority*, vide JON PIERRE e B. GUY PETERS, “From a club to a bureaucracy: JAA, EASA, and European aviation regulation”, in *Journal of European Public Policy*, 16:3, Routledge, 2009, págs. 337-355. Para um retrato do contributo da EASA na implementação do direito e das políticas da União em Estados membros como a Polónia ou a Bulgária, vide ESTHER VERLUIJS, “Catalysts of compliance? The role of European Union agencies in the implementation of EU legislation in Poland and Bulgaria”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012, págs. 172 – 190.

Para maiores desenvolvimentos sobre as causas do surgimento, poderes, organização institucional e *accountability* da Agência Europeia de Medicamentos e da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, vide GOVIN PERMANAND e ELLEN VOS, “EU regulatory agencies and health protection”, in *Health systems governance in Europe – The role of European Union law and policy*, coordenado por Elias Mossialos, Govin Permanand, Rita Baeten e Tamara Hervey, Cambridge University Press, 2010, pág. 134 e ss. Nestes domínios, é destacada a “crescente tendência para um controlo pré-mercado e para o estabelecimento de procedimentos de autorização.” (pág. 165)

Por fim, as *agências de informação e de coordenação* têm como principal função a produção e fornecimento de informação para a Comissão, Estados membros e outros actores (públicos e privados), interagindo e coordenando, muitas vezes, uma rede de protagonistas com relevo na matéria em causa.⁸⁷³

46. Classificação de Stefan Griller e Andreas Orator

Stefan Griller e Andreas Orator preferem falar numa aproximação instrumental em detrimento do critério funcional, classificando as entidades em análise “de acordo com o modo e o âmbito dos instrumentos de que elas dispõem”, distinguindo assim quatro tipos de agências: as agências ordinárias (*ordinary agencies*), as agências pré-decisórias (*pré-decision-making agencies*), as agências (genuinamente) decisórias (*genuine decision-making agencies*) e as agências regulatórias (*rulemaking agencies*).⁸⁷⁴

Na sistematização destes autores, as *agências ordinárias*, embora sejam variáveis as tarefas de que são encarregadas, são desprovidas de poderes decisórios relativamente a terceiros, recorrendo, sobretudo, a formas diversas de *soft law* (v.g. Agência Europeia do Ambiente; Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho, Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho, Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional e Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia); as agências pré-decisórias também não dispõem de poderes decisórios formais, distinguindo-se, porém, pela influência *de facto* na decisão vinculativa da Comissão, conforme

⁸⁷³ Entre as agências comunitárias, Craig realça a Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho, a Agência Europeia do Ambiente, a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação e a Agência Europeia para a Segurança Marítima, embora esta também seja classificada pelo autor como agência *quasi-regulatória*. Vide PAUL CRAIG, *EU administrative law*, *cit*, págs. 156-158.

⁸⁷⁴ Vide STEFAN GRILLER e ANDREAS ORATOR, “Everything under control?...”, *cit*, págs. 12-15.

reconhecido (implicitamente) pela jurisprudência comunitária⁸⁷⁵ (v.g. Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, Agência Europeia de Medicamentos e Agência Europeia da Segurança Marítima).

Por outro lado, as *agências (genuinamente) decisórias* emitem comandos vinculativos para terceiros (v.g. Instituto de Harmonização no Mercado Interno - marcas, desenhos e modelos -, Instituto Comunitário das Variedades Vegetais, Agência Europeia para a Segurança da Aviação, Agência Europeia das Substâncias Químicas⁸⁷⁶), os quais são normalmente recorríveis administrativa e judicialmente, enquanto as *agências regulatórias*, a existir, disporiam do poder de adotar regras gerais, como sucede no espaço norte-americano e em reguladores nacionais de Estados membros⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ Cfr acórdãos do TG (ex-TPI) *Artegodan GmbH vs Comissão*, processos T-74, 76, 83-85, 132, 137 & 141/00, e *Pfizer Animal Health SA vs Conselho*, processo T-13/99.

⁸⁷⁶ Sobre o estabelecimento da Agência Europeia das Substâncias Químicas -“uma nova plataforma de acção executiva e um exercício de centralização regulatória” - vide MARIA MARTENS, “Executive power in the making: the establishment of the European Chemicals Agency”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012, págs. 42-62.

⁸⁷⁷ Mark Thatcher e David Coen, a propósito das agências europeias reguladoras federais, ainda inexistentes no espaço regulatório europeu, consideram: “teriam poderes de elaboração de regras e estabelecimento de standards para implementação na União Europeia; as autoridades reguladoras nacionais continuariam a existir mas estariam subordinadas à agência europeia reguladora federal nos domínios desta.” Vide MARK THATCHER e DAVID COEN, “Reshaping european regulatory space: an evolutionary analysis”, in *West European Politics*, volume 31, nº 4, Julho 2008, pág. 814.

47. Classificação de Damien Geradin

Damien Geradin, por seu turno, defende a classificação das agências europeias em três categorias⁸⁷⁸:

- 1) as *agências “executivas”*, que abrangem todas as agências europeias responsáveis por: tarefas de pura gestão (EAR, ETF, CdT), funções de observação (EEA, EMCDDA, EU-OSHA), ou missões de cooperação (v.g. Cedefop, Eurofound, EU-OSHA);
- 2) as *agências “decisórias”*, que englobam todas as agências com o poder de emissão de instrumentos jurídicos vinculativos sobre terceiros (v.g. OHIM, CVPO, EASA) ou as agências que, desprovidas de poderes decisórios formais, gozam de facto de considerável influência na adopção das decisões finais pela Comissão (v.g. EMA, EFSA, EMSA);
- 3) as *agências “reguladoras”*, onde se agrupariam todas as agências europeias que gozassem do tipo de poderes de que se encontram revestidas as autoridades nacionais de regulação, incluindo o poder discricionário de transpor directivas legislativas gerais para instrumentos concretos.

⁸⁷⁸ Vide DAMIEN GERADIN, “The development of European Regulatory Agencies: what the EU should learn from American experience”, in *The Columbia Journal of European Law*, Volume 11, nº 1, Inverno 2004/2005, págs. 26-27.

Secção 2

Critério estrutural

48. Agências comunitárias *versus* agências intergovernamentais (ou do Conselho)

Em correspondência com os clássicos três pilares da construção europeia, numa aproximação dita estrutural⁸⁷⁹, refere-se tradicionalmente a existência de *agências comunitárias*⁸⁸⁰ e de *agências intergovernamentais ou do Conselho*, isto é, *agências no quadro da Política Comum de Segurança e Defesa*⁸⁸¹ e de *cooperação policial e judiciária em matéria penal*⁸⁸².

⁸⁷⁹ Vide STEFAN GRILLER e ANDREAS ORATOR, “Everything under control? ...”, *cit.*, pág. 10.

⁸⁸⁰ Actualmente, de acordo com o *site* oficial da União Europeia, são agências comunitárias: a Autoridade Supervisora do Sistema Global de Navegação por Satélite europeu, a Agência Comunitária de Controlo das Pescas, a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia, a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Agência Europeia da Segurança Marítima, a Agência Europeia das Substâncias Químicas, a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas, a Agência Europeia de Medicamentos, a Agência Europeia do Ambiente, a Agência Europeia para a Segurança da Aviação, a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação, a Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho, a Agência Ferroviária Europeia, Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, o Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia, o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças, o Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional, a Fundação Europeia para a Formação, a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho, o Instituto Comunitário das Variedades Vegetais, o Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), o Instituto Europeu para a Igualdade de Género, o Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, e o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas, referindo-se autonomamente as três agências de supervisão financeira. Cfr. http://europa.eu/agencies/community_agencies/index_pt.htm.

⁸⁸¹ São agências do anteriormente designado 2º pilar, a Agência Europeia de Defesa, o Centro de Satélites da União Europeia e o Instituto de Estudos de Segurança da União Europeia. Cfr. http://europa.eu/agencies/security_agencies/index_pt.htm.

Na base desta distinção (estrutural) encontram-se as *diferentes razões subjacentes à criação das agências dos anteriormente designados segundo e terceiro pilares, fundamentalmente ligadas à necessidade de maior coordenação ao nível europeu face ao carácter transnacional de novas ameaças, e a sensibilidade política das matérias em causa*, justificando a menor preocupação com a autonomia destas agências e o seu *cariz (predominantemente) intergovernamental*, bem como as estruturas de governança e mecanismos de *accountability* destas, claramente a reflectirem o *papel central de Estados membros e do Conselho*.

Com o Tratado de Lisboa, procede-se à estruturação da construção europeia no quadro de uma União Europeia com personalidade jurídica única (e explícita)⁸⁸³, com eliminação, (pelo menos) do ponto de vista formal, da tripartição

.../..._____

⁸⁸² No quadro da cooperação policial e judiciária em matéria penal, existem três agências: a Academia Europeia de Polícia, o Serviço Europeu de Polícia, a Unidade Europeia de Cooperação Judiciária. Cfr. http://europa.eu/agencies/pol_agencies/index_pt.htm.

Mais recentemente, foram criadas a Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça, instituída pelo Regulamento (UE) n.º 1077/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, e o Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo - EASO - (cfr. Regulamento (UE) n.º 439/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 2010), estrutura destinada essencialmente a apoiar os Estados membros da União nos seus esforços de aproximação das práticas nacionais no domínio do direito de asilo. Para uma análise descritiva das origens, mandato e figurino organizativo desta agência do sector da Justiça, Liberdade e Segurança, vide FRANÇOISE COMTE, “Une nouvelle agence dans le paysage institutionnel européen: le Bureau européen d’appui en matière d’asile”, in *Revue du Droit de l’ Union Européenne*, 2/2010, pág. 287 e ss.

⁸⁸³ Cfr. artigos 1.º, § 3, e 47.º do TUE. Antes do Tratado de Lisboa, o silêncio dos Tratados suscitava a polémica sobre a existência de personalidade jurídica da União. Na síntese de Maria José Rangel de Mesquita, “a doutrina apontou no sentido da sua existência com base num conjunto de argumentos essenciais, designadamente a existência de capacidade jurídico-internacional da União, ainda que limitada, por via da previsão da competência da celebração de acordos internacionais sobre as matérias abrangidas nos pilares da PESC e da CJAI/Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal e a existência de uma estrutura orgânica no âmbito daqueles.” Vide MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *anotação ao artigo 47.º do TUE*, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Gonçalo Anastácio e Manuel Porto, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 173.

pilarística até então vigente, procurando impor-se nos mais diversos domínios o anteriormente denominado método comunitário em detrimento da cooperação intergovernamental.⁸⁸⁴

Materialmente, porém, a estrutura de pilares e o intergovernamentalismo subsistem, dadas as resistências estaduais em prescindir de prerrogativas de soberania em matérias tradicionalmente tão sensíveis como a cooperação policial e judiciária em matéria penal ou, *em especial*, a política externa e de segurança comum.⁸⁸⁵

Na verdade, em matéria de PESC, em particular, parece mesmo manter-se um pilar autónomo da integração europeia, sendo também patente a subsistência de relevantes traços cooperativos nos domínios do actualmente denominado Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça.⁸⁸⁶

Exemplificativamente, cumpre destacar a *exclusão do controlo judicial pelo TJUE* sobre os actos (das agências) adoptados no âmbito da PESC; excepcionalmente, o Tribunal é competente para controlar a observância do artigo 40º do TUE e para se pronunciar sobre os recursos interpostos nas condições do quarto

⁸⁸⁴ Diferentemente, na perspectiva de Thomas Christiansen, com o Tratado de Lisboa assiste-se a “uma progressiva institucionalização de processos intergovernamentais” e “à continuação do declínio do ‘método comunitário’, atendendo a que um crescente número de áreas chave – política económica, política externa, competitividade – são governadas através de mecanismos de coordenação não vinculativos”. Vide THOMAS CHRISTIANSEN, “The European Union after the Lisbon Treaty: an elusive ‘institutional balance’?”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, pág. 246.

⁸⁸⁵ Nas palavras de Sergio Fabbrini, “o Tratado de Lisboa aboliu a distinção institucional entre pilares, conferindo personalidade jurídica unitária à União, mas manteve a distinção entre os diferentes regimes decisórios, o supranacional e o intergovernamental.” Vide SERGIO FABBRINI, “The outcomes of intergovernmentalism: the euro crisis and the transformation of the European Union”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, pág. 108.

⁸⁸⁶ Mais desenvolvidamente, vide PAUL CRAIG, “The treaty of Lisbon: process, architecture and substance”, in *European Law Review*, volume 33, n° 2, Abril 2008, págs. 142-144.

parágrafo do artigo 263º do TFUE, relativos à fiscalização da legalidade das decisões que estabeleçam medidas restritivas contra pessoas singulares ou colectivas, adoptadas pelo Conselho com base no Capítulo II do Título V do TUE.⁸⁸⁷

No anteriormente designado terceiro pilar, o Tribunal de Justiça passa a controlar actos adoptados por agências como a EUROPOL e a EUROJUST,⁸⁸⁸ embora tal suceda apenas após cinco anos a entrada em vigor do Tratado de Lisboa⁸⁸⁹ e ressaltando-se a sindicabilidade da validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro e para decidir sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna⁸⁹⁰.

*Com a abolição (formal) da estrutura de pilares, a competência do Tribunal em matéria do anterior terceiro pilar, actual Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, é significativamente alargada após o decurso de um período transitório, impondo-se a sua competência comum, obrigatória, apenas com a excepção das situações referidas no artigo 276º do TFUE.*⁸⁹¹

⁸⁸⁷ Cfr. artigo 275º do TFUE.

Entre outros traços reveladores da natureza especial da PESC no Tratado de Lisboa, Marise Cremona destaca ainda a relevância da acção do Conselho Europeu, do Conselho e do Alto Representante em detrimento da Comissão e do Parlamento Europeu, a adopção de decisões por unanimidade, a proibição de actos legislativos, a impossibilidade de recurso ao artigo 352º do TFUE e a cláusula prevista no artigo 40º do TUE. *Vide* MARISE CREMONA, “The two (or three) treaty solution: the new treaty structure of the EU”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, págs. 49-58.

⁸⁸⁸ Mais desenvolvidamente, *vide* STEPHEN CARRUTHERS, “The Treaty of Lisbon and the reformed jurisdictional powers of the European Court of Justice in the field of Justice and Home affairs”, in *European Human Rights Law Review*, nº 6, 2009, págs. 784-804.

⁸⁸⁹ Cfr. artigo 10º, nºs 1 e 3, do Protocolo relativo às disposições transitórias.

⁸⁹⁰ Cfr. artigo 276º do TFUE.

⁸⁹¹ Cfr. também Protocolo (n.º 21) relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao espaço de liberdade, segurança e justiça.

Em geral, podemos afirmar a manutenção (material) do pilar cooperativo da PESC no pós-Tratado de Lisboa⁸⁹² e, conseqüentemente, a natureza eminentemente intergovernamental da agência a actuar nesses domínios (a Agência Europeia de Defesa), enquanto a aplicação do método integracionista ao anterior domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal é mais ampla,⁸⁹³ sendo, porém, evidente a subsistência de traços intergovernamentais,⁸⁹⁴ a marcar (ainda) decisivamente o cariz da EUROJUST ou da EUROPOL, não obstante ter de reconhecer-se a tendência de comunitarização destas agências.

Na verdade, as agências a operar no âmbito do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça dependem, fundamentalmente, maxime do ponto de vista operativo, dos Estados membros (via Conselho), sobretudo devido aos interesses nacionais nos domínios materiais em causa; mas, institucionalmente, ao optar-se pelo recurso a agências, dotadas de personalidade jurídica e formalmente inseridas no

⁸⁹² Nas palavras de Maria José Rangel de Mesquita, “no domínio da PESC, continuam a aplicar-se ‘procedimentos específicos’ de decisão que continuam a dar corpo a um método mais intergovernamental – com expressão, designadamente, na deliberação do Conselho Europeu e do Conselho por unanimidade, na exclusão da aprovação de actos legislativos, na exclusão quase total da competência do TJUE, entre outros aspectos”. *Vide* MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa* Almedina, Coimbra, 2010, pág. 31.

⁸⁹³ Steve Peers descreve a evolução institucional em matéria de Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, como uma gradual mudança do intergovernamentalismo puro para um qualificado triunfo do método comunitário comum no Tratado de Lisboa. *Vide* STEVE PEERS, “EU justice and home affairs law (non-civil)”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 269-299.

⁸⁹⁴ Como referem Adriaan Schout e Sarah Wolff, não obstante a abolição dos pilares e a extensão da co-decisão e da votação por maioria qualificada às novas políticas de Justiça e Assuntos Internos, muitas excepções permanecem, i.e., direito da família, cooperação operacional de polícias, estabelecimento do Procurador Público Europeu e os seus poderes, etc. Os Estados membros mantêm ainda o controlo através de um travão de emergência que lhes permite bloquear a adopção de propostas legislativas se acreditarem que estas poderiam afectar aspectos fundamentais do seu sistema de justiça criminal.” *Vide* ADRIAAN SCHOUT e SARAH WOLFF, “The ‘paradox of Lisbon’: supranationalism – intergovernmentalism as an administrative concept”, in *The EU’s Lisbon Treaty – Institutional choices and implementation*, coordenado por Finn Laursen, Ashgate, 2012, pág. 22.

quadro da administração europeia, promove-se uma dinâmica orgânica e funcional comunitária, homogeneizadora, na base do progressivo alargamento do mandato e competências de organismos como a EUROJUST ou a EUROPOL.

Por outras palavras: *parte da estrutura administrativa formal da União, as agências do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça apresentam uma natureza ambivalente ou até esquizofrénica⁸⁹⁵, a reflectir a complexa articulação entre o interesse dos Estados membros em controlarem áreas sensíveis da soberania nacional (via Conselho) e a tendência de progressiva integração mesmo em domínios como a cooperação judiciária e policial.⁸⁹⁶*

Concretizemos um pouco mais.

49. Agências do (anterior) segundo pilar: o caso da Agência Europeia de Defesa

49.1. Da emergência da Agência Europeia de Defesa

Apesar de ter estado na origem do processo de integração europeia (v.g. CECA regulava matérias do carvão e do aço - matérias primas essenciais para os esforços de guerra, tentativa de estabelecimento de uma Comunidade Europeia de Defesa), a preocupação com a segurança e defesa da União concentrou-se durante a maior parte do tempo fora do quadro comunitário. Porquê? Porque focada nos aspectos económicos e na construção do Mercado Comum/Interno, a C(E)E entregava a segurança colectiva da Europa à *NATO* e, em articulação com esta, à *União Europeia Ocidental (UEO)*, organização internacional fundada em 1948

⁸⁹⁵ Vide JESUS Ángel Fuentetaja Pastor, “Las agencias europeas de la cooperación policial y judicial”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 1º semestre de 2006, pág. 76.

⁸⁹⁶ Sobre a evolução do controlo do Parlamento Europeu relativamente a agências do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (EUROPOL, FRONTEX, EASO), as quais, nas palavras da autora, “foram desenhadas para consolidar o predomínio dos Estados membros”, vide FLORIAN TRAUNER, “The European Parliament and agency control in the Area of Freedom, Security and Justice”, in *West European Politics*, 35:4, 2012, págs. 784-802.

pela França, Reino Unido e países da BENELUX, com o fito de garantir a legítima defesa colectiva fora do quadro das Comunidades.

No *Tratado de Maastricht*, num contexto de aprofundamento político do processo de integração, a UEO é associada à construção comunitária, no âmbito da institucionalização da Política Externa e de Segurança Comum (PESC), tendo-se finalmente procedido à transferência do essencial das suas competências e responsabilidades após a revisão operada pelo Tratado de Nice.

Com efeito, as limitações reveladas pela defesa europeia em conflitos no Velho Continente (Bósnia-Herzegovina, Kosovo) obrigam a uma mudança de resposta comunitária aos desafios da segurança regional e internacional, designadamente com o lançamento pelo *Tratado de Nice* da Política Europeia de Segurança e Defesa (PESD), a desenvolver no quadro da PESC.

São, assim, criadas estruturas políticas e militares permanentes no quadro da União (Comité Político e de Segurança (COPS)⁸⁹⁷, Comité Militar da UE (CMUE), Estado Maior da UE) e, em 2001, são transferidos da UEO para a UE o Instituto de Estudos de Segurança da União Europeia (EUISS)⁸⁹⁸ e o Centro de Satélites da União Europeia (EUSC)⁸⁹⁹, agências europeias do denominado segundo pilar.

⁸⁹⁷ Cfr. artigo 38º do TFUE.

⁸⁹⁸ Instituído pela Ação Comum do Conselho 2001/554 (com a redação que lhe foi dada pela Ação Comum do Conselho 2006/1002), o Instituto de Estudos de Segurança da União Europeia (EUISS) investiga e debate questões de segurança relevantes para a UE, efectua análises e previsões para o Comité Político e de Segurança (CPS) e para a Alta Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, cabendo o seu financiamento aos Estados membros, de acordo com uma fórmula de repartição de custos baseada no respectivo PNB.

⁸⁹⁹ O Centro de Satélites da União Europeia (CSUE/EUSC), criado em 2002 por Ação Comum do Conselho, de 20 de Julho de 2001, com sede em Torrejón (Madrid), dedica-se à exploração e tratamento de dados resultantes da análise de imagens espaciais de observação da Terra, encontrando-se sob o controlo político do Comité Político e de Segurança do Conselho e sob a direcção operacional do Secretariado Geral desta instituição.

Em 2004, na sequência de várias iniciativas políticas⁹⁰⁰, é criada a *Agência Europeia de Defesa (EDA)*, a qual viria a assimilar o Grupo de Armamento da Europa Ocidental (GAEO) e a Organização do Armamento da Europa Ocidental (OAE0), estruturas pertencentes à UEO, e a desenvolver relações de trabalho com organizações (intergovernamentais) de cooperação em matéria de segurança e defesa como a Carta de Intenções (LoI) e a Organização Conjunta de Cooperação em Matéria de Armamento (OCCAR).

Operacional desde 1 de Janeiro de 2005, a EDA vê a sua existência consolidada e reforçada, pela primeira vez, em sede de direito comunitário primário, com o *Tratado de Lisboa*⁹⁰¹, no que parece constituir uma garantia de estabilidade institucional de que as outras agências (comunitárias e intergovernamentais) não gozam.

49.2. Da Agência Europeia de Defesa como agência intergovernamental

Com a missão de apoiar o Conselho e os Estados-Membros nos esforços de aperfeiçoamento das capacidades de defesa da União Europeia na área da gestão de crises e auxiliar a actualmente denominada Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD),⁹⁰² a EDA, *in concreto*, actua nos domínios do desenvolvimento das capacidades de defesa, da investigação, da aquisição e dos armamentos⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Por exemplo, em 19 e 20 de Junho de 2003, o Conselho Europeu de Salónica incumbiu “os órgãos competentes do Conselho de empreenderem as acções necessárias para a criação, em 2004, de uma agência intergovernamental no domínio do desenvolvimento das capacidades de defesa, da investigação, da aquisição e dos armamentos”. Cfr. considerando 1 da Acção Comum 2004/551/PESC do Conselho, de 12 de Julho de 2004, relativa à criação da Agência Europeia de Defesa (adiante Acção EDA).

⁹⁰¹ Cfr. artigo 45º do TUE.

⁹⁰² Cfr. artigo 2º, nº 1, da Acção EDA.

⁹⁰³ Segundo alguma doutrina, a terminologia de Agência Europeia de Armamento, da Investigação e das Capacidades Militares, como inicialmente previsto, seria mais adequada à esfera de acção da agência em análise. *Vide* LOUIS BALMONT, “Agence européenne de défense et cohérence de l’action extérieure de l’Union Européenne”, *in* *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une*

Ao actuar sobre o desenvolvimento das capacidades de defesa no domínio da gestão de crises, na promoção e reforço da cooperação europeia em matéria de armamento, no empenhamento no reforço da base tecnológica e industrial europeia de defesa e na criação de um mercado europeu de equipamentos de defesa competitivo a nível internacional e no reforço da eficácia da Investigação e Tecnologia europeia no sector da defesa,⁹⁰⁴ *a EDA não prejudica as competências dos Estados-Membros em matéria de defesa*⁹⁰⁵. É que a defesa consubstancia um *domínio de extrema delicadeza para a soberania dos Estados (membros)*, a justificar a *limitação dos seus poderes*⁹⁰⁶ e a *intergovernamentalidade patente* da agência em estudo, conforme resulta inequivocamente dos seguintes traços orgânicos e funcionais:

- o *Comité Director, órgão de tomada de decisões da EDA, é composto por um representante de cada Estado-Membro participante*⁹⁰⁷, autorizado a vincular o seu Governo,⁹⁰⁸ e por *um representante da Comissão, sem direito de voto*⁹⁰⁹;

.../..._____

constitutionnalisation de l'Union Européenne?, coordenado por Marianne Dony e Lucia Serena Rossi, Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, pág. 337.

⁹⁰⁴ Cfr. artigo 5º, nº 3, da Acção EDA.

⁹⁰⁵ Cfr. artigo 5º, nº 2, da Acção EDA.

⁹⁰⁶ Alain de Neve fala numa “capacidade de regulação ‘virtual’”, exprimindo-se a EDA, “no essencial, através da formulação de propostas de estratégia que têm em conta as posições dos Estados membros participantes, da Comissão Europeia e da indústria.” *Vide ALAIN DE NEVE, L'Agence Européenne de Défense et la coopération dans le domaine capacitaire*, L'Harmattan, Paris, 2010, pág. 69.

⁹⁰⁷ Cumpre salientar que a Dinamarca não participa na elaboração nem na execução de decisões e acções da União Europeia com implicações em matéria de defesa, razão pela qual este país também não se encontra vinculado à Acção Comum fundadora da EDA. Cfr. considerando 21 da Acção EDA.

⁹⁰⁸ Cfr. artigo 8º, nº 1, da Acção EDA.

⁹⁰⁹ Cfr. artigo 24º, nº 1, da Acção EDA.

- a EDA funciona sob a *autoridade e a supervisão política do Conselho*, ao qual apresenta *relatórios periódicos* e do qual recebe *orientações*, nomeadamente no respeitante ao programa de trabalho;⁹¹⁰
- *se um representante de um Estado-Membro participante no Comité Director declarar que, por importantes e expressas razões de política nacional, tenciona opor-se à aprovação de uma decisão a tomar por maioria qualificada, não se procederá à votação, podendo aquele representante, através da chefia da Agência, remeter o assunto para o Conselho, para que este dê as orientações adequadas ao Comité Director ou, em alternativa, o Comité Director, deliberando por maioria qualificada, pode decidir submeter a questão, para decisão, ao Conselho, deliberando este por unanimidade;*⁹¹¹
- *de três em três anos, o Conselho, deliberando por unanimidade, aprova o quadro financeiro aplicável à Agência;*⁹¹²
- *o regime aplicável ao pessoal da EDA, o qual tem sempre natureza temporária, com prejuízo, em nossa opinião, para a estabilidade (qualidade e autonomia...) da acção deste organismo, é aprovado pelo Conselho, por unanimidade;*⁹¹³
- *as disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da EDA, fundamentalmente dependente das contribuições dos Estados-Membros participantes com base no respectivo Rendimento Nacional Bruto⁹¹⁴ - o que justifica a ausência de controlo do Tribunal de Contas Europeu -, são aprovadas pelo Conselho, deliberando por unanimidade;*⁹¹⁵

⁹¹⁰ Cfr. artigo 4º, n.ºs 1 e 3, da Acção EDA.

⁹¹¹ Cfr. artigo 9º, n.º 3, da Acção EDA.

⁹¹² Cfr. artigo 4º, n.º 4, da Acção EDA.

⁹¹³ Cfr. artigo 11º, n.º 3, da Acção EDA.

⁹¹⁴ Cfr. artigo 13º, n.º 8, da Acção EDA.

⁹¹⁵ Cfr. artigo 18º, n.º 1, da Acção EDA.

- os convénios administrativos celebrados pelo Comité Director da EDA com Estados, organizações e entidades terceiras têm de ser aprovados pelo Conselho por unanimidade;⁹¹⁶
- o regime linguístico da Agência é estabelecido pelo Conselho por unanimidade;⁹¹⁷
- ausência, em geral, de controlo jurisdicional (do TJUE, do Tribunal Geral e do Tribunal da Função Pública) ou de organismos como o OLAF ou o Provedor de Justiça Europeu;

Pelo exposto, a EDA não pode deixar de ser considerada um *organismo intergovernamental, ao serviço dos Estados membros e do Conselho, na concretização da PCSD*; e conscientes da existência da possível sobreposição das questões da defesa com domínios da competência da Comissão (aspectos eminentemente civis relacionados com matérias da indústria e dos mercados públicos, por exemplo), da plena associação desta aos trabalhos da agência em análise⁹¹⁸ e de as decisões do Comité Director serem em regra adoptadas por maioria qualificada⁹¹⁹, não merece a nossa adesão ou concordância a ideia de (qualquer) hibridismo da EDA.⁹²⁰

De facto, ao actuar no âmbito de assuntos fortemente imbricados com o núcleo fundamental de soberania nacional, *a EDA depende da vontade política de os Estados membros (participantes) reforçarem a cooperação em matéria de defesa europeia*, sendo, por isso, actualmente notórias as limitações deste organismo.

Para além de os Estados membros só participarem nas actividades da EDA se assim o entenderem e apenas de acordo com uma abordagem consensual, não

⁹¹⁶ Cfr. artigo 25º, nº 1, da Acção EDA.

⁹¹⁷ Cfr. artigo 31º da Acção EDA.

⁹¹⁸ Cfr. artigo 24º da Acção EDA.

⁹¹⁹ Cfr. artigo 9º, nº 2, da Acção EDA.

⁹²⁰ Defendendo a ideia de hibridismo do regime jurídico da EDA, vide GUIDO STÄRKLE, *L'agence européenne de défense – régime juridique, organisation et réalisations*, Bruylant, Bruxelas, 2010, pág. 146.

vinculativa,⁹²¹ as resistências estaduais à integração no domínio da segurança e defesa europeias são legitimadas pela manutenção no Tratado de Lisboa de cláusulas de salvaguarda de interesses (nacionais) essenciais⁹²².

Mais, a possibilidade de recorrer a cooperações reforçadas ou mesmo a cooperações estruturadas permanentes, mecanismo específico previsto de forma inédita pelo Tratado de Lisboa em matéria de defesa e segurança⁹²³, depende sempre da vontade política dos Estados membros.

Todavia, e em jeito de conclusão, não podemos negar a importância da EDA na coordenação entre instituições da União, governos nacionais, organizações internacionais de defesa e empresas do sector,⁹²⁴ a funcionar como pólo central de uma *rede* fundamental ao desenvolvimento das capacidades de defesa europeias, porventura passo relevante a caminho de uma estratégia de segurança e defesa verdadeiramente comum no espaço da UE.

50. Agências do (anterior) terceiro pilar: os exemplos do EUROJUST e da EUROPOL

50.1. EUROJUST: breves notas

Na UE, a articulação de medidas de cooperação judicial em matéria penal, em especial de medidas destinadas a facilitar a coordenação das investigações e actuações judiciais dos Estados membros, revela-se fundamental na luta contra uma criminalidade crescentemente transnacional, num Espaço de Liberdade, Se-

⁹²¹ Vide JOZEF BÁTORA, “European Defence Agency: a flashpoint of institutional logics”, in *West European Politics*, volume 32, nº 6, 2009, pág. 1081.

⁹²² Cfr. artigo 346º do TFUE.

⁹²³ Cfr. artigos 42º, nº 6, 46º do TUE e Protocolo nº 10 relativo à cooperação estruturada permanente prevista no artigo 42º do TUE.

⁹²⁴ Vide FU-CHANG CHANG, “European Defence Agency – motor of strengthening the EU’s military capabilities?”, in *European Foreign Affairs Review*, 16, 2011, pág. 86.

gurança e Justiça sem fronteiras internas.⁹²⁵

Para promover a coordenação da acção das autoridades judiciais nacionais em matéria penal foi criada, em 1998⁹²⁶, a *Rede Judiciária Europeia*, meio de cooperação judiciária entre Estados membros contra as manifestações mais graves de criminalidade, essencialmente assente no contacto directo entre os magistrados-pontos de contacto nacionais.

Atendendo às limitações da cooperação na Rede Judiciária Europeia na luta contra as formas graves de criminalidade organizada, o Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, decidiu em 2002 criar uma agência europeia – a *Eurojust* - composta por procuradores, magistrados ou oficiais de polícia com prerrogativas equivalentes.⁹²⁷

Dotada de *personalidade jurídica*⁹²⁸, a EUROJUST traduz uma *europização clara em matéria de cooperação judiciária entre os Estados-Membros*, nomeadamente na luta contra as formas graves de criminalidade frequentemente praticadas por organizações transnacionais. Mesmo assim, a *intergovernamentalidade mantém-se como nota dominante*, com o funcionamento da Eurojust dependente de uma *rede de representantes nacionais* e a caber à agência mediar a cooperação entre os diversos sistemas judiciais nacionais, assim facilitando a convergência num futuro Ministério Público Europeu⁹²⁹.

⁹²⁵ Vide NUNO PIÇARRA, “A União Europeia enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça: alguns desenvolvimentos recentes”, in *Estudos de direito e segurança*, coordenado por Bacelar Gouveia e Rui Pereira, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 317-336.

⁹²⁶ Cfr. Acção Comum 98/428/JAI, de 27 de Junho de 1998, revogada e substituída pela Decisão 2008/976/JAI do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, sobre a Rede Judiciária Europeia.

⁹²⁷ Cfr. Decisão do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002, relativa à criação da Eurojust, a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade, alterada pela Decisão 2009/426/JAI do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao reforço da Eurojust e que altera a Decisão 2002/187/JAI relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (adiante Decisão EUROJUST).

⁹²⁸ Cfr. artigo 1º da Decisão EUROJUST.

⁹²⁹ Cfr. artigo 86º do TFUE. Na doutrina, perspectivando o EUROJUST como futuro “embrião” da Procuradoria Europeia, vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O direito penal europeu emergente*, Coimbra editora, 2008, pág. 78 e ss.

Em termos gerais, é clara a *preponderância dos Estados membros e do Conselho*:

- a Eurojust é *composta por um membro nacional destacado por cada Estado-Membro, segundo o seu sistema jurídico, com a qualidade de procurador, juiz ou oficial de polícia com prerrogativas equivalentes;*⁹³⁰
- *os membros nacionais ficam sujeitos ao direito interno do respectivo Estado-Membro, sendo a duração do mandato dos membros nacionais determinada pelo Estado-Membro de origem;*⁹³¹
- o *Colégio, responsável pela organização e pelo funcionamento da Eurojust*⁹³², *é constituído por todos os membros nacionais, cabendo ao Conselho, aprovar o Regulamento Interno da Eurojust sob proposta daquele órgão;*⁹³³
- *cada Estado-Membro pode ainda criar ou designar um ou vários correspondentes nacionais, aspecto relevante em matéria de terrorismo, sendo as relações entre o correspondente nacional e as autoridades competentes dos Estados-Membros reguladas pelo direito interno;*⁹³⁴
- *os membros nacionais da Eurojust estão autorizados a trocar com as autoridades competentes do respectivo Estado-Membro as informações necessárias ao desempenho das suas funções, sem qualquer autorização prévia*⁹³⁵;

⁹³⁰ Cfr. artigo 2º da Decisão EUROJUST.

⁹³¹ Cfr. artigo 9º da Decisão EUROJUST.

⁹³² Cfr. artigo 28º da Decisão EUROJUST.

⁹³³ Cfr. artigo 10º da Decisão EUROJUST.

⁹³⁴ Cfr. artigo 12º da Decisão EUROJUST.

⁹³⁵ Cfr. artigo 13º, nº 2, da Decisão EUROJUST.

- os vencimentos e emolumentos dos membros nacionais e das pessoas que os assistem ficam a cargo dos respectivos Estados-Membros de origem⁹³⁶;
- o Presidente, em nome do Colégio, presta contas ao Conselho, anualmente e por escrito, das actividades e da gestão, inclusive orçamental, da Eurojust, cabendo, depois, à Presidência do Conselho apresentar anualmente ao Parlamento Europeu um relatório sobre os trabalhos desta agência;⁹³⁷
- os elementos essenciais da cooperação a estabelecer com a EUROPOL são determinados por acordo a aprovar pelo Conselho.⁹³⁸

Paralelamente a esta *supremacia intergovernamental*, não deixamos de reconhecer relevantes *características comunitárias*, reveladores de algum *hibridismo* da EUROJUST,⁹³⁹ nomeadamente:

- *financiamento a partir do Orçamento-Geral da União Europeia*⁹⁴⁰, cabendo ao Colégio a adopção anual do projecto de orçamento e posterior submissão à Comissão, a qual propõe o subsídio anual a fixar⁹⁴¹;
- *submissão anual pelo Presidente, com o apoio do Director Administrativo, das contas pormenorizadas das receitas e despesas do exercício*

⁹³⁶ Cfr. artigo 33º, nº 1, da Decisão EUROJUST.

⁹³⁷ Cfr. artigo 32º da Decisão EUROJUST.

⁹³⁸ Cfr. artigo 26º, nº 1, da Decisão EUROJUST.

⁹³⁹ Vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, anotação ao artigo 85º do TFUE, in *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 443.

⁹⁴⁰ Cfr. artigo 34º da Decisão EUROJUST.

⁹⁴¹ Cfr. artigo 35º da Decisão EUROJUST.

- orçamental anterior ao Parlamento Europeu, à Comissão e ao Tribunal de Contas;*⁹⁴²
- *quitação da execução do orçamento pelo Parlamento Europeu, sob recomendação do Conselho;*⁹⁴³
 - *sujeição do pessoal, relativamente ao recrutamento e ao estatuto, às regras e regulamentações aplicáveis aos funcionários e outros agentes da União,*⁹⁴⁴ *desempenhando, sob a autoridade do Colégio, as suas funções de acordo com os objectivos e o mandato da Eurojust, sem solicitar nem aceitar instruções de nenhum governo, autoridade, organização ou pessoa estranha a esta agência;*⁹⁴⁵
 - *associação plena da Comissão aos trabalhos da Eurojust e participação nesses trabalhos, nas áreas da sua competência.*⁹⁴⁶

Em resultado da comunitarização do anteriormente designado terceiro pilar, a tendência parece ser a da comunitarização da EUROJUST (a caminho de uma Procuradoria Europeia⁹⁴⁷ ...), não obstante a predominância actual do cariz intergovernamental desta agência.

Deste modo, o Tratado prevê mesmo a *intensificação das “modalidades de associação do Parlamento Europeu e dos Parlamentos nacionais à avaliação das actividades da Eurojust”*, em termos a definir em futuros regulamentos adoptados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho de acordo com o processo legislativo

⁹⁴² Cfr. artigo 36º, nº 1, da Decisão EUROJUST.

⁹⁴³ Cfr. artigo 36º, nº 2, da Decisão EUROJUST.

⁹⁴⁴ Em geral, sobre as especificidades da política de recursos humanos nas agências europeias, *vide* ADRIAAN SCHOUT e FABIAN PEREYRA, “The institutionalization of EU agencies: agencies as ‘mini Commissions’”, *in Public Administration*, volume 89, nº 2, 2011, págs. 427-429.

⁹⁴⁵ Cfr. artigo 30º da Decisão EUROJUST.

⁹⁴⁶ Cfr. artigo 11º da Decisão EUROJUST.

⁹⁴⁷ Vide *Toward a prosecutor for the European Union a comparative analysis*, coordenado por Katalin Ligeti, Hart Publishing, Oxford, 2013.

ordinário⁹⁴⁸, bem como a *possibilidade de interposição de recurso contencioso de anulação de actos emanados pela EUROJUST*⁹⁴⁹.

*A sensibilidade política das matérias em causa impele a prever que a EUROJUST não venha a ser dotada de poderes muito impressivos, limitando-se, fundamentalmente, ao exercício de funções de apoio, mediação e de consultadoria às autoridades competentes dos Estados membros*⁹⁵⁰, e, num plano (mais) europeu e internacional, ao aprofundamento da cooperação com outros organismos, em especial com a EUROPOL e o OLAF⁹⁵¹.

50.2. EUROPOL: breves notas

Nos termos do direito comunitário primário, a União desenvolve uma cooperação policial que associa todas as autoridades competentes dos Estados-Membros, incluindo os serviços de polícia, das alfândegas e outros serviços responsáveis pela aplicação da lei especializados nos domínios da prevenção ou detecção de infracções penais e das investigações nessa matéria.⁹⁵²

Na génese da cooperação policial entre os Estados membros encontra-se a *cooperação intergovernamental desenvolvida a partir de 1975 no denominado Grupo TREVI*, tendo-se procedido à respectiva integração no quadro institucional e normativo da União, enquanto terceiro pilar da construção europeia, no Tratado de Maastricht.

Neste Tratado prevê-se a *criação de um Serviço Europeu de Polícia (Europol)*, o qual acaba por ser regulado por *Convenção* de 26 de Julho de 1995

⁹⁴⁸ Cfr. artigo 85º, nº 1, do TFUE.

⁹⁴⁹ Cfr. artigo 263º, § 5, do TFUE e artigo 10º, nºs 1 e 3, do Protocolo relativo às disposições transitórias.

⁹⁵⁰ Sobre as funções actualmente desenvolvidas pela EUROJUST, cfr. artigos 5º, 6º e 7º da Decisão EUROJUST. Para uma extensa análise doutrinal destas prerrogativas, vide NICOLÁS ALONSO MOREDA, “Eurojust y la cooperación judicial penal en la UE”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 41, ano 16, Madrid, Janeiro/Abril 2012, págs. 126-140.

⁹⁵¹ Cfr. artigo 26º da Decisão EUROJUST.

⁹⁵² Cfr. artigo 87º, nº 1, do TFUE.

(Convenção Europol), com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, organismo operacional desde 1 de Julho de 1999, com sede em Haia.

Objecto de várias alterações integradas em três Protocolos (anos 2000, 2002 e 2003), a *Convenção Europol acaba por ser substituída pela Decisão do Conselho de 6 de Abril de 2009*⁹⁵³, instrumento jurídico já utilizado para o estabelecimento de outras agências no âmbito do denominado terceiro pilar (EUROJUST, CEPOL) e claramente mais facilitador de adaptações à evolução das circunstâncias e a novas prioridades políticas⁹⁵⁴.

Na verdade, diferentemente da convenção, clássica fonte de direito internacional público, as decisões do terceiro pilar, para produzir efeitos, não dependiam da ratificação dos Estados membros, mas tão somente, num quadro de ausência de efeito directo⁹⁵⁵, da conformidade das disposições de direito interno que transpunham a decisão à data da sua aplicação⁹⁵⁶.

Com o *Tratado de Lisboa*, prevê-se a *possibilidade de a Decisão EUROPOL ser substituída por regulamentos adoptados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho*, de acordo com o processo legislativo ordinário, a determinar a estrutura, o funcionamento, o domínio de acção, as funções e as modalidades de controlo das actividades da Europol pelo Parlamento Europeu e Parlamentos nacionais.⁹⁵⁷

Tendo por *objectivo* apoiar e reforçar a acção das autoridades competentes dos Estados-Membros e a sua cooperação mútua em matéria de prevenção e combate à criminalidade organizada, ao terrorismo e a outras formas graves de crimi-

⁹⁵³ Cfr. Decisão do Conselho, de 6 de Abril de 2009, que cria o Serviço Europeu de Polícia (Europol) (2009/371/JAI) (adiante Decisão EUROPOL).

⁹⁵⁴ No entanto, para além da menor influência dos Parlamentos nacionais, o estabelecimento de organismos por Decisão no quadro do terceiro pilar, por esta carecer de efeito directo, traduz-se na dependência dos mecanismos de transposição estadual nos termos do artigo 61º da Decisão EUROPOL.

⁹⁵⁵ Cfr. artigo 34º, nº 2, alínea c), do TUE, revogado pelo Tratado de Lisboa. Sobre a tipologia de actos jurídicos na União, nomeadamente no designado terceiro pilar, antes e após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, cfr. nºs 20 e 21.

⁹⁵⁶ Cfr. artigo 61º da Decisão EUROPOL.

⁹⁵⁷ Cfr. artigo 88º, nº 2, do TFUE.

nalidade que afectem dois ou mais Estados-Membros⁹⁵⁸, à EUROPOL cabem, fundamentalmente, *prerrogativas* no domínio do intercâmbio de dados e informações, tarefas de índole operacional e a preparação de análises estratégicas relacionadas com ameaças da criminalidade organizada⁹⁵⁹.

Deste modo, *não obstante o constante reforço do papel e competências da EUROPOL*,⁹⁶⁰ *estamos (ainda?) muito longe de uma verdadeira integração policial europeia ou do estabelecimento de um FBI europeu, dadas as limitações evidentes dos poderes de que goza esta agência, no âmbito de matérias de grande sensibilidade para a soberania nacional. E percebe-se bem a primazia de interesses intergovernamentais e do Conselho na configuração da EUROPOL*, bem visíveis, por exemplo, nos seguintes aspectos:

- *cabe ao Conselho*, por recomendação do Conselho de Administração, *estabelecer as prioridades para a Europol*, tendo especialmente em conta as análises estratégicas e as avaliações da ameaça elaboradas pela Europol;⁹⁶¹
- *em sede de tratamento de informações*, importantes decisões do Conselho de Administração são submetidas à *aprovação do Conselho*;⁹⁶²
- *os acordos da EUROPOL com organizações (v.g. INTERPOL) e Estados terceiros*, a incidir sobre o intercâmbio de informações operacionais, estratégicas e técnicas, incluindo dados pessoais e informações

⁹⁵⁸ Cfr. artigo 3º da Decisão EUROPOL.

⁹⁵⁹ Cfr. artigo 5º da Decisão EUROPOL.

⁹⁶⁰ Na doutrina, para maiores desenvolvimentos, sobre as principais competências da EUROPOL, *vide* ALEXANDRA DE MOOR e GERT VERMEULEN, “The EUROPOL Council Decision: transforming EUROPOL into an agency of the European Union”, *in Common Market Law Review*, 47, 2010, págs. 1097-1112, e, em especial sobre a articulação entre a EUROPOL, a EUROJUST e a FRONTEX, *vide* KATRIN SCHOPPA, *Europol im Verbund der Europäischen Sicherheitsagenturen*, Duncker&Humblot, Berlim, 2013.

⁹⁶¹ Cfr. artigo 4º, nº 2, da Decisão EUROPOL.

⁹⁶² Cfr. artigos 10º e 14º da Decisão EUROPOL.

classificadas, *apenas podem ser celebrados após aprovação pelo Conselho, cabendo ainda a esta instituição, deliberando por maioria qualificada após consulta ao Parlamento Europeu, determinar a lista de Estados terceiros e entidades com as quais a Europol deve celebrar acordos, bem como aprovar as regras de execução que regulam as relações derivadas dessas convenções;*⁹⁶³

- *o regulamento interno da Instância Comum de Controlo, órgão interno independente com competências de fiscalização destinadas a garantir que a conservação, o tratamento e a utilização dos dados na posse desta agência não são lesivos dos direitos das pessoas em causa e a controlar a licitude da transmissão dos dados provenientes da Europol, é submetido à aprovação do Conselho;*⁹⁶⁴
- *o Conselho de Administração, para além das tarefas elencadas na Decisão EUROPOL, é responsável pelas funções que lhe sejam atribuídas pelo Conselho;*⁹⁶⁵
- *o Conselho tem de aprovar anualmente o mapa previsional das receitas e despesas, incluindo o projecto de quadro do pessoal e o orçamento definitivo, um programa de trabalho relativo às actividades futuras da Europol que tenha em conta as necessidades operacionais dos Estados-Membros e as incidências para o orçamento e para o pessoal da agência e um relatório geral sobre as actividades da Europol no ano anterior que inclui os resultados atingidos em relação às prioridades estabelecidas (pelo Conselho);*⁹⁶⁶
- *o Director da EUROPOL é nomeado pelo Conselho para um mandato de quatro anos, deliberando por maioria qualificada, com base numa lista de pelo menos três candidatos submetida pelo Conselho de Admi-*

⁹⁶³ Cfr. artigos 23º e 26º da Decisão EUROPOL.

⁹⁶⁴ Cfr. artigo 34º, nº 7, da Decisão EUROPOL.

⁹⁶⁵ Cfr. artigo 37º, nº 9, alínea h), da Decisão EUROPOL.

⁹⁶⁶ Cfr. artigo 37º, nº 10, da Decisão EUROPOL.

nistração; Conselho que pode, sob proposta do Conselho de Administração que avaliou o desempenho do Director, *prorrogar uma vez o mandato do Director* por um período não superior a quatro anos e *demitir-lo das suas funções*, deliberando por maioria qualificada, após parecer do Conselho de Administração.⁹⁶⁷

Trata-se de características resultantes da *sensibilidade da cooperação policial para a soberania nacional*, o que explica, por exemplo, a liberdade de os Estados membros organizarem entre si e sob a sua responsabilidade formas de cooperação e de coordenação, conforme considerarem adequado, entre os serviços competentes das respectivas administrações responsáveis pela garantia da segurança nacional,⁹⁶⁸ bem como a exigência de unanimidade em deliberações do Conselho, quer relativas a medidas em matéria de cooperação operacional entre os serviços de polícia, das alfândegas e outros serviços responsáveis pela aplicação da lei especializados nos domínios da prevenção ou detecção de infracções penais e das investigações nessa matéria⁹⁶⁹, quer relativas à definição das condições e dos limites dentro dos quais as autoridades policiais dos Estados-Membros podem intervir no território de outro Estado-Membro⁹⁷⁰.

Mais, a partilha da iniciativa legislativa da Comissão com, pelo menos, um quarto dos Estados-Membros⁹⁷¹ e a subsistência de mecanismos de *avaliação inter pares* da execução, *por parte das autoridades dos Estados-Membros*, das políticas da União, especialmente para incentivar a aplicação plena do princípio do reconhecimento mútuo⁹⁷², desnudam também a *manutenção do cariz intergovernamental do domínio da cooperação policial*.

⁹⁶⁷ Cfr. artigo 38º, n.ºs 1 e 7, da Decisão EUROPOL.

⁹⁶⁸ Cfr. artigo 73º do TFUE.

⁹⁶⁹ Cfr. artigo 87º, n.º 3, do TFUE.

⁹⁷⁰ Cfr. artigo 89º do TFUE.

⁹⁷¹ Cfr. artigo 76º do TFUE.

⁹⁷² Cfr. artigo 70º do TFUE.

Naturaliter, com a comunitarização do terceiro pilar e a integração das matérias em análise no quadro jurídico do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, procede-se ao reforço da integração policial europeia, acentuando-se inequivocamente a dimensão supranacional da EUROPOL.

Salientam-se, a título meramente exemplificativo, as seguintes notas:

- o *Conselho de Administração*, para além de um representante de cada Estado-Membro, é *composto por um representante da Comissão, com direito de voto*;⁹⁷³
- o Conselho de Administração, em regra, passa a deliberar por maioria de dois terços dos seus membros;⁹⁷⁴
- o *orçamento da EUROPOL depende do orçamento comunitário* e não mais das contribuições dos Estados membros⁹⁷⁵, a implicar a existência de *poderes de controlo orçamental do Parlamento Europeu* (v.g. *quita-ção*)⁹⁷⁶;
- tendo em conta os deveres de sigilo e segredo profissional, *a Presidência do Conselho, o Presidente do Conselho de Administração e o Director comparecem obrigatoriamente perante o Parlamento Europeu, a pedido deste, para debater as questões relativas à Europol*;⁹⁷⁷
- *relevantes prerrogativas de accountability do Tribunal de Contas*⁹⁷⁸, *do OLAF*⁹⁷⁹ *ou do Provedor de Justiça Europeu*⁹⁸⁰;

⁹⁷³ Cfr. artigo 37º, nº 1, da Decisão EUROPOL. Como nota Alexandra De Moor, “tal demonstra uma tendência mais ampla na qual a Comissão Europeia, como protectora do interesse europeu, caminha mais e mais para o primeiro plano da história da EUROPOL, em detrimento dos Estados membros.” Vide ALEXANDRA DE MOOR, *EUROPOL, quo vadis? – Critical analysis and evaluation of the development of the European Police Office*, Maklu Publishers, 2012, pág. 29.

⁹⁷⁴ Cfr. artigo 37º, nº 8, da Decisão EUROPOL.

⁹⁷⁵ Cfr. artigo 42º da Decisão EUROPOL.

⁹⁷⁶ Cfr. artigo 43º da Decisão EUROPOL.

⁹⁷⁷ Cfr. artigo 48º da Decisão EUROPOL.

⁹⁷⁸ Cfr. artigo 43º da Decisão EUROPOL.

⁹⁷⁹ Cfr. artigo 49º da Decisão EUROPOL.

– *aplicabilidade do Estatuto dos funcionários das Comunidades Europeias e do Regime aplicável aos outros agentes das Comunidades Europeias a quem trabalha na Europol.*⁹⁸¹

Resumindo: à semelhança da EUROJUST, *com a comunitarização dos domínios da polícia e justiça penal, a EUROPOL tem visto reforçadas as suas prerrogativas, sendo previsível a intensificação desta tendência* em futuros actos regulamentares disciplinadores do regime jurídico desta agência, bem como o concomitante aprofundamento de mecanismos de *accountability*⁹⁸², designadamente pelo Parlamento Europeu e pelos Parlamentos nacionais⁹⁸³.

Apesar disso, como salienta Victoria Amici, mesmo no âmbito do novo quadro legislativo da EUROPOL, com as profundas transformações daí decorrentes (v.g. financiamento comunitário, aplicação do quadro jurídico comunitário, como o estatuto do pessoal ou o Regulamento-Financeiro), mantém-se “inalterada a relação de dependência (...) face aos Estados membros”.⁹⁸⁴

Creemos que o caminho para um FBI europeu será (ainda) muito longo... *A cooperação policial intensifica-se, mas a integração de áreas tão intrinsecamente ligadas ao núcleo duro da soberania estadual continuará a impor limitações relevantes à federalização nestes domínios e, por isso, ao alargamento impressivo da missão e competências da EUROPOL, a qual, permanece(rá), assim, como uma agência de forte pendor intergovernamental, apesar das crescentes notas de cariz supranacional. Veja-se a paradigmática questão do controlo judicial: se é verdade*

.../..._____

⁹⁸⁰ Vide ALEXANDRA DE MOOR, EUROPOL, *quo vadis?...*, cit., pág. 41.

⁹⁸¹ Cfr. artigo 39º da Decisão EUROPOL.

⁹⁸² Para uma visão geral da autonomia e dos mecanismos de *accountability* da EUROPOL e da EUROJUST, vide MADALINA BUSUIOC e MARTIJN GROENLEER, *Beyond design. The evolution of Europol and Eurojust*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper n° 2011-09, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper n° 2011-03, 2011, págs. 3-33.

⁹⁸³ Cfr. artigo 88º, n° 2, do TFUE.

⁹⁸⁴ Vide VICTORIA AMICI, “Europol et la nouvelle décision du Conseil: entre opportunités et contraentes”, in *Revue du Droit de l’ Union Européenne*, 1/2010, págs. 77-99.

que o Tribunal, decorrido um período transitório⁹⁸⁵, passa a dispor de competência sobre os domínios de intervenção da EUROPOL nos termos gerais⁹⁸⁶, não deixa de ser elucidativa a incompetência do TJUE para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro e para decidir sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna⁹⁸⁷.

51. O caso especial da Agência Frontex

51.1. Caracterização geral

Criada em 2004⁹⁸⁸, a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia, com sede em Varsóvia, reflecte a *comunitarização das políticas de vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas* (cfr. Título IV do TCE), áreas que antes do Tratado de Amesterdão relevavam do anterior terceiro pilar.

Com o Tratado de Lisboa, aquelas políticas e as matérias da cooperação policial e judiciária em matéria penal, as quais após a revisão de Amesterdão continuavam a relevar do domínio do terceiro pilar (cfr. Título VI do TUE), foram inseridas no Título V do TFUE e englobadas no denominado Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, terminando, assim, formalmente, o referido terceiro pilar da integração europeia.

⁹⁸⁵ Cfr. artigo 10º, nºs 1 e 3, do Protocolo relativo às disposições transitórias.

⁹⁸⁶ Cfr. artigos 251º- 281º do TFUE.

⁹⁸⁷ Cfr. artigo 276º do TFUE.

⁹⁸⁸ Cfr. Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho, de 26 de Outubro de 2004, que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (FRONTEX).

Para além de assegurar a ausência de quaisquer controlos de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem das fronteiras internas, outro elemento estruturante do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça implica a garantia pela UE de um eficaz controlo de pessoas e vigilância na passagem das fronteiras externas, introduzindo progressivamente um sistema integrado da sua gestão.⁹⁸⁹

Diferentemente dos Estados federais, *os controlos fronteiriços da UE são da responsabilidade das autoridades dos Estados membros e não de qualquer entidade central europeia, apesar de a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional (FRONTEX) assumir papel nuclear no sistema integrado de gestão das fronteiras externas dos Estados-Membros da União.*

Na verdade, tendo em conta a experiência anterior da instância comum de técnicos das fronteiras externas no âmbito do Conselho e as *resistências nacionais à instituição de um corpo europeu de guardas fronteiriços*⁹⁹⁰, *optou-se pela criação de um organismo especializado composto por peritos, encarregado de melhorar a coordenação da cooperação operacional entre Estados-Membros em matéria de gestão das fronteiras externas, sob a forma de uma agência europeia – a FRONTEX.*

Noutros termos: a instância comum dos profissionais das fronteiras externas reunida no Conselho sob a égide do grupo de trabalho SCIFA (Comité estra-

⁹⁸⁹ Cfr. artigo 77º, nº 1, do TFUE.

⁹⁹⁰ Vide HÉLÈNE JORRY, “Une agence originale de l’Union”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 170.

Com a criação de um mecanismo para a criação de equipas de intervenção rápida nas fronteiras pelo Regulamento (CE) nº 863/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007, parece prever-se um *embrião de um corpo europeu de guardas fronteiras*, o qual parece ver a luz na recente alteração ao artigo 3º do Regulamento FRONTEX, ao estabelecer-se a possibilidade de a agência constituir uma reserva de guardas de fronteira reagrupados em Equipas Europeias de Guardas de Fronteira para eventual destacamento em operações conjuntas e projectos-piloto. Cfr. artigos 3º, nº 1-B, 3º-B e 3º-C do Regulamento FRONTEX, conforme modificações operadas pelo Regulamento (UE) nº 1168/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011.

tégico sobre a imigração, as fronteiras e o asilo) na denominada formação SCIFA+ revelou-se ineficaz, designadamente quando teve de coordenar e gerir as operações conjuntas e os projectos-piloto, a demonstrar a necessidade de encontrar uma *solução institucional alternativa*,⁹⁹¹ *mais integracionista, menos dependente da mera cooperação informal entre governos.*

Num contexto de europeização regulatória, com o *objectivo final de desenvolver progressivamente uma política europeia comum integrada para a gestão das fronteiras externas, considerou-se que as tarefas de carácter sobretudo operacional poderiam ser confiadas a uma nova estrutura comunitária permanente*, que estaria em condições de realizar as tarefas quotidianas de gestão e de coordenação e de dar uma resposta rápida em caso de urgência.

Face ao processo de alargamento a países da Europa Central e de Leste, e, em especial, a Malta e ao Chipre, a reforçar as preocupações com a vulnerabilidade das fronteiras europeias relativamente à imigração ilegal - bem evidenciada já em países como a Espanha (Ilhas Canárias, Ceuta) e Itália (ilha de Lampedusa), *procedeu-se à criação de uma agência europeia, a FRONTEX, destinada a melhorar a eficácia do controlo das fronteiras marítimas externas da União Europeia.*

*Não obstante em termos estruturais a FRONTEX ser catalogada desde a revisão de Amesterdão como uma agência comunitária, trata-se de agência profundamente marcada pela intergovernamentalidade, dada a influência decisiva dos Estados membros*⁹⁹² na sua organização interna, nas suas actividades e formas

⁹⁹¹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho na perspectiva do Conselho Europeu de Salónica sobre o desenvolvimento de uma política comum em matéria de imigração clandestina, de tráfico ilícito e de tráfico de seres humanos, de fronteiras externas e de regresso das pessoas em residência irregular, COM/2003/0323 final, 2.2.

⁹⁹² Cumpre referir a não participação de alguns Estados membros (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca) na adopção do regulamento instituidor da FRONTEX e, conseqüentemente, as limitações do seu envolvimento na generalidade das actividades desta agência europeia. Pelo contrário, alguns Estados terceiros (Islândia, Noruega, Suíça, Lichtenstein), participantes no *acquis* de Schengen no quadro de acordos de associação, participam na vida da agência. Sobre esta *geometria variável* na

de controlo. Desde logo, o *Conselho de Administração é composto por um representante de cada Estado-Membro e dois representantes da Comissão*, nomeados com base no seu elevado grau de experiência e conhecimentos especializados no domínio da cooperação operacional em matéria de gestão de fronteiras.⁹⁹³

Via de regra, *as decisões do conselho de administração são aprovadas por maioria absoluta dos seus membros com direito de voto*,⁹⁹⁴ abrangendo matérias decisivas como o estabelecimento de procedimentos para a tomada de decisões pelo director executivo em relação às funções operacionais da agência, o exercício de funções relacionadas com o orçamento da agência ou a adopção da estrutura organizativa da agência e da política desta em matéria de pessoal.⁹⁹⁵

E para a tomada de decisões sobre o programa de trabalho da agência e a nomeação/demissão do Director Executivo da agência, é mesmo necessária uma maioria qualificada no seio do Conselho de Administração, respectivamente maiorias de três quartos e de dois terços dos seus membros com direito de voto.⁹⁹⁶

Numa palavra: *a forte influência dos Estados no funcionamento da FRONTEX*, bem visível também na *dependência desta agência relativamente aos meios materiais e humanos colocados à sua disposição*⁹⁹⁷, é evidente, o que pode ser compreendido se tivermos em conta estar-se no âmbito de matérias anteriormente abrangidas no denominado terceiro pilar da integração europeia.

Em termos de missão, cabe à FRONTEX, vista a *responsabilidade dos Estados-Membros pelo controlo e vigilância das fronteiras externas*, facilitar e tornar mais eficaz a aplicação das disposições comunitárias actuais e futuras em matéria de gestão das fronteiras externas, assegurando a coordenação das acções dos Estados-Membros na aplicação dessas disposições e contribuir, assim, para a efi-

.../...
criação e actividades da FRONTEX, vide HÉLÈNE JORRY, “Une agence originale...”, *cit.*, pág. 174 e ss.

⁹⁹³ Cfr. artigo 21º do Regulamento Frontex.

⁹⁹⁴ Cfr. artigo 24º do Regulamento Frontex.

⁹⁹⁵ Cfr. artigo 20º do Regulamento Frontex.

⁹⁹⁶ Cfr., respectivamente, artigos 20º, nº 2, alínea c), e 26º, nºs 2 e 4.

⁹⁹⁷ V.g. artigo 7º do Regulamento Frontex.

cácia, a qualidade e a uniformização do controlo de pessoas e da vigilância das fronteiras externas da União Europeia.⁹⁹⁸

Para esse efeito, a FRONTEX coloca à disposição da Comissão e dos Estados-Membros a assistência técnica e os conhecimentos específicos necessários em matéria de gestão das fronteiras externas e promove a solidariedade entre Estados-Membros,⁹⁹⁹ por forma a procurar alcançar uma gestão integrada das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia.

Dito de outra maneira: a FRONTEX, *no respeito das prerrogativas nacionais nos domínios do controlo e da vigilância das fronteiras*, desenvolve sobretudo actividades de assistência técnica, material e financeira aos Estados participantes e *facilita a cooperação entre os serviços estaduais competentes, com base na vontade de coordenação demonstrada por esses Estados*.¹⁰⁰⁰

Partindo de *análises de risco* sobre rotas migratórias e perigos especiais em determinadas fronteiras,¹⁰⁰¹ a FRONTEX produz informação estratégica e define *standards* comuns fundamentais para as operações conjuntas ou projectos piloto que, no âmbito da sua missão de gestão, venha a desenvolver.

No desenvolvimento destas actividades de assistência técnica e operacional, *são essenciais as trocas de informação e a cooperação com outras agências europeias* (v.g. EUROPOL, CEPOL, Agência Europeia para a Segurança Marítima, Agência Comunitária de Controlo das Pescas), outros organismos internacionais (v.g. INTERPOL, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugia-

⁹⁹⁸ Cfr. artigo 1º, nº 2, do Regulamento Frontex.

⁹⁹⁹ Cfr. artigo 1º, nº 3, do Regulamento Frontex.

¹⁰⁰⁰ Jorrit Rijpma defende um papel (mais) regulador do que meramente operacional da Frontex. Vide JORRIT RIJPMAN, “Hybrid agencification in the area of Freedom, Security and Justice and its inherent tensions: the case of Frontex”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012, págs. 84-102.

¹⁰⁰¹ Cfr. artigo 4º do Regulamento Frontex.

dos)¹⁰⁰² ou *com os Estados participantes* (através, por exemplo, da criação de *secções especializadas nos Estados-Membros*)¹⁰⁰³.

Por último, *o repertório centralizado de equipamentos técnicos destinado ao controlo e vigilância das fronteiras externas* a utilizar durante as operações conjuntas, projectos-piloto, intervenções rápidas, operações conjuntas de regresso ou em projectos de assistência técnica de que a FRONTEX dispõe *continua a depender, fundamentalmente, de negociações e acordos bilaterais anuais com os Estados membros*.¹⁰⁰⁴

Last but not least, salienta-se o défice de accountability parlamentar da FRONTEX; sem a participação de qualquer representante do PE nos órgãos directivos da agência e sem que as análises de risco, elemento fundamental na realização de operações nas fronteiras externas, sejam apresentadas aos Deputados europeus. Sinais bem reveladores da sensibilidade política das matérias em causa e do cariz fortemente intergovernamental da Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia...

51.2. FRONTEX e Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO): duplicação institucional (necessária)?

Recentemente, procedeu-se à criação, com base nos artigos 74º e 78º do TFUE, de uma nova agência europeia no denominado Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União, o *Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO)*¹⁰⁰⁵, no âmbito da política da União relativa ao *Sistema Europeu Comum de Asilo* e de desenvolvimento de um espaço de asilo comum através de procedimen-

¹⁰⁰² Cfr. artigo 13º do Regulamento Frontex.

¹⁰⁰³ Cfr. artigo 16º do Regulamento Frontex.

¹⁰⁰⁴ Cfr. artigo 7º do Regulamento Frontex, conforme alterado pelo Regulamento (UE) nº 1168/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011.

¹⁰⁰⁵ Cfr. Regulamento (UE) nº 439/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 2010, que cria um Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (adiante Regulamento EASO).

to harmonizado, eficaz e coerente com os valores e com a tradição humanitária da União Europeia.¹⁰⁰⁶

Tendo em conta as grandes disparidades entre os Estados-Membros no respeitante à concessão de protecção internacional e a necessidade de alcançar uma maior harmonização das normas aplicáveis e de reforçar o apoio à cooperação prática entre os Estados-Membros no domínio do asilo, o EASO foi criado para trabalhar em estreita colaboração com as autoridades estaduais competentes, com a Comissão e com organismos internacionais como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).¹⁰⁰⁷ Mas em atenção à delicadeza política das matérias em causa, *o EASO não dispõe de competências decisórias*: continua a caber a tomada de decisões sobre pedidos individuais de protecção internacional às autoridades dos Estados-Membros competentes no domínio do asilo.¹⁰⁰⁸

Ao EASO compete *facilitar, coordenar e reforçar a cooperação prática em matéria de asilo entre os Estados-Membros nos seus múltiplos aspectos e contribuir para uma melhor aplicação do Sistema Europeu Comum de Asilo*,¹⁰⁰⁹ designadamente organizando, favorecendo e coordenando as actividades que permitam o intercâmbio de informações e a identificação e partilha das melhores práticas em matéria de asilo entre os Estados-Membros, coordenando e suportando as acções comuns destinadas a apoiar os sistemas de asilo e acolhimento dos Estados-Membros particularmente sujeitos a pressões que solicitam as suas instalações de acolhimento e os seus sistemas de asilo de forma excepcionalmente aguda e urgente.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁶ Cfr. considerando 1 do Regulamento EASO. Na doutrina, para uma avaliação do impacto do Sistema Europeu Comum de Asilo nas políticas de asilo dos (então) 27 Estados membros, na Noruega e na Suíça, *vide* DIMITER TOSHKOV e LAURA DE HAAN, “The europeanization of asylum policy: an assessment of the EU impact on asylum applications and recognitions rates”, *in Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 5, 2013, págs. 661-683.

¹⁰⁰⁷ Cfr. considerandos 9 e 10 do Regulamento EASO.

¹⁰⁰⁸ Cfr. considerando 14 e artigo 1º, nº 6, do Regulamento EASO.

¹⁰⁰⁹ Cfr. artigos 3º a 24º do Regulamento EASO.

¹⁰¹⁰ Cfr. artigo 2º, nº 1, do Regulamento EASO.

Em razão do que, podemos considerar a EASO, dada a sensibilidade política dos domínios em causa, como um *organismo de traços fundamentalmente intergovernamentais, dependente da vontade política dos Estados e destinada primordialmente a apoiar esforços de aproximação de práticas nacionais em matéria de asilo, mas revelando também, por outra banda, a comunitarização do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça.*

Na verdade, o EASO não se limita a aprofundar a convergência dos processos decisórios dos Estados-Membros em matéria de asilo, no âmbito do quadro legislativo europeu:¹⁰¹¹ cumpre também funções verdadeiramente europeias, *maxime* em termos de reforço da coordenação operacional entre os Estados-Membros para uma aplicação eficaz das normas comuns no sentido do estabelecimento do Sistema Europeu Comum de Asilo¹⁰¹².

Do ponto de vista institucional, não obstante a (predominante) faceta intergovernamental, é também clara a expressão comunitária do EASO, designadamente em matérias de financiamento¹⁰¹³, de pessoal¹⁰¹⁴, de presença de (dois) representantes da Comissão com direito a voto no Conselho de Administração¹⁰¹⁵, de influência do PE na escolha do Director Executivo¹⁰¹⁶ ou da existência de controlos pelo OLAF¹⁰¹⁷ ou pelo Provedor de Justiça Europeu¹⁰¹⁸.

Pelo exposto, *as missões da EASO e da FRONTEX apresentam diversas similitudes, tais que nos parece, por razões de eficiência e de complementaridade funcional, preferível cometer as tarefas daquela agência a este organismo, mais do que incentivar a celebração de convénios de cooperação entre ambas as entida-*

¹⁰¹¹ Cfr. artigos 3º a 8º do Regulamento EASO.

¹⁰¹² Cfr. artigos 11º a 24º do Regulamento EASO.

¹⁰¹³ Cfr. artigo 33º, nº 3, alínea a), do Regulamento EASO.

¹⁰¹⁴ Cfr. artigo 38º do Regulamento EASO.

¹⁰¹⁵ Cfr. artigo 25º do Regulamento EASO.

¹⁰¹⁶ Cfr. artigo 30º do Regulamento EASO.

¹⁰¹⁷ Cfr. artigo 44º, nº 3, do Regulamento EASO.

¹⁰¹⁸ Cfr. artigo 47º do Regulamento EASO.

des¹⁰¹⁹. E se concordamos com a não criação de uma agência europeia verdadeiramente reguladora, isto é, dotada de prerrogativas decisórias relevantes em domínios políticos tão melindrosos, e, pela mesma razão, com a inviabilidade de sedear as competências da EASO na própria Comissão,¹⁰²⁰ já não compreendemos a necessidade ou mesmo a conveniência da criação de um novo organismo quando é nítida a compatibilidade das actividades da Frontex com as funções da nova agência.

Temos, por isso, como *desejável, de uma perspectiva de eficiência e de ponderação de custos, conferir o mandato da EASO à FRONTEX*, agência em plena laboração e com burocracias e métodos de funcionamento, pelo menos em teoria, facilmente adaptáveis a missões análogas: *a duplicação institucional em vigor pode gerar vezes várias conflitos de competências*, nomeadamente na gestão de vagas de imigrantes nas fronteiras externas da União, om destriça da especificidade dos requerentes de asilo.

Termos em que, partindo do pressuposto da insuficiência dos mecanismos da cooperação intergovernamental, em rede, e de uma abordagem comum no domínio do asilo ter necessariamente de envolver estruturas da União, postulado que não contestamos aqui – aceita-se, para este efeito, a inevitabilidade da tendência da europeização regulatória (institucional) europeia-, somos da opinião de que *inexistiam razões para a criação ex novo de mais uma agência europeia*.

¹⁰¹⁹ Cfr. artigo 52º do Regulamento EASO.

¹⁰²⁰ Sobre estas e outras opções consideradas na avaliação de impacto realizada antes da criação da EASO, vide FRANÇOISE COMTE, “A new agency is born in the European Union: the European Asylum Support Office”, in *European Journal of Migration and Law*, 12, 2010, págs. 382-386.

Secção 3

Critério temporal

52. As três gerações de agências europeias

Numa perspectiva de evolução histórica, a doutrina, tradicionalmente, tem distinguido três *vagas*¹⁰²¹ ou três *gerações*¹⁰²² de agências europeias.

Em 1975, foram criadas as *primeiras agências europeias (first generation agencies)*: o Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional e a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho, criadas com o intuito de promover o diálogo social, mas com prerrogativas e importância institucional limitadas.

Nos anos 90, *a segunda geração de agências (second generation agencies)*¹⁰²³, cuja *raison d'être* é a de completar o Mercado Interno sem ampliar a estrutura administrativa da Comissão, é dotada de poderes de natureza técnico-científica, cingindo-se, porém, no essencial, ao aconselhamento da Comissão e do Conselho, responsáveis pela decisão formal; a interpretação restritiva da *doutrina Meroni*¹⁰²⁴ continua(va) a limitar o papel das agências europeias...

Disseminadas pelo espaço da UE, as agências europeias da segunda vaga são integradas num complexo sistema de redes de cooperação com reguladores nacionais e outras entidades, elemento facilitador do apoio dos Estados membros

¹⁰²¹ Exemplificativamente, vide PAUL CRAIG, *EU administrative law, cit*, págs. 148-152, STEFAN GRILLER e ANDREAS ORATOR, “Everything under control? ...”, *cit*, pág. 12.

¹⁰²² Vide JOHANNES SAURER, “The accountability of supranational administration...”, *cit*, págs. 4 e 5.

¹⁰²³ Constituem agências (comunitárias) da segunda vaga: a Agência Europeia de Medicamentos, a Agência Europeia do Ambiente, a Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho, o Instituto Comunitário das Variedades Vegetais, o Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), a Fundação Europeia para a Formação, o Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia, o Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência.

¹⁰²⁴ Cfr. n.ºs 64-71.

às aquelas agências¹⁰²⁵, criadas, à semelhança das congêneres de primeira geração, com base no artigo 352º do TFUE (ex - artigo 308º do TCE).¹⁰²⁶

Por fim, podemos afirmar a emergência de uma *terceira vaga de agências* (*third agency generation*)¹⁰²⁷ no advento do novo milénio, algumas das quais com poderes formais de licenciamento e competências (impressivas) no domínio da execução do direito comunitário nos ordenamentos jurídicos nacionais¹⁰²⁸, de modo a evitarem-se grandes crises como as verificadas nos anos 90 no domínio alimentar (crise das vacas loucas) ou no domínio marítimo (v.g. naufrágio do Erika). A interpretação da *doutrina Meroni* parece flexibilizar-se¹⁰²⁹...

¹⁰²⁵ Segundo Johannes Saurer, há três razões principais para o apoio dos Estados membros à emergência das agências de segunda geração: “em primeiro lugar, com o Acto Único Europeu de 1986, a integração europeia tinha dado um dos seus passos historicamente mais importantes. O Acto Único Europeu envolveu diversas novas tarefas políticas, especialmente quanto ao completar do Mercado Comum Europeu. Em segundo lugar, havia um crescente desinteresse dos Estados membros em entregar poder à Comissão, o que pode ter estado na base do favorecimento pela Comissão das agências ‘independentes’ e das redes de regulação transnacionais. Em terceiro lugar, o modelo das agências independentes dos EUA foi cuidadosamente estudado e encontrou crescentes apoios na UE.” *Vide* JOHANNES SAURER, “The accountability of supranational administration...”, *cit*, pág. 5.

¹⁰²⁶ Excepcionalmente, a criação da Agência Europeia do Ambiente teve como base jurídica o artigo 192º do TFUE (ex-artigo 172º do TCE). Cfr. Regulamento (CE) nº 401/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativo à Agência Europeia do Ambiente e à Rede Europeia de Informação e de Observação do Ambiente.

¹⁰²⁷ São agências (comunitárias) de terceira geração: a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, a Agência Europeia da Segurança Marítima, a Agência Europeia para a Segurança da Aviação, a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação, o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças, a Agência Ferroviária Europeia – Por sistemas ferroviários seguros e compatíveis, a Agência Comunitária de Controlo das Pescas, a Agência Europeia das Substâncias Químicas.

¹⁰²⁸ V.g. a Agência Europeia das Substâncias Químicas e a Agência Europeia para a Segurança da Aviação.

¹⁰²⁹ Nas palavras de Johannes Saurer, “com esta extensão qualitativa de poderes, as restrições jurídicas da doutrina Meroni parecem visivelmente atenuar-se.” *Vide* JOHANNES SAURER, “The accountability of supranational administration...”, *cit*, pág. 5.

Por outro lado, em regra, o artigo 352º do TFUE vê-se substituído por previsões específicas do Tratado como base jurídica de criação destas agências, mudança com implicações substantivas não despidiendas.¹⁰³⁰

53. A quarta geração de agências europeias

Mais recentes, as agências dos domínios de comunicações electrónicas, energético e financeiro são apontadas como uma autêntica “revolução institucional” da UE, a configurar uma *quarta etapa ou modelo de agências europeias*.¹⁰³¹ Vejamos.

53.1. Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (BEREC)

53.1.1. BEREC: uma rede de reguladores

Tal como decorre do preâmbulo do regulamento instituidor, o BEREC “não poderá ser uma agência comunitária nem ter personalidade jurídica”, sendo os seus *poderes limitados* a “prestar aconselhamento especializado e criar confi-

¹⁰³⁰ Cfr. nºs 77 e 78. (???)

¹⁰³¹ Nas palavras de Lavrijssen e Hancher: “Atendendo às alegadas restrições à delegação de poderes resultantes do acórdão Meroni, as propostas para estabelecer agências reguladoras europeias assentes em redes nos sectores da energia e das comunicações electrónicas surgiram à primeira vista como uma revolução”. Vide LAVRIJSSEN/ HANCHER, “Networks on track: from european regulatory networks to European regulatory ‘network agencies’”, in *Legal issues of economic integration*, 34, nº 1, 2008, págs. 53-54.

Partindo dos exemplos das novas agências europeias financeiras e de energia e atendendo, nomeadamente, à maior independência destas face à Comissão e ao auxílio que prestam não apenas a esta mas a outras instituições da UE, Edoardo Chiti reflecte sobre a emergência de um novo modelo de agências europeias, com traços de continuidade e diferenças relativamente às anteriores agências europeias. EDOARDO CHITI, “Le trasformazioni delle agenzie europee”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, ano 60, nº 1, 2010, págs. 57-89.

ança em virtude da sua independência, da qualidade do aconselhamento e informação prestados, da transparência dos seus procedimentos e métodos de funcionamento e da sua diligência no exercício das suas funções.”¹⁰³²

Noutros termos: diferentemente do que sucede nos sectores financeiros¹⁰³³, as responsabilidades do organismo europeu recentemente criado são de *natureza meramente consultiva (soft law)*,¹⁰³⁴ não dispondo de poderes de adopção de decisões vinculativas, os quais continuam a repousar, fundamentalmente, nas autoridades nacionais de regulação e, em certa medida, na Comissão.

Destarte, porventura devido às especificidades dos mercados de comunicações electrónicas, ainda com acentuado enfoque nacional, apesar da internacionalização dos operadores, o BEREC não constitui mais do que uma *rede reforçada de reguladores nacionais*, uma espécie de “GRE+”.

Mas, diferentemente do anterior GRE¹⁰³⁵, o BEREC foi criado por regulação do Conselho e do Parlamento Europeu e não por uma decisão da Comissão, e *decide normalmente por maioria qualificada de dois terços* da totalidade dos membros do Conselho de Reguladores e não por unanimidade¹⁰³⁶, traços reveladores, respectivamente, da maior institucionalização pretendida e de um claro reforço da matriz comunitária deste organismo¹⁰³⁷.

Composto por um membro de cada Estado-Membro - o dirigente ou representante de alto nível da autoridade reguladora nacional criada em cada Estado-

¹⁰³² Cfr. considerando 6 do Regulamento (CE) n.º 1211/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009, que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (BEREC) e o Gabinete (adiante Regulamento BEREC).

¹⁰³³ Cfr. n.º 53.3.

¹⁰³⁴ Cfr. artigos 2º e 3º do Regulamento BEREC. Cumpre, porém, realçar a particular força do *soft law* no quadro do direito da União (cfr. *infra*, 2.3.2.4.2., e).

¹⁰³⁵ Cfr. n.º 18.1.

¹⁰³⁶ Cfr. artigo 4º, n.º 9, do Regulamento BEREC.

¹⁰³⁷ Marco Zinzani considera o BEREC como “um modelo institucional de rede híbrido”, reconhecendo o reforço da dimensão europeia, mas não deixando de considerar o funcionamento deste organismo como “intergovernamental por natureza”. Vide MARCO ZINZANI, *Market integration through ‘network governance...’, cit.*, págs. 214-215.

Membro com a principal responsabilidade pela supervisão do funcionamento diário do mercado das redes e serviços de comunicações electrónicas -, com a Comissão, as autoridades reguladoras nacionais dos países do Espaço Económico Europeu (EEE) e dos países candidatos à adesão à União Europeia a participarem nas reuniões na qualidade de observador, o *Conselho de Reguladores* exerce as competências consultivas e de assistência do BEREC, toma todas as decisões relacionadas com o desempenho das suas funções, aprova o programa de trabalho e o relatório anual de actividades da agência.¹⁰³⁸

53.1.2. Gabinete do BEREC: uma agência europeia

No âmbito de uma *estrutura dual*, o BEREC dispõe também de um *Gabinete*, criado como *órgão comunitário dotado de personalidade jurídica na acepção do artigo 185º do Regulamento Financeiro*,¹⁰³⁹ ao qual cabe, sob a direcção do Conselho de Reguladores, entre outras tarefas, prestar serviços de apoio administrativo e profissional, recolher informação das autoridades reguladoras nacionais e proceder ao intercâmbio e à transmissão de informações relacionadas com as funções e atribuições da agência bem como difundir boas práticas regulamentares entre os reguladores nacionais.¹⁰⁴⁰

Gabinete que goza da máxima *capacidade jurídica* reconhecida às pessoas colectivas ao abrigo do direito nacional, designadamente para adquirir e alienar

¹⁰³⁸ Cfr. artigos 4º e 5º do Regulamento BEREC.

¹⁰³⁹ Neste sentido, Antun Bilic, Tatjana Josipovic e Sinisa Petrovic consideram o Gabinete do BEREC como uma agência europeia, defendendo a existência de uma estrutura dupla do BEREC: “uma primeira faceta de rede, continuação do ERG, e uma segunda faceta de agência europeia independente.” Vide ANTUN BILIC, TATJANA JOSIPOVIC e SINISA PETROVIC, “Independent regulators in the network industries”, in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012, pág. 252.

¹⁰⁴⁰ Cfr. artigo 6º, nºs 1 e 2, do Regulamento BEREC.

bens móveis e imóveis e ser parte em processos judiciais¹⁰⁴¹, e é composto por um Comité de Gestão e um Director-Geral.

Tal como o Conselho de Reguladores, o *Comité de Gestão* é composto por um membro de cada Estado-Membro - o dirigente ou representante de alto nível da autoridade reguladora nacional independente criada no Estado-Membro, com a principal responsabilidade pela supervisão do funcionamento diário dos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas - e, diferentemente daquele Conselho, por um membro representante da Comissão, competindo a este órgão designar o Director-Geral, fornecer a este orientações para o desempenho das suas funções, nomear o pessoal e assistir os Grupos de Trabalho de Peritos no desempenho das suas funções.¹⁰⁴²

Responsável perante o Comité de Gestão, o *Director-Geral* dirige o Gabinete, colabora na preparação da ordem de trabalhos do Conselho de Reguladores, do Comité de Gestão e dos Grupos de Trabalho de Peritos, coadjuva o Comité de Gestão na preparação do projecto de programa de trabalho do Gabinete para o ano seguinte, supervisiona, sob a orientação do Conselho de Reguladores, a execução do programa de trabalho anual do Gabinete, toma as medidas necessárias, sob a supervisão do Comité de Gestão, para assegurar o funcionamento do Gabinete, nomeadamente a aprovação de instruções administrativas internas e a publicação de comunicações, executa o orçamento do Gabinete, sob a supervisão do Comité de Gestão, e participa na elaboração do projecto de relatório anual sobre as actividades do BEREC.¹⁰⁴³

53.1.3. Função reguladora da Comissão

Mais impressionantes do que os poderes do BEREC são, inequivocamente, as prerrogativas da Comissão na implementação do quadro regulamentar europeu

¹⁰⁴¹ Cfr. artigo 6º, nº 4, do Regulamento BEREC.

¹⁰⁴² Cfr. artigo 7º do Regulamento BEREC.

¹⁰⁴³ Cfr. artigos 8º e 9º do Regulamento BEREC.

das comunicações electrónicas,¹⁰⁴⁴ aqui assistida por comités de comitologia (v.g. Cocom, Comité do Espectro Radioeléctrico).

Cabe à Comissão, em geral, *avaliar a aplicação das directivas, emitir linhas directrizes, recomendações e comunicações que contribuam para a aplicação coerente do quadro regulamentar europeu,*¹⁰⁴⁵ *intentar acções por incumprimento* aquando da violação do direito comunitário pelos Estados membros (v.g. reguladores nacionais) ou *intervir nos quadros regulatórios nacionais através das suas prerrogativas em matéria de concorrência.*

Pela relevância para a consistência na aplicação das directivas sectoriais em todos os Estados membros, destaca-se o direito de a Comissão, no âmbito de um complexo procedimento de interacção com o BEREC,¹⁰⁴⁶ *vetar determinados projectos de medidas das autoridades reguladoras nacionais e o dever consequente de estas alterarem ou desistirem desses projectos no prazo de seis meses após a data daquela decisão.*¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁴ Para uma análise do que considera ser um conjunto “de largos e importantes poderes regulatórios” da Comissão Europeia no regime regulatório europeu das comunicações electrónicas, vide PEDRO GONÇALVES, *Regulação, electricidade e telecomunicações...*, cit., págs. 196-201.

¹⁰⁴⁵ Cfr. artigo 19º, nº 1, da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva-Quadro), alterada pela Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009.

¹⁰⁴⁶ Fora dos casos de identificação de mercado relevante ou de designação de uma empresa como tendo, individual ou conjuntamente com outras, poder de mercado significativo, a Comissão não goza da possibilidade de veto, cabendo às autoridades reguladoras nacionais em causa a última palavra na adopção das medidas mais adequadas para fazer face a situações particulares dos respectivos mercados, embora tendo de tomar na máxima conta as observações das outras autoridades reguladoras nacionais e da Comissão. Cfr. artigos 7º, 7º-A e 7º-B, da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva-Quadro), alterada pela Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009.

¹⁰⁴⁷ Cfr. artigo 7º, nºs 4, 5 e 6, da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comu-

Por outro lado, para além do estatuto de observador no Conselho de Reguladores, *a Comissão dispõe de alguma influência em matéria de orçamento*¹⁰⁴⁸ *e em termos de nomeação e avaliação do Director Geral do BEREC, organismo que, aliás, visa primordialmente (mas não exclusivamente) assistir esta instituição europeia*¹⁰⁴⁹.

*Não podemos, porém, deixar de reconhecer a força, de facto, das opiniões do BEREC (em matérias de extrema tecnicidade), dificilmente se apartando a Comissão, responsável pela decisão formal, do proposto por aquele organismo, o qual, neste sentido, parece aproximar-se do papel das agências pré-decisórias,*¹⁰⁵⁰ *com uma actuação ainda nas fronteiras da denominada doutrina Meroni.*

Numa palavra: *a antiga pretensão de criar uma verdadeira “autoridade reguladora europeia para levar a cabo as tarefas cuja execução se revelasse mais eficaz a nível comunitário”*¹⁰⁵¹ *não vingou,*¹⁰⁵² *acabando por assistir-se a um re-
.../..._____*

nicações electrónicas (Directiva-Quadro), alterada pela Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009.

¹⁰⁴⁸ Conforme dispõe o artigo 11º, nº 1, do Regulamento BEREC, as receitas e recursos do Gabinete do BEREC provêm, designadamente, de uma subvenção da Comunidade, inscrita nas rubricas apropriadas do orçamento geral da União Europeia (secção “Comissão”) e de contribuições financeiras, a título voluntário, dos Estados-Membros ou das suas autoridades reguladoras nacionais, as quais são utilizadas para financiar aspectos específicos das despesas de funcionamento, tal como definido em acordo a concluir entre o referido Gabinete e os Estados-Membros ou as suas autoridades reguladoras nacionais.

¹⁰⁴⁹ Nos termos do artigo 1º, nº 4, do Regulamento BEREC, o BEREC “aconselha a Comissão e, se solicitado, o Parlamento Europeu e o Conselho.”

¹⁰⁵⁰ Vide EDUARDO VÍRGALA FORURIA, *Las agencias reguladoras de la UE*, Editorial Comares, Granada, 2011, pág. 139.

¹⁰⁵¹ Cfr. artigo 22º, nº 2, e considerando 25 da Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta.

¹⁰⁵² Na base do insucesso da criação de uma verdadeira Autoridade Europeia de Comunicações Electrónicas encontra-se, como bem resume David Levi-Faur, a oposição do Parlamento Europeu, dos reguladores nacionais e da indústria do sector. Vide DAVID LEVI-FAUR, “Regulatory networks

.../...

forço dos poderes da Comissão para assegurar uma regulação coerente do mercado europeu de comunicações electrónicas.

O reforço do papel da Comissão nesta complexa configuração bicéfala da regulação institucional nas comunicações electrónicas europeias (a network de reguladores nacionais do BEREC associada à agência europeia que é o seu Gabinete) que resulta também, por outro lado e de modo aparentemente paradoxal, do predomínio dos interesses dos reguladores nacionais (cfr. papel fundamental do Conselho de Reguladores), porquanto se impõe o isolamento destes relativamente a interesses políticos (nacionais), numa tecnicização das opções regulatórias fortemente moldada pela harmonização/homogeneização promovida pela Comissão¹⁰⁵³ ...

Num contexto do que Pedro Gonçalves apelida de *europeização da regulação das comunicações electrónicas*, acompanhamos, assim, este autor ao afirmar ser “verdade que a própria legislação comunitária entrega às autoridades reguladoras nacionais relevantes funções de regulação. Mas, bem vistas as coisas, essas autoridades reguladoras nacionais estão-se convertendo em agências de execução geograficamente desconcentrada de uma regulamentação comunitária. Ou seja, embora ‘nacionais’ em termos geográficos e humanos, as autoridades reguladoras vão-se transformando, em larga medida, em instâncias integradas na administração comunitária.”¹⁰⁵⁴

.../..._____

& regulatory agencification: toward a single european regulatory space”, in *Journal of European Public Policy*, 18 (6), 2011, págs. 812-813.

¹⁰⁵³ Nesta linha, Filippo Belloc, Antonio Nicita e Pier Luigi Parcu consideram que “o estabelecimento de redes reguladoras europeias pode conduzir à captura das agências reguladoras nacionais pela Comissão Europeia.” Vide FILIPPO BELLOC, ANTONIO NICITA & PIER LUIGI PARCU, “Liberalizing telecommunications in Europe: path dependency and institutional complementarities”, in *Journal of European Public Policy*, 20:1, 2013, pág. 150.

¹⁰⁵⁴ Vide PEDRO GONÇALVES, *Regulação, electricidade e telecomunicações...*, cit., págs. 200-201.

53.2. Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER)

53.2.1. Agência europeia ou rede de reguladores reforçada?

À semelhança do analisado sector das comunicações electrónicas, *a centralização regulatória no domínio energético da União continua a concretizar-se, fundamentalmente, em organismos facilitadores da cooperação em rede entre os reguladores nacionais mais do que na instituições de agências (federais) dotadas de fortes poderes nos respectivos sectores.*

Em nossa opinião, a ACER parece, portanto, aproximar-se mais da segunda das três propostas apresentadas pela Comissão como forma de ultrapassar as limitações do ERGEG¹⁰⁵⁵ e as deficiências subsistentes em termos de harmonização dos níveis de poderes e de independência dos reguladores nacionais e a conseqüente falta de desenvolvimento efectivo do mercado energético europeu.

Noutra formulação: *podemos afirmar ter-se preferido uma “rede europeia de reguladores independentes (“ERGEG+”)* a um aprofundamento da colaboração até então mantida entre os reguladores dos Estados membros ou à alternativa mais radical da criação de um novo organismo, dotado de relevantes poderes de regulação.

Por um lado, a evolução gradual da cooperação mantida pelos reguladores nos moldes da ERGEG era considerada insuficiente pela própria Comissão “porque os progressos continuariam a ser baseados no acordo voluntário entre 27 entidades reguladoras nacionais muitas vezes com interesses diferentes”¹⁰⁵⁶.

Por outro lado, ao ponderar-se concomitantemente a possibilidade de criar um mecanismo mediante o qual a Comissão pudesse proceder à revisão de algumas decisões das entidades reguladoras nacionais que afectam o mercado interno da energia, punha-se em causa a independência dos reguladores nacionais...

¹⁰⁵⁵ Cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu “Uma política energética para a Europa”, COM (2007) 1 final, págs. 8-9, e também o que escrevemos *supra* (nº 18.2.).

¹⁰⁵⁶ *Idem*, pág. 9.

Em alternativa, acabou por triunfar a convolação do ERGEG numa rede de reguladores independentes com a tarefa de estruturar decisões vinculativas para as entidades reguladoras e os operadores relevantes do mercado sobre determinadas questões técnicas definidas com precisão e mecanismos relativos às questões transfronteiras. *Opção que aproveita a estrutura existente do ERGEG, sem a criação de ente ex novo, e, simultaneamente, permite conferir amplas prerrogativas à Comissão, na esteira da europeização regulatória pretendida.* Como explicam Berthold Rittberger e Arndt Wonka, “o grau de conflito distributivo numa determinada política afecta a escolha: quanto maior o grau de conflito distributivo, por exemplo quando há interesses político-económicos e eleitorais em jogo, menos provável é a solução da agência atenta a resistência dos Estados membros. Concomitantemente, quando os *itens* distributivos são elevados, os Estados membros tendem a preferir redes regulatórias mais macias. Foi o caso da regulação das *utilities* (por exemplo, electricidade, redes ferroviárias, comunicações electrónicas), áreas em que os conflitos distributivos são proeminentes e onde, consequentemente, não foram estabelecidas agências mas sim redes regulatórias fracas, a emitir opiniões não vinculativas.”¹⁰⁵⁷

Como desenvolveremos, apesar de reconhecermos não se estar perante uma agência dotada de amplos poderes, não nos parece que o figurino da ACER se afaste demasiadamente dos moldes gizados na terceira opção proposta pela Comissão, isto é, de uma agência com “a responsabilidade pela adopção de decisões individuais para o mercado da electricidade e do gás da UE relacionadas com questões reguladoras e técnicas relevantes”¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁷ Vide BERTHOLD RITTBERGER e ARNDT WONKA, “Introduction: agency governance in the European Union”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 782.

¹⁰⁵⁸ Cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu “Uma política energética...”, *cit.*, pág. 9.

53.2.2. Competências

Podemos considerar a ACER como um *organismo de natureza eminentemente consultiva*, destinado primordialmente a desenvolver uma cultura regulatória que permita a coordenação das políticas energéticas dos Estados membros e, em última análise, o estabelecimento de um Mercado Único no domínio da energia.

Desta sorte, em termos gerais, a ACER pode, a pedido do Parlamento Europeu, do Conselho, da Comissão ou por iniciativa própria, emitir *parecer ou recomendação* ao Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão *sobre todas as questões relativas ao objectivo para o qual foi estabelecida*.¹⁰⁵⁹

Para além de emitir pareceres e recomendações ao Parlamento Europeu, ao Conselho ou à Comissão, a ACER dirige tais actos opinativos também aos operadores das redes de transporte¹⁰⁶⁰ e às entidades reguladoras nacionais¹⁰⁶¹, designadamente com o intuito de promover a cooperação entre estas e entre as entidades reguladoras a nível regional e comunitário e tendo devidamente em conta o resultado dessa cooperação quando emitir pareceres, recomendações (e decisões).

Acresce que a ACER desempenha papel importante na definição de *orientações-quadro, por natureza não vinculativas*,¹⁰⁶² e com as quais os códigos de rede, criados para garantir o fornecimento e a gestão do acesso efectivo e transpa-

¹⁰⁵⁹ Cfr. artigo 5º do Regulamento ACER.

¹⁰⁶⁰ Cfr. artigo 6º do Regulamento ACER.

¹⁰⁶¹ Cfr. artigo 7º, nºs 2, 3, 4, 5 e 6, do Regulamento ACER.

¹⁰⁶² Cfr. artigos 4º, alínea e), do Regulamento ACER e artigos 6º do Regulamento (CE) nº 714/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade, e 6º do Regulamento (CE) nº 715/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural.

rente às redes de transporte à escala transfronteiriça,¹⁰⁶³ devem estar em sintonia; para garantir coerência entre os códigos de rede e as orientações-quadro, à ACER cabe analisar os projectos destes códigos - tanto na fase de criação como por ocasião de subsequentes alterações -, antes de recomendar a sua adopção pela Comissão.¹⁰⁶⁴

Forçoso é reconhecer ainda os *poderes decisórios* de que goza esta agência europeia dos serviços energéticos¹⁰⁶⁵, designadamente em termos de *decisões individuais sobre questões técnicas* sempre que tais decisões estejam previstas na Directiva 2009/72/CE, na Directiva 2009/73/CE, no Regulamento (CE) n° 714/2009 ou no Regulamento (CE) n° 715/2009.¹⁰⁶⁶

Impõe-se também destacar o poder de tomar *decisões relativas a isenções*¹⁰⁶⁷, decisões *assumidamente* a envolver ponderações políticas, como “a análise dos efeitos, em termos de concorrência e de eficácia de funcionamento do mercado interno da electricidade, resultantes da concessão dessa isenção”¹⁰⁶⁸, prerrogativa que parece ir além dos (estritos) limites gizados pela doutrina Meroni ...¹⁰⁶⁹

Last but not least, em matéria de tarefas relacionadas com termos e condições de acesso e de segurança de funcionamento da infra-estrutura de ligação transfronteiriça, cumpre salientar a prerrogativa de a *ACER decidir sobre as ques-*

¹⁰⁶³ Cfr. considerando 6 do Regulamento (CE) n° 714/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade.

¹⁰⁶⁴ Cfr. considerando 9 do Regulamento ACER.

¹⁰⁶⁵ Cfr. artigo 4°, alínea d), do Regulamento ACER.

¹⁰⁶⁶ Cfr. artigo 7°, n° 1, do Regulamento ACER.

¹⁰⁶⁷ Cfr. artigo 9°, n° 1, do Regulamento ACER.

¹⁰⁶⁸ Cfr. artigo 17°, n° 7, alínea b), do Regulamento (CE) n° 714/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e que revoga o Regulamento (CE) n° 1228/2003.

¹⁰⁶⁹ Neste sentido, vide MARCO ZINZANI, Market integration through ‘network governance...’, cit., pág. 145.

*tões regulamentares que se inserem no âmbito de competências das entidades reguladoras nacionais no caso de estas não alcançarem acordo entre elas ou mediante pedido conjunto das entidades reguladoras nacionais competentes.*¹⁰⁷⁰

*Segue-se do exposto que, conquanto reconheçamos reconheçamos os poderes decisórios de que goza a ACER, não nos parece poder falar-se aqui de um exemplo de uma nova geração de agências reguladoras, dotadas de prerrogativas profundamente diferentes de outras agências criadas na União. É que, com Adrien de Hauteclocque e Yannick Perez, “mesmo com a integral implementação do Terceiro Pacote Legislativo, a Europa ainda permanece privada de um regulador de energia unificado ao nível da União. A ACER gozará de facto de poderes decisórios muito limitados e fundamentalmente sucederá a ERGEG no papel que esta tem desempenhado até aqui, pelo menos nos próximos anos.”*¹⁰⁷¹

53.2.3. Função reguladora da Comissão

Diferentemente da ACER, *a Comissão goza de prerrogativas fortes. Cumpre salientar, no seu papel de guardião da aplicação da legislação comunitária, a possibilidade de a Comissão propor acções por incumprimento contra os Estados membros e o dever de estes, de dois em dois anos, informarem aquela instituição de todas as medidas aprovadas para o cumprimento das obrigações de serviço público, incluindo a protecção dos consumidores e do ambiente, e dos seus eventuais efeitos na concorrência a nível nacional e internacional, bem como das alterações a essas medidas.*¹⁰⁷²

¹⁰⁷⁰ Cfr. artigo 8º, nº 1, alíneas a), e b), do Regulamento ACER.

¹⁰⁷¹ Vide ADRIEN DE HAUTECLOCQUE e YANNICK PEREZ, *Law & Economics perspectives on electricity regulation*, EU working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2011/21, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2011, pág. 16.

¹⁰⁷² Cfr. artigo 3º, nº 15, da Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE e artigo 3º, nº 11, da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do

Trata-se de *importante meio de controlo pela Comissão da obrigação de os Estados membros cumprirem as obrigações de serviço universal que lhes são impostas, num contexto de prestação de serviços tão essenciais para as comunidades como são os serviços energéticos, serviços de interesse económico geral por excelência*¹⁰⁷³.

Na verdade, em sectores estratégicos como a electricidade, é fundamental que a liberalização dos mercados seja acompanhada da garantia aos consumidores

.../..._____

Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE.

¹⁰⁷³ Vide DORIAN GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique: l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, L'Harmattan, Paris, 2012, FAUSTO DE QUADROS, "Serviço público e direito comunitário", in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2001, GIANDONATO CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse económico generale. Contributo allo studio del modelo sociale europeo*, Giappichelli, Turim, 2008, LUÍS SILVA MORAIS, "O artigo 90º do Tratado CEE – as empresas públicas e o direito da concorrência no direito da União Europeia", in *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1997, MANUEL PORTO, "Serviços Públicos e Regulação em Portugal", in *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 3, Editora Fórum, Belo Horizonte, Julho/Setembro 2003, MANUEL PORTO, "Abertura ao Mercado e Regulação: uma primeira avaliação da experiência portuguesa nos sectores da energia, das comunicações e dos transportes", in *Revista de Direito Público da Economia*, nº 10, Editora Fórum, Belo Horizonte, Abril-Junho, 2005, MANUEL PORTO e TERESA ALMEIDA, "Le droit de la régulation, les services publics et l'intégration regionale: le cas du Portugal", in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, direcção de Gérard Marcou e Franck Moderne, L'Harmattan, Paris, 2005, págs. 387-409, VITAL MOREIRA, "Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia", in *Revista de Direito Público da Economia*, Ano 1, nº 1, Editora Fórum, Belo Horizonte, Abril/Junho 2003, e, mais recentemente, MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, anotação ao artigo 4º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 39-45.

da existência de um serviço público¹⁰⁷⁴ eficaz e de qualidade, bem como de outros objectivos, tal como a segurança dos abastecimentos ou a protecção do ambiente.

Vale isto por dizer: num sector essencial como o dos serviços energéticos, cabe ao Estado programar, orientar e disciplinar a liberdade do mercado, de modo a garantir o cumprimento das “obrigações de serviço universal” ou “obrigações de serviço público”, sancionando os operadores inadimplentes.

Podemos mesmo falar na existência de um direito dos cidadãos a um *mínimo* de prestações económicas e sociais¹⁰⁷⁵, a definir por cada Estado¹⁰⁷⁶ e a satisfazer de acordo com certos princípios, razão pela qual todos os cidadãos (*prin-*

¹⁰⁷⁴ Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Serviço público”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, nº 5, e VIEIRA DE ANDRADE, “O serviço público de televisão na ordem jurídica portuguesa”, in *Comunicação e defesa do consumidor*, Coimbra, 1996.

¹⁰⁷⁵ Sobre a especificidade dos serviços sociais de interesse geral, *vide* relevante neste domínio tem sido a jurisprudência comunitária do TJUE. Mais desenvolvidamente, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit*, págs. 220-223, e, mais recentemente, com enfoque especial nos serviços de saúde pública dos Estados membros, *vide* TAMARA HERVEY, “Public health services and EU law”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011, págs. 179-250.

¹⁰⁷⁶ No âmbito do princípio comunitário da subsidiariedade, compete aos Estados a definição dos SIEG e das entidades, públicas ou privadas, responsáveis pela sua prestação, pois as autoridades nacionais conhecem melhor as realidades do seu país e as necessidades dos seus cidadãos do que as instituições europeias. Não obstante a definição dos interesses gerais caber na esfera de soberania dos Estados, a qualificação de um serviço como SIEG pode ser sindicada pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), mas apenas em casos de erro manifesto de apreciação. Particularmente relevante neste domínio tem sido a jurisprudência comunitária do TJUE. Mais desenvolvidamente, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit*, pág. 223 e ss.

No sentido de que o novo artigo 14º do TFUE reforçou a base normativa para a adopção de legislação em matéria de SIEG, “sem, contudo, impor qualquer solução mais rígida de definição de SIEG ou de serviço universal que limitasse a margem de apreciação dos Estados neste domínio”, *vide* LUÍS SILVA MORAIS, anotação ao artigo 14º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 244.

cípio da universalidade)¹⁰⁷⁷, sem discriminações injustificadas (*princípio da igualdade*), devem ver satisfeita a necessidade fundamental de consumo de energia, com o abastecimento desta a dever ocorrer de forma contínua (*princípio da continuidade*)¹⁰⁷⁸, com níveis adequados de qualidade e segurança (*princípio da qualidade do serviço*) e garantindo-se, o mais possível, a participação e informação dos utentes (*princípio da participação e transparência*).¹⁰⁷⁹

Cabe ainda à Comissão o envio ao Parlamento Europeu e ao Conselho de um relatório detalhado, em que descreve os progressos realizados na criação do mercado interno da electricidade e do gás,¹⁰⁸⁰ bem como a elaboração de relató-

¹⁰⁷⁷ Defendendo o conceito e as regras sobre serviço universal como “núcleo de um direito privado europeu social emergente”, vide HANS-W MICKLITZ, “Universal services: nucleus for a social european private law”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011, págs. 63-102.

¹⁰⁷⁸ O princípio da continuidade implica permanência na prestação de certos serviços (água e luz, por exemplo), mas apenas regularidade quanto à satisfação de outras necessidades (v.g., serviços postais).

Intimamente associada a esta ideia de permanência na prestação dos serviços de interesse geral está o *princípio da adaptação*, o qual traduz a mutabilidade ou o carácter evolutivo do interesse público subjacente às obrigações em análise. Sobre o princípio da adaptação, vide PEDRO GONÇALVES / LICÍNIO LOPES MARTINS (com a colaboração de DULCE LOPES), “Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador”, in *Estudos de regulação pública I*, organização de Vital Moreira, Coimbra editora, Coimbra, 2004, pág. 213.

¹⁰⁷⁹ Na definição do que entende por missão de interesse geral, o TJUE recorre às clássicas “leis de Roland”, que traduzem os princípios típicos do serviço público: continuidade, igualdade, mutabilidade. Para maiores desenvolvimentos, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, cit., pág. 213 e ss. Segundo Nuno Albuquerque Matos, o TPI, no acórdão BUPA (acórdão do TPI BUPA contra Comissão, de 12 de Fevereiro de 2008, Processo T-289/03), ao flexibilizar os critérios consagrados no acórdão Altmark, pôs em causa a configuração de elementos fundamentais dos serviços de interesse económico geral, *maxime* a ideia da universalidade. Vide NUNO MIGUEL ALBUQUERQUE MATOS, “The Role of the BUPA Judgement in the Legal Framework for Services of General Economic Interest”, in *Tilburg Law Review*, n° 16, 2011, págs. 83–104.

¹⁰⁸⁰ Cfr. artigo 47º, n° 6, da Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga

*rios de monitorização e exame da aplicação das directivas e a apresentação anual de um relatório global da situação ao Parlamento Europeu e ao Conselho.*¹⁰⁸¹

Neste relatório, a Comissão apresenta pormenorização dos requisitos de separação que permitem garantir a total e efectiva independência dos operadores da rede de transporte, tendo em conta, designadamente, os critérios do acesso equitativo e não discriminatório à rede, da regulamentação eficaz, do desenvolvimento da rede para dar resposta às necessidades do mercado, dos incentivos ao investimento não distorcidos, do desenvolvimento das infra-estruturas de interligação, da concorrência efectiva nos mercados da energia da União e situação desta em termos de segurança do fornecimento; quando a plena e efectiva independência dos operadores da rede de transporte não for garantida na prática, a Comissão deve apresentar propostas ao Parlamento Europeu e ao Conselho nesse sentido até 3 de Março de 2014.¹⁰⁸²

Na sua *missão de vigilância*, a *Comissão recebe, de dois em dois anos, os relatórios nacionais sobre questões relacionadas com a segurança do fornecimento energético*, nomeadamente, quanto a matérias sobre o equilíbrio entre a oferta e a procura no mercado nacional, o nível da procura futura prevista e a capacidade suplementar prevista ou em construção, bem como a qualidade e o nível

.../..._____

a Directiva 2003/54/CE e artigo 52º, nº 6, da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE.

¹⁰⁸¹ Cfr. artigo 47º, nº 1, da Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE e artigo 52º, nº 1, da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE.

¹⁰⁸² Cfr. artigo 47º, nºs 3 a 5, da Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE e artigo 52º, nºs 3 a 5, da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE.

de manutenção das redes e as medidas destinadas a fazer face aos picos de procura e às falhas de um ou mais comercializadores.¹⁰⁸³

No âmbito do gás, cumpre salientar também a *possibilidade de a Comissão alterar ou revogar decisões nacionais de concessão de derrogações relacionadas com compromissos assumidos no âmbito de contratos take-or-pay*.¹⁰⁸⁴

Por fim, *em sede de articulação com a ACER, o papel central da Comissão na regulação energética europeia é patente ao*

- *caber à Comissão adoptar os denominados códigos de rede sob recomendação da ACER, limitando-se esta a analisar os projectos desses códigos a fim de assegurar que estão em sintonia com as orientações-quadro por si emitidas;*¹⁰⁸⁵
- *prever-se a competência da Comissão para definir as orientações necessárias relativas a situações em que a ACER decide sobre os termos e condições de acesso e de segurança de funcionamento da infraestrutura de ligação transfronteiriça;*¹⁰⁸⁶
- *atribuir-se à ACER, relativamente a questões relacionadas com a finalidade para a qual foi estabelecida, funções adicionais que não requeiram poder decisório apenas em circunstâncias claramente definidas pela Comissão nas orientações aprovadas ao abrigo do artigo 18º do*

¹⁰⁸³ Cfr. artigo 4º da Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE e artigo 5º da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE.

¹⁰⁸⁴ Cfr. artigo 48º, nº 6, da Directiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Directiva 2003/55/CE.

¹⁰⁸⁵ Cfr. considerando 9 do Regulamento ACER.

¹⁰⁸⁶ Cfr. artigo 8º, nº 4, e considerando 27 do Regulamento ACER.

Regulamento (CE) n° 714/2009 ou do artigo 23° do Regulamento (CE) n° 715/2009;¹⁰⁸⁷

- *cabem à Comissão apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até três anos após a entrada em funções do primeiro director e, em seguida, de quatro em quatro anos, um relatório de avaliação sobre as funções específicas da Agência e os resultados alcançados, acompanhado de eventuais propostas adequadas e de sugestões relativas a funções adicionais para a Agência.*¹⁰⁸⁸

53.2.4. Energia: um novo modelo de agências europeias?

Pelo acabado de explanar, e tendo em conta as atribuições e os poderes de que se encontra revestida a ACER, forçoso é concluir, no essencial, pela *inexistência de diferenças profundas deste organismo face ao conjunto das características fundamentais caracterizadoras da generalidade das agências europeias existentes*. Trata-se, de facto, de *organismo vocacionado para o desenvolvimento de actividades de índole predominantemente consultiva e de preparação técnica de decisões*,¹⁰⁸⁹ com a Comissão a manter o papel preponderante no plano europeu do sector energético.

Todavia, para além de dispor da competência de adoptar *decisões obrigatórias*, embora apenas em domínios técnicos específicos, a ACER parece-nos distanciar-se da generalidade das restantes agências europeias, porque e na medida em que beneficia de uma *maior autonomia* do que tradicionalmente estas gozam face a operadores (privados) e às instituições políticas, *maxime* nacionais. Pensa-

¹⁰⁸⁷ Cfr. artigo 9°, n° 2 do Regulamento ACER.

¹⁰⁸⁸ Cfr. artigo 34° e considerando 28 do Regulamento ACER.

¹⁰⁸⁹ Nas palavras de Sami Andoura, Leigh Hancher, e Marc H. Van der Woude, “a ACER não é um ‘verdadeiro’ regulador europeu, mas mais uma plataforma de cooperação entre reguladores nacionais.” Vide SAMI ANDOURA, LEIGH HANCHER, e MARC H. VAN DER WOUDE, *Towards a European Energy Community: A Policy Proposal*, volume 76, Studies & research/Notre Europe, 2010, pág. 31.

mos, fundamentalmente, no *Conselho de Administração*, composto por nove membros, sendo dois membros (e os respectivos suplentes) nomeados pela Comissão, dois membros (e os respectivos suplentes) nomeados pelo Parlamento Europeu e cinco membros (e os respectivos suplentes) nomeados pelo Conselho.¹⁰⁹⁰

Corresponde isto a afirmar que, diferentemente da maioria das agências europeias, compostas pelos membros nomeados por cada um dos governos nacionais e por um membro designado pela Comissão, *a ACER não se encontra sujeita ao mesmo domínio dos Estados membros.*

Por outro lado, o *Conselho de Reguladores*, indispensável à cooperação entre autoridades nacionais de regulação, sendo constituído por um alto representante da entidade reguladora de cada Estado-Membro e apenas um representante da Comissão, sem direito a voto, reflecte a necessidade de *assegurar a independência técnica face a interesses estaduais ou privados*, na linha geral, aliás, da exigência comunitária de *(maior) independência dos reguladores nacionais.*

Na verdade, se, inicialmente, o ordenamento comunitário deixava a organização administrativa reservada ao legislador nacional, nas mais recentes directivas dá-se um passo ulterior, com a crescente europeização da estrutura e do procedimento regulativo. E, em conformidade com a jurisprudência do TJUE¹⁰⁹¹, são mesmo várias as Directivas a impor a instituição de organismos reguladores independentes na regulação dos mercados liberalizados, o que está na base da expansão das autoridades reguladoras independentes nos países comunitários.

Se, outrora, a independência requerida pelas Directivas se reportava, sobretudo, à influência dos regulados e não à protecção de ingerências políticas, sendo, em certos sectores, os Ministérios admitidos como entidades reguladoras, recentemente o direito (derivado) da União Europeia tem acabado com a liberdade

¹⁰⁹⁰ Cfr. artigo 12º, nº 1, do Regulamento ACER.

¹⁰⁹¹ Cfr. acórdão do Tribunal Régie des télégraphes et des téléphones v GB-INNO-BMSA, de 13/12/91, Processo C-18/88, nº 26.

de organização estadual em termos de autoridades de regulação, impondo a independência destas face ao poder político.

Exemplificativamente, em sede do sector da electricidade, o artigo 23º da Directiva 2003/54, de 26 de Junho de 2003, em matéria de energia eléctrica, estipulava:

“1 – Os Estados-Membros devem designar um ou mais organismos competentes com funções de **entidades reguladoras. Estas entidades devem ser totalmente independentes dos interesses do sector da electricidade (...)**”. (negrito nosso)

Diferentemente, a Directiva 2009/72, de 13 de Julho de 2009, que revoga a citada Directiva 2003/54, impõe no seu artigo 35º, nº 4:

“Os Estados-Membros devem garantir a independência da entidade reguladora e assegurar que esta exerça os seus poderes de modo imparcial e transparente. Para o efeito, cada Estado-Membro deve assegurar que, no exercício das funções reguladoras conferidas pela presente directiva e pela legislação conexas, a entidade reguladora:

- a) **Seja juridicamente distinta e funcionalmente independente de qualquer outra entidade pública ou privada;**
- b) Seja dotada de pessoal e de pessoas responsáveis pela sua gestão:
 - i) que ajam de forma independente de qualquer interesse de mercado, e
 - ii) **que não solicitem nem recebam instruções directas de qualquer entidade governamental ou outra, pública ou privada, no desempenho das funções reguladoras.** Este requisito não prejudica a estreita cooperação, quando adequado, com outras autoridades

nacionais competentes nem as orientações políticas gerais emanadas do governo não relacionadas com as obrigações e competências regulatórias nos termos do artigo 37^o»¹⁰⁹² (negrito nosso)

Parece-nos tratar-se de opção manifestamente infeliz do legislador europeu, em especial por configurar (mais) um rude golpe no princípio da subsidiariedade, trave-mestra de uma integração europeia em que os cidadãos dos Estados da União Europeia se possam rever.¹⁰⁹³

O Tribunal, porém, embora referindo-se a uma entidade de protecção de dados, sufragou a ideia de, no exercício das suas funções, as agências, para agirem de forma objectiva e imparcial, deverem estar ao abrigo de qualquer influência externa, incluindo a influência, directa ou indirecta, do Estado, e não apenas da influência dos organismos controlados.¹⁰⁹⁴

Porque a União (ainda...) impõe as entidades reguladoras através de directivas, os Estados-membros continuam, todavia, a gozar de considerável liberdade na conformação daquelas instituições, o que justifica a adopção de modelos distintos em vários países.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹² Em termos similares, no sector postal, cfr. artigo 22º da directiva 2008/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Fevereiro de 2008, que altera a Directiva 97/67/CE no respeitante à plena realização do mercado interno dos serviços postais da Comunidade.

¹⁰⁹³ Pedro Gonçalves fala, a propósito da imposição do modelo de entidade reguladora independente do poder político, numa “feição acentuadamente dirigista” do terceiro pacote de regulamentação da energia. Vide PEDRO GONÇALVES, *Regulação, electricidade e telecomunicações...*, cit., pág. 75.

¹⁰⁹⁴ Cfr. acórdão do Tribunal Comissão/Alemanha, de 9 de Março de 2010, processo C-518/07, nº 25.

¹⁰⁹⁵ Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade dos reguladores na fixação e controlo das tarifas”, in *O Direito*, Ano 143, III, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 521-523. Para um exemplo de europeização da regulação e de funcionamento em rede entre a Comissão e as autoridades reguladoras nacionais (nas *utilities* em Itália), vide GIULIO NAPOLITANO, “The regulation of utilities in Italy and its progressive europeanisation”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, pág. 105 e ss.

Numa palavra: no seio da tendência de *europeização da regulação na União Europeia, a Comissão reforça claramente os seus poderes, por uma via dupla, que podemos apelidar de directa e indirecta, bem visível no esquema de governança no domínio energético comunitário acabado de descrever.*

Directamente, a Comissão, e não qualquer regulador europeu de cariz independente, é a instituição competente para a adopção das medidas (políticas) essenciais para o bom funcionamento do mercado interno (da energia eléctrica e do gás natural), em cumprimento das exigências (rígidas) de uma conveniente doutrina Meroni...

Indirectamente, ao servir-se da colaboração dos *experts* dos reguladores nacionais em questões técnicas, em domínios de grande especialização, a Comissão reúne o *know how* e as experiências regulatórias de 28 diferentes países, conhecimentos que, de outro modo, não estariam ao seu alcance.

À sombra de um aparente dualismo regulatório¹⁰⁹⁶, a Comissão acaba, no fundo, por consolidar e intensificar as suas prerrogativas, sobretudo tendo em conta a promoção da independência da regulação relativamente ao poder político dos Estados membros e a supremacia funcional que esta instituição exerce sobre as autoridades reguladoras nacionais (no mercado energético e noutros¹⁰⁹⁷), autênticos braços armados tecnocratas do interesse supranacional europeu...

¹⁰⁹⁶ Edoardo Chiti, referindo-se em particular ao sector energético, fala-nos de um “dualismo regulatório ao nível europeu, onde operam dois sujeitos diferentes: um regulador estritamente supranacional, a saber a Comissão, que não ‘representa’ as administrações nacionais mas exprime o ponto de vista, no sentido próprio do termo, da União; e um regulador europeu compósito que exprime a voz dos reguladores dos diversos Estados membros.” *Vide* EDOARDO CHITI, “Existe-t-il un modèle d’agence de l’Union Européenne?”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 66.

¹⁰⁹⁷ Nas comunicações electrónicas, *vide* LORENZO SALTARI, “I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, volume 55, fascículo 2, 2005, pág. 404.

53.3. Agências de supervisão financeira: contexto da sua emergência

Desde os anos 70 é notório o esforço de *integração do mundo da finança europeia*, designadamente com a *harmonização* dos direitos societários¹⁰⁹⁸ e dos mercados de capitais¹⁰⁹⁹, para além dos primeiros passos no sentido da liberalização dos sectores bancário¹¹⁰⁰ e dos seguros¹¹⁰¹.

Não obstante alguma resistência nacional após Maastricht, com a consagração do princípio da subsidiariedade, o caminho da *federalização* do direito financeiro da União intensificou-se, de modo progressivo, designadamente com a afirmação dos princípios do *reconhecimento mútuo* e do *home country control* nos domínios da banca e dos seguros.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁸ Cfr., por exemplo, Primeira Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade, Segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58º do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade e Terceira Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978, fundada na alínea g) do nº 3, do artigo 54º, do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas.

¹⁰⁹⁹ Cfr. Directiva 79/279/CEE do Conselho, de 5 de Março de 1979, relativa à coordenação das condições de admissão de valores mobiliários à cotação oficial de uma bolsa de valores.

¹¹⁰⁰ Cfr., por exemplo, Primeira Directiva 77/780/CEE do Conselho, de 12 de Dezembro de 1977, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício.

¹¹⁰¹ Cfr. Primeira Directiva 79/267/CEE do Conselho, de 5 de Março de 1979, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo de vida e ao seu exercício.

¹¹⁰² Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução do direito financeiro da União, *vide* TAKIS TRIDIMAS, “EU financial regulation: federalization, crisis management, and law reform”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 783-804.

Em Maio de 1999, a Comissão procurou dar um impulso significativo à construção do mercado único de serviços financeiros com a definição de 42 medidas incluídas no *Plano de Acção para os Serviços Financeiros*, adoptado pelos Chefes de Estado e de Governo no Conselho Europeu de Lisboa de 2000.¹¹⁰³

Para concretizar algumas medidas deste plano, em Julho de 2000, o Conselho ECOFIN criou um Comité de Sábios sobre a regulamentação dos mercados europeus de valores mobiliários com os objectivos de acelerar a forma de decisão em matéria de criação de legislação comunitária e a sua transposição para a legislação nacional e, por outro lado, de resolver o problema criado pela multiplicação de entidades reguladoras na União, a dificultar a convergência das práticas de supervisão e das normas regulamentares.

Presidido por Alexandre Lamfalussy, o Comité de Sábios apresentou o seu relatório final em 15 de Fevereiro de 2001, de que nasce o chamado *processo Lamfalussy*, adoptado no Conselho Europeu de Estocolmo de 23 e 24 de Março de 2001, uma nova abordagem à elaboração e adopção de legislação europeia na área dos valores mobiliários. A utilidade deste processo é reconhecida pela decisão do Conselho ECOFIN de 3 de Dezembro de 2002, que subscreve a sua aplicação também nos sectores bancário e segurador.¹¹⁰⁴

¹¹⁰³ Cfr. Comunicação da Comissão - Aplicação de um enquadramento para os mercados financeiros: plano de acção - COM/99/0232 final.

¹¹⁰⁴ Mais desenvolvidamente, *vide* HALA RUMEAU-MAILLOT, “Le cadre juridique et réglementaire des services financiers dans l’Union Européenne: l’étendue réelle de l’intégration financière européenne”, in *The ‘visible hand’: european and global perspectives on financial market regulation and economic governance/La ‘main visible’ perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique*, coordenação de Francis Snyder, Albrecht Sonntag e Wei Shen, Bruylant, Bruxelas, 2012, págs. 158-169.

Para uma análise das posições oficiais dos mais recentes Estados membros quanto ao processo Lamfalussy, destacando o eurocepticismo de certos Governos de países do Centro e do Leste europeu como causa fundamental das reservas destes relativamente às propostas de reforma da arquitectura financeira da União, *vide* ANETA SPENDZHAROVA, “Is more ‘Brussels’ the solution? New European Union Member State’s preferences about the european financial architecture”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 50, nº 2, Março 2012, págs. 315-334.

Com a *crise financeira de 2007/2008*¹¹⁰⁵ procedeu-se a *significativo conjunto de intervenções e de modificações legislativas destinadas a travar a crise e a evitar problemas similares no futuro*, não apenas ao nível da *regulação dos mercados financeiros*¹¹⁰⁶ mas também no domínio do *controlo orçamental e macro-económico (A)*.

Paralelamente, aprofundou-se a harmonização promovida pela estrutura Lamfalussy *designadamente quanto à arquitectura de supervisão da UE*, a reequacionar com urgência e em profundidade. De facto, atendendo à integração dos mercados financeiros dos Estados membros¹¹⁰⁷, foi notória a *necessidade de re-*

¹¹⁰⁵ Sobre a crise financeira de 2007/08 e as responsabilidades dos reguladores BCE, na UE, e FED, nos EUA, advogando, para a realidade europeia, um “governo económico europeu” que, pelo menos, tentasse coordenar políticas orçamentais na zona euro (e possivelmente na UE) para evitar grandes crises fiscais”, *vide* J. PAUL HORNE, “Independence and regulatory roles of U.S. and European Central Banks get a fiery political trial”, *in European Affairs*, Fevereiro-Março 2010.

Para além de indicar as causas da crise bancária e financeira de 2007/08, Anu Arora analisa a resposta europeia a esta crise, designadamente as intervenções governamentais permitidas pela flexibilização da posição da Comissão em matéria de auxílios estaduais, os desenvolvimentos sobre a regulação das agências de *rating* e das remunerações nos serviços financeiros. Conclui, sem surpresas, a autora: “em última análise, o sucesso da regulação financeira (...) dependerá da integridade e do zelo dos operadores e da disponibilidade para trabalhar dentro dos limites das boas práticas e do direito.” *Vide* ANU ARORA, “The 2007-09 banking crisis and the EU’s regulatory response”, *in European Business Law Review*, 2010, págs. 603-627. Mais desenvolvidamente, sobre a crise, a sua incidência no Eurosistema e as diversas tentativas de salvação da Eurozona, *vide* F. CAPRIGLIONE e G. SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani – l’Unione Europea tra rischi ed opportunità*, UTET Giuridica, 2012.

¹¹⁰⁶ *Vide* LARISA DRAGOMIR, *European prudential banking regulation and supervision*, Routledge, 2010. Para uma crítica em termos de transparência da proliferação de regras europeias (e internacionais) como reacção à crise financeira, destacando por exemplo a omissão pela Comissão de procedimentos de consulta por razões de urgência, *vide* CAROLINE BRADLEY, “Transparency and financial regulation in the European Union: crisis and complexity”, *in Fordham International Law Journal*, Volume 35, nº 5, Junho 2012, págs. 1171-1206.

¹¹⁰⁷ Segundo Emiliano Grossman e Patrick Leblond, embora seja de assinalar uma “diferença entre a liberalização *de jure* e a integração *de facto*”, “a história recente da integração financeira na Europa pode ser considerada em geral como uma história de sucesso, não obstante a crise que

*forço da cooperação entre os supervisores nacionais e, sobretudo, a importância da emergência de esquemas europeus de supervisão (B), designadamente para evitar riscos sistémicos e garantir a estabilidade do sistema financeiro europeu como um todo*¹¹⁰⁸.

Não obstante estas intervenções, a crise que atravessamos desde 2007 não tem fim à vista e leva a temer pela sobrevivência da união monetária e do próprio projecto de integração europeia, parecendo inexistir vontade política suficiente para implementar os mecanismos necessários à transformação da zona euro numa, actualmente incontornável, *União Bancária e Orçamental*.¹¹⁰⁹

.../... _____

contaminou os sectores financeiros na Europa e outros lugares desde 2007”. *Vide* EMILIANO GROSSMAN e PATRICK LEBLOND, “European financial integration: finally the great leap forward?”, *in Journal of Common Market Studies*, volume 49, nº 2, Blackwell, 2011, pág.414.

Mads Andenas e Iris H.-Y. Chiu defendem prudência na integração jurídica na regulação financeira da União, considerando necessária uma aproximação mais variada para assegurar as necessidades da estabilidade financeira. *Vide* MADS ANDENAS e IRIS H.-Y. CHIU, “Financial stability and legal integration in financial regulation”, *in European Law Review*, volume 38, nº 3, Junho 2013, págs. 335-360.

¹¹⁰⁸ Nas palavras de H. Onno Ruding, é “inevitável que a Europa deve mudar (...) do actual regime, regime de regulação e supervisão bancária essencialmente *nacional* para um sistema com um substancial grau decisório por autoridades *europeias* (...) se não, a crise financeira – e ainda mais que isso, a próxima crise- pode minar o mercado financeiro integrado como uma componente essencial do mercado interno europeu em geral.” *Vide* H. ONNO RUDING, “From national to european regulation: towards european financial supervisory authorities”, *in CEPS Policy Brief – Thinking ahead for Europe, Centre for European Policy Studies*, nº 209, Maio 2010, pág. 1.

Em termos (mais) genéricos, acentua-se em nota do Conselho Editorial de conceituada revista internacional: “é a falta de um ‘povo europeu’ que parece estar no coração da decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o Tratado de Lisboa [cfr. Decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 30 de Junho de 2009]. (...) à primeira vista, os juizes de Karlsruhe parecem pensar que a política económica nacional não pode ser *comunitarizada* sem prejudicar a estadualidade nacional e a democracia nacional. Ora esta é precisamente a área onde a Europa, com a sua moeda única e mercado interno, precisa de uma autoridade federal mais forte.” *Vide* “From the board – The credit crisis and its aftermath”, *in Legal Issues of Economic Integration*, volume, 36, nº 4, 2009, pág. 283.

¹¹⁰⁹ Após uma análise de duas experiências precedentes de união monetária (Estados Unidos e Império Austro-Húngaro), Christophe Blot e Fabien Labondance concluem que a União Europeia

.../...

A mutualização da garantia dos depósitos ou a transferência para o nível europeu da resolução de bancos problemáticos, envolvam ou não a criação de novos organismos europeus¹¹¹⁰, são passos que vêm sendo adiados, a demonstrar a ausência de acção política determinada que afaste sem qualquer ambiguidade os receios da possível saída de algum país do Euro.

Em última análise, com ou sem Ministro das Finanças Europeu, falta o cometimento para a construção de alguma *União Política*, a qual, temos de reconhecer, se vislumbra como a via possível para restaurar a confiança de depositantes e investidores, para acabar com os círculos viciosos de risco soberano-risco bancário e preservar a União Económica e Monetária e a integração europeia em geral.¹¹¹¹

.../..._____

é “uma zona monetária híbrida em que importa reforçar a dimensão orçamental”. Vide CHRISTOPHE BLOT E FABIEN LABONDANCE, “Réformer la zone Euro: un retour d’expériences”, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 566, Março 2013, págs. 140-147.

¹¹¹⁰ Neste sentido, vide JEAN PISANI-FERRY, ANDRÉ SAPIR, NICOLAS VERÓN e GUNTRAM B. WOLFF, “What kind of European Banking Union?”, in *Bruegel Policy Contribution*, Issue 2012/12, Junho 2012, págs. 12-14.

¹¹¹¹ Num interessante editorial de reputada revista europeia, considera-se “tentador pensar a crise como uma oportunidade para reforçar tanto os poderes como a legitimidade democrática da União Europeia”. Vide EDITORIAL COMMENTS, “Debt and democracy: ‘United States then, Europe now’?”, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, pág. 1833. Jean-Victor Louis refere-se abertamente à necessidade de uma União Política: “a consolidação da União económica e monetária, a realização de uma Europa social e a afirmação da Europa num Mundo globalizado exigem um salto qualitativo em direcção a uma Europa Política”. Vide JEAN-VICTOR LOUIS, “Une clarification nécessaire?”, in *Cahiers de Droit Europeen, Quarante-huitième année*, nº 3, 2012, pág. 600. Diferentemente deste autor, porém, cremos que o Reino Unido tem forçosamente de envolver-se nesta etapa de aprofundamento do projecto europeu.

No entanto, tal como Paz Ferreira, também nós pensamos que “dirigida por líderes sem a visão nem a ambição dos pais fundadores e sujeita à inflexibilidade teutónica, a União Europeia joga um jogo perigoso que pode levar à sua dissolução ou, pelo menos, a um severo retrocesso nos mecanismos de integração.” Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Editorial”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 3, nº 4, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 6. Nesta linha, o autor suscita a possibilidade de os países membros da UE encontrarem “no relacionamento privilegiado com a África uma possibilidade mais efectiva de resposta a uma crise com que a União Europeia não consegue

.../...

Naturalmente, uma União Política em que as identidades políticas nacionais não se dissolvam numa espécie de identidade europeia, na linha de uma construção europeia que preza a independência e a soberania dos Estados membros,¹¹¹² de uma europeização que valoriza a diversidade de sistemas jurídicos, culturas e modos de vida.

53.3.1. Da gestão da crise (financeira) de 2007/2008: algumas medidas (não institucionais) de regulação financeira e de controlo macro-económico e orçamental

Desde o Verão de 2007, uma grave crise, primeiro financeira e depois também económica e social, tem marcado o panorama ocidental, destacando-se, na Europa, um sector bancário em graves dificuldades, desacreditado perante o público, em especial depositantes, e uma queda acentuada dos mercados bolsistas.

Em reacção à crise, a União avançou no sentido da construção de um novo quadro regulatório essencialmente destinado a corrigir e a evitar algumas das insuficiências que haviam conduzido à instabilidade e à falta de confiança no mundo financeiro,¹¹¹³ o qual, podemos afirmar, só não ruiu com mais estrondo e dor social devido às *intervenções públicas na Europa e nos EUA*¹¹¹⁴.

.../..._____

lidar.” Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “África de novo”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, organização de Jorge Miranda, Gomes Canotilho, José de Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Lima Rego, Pedro Múrias, volume II, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 863.

¹¹¹² Vide BARBOSA DE MELO, “A construção europeia e a defesa das identidades nacionais: uma perspectiva normativa”, in *Portugal e a construção europeia*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 105.

¹¹¹³ Para uma descrição do sistema financeiro (pré-crise 2007/2008), em particular sobre a relevância de produtos financeiros como as opções, os futuros, os *forwards*, os *swaps*, o papel comercial, vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, *Sobre a Evolução Recente do Sistema Financeiro (Novos Produtos Financeiros)*, Almedina, Coimbra, 1996.

¹¹¹⁴ Klaus Armingeon analisa as estratégias de resposta de vários Estados àquela que considera a mais grave recessão pós 1929/32 – a crise de 2007/08, notando uma tendência geral para o recurso a políticas (keynesianas) anti-cíclicas, com estratégias fiscais expansionistas para estimular as

.../...

Na verdade, não obstante as perdas dos accionistas, obrigacionistas, depositantes e demais credores com os resultados negativos e a insolvência de bancos, foram sobretudo os dinheiros públicos, nos Estados Unidos e em vários países europeus, a *resgatar bancos para evitar o colapso do sistema financeiro (Stato salvatore*¹¹¹⁵) e *assegurar a estabilidade e a confiança num sector tão vital para a economia e a sociedade.*

Nas palavras de Vital Moreira, “a crise financeira, que despontou nos Estados Unidos em 2008 e depois se alastrou para a Europa e outros continentes, tornou o debate sobre a importância do Estado regulador ainda mais actual, suscitando, em especial, o problema do défice de regulação eficaz dos mercados financeiros e a necessidade de ela ser feita a um outro nível que não o nacional, desde logo o nível europeu. Ou seja, se a regulação pública nunca perdeu actualidade, nem na fase mais liberalizadora e ‘desregulamentadora’ do final do século passado, a crise actual tornou mais evidente o seu papel essencial na estabilidade e na eficiência dos mercados e na protecção do interesse coletivo que estes por si só não asseguram.”¹¹¹⁶

.../..._____

economias, no quadro de uma intervenção pública (demasiadamente) cedo abandonada no Inverno de 2009. *Vide* KLAUS ARMINGEON, “National fiscal responses to the economic crisis: domestic politics and international organizations”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, págs. 330-349.

Num tom pessimista (realista?), Ioannis Glinavos, depois de considerar que a retirada do Estado dos mercados foi sempre a razão histórica das crises bancária e financeira, defende que pouco se mudou após a crise de 2007/08, subsistindo uma excessiva crença no mercado, conquanto moderada por autoridades de regulação independentes, com sérios problemas de legitimação e democraticidade, e não pela assumpção directa do Estado de um papel supervisor activo na economia. O autor prevê, por isso, que tudo se mantenha na mesma...até à próxima crise! *Vide* IOANNIS GLINAVOS, “Regulation and the role of law in economic crisis”, in *European Business Law Review*, 2010, págs. 539-557.

¹¹¹⁵ *Vide* GIULIO NAPOLITANO, “Il nuovo stato salvatore: strumento d’intervento e assetti istituzionali”, in *Giornale di diritto amministrativo*, nº 11, 2008, pág. 11 e ss.

¹¹¹⁶ *Vide* VITAL MOREIRA, *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*, relatório apresentado aquando das provas de agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, inédito, Coimbra, 2012, pág. 8.

A título ilustrativo, para além dos *programas de estímulo às economias e injeção de liquidez (quantitativa easings) por parte de Bancos Centrais, em especial da FED norte americana, do Banco do Japão e do Banco de Inglaterra, em Portugal*, sem esquecer a falência do BPP- Banco Privado Português, SA, lembrem-se aqui: a *nacionalização do BPN- Banco Português de Negócios*, com entrega da sua gestão a Caixa Geral de Depósitos; a Lei n.º 60-A/2008, de 20 de Outubro, relativa às garantias do Estado à emissão de dívida por instituições de crédito; a Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro (alterada vezes várias), que estabelece medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito no âmbito da iniciativa para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros; a Portaria n.º 150-A/2012, de 17 de Maio (alterada pela Portaria n.º 421-A/2012, de 21 de Dezembro), que regulamenta os procedimentos necessários à execução da Lei n.º 63-A/2008 no âmbito das operações de recapitalização de instituições de crédito com recurso a investimento público, no quadro das orientações constantes da comunicação 2009/C/10/03 e 2011/C/356/02 da Comissão Europeia sobre a aplicação das regras dos auxílios de Estado às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise sistémica, económica e financeira.¹¹¹⁷

Conscientes do interesse público fundamental em custear a salvação de bancos com o dinheiro dos contribuintes, *maxime* dos grandes bancos (*too big to fail*), as *intervenções de capitais públicos* têm de ser objecto de ponderação proporcionada entre a *perda de confiança no sistema bancário* e o perigo do *risco sistémico* (v.g., falência do *Lehman Brothers* em Setembro de 2008) e, por outro lado, a indignidade, o *risco moral* resultante de uma situação de lucros privados derivados das regras de mercado e perdas públicas, quando o salvamento dos bancos se faz com o dinheiro de impostos.

Neste contexto, acentuado pelas *crises soberanas* (também) resultantes do emprego de recursos orçamentais para resgatar bancos (v.g. Irlanda), a motivar

¹¹¹⁷ Vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo I, Parte Geral, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 65 e ss, em especial págs. 71-76.

mesmo programas de assistência internacional para evitar a bancarrota do próprio Estado, compreende-se bem a necessidade de mudança do quadro regulatório financeiro europeu (e internacional).¹¹¹⁸

A) (Algumas) Reformas financeiras (substantivas) em resposta à crise financeira

Em geral, as novas soluções regulatórias promovem o *aumento das exigências de capital e liquidez dos bancos*, numa medida que se tem vindo a revelar porventura excessiva, a penalizar a indispensável concessão de crédito, assim contribuindo para o abrandamento económico e até espirais recessivas...¹¹¹⁹

Deste modo, na União iniciou-se o processo de aplicação das novas normas mundiais sobre capital e liquidez dos bancos, impondo-lhes exigências prudenciais mais rigorosas, *adaptando determinados requisitos de capital* de modo a assegurar que os fundos próprios cubram adequadamente, *inter alia*, os riscos de

¹¹¹⁸ Historicamente, como bem nota Stanislav Poloucek, “é lógico e compreensível que mudanças na regulação e supervisão bem como nova legislação surjam, acima de tudo, durante e imediatamente após períodos de crises económicas e financeiras. Isto é verdade para a Grande Depressão de 1929-1933 e para a recente crise económica e financeira também.” *Vide* STANISLAV POLOUCEK, “Integration of financial markets in the European Union – regulation and supervision framework”, in *Financial Integration in the European Union*, coordenado por Roman Matousek e Daniel Stavárek, Routledge, 2012, pág. 63.

¹¹¹⁹ Sobre a reacção regulatória internacional à crise, em particular no quadro de Basileia III, Manuel Magalhães defende: “Se é verdade que há boas razões para obrigar os bancos a deterem um valor mínimo de fundos próprios, há também boas razões para esse valor não ser mais do que o necessário. A rentabilidade dos bancos, a concessão do crédito e o crescimento económico não devem ser penalizados mais do que é realmente necessário para assegurar a estabilidade dos bancos. Devem ser evitadas reacções exageradas que pretendam passar de uma situação de capitais próprios por vezes irrisórios, para outra oposta de capitais excessivos.” *Vide* MANUEL MAGALHÃES, “A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV”, in *O novo Direito Bancário*, coordenado por Paulo Câmara e Manuel Magalhães, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 368.

crédito, os riscos de mercado, as carteiras de negociação, e os riscos das posições de titularização.¹¹²⁰

Mais, exige-se às instituições de crédito e às empresas de investimento o estabelecimento de *políticas de remuneração* coerentes com uma gestão do risco sólida e eficaz das sociedades financeiras, alinhando os incentivos remuneratórios com um desempenho sustentável das empresas em geral¹¹²¹.

Também procura *eleva-se a protecção dos investidores através da definição de um enquadramento comum para a autorização e supervisão dos gestores de fundos de investimento alternativos*¹¹²², com alterações no sentido de estes gestores (bem como os gestores de organismos de investimento colectivo em valores mobiliários) não ficarem excessivamente dependentes das notações de risco externas para avaliar a qualidade em termos de risco de crédito dos activos detidos pelos Fundos de Investimento Alternativos (ou pelos organismos de investimento colectivo em valores mobiliários)¹¹²³.

¹¹²⁰ Cfr. Directiva 2010/76/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, que altera as Directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE no que diz respeito aos requisitos de fundos próprios para a carteira de negociação e para retitularizações, bem como à análise das políticas de remuneração pelas autoridades de supervisão, entre nós transposta pelo Decreto-Lei nº 88/2011, de 20 de Julho. Na doutrina, com maiores desenvolvimentos, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titularização de créditos – securitization – No coração da crise financeira global*, Almeida, Coimbra, 2013, págs. 167-204, e STAVROS HADJIYIANNI, “La surveillance prudentielle des établissements de crédit dans l’Union Européenne – Vers une re-régulation après la crise financière?”, *in Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne – Revue de L’Union Européenne*, nº 552, Outubro-Novembro 2011, págs. 579-582.

¹¹²¹ Cfr. Comunicação da Comissão que acompanha a Recomendação da Comissão que complementa as Recomendações 2004/913/CE e 2005/162/CE no que respeita ao regime de remuneração dos administradores de sociedades cotadas e a Recomendação da Comissão relativa às políticas de remuneração no sector dos serviços financeiros, COM (2009) 211 final, Bruxelas, 30/04/2009.

¹¹²² Cfr. Directiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2011 relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos e que altera as Directivas 2003/41/CE e 2009/65/CE e os Regulamentos (CE) nº 1060/2009 e (UE) nº 1095/2010.

¹¹²³ Cfr. proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 2009/65/CE, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes

Por outro lado, atendendo à dimensão das ajudas estaduais a instituições de crédito promovidas em diversos Estados membros para evitar (maiores) calamidades financeiras, económicas e sociais, *alivia-se a rigidez tradicional em matéria de auxílios públicos* e direito da concorrência¹¹²⁴.

No entanto, essas intervenções públicas viabilizaram a sobrevivência de instituições “insolventes” e estabilizaram o sistema financeiro com custos significativos para as finanças públicas e um impacto considerável na igualdade de condições de concorrência no mercado interno, razões pelas quais têm vindo a ser desenvolvidas regras para repor a disciplina de mercado associada à ameaça de falência e que reduzam o risco moral (*moral hazard*) – a protecção implícita da falência de que beneficiam actualmente as entidades bancárias de risco sistémico.¹¹²⁵

Fundamentalmente, pretende-se um *enquadramento europeu da resolução* de bancos em crise, que permita a insolvência/liquidação de uma instituição em graves dificuldades, independentemente do seu tipo e da sua dimensão e em especial se revestir importância sistémica, sem riscos para a estabilidade financeira e custos para os contribuintes.¹¹²⁶

.../..._____

tes a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM) no que diz respeito às funções dos depositários, às políticas de remuneração e às sanções COM (2012) 350, e a Directiva 2011/61/UE relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos no que diz respeito à dependência excessiva relativamente às notações de risco, COM (2011) 746 final 2011/0360 (COD), Bruxelas, 15/11/2011.

¹¹²⁴ Cfr. *infra* nº 53.3.1. B).

¹¹²⁵ Cfr., por exemplo, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Tribunal de Justiça Europeu e ao Banco Central Europeu - Um enquadramento da UE para a gestão de crises transfronteiras no sector bancário, Bruxelas, 20/10/2009, COM (2009) 561 final e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Banco Central Europeu - Fundos de resolução de crises nos bancos, COM (2010) 254 final, Bruxelas, 26/05/2010.

¹¹²⁶ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité das Regiões e ao Banco Central Europeu - Um enquadramento da UE para a gestão de crises no sector financeiro, Bruxelas, 20/10/2010, COM (2010) 579 final, pág. 4.

Mais: em atenção à importante função económica e ao *risco sistémico* das instituições bancárias, em que os problemas de um banco podem contagiar o sistema no seu todo, considera-se que *os procedimentos normais de insolvência poderão não ser apropriados em determinados casos*, em virtude de nem sempre contemplarem de forma adequada as necessidades de evitar perturbações da estabilidade financeira, de manter determinados serviços essenciais ou de proteger os depositantes, sendo muitas vezes (excessivamente) prolongados e, em caso de reorganização, com exigências de negociações e acordos com os credores demasiadamente complexos a poderem resultar em detrimento dos devedores e credores em termos de prazos, custo e resultado final.¹¹²⁷

Noutros termos: perante o risco de insolvência de instituições de crédito em dificuldades, em prol da estabilidade financeira, importa prever mecanismos especiais que permitam a recuperação ou, não sendo tal possível, a estabilização e o controlo do impacto do colapso da instituição em causa, liquidando-a ordenadamente ou, de algum modo, reestruturando-a.

Para evitar a necessidade de *bailouts* financiados pelos contribuintes prevêem-se, assim, no quadro das reformas europeias em curso¹¹²⁸, *três tipos (gradativos) de intervenção pelas autoridades públicas destinados a garantir a recuperação e, quando necessário, a resolução das instituições:*

¹¹²⁷ Cfr. exposição de motivos da proposta de Directiva da Comissão que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento e que altera as Directivas 77/91/CEE e 82/891/CE do Conselho, as Directivas 2001/24/CE, 2004/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/55/CE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, COM (2012) 280 final, pág. 6.

¹¹²⁸ Cfr. exposição de motivos da proposta de Directiva da Comissão que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento e que altera as Directivas 77/91/CEE e 82/891/CE do Conselho, as Directivas 2001/24/CE, 2004/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/55/CE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, COM(2012) 280 final, pág. 6.

- 1) *preparação e prevenção*, isto é, recurso a medidas preparatórias e planos para minimizar os riscos de potenciais problemas, procurando essencialmente evitar situações de colapso desorganizado que podem causar instabilidade financeira;
- 2) *intervenção precoce*, a envolver poderes para impedir a deterioração da situação de um banco numa fase prematura, de modo a evitar a insolvência; e
- 3) *resolução*: se a insolvência de uma instituição bancária levantar problemas para o interesse público geral, podem ser utilizadas ferramentas que permitam reorganizar ou liquidar o banco de forma gradual, preservando as suas funções críticas e limitando ao máximo qualquer exposição dos contribuintes a perdas em caso de insolvência.

Em Portugal, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que veio introduzir um regime de resolução no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro, teve lugar uma revisão profunda do regime de saneamento de instituições de crédito, anteriormente em vigor, e a sua substituição por uma nova abordagem de intervenção do Banco de Portugal junto de instituições de crédito e determinadas empresas de investimento em dificuldades financeiras. As medidas previstas no novo regime visam, consoante os casos, recuperar ou preparar a liquidação ordenada de instituições de crédito e determinadas empresas de investimento em situação de dificuldade financeira, e contemplam as três fases de intervenção acima expostas (intervenção correctiva, administração provisória e resolução), a desenvolver pelo Banco de Portugal.¹¹²⁹

¹¹²⁹ Mais desenvolvidamente, sobre os quadros legais nacionais da intervenção em instituições de crédito em dificuldades e da sua liquidação, *vide* MARIANA DUARTE SILVA, “Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito”, in *O novo Direito Bancário*, coordenado por Paulo Câmara e Manuel Magalhães, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 373-437.

Neste novo enquadramento, cumpre destacar a importância da Autoridade Bancária Europeia (EBA), investida de funções claras no sentido de emitir orientações e normas técnicas para assegurar uma aplicação coerente dos poderes de resolução¹¹³⁰, de participar no planeamento da resolução no que respeita a todas as instituições transfronteiriças¹¹³¹, de proceder a uma mediação com carácter vinculativo entre as autoridades nacionais quando estas não estiverem de acordo quanto

¹¹³⁰ Nos termos dos artigos 14º-16º da proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento, a avaliação da possibilidade de resolução dos grupos dependerá da *coordenação, consulta e avaliação conjunta das autoridades de resolução a nível do grupo e das autoridades de resolução responsáveis pelas filiais, bem como de outras autoridades competentes relevantes e da EBA.*

A EBA terá assim um importante papel a desempenhar para assegurar que a avaliação da possibilidade de resolução e a utilização de poderes preventivos pelas autoridades relevantes sejam uniformemente aplicadas em todos os Estados-Membros. Concretamente, terá de elaborar projetos de normas técnicas que definam os parâmetros necessários para a avaliação do impacto sistémico dos planos de resolução, bem como para especificar as questões que deverão ser analisadas para avaliar a possibilidade de resolução de uma entidade ou de um grupo.

Trata-se, no fundo, da possibilidade de adopção de orientações e de elaboração de normas regulamentares e normas técnicas a adoptar pela Comissão por meio de atos delegados nos termos do artigo 290º do TFUE (cfr. nº 26.1.).

¹¹³¹ Nos termos dos artigos 80º-83º da referida proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento, os planos de recuperação e resolução deverão ser preparados, acordados e aplicados para grupos bancários no seu todo, sem deixar de tomar em consideração as particularidades das diferentes estruturas e a divisão de responsabilidades entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros de origem e de estabelecimento. Isso será feito através de medidas que exigirão uma *cooperação reforçada entre as autoridades nacionais* e da criação de incentivos à aplicação de uma abordagem de grupo em todas as fases da preparação, recuperação e resolução.

Serão estabelecidos colégios de resolução, com uma liderança claramente definida e com a participação da EBA, a qual facilitará a cooperação e actuará, se necessário, na qualidade de mediadora entre as autoridades. O objetivo dos colégios de resolução será coordenar as medidas preparatórias e as medidas de resolução entre as autoridades nacionais de modo a assegurar soluções optimizadas a nível da União.

à aplicação do enquadramento¹¹³², e em matéria de relações com países terceiros, desenvolvendo e celebrando acordos de carácter administrativo com as autoridades¹¹³³.

*Também os alertas e recomendações do Comité Europeu do Risco Sistémico devem ser tomados em consideração pelas autoridades (nacionais) de resolução na determinação das medidas a aplicar, designadamente a exigência de alterações na estrutura e organização das instituições ou grupos para eliminar impedimentos práticos à aplicação dos instrumentos de resolução e assegurar a possibilidade de resolução das entidades em causa.*¹¹³⁴

*No âmbito do financiamento da resolução, o enfoque parece ser posto na protecção dos contribuintes, privilegiando-se mecanismos de financiamento alimentados pelas próprias instituições de modo a minimizar a exposição daqueles a perdas decorrentes do apoio à solvência, avultando aqui o estabelecimento pelos Estados-Membros de fundos de resolução (ex ante), providos por contribuições dos bancos*¹¹³⁵, a par de um instrumento obrigatório de contracção de empréstimos entre os sistemas nacionais, sujeitos a limites claros.¹¹³⁶

¹¹³² Cfr. artigos 19º, 38º e 44º, nº 1, do Regulamento n.º 1093/2010 (Regulamento EBA) e artigos 80º-83º da proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento.

¹¹³³ Cfr. artigo 33º do Regulamento EBA e artigos 84º-89º da proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento.

¹¹³⁴ Cfr. considerando 19 da proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento.

¹¹³⁵ Em Portugal, existe um Fundo de Resolução com financiamento *ex ante* (diferentemente do Sistema de Indemnização de Investidores), uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira, com sede em Lisboa e a funcionar junto do Banco de Portugal, cuja principal missão consiste em prestar apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução adoptadas pelo Banco de Portugal. Cfr. artigo 153º-B e ss do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, introduzido pelo Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

¹¹³⁶ Cfr. artigos 89º-99º da proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento.

Na mesma linha, nos regulamentos das ESA's – Autoridades Europeias de Supervisão Financeira -, expressa-se inequivocamente a *necessidade de convergência nos domínios da prevenção, gestão e resolução de crises, incluindo mecanismos de financiamento, para garantir a internalização dos custos pelo sistema financeiro* e a capacidade das autoridades públicas para resolver situações de insolvência das instituições financeiras, *ao mesmo tempo que se minimizam o impacto das “falências” no sistema financeiro, o recurso aos fundos públicos para salvar os bancos e o uso dos recursos do sector público*¹¹³⁷. Destaca-se o eventual *contributo do trabalho das agências financeiras europeias quanto a questões relativas às condições equitativas de concorrência e aos impactos cumulativos de eventuais regimes de taxas e contribuições a cargo das instituições financeiras que possam ser criados para garantir uma repartição justa dos encargos e incentivos destinados a conter o risco sistémico, como parte de um quadro de resolução coerente e credível*¹¹³⁸.

Embora compreensível, *a preocupação com a sustentabilidade das finanças públicas dos Estados-membros tem vindo a revelar-se excessiva, susceptível de conduzir a perdas dos depositantes* e, assim, contribuir para a *perda de confiança* no sistema bancário, pedra de toque da estabilidade financeira, e para uma indesejável fuga de capitais para paragens não europeias...

Com efeito, sendo as perdas principalmente suportadas pelos accionistas e pelos credores (não depositantes), os instrumentos de *resgate interno (bail-in)* poderão, contudo, ser aplicáveis a um leque tão alargado quanto possível dos passivos não garantidos de uma instituição em dificuldades¹¹³⁹, que mesmo os depositantes não estarão inteiramente imunes a perdas.

¹¹³⁷ Cfr. considerandos 37 dos Regulamentos EBA, ESMA e 36 do Regulamento EIOPA.

¹¹³⁸ Cfr. artigos 27º, nº2, § 2, dos Regulamentos EBA, ESMA e 25º do Regulamento EIOPA.

¹¹³⁹ Cfr. considerando 47 da proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento.

Em Portugal, o síndrome do bom aluno europeu é, aqui, por demais evidente, encontrando-se já em vigor esta solução, ao prever-se a assunção prioritária dos prejuízos da instituição em causa pelos seus acionistas e credores, *incluindo os depositantes acima dos 100.000 euros assegurados*

.../...

Por outras palavras: *a preocupação de evitar o risco moral*,¹¹⁴⁰ pela contenção ao máximo do salvamento público de quaisquer bancos, inteiramente legítima e entendível, *parece estar a provocar perigosa erosão da confiança* nos depositantes da União, *numa exponenciação tremendamente arriscada do risco sistémico na zona euro*,¹¹⁴¹ susceptível de contaminar, por *efeito de dominó*, as praças financeiras (do Norte) actualmente mais robustas, com rarefacção do financiamento público e privado e definhamento da economia real dos países (em primeiro lugar, do Sul) da UE...com riscos evidentes para o sonho europeu e para o próprio fundamento democrático dos Estados ocidentais europeus!

.../...—————

pelo Fundo de Garantia de Depósitos (cfr. artigo 145º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro). Criticando esta norma, Calvão da Silva “pergunta-se: nas épocas de distribuição de lucros, os depositantes também virão a ser contemplados? E haverá uma assembleia de depositantes, à semelhança da assembleia de obrigacionistas?” *Vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, “‘Global Master Repurchase Agreement’ e reporte financeiro”, in *Estudos em Homenagem ao Professor António Moreira Barbosa de Melo*, coordenado por Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 341.

¹¹⁴⁰ Na doutrina, vozes como a de Avelãs Nunes acabam por sufragar a posição (ortodoxa) alemã na reacção à crise europeia: “inventou-se o capitalismo sem falências para as empresas do sector financeiro, especialmente as que são demasiado grandes para falir.

Diz-se que os bancos não podem falir, porque a saúde do sistema financeiro, nomeadamente do sistema bancário, é essencial à saúde da economia e à salvaguarda da coesão social e, no limite, à defesa da soberania nacional (evitando a bancarrota do Estado). Acrescentam alguns que a estabilidade do sistema financeiro é um bem público. Por isso é que, quando os banqueiros comprometem nos jogos de bolsa as poupanças que a comunidade lhes confia, o interesse público (pois claro!) obriga os Estados a intervir para os salvar da falência, gastando milhares de milhões de euros, patrioticamente ‘roubados’ a quem trabalha e paga honradamente os seus impostos.” *Vide* AVELÃS NUNES, “Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, pág. 133.

¹¹⁴¹ Nas palavras de Daniel Daianu, “os riscos sistémicos, causados pelos casos ‘too big to fail’, encontram-se substituídos pelos efeitos do síndrome do ‘too big to be saved’.” *Vide* DANIEL DAIANU, “EU economic governance reform: are we at a turning point?”, in *Romanian Journal of European Affairs*, volume 11, nº 1, 2011, pág. 7.

Mais equilibrada para evitar resgates públicos das instituições de crédito, não obstante os riscos de elisão e evasão fiscal¹¹⁴² e de realocização do *trading* para outras praças financeiras (v.g. City londrina), parece ser a recente criação de um *sistema comum de imposto sobre as transacções financeiras*: ao visar reforçar o mercado único, reduzindo para o efeito o número de abordagens nacionais divergentes em matéria de tributação das transacções financeiras, pretende garantir que o sector financeiro dê um contributo justo e substancial para as receitas públicas e refrear comportamentos especulativos menos responsáveis.¹¹⁴³

Na verdade, em face das restrições comunitárias aos défices orçamentais e aos rácios de dívida pública¹¹⁴⁴, os Estados membros, em alternativa ou concomitantemente a uma austeridade socialmente dolorosa que também financia os *bailouts*, lançam novos impostos sobre o sector financeiro, numa *lógica de imputação de custos aos (principais) causadores da instabilidade do sistema financeiro europeu* e, simultaneamente, de *dissuasão de comportamentos especialmente ariscados* adoptados no passado em vários segmentos dos mercados financeiros.

Ora, um sistema comum de *internalização dos custos da estabilização do sistema financeiro europeu pelos operadores contribuiria para o financiamento próprio da União, permitindo assim reduzir as contribuições (despesas) nacionais dos Governos*, relevante apoio à indispensável consolidação orçamental dos Estados membros.

¹¹⁴² Para uma destriça dos conceitos de planeamento, evasão e elisão fiscal, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Elisão Fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, Setembro 2006.

¹¹⁴³ Cfr. proposta de Directiva do Conselho sobre um sistema comum de imposto sobre as transacções financeiras e que altera a Directiva 2008/7/CE Bruxelas, 28.9.2011, COM (2011) 594 final, 2011/0261 (CNS), pág. 2.

¹¹⁴⁴ Cfr. artigo 126º do TFUE, Protocolo sobre o procedimento relativo aos défices excessivos (nº 12) e o Pacto de Estabilidade e Crescimento (cfr. Resolução do Conselho Europeu de 17 de Junho de 1997 (97/C236/01), Regulamento do Conselho (CE) nº 1466/97 de 7 de Julho, Regulamento do Conselho (CE) nº 1467/97 de 7 de Julho, Regulamento do Conselho (CE) nº 1055/05 e Regulamento do Conselho (CE) nº 1056/05, ambos de 27 de Junho).

Mais, um *imposto europeu sobre transacções financeiras reforça a accountability democrática do próprio projecto europeu*, ao estabelecer aos olhos dos cidadãos europeus uma ligação clara entre os recursos financeiros da União e os benefícios da integração, deixando a UE de se confinar a redistribuir dinheiro de uns Estados para outros para passar a transferir a “sua” riqueza para os Estados membros, pelo aumento das receitas fiscais destes e alívio da austeridade sobre os contribuintes.¹¹⁴⁵

Na esteira da comunicação de 7 de Outubro de 2010 sobre a tributação do sector financeiro¹¹⁴⁶ e no âmbito de um conjunto de reformas do financiamento do orçamento da UE¹¹⁴⁷, o imposto sobre as transacções financeiras preconiza a tributação de todas as transacções que tenham uma relação manifesta com a zona dos onze Estados-Membros¹¹⁴⁸ que aplicarão este imposto (no âmbito de uma cooperação reforçada), bem como a aplicação das taxas de 0,1% às acções e obrigações e de 0,01% aos derivados.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁵ Neste sentido, vide JOHANNA CROON e MIGUEL POIARES MADURO, *The euro crisis and the democratic governance of the euro: legal and political issues of a fiscal crisis*, Global Governance Programme – Policy Brief, Issue 2012/3, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, Julho de 2012, pág. 5.

¹¹⁴⁶ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - A tributação do sector financeiro, Bruxelas, 07/10/2010, COM (2010) 549 final.

¹¹⁴⁷ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a reapreciação do orçamento da UE, de 19 de Outubro de 2010, COM (2010) 700 final, proposta de Decisão do Conselho relativa ao sistema de recursos próprios da União Europeia, de 29 de Junho de 2011, COM (2011) 510 final, proposta alterada de Decisão do Conselho relativa ao sistema de recursos próprios da União Europeia, COM (2011) 739 final, 2011/0183 (CNS), Bruxelas, 09/11/2011, e proposta de Regulamento do Conselho relativo aos métodos e ao procedimento para a colocação à disposição do recurso próprio baseado no imposto sobre as transacções financeiras, COM (2011) 738 final, 2011/0334 (CNS), Bruxelas, 09/11/2011.

¹¹⁴⁸ França, Alemanha, Bélgica, Áustria, Eslovénia, Portugal, Grécia, Eslováquia, Itália, Espanha e Estónia.

¹¹⁴⁹ Cfr. proposta de Directiva do Conselho que aplica uma cooperação reforçada no domínio do imposto sobre as transacções financeiras Bruxelas, 14/02/2013, COM (2013) 71 final, 2013/0045

De notar que, não obstante o sistema de garantia de depósitos contribuir para o financiamento do processo de resolução, porquanto tem de indemnizar os depositantes, o instrumento de resgate interno não deve ser aplicado aos titulares de depósitos garantidos pelo sistema de garantia de depósitos.¹¹⁵⁰ Daí a incoerência da primeira deliberação do Eurogrupo a determinar a taxação dos depósitos abaixo de 100.000 euros no âmbito do resgate do Chipre...

Na verdade, para restabelecer a confiança e o bom funcionamento do sector financeiro após a crise de 2007/08 promoveu-se a *convergência dos sistemas nacionais de garantia de depósitos* e aprovaram-se medidas necessárias à protecção dos depósitos dos aforradores particulares, passando, desde 31 de Dezembro de 2010, a cobertura do conjunto dos depósitos de um mesmo depositante até 100.000 euros¹¹⁵¹, quando até então o nível máximo de cobertura estava fixado em 20.000 euros, com a possibilidade de os Estados-Membros optarem por uma cobertura mais elevada¹¹⁵²!

Neste âmbito, a Comissão, em 2010, propôs um reforço dos Sistemas de Garantia de Depósitos, com a harmonização e a simplificação dos depósitos cobertos, a redução dos prazos de reembolso e a melhoria do financiamento, nomeadamente através do financiamento *ex ante* dos sistemas de garantia de depósitos (assegurado por contribuições dos bancos) e através de um instrumento obrigatório de contracção de empréstimos entre os sistemas nacionais, dentro de limites

.../..._____

(CNS), a qual se baseia na proposta original da Comissão (COM (2011) 594 final), respeitando todos os objectivos e princípios essenciais nela enunciados, mas efectuando algumas adaptações, por força do novo contexto de cooperação reforçada.

¹¹⁵⁰ Cfr. considerando 48 da proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento.

¹¹⁵¹ Cfr. Directiva 2009/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2009, que altera a Directiva 94/19/CE relativa aos sistemas de garantia de depósitos, no que respeita ao nível de cobertura e ao prazo de reembolso.

¹¹⁵² Cfr. Directiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 1994, relativa aos sistemas de garantia de depósitos.

estabelecidos,¹¹⁵³ *inexistindo, porém, até ao momento um Sistema de Garantia de Depósitos Comum, indispensável à existência de um mercado bancário único*¹¹⁵⁴.

De acordo com a proposta da Comissão, *no seio de um futuro Sistema de Garantia de Depósitos Comum, a Autoridade Bancária Europeia (EBA) deverá recolher informação sobre o montante correspondente aos depósitos, proceder a análises pelos pares, confirmar se um Sistema de Garantia de Depósitos pode contrair empréstimos junto de outros sistemas e resolver os casos de desacordo entre Sistemas de Garantia de Depósitos.*¹¹⁵⁵

Por fim, não podemos deixar de destacar as mudanças relativamente às agências de *rating*: considerando-se não terem reflectido numa fase suficientemente precoce a deterioração das condições do mercado e não terem ajustado atempadamente as notações de risco na sequência do agravamento da crise dos mercados¹¹⁵⁶, promoveram-se medidas relativas aos conflitos de interesses, à

¹¹⁵³ Cfr. proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos sistemas de garantia de depósitos, COM (2010) 368, de 12/07/2010 - 2010/0207 (COD). Desenvolvidamente, sobre esta proposta, *vide* NIKOLETTA KLEFTOURI, “Rethinking UK and EU bank deposit insurance”, *in European Business Law Review*, volume 24, Issue 1, 2013, págs. 118-124.

¹¹⁵⁴ Sobre o Fundo de Garantia de Depósitos português, à luz das alterações promovidas pelo Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e do memorando de entendimento (MoU) sobre as condicionalidades de política económica, *vide* FRANCISCO BOAVIDA SALAVESSA, “Sistemas de compensação de aforradores”, *in O novo Direito Bancário*, coordenado por Paulo Câmara e Manuel Magalhães, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 476-484.

¹¹⁵⁵ Cfr. 7.8. da proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos sistemas de garantia de depósitos, COM (2010) 368, de 12/07/2010 - 2010/0207 (COD).

¹¹⁵⁶ Segundo Pedro Gonçalves, “uma causa da crise e, sobretudo, da sua acentuação e evolução para uma situação de pânico e de quase catástrofe resultou ainda de uma forma de regulação, mas, agora, de uma ‘regulação privada’: referimo-nos ao efeito acelerador da crise provocado pelas ‘agências de *rating*’.” *Vide* PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador...*, *cit.*, pág. 35. Em geral, para uma análise do papel das agências de *rating* na denominada crise *subprime* detonadora da crise financeira 2007/2008, *vide* MARCO PAGANO e POLO VOLPIN, “Ratings agencies – Credit ratings failures and policy options”, *in Economic Policy*, Abril 2010, págs. 401-431.

transparência e governação interna das agências (de *rating*), à qualidade das suas notações e à supervisão das suas actividades.¹¹⁵⁷

Não obstante a maior parte das agências de notação de risco ter sede nos Estados Unidos¹¹⁵⁸, opta-se por impor às instituições de crédito, às empresas de investimento, às empresas de seguros e de resseguros, a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários, às instituições de realização de planos de pensões profissionais e aos fundos de investimento alternativos a obrigação de utilizar para fins regulamentares as notações de risco emitidas por agências de *rating* estabelecidas na União e registadas nos termos do Regulamento n° 1060/2009.¹¹⁵⁹

Cabe à ESMA decidir aceitar, recusar ou cancelar o registo, bem como proceder à publicação da lista das agências de notação de risco registadas¹¹⁶⁰, tornando-se o registo eficaz em todo o território da União logo que a decisão de

¹¹⁵⁷ Cfr. considerando 10 do Regulamento (CE) n° 1060/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro de 2009, relativo às agências de notação de risco (adiante Regulamento ANR). Na doutrina, sobre este diploma, antes da revisão operada em 2011, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titularização de créditos*, cit., pág. 175 e ss, e THOMAS MÖLLERS, “Regulierung von Ratingagenturen - Das neue europäische und amerikanische Recht – Wichtige Schritte oder viel Lärm um Nichts?”, in *Juristenzeitung (JZ)*, volume 64, n° 18, 2009, págs. 861-871. Sobre o impacto da regulação financeira europeia pós-crise, nomeadamente da disciplina em matéria de agências de *rating*, nos mercados transatlânticos, vide STEFANO PAGLIARI, “A wall around Europe? The european regulatory response to the global financial crisis and the turn in transatlantic relations”, in *European Integration*, volume 35, n° 4, págs. 391-408.

¹¹⁵⁸ Em bom rigor, das agências de *rating* mais relevantes, só a Moody’s e a McGraw-Hill, mais conhecida por Standard & Poor’s, são norte-americanas, porquanto a Fitch pertencente a um conglomerado francês, a Fimalac (Financière Marc de Lacharrière). Sobre a questão de como avaliar a qualidade das agências de notação de risco e a conveniência da criação de uma agência (pública) de *rating* na União, vide SYLVESTER C. W. EIJFFINGER, “Rating agencies: role and influence of their sovereign credit risk assessment in the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, n° 6, 2012, págs. 912-921.

¹¹⁵⁹ Cfr. artigo 4°, n° 1, do Regulamento ANR.

¹¹⁶⁰ Cfr. artigo 18° do Regulamento ANR.

*registro de uma agência de rating adotada pela ESMA produza efeitos*¹¹⁶¹, no contexto de uma *europização* clara, com a outorga de *poderes exclusivos de supervisão das agências de notação de risco à ESMA*¹¹⁶².

Recentemente, *aperfeiçoou-se o enquadramento regulamentar das agências de notação de risco e aprofundaram-se as medidas adoptadas para reduzir o risco de uma excessiva dependência relativamente às notações*, nomeadamente através da extensão do âmbito de aplicação do Regulamento ANR de modo a abranger as perspectivas de notação de risco, do estabelecimento de regras mais rigorosas de independência que visam evitar conflitos de interesses decorrentes do modelo do emitente-pagador e da estrutura accionista das ANR, de alterações relativas à divulgação de informações sobre as metodologias seguidas pelas ANR e sobre as notações de risco e as perspectivas por elas emitidas, de modificações quanto às notações de risco de entidades ou dívidas soberanas, à comparabilidade das notações de risco e comissões cobradas pelas notações de risco, à responsabilidade civil das ANR perante os investidores.¹¹⁶³

¹¹⁶¹ Cfr. artigo 14º, nº 2, do Regulamento ANR.

¹¹⁶² Trata-se de novidade recente, promovida pelo Regulamento (UE) nº 513/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2011, que altera o Regulamento (CE) nº 1060/2009 relativo às agências de notação de risco. Sobre os poderes da ESMA em matéria de agências de *rating* ao abrigo daquele novo diploma, *vide* RAQUEL GARCÍA ALCUBILLA e JAVIER RUIZ DEL POZO, *Credit rating agencies on the watch list: analysis of european regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹¹⁶³ Cfr. Regulamento (UE) nº 513/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2011, que altera o Regulamento (CE) nº 1060/2009 relativo às agências de notação de risco. Na doutrina, *vide* o conjunto de artigos publicados em “Las agencias de ‘rating’ en una nueva encrucijada”, *in* *Revista de derecho bancario y bursátil*, Ano XXXII, nº 129, 2013, págs. 205-274.

B) Flexibilização das regras dos auxílios de Estado ao sector financeiro

Em princípio, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros¹¹⁶⁴, os auxílios con-

¹¹⁶⁴ No respeitante à susceptibilidade de afectação das trocas comerciais entre os Estados-Membros, o TJ tem acolhido uma interpretação, a nosso ver, lata. Assim, no acórdão Altmark, o Tribunal considerou não estar “excluído que uma subvenção pública concedida a uma empresa que apenas fornece serviços de transporte local ou regional e não fornece serviços de transporte fora do Estado de origem possa, não obstante, ter influência sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros”, porquanto “quando um Estado-Membro concede uma subvenção pública a uma empresa, o fornecimento de serviços de transporte pela referida empresa pode por esse facto ser mantido ou aumentado, o que tem como consequência que as hipóteses de empresas estabelecidas noutros Estados-Membros fornecerem os seus serviços de transporte no mercado desse Estado são diminuídas”. Cfr. acórdão de 24/07/2003, Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, e Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, processo C-280/00, n.ºs 77 e 78. No mesmo sentido, cfr. acórdãos França contra Comissão, processo 102/87, n.º 19 e Itália contra Comissão, processo C-305/89, n.º 26, entre outros.

Por outro lado, embora o Tribunal de Justiça considere a importância relativamente fraca de um auxílio ou a dimensão relativamente modesta da empresa beneficiária não impeditivas *a priori* de afectarem as trocas entre Estados-Membros (cfr. acórdão Altmark, n.º 81), a Comissão tem a preocupação de se concentrar nas ajudas com um impacto significativo sobre as trocas comerciais entre estes. Por isso, o Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de dezembro de 2006, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado aos auxílios *de minimis* não considera auxílios estatais na acepção do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE os auxílios concedidos num período de três anos e que não excedem um limiar de 200 000 euros, aplicando-se um limiar especial de 100 000 euros ao setor do transporte rodoviário.

Mais desenvolvidamente, em especial quanto ao acórdão Altmark e à “mudança de paradigma em matéria de auxílios públicos” que este aresto aparentemente envolveria, bem como sobre o denominado Pacote Pós-Altmark, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., pág. 234 e ss, MARC LEHR, “Europäisches Wettbewerbsrecht und Kommunale Daseinsvorsorge”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, Ano 58, Heft 13, Julho 2005, pág. 542 e ss, CHRISTIAN HEINZE, “Genehmigungen und Zuschüsse für den Kraftfahrzeug – Linienverkehr nach dem «Altmark-Urteil» des EuGH vom 24. Juli 2003”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 2004, pág. 432 e ss, e CARSTEN JENNERT, “Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans”, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 4, Frankfurt am Main, 2004, pág. 431 e ss.

cedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais¹¹⁶⁵, independentemente da forma que assumam¹¹⁶⁶, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência¹¹⁶⁷, favorecendo certas empresas ou certas produções.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁵ De acordo com a jurisprudência do Tribunal, apenas as ajudas concedidas, directa ou indirectamente, pelo Estado são auxílios nos termos do artigo 107º, nº 1, do TFUE (ex- artigo 87º, nº 1, do TCE). Cfr., neste sentido, acórdãos Grécia contra Comissão, processo C-57/86, nº 12 e PreussenElektra, processo C-379/98, nº 58, e França contra Comissão, processo C-482/99, nº 24.

¹¹⁶⁶ Na noção de auxílio estadual, incluem-se não apenas os subsídios, mas toda uma panóplia de intervenções susceptíveis de proporcionar vantagens similares àqueles (v.g., isenções de impostos e de taxas, bonificações de juros, garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, fornecimento de bens em condições preferenciais, cobertura de perdas de exploração e outras medidas de efeito equivalente).

Sobre as noções de auxílio estatal e medidas de efeito equivalente, na doutrina, vide MARIANNE DONY, “Aides d’Etat, concurrence et libre circulation”, in *Revue des Affaires Européennes*, Bruylant, Bruxelas, 2005, em especial, pág. 412 e ss. Na jurisprudência, cfr., por exemplo, acórdãos do TJ, SFEI, processo C-39/94, nº 60, Espanha contra Comissão, processo C-342/96, nº 41, Alemanha contra Comissão, processo C-156/98, nº 25 e Itália SIM2 Multimedia contra Comissão, processos C-328/99 e C-399/00, nº 35.

¹¹⁶⁷ Sobre o requisito da distorção da concorrência em articulação com a condição da susceptibilidade da afectação do comércio entre os Estados membros, vide JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, “Regímenes fiscales y ayudas estatales: los limites de la competencia de los Estados miembros. Selectividad frente a distorsión de la competencia”, in *El derecho de la competencia en tiempo de crisis*, coordenado por S. Martínez Lage e A. Petitbò Juan, Marcial Pons, Madrid, págs. 229-245.

¹¹⁶⁸ Cfr. artigo 107º, nº 1, do TFUE.

Para maiores desenvolvimentos sobre a matéria dos auxílios de Estado, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001, pág. 474 e ss, LUÍS SILVA MORAIS, *O Mercado Comum e os auxílios públicos – Novas perspectivas*, Almedina, Coimbra, 1993, LUÍS SILVA MORAIS e MIGUEL SOUSA FERRO, “Risk Capital as State Aid: Revising the Commission’s Market Failure Approach”, in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2011, págs. 425-432, LUÍS MIGUEL ROMÃO, “State Aids in Portuguese Case-Law: So Many but so Little, or Much Ado about Nothing?”, in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2011, págs. 467-478, JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, e *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia – Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o Mercado Interno*, Dissertação de doutoramento em

Excepcionalmente, para além da hipótese do artigo 106º, nº 2, do TFUE, em matéria de serviços de interesse económico geral¹¹⁶⁹, certos auxílios podem ser considerados compatíveis com o Mercado Interno, por integrarem o elenco do artigo 107º, nº 2, do TFUE¹¹⁷⁰, ou porque a Comissão os permite, após pondera-
.../...

Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, 2012, MANUEL PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “State aids in Portugal”, in *Temas de Integração*, nº 22, Almedina, Coimbra, 2º semestre de 2006, MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “State aids in Portugal”, in *The effective application of EU State aid procedures – the role of national law and practice*, coordenado por Paul F. Nemitz, Kluwer Law International, 2007, págs. 343-353, MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “Portugal”, in *Enforcement of EU State aid law at national level – reports from the Member States*, coordenado por J. Derenne, A. Müller-Rappard e C. Kaczmarec, Lexxion, Berlim, 2010, págs. 285-292, MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado”, in *Concorrência e Regulação*, 3, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 173-207, MANUEL LOPES PORTO/JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA/ANA RITA ANDRADE, anotação ao artigo 65º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 635-651, e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/ANTONIO CARLOS DOS SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito Económico*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 317 e ss.

¹¹⁶⁹ Como referem Luís Silva Morais e Francisco Costa Cabral, com o acórdão Altmark “o campo de aplicação do artigo 106º, nº 2 [do TFUE] foi assim fundamentalmente ajustado, transformando-se numa nova possibilidade de exclusão da existência de um auxílio estatal.” (parêntesis nosso) Vide LUÍS SILVA MORAIS e FRANCISCO COSTA CABRAL, anotação ao artigo 106º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 517. Para maiores desenvolvimentos sobre a compatibilidade das compensações das obrigações de serviço público com o artigo 107º, nº 1, do TFUE, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., págs. 232-242, e , mais recentemente, HEIKE SCHWEITZER, “Services of General Economic Interest: european law’s impact on the role of markets and the member states”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011, págs. 27-31.

¹¹⁷⁰ Dispõe o artigo 107º, nº 2, do TFUE:

“ São compatíveis com o mercado interno:

.../...

ção discricionária dos prejuízos para a concorrência e comércio intracomunitário e das vantagens relativamente à prossecução de outros interesses gerais da União, nos termos do artigo 107º, nº 3, do TFUE^{1171 1172}.

Enquanto os auxílios referidos no artigo 107º, nº 2, do TFUE, são compatíveis *de jure* com o Mercado Interno, limitando-se a Comissão a verificar o pre-

.../..._____

- a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;
- b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;
- c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afectadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adoptar uma decisão que revogue a presente alínea.”

¹¹⁷¹ Estabelece o artigo 107º, nº 3, do TFUE:

“Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:

- a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social;
- b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projecto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro;
- c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum;
- d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum;
- e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.”

¹¹⁷² Vide ROBERTO MASTROIANI, “Public service media and market integration”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011, pág. 164.

enchimento em concreto dos respectivos requisitos de aplicação,¹¹⁷³ nos termos do artigo 107º, nº 3, do TFUE, a Comissão dispõe de um poder discricionário de avaliação da admissibilidade de determinadas categorias de auxílios.

Atendendo ao âmbito restrito do controlo jurisdicional do exercício deste poder discricionário, limitado à verificação do respeito das regras processuais e da fundamentação, da exactidão da matéria de facto em que se baseou a opção contestada, da ausência de erro manifesto na apreciação da matéria de facto e da ausência de desvio de poder,¹¹⁷⁴ a Comissão dispõe na realidade de ampla liberdade na conformação da política europeia dos auxílios de Estado¹¹⁷⁵.

Em nome da (maior) segurança jurídica, porém, a Comissão, para além de emitir importantes instrumentos de *soft law*, a partir da entrada em vigor do Regulamento Geral de Isenção Categorical¹¹⁷⁶ adopta regulamentos de aplicação do arti-

¹¹⁷³ Reconhecendo a intensidade das vinculações normativas, Luís Morais defende a existência de alguma margem de apreciação da Comissão nestes casos, “sob forma de discricionariedade, ou sob uma qualquer forma de discricionariedade imprópria.” Vide LUÍS SILVA MORAIS, *O Mercado Comum e os auxílios públicos...*, cit., págs. 88-89.

¹¹⁷⁴ Cfr., por exemplo, acórdãos do Tribunal de 29 de Outubro de 1980, Roquette Frères/Conselho, processo C-138/79, nº 25, de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão, processos C-142/84 e 156/84, nº 62, de 10 de Março de 1992, Ricoh/Conselho, processo C-174/87, nº 68, de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão, processo C-225/91, nº 25, e de 29 de Fevereiro de 1996, Reino da Bélgica contra Comissão das Comunidades Europeias, processo C-56/93, nº 11.

¹¹⁷⁵ Segundo João Nogueira de Almeida, o limitado controlo dos tribunais europeus “tem na prática significado a concessão de mãos livres à Comissão para actuar da forma que entende quando avalia a compatibilidade dos auxílios com o mercado único com base no art. 107º, nº 3.” Vide JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, anotação ao artigo 107º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 522.

¹¹⁷⁶ Cfr. Regulamento (CE) nº 994/98 do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 87º e 88º (actuais artigos 107º e 108º do TFUE) do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais. (parêntesis nosso)

go 107º, nº 3, do TFUE,¹¹⁷⁷ declarando certas categorias de auxílios compatíveis com o Mercado Interno e, por isso, não sujeitas à obrigação de notificação prevista no artigo 108º, nº 3, do TFUE^{1178, 1179}.

Desta forma, a Comissão procura garantir a previsibilidade do controlo da compatibilidade dos auxílios de Estado com o Mercado Interno, superando de algum modo o risco de arbitrariedade decorrente da concretização casuística, por exemplo, das derrogações previstas no artigo 107º, nº 3, do TFUE.

Para aqui muito relevante é a *alínea b), do nº 3, do artigo 107º do TFUE*: a possível *compatibilidade com o Mercado Interno de auxílios destinados a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro* (e a fomentar a realização de um projecto importante de interesse europeu comum).

Desde o início da crise financeira mundial, a Comissão publicou *quatro Comunicações a fornecer orientações pormenorizadas sobre os critérios de determinação da compatibilidade dos auxílios estatais concedidos às instituições financeiras com os requisitos do artigo 107º, nº 3, alínea b), do TFUE*.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁷ Nos termos do artigo 108º, nº 4, do TFUE: “A Comissão pode adoptar regulamentos relativos às categorias de auxílios estatais que, conforme determinado pelo Conselho nos termos do artigo 109º, podem ficar dispensadas do procedimento previsto no nº 3 do presente artigo.”

¹¹⁷⁸ Dispõe o artigo 108º, nº 3, do TFUE: “Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.”

¹¹⁷⁹ Vide JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “As isenções categoriais no domínio das ajudas de Estado”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Coimbra, 2002.

¹¹⁸⁰ Em geral, sobre os auxílios estaduais ao sector bancário, vide *European Competition Law Annual 1999: selected issues in the field of state aids*, coordenado por Claus Dieter Ehelermann e Michelle Everson, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Hart Publishing, 2001, págs. 177-466.

Em termos sucintos, quanto ao conteúdo fundamental, as *Comunicações relativas aos bancos*¹¹⁸¹, à *recapitalização*¹¹⁸² e aos *activos depreciados*¹¹⁸³ *definem as condições a preencher pelos principais tipos de auxílios concedidos pelos Estados-Membros*¹¹⁸⁴ (garantias que cobrem as responsabilidades bancárias, regimes de recapitalização e medidas de apoio aos activos depreciados) para serem considerados compatíveis com o Mercado Interno,¹¹⁸⁵ enquanto a *Comunicação sobre a reestruturação*¹¹⁸⁶ enumera as características concretas que um plano de reestruturação (ou plano de viabilização) deve apresentar no âmbito específico dos auxílios estatais concedidos aos bancos no contexto da crise com base no artigo 107º, nº 3, alínea b), do TFUE.

¹¹⁸¹ Cfr. Comunicação da Comissão — Aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global (Comunicação relativa aos bancos), publicada no JO C 270 de 25.10.2008, pág. 8.

¹¹⁸² Cfr. Comunicação da Comissão — A recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas da concorrência (Comunicação relativa à recapitalização), publicada no JO C 10 de 15.1.2009, pág. 2.

¹¹⁸³ Cfr. Comunicação da Comissão relativa ao tratamento dos activos depreciados no sector bancário da Comunidade (Comunicação sobre os activos depreciados), publicada no JO C 72 de 26.3.2009, pág. 1.

¹¹⁸⁴ Entre nós, cfr., em especial, Lei nº 60-A/2008, de 20 de Outubro, que estabelece a possibilidade de concessão extraordinária de garantias pessoais pelo Estado no âmbito do sistema financeiro e Lei nº 63-A/2008, de 24 de Novembro, que estabelece medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito no âmbito da iniciativa para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros, alterada recentemente pela Lei nº 4/2012, de 11 de Janeiro.

¹¹⁸⁵ Para maiores desenvolvimentos, *vide* TAKIS TRIDIMAS, “EU financial regulation...”, *cit.*, págs. 796-798.

¹¹⁸⁶ Cfr. Comunicação sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise (Comunicação sobre a reestruturação), publicada no JO C 195 de 19.8.2009, pág. 9.

Em 1 de Dezembro de 2010, a Comissão, para além de modificar o conteúdo e de alargar o prazo de aplicação da Comunicação sobre a reestruturação, a única das referidas quatro Comunicações com uma data de caducidade (31 de Dezembro de 2011), considerou manterem-se as condições para a aprovação dos auxílios estatais ao abrigo do artigo 107º, nº 3, alínea b), do TFUE e que, por isso, as Comunicações relativas aos bancos, à recapitalização e aos activos depreciados deviam continuar a aplicar-se, a fim de fornecerem orientações sobre os critérios de compatibilidade dos auxílios concedidos aos bancos no contexto da crise com base naquele preceito.¹¹⁸⁷

Na verdade, a Comissão assumiu claramente que *a grande volatilidade dos mercados financeiros e a incerteza quanto ao futuro económico justificavam a manutenção, por razões de segurança, da possibilidade de os Estados-Membros invocarem, com base no artigo 107º, nº 3, alínea b), do TFUE, a necessidade de adoptar medidas de apoio no contexto da crise.*¹¹⁸⁸

Mais recentemente, estabeleceram-se alterações aos parâmetros que regem a compatibilidade dos auxílios estatais concedidos aos bancos no contexto da crise a partir de 1 de Janeiro de 2012, designadamente complementando-se a Comunicação relativa à recapitalização, explicando a forma como a Comissão realizará a avaliação proporcionada da viabilidade a longo prazo dos bancos, no contexto do *pacote bancário*¹¹⁸⁹, e introduzindo uma metodologia revista para assegurar que

¹¹⁸⁷ Cfr. Comunicação sobre a aplicação, a partir de 1 de Janeiro de 2011, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira (Comunicação de prorrogação), publicada no JO C 329 de 7.12.2010, pág. 7.

¹¹⁸⁸ *Idem*, nº 6.

¹¹⁸⁹ O denominado *pacote bancário* foi aprovado pelos Chefes de Estado ou de Governo na sua reunião de 26 de Outubro de 2011 e tem como objectivo restabelecer a confiança no sector bancário através de garantias sobre o financiamento a médio prazo e da criação de margens de reserva de capital temporárias, que permitam elevar para 9 % o rácio de fundos próprios de muito elevada qualidade, após contabilização pelo valor de mercado das exposições à dívida soberana. Cfr. Declaração dos Chefes de Estado ou de Governo da UE de 26 de Outubro de 2011, in http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/125621.pdf.

as remunerações pagas pelas garantias sobre as responsabilidades dos bancos são suficientes para limitar o auxílio ao mínimo.¹¹⁹⁰

Explicando “a forma como *a sua política em matéria de auxílios estatais* lhe permitiu fazer face à crise económica e financeira”, a Comissão assume que “*utilizou o instrumento dos auxílios estatais de molde a incentivar a reestruturação dos bancos, mantendo simultaneamente condições de concorrência equitativas no mercado*”, tendo fixado as condições relativas às regras em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos bancos em período de crise “*com um triplo objetivo: salvar a estabilidade financeira, preservar o mercado interno e reestruturar os beneficiários de auxílios, a fim de assegurar a sua viabilidade a longo prazo*”; *a Comissão confessa-se mesmo como “a única instituição que impõe expressamente condições de partilha dos encargos para as operações de salvamento, o que contribui para reduzir o risco moral no futuro”* (itálicos nossos)¹¹⁹¹

Não nos pronunciaremos nesta dissertação sobre os méritos e a eficácia desta faceta do *modelo keynesiano* de intervenção adoptado pela Comissão no mundo financeiro¹¹⁹², mas forçoso é salientar a *mudança de paradigma da intervenção desta instituição em sede de auxílios de Estado: deixa de se cingir ao controlo da compatibilidade destas ajudas com o Mercado Interno, em nome de uma concorrência não falseada entre as empresas,*¹¹⁹³ *para passar a intervir na deli-*

¹¹⁹⁰ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de Janeiro de 2012, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira (2011/C 356/02), nº 5.

¹¹⁹¹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Relatório sobre a Política de Concorrência 2011, {SWD (2012) 141 final} Bruxelas, 30.5.2012, COM (2012) 253 final, pág. 4.

¹¹⁹² Vide TAKIS TRIDIMAS, “EU financial regulation...”, *cit.*, pág. 803.

¹¹⁹³ Nas palavras de Thomas von Danwitz, “o controlo dos auxílios estaduais tem de efectivamente garantir que os Estados membros não podem criar distorções na concorrência com ajudas que, em primeiro lugar, são asseguradas directa ou indirectamente através de recursos estaduais e, em segundo lugar, são imputáveis ao Estado.” Vide THOMAS VON DANWITZ, “State aid in liberalized sectors”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011, pág. 108.

*mitação material do que considera uma política acertada de auxílios de Estado, numa invasão (ilegítima) da liberdade de conformação da política dos auxílios públicos por parte dos Estados membros.*¹¹⁹⁴

Destacando a *tendência de europeização da política de auxílios de Estado*¹¹⁹⁵, concluímos com as palavras de João Nogueira de Almeida: “no domínio dos auxílios, o Tratado parece estabelecer uma linha de demarcação entre controlo e política, cabendo aquele à Comissão e esta aos Estados membros. O controlo dos auxílios faria parte da política e do direito da concorrência europeus, competindo à Comissão exercer de forma exclusiva o controlo sobre os auxílios concedidos pelos Estados, em ordem a impedir distorções da concorrência no Mercado Interno. Já a política de auxílios caberia aos Estados, os quais teriam competência para conceber e executar os auxílios que entendessem por bem, pertencendo-lhes a definição das políticas nacionais de auxílios, no respeito dos limites materiais previstos no artigo 107º, nºs 2 e 3. (...)”

Esta separação nítida entre controlo e política tem vindo a esbater-se, por força da actuação da Comissão. (...) Ancorando-se no poder discricionário que o TFUE lhe concede para avaliar a compatibilidade dos auxílios com o Mercado Interno, ao abrigo do nº 3 do artigo 107º, a Comissão tem vindo, paulatinamente, a

¹¹⁹⁴ Como explica João Nogueira de Almeida: “A opção da União por uma economia de mercado aberto e de livre concorrência implica que os auxílios de Estado sejam obrigatoriamente considerados uma solução supletiva na resolução do problema económico. Contudo, a recepção pela Comissão das teses da escola económica neo-clássica resultaram na sobrevalorização do papel do mercado na resolução dos problemas económicos e na diminuição da liberdade dos Estados para definirem as suas políticas e preferências em matéria de política económica.” *Vide* JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “O sentido da atribuição de auxílios de Estado numa economia de mercado”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, pág. 59.

¹¹⁹⁵ Jean Sirinelli fala de uma “comunitarização completa da noção de auxílio de Estado”. *Vide* JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif...*, *cit.*, pág. 260.

cercear a liberdade dos Estados membros na determinação material do conteúdo das políticas nacionais de auxílios.”¹¹⁹⁶

C) Rumo a uma União Bancária?

Para combater os riscos específicos na área do euro, com gastos até ao presente de mais de 4,5 biliões de euros dos contribuintes para resgatar bancos, a *coordenação entre as autoridades nacionais de supervisão mostra-se insuficiente no contexto de uma moeda única*, onde é essencial tomar decisões em comum.

Em particular, torna-se essencial *romper os círculos viciosos entre dívida soberana e dívida bancária* (v.g. Grécia, Portugal, Itália, Espanha, Irlanda, Chipre)¹¹⁹⁷, em que as preocupações com a solvabilidade de Estados afectaram os bancos e/ou vice versa, nomeadamente devido às responsabilidades públicas assumidas no *bailing out* de bancos ou pela significativa detenção de obrigações soberanas nas carteiras (“*portfolios*”) das instituições de crédito, e sobretudo tendo em conta a ausência de mandato do BCE para responder a estes problemas.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁶ Vide JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia..., cit., págs. 280-281.

¹¹⁹⁷ Para uma demonstração, com base em cálculos do BCE, de como a “ligação estreita entre riscos soberanos e bancários se tem reflectido numa correlação largamente positiva entre os prémios das obrigações soberanas e bancárias” em países da zona euro como Portugal, Grécia, Irlanda, Itália, Espanha, entre outros, vide FRANK SMETS, “Imbalances in the euro area and the ECB’s response”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 49.

¹¹⁹⁸ Sobre a correlação entre *sovereign rating* e *corporate rating*, maxime a dependência dos *ratings* bancários relativamente aos *ratings* soberanos dos respectivos Estados, e a necessidade de distinção entre a evolução de dívida soberana e a dívida bancária para a concretização de um mercado bancário único e para a quebra dos designados (pela Comissão) *ciclos de retroacção negativa* entre a sustentabilidade de dívidas públicas e a viabilidade de instituições de crédito, vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, “Dos objectivos da União Bancária”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Volume LV, 2012, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, págs. 259-262.

No âmbito de uma *perspectiva de integração económica e orçamental* a longo prazo, *transferir a supervisão dos bancos para o nível europeu no quadro de uma denominada união bancária*, a complementar com outras medidas, como um *sistema comum de protecção dos depósitos* e uma *gestão integrada das crises bancárias*, *é fundamental para a redução do binómio crises bancárias - crises soberanas e para a própria sobrevivência da União Económica e Monetária (UEM).*¹¹⁹⁹

Destarte, *para a União Bancária é, antes de mais, indispensável a existência de um conjunto único de regras*, designadamente as decorrentes das reformas em curso *em matéria de requisitos de capital*, destinadas fundamentalmente a garantir a resiliência dos bancos, a prevenir a instabilidade financeira e minimizar os riscos dos contribuintes.

Também essencial para a União Bancária é uma adequada disciplina de *resolução de crises bancárias*¹²⁰⁰, importante para a estabilização de eventuais

¹¹⁹⁹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho -Roteiro para uma União Bancária, COM (2012) 510 final, Bruxelas, 12/09/2012, n.º 1.

¹²⁰⁰ Em adaptação à proposta de Directiva Recuperação e Resolução Bancárias (DRRB) – que fixa as regras sobre a forma como os bancos da UE em graves dificuldades financeiras são reestruturados e como as perdas e os custos são repartidos pelos seus accionistas, credores e depositantes com depósitos não garantidos -, encontra-se actualmente em curso uma proposta de regulamento que estabelece um Mecanismo Único de Resolução e um Fundo Único de Resolução bancária (cfr. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um mecanismo único de resolução e de um fundo único de resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 10.7.2013, COM(2013) 520 final, 2013/0253 (COD)).

Não obstante, no momento em que escrevemos, Conselho e Parlamento Europeu ainda não terem consensualizado posições, parece que o novo fundo de resolução bancária, em vez de ser verdadeiramente europeu, conforme advogado pela Comissão, PE e países como França ou Itália, será, por imposição alemã, uma mera justaposição de fundos nacionais alimentados por cada país participante. Assim, durante os primeiros dez anos, cada país só poderá usar o dinheiro do seu fundo: no caso de este não ser suficiente cada Estado terá de intervir com dinheiro público, a reembolsar posteriormente pelos bancos, sem possibilidade de recurso ao MEE como rede de segurança.

disrupções sistémicas graves, e de *segurança dos depósitos*¹²⁰¹, designadamente por sistema de garantia financiado pelos bancos europeus (Fundo de Garantia de Depósitos Europeus) - os fundos em causa (fundos nacional e europeu), por maiores que sejam, podem revelar-se insuficientes para cumprir todas as obrigações garantidas, a poder (mas não a obrigar) lançar mão do custeamento destas pelo erário público, com o que isso implica de uma certa capacidade fiscal ao nível europeu, uma certa *União Orçamental*.¹²⁰²

.../..._____

Os fundos nacionais serão progressivamente concentrados num fundo único ao longo de 10 anos, de acordo com as condições a definir em acordo intergovernamental no qual os Estados-Membros se comprometem a transferir para o fundo comum as contribuições colectadas junto dos seus bancos e como as utilizarão, sob direcção de uma entidade autónoma e independente.

Pela nossa parte, temos apenas a acrescentar que o fundo único de resolução, pela sua dimensão face aos riscos bancários segurados, não é credível sem ser dotado de um *backstop* orçamental comunitário (ou, no mínimo, comum aos Estados que integram a União Bancária), o qual deve assegurar os fundos necessários à salvaguarda da estabilidade financeira.

¹²⁰¹ A centralização dos mecanismos de garantia de depósitos, terceiro pilar da União Bancária, permitirá assegurar e salvaguardar integralmente da mesma forma todos os depósitos e tornará a indústria bancária responsável solidariamente por essa garantia. Lamentavelmente não está definido um calendário para o avanço nesta vertente – o que deixa incompleto, mais uma vez, o projecto de integral União Bancária...

¹²⁰² Permanecem, pois, actuais as palavras de Paz Ferreira, escritas já em 1998 (!): “aquilo que (...) está aqui verdadeiramente em causa é a circunstância de a supressão da soberania monetária dos Estados não ser acompanhada da criação de um orçamento federal forte, à semelhança dos existentes na generalidade dos Estados federais, que permitisse ocorrer a crises regionais e compensasse a compressão da margem de manobra económica dos Estados membros.” Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, *União Económica e Monetária – Guia de Estudo*, Quid Iuris, Lisboa, 1999, pág. 51, e, posteriormente, em “O Euro e a continuidade dos contratos”, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume I, organização de Rui Moura Ramos, Carlos Ferreira de Almeida, António Marques dos Santos, Pedro Pais de Vasconcelos, Luís de Lima Píneiro, Maria Helena Brito, Dário Moura Vicente, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 834-835.

Mais recentemente, Eulalia Rubio considera também que em caso de crise financeira sistémica grave as contribuições dos bancos - via Sistema de Resolução Único ou Sistema Comum de Garantia de Depósitos - podem revelar-se insuficientes, impondo-se, por isso, um orçamento da zona euro (4 a 5% do PIB desta) que evite, em última análise, a insolvabilidade de Estados membros

.../...

*Regras a aplicar do mesmo modo em toda a União, mediante uma supervisão coerente e convergente (supervisão integrada) das instituições de crédito pelas autoridades nacionais de supervisão e pelo BCE, avultando aqui também o papel da EBA, designadamente na preparação de um manual de supervisão único, indispensável para evitar o fenómeno da arbitragem regulamentar entre os Euro-Estados e os restantes membros da União e assim preservar o mercado único dos serviços financeiros.*¹²⁰³

De modo breve, dir-se-á que o estabelecimento da União Bancária coenvolve a articulação do aprofundamento da disciplina regulatória europeia com uma significativa centralização de responsabilidades de supervisão a nível europeu, sem a qual o risco moral resultante do relaxamento da supervisão nacional, *maxime* em função dos esquemas europeus de garantia de depósitos e de resolução, poderia aumentar consideravelmente.

.../..._____

eventualmente forçados a assumir os custos dessas crises e a própria fragmentação do mercado financeiro da UEM. *Vide* EULALIA RUBIO, “Budget de la zone Euro: trois fonctions, trois instruments”, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 567, Abril 2013, págs. 216-217.

¹²⁰³ *Vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, *União Económica e Monetária, cit.*, pág. 4. Nesta linha, o Parlamento Europeu propôs recentemente (03/12/12) a inserção de um considerando (4-A) a acentuar a importância da EBA em “evitar o risco de a instituição de um mecanismo de supervisão que abranja apenas alguns Estados-Membros poder conduzir a uma fragmentação das práticas de supervisão no mercado interno”, defendendo ser “essencial que o conjunto único de regras seja acompanhado por um manual de supervisão europeu, elaborado pela EBA após consulta das autoridades supervisoras nacionais, a fim de identificar as práticas de mais elevada qualidade no conjunto da União em matéria de metodologias e procedimentos de supervisão, de modo que os princípios fundamentais de Basileia e da União não sejam minados.” Cfr. projecto de resolução legislativa do Parlamento Europeu sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) nº 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à sua interação com o Regulamento (UE) nº .../... do Conselho que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito (COM (2012) 0512 – C7-0289/2012 – 2012/0244(COD)).

Desta sorte, a criação do *Mecanismo Único de Supervisão (MUS)*, por meio de uma supervisão integrada e independente aplicável a todos os Estados-Membros participantes, com base num sistema que envolve o BCE e as autoridades nacionais de supervisão, visa garantir a implementação eficaz do “single rulebook” aplicável aos serviços financeiros e a convergência das práticas e dos procedimentos de supervisão, com vista a restaurar a confiança no sector bancário e restabelecer os fluxos de empréstimos interbancários e de crédito transfronteiras.¹²⁰⁴

Abrangendo a zona euro e aberto à participação de todos os Estados-Membros com moeda própria¹²⁰⁵, o MUS tem o BCE como instituição responsá-

¹²⁰⁴ Cfr. parecer do Banco Central Europeu, de 27 de novembro de 2012, sobre uma proposta de regulamento do Conselho que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, e sobre uma proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia), (CON/2012/96) (2013/C 30/05), 1.2.. Na doutrina, *vide*, por exemplo, ALAIN BUZELAY, “De l’Union Monétaire à l’Union Bancaire en Europe”, in *Revue de L’Union Européenne*, n.º 571, Setembro 2013, págs. 466-471, JOSÉ GARCÍA ALCORTA, “Observaciones en torno al mecanismo único de supervisión bancaria en la Unión Europea”, in *Actualidad Jurídica*, n.º 34, Uría Menéndez, 2013, págs. 51-70, e MICHEL BARNIER, “L’Union Bancaire européenne, condition de la stabilité financière durable et prélude à une nouvelle étape de l’intégration européenne”, in *Revue de L’Union Européenne*, n.º 571, Setembro 2013, págs. 462-465.

¹²⁰⁵ Cfr. artigo 7.º do Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito (adiante Regulamento MUS).

Sobre algumas questões de carácter constitucional, nomeadamente relativas à situação dos Estados-Membros que não aderiram ao euro mas que desejem participar na união bancária, cfr. parecer da Comissão dos Assuntos Constitucionais dirigido à Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários sobre a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à sua interacção com o Regulamento (UE) n.º .../... do Conselho que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que diz respeito às políticas

.../...

vel pela supervisão bancária¹²⁰⁶, em razão da sua qualidade de banco central da área do euro e da vasta experiência no domínio da estabilidade macroeconómica e financeira, no âmbito de um sistema constituído por ele próprio e pelos supervisores nacionais,¹²⁰⁷ pela estreita proximidade e conhecimento relativamente às economias e aos sistemas financeiros nacionais e porque não seria viável a supervisão central de todos os bancos da zona Euro.

Enquanto o *BCE é incumbido das funções de supervisão que devem ser exercidas a nível da UE para garantir uma aplicação uniforme e eficaz das normas prudenciais* - licenciamento e autorização das instituições de crédito, avaliação das participações qualificadas, garantia da conformidade com os requisitos mínimos de capitais, da adequação do capital interno ao perfil de risco de uma instituição de crédito, da supervisão numa base consolidada e do exercício de funções de supervisão relativamente aos conglomerados financeiros, do cumprimento das disposições em matéria de alavancagem financeira e liquidez, da aplicação das margens de reserva de fundos próprios e da adopção, em coordenação com as autoridades de resolução, de medidas de intervenção precoce quando um banco infringe, ou está prestes a infringir, os requisitos regulamentares de capital, o controlo dos riscos e a prevenção de crises -¹²⁰⁸, *as autoridades nacionais continuarão a exercer funções que melhor podem ser desempenhadas a nível nacional* (protecção dos consumidores e combate ao branqueamento de capitais, supervisão das instituições de crédito de países terceiros que estabelecem sucursais ou pres-

.../..._____

relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito (COM (2012) 0512 – C7-0289/2012 – 2012/0244 (COD)), relatado por Paulo Rangel, págs. 4 e 5.

¹²⁰⁶ A atribuição de funções de supervisão ao BCE tem por base o artigo 127º, nº 6, do TFUE, que permite ao Conselho, por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta ao Parlamento Europeu e ao Banco Central Europeu, "conferir a este último atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito e outras instituições financeiras, com exceção das empresas de seguros".

¹²⁰⁷ Cfr. artigo 6º do Regulamento MUS.

¹²⁰⁸ Cfr. artigo 5º e artigos 9º-18º do Regulamento MUS.

tam serviços transfronteiras no território de um Estado-Membro e, *em geral, todas as funções de supervisão não conferidas ao BCE*).¹²⁰⁹

Por outro lado, *ao exercer as suas funções no quadro do Sistema Europeu de Supervisão Financeira, o BCE colabora estreitamente com as três Autoridades Europeias de Supervisão,*¹²¹⁰ *em particular a EBA, não assumindo quaisquer funções desta e limitando o exercício das competências regulamentares previstas no artigo 132º do TFUE* aos casos em que os actos adoptados pela Comissão Europeia com base em projetos elaborados pela EBA ou as orientações e recomendações emitidas por esta agência não aborem certos aspectos indispensáveis para o correcto exercício das funções do BCE ou não os aborem com o necessário pormenor¹²¹¹.

Em reforço da ideia de não duplicação de papeis, *o BCE deve estar apto a desenvolver contactos e celebrar acordos de carácter administrativo com as autoridades de supervisão e as administrações de países terceiros e com as organizações internacionais em coordenação com a EBA.*¹²¹²

Perguntar-se-á: *porque não ter-se pensado na EBA como o novo supervisor europeu, com a vantagem de assim se evitar o receio de futuras falhas de supervisão desgastarem a independência e a autoridade da política monetária do BCE?*¹²¹³

¹²⁰⁹ Mesmo relativamente às funções atribuídas ao BCE, a maioria das verificações quotidianas e outras actividades de supervisão necessárias para preparar e aplicar os actos do BCE poderão ser efectuadas pelas autoridades de supervisão nacionais agindo como parte integrante do MUS. Cfr. exposição de motivos da proposta de Regulamento do Conselho que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, Bruxelas, 12/09/2012, COM (2012) 511 final/2, 2012/0242 (CNS), 4.2.e 4.3.

¹²¹⁰ Cfr. artigo 3º do Regulamento MUS.

¹²¹¹ Cfr. considerando 32 do Regulamento MUS.

¹²¹² Cfr. considerando 80 e artigo 8º do Regulamento MUS.

¹²¹³ Na sequência da criação do mecanismo único de supervisão, apenas se procedeu a alterações específicas no regulamento que cria a EBA, fundamentalmente limitações de ordem processual destinadas a assegurar que esta Autoridade pode desempenhar a suas funções de resolução de diferendos e em situações de emergência também em relação ao BCE, para além de modificações

Talvez o facto de o âmbito da União Bancária se limitar à zona Euro e, em especial, a credibilidade (de longa data) do BCE tenham pesado na preferência por esta instituição¹²¹⁴ em detrimento de uma ESA recentemente estabelecida, sem assento no Tratado e com fortes limitações (constitucionais?) em matéria de poderes de que pode ser revestida... Seguramente, a lição da crise deflagrada no Verão de 2007, em especial da falha da FSA – *Financial Services Authority* (Autoridade única dos serviços financeiros do Reino Unido), desligada do Banco de Inglaterra; vista como um erro a retirada da supervisão das instituições de crédito do *Bank of England*, a reacção à crise traduziu-se no reforço do papel dos Bancos Centrais na supervisão dos bancos.¹²¹⁵

Duas importantes notas finais acerca do MUS:

- 1) *as actividades do BCE no quadro do MUS não deverão afectar a sua independência (funcional, institucional, pessoal e financeira) no exercício das funções,*¹²¹⁶ de modo a superar-se, assim, o receio da inconciliabilidade entre a prossecução pelo Banco Central (Europeu) do objec-

.../..._____

quanto à revisão de modalidades de votação requeridas para a adopção de decisões várias e relativamente à inclusão no Conselho de Administração de, no mínimo, dois Estados-Membros que não participam no MUS. Cfr. Regulamento (UE) n° 1022/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, que altera o Regulamento (UE) n° 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à concessão de atribuições específicas ao Banco Central Europeu nos termos do Regulamento (UE) n° 1024/2013 do Conselho.

¹²¹⁴ Neste sentido, *vide* JEAN PISANI-FERRY, ANDRÉ SAPIR, NICOLAS VERÓN e GUNTRAM B. WOLFF, “What kind of European Banking Union?”, *cit.*, págs. 11-12.

¹²¹⁵ *Vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros, cit.*, págs. 90 e 93.

¹²¹⁶ Cfr. artigo 19° do Regulamento MUS. Paralelamente, o BCE é responsável perante o PE e o Conselho, pela aplicação do regulamento proposto, avultando aqui a obrigatoriedade de apresentação de relatórios ou mesmo audições parlamentares. Cfr. artigos 20° e 21° da proposta de Regulamento MUS.

tivo da estabilidade dos preços e de outros desideratos, como o da estabilidade financeira.

Para o efeito afigura-se fundamental a *separação entre as funções de política monetária e de supervisão atribuídas ao BCE*, e assim evitar eventuais conflitos de interesse e garantir um processo de decisão autónomo para o exercício de cada uma das actividades: o novo *Conselho de Supervisão* será o eixo fundamental das tarefas supervisoras a exercer pelo BCE, *órgão no qual um membro da Comissão Europeia pode participar, na qualidade de observador*.¹²¹⁷ Trata-se de importante separação funcional, no quadro da subalternização da estabilidade do sistema financeiro à estabilidade dos preços, na condução da política monetária,¹²¹⁸ considerada por José Manuel Quelhas como a “fragilidade genésica” da União Económica e Monetária evidenciada pela crise¹²¹⁹ ...

Para garantir a independência do BCE, em face do seu papel dual, e o envolvimento de Estados fora da zona Euro no MUS, perante os quais, à luz dos actuais Tratados, o BCE não goza de poderes, tem sido defendida a insuficiência do artigo 127º, nº 6, do TFUE, como base legitimadora de estabelecimento da União Bancária e a necessidade de revisão dos Tratados para esse efeito,¹²²⁰ opção politicamente insustentá-

¹²¹⁷ Cfr. artigo 26º, nº 11, do Regulamento MUS.

¹²¹⁸ Cfr. artigos 127º do TFUE e 25º do Protocolo relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

¹²¹⁹ Vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, “Dos objectivos da União Bancária”, *cit.*, pág. 237.

¹²²⁰ Como salienta Jean-Victor Louis, a estrita separação institucional no exercício das responsabilidades de supervisão e política monetária pelo BCE divide Alemanha e França, defendendo a primeira uma revisão do Tratado para garantir a independência do BCE e estabelecer uma *chinese wall* entre ambas as funções, considerando os gauleses que a criação do MUS é possível no quadro dos Tratados actuais. Vide JEAN-VICTOR LOUIS, “Editorial - Vers l’Union Bancaire”, in *Cahiers de droit europeen*, nº 2, 2012, pág. 303.

vel tendo em conta a urgência de respostas europeias à grave e longa crise em curso.

- 2) *o BCE tornar-se responsável pela supervisão de todos os bancos dentro da união bancária*, aos quais aplica o conjunto único de regras aplicável em todo o mercado interno. Aplaudimos esta solução, porquanto as dificuldades (mesmo) em bancos relativamente pequenos podem ter impactos negativos consideráveis na estabilidade financeira dos Estados-Membros (v.g. *Cajas espanholas*),¹²²¹ devido ao *desencadeamento de ataques especulativos* e, em particular, à *capacidade amplificadora do sistema financeiro*, ou seja, à *imprevisibilidade da reação dos operadores* (v.g. depositantes e investidores), à *incerteza acerca dos factores determinantes do pânico gerador dos levantamentos em massa (corridas bancárias)*, com subsequente *propagação contagiosa a todo o sector financeiro nacional e de outros países*.¹²²²

Conforme se explicita no considerando 16 do Regulamento MUS: “a segurança e a solidez das grandes instituições de crédito são essenciais para garantir a estabilidade do sistema financeiro. Todavia, a experiência recente demonstra que as instituições de crédito de menor dimensão também podem constituir uma ameaça para a estabilidade financeira.

¹²²¹ Nas palavras da Comissão, “a experiência demonstra que até a falência de bancos relativamente pequenos pode causar danos sistémicos além-fronteiras”. Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Roteiro para uma união bancária, *cit.*, pág. 8.

Para uma ilustração da repercussão internacional do efeito dominó derivado de crises financeiras, vide CHARLES KINDLEBERGER, *Manias, panics, and crashes: a history of financial crises*, 5ª edição, John Wiley & Sons, 2005, em especial págs. 123-141.

¹²²² Para maiores desenvolvimentos sobre a irracionalidade na formação das decisões de investimento (o *animal spirits* keynesiano), a incerteza de funcionamento dos mercados financeiros e a subjectividade de dinâmicas comportamentais autofágicas de grupo (*herd behaviour, self-fulfilling crisis, self-confirming optimism, self-confirming pessimism*), vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Almedina, Coimbra, 2012, em especial, pág. 79 e ss.

Por conseguinte, as atribuições de supervisão conferidas ao BCE deverão abranger a *totalidade* das instituições de crédito autorizadas nos Estados-Membros participantes e a totalidade das sucursais estabelecidas nesses Estados-Membros.”

Mais, *uma União Bancária que abrangesse apenas instituições financeiras consideradas sistemicamente relevantes à escala europeia comportaria riscos graves para a concorrência interbancária, com prejuízo claro para bancos mais pequenos e para países como Portugal, com um sistema bancário composto esmagadoramente por entidades sem expressão pan-europeia.*¹²²³

No Regulamento MUS não deixa, porém, de salientar-se que, “ao exercer as atribuições que lhe são conferidas, e sem prejuízo do objetivo de garantir a segurança e a solidez das instituições de crédito, o BCE deverá ter devidamente em conta a diversidade das instituições de crédito, assim como as suas dimensões e modelos empresariais, bem como os benefícios sistémicos da diversidade no sector bancário da União”. Isto é, infelizmente acaba por se distinguir, de algum modo e para efeitos de supervisão do BCE, instituições mais e menos significativas, em função dos critérios da dimensão, da importância para a economia da União ou de um Estado-Membro participante e da importância das actividades transfronteiriças.¹²²⁴

Por outro lado, para além de lamentarmos as demoras na edificação do MUS¹²²⁵, temos dúvidas sobre a efectivação da possibilidade de recapit-

¹²²³ Cfr. considerando 17 do Regulamento MUS.

¹²²⁴ Cfr. artigos 4º e 6º do Regulamento MUS.

¹²²⁵ Nos termos do artigo 27º da proposta de Regulamento MUS, a transferência de competências de supervisão das autoridades de supervisão nacionais para o BCE realizar-se-ia progressivamente, tendo o BCE competências para assumir a supervisão de qualquer banco da área do euro, se assim o decidisse, a partir do primeiro dia previsto para a entrada em vigor do regulamento MUS (1 de Janeiro de 2013), designadamente se o banco estivesse a receber apoio público. Em relação a todos os outros bancos, a supervisão do BCE seria introduzida de forma faseada e automática: a 1 de

talização directa dos bancos da área do euro pelo Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE) por simples decisão¹²²⁶, momento essencial de uma verdadeira União Económica e Monetária e, quiçá, da própria sobrevivência do Euro e mesmo do próprio projecto europeu¹²²⁷!

D) Da reforma da governança económica europeia: a caminho de uma União Orçamental?

Hodiernamente, é consensual apontar-se a *assimetria entre a política monetária*, competência europeia exclusiva¹²²⁸ a permitir ao BCE constituir-se como
.../..._____

Julho de 2013, para os bancos europeus com importância sistémica mais significativos; a 1 de Janeiro de 2014, para os restantes. Deste modo, até 1 de Janeiro de 2014, todos os bancos da área do euro estariam sob supervisão europeia...

Recentemente, também a Comissão salientava a importância crucial de as negociações sobre o MUS serem concluídas antes do final do ano de 2012 e de este instrumento, a ser complementado subsequentemente por um mecanismo único de resolução, estar operacional no início de 2013. Cfr. Comunicação da Comissão - Plano pormenorizado para uma União Económica e Monetária efectiva e aprofundada, Lançamento de um debate a nível europeu - (COM/2012/0777 final), 3.1.2.. Cfr. também as novas datas apontadas no artigo 33º do Regulamento MUS.

¹²²⁶ Cfr. considerando 9 do Regulamento MUS.

¹²²⁷ Friedrich Kübler, por exemplo, vislumbra cinco cenários possíveis de desintegração europeia: saída de um Estado membro da zona euro (1), saída de um Estado membro da zona Euro e da própria UE (2), saída de vários Estados membros da zona euro com posterior divisão da zona euro entre países do Norte e países do Sul (3), fim da zona euro (4) ou mesmo desta e de toda a União (5). Vide FRIEDRICH KÜBLER, “Institutional aspects of the Eurozone crisis”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 31.

No cenário de uma eventual saída de um Estado membro da zona Euro, Russel Cooper propõe aquilo que apelida de *Euroização (Euroization)*, “um regime monetário em que um país usa o Euro mas não é parte do processo de estabelecimento de políticas, numa punição efectiva e credível em resposta à incapacidade de um Estado efectuar as reformas necessárias.” Vide RUSSEL COOPER, “Exit from a Monetary Union”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 89.

¹²²⁸ Cfr. artigo 3º, nº 1, alínea c), do TFUE.

interlocutor único da Europa do Euro, e as políticas económicas e de emprego, a repousar nas soberanias nacionais e alvo de mera coordenação à escala da União¹²²⁹, como a fragilidade principal da União Económica e Monetária (UEM).¹²³⁰

De facto, enquanto a política monetária é determinada a nível supranacional, cabendo em exclusivo ao BCE a emissão do Euro, a fixação das taxas de juro e a utilização dos instrumentos de política cambial, as políticas orçamental e de reforma das economias cabem aos Estados membros, no quadro de princípios fundamentais da construção europeia como os da economia de mercado aberto ou da livre concorrência¹²³¹. E é (sobretudo) o receio germânico da perda de independência do BCE na definição da política monetária e do objectivo primordial da manutenção da estabilidade dos preços que explica a *inexistência de um verdadeiro governo económico europeu*, deficiência congénita da UEM a poder dar azo ao relaxamento da disciplina orçamental de vários Estados da zona Euro, confiantes na protecção absoluta desta divisa única.¹²³²

Mesmo assim, para além dos mecanismos *soft* de supervisão multilateral da coordenação e convergência das políticas económicas dos Estados membros, a poder resultar, em caso de incumprimento das orientações gerais elaboradas pelo Conselho, numa recomendação (eventualmente) pública desta instituição ou numa

¹²²⁹ Cfr. artigo 5º do TFUE.

¹²³⁰ Vide AMY VERDUN, “An ‘asymmetrical’ Economic and Monetary Union in the EU: perceptions of monetary authorities and social partners”, in *Journal of European Integration*, volume 20, nº 1, 1996, págs. 59-81.

Em geral, para uma descrição evolutiva da UEM desde as origens até aos coevos desafios pós crise financeira de 2007, vide FRANCIS SNYDER, “EMU – integration and differentiation: metaphor for European Union”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 687-716.

¹²³¹ Cfr. artigo 119º, nº 1, do TFUE.

¹²³² Sem um governo económico europeu, Olivier Clerc e Pascal Kaufmann defendem que “a zona euro é dificilmente viável a longo prazo.” Vide OLIVIER CLERC e PASCAL KAUFMANN, “Vers une nouvelle gouvernance macro-économique dans la zone Euro”, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne – Revue de L’Union Européenne*, nº 552, Outubro-Novembro 2011, pág. 589.

mera advertência da Comissão,¹²³³ em sede orçamental as exigências europeias são bem mais rigorosas. Na verdade, para garantir a disciplina orçamental, o Tratado prevê determinadas regras, designadamente, para evitar défices orçamentais excessivos, cabendo à Comissão acompanhar a situação orçamental dos Estados membros, no âmbito de um procedimento que pode implicar a imposição de sanções.¹²³⁴

Paralelamente, em 1997, os Estados membros adoptaram o denominado *Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC)*, o qual, formalmente, consiste numa Resolução do Conselho Europeu de 17 de Junho de 1997 e em dois regulamentos do Conselho, emitidos com base no (actual) artigo 126º do TFUE¹²³⁵.

Não obstante a necessidade de cumprimento dos critérios de convergência do PEC,¹²³⁶ a implicar o respeito de níveis máximos de défice e de endividamento

¹²³³ Cfr. artigo 121º do TFUE.

¹²³⁴ Cfr. artigo 126º do TFUE e Protocolo nº 12 sobre o procedimento relativo aos défices excessivos.

Convém salientar que as sanções têm um cariz essencialmente dissuasor, porquanto a sua aplicação efectiva, em especial a imposição de multas no âmbito de crises financeiras, agravaria a situação do Estado em causa, comprometendo o próprio espírito da medida.

¹²³⁵ Cfr. Regulamento (CE) nº 1466/97 do Conselho, de 7 de Julho de 1997, relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas, alterado pelo Regulamento (CE) nº 1055/2005 do Conselho, de 27 de Junho de 2005, e Regulamento (CE) nº 1467/97 do Conselho, de 7 de Julho de 1997, relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos, alterado pelo Regulamento (CE) nº 1056/2005 do Conselho, de 27 de Junho de 2005.

Para uma descrição dos principais conteúdos do PEC desde as suas origens, *vide* VICTOR NGAI, “Introduction to the Stability and Growth Pact”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, págs. 213-227.

¹²³⁶ Salientando que ainda antes da aprovação dos vários documentos que constituem o PEC, a margem de manobra dos Estados membros em termos de condução de política económica “estava já bastante condicionada pelo respeito pelos critérios de convergência”, *vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, “A Constituição económica e a União Económica e Monetária: da construção do socialismo ao credo monetarista”, in *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 179 e ss.

como contrapartida da moeda única, no essencial, tendo em conta designadamente a ausência de vinculatividade prática deste Pacto, a disciplina orçamental, fiscal e de política económica permanece responsabilidade de cada Estado membro.

Por outro lado, ao proibir o financiamento monetário, prevenindo assim o financiamento directo ou indirecto dos défices orçamentais,¹²³⁷ ao vedar-se o acesso privilegiado (do sector público) dos Estados membros às instituições financeiras¹²³⁸, para não haver distorção dos princípios da economia de mercado aberto e da livre concorrência, e ao prever-se uma *no-bailout clause*¹²³⁹, os Tratados pretenderam, em princípio, excluir a solidariedade financeira entre os Estados membros ou a carga da UE¹²⁴⁰.

A querer isto dizer que a UEM tem assentado sobre a soberania nacional em matéria de políticas económica e fiscal¹²⁴¹ e sobre a soberania europeia em sede monetária, com os Estados membros a financiarem-se através da emissão de dívida pública, à luz das regras dos mercados (financeiros), e os investidores (e as agências de *rating*) a avaliarem efectivamente a situação das finanças públicas de cada Estado, nomeadamente os diferentes rácios de défice e de endividamento. E durante muito tempo quem investia em obrigações soberanas não vislumbrava o risco de insolvência de Estados da UEM, (con)fiando na solidariedade entre Estados membros da zona Euro e na concessão de crédito (barato) de forma igual a

¹²³⁷ Cfr. artigo 123º do TFUE.

¹²³⁸ Cfr. artigo 124º do TFUE.

¹²³⁹ Cfr. artigo 125º do TFUE. Mais desenvolvidamente, sobre esta cláusula, *vide* JEAN-VICTOR LOUIS, “The no-bailout clause and the rescue packages”, *in Common Market Law Review*, volume 47, 2010, págs. 971-986.

¹²⁴⁰ Cfr., porém, artigo 122º do TFUE e, embora restrita a Estados membros fora da zona euro, a assistência mútua consagrada no artigo 143º do TFUE.

¹²⁴¹ Cfr., porém, cláusulas de proibição (artigos 11º a 112º) e de harmonização (artigo 113º) fiscal constantes do TFUE e as limitações inerentes à existência de uma União aduaneira (artigos 28º a 33º do TFUE).

países de finanças sãs e também a países sobreendividados,¹²⁴² cujo financiamento era assegurado, assim, muito para além das respectivas capacidades económicas.¹²⁴³

Na explicação (/confissão) de Jacques Delors, na UEM “era o eixo económico que faltava. Por isso, propus um pacto para a coordenação das políticas económicas *paralelamente* ao Pacto de Estabilidade. Tal não foi aceite. Em vez disso, considerou-se suficiente acrescentar a palavra ‘Crescimento’ ao nome de ‘Pacto de Estabilidade’. Os políticos realmente têm um fascínio por palavras. Na verdade, este era pura e simplesmente um pacto de estabilidade orçamental: sem coordenação económica; sem instrumentos para estimular, cooperar ou regular. Daqui retirei a conclusão, logo em 2000, de que o euro podia proteger, mas não estimular.”¹²⁴⁴

Com a crise financeira de 2007 a surpreender mercados e Estados, eclodiram crises de dívida soberana em resultado da subida brutal das taxas de juro requeridas a vários países europeus, na prática afastados dos mercados financeiros e dependentes do apoio dos parceiros europeus (e internacionais).

Neste contexto, além da intensificação regulatória nos domínios bancário e dos mercados financeiros em geral, foram aprovadas diversas medidas no âmbito do combate à crise das dívidas soberanas, fundamentalmente destinadas a reforçar

¹²⁴² Para uma análise evolutiva da avaliação do risco soberano antes e após a crise financeira pelos mercados, *vide* PAUL DE GRAUWE e YUEMEI JI, “Mispricing of sovereign risk and macroeconomic stability in the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012, págs. 866-880.

¹²⁴³ *Vide* ANDRÉ PRÜM, *L’Union européenne en crise face au dogme de l’efficience des marchés financiers*, EUI working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2013/01, Global Governance Programme – 35, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2013, págs. 15-16.

¹²⁴⁴ *Vide* JACQUES DELORS, “JCMS 50th anniversary lecture – Economic governance in the European Union: past, present and future”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 51, nº 2, 2013, pág. 175.

a governação e a coordenação das políticas económicas na área do euro.¹²⁴⁵ Por exemplo, no sentido de *reforço do PEC*, importa destacar os seguintes diplomas:

- 1) o *Regulamento (UE) n.º 1175/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011*, que altera o Regulamento (CE) n.º 1466/97 relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas.

No âmbito das *alterações à denominada componente preventiva do PEC*, destaca-se a criação do chamado *Semestre Europeu* para o reforço da coordenação das políticas económicas e orçamentais,¹²⁴⁶ a envolver, nomeadamente, o dever de sujeição das opções orçamentais dos Estados Membros à UE antes mesmo de os apresentar aos Parla-mentos nacionais - opção política criticável por, como explica Paz Ferreira, colidir “frontalmente com os princípios clássicos de repartição de competências em matéria orçamental” e aumentar “significativamente o défice democrático, tantas vezes apontado às soluções europeias.”¹²⁴⁷;

- 2) o *Regulamento (UE) n.º 1177/2011 do Conselho, de 8 de Novembro de 2011*, que altera o Regulamento (CE) n.º 1467/97 relativo à aceleração

¹²⁴⁵ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Reforçar a coordenação da política económica, Bruxelas, 12/05/2010, COM (2010) 250 final. Na doutrina, para uma análise das imperfeições da arquitectura da UEM e dos desequilíbrios na base da crise da zona euro e, em especial, das respostas europeias a esta crise, vide MARCO BUTI e NICOLAS CARNOT, “The EMU debt crisis: early lessons and reforms”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, n.º 6, 2012, págs. 899-911.

¹²⁴⁶ Cfr. Secção 1-A, com a epígrafe *Semestre Europeu* para a coordenação das políticas económicas, do Regulamento (CE) n.º 1466/97, conforme alterado pelo Regulamento (UE) n.º 1175/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011.

¹²⁴⁷ Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, anotação ao artigo 121.º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 562.

e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos, com importantes *modificações na designada componente repressiva do PEC*, mormente através do *reforço da aplicação das sanções financeiras* previstas no artigo 126º, nº 11, do TFUE;

- 3) o *Regulamento (UE) nº 1173/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011*, relativo ao exercício eficaz da supervisão orçamental na área do euro, com a previsão de regras destinadas a assegurar mecanismos equitativos, oportunos, graduais e eficazes para cumprimento das *vertentes preventiva e correctiva do PEC*, avultando aqui a imposição de *sanções adicionais* para que o exercício da supervisão orçamental na área do euro seja mais eficaz¹²⁴⁸;
- 4) o *Regulamento (UE) nº 1176/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011*, sobre prevenção e correcção dos desequilíbrios macroeconómicos, tendo em vista o *alargamento da supervisão das políticas económicas dos Estados-Membros para além da supervisão orçamental, com base num quadro mais formal e pormenorizado, a fim de evitar desequilíbrios macroeconómicos excessivos* e auxiliar os Estados-Membros afectados a estabelecerem medidas correctivas antes de as divergências se enraizarem e de a evolução económica e financeira seguir de forma continuada uma direcção excessiva-

¹²⁴⁸ Cfr. considerandos 13 e 14 e artigo 4º do Regulamento (UE) nº 1173/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011, relativo ao exercício eficaz da supervisão orçamental na área do euro.

Thomas Beukers questiona a compatibilidade da introdução de sanções no âmbito do sistema de supervisão multilateral da coordenação e convergência das políticas económicas dos Estados membros na área do euro consagrado no artigo 121º do TFUE, fundamentalmente baseado em recomendações (não vinculativas), com o princípio da atribuição de poderes, referindo-se a uma mudança da natureza deste sistema. Vide THOMAS BEUKERS, “The Eurozone crisis and the legitimacy of differentiated integration”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, págs. 14-15.

mente desfavorável, *alargamento este acompanhado do reforço da supervisão orçamental*¹²⁴⁹;

- 5) o Regulamento (UE) n° 1174/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011, relativo às medidas de execução destinadas a corrigir os desequilíbrios macroeconómicos excessivos na área do euro, o qual estabelece as regras gerais de execução do Regulamento (UE) n° 1176/2011;
- 6) a Directiva 2011/85/UE do Conselho, de 8 de Novembro de 2011, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros, destinada essencialmente *a garantir a qualidade e a transparência dos dados orçamentais nacionais, fundamental para o correcto funcionamento do quadro de supervisão orçamental da União.*

A mais deste denominado *six-pack*¹²⁵⁰ e de um posterior *two-pack*¹²⁵¹, e na esteira da *Estratégia Europa 2020*¹²⁵², em matéria de reforço da governação eco-

¹²⁴⁹ Cfr. considerando 7 do Regulamento (UE) n° 1176/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011, sobre prevenção e correcção dos desequilíbrios macroeconómicos.

¹²⁵⁰ Para uma análise pormenorizada dos regulamentos e directiva do denominado *six pack*, vide NICOLAS DE SADELEER, “La gouvernance économique européenne: Léviathan ou colosse aux pieds d’argile?”, in *Europe – Revue Mensuelle Lexis Nexis Jurisclasseur*, Abril 2012, págs. 5-8, e NUNO CUNHA RODRIGUES, “Reforma do Pacto de Estabilidade e Crescimento: *Quo vadis Europa?*”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 3, n° 4, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 41-52.

¹²⁵¹ Em 23 de Novembro de 2011, a Comissão propôs *dois outros actos legislativos (two-pack) no intuito de reforçar os mecanismos de supervisão na área do euro*, propostas que foram finalmente acolhidas em sede legislativa em 2013: o Regulamento (UE) n° 473/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013, que estabelece disposições comuns para o acompanhamento e a avaliação dos projetos de planos orçamentais e para a correção do défice excessivo dos Estados-Membros da área do euro, e o Regulamento (UE) n° 472/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013, relativo ao reforço da supervisão económica e orçamental dos

nómica europeia importa destacar o chamado “*Pacto para o euro Mais*”, adoptado pelos Chefes de Estado ou de Governo da área do euro em 11 de Março de 2011 e confirmado pelo Conselho Europeu de 24 e 25 de Março, com alguns Estados Membros com moeda nacional própria (Bulgária, Dinamarca, Letónia, Lituânia e Roménia) a associarem-se.

Trata-se de *acordo intergovernamental não vinculativo (soft law) destinado a aprofundar o pilar macroeconómico da União Monetária*,¹²⁵³ pelo reforço da

.../..._____

Estados-Membros da área do euro afectados ou ameaçados por graves dificuldades no que diz respeito à sua estabilidade financeira.

¹²⁵² Cfr. Comunicação da Comissão Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo Bruxelas, 03/03/2010, COM (2010) 2020 final. Nos termos desta Estratégia, a Comissão propõe os seguintes grandes objectivos para a UE até 2020: 75 % da população de idade compreendida entre 20 e 64 anos deve estar empregada, 3 % do PIB da UE deve ser investido em I&D, os objectivos em matéria de clima/energia «20/20/20» devem ser cumpridos (incluindo uma subida para 30 % do objectivo para a redução das emissões, se as condições o permitirem), a taxa de abandono escolar precoce deve ser inferior a 10 % e pelo menos 40 % da geração mais jovem deve dispor de um diploma de ensino superior, 20 milhões de pessoas devem deixar de estar sujeitas ao risco de pobreza (pág. 5). Na doutrina, sobre a Estratégia Europa 2020, *vide* MANUEL LOPES PORTO, “A estratégia Europa 20-20: visando um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, págs. 549-572.

¹²⁵³ Em bom rigor, como explica Karolina Zurek, “a natureza dos compromissos induzidos pelo Pacto vai bem mais longe do que aquilo que os novos instrumentos de governança caracterizam. (...) Enquanto muitas das obrigações são de facto do tipo da nova governança, como consultas, boas práticas, *benchmarking*, indicadores e assim em diante, um significativo número de previsões exige compromissos específicos, com objectivos específicos a terem de ser alcançados dentro de certos lapsos temporais e os Estados participantes a serem sujeitos a supervisão. (...) Por isso, os compromissos, em certo sentido, acabam por vincular esses Estados”. *Vide* KAROLINA ZUREK, “Unions within the Union: contested authority over regulatory responses to the financial crisis in Europe”, *in The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte,

.../...

coordenação das políticas económicas e centralização em prioridades políticas orientadas para a convergência e competitividade, com base em medidas nacionais a implementar pelos Estados Membros.¹²⁵⁴

De entre os seus objectivos¹²⁵⁵, cumpre ressaltar a importante ideia de reforço da estabilidade financeira, reiterando o compromisso dos Estados Membros na implementação de legislação nacional em matéria de intervenção precoce e mecanismos de reestruturação forçada e de liquidação de instituições financeiras, na realização de *testes de stresse* e num reporte regular do Comité Europeu do Risco Sistémico aos Chefes de Estado ou de Governo sobre potenciais riscos acumulados no setor financeiro.

Adiante, em 2 de Março de 2012, foi assinado por vinte e cinco Estados membros da UE o *Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária (TECG), acordo de direito internacional destinado a reforçar a governação económica europeia, verdadeira “ordem pública financeira europeia”*¹²⁵⁶ *que se impõe aos governos dos Estados e que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2013.*¹²⁵⁷

.../...

Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, pág. 171.

¹²⁵⁴ Segundo Paz Ferreira, “apesar de o Pacto para o Euro estabelecer alguns objectivos de convergência político-económica, as medidas apresentadas parecem insuficientes para dar resposta às dificuldades que os Estados Membros atravessam.” *Vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, anotação ao artigo 121º do TFUE, *cit.*, pág. 563.

¹²⁵⁵ O texto do “Pacto para o euro Mais” encontra-se em anexo às conclusões do Conselho Europeu de 24 e 25 de Março de 2011. Para uma descrição dos objectivos deste Pacto, cfr. Boletim Mensal de Economia Portuguesa, elaborado pelo Gabinete de Estratégia e Estudos do Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, e pelo Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais, do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Março de 2011.

¹²⁵⁶ *Vide* MESSAOUD SAOUDI, “La régulation européenne des finances publiques nationales”, *in* *Revue de l’ Union Européenne*, nº 567, Abril 2013, pág. 202.

¹²⁵⁷ Nos termos do artigo 14º, nº 1, do TECG, a entrada em vigor deste acordo seria a 1 de janeiro de 2013, desde que, nessa data, tivesse sido ratificado por pelo menos 12 Estados-Membros da área do euro. Entre a assinatura do tratado e a data prevista para a sua entrada em vigor, o processo

.../...

.../..._____

de ratificação foi concluído por 16 Estados-Membros, 12 dos quais pertencentes à área do euro (incluindo Portugal, o primeiro Estado a fazê-lo), circunstância que garantiu o preenchimento das condições necessárias para que o TCEG pudesse efectivamente vigorar desde a data prevista.

Para uma descrição das principais novidades do TCEG, em particular das complexas questões de articulação entre o direito da União e este acordo intergovernamental celebrado à margem do método comunitário mas visando a consolidação de um objectivo maior da UE (a União Económica e Monetária), nomeadamente em sede de equilíbrio institucional, *vide* ALEXANDRE DE STREEL e JUDICAËL ETIENNE, “Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l’Union économique et monétaire”, in *Journal de Droit Européen*, 2012, págs. 182-185. Cumpre aqui destacar o artigo 2º do TCEG, preceito que salienta o primado do direito comunitário (primário e secundário) relativamente a este tratado de direito internacional público, e o artigo 16º do mesmo Tratado, que acabará (?) com as (eventuais) inconsistências deste instrumento de direito internacional com o direito da União, ao prever que “o mais tardar cinco anos após a data de entrada em vigor do presente Tratado [TCEG] e com base numa avaliação da experiência adquirida com a sua aplicação, são adoptadas as medidas necessárias, em conformidade com o Tratado da União Europeia e com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, com o objetivo de incorporar o teor do presente Tratado [TCEG] no quadro jurídico da União Europeia” (parêntesis nosso). Na mesma linha, Alberto Gregorio Merino sustenta a plena compatibilidade do TCEG com o Direito da União, considerando que não desconstrói nem usurpa as competências da União, não introduz obrigações contrárias às que os Tratados impõem aos Estados membros, não sendo ilegítimo o recurso a instituições como a Comissão ou o Tribunal de Justiça. *Vide* ALBERTO DE GREGORIO MERINO, “El derecho de la Unión y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, in *Revista de Derecho Europeo*, 45, Janeiro/Março 2013, págs. 27-60.

Em sentido distinto, não obstante a previsão de uma conferência de representantes das comissões relevantes do Parlamento Europeu e de representantes das comissões relevantes dos parlamentos nacionais para debate das políticas orçamentais e de outras questões abrangidas pelo TCEG (artigo 13º do TCEG), José Martín y Pérez de Nanclares considera que este Tratado “altera também os equilíbrios de poder existentes dentro da União, na perspectiva de repartição de poder horizontal entre as instituições que conformam a tríade legislativa (Comissão, Parlamento Europeu e Conselho), porque a via escolhida neutraliza por completo o Parlamento Europeu”. *Vide* JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, ano 16, Maio/Agosto 2012, págs. 417-418. Tradicionalmente, em geral, sustentando a viabilidade jurídica da celebração de tratados (v.g. Acordos de Schengen, Tratado de Prüm, TCEG) paralelamente aos procedimentos de revisão expressamente

.../...

Mais do que as disposições de natureza institucional (v.g. formalização do Conselho da zona Euro)¹²⁵⁸ ou relativas à coordenação de políticas económicas e de convergência¹²⁵⁹, as regras mais relevantes do TCEG destinam-se a reforçar a disciplina orçamental dos Estados membros: salientam-se, neste denominado *Pacto Fiscal (Fiscal Compact)*, a previsão da famosa *regra de ouro (règle d'or)*¹²⁶⁰ e .../...

previstos nos tratados da União, vide DELIÈGE-SEQUARIS, “Révision des traités européennes en dehors des procédures prévues”, in *Cahiers de Droit Européen*, 1980, págs. 539-552. Em sentido diferente, JEAN-VICTOR LOUIS, “Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés”, in *Cahiers de Droit Européen*, 1980, págs. 553-558.

¹²⁵⁸ Cfr. artigos 12º e 13º do TCEG.

Codificando a prática das Cimeiras Euro, muito em voga desde o rebentar das crises de dívida soberana em vários Estados do Euro, este Conselho da zona Euro tem sido muito criticado em termos de princípio democrático, em especial pelo reduzido envolvimento do Parlamento Europeu, limitado à recepção de um relatório após cada uma das Cimeiras do Euro pelo Presidente destas e, a convite, pela eventual audição do respectivo Presidente (cfr. artigo 12º, nº 5, do TCEG). Vide JEAN CLAUDE ZARKA, *Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire (TSCG)*, Recueil Dalloz, 2012, págs. 898-899.

¹²⁵⁹ Cfr. artigos 9º, 10º e 11º do TCEG.

¹²⁶⁰ Nos termos da *regra de ouro*, a situação orçamental das administrações públicas dos Estados parte do TCEG é equilibrada ou excedentária quando o saldo estrutural anual destas tiver atingido o objetivo de médio prazo específico desse país, tal como definido no Pacto de Estabilidade e Crescimento revisto, com um limite de défice estrutural (isto é, o défice resultante da diferença entre as receitas e as despesas públicas, excluindo os efeitos temporários e conjunturais) de 0,5 % do produto interno bruto a preços de mercado, embora sempre que a relação entre a dívida pública e o produto interno bruto a preços de mercado for significativamente inferior a 60 % e os riscos para a sustentabilidade a longo prazo das finanças públicas forem reduzidos, o limite para aquele objetivo de médio prazo possa atingir um défice estrutural de, no máximo, 1,0 % do produto interno bruto a preços de mercado (cfr. artigo 3º, nº 1, b) e d), do TCEG). Se for constatado um desvio significativo do objectivo descrito ou da respetiva trajetória de ajustamento, prevê-se que seja automaticamente acionado um *mecanismo de correção*, que compreenderá a obrigação de aplicar medidas adequadas dentro de um determinado prazo (cfr. artigo 3º, nº 1, e) e nº 2, do TCEG).

Trata-se de regra a transpor para o direito nacional dos Estados parte do TCEG, através de disposições vinculativas e de carácter permanente, de preferência a nível constitucional, ou cujos respeito e cumprimento possam ser de outro modo plenamente assegurados ao longo dos processos orçamentais nacionais (cfr. artigo 3º, nº 2, do TCEG).

.../...

.../..._____

Sobre a compatibilidade desta regra de ouro e diferentes metas orçamentais prescritas em direito secundário da União (no âmbito do *six-pack*), *vide* BRUNO DE WITTE, “European Stability Mechanism and Treaty on Stability, Coordination and Governance: role of the EU institutions and consistency with EU legal order”, in *Challenges of multi-tier governance in the EU - European Parliament AFCO Workshop*, Outubro 2012, pág. 16.

Cabe ao TJUE controlar o cumprimento do disposto no artigo 3º do TCEG, ao abrigo de competência deferida por compromisso interestadual com base no artigo 273º do TFUE (cfr. artigo 8º, nº 3, do TCEG) e após proposição de acção pelos Estados parte no TCEG e não pela Comissão, porquanto tal violaria o disposto no artigo 126º, nº 10, do TFUE, embora um relatório negativo desta sobre as disposições adoptadas por aqueles em aplicação do referido artigo 3º, nº 2, obrigue ao intentar deste meio processual (cfr. artigo 8º, nº 1, do TCEG). No caso de eventual incumprimento estadual das medidas necessárias à execução do acórdão (vinculativo) do Tribunal de Justiça, pode haver lugar a condenação ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, adequada às circunstâncias, que não pode ser superior a 0,1% do seu produto interno bruto, montantes a reverter para o Mecanismo Europeu de Estabilidade, no caso de Estados pertencentes à zona euro, ou para o orçamento geral da União Europeia, nos demais casos (cfr. artigo 8º, nº 2, do TCEG), prerrogativa análoga à prevista em sede de acção por incumprimento (artigo 260º, nº 2, do TFUE), a suscitar na doutrina algumas dúvidas de compatibilidade com o princípio de atribuição de poderes. Neste sentido, *vide* THOMAS BEUKERS, “The Eurozone crisis and the legitimacy...”, *cit.*, págs. 20-22.

Fora das situações previstas no artigo 8º do TCEG, compreensivelmente, não há controlo do TJUE, sendo apreciados eventuais inadimplementos de outras obrigações derivadas deste Tratado ao abrigo do regime clássico de responsabilidade de direito internacional. *Vide* ROBERTO BARRATTA, “Legal issues of the ‘Fiscal Compact’. Searching for a mature democratic governance of the euro”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, pág. 48.

Em geral, sobre a possibilidade de envolvimento das instituições comunitárias, em particular do Tribunal, em tarefas fora do quadro legal da União, eventuais limites desse envolvimento e compatibilidade com as disposições do TCEG, *vide* STEVE PEERS, “Towards a new form of EU law?: the use of EU institutions outside the EU legal framework”, in *European Constitutional Law Review*, Volume 9, Issue 01, Fevereiro 2013, págs. 37-72.

o reforço do procedimento relativo aos défices excessivos¹²⁶¹ e da coordenação em matéria de emissão de dívida pública¹²⁶².

Numa palavra: na impossibilidade de modificar o TFUE, por força da resistência britânica, todos os países da União, com excepção do Reino Unido e da República Checa, concluíram, por razões sobretudo de simbolismo político mas também de dificultar alterações futuras, um tratado internacional intergovernamental,¹²⁶³ cuja novidade mais importante é a exigência de consagração, preferentemente na Lei Fundamental¹²⁶⁴, de uma *regra de equilíbrio orçamental*,¹²⁶⁵ num reforço

¹²⁶¹ Dispõe o artigo 4º do TCEG: “quando a relação entre a dívida pública e o produto interno bruto de uma Parte Contratante exceder o valor de referência de 60 % a que se refere o artigo 1º do Protocolo (nº 12) sobre o procedimento relativo aos défices excessivos, anexo aos Tratados da União Europeia, essa Parte Contratante redu-la a uma taxa média de um vigésimo por ano como padrão de referência, tal como previsto no artigo 2º do Regulamento (CE) nº 1467/97 do Conselho, de 7 de julho de 1997, relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos, com a redação que lhe foi dada pelo Regulamento (UE) nº 1177/2011 do Conselho, de 8 de novembro de 2011. A existência de um défice excessivo em razão da violação do critério da dívida será decidida pelo procedimento previsto no artigo 126º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.” Cfr. também artigo 5º do TCEG.

¹²⁶² Dispõe o artigo 6º do TCEG: “a fim de coordenar melhor o planeamento da sua emissão de dívida nacional, as Partes Contratantes comunicam previamente ao Conselho da União Europeia e à Comissão Europeia os respetivos planos de emissão de dívida pública.”

¹²⁶³ Na perspectiva de Bruno De Witte, na impossibilidade de alcançar o consenso unânime para a revisão do TFUE, a solução mais sensata teria sido a adopção de legislação derivada através do mecanismo da cooperação reforçada, a qual não estaria sujeita às demoras e incertezas de eventuais não ratificações dos Estados signatários do TCEG e evitaria dúvidas quanto à articulação com o direito da União. *Vide* BRUNO DE WITTE, “Treaty games – law as instrument and as constraint in the Euro crisis policy”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, págs. 153-154.

¹²⁶⁴ Enquanto em países como a Alemanha e Espanha a denominada regra de ouro foi consagrada constitucionalmente, em países como Portugal a incorporação desta efectivou-se através de lei de valor reforçado (Lei de Enquadramento Orçamental).

Sobre o artigo 109º da *Grundgesetz*, *vide* CHRISTOFER LENZ e ERNST BURGBACHER, “Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, pág. 2561 e ss. Entre nós, Fernando Rocha Andrade contesta a utilidade destes travões da dívida e do défice (para) constitucionais, considerando nomeadamente que “uma cláusula constitucional no sentido do equilíbrio

das preocupações (quase exclusivas...) com a necessidade de evitar défices orçamentais excessivos (em nome das preocupações éticas com as gerações futuras), conforme atesta a exigência de uma maioria qualificada no Conselho para obstar às propostas de sanções da Comissão quando um Estado viola o critério do défice¹²⁶⁶.

.../...

orçamental dificilmente teria evitado a situação presente, na medida em que grande parte da despesa presente teve origem em decisões políticas que não se reflectiram nos saldos orçamentais dos anos em que foram tomadas – em alguns casos a determinante da decisão política é mesmo evitar essa contabilização. A despesa presente é determinada por muitas decisões passadas, em alguns casos com mais de duas décadas. Colocar um vigilante sobre o saldo orçamental presente em nada contribui para avaliar devidamente as consequências dessas medidas sobre os saldos orçamentais futuros, que é provavelmente o nosso principal problema de política orçamental.” *Vide* FERNANDO ROCHA ANDRADE, “A limitação constitucional do défice orçamental e sua circunstância”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 149-150.

Compreendendo as vantagens da visibilidade política da autovinculação nacional em direito de natureza constitucional, designadamente em termos de (sentimento de...) autodeterminação orçamental, à regra de ouro, a qual derivaria de qualquer modo de fontes de direito comunitário derivado (artigo 2º-A do Regulamento (UE) nº 1175/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011, que altera o Regulamento (CE) nº 1466/97 relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas), forçoso é sublinhar a *instrumentalização do direito constitucional nacional em benefício do Direito da União*, sendo “notável que enquanto o Tribunal Constitucional alemão defende com tenacidade a soberania do seu *verfassungsgebende Gewalt*, a ‘Europa que está a falar alemão’ quer impor aos poderes constituintes de outros Estados membros a incorporação da regra [do equilíbrio orçamental].” (parêntesis nosso) *Vide* “Editorial - The fiscal compact and the european constitutions: ‘Europe speaking german’”, in *European Constitutional Law Review*, volume 8, Issue I, 2012, pág. 5.

¹²⁶⁵ Jacques Ziller nota “que teria sido possível simplesmente mudar os valores de referência do Protocolo nº 12 [Protocolo nº 12 sobre o procedimento relativo aos défices excessivos] e as especificações aí estabelecidas para chegar ao mesmo resultado – substantivamente – visado pelo artigo 3º do TCEG.” *Vide* JACQUES ZILLER, “The reform of the political and economic architecture of the Eurozone’s governance – a legal perspective”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 130.

¹²⁶⁶ Cfr. artigo 7º do TCEG.

.../...

Não pode, por fim, deixar de ser referida a *indispensabilidade da ratificação do Tratado em análise para a concessão de assistência financeira no quadro de novos programas ao abrigo do Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE), a partir de 1 de Março de 2013*, bem como, logo que expire o período de transposição a que se refere o artigo 3º, nº 2, do TECG, do cumprimento dos requisitos estabelecidos quanto ao equilíbrio orçamental conforme previsto nesse preceito.¹²⁶⁷

.../...

Anteriormente, com base no artigo 126º do TFUE, era necessária uma maioria qualificada de Estados membros da zona euro para suportar a proposta de sanção apresentada pela Comissão. Nas palavras de Nicolas de Sadeleer, trata-se de preceito consagrador de uma “revolução copernicana que garante o carácter semi-automático das sanções.” *Vide* NICOLAS DE SADELEER, “La gouvernance économique européenne...”, *cit.*, pág. 9.

Como bem nota Steve Peers, “a França e a Alemanha constituem uma minoria de bloqueio dos Estados membros da zona euro – pelo que se apoiarem a visão da Comissão, então o artigo 7º automaticamente significa que os outros Estados membros da zona euro também têm de o fazer – a não ser que França e Alemanha sejam elas mesmo objecto da proposta ou recomendação da Comissão, caso em que não podem votar (ver segundo parágrafo do artigo 7º). Uma vez que os Estados membros fora da zona euro não podem votar sobre a posição dos Estados membros da zona euro, tal significa que essas medidas têm de ser adoptadas.” *Vide* STEVE PEERS, “The Stability Treaty: permanent austerity or gesture politics?”, *in European Constitutional Law Review*, Volume 8, Issue 3, 2012, págs. 424-425.

Num outro ângulo de análise, Wim Van Aken & Lionel Artige destacam: “não obstante o facto de os Estados membros na sua capacidade legislativa terem decidido o procedimento de automaticidade virtual [prescrito no artigo 7º do TECG], é a Comissão que decide se os Estados membros devem ser responsáveis. Numa área de política fiscal, tradicionalmente parte da soberania nacional, esta observação tem um peso adicional. O efeito automático e vinculativo tem o potencial de tornar as propostas da Comissão crescentemente intrusivas nas políticas económicas internas dos Estados membros à medida que o custo de incumprimentos aumenta consideravelmente.” (parêntesis nosso) *Vide* WIM VAN AKEN & LIONEL ARTIGE, “Reverse majority voting in comparative perspective: implications for fiscal governance in the EU”, *in The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, pág. 154.

¹²⁶⁷ Cfr. antepenúltimo considerando do TECG.

.../...

No seguimento do Conselho Europeu de 17 de dezembro de 2010, ao salientar-se a necessidade de *os Estados-Membros da área do euro* criarem um mecanismo permanente de estabilidade, o *Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE)* assumiu a partir de 8 de Outubro de 2012 (antes do previsto inicialmente: Julho de 2013)¹²⁶⁸ as atribuições cometidas ao *Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (FEEF)*¹²⁶⁹ e ao *Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira*

.../..._____

Em França, Romain Rambaud defende que a transposição do TCEG foi incorrecta e geradora de perigos jurídicos, políticos e económicos diversos. *Vide* ROMAIN RAMBAUD, “La ratification en trompe-l’oeil du TSCG en France”, in *Revue de L’Union Européenne*, nº 570, Julho-Agosto 2013, pág. 435 e ss.

¹²⁶⁸ Assinado inicialmente em 11 de Julho de 2011, entretanto alterado a 2 de Fevereiro de 2012 para incorporar decisões dos Chefes de Estado e de Governo da zona euro adoptadas 21 de Julho e 9 de dezembro de 2011 destinadas a melhorar a sua eficácia, o TMEE, nos termos do artigo 48º, nº 1, entrou em vigor na data do depósito dos instrumentos de ratificação, aprovação ou aceitação por signatários cujas subscrições iniciais representam, pelo menos, 90% do total de subscrições de acordo com o capital estabelecido no Anexo II, onde se prevê o número de acções e o capital subscrito por cada membro (/accionista) do MEE. Apenas a 15 de Novembro de 2012 foi concluído o processo de ratificação do TMEE por todos os Estados signatários.

Para uma visão geral do TMEE, *vide* JEAN-VICTOR LOUIS, “The unexpected revision of the Lisbon Treaty and the establishment of a European stability mechanism”, in *The European Union after the Treaty of Lisbon*, coordenado por Diamond Ashiagbor, Nicola Countouris e Ioannis Lianos, Cambridge University Press, 2012, págs. 284-320

¹²⁶⁹ Constituído por Decisão dos representantes dos Governos dos Estados membros da área do euro reunidos no âmbito do Conselho da União Europeia, o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (FEEF), à semelhança do Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (MEEF), é um instrumento temporário criado com o propósito de prestar ajuda urgente aos Estados-Membros em dificuldades financeiras e/ou colocados sob forte pressão do mercado, apoio do qual Portugal beneficiou.

Assumindo a forma de veículo financeiro de direito privado (luxemburguês), do qual são accionistas os 17 Estados membros da UEM, o FEEF (com um montante disponível de 440 mil milhões de euros) permitia ultrapassar as limitações financeiras do MEEF (dotado de apenas 60 mil milhões de euros), instrumento de direito da União baseado no erário comunitário, a impor que países fora da zona Euro fossem (indirectamente) chamados a pagar a estabilidade da moeda única que não adoptaram...

(MEEF)¹²⁷⁰ para a prestação, quando necessário, de assistência financeira aos Estados-Membros da área do euro¹²⁷¹.

Tendo-se considerado que o artigo 122º, nº 2, do TFUE não constitui uma base jurídica apropriada para a criação de um mecanismo de estabilidade com carácter permanente e cujas actividades visam preservar a estabilidade financeira da zona euro no seu todo¹²⁷² e que o artigo 143º, nº 2, do TFUE permite apenas à

¹²⁷⁰ Com base no nº 2 do artigo 122º do TFUE, o qual prevê a possibilidade de ser concedida ajuda financeira da União a um Estado-Membro que se encontre em dificuldades ou sob grave ameaça de dificuldades devidas a ocorrências excepcionais que não possa controlar (v.g. séria deterioração do ambiente económico e financeiro internacional), foi criado um mecanismo de estabilização da União para preservar a estabilidade financeira na Europa, de activação conjunta entre UE e Fundo Monetário Internacional (FMI) e de que Portugal beneficiou. Cfr. Regulamento (UE) nº 407/2010 do Conselho, de 11 de Maio de 2010, que cria um Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira.

Na doutrina, sobre as principais questões jurídicas relacionadas com o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira e o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira, *vide* ULRICH HÄDE, “Die Europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität”, in *Europarecht, Heft 6*, 2010, pág. 854 e ss. Em especial, sobre a compatibilidade destes mecanismos e do MEE com o artigo 125º do TFUE, *vide* RAINER PALMSSTORFER, “To bail out or not to bail out? The current framework of financial assistance for Euro area Member States measured against the requirements of EU primary law”, in *European Law Review, Issue 6*, Dezembro 2012, págs. 771-785.

¹²⁷¹ No artigo 143º do TFUE prevê-se um mecanismo de apoio financeiro a médio prazo aos Estados membros que não adoptaram o euro e se encontrem em graves dificuldades ou sob grave ameaça de dificuldades respeitantes à balança de transacções correntes ou à balança de capitais, o qual veio a ser disciplinado pelo Regulamento (CE) nº 332/2002 do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2002, que estabelece um mecanismo de apoio financeiro a médio prazo às balanças de pagamentos dos Estados-Membros. Hungria, Letónia e Roménia, por exemplo, já beneficiaram deste mecanismo de auxílio financeiro.

¹²⁷² O artigo 122º, nº 2, do TFUE confere à União competência para conceder assistência financeira pontual a um Estado-Membro que se encontre em dificuldades ou sob grave ameaça de dificuldades devidas a calamidades naturais ou ocorrências excepcionais que não possa controlar. Como bem nota Paz Ferreira, “com esta disposição pareciam abrir-se as portas para que um Estado abraços com excepcionais dificuldades financeiras, resultantes de uma crise internacional e da difi-

União conceder assistência mútua a um Estado-Membro fora da zona Euro, o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE) foi criado com base no artigo 136º, nº 3,¹²⁷³ preceito aditado pelos Chefes de Estado e de Governo em Dezembro de 2010¹²⁷⁴ para dissipar dúvidas sobre a eventual incompatibilidade de mecanismos

.../..._____

culdade de acesso a mercado de capitais, pudesse pedir auxílio. A Comissão recusou-se, no entanto, a aceitar essa possibilidade no caso português, o que viria a conduzir a uma solução atípica de recurso simultâneo ao FMI e à UE.” *Vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, anotação ao artigo 122º do TFUE, *in Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 564. Percebe-se, à luz do rigor jurídico, a preferência da Comissão por outras bases legais legitimadoras da concessão de ajudas financeiras, porquanto países como Portugal ou Grécia dificilmente podem invocar o descalabro das suas contas públicas como resultantes de ocorrências excepcionais que *não tivessem podido controlar*...

Recentemente, o Tribunal esclareceu esta questão, estabelecendo: “o artigo 122º, nº 2, TFUE confere à União competência para conceder assistência financeira pontual a um Estado-Membro que se encontre em dificuldades ou sob grave ameaça de dificuldades devidas a calamidades naturais ou ocorrências excepcionais que não possa controlar. No entanto, como sublinha o Conselho Europeu no considerando 4 da Decisão 2011/199, o artigo 122º, nº 2, TFUE não constitui uma base jurídica apropriada para a criação de um mecanismo de estabilidade como o previsto nessa decisão. Com efeito, tanto o carácter permanente do mecanismo previsto como o facto de as suas actividades visarem preservar a estabilidade financeira da zona euro no seu todo não permitem que uma tal acção da União seja conduzida com base na referida disposição do Tratado FUE.” Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Thomas Pringle contra Governo da Irlanda, processo C-370/12, de 27 de novembro de 2012, nº 65.

¹²⁷³ Dispõe o artigo 136º, nº 3, do TFUE: “Os Estados-Membros cuja moeda seja o euro podem criar um mecanismo de estabilidade a accionar caso seja indispensável para salvaguardar a estabilidade da área do euro no seu todo. A concessão de qualquer assistência financeira necessária ao abrigo do mecanismo ficará sujeita a rigorosa condicionalidade.”

¹²⁷⁴ Cfr. Decisão 2011/199/UE do Conselho Europeu, de 25 de março de 2011, que altera o artigo 136º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia no que respeita a um mecanismo de estabilidade para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro. Trata-se de aditamento efectuado ao abrigo de processo de revisão simplificado previsto no artigo 48º, nºs 6 e 7, do TUE. Sobre os requisitos procedimentais e substantivos requeridos por este preceito, *vide* ANA MARIA GUERRA MARTINS, anotação ao artigo 48º do TUE, *in Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 181-182. Em

.../...

intergovernamentais de apoio financeiro como o FEEF com a proibição de *bail-outs* prevista no artigo 125º do TFUE¹²⁷⁵.

Neste sentido, o Tribunal defendeu recentemente, com grande realismo (político), criatividade e sem ter de invocar a personalidade jurídica internacional .../...

geral sobre a revisão dos Tratados, *vide* ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000, págs. 425-618, e JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA/NUNO PIÇARRA, “Y-a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les CE?”, *in Cahiers de droit européen*, 1993, págs. 3-37.

Recentemente, o Tribunal pronunciou-se pela validade desta Decisão, considerando que os artigos 4º, nº 3, e 13º do TUE, 2º, nº 3, 3º, nºs 1, alínea c), e 2, 119º a 123º e 125º a 127º do TFUE, bem como o princípio geral da tutela jurisdicional efetiva, não se opõem à celebração entre os Estados-Membros cuja moeda seja o euro de um acordo como o Tratado que cria o Mecanismo Europeu de Estabilidade. O Tribunal confirmou igualmente a validade da Decisão 2011/199/EU do Conselho Europeu que altera o artigo 136º do TFUE e que os Estados-Membros eram livres de concluir e ratificar o Tratado MEE antes da entrada em vigor desta decisão. Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Thomas Pringle contra Governo da Irlanda, processo C-370/12, de 27 de novembro de 2012. Nas palavras de Daniel Thym e Mattias Wendel, neste aresto o Tribunal rejeitou o “mito” de que “as medidas de salvação do euro seriam contrárias ao direito da União”. *Vide* DANIEL THYM e MATTIAS WENDEL, “Préserver le respect du droit dans la crise: la Cour de Justice, le MES et le mythe du déclin de la Communauté de droit”, *in Cahiers de Droit Europeen, quarante-huitième année*, nº 3, 2012, pág. 733.

¹²⁷⁵ *Vide* MATTHIAS RUFFERT, “The european debt crisis and european Union law”, *in Common Market Law Review*, Volume 48, nº 6, 2011 2011, págs. 1785-1787.

Em detrimento de uma “leitura legalista estrita do artigo 125º do TFUE”, Frédéric Allemand e Francesco Martucci defendiam “um princípio de ‘realismo’ que tenha em conta a situação dramática em que se encontrava o euro em Maio de 2010.” *Vide* FRÉDÉRIC ALLEMAND e FRANCESCO MARTUCCI, “La nouvelle gouvernance économique européenne”, *in Cahiers de droit européen*, nº 2, 2012, pág. 430. Por outro lado, Roland Bieber e Francesco Maiani invocam um *princípio constitucional da solidariedade* e consideram os artigos 123º a 125º do TFUE como exceções, a ser interpretadas restritivamente, devendo o artigo 122º do TFUE prevalecer em caso de conflito com estas disposições e servir de base a ajudas financeiras da União a Estados membros no contexto da actual crise financeira. *Vide* ROLAND BIEBER e FRANCESCO MAIANI, “Sans solidarité point d’Union Européenne – Regards croisés sur les crises de l’Union économique et monétaire et du Système Européenne commun d’asile”, *in Revue trimestrielle de droit européen*, volume 48, nº 2, 2012, pág. 309.

do MEE e a sua não sujeição ao direito da União, que “o artigo 125º TFUE não proíbe a concessão de assistência financeira por um ou vários Estados-Membros a um Estado-Membro que continue a ser responsável pelos seus próprios compromissos perante os seus credores e desde que as condições a que essa assistência esteja sujeita possam incitar este último a implementar uma política orçamental sã”,¹²⁷⁶ como sucede com o MEE.¹²⁷⁷

¹²⁷⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Thomas Pringle contra Governo da Irlanda, processo C-370/12, de 27 de novembro de 2012, nº 137. Neste sentido, na doutrina, *vide* ALBERTO DE GREGORIO MERINO, “Legal developments in the economic and monetary union during the debt crisis: the mechanisms of financial assistance”, in *Common Market Law Review*, volume 49, Issue 5, 2012, pág. 1627.

¹²⁷⁷ Por outro lado, “tendo em conta os objetivos confiados ao mecanismo de estabilidade cuja criação está prevista no artigo 1.º da Decisão 2011/199, os meios previstos para alcançar os mesmos, bem como onexo estreito existente entre esse mecanismo e as disposições do Tratado FUE relativas à política económica e o quadro regulamentar para reforço da governança económica da União, o Tribunal concluiu pela pertença do MEE ao domínio da política económica (nº 60), razão pela qual considerou que “o artigo 1.º da Decisão 2011/199 que, pelo aditamento de um n.º 3 ao artigo 136.º TFUE, prevê a criação de um mecanismo de estabilidade não é suscetível de afectar a competência exclusiva reconhecida à União pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea c), TFUE no domínio da política monetária dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro” (nº 63) nem “a competência da União no domínio da coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, (...) na medida em que os artigos 2.º, n.º 3, TFUE e 5.º, n.º 1, TFUE circunscrevem o papel da União no domínio da política económica à adoção de medidas de coordenação, as disposições dos Tratados UE e FUE não conferem competência específica à União para instituir um mecanismo de estabilidade como o previsto por essa decisão” (nº 64). Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Thomas Pringle contra Governo da Irlanda, processo C-370/12, de 27 de novembro de 2012.

Na doutrina, para um resumo exaustivo dos argumentos de Pringle, dos Estados membros, das instituições e do decidido pelo Tribunal, *vide* JONATHAN TOMKIN, “Contradiction, circumvention and conceptual gymnastics: the impact of the adoption of the ESM Treaty on the state of european democracy”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, em especial, págs. 70-74, e BRUNO DE WITTE e THOMAS BEUKERS, “The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: *Pringle*”, in *Common Market Law Review*, volume 50, nº 3, Junho 2013, págs. 805-848.

Ora, em colaboração estreita com o Fundo Monetário Internacional (FMI), tanto num plano técnico como financeiro, o MEE, organismo de direito internacional público com sede no Luxemburgo¹²⁷⁸, pode prestar *apoio (de estabilidade) aos seus membros que estejam a ser afectados ou ameaçados por graves problemas de financiamento, com base em rigorosa condicionalidade*, adequada ao instrumento de assistência financeira escolhido, *se tal for indispensável para salvar a estabilidade financeira da área do euro no seu todo e dos seus Estados-Membros.*¹²⁷⁹

Desta forma, após um pedido de apoio de estabilidade e avaliação da necessidade de prevenção do risco de contágio da área do euro no seu todo ou dos seus Estados-Membros, da sustentabilidade da dívida pública e das necessidades reais ou potenciais de financiamento do membro do MEE em causa, o Conselho de Governadores pode decidir, em princípio, conceder esse apoio, com base num *Memorando de Entendimento* concluído entre o membro do MEE, a Comissão Europeia - em articulação com o BCE - e, sempre que possível, com o FMI, e que deve reflectir a gravidade dos problemas a abordar e o instrumento de assistência financeira escolhido.¹²⁸⁰

Independentemente da modalidade de apoio financeiro,¹²⁸¹ o MEE assenta sobre uma *rigorosa condicionalidade política*, dependendo a assistência prestada

¹²⁷⁸ Cfr. artigo 31º do Tratado MEE.

¹²⁷⁹ Cfr. considerando 6 e artigo 12º do Tratado MEE. Neste sentido, o MEE constitui, fundamentalmente, um complemento da disciplina orçamental imposta por outros instrumentos (v.g. TCEG) aos Estados membros com o fito principal de garantir a estabilidade da zona euro, embora não possa deixar de ser destacada também a vertente de solidariedade (europeia) aqui envolvida. Saliando a faceta solidarística do MEE, vide CHRISTIAN CALLIESS, “Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms”, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)*, 14. Jahrgang, Heft 02, 2011, págs. 213-282.

¹²⁸⁰ Cfr. artigo 13º do Tratado MEE.

¹²⁸¹ Entre os instrumentos de assistência financeira contam-se, a título cautelar, a abertura de linhas de crédito sujeita a certas condições (cfr. artigo 14º do TMEE), a concessão de empréstimos com o fim específico de recapitalizar as instituições financeiras do membro do MEE (cfr. artigo 15º do

da execução nacional da disciplina orçamental e das medidas de política económica e social concertadas com os credores,¹²⁸² podendo questionar-se se realmente subsiste o que Paz Ferreira qualifica como a “centralidade da decisão estadual em matéria de política económica”^{1283 1284}.

Outro ponto fundamental do funcionamento do MEE é a possibilidade de actuar com a *participação de credores privados*, destacando-se, no âmbito das perdas a suportar por estes, a previsão de cláusulas de acção colectiva (CAC) que permitem a uma maioria qualificada de credores “consentir” nas reestruturações de dívida¹²⁸⁵, a poder gerar *desconfiança e insegurança nos investidores em geral* .../...

TMEE) – dependente da criação do MUS, a concessão de empréstimos directamente a membros do MEE no âmbito de programas de ajustamento macroeconómico especificados em Memorandos de Entendimento (cfr. artigo 16º do TMEE) e a adopção de medidas para a subscrição de obrigações de um membro do MEE no mercado primário (cfr. artigo 17º do TMEE), podendo ainda ser decididas intervenções no mercado secundário para evitar o risco de contágio com base numa análise do BCE que reconheça a existência de circunstâncias excepcionais no mercado financeiro e riscos para a estabilidade financeira (cfr. artigo 18º do TMEE), numa acção, aliás, idêntica à que esta instituição, na prática, desenvolveu em relação a países em dificuldades (Grécia, Portugal, Espanha, Itália). De salientar, por último, a possibilidade de revisão da lista dos instrumentos de assistência financeira pelo Conselho de Governadores - cfr. artigo 19º do TMEE.

¹²⁸² Quanto ao resgate português, cfr. Decisão de execução do Conselho, de 30 de Maio de 2011, relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal (2011/344/UE), adoptada com base no artigo 3º, nº 2, do Regulamento (UE) nº 407/2010 do Conselho, de 11 de Maio de 2010, que cria um mecanismo europeu de estabilização financeira. Trata-se de Decisão alterada várias vezes, a última das quais pela Decisão de execução do Conselho, de 20 de dezembro de 2012.

¹²⁸³ Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, anotação ao artigo 120º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 559.

¹²⁸⁴ Relativamente à Grécia, no sentido de haver uma verdadeira ingerência da assistência financeira europeia e internacional na política económica de um Estado e perguntando mesmo sobre o que restará da “famosa soberania nacional” na aventura do Euro e da Europa, vide DIMITRIS TRYANTAFYLLOU, “Les plans de sauvetage de la zone Euro et la peau de chagrin”, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, nº 2, Abril 2011, págs. 195-208.

¹²⁸⁵ Cfr. considerandos 11 e 12 do Tratado MEE. Como explica António Borges, o envolvimento dos privados “foi essencialmente determinado por razões políticas. Muitos países, entre os quais

.../...

e, conseqüentemente, a agravar os custos de financiamento e o risco de crises de liquidez...perigos secundarizados relativamente ao escopo de protecção dos contribuintes, conforme demonstra a graduação creditória consagrada (FMI, depois MEE e, por último, privados)¹²⁸⁶.

De facto, a imposição de perdas a credores privados (conquanto minoritários) discordantes de reestruturações de dívida parece-nos poder colocar em causa a finalidade principal da institucionalização de mecanismos como o MEE: a demonstração inequívoca da vontade política inabalável de defesa absoluta da zona euro, e assim travar a especulação dos mercados, assegurando a confiança dos investidores nos Estados membros do Euro e promovendo o regresso rápido e sustentado de países como Grécia, Irlanda, Portugal ou Chipre aos mercados de dívida.¹²⁸⁷

.../..._____

mas não apenas a Alemanha, concluíram ser impossível admitir aos seus contribuintes que eles se encontravam a gastar dinheiro na Grécia apenas para salvar os investidores do sector privado. Tendo em conta que o programa [de apoio] demonstrava ser de sucesso cada vez mais difícil, parecia que o único benefício da assistência externa era capturado pelos investidores do sector privado. Mantê-los envolvidos tornou-se uma necessidade política, tanto que a Comissão Europeia e especialmente o BCE tiveram de engolir as suas reservas e aceitar a ideia, embora pintando-a como uma pretensa negociação voluntária”. *Vide* ANTÓNIO BORGES, “The role of public financial institutions”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 9.

Como explicam Frédéric Allemand e Francesco Martucci, a qualificação inicial da participação de privados na reestruturação da dívida como sendo voluntária visou “evitar que a Grécia fosse considerada como tendo entrado em incumprimento ou que, pelo menos, a participação do sector privado fosse assimilada como um evento de crédito, porque, em ambos os casos, a qualificação teria como consequência o desencadear dos *Credit Default Swaps* (CDS).” *Vide* FRÉDÉRIC ALLEMAND e FRANCESCO MARTUCCI, “La nouvelle gouvernance...”, *cit.*, pág. 424.

¹²⁸⁶ Cfr. considerandos 13 e 14 do Tratado MEE.

¹²⁸⁷ Na mesma linha, Brigid Laffan também considera que a decisão de os privados terem de aceitar perdas no âmbito de reestruturações de dívida “teve um profundo impacto na crise ao minar ainda mais a confiança dos investidores quanto aos riscos ligados às obrigações soberanas na zona euro. Tal teve um impacto imediato nos mercados e a perda de confiança nas obrigações dos Estados periféricos da zona euro continuou.” *Vide* BRIGID LAFFAN, “European Union and eurozone:

.../...

Em conclusão: para além da importância da *acção do BCE na contenção das crises financeira e soberana*, designadamente através da utilização da política monetária de baixar a taxa de referência de juros (primeiro para 1%, depois para 0,75%, em 2 de Maio de 2013 para 0,5%, encontrando-se no momento em que escrevemos em 0,25%!), das injeções maciças de liquidez no sistema bancário europeu (salientando-se os empréstimos aos bancos a três anos e em montantes ilimitados, ainda iniciada em Dezembro de 2011, modo indirecto de ajudar os países intervencionados com os bancos nacionais a poderem aplicar o dinheiro também nas dívidas soberanas respectivas), da aceitação dos títulos de dívida pública com notação de lixo em garantia ou “colateral” dos créditos concedidos e dos programas (temporários) de compra de títulos de dívida soberana nos mercados secundários - as denominadas *medidas não convencionais* -,¹²⁸⁸ a União pare-

.../..._____

how to co-exist?”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 181.

¹²⁸⁸ V.g. Decisão do Banco Central Europeu, de 2 de Julho de 2009, relativa à forma de execução do programa de compra de *covered bonds* (obrigações hipotecárias e obrigações sobre o sector público) (BCE/2009/16) (2009/522/CE) e Decisão do Banco Central Europeu, de 14 de Maio de 2010, que estabelece um programa relacionado com os mercados de títulos de dívida (BCE/2010/5) (2010/281/UE), o chamado *Securities Market Program* (SMP), substituído em Setembro de 2012 pelo *Outright Monetary Transactions* (OMT), intervenção do BCE, sob a presidência de Mario Draghi, que avulta sobretudo pelo sinal político de confiança emitido aos mercados, resultante da ilimitação de montante ou de duração destas operações monetárias nos mercados secundários de obrigações soberanas da zona euro. Aguarda-se com interesse a resolução do processo T-492/12, Sven A. von Storch e outros contra Banco Central Europeu (BCE), e, em especial, do Tribunal Constitucional Alemão relativamente à constitucionalidade do programa OMT do BCE. Em atenção à decisão dos juízes de Karlsruhe quanto ao MEE – segundo a qual qualquer compromisso da Alemanha com os seus parceiros europeus tem de passar pelo crivo do *Bundestag* em razão da soberania orçamental do povo alemão -, temos fundados receios de que a pronúncia do *Bundesverfassungsgericht* possa ferir de morte a essência do programa OMT: um cheque em branco para a salvação do euro “custe o que custar”. Para uma síntese dos argumentos fundamentais a favor da compatibilidade dos programas de compra de obrigações soberanas em mercado (secundário) pelo BCE, em especial do OMT, vide VESTERT BORGER, “How the debt crisis expo-

.../...

ce caminhar no sentido da europeização das políticas fiscais e orçamentais (v.g. TCEG, quadro de condicionalidade de Estados membros a beneficiar de programas de assistência) e da superação da assimetria originária entre a responsabilidade nacional nestas matérias e a perda de soberania monetária.¹²⁸⁹

Decorre do exposto que, a configuração das soluções de reforço da governação económica da UEM, dispersas por disposições dos Tratados, legislação secundária, instrumentos de *soft law* (v.g. “Pacto para o euro Mais”) e mecanismos de direito internacional público (v.g. TCEG, TMEE), complica e complexifica excessivamente a solução jurídico-política que permita à zona Euro (e à União) superar os graves problemas que a afectam actualmente, colocando mesmo *em* .../..._____

ses the development of solidarity in the Euro area”, in *European Constitutional Law Review*, volume 9, Issue I, 2013, pág. 30 e ss.

Em geral, sobre o papel (estratégico) do BCE nas várias etapas da crise, *vide* FRANCESCO DRUDI, ALAIN DURRÉ e FRANCESCO PAOLO MONGELLI, “The interplay of economic reforms and monetary policy: the case of the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012, págs. 881-898., FRANCISCO TORRES, “The Euro crisis, institutional change and political constraints”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, em especial págs. 200 e 201, e GIULIO PERONI, “The crisis of the Euro and the new role of the European Central Bank”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, autor que elogia “o forte activismo” do BCE na contenção da crise do Euro, designadamente por superar eventuais incompatibilidades com o direito da União (artigos 123º, 124º e 125º do TFUE) ou os medos alemães de aumento da inflação, monetarização das dívidas e de *moral hazard* entre os Estados (cfr., em especial, págs. 189-191).

¹²⁸⁹ Na perspectiva de Dariusz Adamski, “para evitar a catástrofe é requerida a soberania comum com uma capacidade real de taxar e reformar, processos decisórios realistas com uma correspondente divisão de poderes, bem como padrões racionais de accountability. Em primeiro lugar, porém, tal tarefa implicaria uma identidade comum – objectivo inatingível quando as sociedades dos países da área fraca do euro estão zangados e rebaixados, enquanto as nações economicamente fortesse tornaram autoritárias e auto-satisfeitas.” *Vide* DARIUSZ ADAMSKI, “National power games and structural failures in the European macroeconomic governance”, in *Common Market Law Review*, volume 49, nº 4, Agosto 2012, pág. 1364.

*causa a transparência e a própria democracia à escala europeia*¹²⁹⁰. E, paradigmaticamente, a exigência de as propostas orçamentais dos Estados membros serem avaliadas e validadas pelas esferas europeias ou o projecto de um super Comissário para o Euro¹²⁹¹ constituem sérias ameaças ao papel dos Parlamentos e soberanias nacionais, num aprofundamento da integração baseado sobretudo, de forma (aparentemente) paradoxal, em instrumentos intergovernamentais (v.g. TCEG) em que nem todos os Estados membros participam (Reino Unido e República Checa) e que parecem resultar de *diktats* franco-germânicos congeminados

¹²⁹⁰ Vide MIGUEL POIARES MADURO, BRUNO DE WITTE, MATTIAS KUMM, *The democratic governance of the euro*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2012.

Realçando o papel de órgãos como o Conselho das Finanças Públicas para melhorar o escrutínio parlamentar nacional e a democracia da governação económica europeia, com base nos exemplos alemão, francês, italiano, britânico e belga, vide CRISTINA FASONE & ELENA GRIGLIO, “Can fiscal councils enhance the role of national parliaments in the European Union? A comparative analysis”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, págs. 264-305.

Segundo Leszek Balcerowicz, numa alusão que forçosamente inclui o incumprimento (não sancionado) do PEC em primeiro lugar pela Alemanha e França, “de um ponto de vista técnico, estas mudanças [TECG, TMEE,...], especialmente a última [obrigatoriedade de introdução de travões fiscais nas constituições nacionais], vão na direcção certa. No entanto, temos de nos lembrar de que a principal razão para a actual crise da zona euro não foi a falta de limitações nos tratados mas o facto de (...) os tratados não terem sido respeitados.” Vide LESZEK BALCEROWICZ, “On the prevention of crises in the eurozone”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 84.

¹²⁹¹ Sobre o papel de um Super Comissário para o Euro, com autoridade para controlar de forma exclusiva os orçamentos nacionais dos Estados Euro, incluindo o poder de controlar os planos de despesa e de impostos antes dos Parlamentos nacionais, hipótese vetada pelo Presidente Hollande, vide ADRIENNE HÉRITIER e YANNIS KARAGIANNIS, “Interstitial institutional change in Europe: implications of the financial and fiscal crisis”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, págs. 93-95.

ao arrepio das regras comunitárias (em especial no tempo do dito eixo “*Merkozy*”) e não de um genuíno consenso europeu.¹²⁹²

Noutra fórmula: se o recurso a tratados intergovernamentais (v.g. TCEG, TMEE) apresenta a vantagem, *prima facie*, do (maior) escrutínio democrático nacional (parlamentar ou referendário), a realidade parece ser a de que a intergovernamentalidade permite a países como a Alemanha impor as soluções que mais lhes aprouverem, contornando (obstáculos) (d)o direito comunitário ((v.g. cumprimento de procedimentos/votações, exigências de unanimidade ou de aprovação do Parlamento Europeu, inaplicabilidade da Carta dos Direitos Fundamentais da União¹²⁹³), a coberto da opacidade de negociações entre Governos à luz do clássico direito internacional público.¹²⁹⁴

Por isso, somos impelidos a preferir a legitimação à escala europeia para as respostas da União à actual crise e, assim, a concordar com Miguel Poiares Maduro: “um modelo que torne a democracia da União Europeia completa ou fundamentalmente dependente das democracias nacionais encontra-se destinado a falhar.”¹²⁹⁵

¹²⁹² Neste sentido, considerando que “a actual política europeia de resolução de crises está a colocar a legitimidade democrática sob um nível de pressão dificilmente sustentável a curto prazo” salientando no âmbito da crise do euro, por exemplo, a predominância de instrumentos intergovernamentais como o TCEG e dos interesses dos Estados mais fortes (Alemanha e França), bem como a marginalização de instituições como o Parlamento Europeu e a Comissão, *vide* NICOLE SCICLUNA, “EU constitutionalism in flux: is the Eurozone crisis precipitating centralisation or diffusion?”, in *European Law Journal*, volume 18, n.º 4, Julho 2012, págs. 502-503.

¹²⁹³ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Thomas Pringle contra Governo da Irlanda, processo C-370/12, de 27 de novembro de 2012, n.ºs 178-182.

¹²⁹⁴ Neste sentido, Paul Craig salienta as dificuldades derivadas de alguns Estados membros, na impossibilidade de alcançar a unanimidade indispensável à revisão dos Tratados, celebrarem acordos internacionais para alcançar os mesmos fins sobre os quais nem todos os membros da União estiveram de acordo, em domínios materiais regulados também pelos Tratados da União e com atribuição de tarefas a instituições como a Comissão ou o Tribunal de Justiça. Mais desenvolvidamente, *vide* PAUL CRAIG, “The stability, coordination and governance treaty: principle, politics and pragmatismo”, in *European Law Review*, Issue 3, Junho 2012, págs. 239-247.

¹²⁹⁵ *Vide* MIGUEL POIARES MADURO, *A new governance for the European Union and the Euro: democracy and justice*, Policy Paper No. 2012/11, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2012, pág. 10.

Por outro lado, sucessivos Conselhos Europeus, Eurogrupos, Ecofins e outras reuniões ao mais alto nível nos últimos anos têm-se revelado incapazes de travar a proliferação rápida da crise a cada vez mais países (Grécia, Irlanda, Portugal, Chipre, Itália, Espanha,...), numa deterioração patente das condições económicas e sociais de toda a Europa (e não só da denominada periferia) resultante da *incapacidade institucional da União* para criar uma efectiva *firewall* impeditiva do alastramento da crise a mais Estados membros e, sobretudo, da *falta de vontade política do verdadeiro decisor político europeu* em salvar o euro e a União a qualquer custo...

No centro desta encruzilhada económico-financeira e social, que começou por ser uma crise global com raízes americanas mas parece crescentemente concentrada no espaço europeu, mais do que *a impreparação de soluções forçadas pelo curso voraz e vertiginoso dos mercados (primado da economia sobre a política)*, parece estar a *ortodoxia financeira alemã* - durante muito tempo coadjuvada pela resignação francesa ¹²⁹⁶ - visível, por exemplo, na rigidez da *blindagem fiscal* imposta aos ordenamentos constitucionais nacionais, na obsessiva *exigência de .../...*

Nesta linha, Stéphane Pinon salienta também que a crise actual revelou a “necessidade de pensar plenamente a integração das ordens jurídicas e a abandonar os reflexos Estado-centralizados para atenuar o défice democrático da Europa.” *Vide* STÉPHANE PINON, “Crise économique européenne et crise institutionnelle à tous les étages”, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 567, Abril 2013, pág. 218.

¹²⁹⁶ Nas palavras de Amandine Crespy e Vivien Schmidt, “a Alemanha, com todo o criticismo à Chancelerina Merkel de ser a ‘Mulher de Ferro’ indisponível para a solidariedade com outros Estados membros da zona Euro por causa da pressão dos mercados, triunfou sobre Sarkozy, o ‘Cavaleiro Branco’, aquele que estava preparado para vir em defesa dos Estados membros mais fracos.” *Vide* AMANDINE CRESPIY e VIVIEN SCHMIDT, “The discursive double game of MEU reform: the clash of titans between french white knight and german iron lady”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, pág. 367. A eleição de Hollande, ao fim de algum tempo de mandato, parece ter frustrado as esperanças de viragem de atitude europeia na resposta à crise, continuando a (excessiva) austeridade a conduzir à desaceleração económica da zona Euro e a aprofundar a recessão dos PIGS, não bastando decretar o crescimento económico para que ele surja...

convergência nominal (e não real) de metas do défice e da dívida, ou mesmo na *ligação da política de coesão à condicionalidade*¹²⁹⁷ derivada da regulação emergente em matéria de finanças públicas.¹²⁹⁸

É que, fortemente marcada pela hiperinflação do pós- primeira guerra mundial na República de Weimar, a opinião pública alemã tem dificuldade em aceitar o alargamento do mandato do BCE e uma taxa de inflação relativamente elevada como meio de resolver a crise do euro,¹²⁹⁹ (como que) insensível à ideia de sem crescimento económico a dívida não ser sustentável, por mais que obsessivamente se continue a defender a (indispensável) consolidação das finanças públicas como meio de restaurar a credibilidade dos devedores e a confiança dos investidores¹³⁰⁰.

¹²⁹⁷ Cfr., por exemplo, a possibilidade de suspensão, total ou parcial, das autorizações do Fundo de Coesão, quando o Estado membro beneficiário tenha um défice orçamental excessivo e não haja adoptado medidas eficazes na sequência de uma recomendação do Conselho (cfr. artigo 4º do Regulamento (CE) nº 1084/2006 do Conselho, de 11 de Julho de 2006, que institui o Fundo de Coesão e que revoga o Regulamento (CE) nº 1164/94).

¹²⁹⁸ Mais desenvolvidamente, *vide* LAURA GÓMEZ URQUIJO, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea”, *in Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, ano 16, Maio/Agosto 2012, págs. 528-540.

¹²⁹⁹ Nas palavras de Paul De Grauwe, “o BCE tem sido indevidamente influenciado pela teoria de que a inflação deve ser a única preocupação de um banco central. A estabilidade financeira também deve estar no radar de um banco central. De facto, a maioria dos bancos centrais foram criados para resolver um problema endémico de instabilidade do sistema financeiro. Com o seu poder de fogo ilimitado, os bancos centrais são as únicas instituições capazes de estabilizar o sistema financeiro. É tempo de o BCE reconhecer esta velha verdade em vez de alijar responsabilidades.

Para que o BCE seja bem sucedido na estabilização dos mercados de obrigações soberanas da zona euro terá de tornar claro estar totalmente comprometido com a extensão da sua função de prestamista de última instância. Criando confiança, tal compromisso assegurará que o BCE não tem de intervir no mercado de obrigações soberanas a maior parte do tempo” *Vide* PAUL DE GRAUWE, “The European Central Bank: lender of last resort in the Government bond markets?”, *in Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, págs. 26-27.

¹³⁰⁰ Como explicam Pier Carlo Padoan e Paul van den Noord, “em tempos de actividade [económica] deprimida, medidas de criação de confiança não apenas evitam que a economia caia na armadi-

Não obstante o *alerta do FMI quanto aos perigos de uma aplicação excessiva da austeridade em termos do crescimento e da recuperação dos Estados em processo de consolidação fiscal* ou mesmo o *reconhecimento pela Comissão da necessidade de reforço da componente de crescimento da estratégia geral da União* porquanto “não há qualquer contradição entre estabilidade e crescimento, sendo estas as duas faces da mesma moeda”¹³⁰¹, a *germanização da UEM* impede a existência de políticas anticíclicas¹³⁰², replicando-se, por isso, espirais recessivas
.../...

lha da dívida como também fornecem a ponte entre o curto e o longo prazo, incrementando o impacto das reformas estruturais, facilitando assim a escapatória da armadilha da dívida.” (parêntesis nosso) *Vide* PIER CARLO PADOAN e PAUL VAN DEN NOORD, “Is austerity going too far? Structural reforms and the debt trap”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 113. Em nossa opinião, a actuação do BCE como *lender of last resort*, sem preocupações obsessivas com os efeitos inflacionários ou o *moral hazard*, parece ser a *bazuca* fundamental para o regresso da confiança na viabilidade da zona euro, a *firewall* indispensável ao estancar do *efeito dominó* da crise que rapidamente vai caminhando da periferia para o coração da Europa, num caminho de inexorável declínio económico e social a poder pôr em causa o que hoje (ainda) damos por adquirido...

Naturalmente, não deixamos de acompanhar também a ideia de Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva quando afirmam que a austeridade “é indissociável de uma profunda reforma do Estado, a qual, adequando-o à nova Sociedade em que actualmente vivemos, bem diferente da do século passado, lhe há-de proporcionar uma configuração capaz de assegurar a respectiva *sustentabilidade* económico-financeira e social.” *Vide* CASALTA NABAIS e SUZANA TAVARES DA SILVA, “Pensar a austeridade no século XXI”, in *A austeridade cura?, A austeridade mata?*, 2ª edição, coordenação de Eduardo Paz Ferreira, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pág. 746.

¹³⁰¹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité das Regiões e ao Banco Europeu de Investimento - Acção para a estabilidade, o crescimento e o emprego, COM (2012) 299 final, Bruxelas, 30/05/2012, nº 1.

¹³⁰² Na mesma linha, Guntram B. Wolff defende que “a zona euro não está equipada com instrumentos apropriados para exercer uma política fiscal anticíclica para além dos estabilizadores automáticos”, propondo, por isso, a adopção de meios como “projectos de investimento da zona euro financiados por *project bonds*”. (itálico nosso) *Vide* GUNTRAM B. WOLFF, “The euro area crisis and implications for the relation between the EU and the Euro area”, in *Governance for the Euro-*

em diversos países (Grécia, Portugal, Espanha, Itália),¹³⁰³ caminho que só se vislumbra poder ser ultrapassado com a criação de uma verdadeira *União Orçamental*¹³⁰⁴, um Tesouro Europeu a financiar-se com *impostos europeus*, e a *emissão comum de obrigações soberanas (eurobonds)* na área do Euro¹³⁰⁵, numa gradual evolução da UEM de uma “Comunidade de benefícios mútuos” para uma “Comunidade de benefícios mútuos e de partilha de riscos”¹³⁰⁶.

Em termos consolidados, um maior federalismo (económico) parece impor-se como a (única?) solução possível naquele que parece ser o *momento da .../...*

zone – Integration or disintegration?, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 193. Sobre os *project bonds*, obrigações dirigidas a projectos (especialmente em Estados que necessitem urgentemente de investimentos, como Grécia, Portugal, Itália e Espanha) cabimentadas pelo orçamento da União em parceria com investidores privados, cfr. “The Europe 2020 Project Bond Initiative - Innovative infrastructure financing”, in <http://www.eib.org/products/project-bonds/>. Poiares Maduro propõe um regime similar ao aplicável aos auxílios estaduais para Estados em ajustamento, permitindo-se, excepcionalmente, a realização de determinadas despesas para além dos limites acordados no caso de tal se revelar essencial à inversão de ciclos económicos negativos. Vide MIGUEL POIARES MADURO, *A new governance for the European Union and the Euro ...*, cit., págs. 20-21.

¹³⁰³ Mais, como a austeridade é aplicada simultaneamente em toda a Europa, “as reduções de despesa pública reforçam mutuamente o efeito negativo do multiplicador em todos os países, e nomeadamente nos países com crises de dívida soberana. Tornando a estes mais difícil, ou mesmo impossível na prática, uma consolidação orçamental por redução da despesa, já que a redução do défice é sempre inferior àquela.” Vide FERNANDO ROCHA ANDRADE, “A limitação constitucional do défice orçamental...”, cit., pág. 142.

¹³⁰⁴ Para uma importante análise da União Fiscal à luz da Constituição alemã, vide CHRISTIAN CALLIES e CHRISTOPHER SCHOENFLEISCH, “Auf dem Weg in die europäische ‘Fiskalunion’? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages”, in *JuristenZeitung*, 2012, págs. 477-488.

¹³⁰⁵ Cfr. Livro verde sobre a viabilidade da introdução de obrigações de estabilidade, COM (2011) 818 final, Bruxelas, 23/11/2011. Na doutrina, vide FRÉDÉRIC ALLEMAND, “La faisabilité juridique des projets d’euro-obligations”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2012, págs. 553-594.

¹³⁰⁶ Vide EDOARDO CHITI e PEDRO GUSTAVO TEIXEIRA, “The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis”, in *Common Market Law Review*, volume 50, n° 3, Junho 2013, págs. 697-700.

verdade para o projecto europeu¹³⁰⁷, com transferência de (mais) competências para a UEM, reforço do erário comunitário¹³⁰⁸ e estímulos orçamentais, prematu-

¹³⁰⁷ Vide AMY VERDUN, “Introduction to the symposium: Economic and Monetary Union and the crisis of the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012, pág. 865.

¹³⁰⁸ Nas palavras de Manuel Porto, “as circunstâncias actuais podem todavia levantar a dúvida sobre se não deverá esperar-se alguma capacidade maior de intervenção conjuntural, quando estão a ser criados mecanismos com esta finalidade, como são os casos do Fundo Europeu de Equilíbrio Financeiro (EFSF) e do futuro Mecanismo Europeu de Estabilização Monetária (EFSM) (...). Poderá perguntar-se se não deve ser o próprio orçamento a intervir também nestes domínios”. Vide MANUEL LOPES PORTO, “Orçamento da UE: dando resposta às exigências do presente e do futuro?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, pág. 857.

Na mesma linha, Miguel Poiars Maduro defende abertamente a necessidade da separação entre solidariedade e transferências financeiras entre Estados: a solidariedade deve ser produto da riqueza que o próprio processo de integração europeia gera e tem de ser conduzida pelo ideal de uma distribuição equitativa dos benefícios dessa integração entre todos os cidadãos europeus. O autor propõe, por isso, um aumento substantivo do orçamento comunitário, assente em recursos próprios, de preferência associados a actividades económicas permitidas pelo Mercado Interno, a actividades económicas que, não obstante serem desenvolvidas num Estado membro, geram importantes externalidades noutros Estados membros e a actividades económicas que os Estados membros não podem mais regular e taxar individualmente (v.g. imposto sobre transacções financeiras, imposto sobre emissões de carbono ou imposição de taxas após a conclusão de projectos financiados por *project bonds* da União, entre outros *impostos europeus*). À existência de uma política de recursos próprios da União deve corresponder, acrescenta Poiars Maduro, uma progressiva retirada das transferências dos orçamentos nacionais para o erário comunitário. Vide MIGUEL POIARES MADURO, *A new governance for the European Union and the Euro...*, *cit.*, págs. 11-16.

Não podemos deixar de notar que o aumento substantivo do orçamento comunitário, não apenas para enfrentar emergências financeiras, como aquelas que estamos presentemente a viver, mas como instrumento necessário e adequado à superação das assimetrias que afectam o bom funcionamento da União Monetária, consubstancia, no fundo, uma forma indirecta de mutualização da dívida.

ramente interrompidos em 2010¹³⁰⁹ em nome da promoção do crescimento económico por uma já na altura designada “austeridade expansionista”.

Conscientes dos erros cometidos por países como Portugal, Itália, Irlanda, Grécia, Espanha (os acrimoniosamente denominados pela sigla de *Pigs* – só mais tarde se juntou o i de Itália...),¹³¹⁰ a Europa, querendo sobreviver, como bem explica Jacques Delors, tem de ultrapassar as divergências (Norte/Sul)¹³¹¹ num “espírito de coesão económica e social, usando meios específicos para países específicos da zona euro: não podemos simplesmente falar de competitividade empregando medidas idênticas para a Grécia, Espanha ou Alemanha. Como podemos esperar que a Grécia adopte o modelo alemão, um modelo baseado na história alemã, nas grandes qualidades do povo alemão e em certos princípios fundantes relativos à dinâmica de gestão e económica (*Liberalordnung* e *soziale Marktwirtschaft*)? Se queremos continuar a viver juntos, temos de nos provar ter capacidade de ser audazes no respeitante à política e instituições económicas, numa União em convergência, mas simultaneamente a acomodar a diversidade.”¹³¹²

¹³⁰⁹ Vide FERNANDO ROCHA ANDRADE, “A limitação constitucional do défice orçamental...”, *cit.*, págs. 135-140.

¹³¹⁰ Para uma análise comparativa dos *memoranda* celebrados entre a troika e os PIGS, vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, “Quem é que a austeridade cura? Quem é que a austeridade mata? – releitura dos memoranda entre a troika e os PIGS”, in *A austeridade cura?, A austeridade mata?*, coordenação de Eduardo Paz Ferreira, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, págs. 847-868.

¹³¹¹ Como nota Paz Ferreira, “após vários anos de austeridade com resultados insatisfatórios no plano económico, decepcionantes no domínio das finanças públicas e trágicos na area social” é compreensível “um sentiment comum anti-austeridade que, porventura, se não expressaria de forma tão nítida dois ou três anos antes, quando os países do Norte da Europa e, particularmente a Alemanha, conseguiram transformar a austeridade num credo e numa questão moral e os países do Sul se inclinaram com um pesado sentiment de culpa.” Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Introdução”, in *A austeridade cura?, A austeridade mata?*, coordenação de Eduardo Paz Ferreira, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pág. 13.

¹³¹² Vide JACQUES DELORS, “JCMS 50th anniversary lecture – Economic governance in the European Union...”, *cit.*, pág. 176.

Parecendo-nos que *o colapso do euro põe politicamente em causa toda a ideia da UE, só uma verdadeira União Económica e Política pode acabar por evitar o fim das próprias democracias europeias*¹³¹³, *cada vez mais questionadas por movimentos radicais (de esquerda e de direita)*¹³¹⁴ *e ameaçadas por crescente eurocepticismo (maxime a proposta de referendo de 2017 à permanência do Reino Unido na UE)*¹³¹⁵, *num recrudescimento perigoso de nacionalismos que podem facilmente degenerar (outra vez) em guerras...*

¹³¹³ Ulrike Liebert fala de um “dilema de cidadania democrática entre consolidação fiscal e desconsolidação democrática.” Vide ULRIKE LIEBERT, “Crumbling or coping? European citizenship in (the) crisis”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, pág. 423.

¹³¹⁴ Sobre o exemplo da ascensão eleitoral dos partidos radicais, nacionalistas e anti-europeus na Grécia, vide ALEXIA KATSANIDOU, “The euro crisis and new dimensions of contestation in national politics”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, págs. 243-262. Para um interessante estudo da realidade política portuguesa dos últimos anos, vide ELISABETTA DE GIORGI, CATHERINE MOURY & JOÃO PEDRO RUIVO, “Governing Portugal in hard times: incumbents, opposition and international leaders”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, págs. 308-328.

¹³¹⁵ Num interessante estudo, Felix Roth, Felicitas Nowak-Lehmann D. & Thomas Otter concluem, numa amostra de 12 países da zona Euro, por um “declínio moderado da confiança nos governos e parlamentos nacionais, mas acentuado declínio relativamente ao Parlamento Europeu e Comissão Europeia desde o início da crise.” Trata-se de fenómeno sobretudo visível nos países da periferia onde “a confiança nos parlamentos e governos nacionais caiu acentuadamente desde o início da crise”, destacando os autores os casos de Espanha e Grécia (num raciocínio facilmente transponível, julgamos, para Portugal) considerando que “este declínio na confiança nos parlamentos nacionais nestas jovens democracias deve ser encarado como preocupante a atrair a atenção imediata dos políticos nacionais e europeus.” Vide FELIX ROTH, FELICITAS NOWAK-LEHMANN D. & THOMAS OTTER, “Crisis and trust in the national and european governmental institutions”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier &

Em tempos de emergência económica e social, um caminho de maior integração supranacional afigura-se-nos conveniente (necessário?) para a resolução de problemas graves vividos pelos povos europeus, *com a actual crise a constituir oportunidade de reforço do projecto europeu, de uma Europa mais federal, mas também mais solidária, forjada na base da diversidade (de Estados e povos) e não imposta e moldada à imagem e semelhança das convicções teutónicas (Europa germanizada, em vez de Alemanha europeizada).*

No entanto, pelo evoluir dos acontecimentos nos últimos anos, partilhamos as preocupações de Paz Ferreira, quando, pessimisticamente (*rectius*, de modo realista), prevê que “os problemas financeiros de alguns Estados levarão a uma crescente debilidade do espaço euro e a um reforço dos poderes da Alemanha”, não se avançando no sentido de uma federação política, ainda que essa – assente na existência de um orçamento federal forte – pudesse ser uma solução para ultrapassar muitas das dificuldades actuais.”¹³¹⁶

.../..._____

Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, pág. 402.

¹³¹⁶ Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, anotação ao artigo 119º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 556.

Na mesma linha, Charles Goodhart considera que “uma área de moeda única na Europa requer muito mais centralização de poderes num centro federal – políticos, fiscais e regulatórios”. Segundo este professor da London School of Economics tal federalização, “a ser alcançada, deixaria o Reino Unido marginalizado”, explicando-se assim a preferência britânica pelo colapso da zona euro com manutenção do Mercado Interno. Vide CHARLES GOODHART, “The United Kingdom and the Eurozone: how to co-exist”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012, pág. 166.

53.3.2. Da centralização da regulação e supervisão financeiras da União, em especial no pós-crise 2007/2008

A) Liberalização dos serviços financeiros e sistema do *home country control*

Dispõe o artigo 58º, nº 2, do TFUE:

“A liberalização dos serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a liberalização da circulação dos capitais.”

Ao subordinar-se a liberalização dos serviços financeiros à supressão dos obstáculos à livre circulação de capitais, a realização do mercado interno nos sectores bancário, da bolsa e dos seguros atrasou-se consideravelmente, persistindo durante muito tempo medidas nacionais destinadas a restringir os movimentos de capitais, sobretudo tendo em conta que o Tribunal apenas em 1995 declarou o efeito directo do actual artigo 63º do TFUE.¹³¹⁷

Na verdade, em matéria de liberdade de circulação de capital, as disposições dos Tratados eram bem menos peremptórias do que as previsões relativas às restantes liberdades fundamentais,¹³¹⁸ com a liberalização do mundo financeiro a

¹³¹⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de 14 de Dezembro de 1995, processo-crime contra Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez e Figen Kapanoglu, processos apensos C-163/94, C-165/94 e C-250/94, nº 41.

Na doutrina, em geral, sobre a evolução das regras comunitárias relativas à liberdade de circulação de capitais, *vide* JUKKA SNELL, “Free movement of capital: evolution as a non-linear process”, *in The evolution of EU law*, 2ª edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 547-574.

¹³¹⁸ Vide JOHN USHER, *The law of money and financial services in the European Community*, Oxford University Press, 1994, págs. 14-16.

fazer-se fundamentalmente pelo direito comunitário derivado,¹³¹⁹ com destaque para a Directiva 88/361/CEE¹³²⁰.

Não obstante a importância de directivas emanadas ainda na década de 70¹³²¹, foi após a entrada em vigor da Directiva 88/361/CEE que se procedeu à verdadeira abertura dos mercados financeiros, designadamente através da instituição do denominado *passaporte europeu*, em especial com a publicação pelo Conselho das directivas 89/646/CEE¹³²², 92/96/CEE¹³²³ e 93/22/CE¹³²⁴.

Deste modo, a supervisão financeira europeia, *maxime* no sector bancário, há muito pode ser caracterizada pela *descentralização de tarefas por supervisores nacionais*, constituindo o sistema do *home country control – extensão ao mundo*

¹³¹⁹ Vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros, cit.*, pág. 254 e ss, e PEDRO GUERRA E ANDRADE, anotação aos artigos 63º a 66º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 366.

¹³²⁰ Cfr. Directiva 88/361/CEE do Conselho de 24 de Junho de 1988 para a execução do artigo 67º do Tratado.

¹³²¹ V.g. Directiva 73/183/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1973, relativa à supressão das restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços em matéria de actividades não assalariadas dos bancos e outras instituições financeiras, Primeira Directiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício, Directiva 77/92/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, relativa às medidas destinadas a facilitar o exercício efectivo da liberdade de estabelecimento da livre prestação de serviços nas actividades de agente e de corretor de seguros (ex. grupo 630 CITI), e contendo, nomeadamente, medidas transitórias para estas actividades.

¹³²² Cfr. Segunda Directiva 89/646/CEE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1989, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício e que altera a Directiva 77/780/CEE.

¹³²³ Cfr. Directiva 92/96/CEE do Conselho, de 10 de Novembro de 1992, que estabelece a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas ao seguro directo vida e que altera as Directivas 79/267/CEE e 90/619/CEE (terceira directiva sobre o seguro de vida).

¹³²⁴ Cfr. Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários.

financeiro da doutrina do reconhecimento mútuo proclamada no célebre acórdão Cassis de Dijon – eixo fundamental para a consistência regulatória na União.

No sistema do *home country control*, um banco autorizado por um Estado membro pode estabelecer uma sucursal noutro Estado membro sem ter de requerer outra autorização, porquanto a *autorização* outorgada pelo *home state* funciona como “passaporte europeu” para as instituições bancárias¹³²⁵, passando estas a gozar do direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços em qualquer Estado membro¹³²⁶.

Nesta linha, para salvaguarda dos *princípios do reconhecimento mútuo e do controlo pelo país de origem*, as autoridades competentes de cada Estado-membro não concedem nem retiram a autorização nos casos em que, a partir de elementos como o conteúdo do programa de actividade, a localização territorial ou a actividade efectivamente exercida, se conclua inequivocamente que a instituição de crédito preferiu o sistema jurídico desse Estado-membro com o intuito de se furtar às disposições legislativas mais severas que vigoram no Estado-membro em que tenciona exercer ou em que exerce a parte mais importante da sua actividade.¹³²⁷

Em detrimento de um regime de obrigatoriedade de autorização nacional para o desenvolvimento de operações em cada Estado membro, a União Europeia enveredou pela harmonização de regras nacionais para criação de um mercado interno (financeiro), estabelecendo passaportes comunitários, reveladores de impressionante vinculação entre administrações nacionais em articulação consen-

¹³²⁵ Dispõe o artigo 16º da Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício: “os Estados membros de acolhimento não podem exigir a autorização e o capital de dotação às sucursais de instituições de crédito autorizadas noutros Estados-Membros.”

¹³²⁶ Cfr. artigo 23º da Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício.

¹³²⁷ Cfr. considerando 10 da Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício.

sual assente nos princípios do tratamento nacional, da reciprocidade e do reconhecimento mútuo.

Tendo em conta a *eficácia supraterritorial da autorização* emitida pelo supervisor da sede da instituição financeira, os *passaportes comunitários* constituem verdadeiros *actos transnacionais*,¹³²⁸ definidos por Pedro Gonçalves como actos administrativos que, “por força do direito da União que harmonizou os requisitos exigíveis e com base nos quais o ato é praticado”, são “automaticamente eficazes, nos mesmos termos, na ordem jurídica interna de todos os Estados-Membros da União Europeia. Existe, se quisermos, um *reconhecimento mútuo perfeito ou automático*.”¹³²⁹

Por outro lado, em matéria de *supervisão, os Estados-Membros de acolhimento são somente responsáveis, em colaboração com a autoridade competente do Estado-Membro de origem, pela supervisão da liquidez e do comportamento das sucursais das instituições de crédito*,¹³³⁰ *competindo, em regra, a este Estado a supervisão prudencial das instituições de crédito*¹³³¹.

A responsabilidade em matéria de controlo da estabilidade financeira das instituições de crédito e, em especial, da sua solvabilidade, compete à autoridade do Estado-membro de origem, enquanto a autoridade do Estado-membro de acolhimento mantém as suas responsabilidades em matéria de supervisão da liquidez e da política monetária e a supervisão do risco de mercado deve ser objecto de uma estreita cooperação entre as autoridades competentes dos países de origem e de acolhimento.¹³³²

¹³²⁸ Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu, cit.*, págs. 82-83.

¹³²⁹ Vide PEDRO GONÇALVES, *Direito Administrativo I – tópicos das lições à 2.ª turma*, policopiado, Coimbra, 2013, pág. 33.

Sobre os actos transnacionais enquanto instituto jurídico do Direito Administrativo Europeu, vide PEDRO GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 120 e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito administrativo europeu, cit.*, pág. 91.

¹³³⁰ Cfr. artigo 41º da Directiva 2006/48/CE.

¹³³¹ Cfr. artigo 40º da Directiva 2006/48/CE.

¹³³² Cfr. considerando 21 da Directiva 2006/48/CE.

Numa palavra: o sistema do *home state control* assenta fundamentalmente no *papel central do Estado membro de origem, responsável pela autorização e pelo grosso da supervisão das instituições financeiras e na confiança mútua entre reguladores*, tendo contribuído profundamente para a liberalização e internacionalização dos mercados financeiros nacionais.

No entanto, consistindo a filosofia adoptada na realização da harmonização essencial, necessária e suficiente para obter um reconhecimento mútuo das autorizações e dos sistemas de supervisão prudencial que permita a concessão de uma autorização única válida em toda a Comunidade e a aplicação do princípio da supervisão pelo Estado-membro de origem,¹³³³ estamos perante uma *harmonização mínima e não uma verdadeira e completa harmonização das condições de autorização e de supervisão nos mercados financeiros europeus*¹³³⁴.

B) Liberalização dos serviços financeiros, estrutura Lamfalussy e reforço da coordenação entre reguladores nacionais

Pelo exposto, o modelo de supervisão europeu carecia notoriamente de um incremento da *coordenação* como forma de acompanhar as dinâmicas dos mercados; de entre as várias tentativas de *aprofundamento da cooperação entre supervisores financeiros dos Estados membros*, destaca-se a introdução da denominada *estrutura Lamfalussy*¹³³⁵, *procedimento regulatório* (adoptado em 2001 e revisto

¹³³³ Cfr. considerando 7 da Directiva 2006/48/CE.

¹³³⁴ Vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, cit., págs. 273-274, e VASSILIS HATZOPOULOS, *Regulating services in the European Union*, Oxford University Press, 2012, págs. 232-235.

¹³³⁵ Para uma descrição desenvolvida do denominado procedimento Lamfalussy, vide LUÍS CATA-RINO, *Regulação e Supervisão dos mercados de instrumentos financeiros – limites ao governo e jurisdição das autoridades independentes*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 180-196.

em 2007) de elaboração de legislação financeira sucessivamente concretizada em quatro diferentes níveis¹³³⁶:

- 1) um primeiro nível, legislativo, correspondente a directivas–quadro (excepcionalmente, regulamentos), emitidas nos termos do mecanismo de co-decisão (actual processo legislativo ordinário – cfr. artigo 294º do TFUE), com as opções políticas básicas ou de enquadramento, fixando-se no texto legislativo-quadro a natureza e o âmbito das medidas de execução a adoptar com base nas propostas da Comissão (Nível 1);
- 2) um segundo nível, executivo, abrangendo a concretização técnica pela Comissão dos princípios-quadro de nível 1, vertidos em medidas de execução de nível 2 (com a forma de regulamentos ou directivas), destacando-se aqui os procedimentos de comitologia (o Comité Europeu de Valores Mobiliários, o Comité Bancário Europeu e o Comité Europeu dos Seguros e das Pensões Complementares de Reforma), entre outros comités, de natureza consultiva (Nível 2).

Em termos práticos, após consultar o respectivo comité de nível 2, composto pelos representantes dos ministros das Finanças dos Estados membros, a Comissão elabora um conjunto de questões, para as quais requer a emissão de recomendações pelos comités de nível 3, que, para o efeito, consultam diversos grupos de trabalho e intervenientes no mercado, consumidores e partes interessadas, submetendo as recomendações novamente à Comissão. Esta elabora então uma proposta formal, a submeter ao competente comité de nível 2, o qual dispõe de um período de três meses para votar. No caso de aprovação, a medida é adoptada pela Comissão, sendo o Parlamento Europeu mantido total-

¹³³⁶ Vide ALEXANDER KARPf, CORINA WEIDINGER-SOSDEAN e KARIN ZARTL, “Die Integration der Finanzmärkte der EU – Die Rolle von CESR, CEBS und CEIOPS im Lamfalussy-Prozess”, in *Zeitschrift für Finanzmarktrecht (ZFR)*, Heft 1/2007, pág. 6 e ss.

mente informado das diligências processuais. Se as medidas propostas não fossem acolhidas, o Conselho apreciava-as para efeitos de votação, sendo finalmente aprovadas na ausência de maioria de bloqueio;¹³³⁷

Não podemos deixar de salientar aqui, para além da *transparência e da participação* de actores institucionais¹³³⁸, *a separação clara* – rara no plano legislativo da União até então- *entre o que são elementos essenciais, pertencentes ao quadro legislativo (Nível 1), e as medidas tendentes à sua implementação, a regulamentação das questões mais técnicas, delegadas ao nível executivo (Nível 2).*

¹³³⁷ Vide KLAUS ULRICH SCHMOLKE, “Die Einbeziehung des Komitologieverfahrens in den Lamfalussy-Prozess. Zur Forderung des Europäischen Parlaments nach mehr Entscheidungsteilhabe”, in *Europarecht (EuR)*, 2006, pág. 433 e ANGELINA MORAIS CASTRO, “O Processo de Lamfalussy”, in *Artigos do Gabinete de planeamento, estratégia, avaliação e relações internacionais do Ministério das Finanças e da Administração Pública*, artigo 08/06, Novembro 2008, pág. 2.

¹³³⁸ Segundo Beatrice Vaccari, o elemento caracterizador do procedimento Lamfalussy “como um bom exemplo de governança europeia é a introdução de uma consulta que precede a submissão da medida de execução ao comité de comitologia. Com efeito, a consulta realizada (...) ao nível 2 permite abrir a relação típica Comissão – Estados membros nos ‘comités de comitologia’ a outros actores que, outrora, seriam excluídos.” Vide BEATRICE VACCARI, “Le processus Lamfalussy: une réussite pour la comitologie et un exemple de ‘bonne gouvernance européenne’”, in *Revue du droit de l’Union Européenne*, 4, 2005, pág. 820.

Nas palavras de Elliot Posner e Nicolas Verón, “o processo Lamfalussy alterou os procedimentos de criação e execução da legislação e regras financeiras da UE (...). Para alcançar um dos objectivos propostos pela reforma – melhorar a *accountability* dos procedimentos de feitura de regras – o legislador da UE decalçou a consulta pública do estilo EUA (ou do estilo Reino Unido) bem como outros mecanismos de incremento da transparência. Estas influências legislativas estrangeiras tiveram pelo menos dois efeitos na Europa. Primeiro, ajudaram a transformar novos organismos de autoridades financeiras nacionais em influentes actores políticos da UE. Por causa dos seus membros, da especialização existente e das relações com os participantes dos mercados, CESR, e em menor grau CEBS e EIOPA, imediatamente gozaram de legitimidade aos olhos dos actores públicos e privados apesar de não disporem de poderes autónomos para adoptar decisões vinculativas. Audições públicas e consultas abertas reforçaram estas percepções. Segundo, os mecanismos de consulta favoreceram os interesses organizados”. Vide ELLIOT POSNER e NICOLAS VERÓN, “The EU and financial regulation: power without purpose?”, in *Journal of European Public Policy*, 17:3, 2010, pág. 405.

- 3) no *terceiro nível*, visa assegurar-se a *cooperação das autoridades de regulação nacionais*, a fim de garantir a *transposição coerente dos textos derivados dos níveis anteriores*.

Nesta fase, os “*comités de nível 3*” (Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária (CAESB), Comité das Autoridades Europeias de Supervisão dos Seguros e Pensões Complementares (CAESSPCR) e Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários (CARMEVM)), criados na sequência do reexame do processo Lamfalussy em 2007¹³³⁹ e compostos por representantes dos organismos de supervisão nacionais, assumem papel importante na aplicação coerente e convergente das directivas da UE, assegurando a fixação de uma cooperação mais eficaz entre as autoridades de supervisão nacionais e a convergência das práticas prudenciais (Nível 3);

- 4) o último nível corresponde ao *controlo da aplicação do direito comunitário*, através do *incremento da cooperação entre supervisores nacionais e do controlo mais assertivo pela Comissão da transposição atempada e correcta da legislação da UE para o direito nacional*, sancionando-se eventuais atrasos (Nível 4).¹³⁴⁰

Sublinhe-se também o papel dos *colégios de supervisores financeiros*, *redes de cooperação informal entre reguladores nacionais*, importantes na fiscalização e controlo de instituições financeiras a operar num âmbito transfronteira, ao

¹³³⁹ Cfr. Decisões da Comissão, de 23 de Janeiro de 2009, 2009/77/CE, que institui o Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários, 2009/78/CE, que institui o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária, 2009/79/CE, que institui o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma.

¹³⁴⁰ Cfr. Comunicação da Comissão, Reexame do processo Lamfalussy - Reforçar a convergência no domínio da supervisão, COM (2007) 727 final, Bruxelas, 20.11.2007, nº 1.

propiciarem base sólida para solucionar os problemas das competências partilhadas entre os países de origem e de acolhimento.¹³⁴¹

Paradigmaticamente, no sector dos valores mobiliários, impõe-se expressamente um *reforço da cooperação entre as autoridades de regulamentação dos home country control e host country control* no quadro da Directiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros (Directiva DMIF)¹³⁴², uma das primeiras directivas no domínio dos serviços financeiros na sequência da abordagem Lamfalussy.

Na verdade, *a articulação efectiva entre as autoridades home e host State das empresas de investimento*, não obstante as disposições pormenorizadas da Directiva (DMIF), *é fundamental para a operacionalização do princípio do pasaporte único*, de acordo com o qual basta a estas empresas obter uma autorização do *home State* para poderem livremente exercer as suas actividades em todo o espaço da União, prestando serviços (livre prestação de serviços) ou estabelecendo *sucursais* (direito de estabelecimento)¹³⁴³, sem exigências suplementares do *host State*.¹³⁴⁴

Na prática, para promover a confiança mútua e a criação da igualdade das condições de concorrência, procede-se à *elaboração de memorandos de acordo*

¹³⁴¹ *Idem*, n° 4.4..

¹³⁴² Cfr. artigo 56° e ss da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Directivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 93/22/CEE do Conselho (adiante Directiva DMIF).

¹³⁴³ Para a constituição de uma *filial* noutro Estado membro, porém, é necessária a autorização do “*host State*” para a empresa-mãe poder desenvolver indirectamente, através da filha, as suas actividades de investimento, sendo também aqui fundamentais as consultas entre autoridades *home e host* previamente à outorga dessa autorização (cfr. artigo 60° da Directiva DMIF). É que a filial constitui um banco novo, cuja autorização tem de ser dada pelo país da sua origem, ouvida a autoridade competente do país de origem da empresa mãe.

¹³⁴⁴ Cfr. artigos 5° e 31° da Directiva DMIF.

*multilaterais entre as autoridades de supervisão,*¹³⁴⁵ evitando-se arbitragens regulatórias através da *concertação administrativa informacional.*¹³⁴⁶

Resumindo: num *aparente paradoxo*, aprofunda-se a *aplicação descentralizada* das regras (vertidas na Directiva DMIF), *num contexto de efectiva europeização da regulação, de harmonização máxima*¹³⁴⁷, *de centralização das condições regulatórias no âmbito dos valores mobiliários e dos mercados financeiros em geral, em que a coordenação entre reguladores nacionais é preponderante...a lembrar a tendência regulatória em matéria de concorrência resultante da adopção do Regulamento nº 1/2003*¹³⁴⁸.

Apesar disso, a *crise financeira de 2007/2008 tornou (mais) patentes importantes deficiências na supervisão financeira*, tanto em casos específicos como em relação ao sistema financeiro no seu conjunto, *com os modelos de supervisão nacional a não acompanharem a globalização financeira e as realidades de integração e de interligação entre os mercados financeiros europeus*, nos quais muitas instituições financeiras desenvolvem as suas operações além-fronteiras. Ou seja, esta crise veio expor *sérias fragilidades nas áreas da cooperação, da coordenação e da coerência de aplicação da legislação da União, bem como a nível de confiança entre as autoridades nacionais de supervisão.*¹³⁴⁹

¹³⁴⁵ Cfr. Comunicação da Comissão, Reexame do processo Lamfalussy - Reforçar a convergência no domínio da supervisão, COM (2007) 727 final, Bruxelas, 20.11.2007, nº 4.3.2.3..

¹³⁴⁶ Vide LUÍS CATARINO, *Regulação e Supervisão dos mercados de instrumentos financeiros...*, cit., pág. 169.

¹³⁴⁷ Vassilis Hatzopoulos defende que a directiva DMIF, ao contrário da anterior Directiva dos Serviços de Investimento, “não é um texto de harmonização ‘mínima’ mas de *harmonização ‘total’*”, porquanto “as autoridades nacionais que outorgam as autorizações encontram-se estritamente vinculadas a adoptar as regras precisas da Directiva [DMIF] – não as diferentes regras nacionais.” (parêntesis e itálico nossos) Vide VASSILIS HATZOPOULOS, *Regulating services...*, cit., pág. 235.

¹³⁴⁸ Cfr. nº 16.

¹³⁴⁹ Cfr. considerandos 1 dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPSA.

Nas palavras de Xavier Freixas, “na Europa, a contradição entre, por um lado, os comunicados suaves e as cartas de entendimento mútuo entre as agências reguladoras europeias e, por outro lado, os mandatos nacionais das autoridades reguladoras perfeitamente delimitados já estava com-

.../...

Na frásica de Vital Moreira, “tornou-se evidente a necessidade de fazer corresponder à integração europeia dos mercados financeiros, estrutura regulatórias igualmente integradas ao nível do mercado único da União.”¹³⁵⁰

Destarte, *para além de intervenções, entre outras, ao nível de regimes de garantia, da injeção de capitais adicionais e de medidas para retirar das contas das diferentes instituições os activos desvalorizados na sua posse*, a Comissão, em Novembro de 2008, mandatou um *grupo de peritos de alto nível, presidido por Jacques de Larosière*, anterior Governador do Banco de França, *para lhe apresentar recomendações sobre as formas de reforçar os mecanismos europeus de supervisão, até então praticamente circunscritos à soft law e baseados no consensualismo e na confiança recíproca entre supervisores nacionais*.

Em 2009 foi apresentado o relatório final do referido grupo¹³⁵¹, *com recomendação do reforço de coordenação entre os reguladores nacionais e a criação de novas Autoridades Europeias de Supervisão, bem como de um organismo a nível europeu encarregado da vigilância dos riscos do sistema financeiro no seu .../...*

preendida. Por isso, a crise (em particular a queda do Fortis) só tornou visível o que já estava latente. A lição a ser retirada é a de que de facto a Europa está muito mais longe de um mercado financeiro totalmente integrado do que a segunda directiva bancária (directiva ‘passaporte único’) parecia implicar. A utilização da lei antiterrorista do Reino Unido de modo a congelar os activos da filial do Landsbanki no Reino Unido (...), mostra quão longe está a Europa de um esquema bem definido de cooperação regulatória internacional.” *Vide* XAVIER FREIXAS, “Banking regulation – Post-crisis challenges to bank regulation”, *in Economic Policy*, Abril 2010, pág. 395.

Referindo-se a um “paradoxo de respostas institucionais divergentes numa era de globalização e liberalização financeira”, Sofia A. Perez e Jonathan Westrup consideram que “a variação dos modelos regulatórios impede a capacidade da UE de oferecer uma resposta regulatória unificada num tempo em que o mundo está a mover-se para uma fase económica mais multipolar que envolverá novos arranjos para os mercados financeiros globais.” *Vide* SOFIA A. PEREZ e JONATHAN WESTRUP, “Finance and the macroeconomy: the politics of regulatory reform in Europe”, *in Journal of European Public Policy*, 17:8, Routledge, Dezembro 2010, pág. 1171.

¹³⁵⁰ Vide VITAL MOREIRA, Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, cit., pág. 106.

¹³⁵¹ Cfr. relatório “The High-Level Group on Financial Supervision in the EU”, coordenação de Jacques de Larosière, Bruxelas, 15 de Fevereiro de 2009.

todo, propostas que mereceram o apoio e acolhimento da Comissão¹³⁵² e estiveram na base da nova arquitetura de supervisão financeira da UE, em funcionamento desde 1 de Janeiro de 2011, que se impõe ver.

53.4. Agências de Supervisão Financeira no âmbito do novo Sistema Europeu de Supervisão Financeira

53.4.1. Sistema de supervisão financeira da União: sua descrição

Na sequência do Relatório de Larosière, *o sistema de supervisão financeira da UE assenta em dois pilares fundamentais*¹³⁵³:

¹³⁵² Cfr. Comunicação da Comissão de 4 de Março de 2009 dirigida ao Conselho Europeu da Primavera -

«Impulsionar a retoma europeia», COM (2009) 114 final, e Comunicação da Comissão de 27 de Maio de 2009 – “Supervisão financeira europeia”, COM (2009) 252 final. Sobre estes documentos, na doutrina, de forma desenvolvida, *vide* JAMES K. JACKSON, “Financial market supervision: european perspectives”, in *Current Politics and economics of Europe*, volume 22, nº 2, 2011, págs. 309-315.

¹³⁵³ Para uma descrição da nova arquitetura institucional da UE, *vide* ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA, “El Sistema Europeu de Supervisión Financiera”, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Ano XXX, nº 121, Janeiro-Março 2011, págs. 9-60, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, *cit.*, págs. 76-85, JOSÉ GARCÍA ALCORTA, “El nuevo marco institucional relativo a la supervisión financiera en la Unión Europea”, in *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, número 29, 2011, pág. 49 e ss, e RUPERT SCHAEFER, “Neue Agenturen für die EU- die European Financial Supervisory Authorities”, in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012, pág. 103 e ss. Para uma visão (económica) crítica do modelo de supervisão financeira da União, *vide* GEORGES CARAVELIS, *The EU financial supervision in the aftermath of the 2008 crisis: an appraisal*, *EUI working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2010/11*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2010, págs. 1-42. No resumo do autor: “primeiro, no caso do Comité Europeu do Risco Sistémico, a missão do Banco Central Europeu de mitigar *o risco sistémico no sistema financeiro* não pode ser alcançada sem verdadeiros poderes e ferramentas. Segundo, no caso das três propostas sobre as Autoridades de Supervisão Europeia, o Tratado de Lisboa não lhes permite ultrapassar as competências do Tratado. Nem podem alcançar o objectivo de *estabelecer* .../...

Primeiro pilar: o *Comité Europeu do Risco Sistémico (ESRB)*, que acompanha e avalia as potenciais ameaças para a estabilidade financeira decorrentes da evolução da situação macroeconómica e do sistema financeiro no seu todo ('supervisão macro-prudencial')¹³⁵⁴.

Na verdade, a crise desnudou de forma inequívoca as insuficiências de uma supervisão estritamente circunscrita às instituições financeiras individualmente consideradas, mostrando ser fundamental complementar esta supervisão micro-prudencial com uma análise das evoluções macro-económicas do sector financeiro, uma avaliação dos riscos mais gerais, de natureza sistémica, a que possa estar exposta a generalidade das instituições financeiras.

.../..._____

regras comuns para a supervisão de entidades nacionais. Nem podem atingir a integração da supervisão micro-prudencial no sistema do Comité Europeu do Risco Sistémico." (pág. 29)

¹³⁵⁴ Cfr. Regulamento (UE) n° 1092/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, relativo à supervisão macroprudencial do sistema financeiro na União Europeia e que cria o Comité Europeu do Risco Sistémico (adiante, Regulamento ESRB). No considerando 11 deste diploma, aponta-se a (principal) razão de ser deste organismo: "Os actuais dispositivos da União não dão ênfase suficiente à supervisão macroprudencial nem às interligações entre as evoluções no ambiente macro-económico mais vasto e no sistema financeiro. A responsabilidade pela análise macroprudencial permanece fragmentada, e é assumida por várias autoridades a níveis diferentes, sem um mecanismo capaz de assegurar que os riscos macroprudenciais sejam adequadamente identificados e que os alertas e recomendações sejam claramente emitidos, acompanhados e traduzidos em actos. O reforço da coerência entre a supervisão macro e microprudencial é indispensável ao bom funcionamento dos sistemas financeiros da União e mundiais, bem como à atenuação dos riscos que eventualmente possam ameaçá-los."

Na doutrina, sobre o ESRB, entre outros, vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, "Sobre a criação do Comité Europeu do Risco Sistémico", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Boletim da Faculdade de Direito – *Stvdia Ivridica* 107, Ad Honorem – 7, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 877-899, MARIA DE LA SIERRA FLORES, "La Junta Europea de Riesgo Sistémico", in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Ano XXX, n° 121, Janeiro-Março 2011, págs. 61-92 e STÉPHANE KERJEAN, "What's what in Europe. The European Systemic Risk Board (ESRB)", in *European Banking & Financial Law Journal*, *Euredia*, n° 3, 2011, págs. 303-331.

Em atenção ao contributo para a estabilidade financeira necessária a maior integração do mercado interno pela monitorização dos riscos sistémicos e emissão de alertas e recomendações sempre que necessário, e porque essas atribuições se encontram estreitamente associadas aos objectivos da legislação da União relativa ao mercado interno de serviços financeiros,¹³⁵⁵ *o ESRB foi criado com base no artigo 114º do TFUE.*¹³⁵⁶

Desta forma, *o mandato do ESRB cobre todo o sector financeiro*, diferentemente do que sucederia se a base jurídica utilizada fosse o artigo 127º, nº 6, do TFUE, preceito que implicaria a exclusão das empresas de seguros¹³⁵⁷. Pode defender-se também o recurso ao artigo 114º do TFUE pelo facto de o ESRB “ter por objectivo fundamental visar a substituição de aproximações e de práticas nacionais não coordenadas por uma visão global definida ao nível da UE e centrada sobre o reconhecimento da estabilidade financeira como um bem público comum da União”¹³⁵⁸.

Trata-se de *estrutura institucional desprovida de personalidade jurídica*, opção que parece ter sido seguida como *forma de ultrapassar os obstáculos relativos à possibilidade de o BCE prestar serviços a outra pessoa jurídica*, isto é,

¹³⁵⁵ Paradoxalmente, como nota parte da doutrina, a promoção do objectivo da integração financeira pode conduzir a mais crises financeiras e ao contágio transfronteiriço, ao passo que menos integração financeira (por exemplo, limitações de acesso aos mercados a bancos estrangeiros) pode melhorar a estabilidade financeira e aumentar a eficiência do controlo do risco sistémico. Vide EILIS FERRAN/KERN ALEXANDER, “Can soft law bodies be effective? The special case of the European Systemic Risk Board”, in *European Law Review*, 35 (6), 2010, pág. 772.

¹³⁵⁶ Cfr. considerando 31 do Regulamento ESRB.

¹³⁵⁷ O artigo 127º, nº 6, do TFUE serviu, porém, de base jurídica à atribuição ao BCE de prerrogativas específicas relativas ao funcionamento do Comité Europeu do Risco Sistémico (cfr. Regulamento (UE) nº 1096/2010 do Conselho, de 17 de Novembro de 2010).

¹³⁵⁸ Vide JEAN-VICTOR LOUIS, “Le Comité Européen du Risque Systémique”, in *Cahiers de Droit Européen*, nºs 5 e 6, 2010, pág. 657. Para maiores desenvolvimentos sobre a escolha do artigo 114º do TFUE como base jurídica para a constituição de organismos comunitários encarregados de contribuir para a realização de um processo de harmonização, cfr. *infra*, nº 79.

para salvaguarda do princípio da independência do BCE no exercício das suas atribuições, maxime em matéria de política monetária.¹³⁵⁹

Segundo pilar: o Sistema Europeu de Supervisão Financeira (ESFS), trabalho em rede dos reguladores nacionais e das (novas) Autoridades Europeias de Supervisão, em articulação com o Comité Europeu do Risco Sistémico (ESRB)¹³⁶⁰, com o fim de salvaguardar a solidez das empresas do sector financeiro e de proteger os consumidores de serviços financeiros (‘supervisão micro-prudencial’)¹³⁶¹

¹³⁵⁹ Cfr. considerando 6 do Regulamento ESRB. Na doutrina, neste sentido, vide K. LANNON, “The road after de Larosière”, in *Centre for european Policy studies (CEPS) Policy Brief*, nº 195/7, 2009, pág. 1.

¹³⁶⁰ Dispõe o artigo 1º, nº 3, do Regulamento ESRB:

“O SESF compreende:

- a) O ESRB;
- b) A Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia), criada pelo Regulamento (UE) nº 1093/2010;
- c) A Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma), criada pelo Regulamento (UE) nº 1094/2010;
- d) A Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados), criada pelo Regulamento (UE) nº 1095/2010;
- e) O Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão (Comité Conjunto) previsto nos artigos 54.o do Regulamento (UE) nº 1093/2010, do Regulamento (UE) nº 1094/2010 e do Regulamento (UE) nº 1095/2010;
- f) As autoridades competentes ou de supervisão dos Estados-Membros especificadas nos actos da União referidos no nº 2 dos artigos 1º do Regulamento (UE) nº 1093/2010, do Regulamento (UE) nº 1094 e do Regulamento (UE) nº 1095/2010;”

¹³⁶¹ Sobre a *raison d’être* do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (ESFS), explica o legislador europeu: “A União não pode continuar numa situação em que não existe qualquer mecanismo para assegurar que as autoridades nacionais de supervisão adotem as melhores decisões no que respeita à supervisão das instituições financeiras transfronteiriças; em que a cooperação e o intercâmbio de informações entre autoridades nacionais de supervisão são insuficientes; em que qualquer acção conjunta por parte dessas autoridades exige mecanismos complicados para tomar em consideração a disparidade dos requisitos regulamentares e de supervisão; em que as soluções a

*O Sistema Europeu de Supervisão Financeira (ESFS) compreende, assim, as três novas Agências Europeias de Supervisão – a Autoridade Bancária Europeia, a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma e a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados –, as quais substituem, respectivamente, o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária, o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma e o Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários, isto é, os designados ‘Comités Lamfalussy de nível 3’.*¹³⁶²

.../...

nível nacional constituem na maior parte das vezes a única opção praticável para dar resposta aos problemas da União; e em que existem diferentes interpretações dos mesmos textos legais. O Sistema Europeu de Supervisão Financeira (a seguir designado «SESF») deverá ser estruturado de modo a ultrapassar essas deficiências e proporcionar um sistema que seja conforme com o objectivo de garantir um mercado de serviços financeiros estável e único para toda a União, que associe as autoridades nacionais de supervisão numa rede reforçada da União.” Cfr. considerando 8 do Regulamento EBA.

¹³⁶² Na justificação apresentada pela Comissão, “no que respeita à supervisão micro-prudencial, a UE atingiu os limites do que pode ser feito em função do actual estatuto dos Comités de Autoridades de Supervisão (Comités de nível 3) – que continuam a ser órgãos consultivos da Comissão. Apesar da evolução positiva desses comités, a UE não pode continuar numa situação em que não existe qualquer mecanismo para garantir que as autoridades nacionais de supervisão adoptem as melhores decisões no que respeita à supervisão das instituições que desenvolvem operações transfronteiras, em que a cooperação e o intercâmbio de informações entre as autoridades nacionais de supervisão são insuficientes, em que qualquer acção conjunta por parte dessas autoridades tem de ser adaptada de modo a tomar em consideração a manta de retalhos que são as exigências regulamentares e de supervisão, em que as soluções a nível nacional constituem muitas vezes a única opção praticável para dar resposta aos problemas da Europa, e em que abundam diferentes interpretações dos mesmos textos legais. O novo CERS será estruturado de modo que permita ultrapassar essas deficiências e definir um sistema que seja conforme com o objectivo de garantir um mercado de serviços financeiros estável e único para toda a UE, associando as autoridades nacionais de supervisão a uma rede reforçada a nível comunitário.” Cfr. Comunicação da Comissão de 27 de Maio de 2009 – “Supervisão financeira europeia”, *cit.*, pág. 9. Em sentido diferente, Martino Maggetti e Fabrizio Gilardi consideram o sistema Lamfalussy satisfatório em termos de promoção de regras harmonizadas, advogando que “a reforma do regime

.../...

Trata-se de entidades dotadas de *personalidade jurídica* no direito da União e, assim, no direito interno dos Estados membros, onde lhes é atribuída a mais ampla *capacidade jurídica* “reconhecida pela legislação desses Estados às pessoas colectivas”.¹³⁶³

No entanto, como explica Barbosa de Melo, a capacidade jurídica referida só pode ser “a capacidade jurídico privada das Autoridades nas ordens jurídicas dos Estados membros, a qual tem de ser equivalente à capacidade de que gozam as respectivas pessoas colectivas internas. No entanto, já não terá de ser assim no que tange às posições subjectivas, activas ou passivas, de direito público próprias das pessoas colectivas públicas das ordens jurídicas internas. (...) A lei do Estado-membro, *maxime* a lei constitucional, tem, em princípio, uma palavra a dizer quanto à esfera dos poderes públicos de que hão-de gozar na ordem interna as pessoas colectivas constituídas ao abrigo do direito da União.”¹³⁶⁴

Deste modo, *a execução das decisões vinculativas das Autoridades Europeias de Supervisão Financeira dirigidas aos supervisores e às instituições financeiras nacionais parece continuar a repousar nos Estados membros e na Comissão.*

*Não sendo, aparentemente, conferida às agências europeias financeiras nos respectivos regulamentos instituidores a possibilidade de recorrer a providências jurisdicionais de execução nos tribunais nacionais*¹³⁶⁵, *qualquer lei naci-
.../...*

regulatório e a criação de agências europeias para os mercados financeiros pode ser interpretada não tanto como um reconhecimento de falhas regulatórias mas como uma expansão da autoridade da UE através da aplicação de um modelo organizacional pré-formatado, socialmente valorado – um regulador independente integrado (...) – graças a uma janela de oportunidade espoletada pela crise financeira de 2008.” *Vide* MARTINO MAGGETTI e FABRIZIO GILARDI, “The policy-making structure of European regulatory networks and the domestic adoption of standards”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 844.

¹³⁶³ Cfr. artigos 5º, nºs 1 e 2, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹³⁶⁴ *Vide* BARBOSA DE MELO, “O controlo jurisdicional da supervisão financeira na União Europeia”, no prelo, págs. 8-9.

¹³⁶⁵ Neste sentido, *vide* NIAHM MOLONEY, “EU financial market regulation...”, *cit.*, págs. 1368-1370.

onal poderá (deverá) prever tal hipótese, designadamente por força da obrigação de os Estados membros estabelecerem as vias de recurso necessárias para garantir uma protecção jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União (artigo 19º, nº 1, § 2, do TUE).

Com um âmbito de actuação distinto e relativamente autónomo, cada Autoridade Europeia de Supervisão Financeira “é responsável perante o Parlamento Europeu e o Conselho.”¹³⁶⁶

53.4.2. Comité Europeu do Risco Sistémico (ESRB)

A) Estrutura organizatória

Dada a interdependência dos riscos microprudenciais e macroprudenciais, os presidentes das Autoridades Europeias de Supervisão Financeira são membros com direito de voto no *Conselho Geral* do ESRB, tal como o Presidente e o Vice-Presidente do BCE, os Governadores dos Bancos Centrais nacionais, um membro da Comissão Europeia, o Presidente e os dois Vice-Presidentes do Comité Científico Consultivo e o Presidente do Comité Técnico Consultivo.¹³⁶⁷

Participam também no *Conselho Geral* - órgão decisório por excelência do ESRB -, embora sem direito de voto, um representante de alto nível das autoridades nacionais de supervisão de cada Estado-membro e o Presidente do Comité Económico e Financeiro, órgão importante na preparação dos trabalhos do Eurogrupo e do Ecofin.¹³⁶⁸

¹³⁶⁶ Cfr. artigo 3º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹³⁶⁷ Cfr. artigo 6º, nº 1, do Regulamento ESRB.

Segundo Kern Alexander, os Ministros das Finanças deviam ter assento no (órgão decisório) do ESRB, atendendo às responsabilidades fiscais nacionais em caso, por exemplo, de falências bancárias. Vide KERN ALEXANDER, “Reforming european financial supervision: adapting EU institutions to market structures”, in *ERA Forum – Journal of the Academy of European Law*, volume 12, número 2, julho 2011, pág. 242.

¹³⁶⁸ Cfr. artigo 6º, nº 2, do Regulamento ESRB.

Por outro lado, podem ser convidados a participar nas reuniões do Conselho Geral representantes de alto nível de instituições financeiras internacionais que exerçam actividades directamente relacionadas com as atribuições do ESRB, prevendo-se ainda a abertura dos trabalhos deste organismo à participação de representantes de alto nível das autoridades interessadas de países terceiros, em especial dos países do Espaço Económico Europeu, no que se refere estritamente a assuntos de particular relevância para esses países, numa base *ad hoc*, com o estatuto de observador.¹³⁶⁹

Com um *quorum*-regra de dois terços dos membros com direito de voto para as votações, o Conselho Geral delibera, em princípio, por maioria simples dos membros presentes com direito de voto, dispondo cada um dos membros votantes deste órgão de um voto.¹³⁷⁰

Presidido actualmente pelo Presidente do BCE por um mandato de cinco anos, mas não necessariamente nos mandatos seguintes, o Conselho Geral conta ainda com dois Vice-Presidentes: o primeiro Vice-Presidente é eleito pelos e de entre os membros que compõem o órgão, respeitando a necessidade de representação equilibrada dos Estados-Membros em geral e entre aqueles cuja moeda é o euro e os restantes; o segundo Vice-Presidente é o Presidente do Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão Financeira.¹³⁷¹

Embora constituído por membros de reconhecida *expertise*, sobretudo no domínio bancário (menos nas áreas dos seguros e dos mercados de valores mobiliários...), o Conselho Geral parece-nos excessivamente numeroso,¹³⁷² a poder comprometer a desejável eficácia do desempenho da sua missão.

¹³⁶⁹ Cfr. artigo 9º, nºs 4 e 5, do Regulamento ESRB.

¹³⁷⁰ Cfr. artigo 10º do Regulamento ESRB.

¹³⁷¹ Cfr. artigo 5º do Regulamento ESRB.

¹³⁷² Neste sentido, René Smits, autor que preferiria uma solução institucional mais forte, de competências de tipo federal - v.g. de monitorização, aviso e decisórias (mais) vastas. Vide RENÉ SMITS, “Europe’s post-crisis supervisory arrangements – a critique”, in *Revista da Concorrência e da Regulação*, Ano 1, nº 2, Abril-Junho 2010, págs. 143-144.

Para além do Conselho Geral, o ESRB dispõe de um *Comité Director*, composto apenas pelo Presidente e Vice-Presidente do BCE, por outros quatro membros do Conselho Geral que são igualmente membros do Conselho Geral do BCE, respeitando a necessidade de uma representação equilibrada dos Estados-Membros em geral e entre aqueles cuja moeda é o euro e os restantes, um membro da Comissão Europeia, os presidentes das Autoridades europeias de supervisão financeira, o Presidente do Comité Económico e Financeiro, o Presidente do Comité Científico Consultivo e o Presidente do Comité Técnico Consultivo.¹³⁷³

Cabe ao Comité Director assistir o Conselho Geral no processo de tomada de decisões: prepara as suas reuniões, revê os documentos a discutir e acompanha o progresso dos trabalhos em curso,¹³⁷⁴ a deixar antever, na prática, visto o exagerado tamanho deste órgão, uma extrema relevância daquele Comité, verdadeira *comissão executiva* no contexto geral da supervisão dos riscos sistémicos na União, não obstante estar desprovido de quaisquer poderes decisórios formais.

Com tarefas de aconselhamento e assistência em questões relevantes para os seus trabalhos, o ESRB conta também com um *Comité Técnico Consultivo* e um *Comité Científico Consultivo*, não conseguindo discernir-se razão material bastante para esta duplicação de órgãos de consulta.

No *Comité Técnico Consultivo* têm assento um representante do BCE e de cada Banco Central nacional, um representante das autoridades nacionais de supervisão de cada Estado membro, um representante de cada Autoridade europeia de supervisão financeira, dois representantes da Comissão Europeia, um representante do Comité Económico e Financeiro e um representante do Comité Científico Consultivo.¹³⁷⁵

Por seu turno, o *Comité Científico Consultivo* é composto pelo Presidente do Comité Técnico Consultivo e por quinze peritos representativos de um amplo

¹³⁷³ Cfr. artigo 11º do Regulamento ESRB.

¹³⁷⁴ Cfr. artigo 4º, nº 3, do Regulamento ESRB.

¹³⁷⁵ Cfr. artigo 13º do Regulamento ESRB.

leque de qualificações e experiências, sendo propostos pelo Comité Director e aprovados pelo Conselho Geral, por um mandato renovável de quatro anos.

No âmbito de um espírito de abertura à participação de *stakeholders*, o Comité Científico Consultivo organiza consultas numa fase precoce aos interessados, como sejam os intervenientes no mercado, as associações de consumidores e peritos académicos, de um modo aberto e transparente, tendo devidamente em conta o requisito da confidencialidade.¹³⁷⁶

Por último, confirmando a importância primacial dos Bancos Centrais Nacionais e, em particular, do BCE, na supervisão macroprudencial da União, cabe a esta instituição assegurar o *Secretariado* do ESRB¹³⁷⁷, o qual é responsável pelo funcionamento quotidiano deste Comité, prestando-lhe apoio analítico, estatístico, administrativo e logístico¹³⁷⁸, sem prejuízo do princípio da independência do BCE no exercício das suas atribuições, nos termos do TFUE¹³⁷⁹.

B) Atribuições

No desenvolvimento da missão de prevenir ou atenuar os *riscos sistémicos*¹³⁸⁰ na actividade financeira da União e evitar crises financeiras generaliza-

¹³⁷⁶ Cfr. artigo 12º do Regulamento ESRB.

¹³⁷⁷ Cfr. artigo 2º do Regulamento (UE) nº 1096/2010, do Conselho, de 17 de Novembro de 2010, que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no funcionamento do Comité Europeu do Risco Sistémico.

¹³⁷⁸ Cfr. artigo 4º, nº 4, do Regulamento ESRB.

¹³⁷⁹ Cfr. considerando 6 do Regulamento ESRB.

¹³⁸⁰ Na definição apresentada pelo artigo 2º, alínea c), do Regulamento ESRB, risco sistémico é um risco de perturbação do sistema financeiro susceptível de ter consequências negativas graves no mercado interno e na economia real.

Para uma importante diferenciação entre os conceitos de *risco* e de *incerteza* e o poder de alcance desta distinção relativamente à percepção sobre o modo de funcionamento do sistema económico e financeiro, vide ANA PAULA QUELHAS e JOSÉ MANUEL QUELHAS, “Da improficiência dos modelos de avaliação de activos – riscos emergentes ou incerteza sistemática?”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LIII, Coimbra, 2010, págs. 21-30.

das¹³⁸¹, compete ao ESRB, nomeadamente: proceder à identificação e definição do grau de prioridade dos riscos sistémicos; *emitir alertas de risco (early warnings)* e *recomendações* para responder a esses riscos; *analisar todas as informações relevantes para a supervisão macroprudencial*, em cooperação estreita com as Autoridades Europeias de Supervisão Financeira, o Sistema Europeu de Bancos Centrais, a Comissão Europeia e as autoridades nacionais de supervisão; *coordenar as suas acções com outras organizações financeiras internacionais* (v.g. Fundo Monetário Internacional, Conselho de Estabilidade Financeira, Banco de Pagamentos Internacionais) relativamente a matérias de supervisão macroprudencial¹³⁸².

De tudo isto decorre ser *tarefa principal do ESRB atenuar a exposição do sistema financeiro ao risco de falência de componentes sistémicos e aumentar a sua resistência aos choques*, em ordem a prevenir a eclosão de crises e contribuir para assegurar a *estabilidade financeira*, mitigando os impactos negativos no mercado interno e na economia real.¹³⁸³

Mas, como pondera José Manuel Quelhas, as atribuições do ESRB fundam-se “em dois pressupostos que, salvo melhor opinião, estão por demonstrar, a saber: *i)* o da previsibilidade das crises financeiras; *ii)* o da plenitude das informações relevantes. (...)”

Ambos os pressupostos evidenciam a compreensão da realidade económica como um sistema fechado, sem variáveis incalculáveis, onde os eventos futuros são probabilisticamente determináveis e cognoscíveis. (...) Logo, a monitorização do risco em ‘períodos normais’ protegeria o sistema contra a falência de compo-
.../..._____

No direito ambiental, no quadro do princípio da precaução, é também muito relevante a distinção entre risco e incerteza. *Vide* ALEXANDRA ARAGÃO, “Princípio da precaução: manual de instruções”, in *Revista do CEDOUA*, 2008/2, págs. 32-36, e CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, 2007, pág. 224 e ss.

¹³⁸¹ Cfr. artigo 3º, nº 1, do Regulamento ESRB.

¹³⁸² Cfr. artigo 3º, nº 2, do Regulamento ESRB.

¹³⁸³ Cfr. considerando 10 do Regulamento ESRB.

nentes sistémicos em ‘períodos anormais’, isto é, os resultados de avaliação das circunstâncias em tempos de estabilidade seriam extrapoláveis para tempos de crise. (...)

Ambos os pressupostos, anteriormente aludidos, sustentam que o presente constitui um guia fidedigno para o futuro, isto é, circunscrevem a evolução do sistema económico ao reduto do risco e omitem qualquer referência à incerteza.

Pelo contrário, se a incerteza não for preterida, a extrapolação dos dados presentes não garante a predição das crises financeiras, nem a completude da informação actual assegura a compreensão da evolução económica.

Nestes termos, por mais rigorosa que seja a extrapolação dos dados presentes, o futuro é ontologicamente desconhecido, do mesmo modo que, por mais completa que seja a informação actual, a evolução do sistema económico é epistologicamente indeterminável.”¹³⁸⁴

C) Competências

*O ESRB não dispõe de poderes vinculativos*¹³⁸⁵. Quando forem identificados riscos significativos para a realização da sua missão, o ESRB goza apenas da prerrogativa de *emitir alertas* e, se for caso disso, de *formular recomendações* para a adopção de medidas correctivas, incluindo, se necessário, iniciativas legislativas.

¹³⁸⁴ Vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, “Sobre a criação do Comité Europeu...”, *cit.*, págs. 880-882.

¹³⁸⁵ Segundo Anu Arora, “o ESRB foi conceptualizado como um organismo ‘de reputação’ com uma composição de alto nível que irá influenciar as acções dos autores das políticas e dos supervisores através da sua autoridade moral. (...) O ESRB, portanto, não tem poderes para impor medidas vinculativas aos Estados membros ou às autoridades nacionais.” Vide ANU ARORA, “The global financial crisis: a new global regulatory order?”, in *Journal of Business Law*, nº 8, Sweet&Maxwell, 2010, pág. 678.

Giovanna de Minico considera mesmo “a [falta de] efectividade das recomendações do ESRB” como uma das “fraquezas do esquema europeu”. Vide GIOVANNA DE MINICO, “Regulators and rules – President Obama’s reforms vs Europe’s reforms”, *European Business Law Review*, 2010, pág. 456.

Os alertas ou recomendações emitidos pelo ESRB podem ser de natureza geral ou específica e devem ser dirigidos, designadamente, à União no seu conjunto, a um ou mais Estados-Membros, a uma ou mais ESAs ou a uma ou mais autoridades nacionais de supervisão, podendo igualmente as recomendações ser dirigidas à Comissão no respeitante à legislação aplicável da União.¹³⁸⁶

Não obstante estarmos perante medidas *soft*, os seus destinatários não podem permanecer indiferentes aos riscos identificados: são obrigados a reagir, seguindo as recomendações e alertas ou explicando as razões por que deles divergem (princípio do *act or explain*).¹³⁸⁷

Excepcionalmente, um alerta ou recomendação pode ser tornado público por decisão do Conselho Geral do ESRB, depois de se informar o Conselho com a antecedência suficiente para que este possa reagir e de se dar prévio conhecimento aos destinatários,¹³⁸⁸ incluindo-se posteriormente os alertas ou recomendações públicos no relatório anual do ESRB dirigido ao Parlamento Europeu e ao Conselho.¹³⁸⁹ Trata-se da técnica *naming and shaming*, habitualmente usada nas sanções *soft* do direito financeiro internacional: a sua utilização, susceptível de ser muito eficaz, deve ser rodeada da máxima precaução, dado o potencial impacto que anúncios públicos deste género podem ter em mercados cada vez mais instáveis...

Por outro lado, os alertas e recomendações devem indicar, caso a caso, e se necessário, em que categoria se inscreve o risco: para o efeito, o ESRB elabora, em estreita cooperação com as outras partes no sistema de supervisão financeira da UE, um *sistema de código de cores* correspondentes a situações de diferentes

¹³⁸⁶ Cfr. artigo 16º do Regulamento ESRB. Como explica Martin Merlin, “atendendo à independência dos bancos centrais garantida pelos Tratados, não se encontra previsto expressamente que os sinais de alerta ou as recomendações possam ser dirigidas a estes bancos centrais.” *Vide* MARTIN MERLIN, “Le nouveau système européen de supervision financière”, in *Revue de Droit de l’Union Européenne*, 1/2011, pág. 23.

¹³⁸⁷ Cfr. artigo 17º do Regulamento ESRB.

¹³⁸⁸ Cfr. artigo 18º do Regulamento ESRB.

¹³⁸⁹ Cfr. artigo 19º, nº 2, do Regulamento ESRB.

níveis de risco, a fim de melhorar a sensibilização para a existência de riscos na economia da União e de definir a prioridade desses riscos.¹³⁹⁰

Fundamental para a emissão de alertas e recomendações (e para a definição dos códigos de cores) e, em geral, para a acção do ESRB, é a *informação* recolhida, com destaque para a sua cooperação estreita com as ESA's, o Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), a Comissão, as autoridades nacionais de supervisão e as autoridades nacionais de estatística, designadamente ao facultarem todas as informações necessárias de acordo com a legislação da União para o exercício das atribuições do ESRB.¹³⁹¹

Ainda aqui acompanhamos a reflexão de José Manuel Quelhas, segundo o qual “quer a elaboração de um ‘código de cores’, quer a emissão de alertas a partir de um ‘painel de riscos’, supõe a tipificação, a identificabilidade e a mensurabilidade do risco sistémico, o que constitui um corolário dos pressupostos da previsibilidade das crises e da perfeição da informação.

Pelo contrário, o desconhecimento ontológico acerca do futuro e a indeterminação epistemológica sobre a evolução do sistema económico evidenciam as limitações preditivas tanto do ‘código de cores’ quanto do ‘painel de riscos’, ambos tributários de modelos fechados, estacionários e mecanicistas.”¹³⁹²

D) Um organismo de *soft law*

No contexto da resposta global à crise financeira, considerou-se premente o estabelecimento de organismos especificamente dedicados à supervisão do risco sistémico, factor decisivo para a estabilidade do sistema financeiro mundial, crescentemente ancorado em mercados cada vez mais integrados e sujeitos a riscos rápidos de contágio.

A nível mundial, destaca-se o Conselho de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board* - FSB, sucessor do *Financial Stability Forum* – FSF), cri-

¹³⁹⁰ Cfr. artigo 16º, nº 4, do Regulamento ESRB.

¹³⁹¹ Cfr. artigo 15º do Regulamento ESRB.

¹³⁹² Vide JOSÉ MANUEL QUELHAS, “Sobre a criação do Comité Europeu...”, *cit.*, pág. 883.

ado pelo G20 para coordenar o trabalho de autoridades financeiras nacionais e organismos internacionais de normalização e para desenvolver e promover a implementação de medidas eficazes de regulação, supervisão e outras políticas do setor financeiro.

Regionalmente, na União Europeia, a melhor coordenação da regulação macro e micro prudencial e a supervisão dos riscos sistémicos é entregue a um organismo criado de raiz, o Comité Europeu do Risco Sistémico (ESRB), dotado de importantes prerrogativas em termos de *recolha e avaliação de informação*, de *emissão de avisos e recomendações*, mas, vimo-lo já, sem poderes vinculativos.

Semelhantemente ao quadro institucional da regulação financeira internacional, concretamente com o referido *Financial Stability Board*, o ESRB é um organismo de *soft law*, cuja eficácia depende, fundamentalmente, da reputação e do prestígio que vier a granjear com os seus actos e a sua competência técnica.

Não obstante as limitações derivadas da ausência de poderes de *hard law* e as insuficiências de técnicas como o *leading by example*, o *naming and shaming*, o *peer review* ou o cumprimento de boas práticas, *a eficácia dos flexíveis instrumentos de direito mole* como *standards*, directrizes, recomendações ou comunicações, *não pode ser olvidada*, designadamente no sistema financeiro internacional, a ponto de gerar mesmo preocupações quanto à sua falta de legitimidade e transparência.¹³⁹³

Na verdade, também no plano da União, a *soft law* tem assumido crescente importância, em especial com a emergência de novos modos de governança, e os seus métodos têm revelado um forte impacto, a permitir adivinhar o ESRB como um organismo com poder efectivo e não meramente simbólico.

¹³⁹³ Para maiores desenvolvimentos sobre a relevância da *soft law* na regulação financeira internacional, *vide* CHRIS BRUMMER, “Why soft law dominates international finance – and not trade”, *in Journal of International Economic Law*, 13 (3), Oxford University Press, 2010, págs. 623-643.

E) Tendência de fortalecimento da regulação financeira internacional e europeia

De facto, forçoso é reconhecer o *impacto mais forte da soft law do que aparentemente a natureza deste direito não vinculativo faria prever, seja ao nível do direito da União, seja em termos de regulação financeira internacional*: a eficiência e a celeridade resultantes do carácter informal, persuasivo e não vinculativo do *direito mole* parecem explicar a sua aceitabilidade crescente como mecanismo de coordenação do direito financeiro europeu e internacional.

Desta forma, reconhecendo embora que apenas o exercício *in concreto* da sua missão permitirá aferir da sua relevância, *a priori* não é de vislumbrar o ESRB como organismo condenado à insignificância, só pelo facto de não dispor de poderes formais de natureza vinculativa. Neste sentido, reforçando a ideia de que o ESRB pode vir a ser bem mais *hard* do que um banal organismo *soft*, lembra-se aqui a possibilidade de recurso às vias jurisdicionais europeias em caso de incumprimento das obrigações de cooperação com o ESRB, designadamente, em matéria de troca de informações, bem como a prerrogativa de o ESRB, ao constatar o não seguimento da sua recomendação ou a não justificação apropriada da omissão pelos destinatários, informar desse facto, de acordo com regras de confidencialidade rigorosas, os destinatários, o Conselho e, se for caso disso, a Autoridade Europeia de Supervisão em causa.¹³⁹⁴

Por outro lado, nos respectivos regulamentos instituidores, prescreve-se o dever de as ESAs, no exercício das atribuições que lhes são conferidas, terem em consideração, tanto quanto possível, os alertas e as recomendações do ESRB, nomeadamente garantindo o seu seguimento atempado quando dirigidos a autoridade nacional de supervisão¹³⁹⁵, no âmbito de um *interplay* efectivo entre a supervisão macroprudencial e microprudencial.

E em atenção ao possível impacto e influência prática das recomendações e dos avisos do ESRB sobre as autoridades de supervisão nacionais e europeias e

¹³⁹⁴ Cfr. artigo 17º, nº 2, do Regulamento ESRB.

¹³⁹⁵ V.g. artigo 36º do Regulamento EBA.

sobre a Comissão, em domínios politicamente tão sensíveis, é mesmo previsto um conjunto de mecanismos de *accountability* deste organismo, por exemplo, a publicação de relatório anual dirigido ao Parlamento Europeu e ao Conselho, audições e debates do Presidente do ESRB no Parlamento Europeu.¹³⁹⁶

Ainda assim, *consequência da gravidade da recente crise financeira mundial* é a tendência europeia de *reforço e fortalecimento dos aspectos regulatórios do mundo da finança*, no sentido de uma *clara preferência por mecanismos de hard law*, por regimes mais musculados.¹³⁹⁷ De facto, *atendendo a alguns dos seus poderes, as novas autoridades europeias de supervisão financeira reflectem bem esta evolução no sentido do fortalecimento (hardening) da regulação financeira na União Europeia ao nível da supervisão micro-prudencial*. Vejamos.

53.4.3. Agências europeias de supervisão financeira

A) Estrutura organizatória

Quanto à *governance*, cumpre destacar, em primeiro lugar, o *Conselho de Supervisores*, principal órgão decisório de cada uma das Autoridades Europeias de Supervisão Financeira, constituído pelos dirigentes das autoridades competentes de cada Estado membro e presidido pelo *Presidente da Autoridade*¹³⁹⁸ (órgão unipessoal), sem direito a voto¹³⁹⁹....

No Conselho de Supervisores participam ainda, com o estatuto de observadores, além do representante do BCE na EBA, representantes da Comissão Europeia, do ESRB e das outras duas Autoridades Europeias de Supervisão Finan-

¹³⁹⁶ Cfr. artigo 19º do Regulamento ESRB.

¹³⁹⁷ Vide EILIS FERRAN/KERN ALEXANDER, “Can soft law bodies be effective?...”, *cit.*, págs. 760-761.

¹³⁹⁸ Cfr. artigos 48º a 50 º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹³⁹⁹ Cfr. artigo 40º, nº 1, alínea a), dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

ceira, com o intuito de assegurar a coordenação do conjunto destas Autoridades¹⁴⁰⁰.

Decidindo, em regra, por maioria simples dos seus membros, excepcionalmente, o Conselho de Supervisores tem de adoptar medidas por maioria qualificada, a apurar com base no artigo 238º, nº 2, do TFUE¹⁴⁰¹, como por exemplo, em matéria de normas técnicas de regulamentação ou de execução, de exercício de poderes delegados pela Comissão, de emanação de orientações e recomendações, de proibições ou restrições temporárias de actividades financeiras, de situações de emergência ou de casos especificados em actos legislativos da União.¹⁴⁰²

¹⁴⁰⁰ Cfr. artigo 40º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁰¹ Nos termos do artigo 238º, nº 2, do TFUE, a maioria qualificada corresponde a cinquenta e cinco por cento dos Estados-Membros representativos de sessenta e cinco por cento da população da União, tendo-se assim em conta não apenas a vontade da maioria dos cidadãos europeus mas também o peso de cada Estado-Membro (cfr artigo 16º, nº 4, do TUE). Este sistema vigorará, porém, obrigatoriamente apenas a partir de 31 de Março de 2017.

Na verdade, até 31 de Outubro de 2014 são aplicáveis, para efeitos de determinação da maioria qualificada, as regras definidas no Tratado de Nice, igualmente aplicáveis entre 1 de Novembro de 2014 e 31 de Março de 2017, quando qualquer membro do Conselho o peça (cfr artigo 16º, nº 5, do TUE e artigo 3º do Protocolo relativo às disposições transitórias).

Importa ainda destacar a manutenção do Compromisso de Ioannina, vertido em Declaração anexa ao Tratado de Lisboa, através do qual um grupo de Estados que se aproxime da minoria de bloqueio conseguirá um prolongamento razoável das discussões no Conselho até se chegar “ a uma solução satisfatória que vá ao encontro das preocupações” manifestadas por aqueles membros do Conselho.

Conforme escrevemos noutra lugar, “estamos perante um procedimento decisório que, visando facilitar a formação de maiorias e ser mais democrático, é muito confuso e prejudicial, em termos de poder decisório real, para os pequenos e médios países, incluindo Portugal.” *Vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Tratado de Lisboa (algumas notas)”, *cit.*, pág. 132.

¹⁴⁰² Exemplificativamente, cfr. artigo 44º, nºs 1, 2 e 3, do Regulamento EBA.

Em função da entrada em vigor do MUS e de o BCE ir coordenar a posição dos Estados-Membros da área do euro, são revistas as modalidades de votação actualmente previstas no Regulamento EBA, para que as decisões tomadas pela EBA sirvam a manutenção e o reforço do mercado interno dos serviços financeiros. Cfr., em particular, alterações ao artigo 41º, alterado para conferir maiores poderes de decisão ao painel independente - composto por membros do Conselho de Su-

Nas palavras de Barbosa de Melo, “ a conjugação das duas observações – uma relativa à sede do poder deliberativo da Autoridade, a outra ao critério de tomada de decisão – mostra que o Conselho de Supervisores deve ou pode actuar na ‘Europa Financeira’ (digamos assim) como um instrumento à mão dos Estados membros e que os legisladores europeus se inspiraram, de algum modo, na ideia federalista (à americana) que perpassa, de quando em quando, a cultura europeia comunitária.”¹⁴⁰³

Não obstante a possível *influência dos interesses nacionais* no seio deste Conselho dos Supervisores, acentuada pelo facto de *parte do financiamento das ESA’s provir de contribuições obrigatórias das autoridades públicas nacionais competentes para a supervisão das instituições financeiras*¹⁴⁰⁴, é notória a preocupação com a *independência* do órgão e com o *interesse exclusivo da União a orientar a sua actividade*¹⁴⁰⁵. Neste sentido, sem deixar de reconhecer possíveis conflitos de interesses num órgão composto por representantes de reguladores nacionais e, simultaneamente, com responsabilidades em adoptar decisões dirigidas a essas entidades, muitas vezes sobrepondo-se a elas,¹⁴⁰⁶ não podemos deixar

.../..._____

pervisores com direito de voto que não estejam em situação de conflito de interesses, nomeados pelo Conselho de Supervisores - no que respeita à violação do direito da UE e à resolução de diferendos, e para adaptar em conformidade as regras relativas à sua composição, e ao artigo 44º, alterado para determinar que as decisões propostas pelo painel independente são adotadas, a menos que sejam rejeitadas por uma maioria simples que inclua, no mínimo, três votos de Estados-Membros participantes e de Estados-Membros não participantes, do Regulamento EBA, conforme Regulamento (UE) nº 1022/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, que altera o Regulamento (UE) nº 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à concessão de atribuições específicas ao Banco Central Europeu nos termos do Regulamento (UE) nº 1024/2013 do Conselho.

¹⁴⁰³ Vide BARBOSA DE MELO, “O controlo jurisdicional da supervisão...”, *cit.*, pág. 11.

¹⁴⁰⁴ Cfr. considerando 59 e artigo 62º, nº 1, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁰⁵ Cfr., por exemplo, artigo 1º, nº 5, dos Regulamentos EBA, ESMA e artigo 1º, nº 6, do Regulamento EIOPA, artigo 42º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁰⁶ Vide MADALINA BUSUIOC, “Rule-making by the european financial supervisory authorities: walking a tight rope”, in *European Law Journal*, volume 19, nº 1, Janeiro 2013, pág. 121.

de destacar estarmos perante elementos de entidades nacionais independentes, nomeados em função da competência e não meros núncios de interesses políticos dos Governos, como sucede em Conselhos de Administração de outras agências europeias.

Nomeado pelo próprio Conselho de Supervisores para o mandato de cinco anos (prorrogável uma vez), o *Presidente* deste Conselho pode ser exonerado pelo Parlamento Europeu, na sequência de uma decisão do mesmo Conselho¹⁴⁰⁷, órgão com autoridade disciplinar sobre o Presidente e sobre o Director Executivo.

Com a tarefa de auxiliar o Conselho de Supervisores, o *Conselho de Administração* é um órgão mais ágil, composto pelo Presidente e por seis outros membros do Conselho de Supervisores, eleitos por e de entre os membros com direito a voto desse mesmo Conselho, participando também o *Director Executivo*¹⁴⁰⁸ (órgão unipessoal) e um representante da Comissão.¹⁴⁰⁹

Por outra banda, o Conselho de Supervisores pode criar *comités ou painéis internos*, com a faculdade de delegar neles (bem como no Conselho de Administração ou no seu Presidente) o exercício de competências específicas que lhe estejam atribuídas e sejam claramente definidas.¹⁴¹⁰

¹⁴⁰⁷ Cfr. artigo 43º, nº 8, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁰⁸ Cfr. artigos 51º a 53º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁰⁹ Cfr. artigo 45º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Com a entrada em vigor do MUS, o artigo 45º do Regulamento EBA é alterado para assegurar que o Conselho de Administração inclui, no mínimo, dois Estados-Membros que não participam no MUS, para assim assegurar-se uma composição equilibrada do Conselho de Administração, que reflecta a UE no seu todo e inclua Estados-Membros que não participam no mecanismo único de supervisão. Cfr. exposição de motivos da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) nº 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à sua interação com o Regulamento (UE) nº .../... do Conselho que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito Bruxelas, 12/09/2012, COM(2012) 512 final, 2012/0244 (COD).

¹⁴¹⁰ Cfr. artigo 41º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

No respeitante a *questões transectoriais e transfronteiriças*, saliente-se o *Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão (Joint Committee of the ESAs)*, instância na qual as ESA's cooperam regular e estreitamente para garantir a *coerência intersectorial*, em particular quanto a matérias relacionadas com *conglomerados financeiros*, contabilidade e auditoria, análises microprudenciais dos acontecimentos, riscos e vulnerabilidades intersectoriais para a estabilidade financeira, produtos de investimento de retalho, medidas de luta contra o branqueamento de capitais, intercâmbio de informações com o ESRB e desenvolvimento das relações entre este e as ESA's.¹⁴¹¹

Ainda relativamente às instituições que desenvolvem actividades transfronteiriças na União, não podemos olvidar o papel de *liderança das ESA's em promover e monitorizar o funcionamento eficiente, eficaz e coerente de colégios de autoridades de supervisão*, com a reluzente prerrogativa de iniciar e coordenar testes de esforço a nível da União, para avaliar a resiliência das instituições financeiras, nomeadamente o risco sistémico apresentado por algumas destas instituições perante uma evolução adversa dos mercados, e o potencial de aumento deste risco em situações de sobreesforço (*stress*), mediante a aplicação de uma metodologia coerente, a nível nacional, na realização desses testes, a desembocar, se for caso disso, em recomendação à autoridade competente para corrigir os elementos identificados no “*stress test*”.¹⁴¹²

Por último, reflexo dos importantes poderes decisórios das ESA's e concomitante necessidade de protecção de eventuais interesses lesados¹⁴¹³, importa referir a existência de uma *Câmara de Recurso*, organismo conjunto das Autori-

¹⁴¹¹ Cfr. artigo 54º, nº 2 dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴¹² Cfr. artigo 21º, nº 2, alínea b), dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴¹³ Cfr. artigo 39º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Na doutrina, Sir William Blair, em relação à razão de ser do *right of appeal* às Câmaras de Recurso das agências europeias, acrescenta ainda as ideias de accountability das autoridades supervisoras (da União) e os princípios de *good governance*. Vide SIR WILLIAM BLAIR, “Board of Appeal of the European Supervisory Authorities”, in *European Business Law Review*, volume 24, Issue 2, 2013, pág. 167.

dades Europeias de Supervisão Financeira¹⁴¹⁴, incumbida de decidir recursos de actos e omissões destas Autoridades¹⁴¹⁵, nos domínios de aplicação indicados nos artigos 1º, nº 2,¹⁴¹⁶ e 17º-19º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA¹⁴¹⁷.

Composta por seis membros efectivos e seis membros suplentes - personalidades independentes, não vinculados a quaisquer instruções, de elevado prestígio na actividade de supervisão, nomeados pelos Conselhos de Administração das três Autoridades para um mandato de cinco anos, renovável uma vez -, a Câmara de Recurso, importante elemento de um *sistema de protecção jurisdicional especial* no âmbito da supervisão financeira da União, deve possuir, no seu conjunto, “conhecimentos jurídicos suficientes para prestar aconselhamento jurídico sobre a legalidade do exercício da competência da Autoridade”.¹⁴¹⁸

Das decisões ou omissões desta Câmara pode interpor-se recurso contencioso para o TJUE, ao abrigo do artigo 263º (impugnação de decisão) e do artigo 265º (recurso por omissão de decisão devida) do TFUE, sendo, obviamente, as ESA's obrigadas a tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao acórdão do Tribunal de Justiça.¹⁴¹⁹

¹⁴¹⁴ Cfr. artigo 58º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴¹⁵ Cfr. artigo 60º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴¹⁶ Exemplificativamente, dispõe o artigo 1º, nº 2, do Regulamento EBA: “A Autoridade age no âmbito das competências conferidas pelo presente regulamento e no âmbito de aplicação das Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE e 2002/87/CE, do Regulamento (CE) n.º 1781/2006, da Directiva 94/19/CE e das partes pertinentes das Directivas 2005/60/CE, 2002/65/CE, 2007/64/CE e 2009/110/CE, na medida em que estes actos normativos se apliquem às instituições de crédito e financeiras e às autoridades competentes que procedem à sua supervisão, incluindo todas as directivas, regulamentos e decisões baseados nesses actos, bem como de qualquer outro acto juridicamente vinculativo da União que confira atribuições à Autoridade.”

¹⁴¹⁷ No caso das decisões previstas nos artigos 17º a 19º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA, parece prever-se um recurso prévio obrigatório para a Câmara de Recurso. Cfr. artigos 17º a 19º, 60º e 61º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴¹⁸ Cfr. artigos 58º e 59º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴¹⁹ Cfr. artigo 61º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

B) Atribuições

Entre a multiplicidade de *atribuições* das Agências Europeias de Supervisão, salientam-se: o contributo para o estabelecimento de normas e práticas comuns de regulamentação e de supervisão de elevada qualidade, nomeadamente dando pareceres às instituições da União e desenvolvendo orientações, recomendações e projectos de normas técnicas de regulamentação e de execução; o contributo para uma aplicação coerente dos actos juridicamente vinculativos da União, nomeadamente para o desenvolvimento de uma cultura comum de supervisão, pela mediação e resolução de diferendos entre autoridades competentes, pela supervisão eficaz e coerente das instituições financeiras, pela coerência do funcionamento dos colégios de autoridades de supervisão e pela adopção de medidas, nomeadamente, em situações de emergência; o incentivo à delegação de competências e responsabilidades entre autoridades competentes; a cooperação estreita com o ESRB, fornecendo-lhe nomeadamente a informação necessária para o exercício das suas atribuições e garantindo um seguimento adequado dos seus alertas e recomendações; a organização de avaliações entre pares das autoridades competentes, inclusive através da emissão de orientações e recomendações e da identificação de boas práticas, com vista a reforçar a coerência dos resultados da supervisão; o acompanhamento e avaliação da evolução dos mercados na sua esfera de competências, inclusive, se for caso disso, a evolução das tendências em matéria de crédito, nomeadamente, às famílias e às PME; a realização de análises económicas dos mercados para exercer de forma mais informada as suas funções; a promoção da protecção dos depositantes e dos investidores; o contributo para um funcionamento uniforme e coerente dos colégios de autoridades de supervisão, para a monitorização, avaliação e medição do risco sistémico e para o desenvolvimento e coordenação de planos de recuperação e resolução, proporcionando um elevado nível de protecção aos depositantes e investidores em toda a União e desenvolvendo métodos para resolver situações de falência das instituições financeiras e para avaliar a necessidade de obter instrumentos de financiamento adequa-

dos; a actualização regular de informações relativas aos sectores financeiros, a fim de assegurar que as mesmas sejam facilmente acessíveis ao público.¹⁴²⁰

Em especial, quanto às atribuições relacionadas com a protecção dos consumidores e as actividades financeiras, cumpre destacar o papel de liderança das ESA's na promoção da transparência, da simplicidade e da equidade no mercado dos produtos e serviços financeiros destinados aos consumidores em todo o mercado interno, cabendo-lhes nomeadamente observar, analisar e comunicar as tendências de consumo, rever e coordenar as iniciativas tomadas pelas autoridades competentes em matéria de literacia e educação no domínio financeiro, desenvolver normas de formação para o sector e contribuir para o desenvolvimento de normas comuns de divulgação.¹⁴²¹

C) Breves notas reflexivas

Em jeito de conclusão, podemos destacar três notas:

1) *não obstante a emergência de três agências europeias, o modelo de supervisão financeira da UE continua, tal como preconizava a Comissão, “a basear-se numa abordagem nacional, continuando as autoridades nacionais de supervisão a ser responsáveis pelas diferentes instituições de cada sector financeiro, por exemplo no que respeita aos requisitos de capitais próprios. Isso é reflexo da situação actual, em que os meios financeiros que permitem salvar as instituições financeiras continuam a ser provenientes dos Estados-Membros e dos seus contribuintes, como ficou demonstrado durante a crise actual.”*¹⁴²²;

¹⁴²⁰ Cfr. artigos 1º e 8º, nº 1, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴²¹ Cfr. artigo 9º, nº 1, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴²² Cfr. Comunicação da Comissão de 27 de Maio de 2009 – “Supervisão financeira europeia”, *cit.*, págs. 9-10.

Nas palavras de Giuseppe Godano, o sistema europeu de vigilância financeira corporiza uma via de compromisso “em que o aspecto supranacional é valorizado, deixando por outro lado intocável a manutenção das competências a nível nacional em homenagem aos princípios da subsidiariedade

.../...

2) no âmbito do novo enquadramento de supervisão financeira da UE *é de salientar a importância do funcionamento em rede*¹⁴²³;

3) bem como *a opção do legislador comunitário em manter supervisores separados para os sectores da banca, da bolsa e dos seguros, em detrimento de um supervisor único ou do modelo twin peaks, sem prejuízo, todavia, da coordenação transectorial, assegurada pela criação do Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão (para os conglomerados financeiros) e pela manutenção de colégios de autoridades de supervisão*¹⁴²⁴. Talvez razões políticas, ligadas a disputas entre Londres, Paris e Frankfurt, justifiquem este modelo...¹⁴²⁵

.../..._____

e proporcionalidade consagrados no artigo 5º do Tratado [TUE].” (parêntesis nosso) Vide GIUSEPPE GODANO, “Le nuove proposte di riforma della vigilanza finanziaria europea”, *in Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2010, pág. 85.

¹⁴²³ Cfr. nº 13.

¹⁴²⁴ Cfr. artigo 21º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Na perspectiva de João Calvão da Silva, “a supervisão dos três sectores concentrada numa autoridade – desejavelmente o Banco Central (ou entidade em que o Banco Central seja determinante) pelo reforço das sinergias de informação advenientes da responsabilidade pela estabilidade financeira e prestamista de liquidez de último recurso, em situação de emergência de instituições – afigura-se mais adequada do que o ‘twin peaks’ em situações de mercado interdependentes e instrumentos financeiros complexos e polissectoriais, favorecendo economias de escala, racionalidade, celeridade e responsabilidade (accountability) na correspectiva e indispensável regulação/supervisão integrada.

Mais adequada porque e na medida em que o regulador único conserva o que de estrutural e estruturante caracteriza o modelo sectorial: a supervisão integral (prudencial e comportamental) do sector por uma só autoridade, a fazer dele o modelo talhado para instituições financeiras homogéneas (bancos, seguradoras, empresas de investimento).

A não querer manter o ‘circulus inextricabilis’ da supervisão prudencial e comportamental na mesma autoridade, temos como preferível a sobrevivência do modelo tradicional, com uma autoridade para cada sector: é óbvia, todavia, a sua inadequação aos conglomerados financeiros, nacionais e internacionais, e conseqüente aumento do risco sistémico e da estabilidade financeira.” Vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, cit., pág. 93.

Na base desta tese encontra-se, como explicam Giuliano G. Castellano, Alain Jeunemaître e Bettina Lange, a tentativa de “captar e reflectir os desenvolvimentos do mercado. Mais precisamente, atendendo à crescentemente fluida distinção entre segmentos de mercado – e em particular a exis-

.../...

53.4.4. – Competências das agências de supervisão financeira

A) Poderes de *soft law*

Da análise das várias prerrogativas conferidas às autoridades europeias de supervisão financeira¹⁴²⁶, cumpre referir, antes de mais, as denominadas prerroga-

.../..._____

tência de entidades a oferecer diferentes tipos de serviços financeiros (tipicamente mixed financial services groups e conglomerates –, o estabelecimento de uma autoridade centralizada tem sido frequentemente considerada como a mais adequada estrutura de governança.” *Vide* GIULIANO G. CASTELLANO, ALAIN JEUNEMAÎTRE e BETTINA LANGE, “Reforming European Union financial regulation: thinking through governance models”, in *European Business Law Review*, volume 23, nº 3, 2012, pág. 430.

Para uma visão recente dos modelos de arquitectura das autoridades de vigilância dos mercados financeiros nos Estados Unidos e em vários países europeus, especialmente em Itália, *vide* DOMENICO SICLARI, “Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fascículo 1, 2009, pág. 78 e ss. Mais desenvolvidamente, para uma análise comparada dos modelos de supervisão financeira em cada um dos Estados membros da União, incluindo Portugal, *vide* EDDY WYMEERSCH, “The structure of financial supervision in Europe: about single financial supervisors, twin peaks and multiple financial supervisors”, in *European Business Organization Law Review*, 8, TMC Asser Press, 2007, pág. 237 e ss, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros, cit.*, pág. 37 e ss (antes da crise) e pág. 65 e ss (depois da crise).

¹⁴²⁵ Neste sentido, *vide* THOMAS MÖLLERS, “Sources of law in european securities regulation – effective regulation, soft law and legal taxonomy from Lamfalussy to de Larosière”, in *European Business Organization Law Review*, volume 11, Issue 3, 2010, pág. 405.

¹⁴²⁶ Exemplificativamente, cfr. artigo 8º, nº 2, do Regulamento EBA. Neste preceito, os poderes jurídicos são demarcados em favor da Autoridade, sendo necessário compulsar normativos da parte organizatória do(s) Regulamento(s) para determinar o órgão que exerce cada competência em nome da pessoa colectiva. Na crítica acertada de Barbosa de Melo, “a boa técnica legislativa recomenda que o legislador tenha o cuidado de investir um dos órgãos da pessoa colectiva da *competência-regra*, indicando aquele que, em caso de omissão ou dúvida na distribuição dos poderes, o intérprete deva considerar o órgão competente. Poderá ter sido esta, ao fim e ao cabo, a ideia em que se inspiraram os redactores do artigo 43º do Regulamento [EBA], ao dizerem no mesmo artigo, de modo confuso e repetitivo, que o Conselho de Supervisores ‘fica encarregado de adoptar as decisões referidas no capítulo II’ (nº 1) e ‘adopta os pareceres, recomendações e decisões (!) e

.../...

tivas de *soft law*: *poderes de emissão de orientações e recomendações dirigidas às autoridades supervisoras dos Estados membros ou a instituições financeiras nacionais*, a fim de definir práticas de supervisão coerentes no âmbito do Sistema Europeu de Supervisão Financeira e garantir uma aplicação comum, uniforme, da legislação da União.¹⁴²⁷

Tendo em conta que *o não acatamento destes instrumentos de soft law está sujeito a mecanismos de comply or explain e pode levar à aplicação da sanção da divulgação pública do inadimplemento (naming and shaming)*,¹⁴²⁸ efeito mais característico de *hard law*, fala-se mesmo na existência de uma verdadeira *hoft law*¹⁴²⁹.

Na mesma linha de desenvolvimento de uma *cultura europeia comum de supervisão*, as ESA's emitem *pareceres* para as autoridades (nacionais) competentes, promovem *intercâmbio de informações* entre estas, estabelecem *programas de formação* (sectoriais e intersectoriais), contribuem para o desenvolvimento de normas de supervisão comuns de elevada qualidade, nomeadamente normas de comunicação de informação e normas internacionais de contabilidade, e analisam a aplicação das normas técnicas de regulamentação e de execução pertinentes adoptadas pela Comissão e das orientações e recomendações emitidas por elas.¹⁴³⁰

.../..._____

presta o aconselhamento referido no capítulo II' (nº 2)." (parêntesis nosso) Vide BARBOSA DE MELO, "O controlo jurisdicional da supervisão...", *cit.*, pág. 12.

¹⁴²⁷ Cfr. artigo 16º, nº 1, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Para um exemplo da importância das *guidelines* emitidas pelas ESA's, nomeadamente pela EBA em matéria de organização e governo societário dos bancos, vide PIERGAETANO MARCHETTI, "Corporate Governance", in *Rivista delle società*, Ano 57, fascículos 2º-3º, Março-Junho 2012, págs. 413-420.

¹⁴²⁸ Cfr. considerando 26 dos Regulamentos EBA e ESMA e considerando 25 do Regulamento EIOPA e artigo 16º, nºs 3 e 4 dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴²⁹ Nas palavras de Thomas Möllers, "já não há mais uma dicotomia mas uma tricotomia em termos de tipologia do direito: para além de *hard law* e *soft law*, também temos uma terceira fonte secundária de direito ('*hoft law*')." Vide THOMAS MÖLLERS, "Sources of law in european securities regulation...", *cit.*, pág. 400.

¹⁴³⁰ Cfr. artigo 29º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Mais, as ESA's organizam e conduzem periodicamente *avaliações entre pares* (*peer review*) das actividades das autoridades (supervisoras) competentes, nomeadamente quanto ao grau de convergência alcançado no respeitante à aplicação da legislação da União e às práticas de supervisão (v.g. em termos das normas técnicas de regulamentação e de execução) verificando em que medida as práticas de supervisão asseguram a realização dos objectivos definidos pela legislação da União, sobre a adequação dos recursos e dos mecanismos de governação das autoridades (supervisoras) competentes, em particular quanto à aplicação efectiva das normas técnicas de regulamentação e de execução e à capacidade de resposta à evolução dos mercados, e relativamente à eficácia e ao grau de convergência alcançados na aplicação das disposições adoptadas por força da legislação da União, inclusivé medidas administrativas e sanções impostas contra as pessoas responsáveis nos casos em que não tenha sido dado cumprimento a essas disposições.¹⁴³¹

Com base nas avaliações entre pares, relevantes para a elaboração dos projectos de normas técnicas de regulamentação e de execução, as ESA's podem emitir orientações e recomendações, devendo as autoridades competentes esforçar-se por cumpri-las.¹⁴³²

B) Poderes quase normativos

Os poderes das agências europeias financeiras não se esgotam neste *direito mole*, antes dispõem de prerrogativas mais impressivas.

Em matéria de *normas técnicas de regulamentação*, por exemplo, *os projectos são desenvolvidos pelas Autoridades europeias financeiras, limitando-se a Comissão à sua “aprovação”, no âmbito da delegação de poderes efectuada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho nos termos do artigo 290º do TFUE.*¹⁴³³

¹⁴³¹ Cfr. considerando 41 e artigo 30º, nºs 1 e 2, dos Regulamentos EBA, e ESMA e considerando 40 e artigo 30º, nºs 1 e 2, do Regulamento EIOPA.

¹⁴³² Cfr. artigo 30º, nº 3, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴³³ Sobre as condições de exercício dessa delegação de poderes, cfr. artigos 11º e 12º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Vale por dizer: *formalmente, cabe à Comissão adoptar os actos delegados nos sectores financeiros, em conformidade, aliás, com o preceituado em geral no artigo 290º do TFUE; na prática, dificilmente surgem casos em que a Comissão se afaste do projecto de norma técnica de regulamentação apresentado pelo supervisor financeiro europeu.*

Na verdade, *se a Comissão tencionar não aprovar um projecto de norma técnica de regulamentação ou pretender aprová-lo parcialmente ou com alterações, devolve-o à Autoridade, com a explicação dos motivos pelos quais não o aprova ou, se for o caso, com a fundamentação das suas alterações, dispondo a agência de seis semanas para alterar aquele projecto.*¹⁴³⁴

Decorridas as seis semanas, *se a Autoridade não tiver apresentado um projecto alterado de norma técnica de regulamentação, ou esse projecto tiver sido modificado de forma não coerente com as propostas da Comissão, esta pode adoptar a norma técnica de regulamentação com as alterações (apresentadas pela Autoridade) que considerar relevantes, ou rejeitá-la, mas nunca pode modificar o conteúdo dos projectos de normas técnicas de regulamentação elaborados pela Autoridade sem concertação prévia com esta.*¹⁴³⁵

Relevante aqui não é o mero facto de as agências europeias financeiras proporem regulamentações à Comissão, mas sim as circunstâncias muito restritas e excepcionais em que esta pode alterar os projectos de normas técnicas de regulamentação. De facto, tendo em conta a proximidade das Autoridades supervisoras europeias com os mercados financeiros e o melhor conhecimento do seu funcionamento quotidiano, os projectos de normas técnicas de regulamentação por elas elaborados apenas poderão ser alterados pela Comissão se forem incompatíveis com a legislação da União, não respeitarem o princípio da proporcionalidade ou forem contrários aos princípios fundamentais do mercado interno dos ser-

¹⁴³⁴ Cfr. artigo 10º, nº 1, § 6, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴³⁵ Cfr. artigo 10º, nº 1, § 6, 7 e 8 dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

viços financeiros, reflectidos no acervo comunitário na área dos serviços financeiros.¹⁴³⁶

No quadro dos controlos previstos pelo artigo 290º, nº 2, alínea b), do TFUE,¹⁴³⁷ o Parlamento Europeu e o Conselho podem formular objecções a uma norma técnica de regulamentação adoptada pela Comissão no prazo de três meses (prorrogável por outros três meses por iniciativa daquelas instituições) a contar da data de notificação dessa norma.¹⁴³⁸

No caso de a Comissão adoptar uma norma técnica de regulamentação idêntica ao projecto apresentado pela Autoridade, o período durante o qual o Parlamento Europeu e o Conselho gozam da faculdade de formular objecções é de um mês a contar da data de notificação, prorrogável por um mês por iniciativa do Parlamento Europeu ou do Conselho,¹⁴³⁹ sendo, pois, nítido o incentivo para que a Comissão não se afaste do proposto pela agência¹⁴⁴⁰.

Mais, quando não houver aprovação ou for alterado o projecto de norma técnica de regulamentação nos termos propostos pela agência, cabe à Comissão informar esta, o Parlamento Europeu e o Conselho, com exposição das razões da sua decisão, podendo estas instituições convocar o Comissário responsável, juntamente com o Presidente da Autoridade em causa para uma reunião ad hoc da comissão competente do Parlamento Europeu ou do Conselho, para que apresentem e expliquem as suas divergências.¹⁴⁴¹

Parece assim confirmar-se na prática a possibilidade, por nós defendida,¹⁴⁴² de o legislador recorrer a outras formas de controlo da delegação para

¹⁴³⁶ Cfr. considerando 23 dos Regulamentos EBA e ESMA e considerando 22 do Regulamento EIOPA.

¹⁴³⁷ Cfr. nº 26.1.4.

¹⁴³⁸ Cfr. artigo 13º, nº 1, § 1 dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴³⁹ Cfr. artigo 13º, nº 1, § 2 dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁴⁰ Vide MADALINA BUSUIOC, “Rule-making by the european financial supervisory authorities...”, *cit.*, pág. 116.

¹⁴⁴¹ Cfr. artigo 14º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁴² Cfr. nº 26.1.4.

além das expressamente previstas no artigo 290º, nº 2, do TFUE, - o direito de revogação e o direito de formular objecções -, maxime com estas audições conjuntas da Comissão e do Presidente da agência financeira em comissão parlamentar ou do Conselho.

Por fim, cumpre enfatizar: *só no caso de a agência financeira europeia não apresentar à Comissão um projecto de norma técnica de regulamentação dentro do prazo fixado nos actos legislativos é que esta instituição pode adoptar uma norma técnica de regulamentação através de acto delegado (sem esse projecto),¹⁴⁴³ a permitir afirmar a existência de uma situação de quase-monopólio de iniciativa legislativa das agências europeias financeiras! Solução esta, de poderes quase normativos das Autoridades Europeias de Supervisão Financeira, que acaba por acolher o interesse de os Estados membros disporem de maior influência sobre a regulação dos sectores financeiros, via boards das Autoridades europeias supervisoras, do que teriam no caso de apenas a Comissão exercer os poderes delegados à luz do quadro legislativo concreto, nos termos do artigo 290º do TFUE.*

Similarmente, em matéria de *normas técnicas de execução*, podemos também afirmar *a existência de poderes quase decisórios das agências europeias de supervisão financeira, competindo à Comissão, fundamentalmente, a “aprovação” dos projectos preparados por estas,¹⁴⁴⁴ sem quaisquer procedimentos comitológicos.¹⁴⁴⁵ Na verdade, à semelhança das normas técnicas de regulamentação, a elaboração de normas técnicas de execução (a adoptar através de actos de execução nos termos do artigo 291º do TFUE) visa, no fundo, a eliminação da diversidade de interpretações e implementações nacionais e o aprofundamento da har-*

¹⁴⁴³ Cfr. artigo 10º, nº 3, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁴⁴ Cfr. artigo 15º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁴⁵ Como explica Martin Merlin, “na medida em que estas normas [normas técnicas de execução] emanam de projectos preparados por autoridades públicas de Estados membros reunidas no seio de ESA’s, o legislador não considerou necessário prever um procedimento comitológico na adopção de normas pela Comissão.” *Vide* MARTIN MERLIN, “Le nouveau système européen...”, *cit.*, pág. 29.

monização e da consistência da execução a nível estadual, a conduzir, a final, à criação de uma espécie de *rule book* comunitário e de um *level playing field* para os intermediários financeiros em qualquer país da União em que operem.

Em termos sintéticos: à semelhança de prerrogativas detidas por outras agências (v.g. Agência Europeia de Medicamentos), as autoridades europeias de supervisão financeira dispõem de *poderes decisórios de facto, dada a expertise requerida para a conformação dos projectos de decisão e os constrangimentos a que a Comissão está sujeita no caso de se querer apartar desses projectos técnicos.*

Refira-se, para terminar, que *a adopção destes standards técnicos pelas Autoridades Europeias de Supervisão Financeira cinge-se a matérias de natureza (altamente) técnica, sem ponderações políticas ou estratégicas,*¹⁴⁴⁶ embora reconheçamos como extremamente problemática a delimitação entre matérias técnicas e políticas, especialmente numa área tão complexa quanto a regulação financeira.¹⁴⁴⁷ No fundo, é a *conformação das ESA's com as exigências derivadas da doutrina Meroni,*¹⁴⁴⁸ preocupação a justificar também a *necessidade de a Comissão ter o poder final de adopção (rectius, de homologação) das normas técnicas (de regulamentação e de execução), em conformidade com o preceituado nos artigos 290º e 291º do TFUE*¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁶ Cfr. artigos 10º, nº 1, e 15º, nº 1, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁴⁷ Vide TAKIS TRIDIMAS, “EU financial regulation: from harmonization to the birth of EU federal financial law”, in *The European Union legal order after Lisbon*, coordenado por Patrick Birkinshaw e Mike Varney, Kluwer Law International, 2010, pág. 133.

¹⁴⁴⁸ Vide NIAHM MOLONEY, “EU financial market regulation after the global financial crisis: ‘more Europe’ or more risks?”, in *Common Market Law Review*, 47, Kluwer Law International, 2010, pág. 1352.

¹⁴⁴⁹ Vide NIAHM MOLONEY, “The european securities and markets authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (1) rule-making, in *European Business Organization Law Review*, volume 12, Issue 1, Março 2011, pág. 75.

C) Poderes decisórios

C.1. Situações de emergência

As agências de supervisão financeira gozam ainda de *poderes decisórios formais*, designadamente em *situações (excepcionais) de emergência*.

Na verdade, as ameaças sérias ao bom funcionamento e à integridade dos mercados financeiros ou à estabilidade do sistema financeiro europeu exigem resposta rápida e concertada a nível da União, *com a competência para declarar a existência de uma situação de emergência a caber ao Conselho, a pedido de uma das Autoridades Europeias de Supervisão, da Comissão ou do ESRB*.¹⁴⁵⁰

*Quando o Conselho declara uma situação de emergência,*¹⁴⁵¹ em circunstâncias excepcionais que requeiram uma acção coordenada das autoridades nacionais para responder a uma evolução negativa da situação que possa pôr seriamente em causa o bom funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União, *as Autoridades europeias de supervisão podem adoptar decisões individuais a exigir aos reguladores nacionais a adopção de medidas específicas para dar resposta a essas situações de emergência*.¹⁴⁵²

¹⁴⁵⁰ Cfr. artigo 18º, nº 2, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁵¹ Como nota Martin Merlin, “a decisão pré-existente do Conselho serve para enquadrar este poder [em situações de urgência] conferido às ESA’s, contribuindo assim para assegurar a coerência com a jurisprudência Meroni.” (parêntesis nosso) *Vide* MARTIN MERLIN, “Le nouveau système européen...”, *cit.*, pág. 34.

¹⁴⁵² Cfr. artigo 18º, nº 3, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Com a entrada em vigor do MUS, para que a EBA pudesse agir em situações de emergência, também em relação ao BCE, propôs-se o aditamento do artigo 18º, nº 3-A, com um procedimento específico relacionado com a decisão tomada pela EBA nos termos do artigo 18º, nº 3: se o BCE não desse cumprimento a uma medida da EBA para dar resposta a uma situação de emergência, devia apresentar uma justificação para tal. Nessa eventualidade, caso os requisitos em causa estivessem estabelecidos na legislação da União directamente aplicável, a EBA podia adoptar uma decisão individual dirigida à instituição financeira em causa para que fosse dado cumprimento à

.../...

Trata-se, no fundo, da *possibilidade de emissão directa de comandos vinculativos aos supervisores nacionais*, os quais ficam, assim, no caso de as agências europeias de supervisão financeira considerarem verificar-se uma “evolução negativa da situação que possa pôr seriamente em causa o bom funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União”, numa posição de *subordinação* relativamente a estas.

*Na hipótese de os supervisores dos Estados membros não cumprirem as decisões das autoridades europeias de supervisão financeira emitidas em situações de emergência, estas autoridades podem ainda adoptar decisões individuais dirigidas a instituições financeiras nacionais, num quadro de inédita centralização e de sobreposição (/substituição) ao papel dos supervisores nacionais...*¹⁴⁵³

.../..._____

medida que adoptou. Ficava, assim, assegurada a força executória da acção da EBA numa situação de emergência. Cfr. proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n° 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à sua interação com o Regulamento (UE) n° .../... do Conselho que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de créditoBruxelas, 12/09/2012, COM (2012) 512 final, 2012/0244 (COD). Esta solução não foi, porém, acolhida, a final, no Regulamento (UE) n° 1022/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, que altera o Regulamento (UE) n° 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à concessão de atribuições específicas ao Banco Central Europeu nos termos do Regulamento (UE) n° 1024/2013 do Conselho.

¹⁴⁵³ Numa interessante comparação com a disciplina da concorrência estabelecida no Regulamento n° 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81° e 82° do TCE (actuais artigos 101° e 102° do TFUE), Asen Lefterov salienta: “a evolução da rede de reguladores de concorrência é diferente da do Sistema Europeu de Supervisão Financeira. A execução do direito da concorrência começou como uma competência da Comunidade e apenas mais tarde dos Estados membros. Ao mesmo tempo, a supervisão financeira foi desenvolvida, antes exclusivamente, e agora predominantemente ao nível nacional. As duas redes têm diferentes pontos de partida e por isso seguem tendências divergentes. *A rede de reguladores de concorrência está a descentralizar, o Sistema Europeu de Supervisão Financeira a centralizar.*” (itálico nosso) Vide ASEN LEFTEROV, “How feasible is the proposal for establishing a

.../...

Em causa situações de inaplicação ou de aplicação manifestamente incorrecta pelos supervisores nacionais de disposições legislativas, de normas técnicas de regulamentação e de execução “directamente aplicáveis” às instituições financeiras, a justificar medidas correctivas urgentes para repor o bom funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União.¹⁴⁵⁴

Nesta medida – *et pour cause* – é de salientar a existência de alguns riscos em termos de insegurança jurídica para os operadores económicos, colocados entre decisões contraditórias de supervisor nacional (com que têm de lidar quotidianamente) e do supervisor europeu cuja palavra prevalece¹⁴⁵⁵, à luz da possibilidade de uma decisão da supervisão nacional ser a todo o tempo revogada por decisões individuais adoptadas pelas agências europeias de supervisão financeira e dirigidas a instituições financeiras nacionais para repor o bom funcionamento e a estabilidade do sistema financeiro da União.¹⁴⁵⁶

C.2. Protecção do consumidor

No âmbito de um papel de liderança na promoção da transparência, da simplicidade e da equidade no mercado dos produtos e serviços financeiros destinados aos consumidores em todo o mercado interno, preventivamente, as ESA’s podem formular *alertas* no caso de uma actividade financeira constituir séria ameaça para os objectivos em vista.¹⁴⁵⁷ E, *em situação de emergência*, acabámos de vê-lo, *bem como em geral perante ameaça ao funcionamento ordenado e à inte-*

.../..._____

new european system of financial supervisors?”, *in Legal Issues of Economic Integration*, 38, nº 1, Kluwer Law, 2011, págs. 55-56.

¹⁴⁵⁴ Cfr. artigo 18º, nº 4, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁵⁵ Vide NIAHM MOLONEY, “The european securities and markets authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (2) rules in action”, *in European Business Organization Law Review*, volume 12, Issue 2, Junho 2011, pág. 202.

¹⁴⁵⁶ Cfr. artigo 18º, nº 5, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁵⁷ Cfr. artigo 9º, nº 3, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

*gridade dos mercados financeiros ou à estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União, as ESA's podem mesmo decidir-se pela proibição ou restrição temporária de determinadas actividades financeiras.*¹⁴⁵⁸

A título ilustrativo, em matéria de *short selling*, em caso de ameaça para o correcto funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou para a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro na União e de implicações transfronteiriças e se nenhuma autoridade (nacional) competente tiver tomado medidas (adequadas) para enfrentar essa ameaça, *a ESMA dispõe de poderes (rectius, deveres) excepcionais de intervenção*, nomeadamente de proibir a participação de pessoas singulares ou coletivas, ou impor condições à sua participação, em vendas a descoberto ou transações que criem ou digam respeito a certos instrumentos financeiros, caso o efeito ou um dos efeitos da transacção seja conferir uma vantagem financeira a essa pessoa se ocorrer uma redução do preço ou valor de outro instrumento financeiro.¹⁴⁵⁹

C.3. Violação de legislação da União

Fundamental para a integridade, transparência e estabilidade do sistema financeiro europeu e para a neutralidade das condições de concorrência entre as instituições financeiras na União é o mecanismo pelo qual as Autoridades europeias de supervisão podem agir em caso de violação da legislação da União.¹⁴⁶⁰

Nesta hipótese, cabe às Autoridades europeias, após informação ao supervisor nacional em causa, investigar o alegado incumprimento ou a não aplica-

¹⁴⁵⁸ Trata-se de decisão a reavaliar a intervalos adequados (pelo menos, de três em três meses), sob pena de caducidade automática, podendo os Estados-Membros solicitar às ESA's que reconsiderem essa decisão. Cfr. artigo 9º, nº 5, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁵⁹ Cfr. artigo 28º do Regulamento (UE) nº 236/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Março de 2012, relativo às vendas a descoberto e a certos aspetos dos *swaps* de risco de incumprimento. Sobre este preceito e as suas implicações em sede de delegação de poderes na União, de articulação com os artigos 290º e 291º do TFUE e de base jurídica do respectivo diploma, ver processo em curso no Tribunal (C-270/12).

¹⁴⁶⁰ Cfr. artigo 17º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

*ção da legislação da União, a pedido de uma ou mais autoridades reguladoras nacionais, do Parlamento Europeu, do Conselho, da Comissão ou do Grupo de Interessados relevante, ou por sua própria iniciativa.*¹⁴⁶¹

*Findas as investigações, as Autoridades europeias apresentam uma recomendação,*¹⁴⁶² *que, se não seguida pelo regulador nacional em causa, conduz à emissão pela Comissão de parecer formal a exigir a este regulador a adopção das medidas necessárias para garantir o cumprimento da legislação da União.*¹⁴⁶³

*Persistindo o inadimplemento do regulador nacional, as agências europeias de supervisão financeira podem, em última instância, “caso os requisitos relevantes dos actos referidos no nº 2 do artigo 1º sejam directamente aplicáveis aos intervenientes nos mercados financeiros”*¹⁴⁶⁴, *adoptar decisões que se impõem directa e obrigatoriamente a instituições financeiras nacionais.*¹⁴⁶⁵

Para além da evidente sobreposição aos supervisores dos Estados membros e à própria responsabilidade nacional na transposição de directivas, a prerrogativa de as Autoridades europeias adoptarem decisões que se impõem directa e obriga-

¹⁴⁶¹ Cfr. artigo 17º, nº 2, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁶² Cfr. artigo 17º, nº 3, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁶³ Cfr. artigo 17º, nº 4, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁶⁴ Em bom rigor, reportando-se sobretudo a directivas, o legislador deveria referir-se ao *efeito directo* dos preceitos em causa, reservando o termo *aplicabilidade directa* para disposições regulamentares. Neste sentido, no considerando 27 dos Regulamentos EBA e ESMA e no considerando 26 do Regulamento EIOPA, fala-se na aplicabilidade do mecanismo de adopção de decisões que se impõem directa e obrigatoriamente a instituições financeiras nacionais “nas áreas em que a legislação da União defina obrigações claras e incondicionais”.

¹⁴⁶⁵ Cfr. artigo 17º, nº 6, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Martin Merlin prevê “que este poder venha a ser exercido apenas em ocasiões muito raras. A sua utilidade principal reside na incitação à autoridade nacional para se conformar com a recomendação da ESA. Raros deverão ser efectivamente os casos em que uma autoridade nacional aceitará ver-se ‘contornada’ por uma ESA que dirija uma decisão a um estabelecimento que releva da supervisão dessa autoridade.” *Vide* MARTIN MERLIN, “Le nouveau système européen...”, *cit.*, pág. 31.

toriamente a instituições financeiras nacionais, apesar das situações de urgência que a possam justificar, é potencialmente perigosa para a certeza jurídica dos operadores de mercado, sobretudo atendendo à precariedade da decisão nacional de supervisão, susceptível de ser revogada pela agência europeia de supervisão financeira.¹⁴⁶⁶

Por último, à semelhança do que sucede em sede de resolução de litígios entre supervisores e em matéria de situações de emergência¹⁴⁶⁷, o poder das autoridades europeias de supervisão financeira constante do artigo 17º, nº 6, § 1, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA parece concebido a descrédito do meio processual previsto nos artigos 258º-260º do TFUE...o que se justifica, porém, pela inadequação da acção por incumprimento para lidar com a celeridade dos problemas dos mercados financeiros.

Na frásica de Barbosa de Melo, “na base da justificação prática ou sociológica do[s] Regulamento[s] estará a *preocupação de testar remédios expeditos* e, à primeira vista, eficazes para o tratamento e controlo das irregularidades (violações ou inobservâncias da legislação da União), a descrédito das autoridades competentes (internas) no período histórico que antecedeu e porventura acompanha a crise financeira que se vive na Europa. Neste sentido, poderá dizer-se que o grande objectivo inspirador do[s] Regulamento[s] foi garantir (...) a qualidade da supervisão financeira levada a efeito pelas autoridades dos Estados membros.”¹⁴⁶⁸ (itálico nosso)

D) Poderes de resolução de litígios

Com o *escopo de salvaguarda de cumprimento do direito da União*, as Agências Europeias de Supervisão Financeira dispõem também de *poderes de resolução de litígios entre supervisores nacionais*, similares às competências de

¹⁴⁶⁶ Cfr. artigo 17º, nº 7, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁶⁷ Cfr., respectivamente, artigos 19º, nº 4, e 18º, nº 4, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁶⁸ Vide BARBOSA DE MELO, “O controlo jurisdicional da supervisão...”, *cit.*, pág. 14.

tipo parajurisdicional de que gozam vários reguladores nacionais¹⁴⁶⁹ e importantes para evitar problemas como o recente caso *Icesave*¹⁴⁷⁰.

Na verdade, para garantir a eficácia da supervisão financeira na União, *as Autoridades europeias podem resolver, de forma vinculativa, os diferendos entre reguladores nacionais quanto ao teor e aos aspectos processuais de medidas adoptadas por estes ou relativamente à sua inacção, em casos especificados nos actos juridicamente vinculativos da União referidos nos regulamentos EBA, ESMA e EIOPA (e não em quaisquer questões de natureza transfronteiriça a envolver cooperação de autoridades de diferentes Estados membros, como pretendia a Comissão*¹⁴⁷¹).¹⁴⁷²

¹⁴⁶⁹ Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 175 e ss.

¹⁴⁷⁰ Icesave era o nome do banco islandês que desenvolvia actividades bancárias na Holanda através de sucursal, sendo conhecidas as consequências da limitação de poderes do Banco Central holandês na supervisão da actividade bancária daquela instituição financeira em resultado do sistema do *home state control*.

Em geral, sobre a relação entre o colapso financeiro islandês e a emergência de autoridades europeias financeiras de supervisão, vide SIGRIDUR BENEDIKTSDOTTIR, JON DANIELSSON e GYLFI ZOEGA, “The Iceland collapse – Lessons from a collapse of a financial system”, in *Economic Policy*, Abril 2011, pág. 223.

¹⁴⁷¹ Vide MARTIN MERLIN, “Le nouveau système européen...”, *cit.*, pág. 31.

¹⁴⁷² Cfr. considerando 32 e artigo 19º, nº 1, dos Regulamentos EBA e ESMA e considerando 31 e artigo 19º, nº 1, do Regulamento EIOPA. Exemplificativamente, o artigo 22º, nº 2, da denominada Directiva Prospecto - Directiva 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, relativa ao prospecto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação e que altera a Directiva 2001/34/CE, conforme alterada pela Directiva 2010/78/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, que altera as Directivas 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE e 2009/65/CE no que diz respeito às competências da Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia), da Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma) e da Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados) - dispõe: “As autoridades competentes podem remeter para a ESMA quaisquer situações em que um pedido de cooperação, nomeadamente de troca de informações, tenha sido rejeita-

Após a fase de tentativa de conciliação, as Autoridades europeias de supervisão podem exigir aos reguladores nacionais em causa a adopção ou a não aplicação de uma determinada medida a fim de resolver a situação, *de modo a garantir o cumprimento da legislação da União*, com efeitos vinculativos para as partes envolvidas.

Para este efeito, o Conselho de Supervisores das ESA's convoca um painel independente com a função de facilitar uma resolução imparcial dos diferendos, composto pelo Presidente e por dois dos seus membros que não sejam representantes das autoridades competentes em diferendo e que não tenham qualquer interesse no conflito nem ligações directas às autoridades competentes em causa.¹⁴⁷³

*Havendo incumprimento da decisão (vinculativa) de resolução do litígio pelos supervisores nacionais, as autoridades europeias de supervisão podem, também aqui, dirigir decisões individuais a instituições financeiras nacionais em áreas da legislação da União “directamente aplicáveis” a estas, prerrogativa a ser exercida apenas como último recurso e exclusivamente para assegurar a aplicação correcta e coerente da legislação da União.*¹⁴⁷⁴

.../...

do, ou em que não lhe tenha sido dado seguimento num prazo razoável. Sem prejuízo do artigo 258º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nas situações a que se refere o primeiro período, a ESMA pode agir no exercício das competências que lhe são conferidas pelo artigo 19º do Regulamento (UE) nº 1095/2010.”

¹⁴⁷³ Cfr. artigo 41º, nº 2, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

A decisão proposta pelo painel considera-se adoptada se for aprovada por maioria simples, salvo se for rejeitada por membros que representem uma minoria de bloqueio dos votos nos termos do nº 4 do artigo 16º do TUE e do artigo 3º do Protocolo (nº 36) relativo às disposições transitórias, no caso de decisões tomadas nos termos do nº 3 do artigo 19º (dos Regulamentos das ESA's) pela autoridade responsável pela supervisão numa base consolidada. Nas demais decisões tomadas nos termos deste(s) preceito(s), a decisão proposta pelo painel é adoptada por maioria simples dos membros do Conselho de Supervisores, dispondo cada membro de um voto (cfr. artigo 44º, nº 1, §3 e 4, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA).

¹⁴⁷⁴ Cfr. artigos 19º e 21º, nº 4, dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

À semelhança do que sucedeu no âmbito da emissão de comandos em situações de emergência, propôs-se, com a entrada em vigor do MUS, o aditamento do artigo 19º, nº 3-A. Para que a EBA pudesse desempenhar as suas funções de resolução de diferendos também em relação ao BCE,

.../...

Subjacente a esta solução parece-nos estar uma certa descrença na eficácia do funcionamento da denominada acção por incumprimento (artigos 258º - 260º do TFUE): não obstante os Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA ressalvarem expressamente o papel da Comissão ao abrigo do artigo 258º do TFUE, imperam razões de urgência e de eficácia...

*Note-se que tanto o poder de decidir em situações de emergência como a prerrogativa de resolução de controvérsias entre supervisores nacionais estão sujeitos à denominada cláusula de salvaguarda da responsabilidade fiscal, segundo a qual um Estado membro pode optar por não cumprir as decisões da Autoridade Europeia de Supervisão Financeira quando tenham reflexos significativos nos orçamentos nacionais, cabendo ao Conselho, em última análise, a palavra final.*¹⁴⁷⁵

Trata-se de uma *get-out clause* imposta pela vontade política de uma minoria de Estados (incluindo o Reino Unido), contra designadamente o eixo franco-

.../..._____

previa-se um procedimento específico relacionado com a decisão tomada pela EBA nos termos do artigo 19º, nº 3: se o BCE não desse cumprimento a uma medida da EBA para resolver um diferendo devia apresentar uma justificação para tal. Nessa eventualidade, caso os requisitos em causa estivessem estabelecidos na legislação da União directamente aplicável, a EBA podia adotar uma decisão individual dirigida à instituição financeira em causa para que fosse dado cumprimento à medida que havia adoptado. Ficaria, assim, assegurada a força executória das decisões da EBA de resolução de diferendos. Cfr. proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) nº 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à sua interação com o Regulamento (UE) nº .../... do Conselho que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, Bruxelas, 12/09/2012, COM (2012) 512 final, 2012/0244 (COD). Esta solução não foi, porém, acolhida, a final, no Regulamento (UE) nº 1022/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, que altera o Regulamento (UE) nº 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à concessão de atribuições específicas ao Banco Central Europeu nos termos do Regulamento (UE) nº 1024/2013 do Conselho.

¹⁴⁷⁵ Cfr. artigo 38º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

alemão, a qual é reveladora de como os riscos fiscais influenciam a arquitectura regulatória pós-crise: *banks act globally but die nationally*¹⁴⁷⁶...

E) Poderes de supervisão e poderes sancionatórios

Paradoxalmente, as denominadas Autoridades Europeias de *Supervisão* Financeira não dispõem, em regra, de competências supervisoras sobre os mercados financeiros: estas cabem às *autoridades nacionais competentes*, com o apoio, quando necessário em questões relativas a instituições financeiras que desenvolvem operações transfronteiriças na União, de *colégios de supervisores*¹⁴⁷⁷.

Na base desta solução encontra-se a ideia da dificuldade em centralizar a supervisão de milhares de instituições financeiras no espaço da União, optando-se por uma *intervenção europeia complementar*, com prerrogativas importantes das ESA's (cfr. *supra*, **c**) e **d**) a mitigarem inconvenientes resultantes das diversidades supervisoras nacionais.¹⁴⁷⁸

Por outro lado, o *home country control*, para além de, na lógica do princípio da subsidiariedade, envolver mais conhecimentos e experiência relativamente aos mercados (nacionais), é a solução mais compatível com a responsabilidade financeira que recai sobre os Estados membros no caso de haver falhas de supervisão.¹⁴⁷⁹ Daí, a dificuldade maior de uma União Bancária, com um Mecanismo

¹⁴⁷⁶ Vide KLAUS HOPT, "Auf dem Weg zu einer neuen europäischen und internationalen Finanzmarktarchitektur", in *Neuen Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 36, 2009, pág. 1401.

¹⁴⁷⁷ Os colégios de autoridades de supervisão desempenham um papel importante para uma supervisão eficiente, eficaz e coerente dos intervenientes nos mercados financeiros com actividades transfronteiriças, assumindo as ESA's grande protagonismo no funcionamento destes. Cfr. considerando 36 e artigo 21º dos Regulamentos EBA, ESMA e considerando 35 e artigo 21º do Regulamento EIOPA.

¹⁴⁷⁸ Vide PIERRE SCHAMMO, "EU day-to-day supervision or intervention-based supervision: which way forward for the European System of Financial Supervision?", in *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 32, nº 4, 2012, págs. 792-793.

¹⁴⁷⁹ Neste sentido, decorre expressamente do considerando 52 do Regulamento (UE) nº 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo aos derivados do mercado

Único de Supervisão (MUS), residir na necessidade de constituição de uma verdadeira União Orçamental...

Excepcionalmente, porém, *cabe à ESMA a responsabilidade geral (e exclusiva) pelas questões relacionadas com o registo e a supervisão permanente das agências de notação de risco na União*, podendo para o efeito realizar *investigações e inspecções no local*¹⁴⁸⁰.

Não obstante os poderes de supervisão da agência europeia, cabe à Comissão aprovar os projectos de normas técnicas de regulamentação (da ESMA) relativamente às informações que as agências de notação de risco devem fornecer no seu pedido de registo ou de certificação e para a avaliação da sua importância sistémica para a estabilidade financeira ou para a integridade dos mercados financeiros, à apresentação das informações, nomeadamente a estrutura, o formato, o método e a frequência de apresentação de relatórios, que as agências de notação de risco devem divulgar, ao conteúdo e formato da comunicação periódica de dados de notação a solicitar às agências de notação de risco para a supervisão permanente pela ESMA, entre outras matérias.¹⁴⁸¹

.../..._____

de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transacções: “Caso uma CCP [contraparte central] esteja em risco de insolvência, a responsabilidade orçamental poderá recair, em grande medida, no Estado-Membro em que essa CCP está estabelecida. *Daí decorre que a autorização e supervisão dessa CCP deverá ser exercida pelas autoridades competentes responsáveis desse Estado-Membro*” (parêntesis e itálico nossos)

¹⁴⁸⁰ Cfr. considerandos 6 e 14 e artigos 14º-17º, 21º, 23º-B, 23º-C, 23º-D, do Regulamento (UE) nº 513/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2011, que altera o Regulamento (CE) nº 1060/2009 relativo às agências de notação de risco (adiante Regulamento ANR).

Parecem resumir-se a três as explicações para a concessão de poderes supervisórios à ESMA: a ausência de responsabilidades orçamentais para o Estado membro em caso de falência da agência de *rating*, o facto de o mercado de notações ser dominado por três grandes grupos internacionais, sendo, por isso, um sector que se presta a uma supervisão centralizada ao nível europeu, e, por último, esta centralização não envolver uma retirada de poderes das autoridades nacionais, atendendo à novidade para a maior parte dos Estados membros das tarefas de registo e de supervisão de agências de notação de risco. *Vide* MARTIN MERLIN, “Le nouveau système européen...”, *cit.*, pág. 31.

¹⁴⁸¹ Cfr. artigo 21º do Regulamento ANR.

Também a cobrança de taxas de registo e de supervisão cabe à ESMA, embora no quadro de regulamento relativo a taxas adoptado pela Comissão, o qual determina o tipo de taxas e os domínios a que as mesmas se aplicam, o seu montante, o respectivo modo de pagamento e o modo como a ESMA deve reembolsar as autoridades (nacionais) competentes dos custos em que possam incorrer no exercício de determinadas actividades.¹⁴⁸²

Mais, *o desenvolvimento de funções supervísórias pela ESMA envolve estreita articulação com os supervisores nacionais* - os quais, aliás, mantêm a responsabilidade pela supervisão e aplicação da utilização de notações de risco¹⁴⁸³-, conforme resulta claramente da previsão de um dever de cooperação¹⁴⁸⁴, de trocas de informação¹⁴⁸⁵, da obrigação de as autoridades competentes de um Estado-Membro notificarem a ESMA caso constatem que estão a ser ou foram praticados no território desse ou de outro Estado-Membro actos contrários às disposições do quadro regulamentar das agências de *rating*¹⁴⁸⁶, da possibilidade de esta agência europeia delegar competências de supervisão específicas na autoridade competente de um Estado-Membro, de acordo com as orientações por ela emitidas¹⁴⁸⁷, ou da assistência prestada, a pedido da ESMA, pelos funcionários dos supervisores nacionais no desenvolvimento de investigações do supervisor europeu¹⁴⁸⁸.

Acresce que, se normalmente cabe em exclusivo à Comissão a aplicação de sanções, ainda que tal ocorra a pedido das agências¹⁴⁸⁹, aqui a ESMA dispõe directamente de *poderes sancionatórios (multas e sanções pecuniárias compulsórias)*, para além de poder adoptar um conjunto de *medidas de supervisão, nomeadamente: exigir que a agência de notação de risco ponha termo a infracção; sus-*

¹⁴⁸² Cfr. artigo 19º do Regulamento ANR.

¹⁴⁸³ Cfr. artigos 4º, nº 1, e 25º-A do Regulamento ANR.

¹⁴⁸⁴ Cfr. artigo 26º do Regulamento ANR.

¹⁴⁸⁵ Cfr. artigo 27º do Regulamento ANR.

¹⁴⁸⁶ Cfr. artigo 31º do Regulamento ANR.

¹⁴⁸⁷ Cfr. artigo 30º do Regulamento ANR.

¹⁴⁸⁸ Cfr. artigo 23º-C do Regulamento ANR.

¹⁴⁸⁹ Exemplificativamente, cfr. artigo 25º do Regulamento EASA.

*pendar a utilização de notações para efeitos regulamentares; proibir temporariamente uma agência de notação de risco de emitir notações; e, em última instância, cancelar o registo se a agência em causa tiver infringido de forma grave ou repetida o quadro regulamentar aplicável.*¹⁴⁹⁰

Na mesma linha, a *ESMA assume também a responsabilidade pela inscrição ou retirada do registo e pela supervisão dos repositórios de transacções*, podendo para o efeito solicitar-lhes (bem como a terceiros com eles relacionados ou a terceiros a que os repositórios de transacções tenham subcontratado funções ou actividades operacionais) todas as informações de que necessite e efectuar *investigações e inspecções in loco*, além da *possibilidade de lhes impor coimas e outras sanções pecuniárias.*¹⁴⁹¹

F) Outros poderes

No âmbito da incumbência de prestar uma *atenção particular aos riscos sistémicos*¹⁴⁹² e de *coordenação geral entre as autoridades competentes, em especial sempre que a evolução negativa da situação possa pôr em causa o bom funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade do sistema financeiro da União*¹⁴⁹³, as ESA's, em consulta com o ESRB, desenvolvem critérios para a identificação e medição do risco sistémico e um *sistema de testes de esforço*¹⁴⁹⁴ que deve incluir uma avaliação do potencial de aumento deste risco apresentado pelos intervenientes nos mercados financeiros em situações de esforço.¹⁴⁹⁵

¹⁴⁹⁰ Cfr. considerandos 17-25 e artigos 23º-E, 24º, 36º-A e 36º-B do Regulamento ANR.

¹⁴⁹¹ Cfr. considerandos 74-79 e artigos 55º-68º do Regulamento (UE) nº 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transacções.

¹⁴⁹² Cfr. artigo 1º, nº 5, dos Regulamentos EBA e ESMA e artigo 1º, nº 6, do Regulamento EIOPA.

¹⁴⁹³ Cfr. artigo 31º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁹⁴ Cfr. artigo 32º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁹⁵ Cfr. artigo 22º-24º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

Na mesma linha, as ESA's participam activamente no *desenvolvimento e coordenação de planos de recuperação e resolução eficazes e coerentes*, procedimentos para situações de emergência e medidas preventivas para minimizar o impacto sistémico de qualquer falência,¹⁴⁹⁶ e *contribuem para o reforço do sistema europeu de regimes nacionais de indemnização dos investidores*¹⁴⁹⁷, *para a avaliação da necessidade de criação de uma rede europeia de regimes nacionais de garantia de seguros*¹⁴⁹⁸, *para o reforço do mecanismo europeu de sistemas nacionais de garantia de depósitos*¹⁴⁹⁹.

Importa salientar também o *carácter dinâmico e evolutivo das competências das Autoridades Europeias de Supervisão Financeira*, cabendo à Comissão em relatórios anuais avaliar a pertinência de atribuir às Autoridades europeias de supervisão financeira novas responsabilidades.¹⁵⁰⁰

Por fim, no âmbito da possibilidade de mais competências pelas agências financeiras europeias, é ainda de destacar a importância da celebração de *acordos administrativos de delegação entre os reguladores nacionais e as Autoridades Europeias de Supervisão Financeira*¹⁵⁰¹.

Através desta delegação de responsabilidades, as Autoridades europeias delegatárias podem tomar decisões em relação a questões de supervisão, em nome próprio, em lugar do regulador nacional delegante, devendo essas decisões ser reconhecidas pela autoridade delegante e pelos outros reguladores nacionais.

Inversamente, não podemos olvidar, em casos de supervisão centralizada, em atenção, por exemplo, à existência de agências de *rating* desprovidas de escala pan-europeia, a possibilidade de a ESMA delegar competências de supervisão específicas no supervisor competente do Estado-Membro, aproveitando os conhecimentos e a experiência das condições nacionais. Entre as competências que de-

¹⁴⁹⁶ Cfr. artigo 25º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁴⁹⁷ Cfr. artigo 26º do Regulamento ESMA.

¹⁴⁹⁸ Cfr. artigo 26º do Regulamento EIOPA.

¹⁴⁹⁹ Cfr. artigo 26º do Regulamento EBA.

¹⁵⁰⁰ Cfr. artigo 81º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

¹⁵⁰¹ Cfr. artigo 28º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

verão poder ser delegadas inclui-se a prática de actos específicos no quadro das investigações e inspecções no local.¹⁵⁰²

53.4.5. As agências de supervisão financeira: um salto gigante?

Temos de reconhecer que *os poderes decisórios (e sancionatórios) das agências europeias de supervisão financeira constituem algo de inovador no panorama regulatório da EU.*

Não que sejam inéditas as competências decisórias vinculativas relativamente a terceiros de (outras) agências (v.g. Agência Europeia das Substâncias Químicas, Agência Europeia para a Segurança da Aviação, Instituto Comunitário das Variedades Vegetais, Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos)): trata-se, porém, fundamentalmente, de prerrogativas de ordem administrativa (v.g. certificações), num quadro regulatório estritamente definido.

Diferentemente, as novas Autoridades Financeiras Europeias encontram-se revestidas de poderes de dirigir directamente comandos vinculativos a supervisores (e instituições financeiras) nacionais¹⁵⁰³, quando as regras do Tratado¹⁵⁰⁴ e

¹⁵⁰² Cfr. considerando 15 e artigo 30º do Regulamento ANR.

Em termos similares, prevê o artigo 74º, nº 1, do Regulamento (UE) nº 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transacções: “Caso seja necessário ao bom exercício das suas competências de supervisão, a ESMA pode delegar competências de supervisão específicas na autoridade competente de um Estado-Membro, de acordo com as orientações por ela emitidas”. Cfr. também considerando 80 do mesmo diploma.

¹⁵⁰³ Tendo em conta as funções de supervisão atribuídas ao BCE no contexto da entrada em vigor do MUS, a EBA desempenha as suas funções em relação ao BCE da mesma forma que em relação às outras autoridades competentes. Cfr. artigo 4º, nº 2, alínea i), conforme Regulamento (UE) nº 1022/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, que altera o Regulamento (UE) nº 1093/2010 que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia) no que respeita à concessão de atribuições específicas ao Banco Central Europeu nos termos do Regulamento (UE) nº 1024/2013 do Conselho.

a prática constitucional europeia cingem os destinatários do acto jurídico “decisão” a indivíduos e a Estados, com o sacrifício da lógica clássica da responsabilidade estadual e da proposição da acção por incumprimento a uma ostensiva subordinação das administrações nacionais à administração europeia.

Comparativamente, se nos domínios financeiros são as agências europeias a dispor de poderes de emissão de comandos directamente às administrações nacionais, o mesmo já não sucede, por exemplo, nos sectores energético e das comunicações electrónicas, onde tal ultrapassagem da mediação estadual é perpetrada pela Comissão¹⁵⁰⁵.

Por outro lado, mesmo as prerrogativas (mais) *soft* – v.g. *peer review*, coordenação, emissão de pareceres, promoção de troca de informação entre supervisores, poderes de proposição de *standards* técnicos vinculativos, papel proeminente das ESA’s nos colégios de supervisores - acabam também por contribuir para uma certa *homogeneização das práticas de supervisão*, não obstante, pelo menos formalmente, estas continuarem a competir, em regra, aos Estados membros.¹⁵⁰⁶

Em algumas situações, actualmente, as ESA’s gozam de forma directa de poderes de supervisão (e poderes sancionatórios), prenúncio de uma dinâmica de alargamento do controlo europeu e da relevância das agências comunitárias (financeiras) na resolução da crise económico-financeira, mesmo reconhecendo a importância da proximidade da supervisão (nacional) e, em especial, do importante limite das responsabilidades fiscais dos Estados membros na eventualidade de falhas de supervisão.

Mais, as novas Autoridades Financeiras Europeias exercem competências decisórias quando considerem estar “seriamente em causa o bom funcionamento .../..._____

¹⁵⁰⁴ Cfr. artigo 288º, nº 4, do TFUE.

¹⁵⁰⁵ Cfr., respectivamente, e a título exemplificativo, artigos 7º, nº 5, do regulamento 1228/2003 e 7º, nº 4, da directiva 2002/21.

¹⁵⁰⁶ Neste sentido, *vide* NIAHM MOLONEY, “The european securities and markets authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (2) rules in action”, *cit.*, págs. 189-190.

e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União”, gozando, pois, de uma certa margem de discricionariedade administrativa, a contrariar a interpretação estrita que tem vindo a ser defendida relativamente ao acórdão Meroni^{1507/1508}.

Numa palavra: as agências supervisoras recentemente criadas no mundo financeiro da UE constituem entidades qualitativamente diferentes de todas as outras agências europeias existentes, significativo passo no sentido da federalização, centralização e homogeneização da regulação e supervisão financeira da União.¹⁵⁰⁹

Talvez por isso e ao contrário do que é tradicional, as Agências Europeias de Supervisão Financeira sejam denominadas de Autoridades... Só a agência europeia em matéria de segurança alimentar tem também a designação de Autoridade (Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA)).

¹⁵⁰⁷ Partilhamos assim a posição de Niahm Moloney, o qual considera, porém, que esta incongruência com o princípio Meroni tem vindo a ser mitigada na delimitação legislativa e por actos delegados em matérias, por exemplo, relacionadas com os poderes de supervisão e sancionatórios da ESMA em sede de agências de *rating*. Vide NIAHM MOLONEY, “The european securities and markets authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (2) rules in action”, *cit.*, págs. 221-225.

¹⁵⁰⁸ Por idêntica razão, não nos parece conforme aos ditames estritos da doutrina Meroni a prerrogativa de a Agência Europeia dos Medicamentos recusar a autorização de introdução no mercado de medicamentos “se constatar que o requerente não demonstrou de forma adequada e suficiente a qualidade, a segurança ou a eficácia do medicamento.” (cfr. artigo 12º do Regulamento EMA).

¹⁵⁰⁹ A propósito desta *uniformização regulatória e supervisória da finança europeia*, não podemos deixar de subscrever as palavras de Luís Catarino: “A convergência e ‘standardização’ regulatória pela União, quer a nível normativo, quer de supervisão, traz vantagens claras face às diferentes atribuições dos reguladores nacionais. Mas terá de ter em conta a existência de sistemas nacionais jurídica e funcionalmente diversos; os diferentes riscos que coloca a extrema diversidade dos mercados nacionais; os diferentes estádios de evolução e de especialização nacional; a possível divergência entre os objectivos e as melhores práticas decididas para os Estados membros e os objectivos e as necessidades individuais de cada Governo.” Vide LUÍS CATARINO, “A ‘agencificação’ na regulação financeira da União Europeia: alguns problemas”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, nº9, Jan/Mar de 2012, pág. 161.

Passo gigante, sim, mas a não permitir falar-se de um salto verdadeiramente revolucionário no plano das agências europeias, como sucederia, por exemplo, com a criação de autoridades revestidas de poderes similares àqueles de que dispõem vários organismos reguladores de Estados membros ou dos Estados Unidos da América (v.g. poderes de tipo regulamentar)...

Secção 4

Novas tendências do processo de agencificação? Do estabelecimento de agências europeias auxiliares do BCE

54. Do BCE e do SEBC: (breves) notas gerais

No âmbito da União Económica e Monetária (UEM) e, em especial, com a consagração do euro como moeda única e comum (1999), impôs-se a centralização da política monetária europeia,¹⁵¹⁰ a qual é assumida pelo Banco Central Europeu (BCE), também responsável pela política cambial da União e pela emissão de moeda.

Diferentemente do papel da Reserva Federal norte-americana (FED), com relevante contributo em matéria de crescimento económico, na constituição da UEM o objectivo primordial do BCE (e do SEBC) é o da *estabilidade dos preços*,¹⁵¹¹ a qual

¹⁵¹⁰ Sobre a política monetária europeia, vide ANÍBAL CAVACO SILVA, *Portugal e a Moeda Única*, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1997, *União Monetária Europeia. Funcionamento e Implicações*, Verbo, Lisboa/São

Paulo, 1999, EDUARDO PAZ FERREIRA, *União Económica e Monetária – Guia de Estudo*, Quid Iuris, Lisboa, 1999, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Euro e Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, e MANUEL LOPES PORTO, *Teoria da Integração e políticas comunitárias*, Almedina, Coimbra, 2009, págs.

¹⁵¹¹ Em geral, sobre o BCE e o SEBC, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “O Banco de Portugal e o sistema europeu de Bancos Centrais”, in *Revista da Banca*, nº 41, Janeiro/Março 1997, “Problemas de descentralização financeira”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*,

tem vindo a ser concretizada no desiderato de manutenção do nível de inflação abaixo dos 2% ao ano.¹⁵¹²

Noutros termos, fundamental na missão do BCE é assegurar iguais condições monetárias e taxas de juro de curto prazo na zona Euro, evitando situações de deflação prolongada ou de inflação superior ao limite definido como compatível com a estabilidade de preços; o apoio às políticas económicas gerais, no sentido de contribuir para o crescimento económico europeu, surge como escopo claramente secundário do SEBC e do BCE,¹⁵¹³ questionável na sua suficiência para o restabelecimento e estabilização da economia e do desenvolvimento.

Para a prossecução do objectivo de estabilidade dos preços e da credibilidade da política monetária (europeia) em geral, considera-se essencial, na linha da tradição germânica, garantir a *independência* do Banco Central (Europeu), procurando, assim, evitar-se o recurso dos Governos à redução das taxas de juro e à expansão do crédito para estimular o crescimento económico e baixar o desemprego e o concomitante perigo de espirais inflacionistas motivadas por interesses eleitoralistas de curto prazo, se não por razões ideológicas.

Deste modo, no exercício dos poderes e no cumprimento das atribuições e deveres que lhes são conferidos pelos Tratados e pelos Estatutos do SEBC e do BCE, o Banco Central Europeu (assim como os Bancos Centrais nacionais) ou qualquer membro dos respectivos órgãos de decisão não podem solicitar ou receber instruções das instituições, órgãos ou organismos da União, dos Governos dos .../...

volume XXXVIII, nº 1, 1997, e “O modelo do Banco Central Europeu”, in *Estudos Económicos e Jurídicos sobre o Euro*, organizado pelo Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. *Amplius, vide Handbook of Central Banking, financial regulation and supervision: after the financial crisis* (coordenado por S. Eiffinger e D. Masciandaro), Edward Elgar, 2011, em especial a Parte I (*Central Banking, regulation and supervision*).

¹⁵¹² Vide CÉCILE BARBIER, “La prise d’autorité de la Banque Centrale Européenne et les dangers démocratiques de la nouvelle gouvernance économique dans l’Union Européenne”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013, págs. 217-218.

¹⁵¹³ Cfr. artigo 127º do TFUE.

Estados-Membros ou de qualquer outra entidade, comprometendo-se as instituições, órgãos ou organismos da União e os Governos dos Estados membros a respeitar este princípio e a não procurar influenciar os membros dos órgãos de decisão do Banco Central Europeu (ou dos Bancos Centrais Nacionais) no exercício das suas funções.¹⁵¹⁴

Por outro lado, a personalidade jurídica¹⁵¹⁵, a autonomia organizativa e normativa¹⁵¹⁶, a detenção de recursos, de orçamento e de órgãos de decisão próprios, a duração dos mandatos (oito anos, não renováveis) e o modo de provimento dos titulares dos órgãos¹⁵¹⁷, a inamovibilidade no exercício dos mandatos - salvo se algum membro deixar de preencher os requisitos necessários ao exercício do cargo ou tiver cometido falta grave¹⁵¹⁸ -, o usufruto de privilégios e imunidades necessários ao cumprimento da sua missão, tudo isto reforça o estatuto de independência do BCE.

Mais, as proibições de concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo Banco Central Europeu (ou pelos Bancos Centrais nacionais) em benefício de instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do sector público ou empresas públicas dos Estados-Membros, bem como da compra (melhor, subscrição) directa de títulos de dívida a essas entidades¹⁵¹⁹ destinam-se igualmente a salvaguardar a independência do BCE (e dos

¹⁵¹⁴ Cfr. artigo 130º do TFUE.

¹⁵¹⁵ Cfr. artigo 282º, nº 3, do TFUE.

¹⁵¹⁶ Cfr. artigo 132º do TFUE.

¹⁵¹⁷ Cfr. artigo 283º do TFUE.

¹⁵¹⁸ Cfr. artigo 11º, nº 4, dos Estatutos do SEBC.

¹⁵¹⁹ Cfr. artigo 123º, nº 1, do TFUE. Trata-se de proibição de subscrição de títulos de dívida pública em mercado primário, já não de compra em mercado secundário, compra que tem vindo a acontecer no âmbito da Decisão BCE /2010/5, de 14 de Maio de 2010, que estabelece um programa relacionado com os mercados de títulos de dívida.

Não é aplicável às instituições de crédito de capitais públicos a proibição constante do artigo 123º, nº 1, do TFUE, às quais, no contexto da oferta de reservas pelos bancos centrais, será dado, pelos

bancos centrais nacionais) e, em última análise, a prosseguir o objectivo primordial da estabilidade dos preços.¹⁵²⁰

Conforme resulta da redacção do artigo 123º do TFUE (“no exercício dos poderes e no cumprimento das atribuições e deveres que lhes são conferidos pelos Tratados e pelos Estatutos do SEBC e do BCE”) e o Tribunal clarificou, trata-se de uma *independência funcional*, que na essência visa preservar o BCE de todas as pressões políticas a fim de lhe permitir prosseguir eficazmente os objectivos consignados às suas missões, graças ao exercício independente dos poderes específicos de que dispõe para esse efeito por força dos Tratados e dos Estatutos do SEBC.¹⁵²¹

À semelhança do Banco Europeu de Investimento (BEI)¹⁵²², o reconhecimento da autonomia funcional do BCE não tem como consequência destacá-lo completamente da União e eximi-lo da aplicação das normas de direito comunitário: os Tratados (e seus autores) não pretenderam, de modo algum, subtrair *a priori* o BCE a qualquer forma de intervenção normativa do legislador comunitário.¹⁵²³

Na verdade, o BCE faz efectivamente parte integrante da União: é mesmo reconhecido expressamente, após a revisão de Lisboa, como instituição¹⁵²⁴, goza dos privilégios e imunidades necessários ao cumprimento da sua missão¹⁵²⁵, está
.../..._____

bancos centrais nacionais e pelo Banco Central Europeu, o mesmo tratamento que às instituições de crédito privadas (cfr. artigo 123º, nº 2, do TFUE).

¹⁵²⁰ Vide FERNANDA MAÇÃS, anotação ao artigo 130º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 598.

¹⁵²¹ Cfr. acórdão do Tribunal de 10 de Julho de 2003, Comissão das Comunidades Europeias contra Banco Central Europeu, processo C-11/00, nº 134.

¹⁵²² Cfr. acórdãos do Tribunal de 3 de Março de 1988, Comissão/BEI, processo C-85/86, e de 2 de Dezembro de 1992, SGEEM e Etroy/BEI, processo C-370/89.

¹⁵²³ Cfr. acórdão do Tribunal de 10 de Julho de 2003, Comissão das Comunidades Europeias contra Banco Central Europeu, processo C-11/00, nºs 135 e 136.

¹⁵²⁴ Cfr. artigo 13º, nº 1, do TUE.

¹⁵²⁵ Cfr. artigo 343º do TFUE.

sujeito à fiscalização jurisdicional do Tribunal de Justiça¹⁵²⁶ e, quanto à eficiência da sua gestão, à do Tribunal de Contas¹⁵²⁷, com a obrigação de apresentar um relatório anual sobre as actividades do SEBC e sobre a política monetária, nomeadamente ao Parlamento Europeu, cujas comissões competentes podem também ouvir o Presidente do BCE e os outros membros da sua Comissão Executiva¹⁵²⁸, para além de outras relevantes exigências de *accountability*¹⁵²⁹.

55. Quadro institucional do BCE e do SEBC

Inspirado no *Federal Reserve System* norte-americano, o sistema bancário europeu (SEBC), desprovido de personalidade jurídica, assenta sobre um Banco Central Europeu (BCE) e sobre os Bancos Centrais Nacionais, ambos dotados de personalidade jurídica.¹⁵³⁰

Atribuições fundamentais do SEBC são a definição e execução da política monetária da União, a realização de operações cambiais, a detenção e gestão das reservas cambiais oficiais dos Estados-Membros e a promoção do bom funcionamento dos sistemas de pagamentos.¹⁵³¹

No âmbito de um sistema de competências *descentralizado*, a *supervisão bancária é assegurada nacionalmente*, embora a *tendência*, em especial após a crise financeira de 2007, seja a de *centralização* da função supervisiória, designadamente com a emergência de *agências europeias financeiras* dotadas de poderes

¹⁵²⁶ Cfr. artigo 35º dos Estatutos do SEBC.

¹⁵²⁷ Cfr. artigo 27º, nº 2, dos Estatutos do SEBC.

¹⁵²⁸ Cfr. artigo 284º, nº 3, do TFUE.

¹⁵²⁹ Cfr., por exemplo, em matéria de transparência, artigo 15º dos Estatutos do SEBC.

¹⁵³⁰ Cfr. artigo 282º, nº 1, do TFUE. Em geral, sobre o BCE e o SEBC, *vide* LUÍS SILVA MORAIS, “O Banco Central Europeu e o seu enquadramento no sistema institucional da União Europeia – Algumas reflexões”, *in Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrals*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora, Coimbra, 2000, págs. 447-474.

¹⁵³¹ Cfr. artigo 127º, nº 2, do TFUE.

relevantes ou a criação do *Mecanismo Único de Supervisão* no âmbito da denominada *União Bancária Europeia*.¹⁵³²

No seio do SEBC, avulta o denominado *EuroSistema*: cabe apenas ao BCE e aos Bancos Centrais dos países que adoptaram o Euro dirigir a política monetária da União, a impor também aqui o *princípio da descentralização*, com a implementação das atribuições do EuroSistema fundamentalmente confiada aos Bancos Centrais Nacionais, os quais devem agir de acordo com as orientações e decisões do Conselho do BCE.¹⁵³³

Como órgãos de decisão do BCE, responsáveis pela direcção do SEBC, temos o *Conselho*, composto pelos membros da Comissão Executiva do BCE e pelos governadores dos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro, e a *Comissão Executiva*, composta pelo Presidente, pelo Vice-Presidente e por quatro vogais, nomeados pelo Conselho Europeu, deliberando por maioria qualificada, por recomendação do Conselho e após consulta ao Parlamento Europeu e ao Conselho do Banco Central Europeu, de entre personalidades de reconhecida competência e com experiência profissional nos domínios monetário ou bancário.¹⁵³⁴

Transitoriamente, pelo menos até (e se...) todos os países da União adoptarem o Euro, prevê-se a existência de um terceiro órgão de decisão do BCE, o *Conselho Geral*, composto pelo Presidente e pelo Vice-Presidente do BCE e pelos governadores dos bancos centrais nacionais, só podendo os vogais da Comissão Executiva participar, sem direito de voto, nas reuniões deste órgão, ao qual cabe, entre outras funções, colaborar na preparação necessária para a fixação irrevogável das taxas de câmbio das moedas dos Estados-Membros que beneficiem de uma derrogação em relação ao euro.¹⁵³⁵

¹⁵³² Mais amplamente, vide *Financial regulation and supervision. A post-crisis analysis*, coordenação de E. Wymeersch, Klaus Hopt e G. Ferrarini, 2013, e *Handbook of Central Banking...*, cit., especialmente Parte II (The architecture of regulation and supervision), pág. 315 e ss.

¹⁵³³ Cfr. artigos 9º, nº 2, e 12º, nº 1, § 3, dos Estatutos do SEBC.

¹⁵³⁴ Cfr. artigos 129º, nº 1, e 283º do TFUE.

¹⁵³⁵ Cfr. artigo 143º do TFUE e artigos 44º a 46º dos Estatutos do SEBC.

Enquanto parte integrante do SEBC, os *Bancos Centrais Nacionais* devem actuar em conformidade com as orientações e instruções do BCE, a cujo Conselho cabe tomar as medidas adequadas para assegurar o cumprimento dessas orientações e instruções, podendo, para o efeito, exigir que lhe seja prestada toda a informação necessária.¹⁵³⁶

Deste modo, podemos afirmar a *dependência dos Bancos Centrais Nacionais relativamente ao BCE*, ao invés do que sucede *em relação aos Governos dos Estados membros, perante os quais, em matéria de política monetária e cambial, tem de ser garantida a sua independência*, designadamente prevendo-se nos respectivos Estatutos o mandato não inferior a cinco anos do Governador, a possibilidade da demissão deste apenas quando deixe de preencher os requisitos necessários ao exercício das funções ou se tiver cometido falta grave, bem como a hipótese de o Governador em causa ou o Conselho do BCE poderem interpor recurso da decisão de demissão para o Tribunal de Justiça com fundamento em violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação.¹⁵³⁷

Neste sentido, o Governador e os demais membros do conselho de administração do Banco de Portugal não podem solicitar ou receber instruções das instituições comunitárias, dos órgãos de soberania ou de quaisquer outras instituições¹⁵³⁸ e são inamovíveis, só podendo ser exonerados dos seus cargos caso se

¹⁵³⁶ Cfr. artigo 14º, nº 3, dos Estatutos do SEBC.

¹⁵³⁷ Cfr. artigo 131º do TFUE e artigo 14º, nº 2, dos Estatutos do SEBC. Em geral, sobre a inserção do Banco de Portugal no SEBC, *vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, “O Banco de Portugal e o Sistema Europeu de Bancos Centrais”, in *Revista da Banca*, nº 41, Janeiro/Março 1997, pág. 21 e ss.

¹⁵³⁸ Cfr. artigo 130º do TFUE e artigo 27º, nº 2, da Lei Orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei nº 5/98, de 31 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei nº 118/2001, de 17 de Abril,

50/2004, de 10 de Março, 39/2007, de 20 de Fevereiro, 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, adiante abreviadamente designada por LOBP. Recentemente, com o Decreto-Lei nº 142/2013, de 18 de Outubro, esta Lei foi adaptada a desenvolvimentos impostos pela ordem jurídica da União Europeia: salvaguarda da participação do Banco de Portugal no Mecanismo Único de Supervisão, cumprimento de recomendações do CERS – nomeadamente mediante a atribuição explícita ao Banco de Portugal das funções de definição e condução da política macroprudencial, com o objectivo de

verificar alguma das circunstâncias previstas no nº 2 do artigo 14º dos Estatutos do SEBC/BCE¹⁵³⁹.

Acresce ser vedado ao Banco de Portugal conceder descobertos ou qualquer outra forma de crédito ao Estado e serviços ou organismos dele dependentes, a outras pessoas colectivas de direito público e a empresas públicas ou quaisquer entidades sobre as quais o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais possam exercer, directa ou indirectamente, influência dominante, bem como garantir quaisquer obrigações do Estado ou dessas outras entidades ou a compra directa de títulos de dívida emitidos pelo Estado ou pelas mesmas entidades.¹⁵⁴⁰

Em parecer relativo aos cortes na despesa e ao aumento da carga fiscal sobre os salários e pensões previstos na Proposta de Lei referente ao Orçamento de Estado para 2011 apresentado pelo Governo e à possibilidade de estas reduções remuneratórias afectarem directamente os membros dos órgãos de decisão e o pessoal do BdP, o BCE considerou resultarem de tal Proposta sérias implicações para a independência financeira e institucional do Banco Central, bem como para a independência pessoal dos membros dos órgãos de decisão do BdP e, eventualmente, para a proibição de financiamento monetário.¹⁵⁴¹

Pelo exposto, forçoso é concluir, com Gomes Canotilho e Vital Moreira: “nos termos do direito da UE, o BP é uma entidade independente, partilhando das características das ‘entidades públicas independentes’ (independência orgânica e

.../..._____

conferir certeza jurídica a este regime e eliminar quaisquer dúvidas interpretativas -, acolhimento expresso do conjunto de responsabilidades actualmente atribuídas ao BP através do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras no respeitante à resolução de instituições de crédito, com explicitação apenas de que o Banco de Portugal, enquanto autoridade de resolução, assume a responsabilidade de elaborar planos de resolução, aplicar medidas de resolução e determinar a eliminação de potenciais obstáculos à aplicação de tais medidas.

¹⁵³⁹ Cfr. artigo 33º, nº 3, da LOBP.

¹⁵⁴⁰ Cfr. artigo 18º da LOBP.

¹⁵⁴¹ Cfr. Parecer do Banco Central Europeu de 12 de Novembro de 2010 sobre a remuneração do pessoal do Banco de Portugal e o orçamento (CON/2010/80).

funcional), não lhe convindo por isso o conceito de administração indirecta do Estado.”¹⁵⁴² É que, se durante muito tempo o BdP esteve sujeito a orientações governamentais¹⁵⁴³, com a consagração da independência dos Bancos Centrais Nacionais, após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, o Banco de Portugal deixou de integrar a administração indirecta do Estado, vindo claramente reforçada a sua autonomia¹⁵⁴⁴.

Não obstante a independência de que inequivocamente a pessoa colectiva pública BdP goza em relação às autoridades governamentais, a Lei-Quadro dos Institutos Públicos qualificava até muito recentemente esta instituição como um instituto público, embora sujeito a regime especial, não abrangido nas denominadas entidades administrativas independentes.¹⁵⁴⁵

Na mesma linha, o Código dos Contratos Públicos confere ao BdP um estatuto muito diferenciado, prevendo, por exemplo, no caso de empreitadas de obras públicas, a celebração de contratos pelo Banco Central Nacional com recurso ao ajuste directo por valores muito superiores aos dos institutos públicos.¹⁵⁴⁶

Todavia, com a revogação do artigo 48º, nº 1, alínea e), da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, eliminou-se a definição do Banco de Portugal como instituto público de regime especial, assim se compatibilizando este diploma com os Tratados e com os Estatutos do SEBC/BCE, ao garantir o respeito pela qualidade de Banco Central membro do Eurosistema e atender “às especiais exigências de in-

¹⁵⁴² Vide GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, anotação ao artigo 102º, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra editora, 2007, pág. 1085.

¹⁵⁴³ V.g. artigo 16º do Decreto-Lei nº 644/75, de 15 de Novembro e artigo 18º, nº 1, do Decreto-Lei nº 337/90, de 30 de Outubro. Sobre a evolução da autonomia do Banco de Portugal, vide JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, “A autonomia do Banco de Portugal”, in *Revista da Banca*, nº 37, 1996.

¹⁵⁴⁴ Cfr. artigo 25º do Decreto-Lei nº 231/95, de 12 de Setembro, e artigo 3º da Lei nº 5/98 (LOBP).

¹⁵⁴⁵ Cfr. artigo 48º, nº 1, alíneas e) e f), da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei nº 3/2004, de 15 de Janeiro. Neste sentido, na doutrina, vide FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3ª edição, reimpressão de 2011, Almedina, Coimbra, pág. 349.

¹⁵⁴⁶ Cfr. artigo 19º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro.

dependência que devem caracterizar essa entidade, na medida em que os poderes de tutela e de superintendência exercidos sobre os institutos de regime especial não são compatíveis com o princípio da independência financeira e institucional, nem com a independência pessoal dos membros dos respectivos órgãos de decisão.¹⁵⁴⁷

56. Da centralização da execução das atribuições do EuroSistema

56.1. Da constituição de agências auxiliares do BCE: a Comissão do Programa T2S

No actual sistema administrativo europeu, fortemente centrado na Comissão, a delegação de poderes de implementação em agências parte, fundamentalmente, do legislador da União (*maxime* Conselho e Parlamento Europeu), dotado de legitimidade democrática (menos ou mais remota), e, em circunstâncias determinadas, da própria Comissão (agências executivas).

Mas, em atenção à legitimação constitucional do BCE, tem-se levantado a possibilidade de (também) esta instituição estabelecer, para além do campo da sua organização interna (cfr. acórdão Tralli), organismos autónomos destinados a auxiliá-la no cumprimento do seu mandato, uma espécie de agências (*executivas*) similares às estabelecidas pela Comissão.

Neste contexto, alguma doutrina tem referido *a possibilidade de constituição de agências europeias fora da órbita da Comissão e ao serviço de outras instituições da União*, por exemplo, a hipótese de o BCE estabelecer uma agência com o propósito de explorar o *Target2-Securities (T2S)*, um novo serviço do EuroSistema para a liquidação de títulos.¹⁵⁴⁸

¹⁵⁴⁷ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei nº 5/2012, de 17 de janeiro, que altera a Lei-Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei nº 3/2004, de 15 de Janeiro, modificada pela Lei nº 51/2005.

¹⁵⁴⁸ Vide TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies...”, *cit.*, pág. 256 e ss, e EDOARDO CHITI, “Le trasformazioni delle agenzie europee”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, ano 60, nº 1, 2010, pág. 76 e ss.

Na verdade, em razão do alto grau de especialização técnica exigida para a gestão do programa T2S, o BCE considerou a possibilidade de conferir competências técnicas específicas a um organismo juridicamente distinto, não integrado na sua estrutura interna.

Afastada a opção pela natureza privada deste organismo (v.g. sociedade europeia ou grupo europeu de interesse económico), fundamentalmente por motivos formais e ligados à neutralidade exigida para o desenvolvimento da actividade em causa¹⁵⁴⁹, aventaram-se várias bases jurídicas para o estabelecimento pelo BCE de uma agência europeia¹⁵⁵⁰.

Entre as diversas sugestões ponderadas, destacava-se a ideia de a *base jurídica* legitimadora da constituição de uma agência europeia pelo BCE ser a de preceitos sectoriais de direito primário da União (v.g. artigos 105º, nº 2, 1º e 4º §, TCE, 3º, nº 1, 17º, 18º e 22º dos Estatutos do SEBC), porquanto não seria inédito no plano europeu, quer legislativo (cfr. Decisão da Comissão 2002/627) quer jurisprudencial (cfr. acórdão ENISA), retirar implicações institucionais de disposições consagradoras de competências materiais.¹⁵⁵¹ Nesta linha, em 19 de Março

¹⁵⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos, *vide* TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies...”, *cit.*, pág.261 e ss.

¹⁵⁵⁰ Tridimas, por exemplo, sugeria três bases jurídicas teoricamente plausíveis: uma disposição do Capítulo VII do TCE ou dos Estatutos do SEBC (v.g. artigo 22º dos Estatutos do SEBC), o que permitiria ao BCE adoptar individualmente o acto de criação da agência, uma disposição do Tratado não constante do Capítulo VII do TCE (v.g. artigo 308º, actual artigo 352º do TFUE) ou o estabelecimento de uma agência executiva com base no regulamento 58/2003. *Vide* TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies...”, *cit.*, pág. 257.

Na prática, porém, o autor acaba por excluir a viabilidade das duas últimas hipóteses levantadas, afirmando, por um lado, que a “possibilidade de adopção de medidas conjuntas pelo BCE e por outra instituição parece precluída pelo Tratado” (pág. 257) e admitindo, por outro lado, a existência de “obstáculos insuperáveis” à utilização do regulamento 58/2003, designadamente porque se colocaria em risco a independência do BCE (pág. 260).

¹⁵⁵¹ Neste sentido, *vide* EDOARDO CHITI, “An important part of the EU’s institutional machinery: features, problems and perspectives of european agencies”, *in Common Market Law Review*, 46, 2009, pág. 1439.

de 2009, com base nos artigos 3º, nº 1, 12º nºs 1 e 3, 17º, 18º e 22º dos Estatutos do SEBC, uma Decisão do BCE instituiu a “Comissão do Programa T2S”¹⁵⁵², “um órgão simplificado de gestão que elabora propostas sobre questões estratégicas essenciais a submeter ao Conselho do BCE e que executa tarefas de carácter puramente técnico” (considerando 3), confiando-lhe, no respeito do princípio Meroni, *tarefas de implementação* relevantes para organizar o T2S de forma eficaz e eficiente e com o envolvimento de todos os interessados.

Na perspectiva de alguma doutrina, a “Comissão do Programa T2S” exemplifica uma *nova tendência*, a “possível expansão do processo de agencificação para além da esfera de influência da Comissão e para o estabelecimento das agências europeias ao serviço de órgãos europeus que não a Comissão”¹⁵⁵³, no âmbito da criação de uma Administração Europeia necessária ao desenvolvimento de projectos como o *Target 2-Securities platform (T2S)*.

56.2. Da centralização intra-organizativa da execução das atribuições do EuroSistema e da Comissão do T2S

Da análise da Decisão do BCE de 19 de Março de 2009, relativa ao estabelecimento da Comissão do Programa TARGET2-Securities, podemos descrever sucintamente esta Comissão como um *órgão colegial* (composta de oito membros), com *orçamento próprio, desprovido de poderes decisórios*, os quais continuam a repousar nos competentes órgãos do BCE, mas incumbido da *elaboração de propostas sobre questões estratégicas essenciais* (a submeter ao Conselho do BCE) e de determinadas *tarefas de execução de cariz exclusivamente técnico*, desenvolvidas com autonomia.¹⁵⁵⁴

¹⁵⁵² Cfr Decisão do BCE de 19 de Março de 2009, relativa à instituição da Comissão do Programa TARGET2-Securities (TARGET2-Securities Programme Board), (BCE/2009/6) (2009/338/CE).

¹⁵⁵³ Vide EDOARDO CHITI, “An important part of the EU’s institutional machinery...”, *cit*, pág. 1433.

¹⁵⁵⁴ Cfr. anexo da Decisão BCE/2009/6 onde se estabelece o mandato da Comissão do Programa T2S.

Diferentemente das agências (executivas) auxiliares da Comissão, a Comissão do Programa TARGET2-Securities *não goza de personalidade jurídica* e deve ser compreendida como um *fenómeno de alocação intra-organizativa de tarefas no âmbito do EuroSistema*¹⁵⁵⁵, um comité que se pretende de excelência técnica e apolítico, de modo a poder contribuir com qualidade e eficiência para a política monetária europeia e a prossecução do objectivo da estabilidade dos preços.

Trata-se de solução (mais) coerente com a *necessidade de garantir a unidade e a integridade do EuroSistema*, em que permanece o *BCE como única entidade jurídica e politicamente accountable* pelos resultados do sistema monetário europeu, sem responder pelas acções de outros organismos.

Desta sorte, o Conselho do BCE é responsável pela direcção, administração geral e controlo do programa T2S, a quem compete ainda tomar as decisões finais relativas ao Programa T2S e decidir sobre a repartição das tarefas que não tenham sido especificamente atribuídas à Comissão do Programa T2S (Nível 2) e aos 4 Bancos Centrais: *Deutsche Bundesbank, Banco de España, Banque de France e Banca d'Italia* (Nível 3).¹⁵⁵⁶

Na verdade, a estrutura de governação do Programa T2S compõe-se de três níveis: no primeiro nível de governação, o poder de tomar decisões relacionadas com o T2S compete, em última instância, ao Conselho do BCE, globalmente responsável pelo Programa T2S e representante do conjunto do Eurosistema¹⁵⁵⁷; no segundo nível de governação encontra-se a Comissão do Programa T2S, criada para auxiliar os órgãos de decisão do BCE a zelar pelo êxito e conclusão atempa-

¹⁵⁵⁵ Vide MICHELLE EVERSON e FRANK RODRIGUES, *What can the law do for the European System of Central Banks? - Good governance and comitology 'within' the System*, Diskussionspapier 3/2010, Zentrum für europäische Rechtspolitik, Universidade de Bremen, Bremen, Dezembro 2010, pág. 30.

¹⁵⁵⁶ Cfr. artigo 4º da Orientação do Banco Central Europeu, de 21 de Abril de 2010, relativa ao TARGET2 Securities (BCE/2010/2).

¹⁵⁵⁷ Cfr. artigo 8º dos Estatutos do SEBC.

da do Programa T2S; por último, os Bancos Centrais alemão, francês, italiano e espanhol constituem o terceiro nível de estrutura de governação.¹⁵⁵⁸

Se, num contexto de *descentralização da execução operacional das atribuições do SEBC*, a responsabilidade é cometida primordialmente, quando possível e adequado, aos Bancos Centrais Nacionais,¹⁵⁵⁹ a tendência parece ser a da *progressiva centralização*, confiando, por exemplo, à Comissão do Programa T2S certas tarefas de implementação, por forma que a mesma goze de plena operacionalidade e possa actuar em representação de todo o Eurosistema.

Noutros termos: o T2S é desenvolvido e operado pelos Bancos Centrais Nacionais alemão, francês, italiano e espanhol, à luz de uma *descentralização selectiva*¹⁵⁶⁰, tendo-se *delegado, centralizado na Comissão do Programa T2S certas tarefas de implementação* de um novo serviço do Eurosistema para a liquidação de títulos em moeda de banco central – o TARGET2-Securities (T2S).

Na mesma linha, a *Comissão do T2S, recente substituta da Comissão do Programa T2S*,¹⁵⁶¹ foi criada como órgão simplificado de gestão no Eurosistema, com a missão de *elaborar e submeter ao Conselho do BCE propostas sobre questões estratégicas essenciais e de exercer outras funções que lhe sejam atribuídas pelo Conselho do BCE*.¹⁵⁶²

Mantendo o poder de decisão em última instância, o Conselho do Banco Central Europeu (BCE) confia à Comissão do T2S o exercício de *funções clara-*

¹⁵⁵⁸ Cfr. considerando 6 da Orientação do Banco Central Europeu, de 21 de Abril de 2010 relativa ao TARGET2 Securities (BCE/2010/2).

¹⁵⁵⁹ Cfr. artigo 12º, nº 1, dos Estatutos do SEBC.

¹⁵⁶⁰ Vide PEDRO MACHADO, anotação ao artigo 129º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 523.

¹⁵⁶¹ Cfr. Decisão do Banco Central Europeu, de 29 de março de 2012, relativa à instituição da Comissão do TARGET2-Securities e que revoga a Decisão BCE/2009/6 (BCE/2012/6) (2012/235/UE).

¹⁵⁶² Cfr. artigo 2º, nº 1, da Decisão do Banco Central Europeu, de 29 de março de 2012, relativa à instituição da Comissão do TARGET2-Securities e que revoga a Decisão BCE/2009/6 (BCE/2012/6) (2012/235/UE).

mente definidas e a prestação de serviços relacionados com o Programa T2S, tarefas que podem, todavia, continuar a ser exercidas por aquele Conselho.

Deste modo, por *incumbência do Conselho do BCE*, competem à Comissão do T2S a gestão e direcção do T2S e as relações com os Bancos Centrais alemão, francês, italiano e espanhol, bem como o relacionamento com outras partes interessadas (v.g. outras estruturas de governação do T2S, nomeadamente Grupo Diretor das Centrais de Depósito de Títulos, Grupo Diretor das Moedas que não o euro e Grupo Consultivo do T2S) e a elaboração de propostas de decisão sobre matérias diversas (v.g. estratégia global, governação, finanças do T2S, plano geral do Programa T2S), a submeter ao Conselho do BCE.¹⁵⁶³

Na *composição da Comissão do T2S*, presidida por um quadro superior do BCE, assistido por um Vice-Presidente nomeado pelo Conselho do BCE, encontram-se nove membros de Bancos Centrais Nacionais do Eurosistema, incluindo necessariamente representantes do *Deutsche Bundesbank*, do *Banco de España*, do *Banque de France* e da *Banca d'Italia*, um membro de um banco central não pertencente à área do Euro que tenha assinado o Acordo de Participação de Moedas e dois membros não pertencentes a Bancos Centrais (sem direito a voto) com antecedentes sólidos como altos funcionários de instituições do sector da liquidação de títulos.¹⁵⁶⁴

Não obstante ser perceptível a preocupação com a capacidade técnica dos membros da Comissão do T2S, *maxime* por a sua escolha resultar de decisão do Conselho do BCE com base numa proposta da Comissão Executiva do BCE, a presença de membros dos Bancos Centrais Nacionais pode induzir a ideia de os interesses nacionais não serem totalmente afastados.

Estamos certos de que a criação de organismos deste tipo no seio do SEBC visa essencialmente garantir *expertise* técnica às esferas europeias sem afectar a

¹⁵⁶³ Cfr. anexo I da Decisão do Banco Central Europeu, de 29 de março de 2012, relativa à instituição da Comissão do TARGET2-Securities e que revoga a Decisão BCE/2009/6 (BCE/2012/6) (2012/235/UE).

¹⁵⁶⁴ *Idem*.

supranacionalidade do processo decisório. E não nos parece que a presença de membros de Bancos Centrais Nacionais na composição da Comissão do T2S ou de outros comités do BCE encarregados de tarefas técnicas constitua uma espécie de *cavalo de Tróia*¹⁵⁶⁵ dos Estados membros susceptível de pôr em causa o objetivo (praticamente exclusivo) da estabilidade de preços no EuroSistema.

Não nos chocaria, porém, alguma influência política (nacional) na vida institucional do BCE, numa *redefinição do mandato* desta instituição, demasiadamente confinado a parâmetros tecnocratas e obnubilação das possíveis consequências redistributivas de uma política monetária pelos receios de hiperinflação que, nos anos 20 do século XX, tanto fustigou os germânicos.

Defendemos, pois, a *extensão da missão do BCE ao desenvolvimento económico* e a modelação política das avaliações técnicas desta instituição: longe de ferir de morte a credibilidade do EuroSistema ou a coerência de um sistema monetário europeu ancorado nos dogmas da especialização e da independência, a evolução política do mandato do BCE poderia contribuir para a prevenção e gestão de riscos sistémicos e para um efectivo apoio das “políticas económicas gerais da União”, conforme prevê o artigo 127º, nº 1, do TFUE.

As crises de dívida soberana e privada e a grande depressão da economia reclamam, entre outras mudanças profundas (v.g. supervisão bancária europeia, fundo de garantia de depósitos comum, mutualização da dívida), a transformação do papel e da acção do BCE, não circunscrita à estabilidade dos preços e estendida ao desenvolvimento da economia, numa aproximação ao modelo da Reserva Federal Americana como prestamista de último recurso e subscritor de dívida pública no mercado obrigacionista primário, com halo político no paradigma teutónico da independência tecnocrática absoluta - porventura passo decisivo para a sobrevivência a longo prazo do projecto democrático da integração europeia...

¹⁵⁶⁵ Vide CHIARA ZILIOLI & MARTIN SELMAYER, “Recent developments in the law of the European Central Bank”, in *Yearbook of European Law 2006*, coordenado por Piet Eeckhout e Takis Tridimas, Oxford University Press, Oxford, 2007, págs. 63-64.

Por fim, em matéria de *accountability*, não podem deixar de ser destacadas as obrigações de a Comissão do T2S reportar directamente aos órgãos de decisão do BCE, de forma regular e estruturada, nomeadamente através da submissão de relatórios.¹⁵⁶⁶

Em jeito de conclusão, reiteramos: à semelhança da Comissão do Programa T2S, *a Comissão do T2S não traduz qualquer solução inter-organizativa* similar, por exemplo, às agências executivas que assistem a Comissão Europeia; num *contexto de partilha de poderes entre BCE e Bancos Centrais Nacionais, mas com tendência de centralização crescente da execução operacional das atribuições do EuroSistema/SEBC*, a referida Comissão do T2S compreende-se melhor enquanto *solução de organização interna do BCE*, importante *forum* de apoio ao Conselho e Comissão Executiva desta instituição, onde deve imperar o consenso técnico fundamental à credibilidade da política monetária e cambial europeia.

¹⁵⁶⁶ Ibidem.

TÍTULO III

Criação de agências europeias: causas/vantagens e desvantagens

Capítulo I

Criação de agências em geral

57. Das origens norte-americanas

Os Estados Unidos da América foram o “berço” das primeiras entidades independentes de regulação (*independent agencies* ou *independent regulatory agencies*). Não podemos, por isso, deixar de analisar, embora perfunctoriamente, a evolução do quadro regulatório americano, sobretudo sabendo da sua influência decisiva no modelo europeu de regulação.

Como elucidativamente afirma Fukuyama, enquanto os países europeus “sempre conceberam o Estado como um guardião do interesse público, situado acima dos interesses particulares dos cidadãos”, nos EUA “em contraste, a perspectiva lockiana liberal do Estado (...) não reconhece nenhum interesse público para além da soma dos interesses dos indivíduos que constituem uma sociedade. O Estado é servo das pessoas”¹⁵⁶⁷.

Neste sentido, o papel dominante na cena sócio-económica americana é primordialmente assumido pelos indivíduos, pela sociedade e não pelas autoridades públicas, pelo Estado; as *corporations* sociais substituem o papel central da autoridade política de aparelhos estatais centralizados¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁷ Vide FRANCIS FUKUYAMA, *A construção de Estados - Governação e ordem mundial no séc. XXI*, (tradução de F. J. Azevedo Gonçalves), Gradiva, Lisboa, 2004, pág. 118.

¹⁵⁶⁸ Vide MAURO CALISE, “Le *Corporations* come autorità indipendenti. Alle origini della regolazione económica in América”, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Volume I, (coordenado por Alberto Predieri), Passigli Editori, Florença, 1997, pág. 95. O autor

Deste modo, as *independent regulatory agencies* surgem como tentativa de o Poder Público controlar os excessos das *corporations*¹⁵⁶⁹ e, sobretudo, de limitar os efeitos perversos da concorrência selvagem. Ou seja: na Europa as autoridades reguladoras independentes surgiram num contexto de desmantelamento das barreiras estatais ao livre funcionamento do mercado, ao passo que na génese das *independent agencies* americanas está a (razão inversa da) necessidade de conter os efeitos nefastos derivados da livre concorrência.

Foi assim que nos anos 70/80 do séc. XIX se criaram diversas *Comissions* regulatórias ao nível estadual, sobretudo no sector ferroviário, onde a livre competição havia conduzido a monopólios e tarifas discriminatórias. Em vários Estados do Oeste, surgiram *comissions* dotadas de amplos poderes regulamentares e de fixação de tarifas (*strong comissions*), enquanto nos Estados do Leste estes organismos se limitavam a competências consultivas (*weak comissions*).¹⁵⁷⁰

Contudo, o início da regulação federal ocorre com a aprovação pelo Governo Federal da *Interstate Commerce Act*, em 1887, e com a instituição da *Interstate Commerce Commission*, a primeira entidade reguladora interfederal, com apreciáveis poderes no domínio do transporte ferroviário.¹⁵⁷¹

.../..._____

estabelece uma interessante analogia entre os problemas decorrentes do papel central e poderoso assumido pelas *corporations* na vida sócio-económica americana, com as questões levantadas normalmente em relação às ARI (v.g., a legitimidade: a ideia de legitimação procedimental, o controlo democrático, etc.).

¹⁵⁶⁹ *Idem*, pág. 111.

¹⁵⁷⁰ Para uma reconstrução histórica do fenómeno das *independent agencies*, vide MARCO FLOREAN, “Le origini Americane Della Regolazione”, in *Diritto e istituzioni Della regolazione*, coordenado por Stelio Valentín, Giuffré Editore, Milão, 2005, pág. 125 e ss.

Sobre o carácter polissémico da noção americana de regulação, vide DOMINIQUE CUSTOS, “La notion américaine de régulation”, in *Droit de la Régulation, Service Public et intégration régionale*, Tomo 1, *Comparaisons et commentaires* (direcção de Gérard Marcou e Franck Moderne), L’Harmattan, Paris, 2005, pág. 145 e ss.

¹⁵⁷¹ À instituição desta *agency* é habitual associar-se a emergência do direito administrativo no sistema (norte-americano) da *Common Law*. Por todos, vide JERRY WALDRON, “Recovering amer-

.../...

Tradicionalmente apontada como a primeira agência reguladora independente do mundo, a *Interstate Commerce Commission* apenas em 1889 se autonomizou do poder executivo (do *Federal Department of Interior*), embora os seus membros fossem nomeados pelo Presidente e o Governo detivesse a última palavra na questão orçamental.

Posteriormente e progressivamente, as *independent agencies* estenderam-se aos mais diversos sectores económicos e sociais da vida norte-americana.^{1572/1573} Não obstante a sua heterogeneidade, podemos caracterizar, sumariamente, estas *agencies* como entidades com funções legislativas,¹⁵⁷⁴ executivas e judiciais, dotadas de elevado grau de independência¹⁵⁷⁵.

.../..._____

ican administrative law: federalist foundations, 1787-1801”, in *The Yale Law Journal*, volume 115, nº 6, Abril 2006, pág. 1256.

¹⁵⁷² Vide MARCO FLOREAN, “Le origini...”, *cit.*, pág. 129 e ss.

¹⁵⁷³ V.g., a *Federal Trade Commission*, na luta contra os cartéis económicos e as práticas comerciais desleais; a *Federal Reserve Board*, em relação à política monetária; a *Securities and Exchange Commission* no domínio das operações sobre valores mobiliários; a *Nuclear Regulatory Commission*, em matéria de política nuclear; a *National Labor Relations Board*, quanto às relações de trabalho; a *Federal Communications Commission*, nas telecomunicações; a *Federal Energy Regulatory Commission*, com poderes sobre a produção de energia; a *Consumer Product Safety Commission*, na protecção da saúde dos consumidores, entre outras.

¹⁵⁷⁴ Não obstante, em bom rigor, devermos falar de poder de elaboração de regulamentos administrativos, no direito estadunidense, tanto a doutrina como o Supremo Tribunal federal referem-se à prerrogativa de as *agencies* criarem normas (*rulemaking*) em resultado do facto de serem “beneficiárias de uma quantidade maior ou menor de poder legislativo”. Vide ALFRED C. AMAN JR e WILLIAM T. MAYTOR, *Administrative Law*, 2ª edição, Hornbook series, West Group, St. Paul, 2001, págs. 37-62.

¹⁵⁷⁵ Sobre a independência das *independent agencies* americanas, vide BERTIL COTTIER, “Les ‘Independent Agencies’ américaines: un modèle pour l’administration polycentrique de demain?”, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. LI, n.º 1, Institut International des Sciences Administratives, Bruxelas, 1985, pág. 147 e ss. Na perspectiva do autor, a neutralização política visada com as *independent agencies* deve-se à desconfiança profunda existente na administração central, “povoada mais por ‘bons amigos’ do Chefe de Estado do que por funcionários competentes” (pág. 147).

Fortemente impulsionadas pelo intervencionismo público na economia do *New Deal*, no contexto da eterna luta política entre o Congresso e o Presidente¹⁵⁷⁶, as *independent regulatory agencies* têm sido criticadas pelo *deficit de responsabilidade política*¹⁵⁷⁷ e sua *captura pelos lobbies privados* dos vários sectores¹⁵⁷⁸ e pelo défice de *legitimidade*¹⁵⁷⁹, a induzir a um reforço da autoridade presidencial e dos poderes do Congresso sobre as *independent agencies*¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁶ Com efeito, a independência das *Comissions*, embora relativa (v.g., o controlo orçamental pelo Executivo, através do *Office of Management and Budget*), foi, como ensina Majone, “o preço que o Presidente Roosevelt teve de pagar para que o Congresso e o Supremo Tribunal aceitassem um elevado grau de intervenção pública na economia”. Obviamente, o “Presidente teria preferido atribuir as novas funções a divisões do executivo sob a sua autoridade imediata, mas os outros ramos do Estado não aceitaram tal escolha”, vide GIANDOMENICO MAJONE, *La Communauté européenne: un État régulateur*, tradução de Jean-François Baillón, Montchrestien, Paris, 1996, pág. 44.

¹⁵⁷⁷ Sobre a eventual violação do princípio da separação dos poderes, vide JARED QUANTE LIBET, “Changes in Administrative Agency and Legal Practice in South Carolina Following *State v. Peake*”, in *South Carolina Law Review*, vol. 56, 2005, pág. 627 e ss., e MATHEW C. STEPHENSON, “Public Regulation of private enforcement: the case for expanding the role of administrative agencies”, in *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pág. 93 e ss.

¹⁵⁷⁸ Segundo alguns autores, o controlo público das *corporations*, ao invés de moderar o poder destas na vida sócio-económica, acabou por reforçá-lo, na medida em que se verificou a captura dos reguladores pelos regulados. Vide MAURO CALISE, *Ob. cit.*, pág. 111.

¹⁵⁷⁹ Concebendo a organização reguladora das *independent agencies* como a concretização de um novo conceito de *administrative governance*, oscilando entre o *command and control* e o mercado, vide ORLY LOBEL, “Interlocking Regulatory and Industrial Relations: the governance of workplace safety”, in *Administrative Law Review*, 57:4, 2005, pág. 1072 e ss.

¹⁵⁸⁰ Muitas *independent agencies*, sobretudo a partir dos anos 70, prestam contas directamente ao Presidente (v.g. a *Environmental Protection Agency*, com poderes na área do ambiente), enquanto o Congresso tem de autorizar, simultaneamente com o *Office of Management and Budget*, os gastos orçamentais de várias daquelas entidades. Neste sentido, vide GIANDOMENICO MAJONE, *La Communauté européenne...*, *cit.*, págs. 44 e 45.

Interessante é também o facto de o *lobbying* das *independent agencies* ser actualmente considerado pela doutrina como uma forma de controlo de outras *independent agencies*. Sobre esta visão, vide J. R. DESHAZO e JODY FREEMAN, “Public Agencies as Lobbyists”, in *Columbia Law Review*, vol. 105, n.º 8, Dezembro 2005, pág. 2217 e ss.

Para concluir, é de realçar a distinção no direito norte-americano entre *executive agencies* e *independent agencies*, consoante o estatuto de independência: as primeiras, embora disponham de autonomia de gestão, são dependentes da autoridade presidencial; as segundas gozam de um estatuto de independência do poder executivo, com amplas prerrogativas, típicas dos três ramos clássicos de poder.¹⁵⁸¹

Note-se que, *diferentemente das independent agencies americanas e de agências em vários Estados membros, as agências europeias dispõem de poderes bem mais restritos – logo a convergência entre os direitos norte americano e da União Europeia em matéria de agências refere-se, em bom rigor, (apenas) à experiência das agências executivas dos EUA.*¹⁵⁸²

58. Do surgimento das agências nos países europeus

Sob a influência norte-americana, as agências (reguladoras) independentes constituem presentemente fenómeno comum no panorama europeu.¹⁵⁸³ Natural-

¹⁵⁸¹ Vide CHRISTIAN STOFFAËS, “Network regulation on a federal scale: lessons for Europe from the American perspective”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, pág. 140, e TOM ZWART, “Independent regulatory agencies in the US”, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003, págs. 3-17.

¹⁵⁸² Vide JEAN-CLAUDE GAUTRON, “Rapport de synthèse”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 250.

¹⁵⁸³ Na economia desta dissertação reportamo-nos apenas às autoridades administrativas cujo objecto principal é a regulação de mercados abertos à livre concorrência, sem curar das autoridades administrativas independentes vocacionadas, directa e imediatamente, para a protecção de direitos fundamentais dos cidadãos e caracterizadas, por um lado, pelo pluralismo da sua composição, sendo os seus membros designados por diferentes órgãos (v.g., Governo, Parlamento, etc...), e, por outro lado, por a sua presidência ser normalmente confiada a magistrados (entre nós, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos e a Comissão Nacional de Protecção de Dados). Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., pág. 145 e ss, e JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Ob. cit.*, pág. 374 e ss.

mente, o Reino Unido, país da *Common Law* com uma concepção das relações entre Estado e Sociedade similar à dos EUA, foi a porta de entrada do modelo institucional dos organismos públicos dotados de alto grau de autonomia.

Destarte, a administração britânica dispôs de entes com alguma autonomia em relação ao Parlamento e ao Governo desde o séc. XVII: era o designado *Board System*. Com o *Reform Act* de 1832, o número de *Boards* e a sua autonomia cresceram, estabelecendo-se o princípio da responsabilidade ministerial e mecanismos de controlo parlamentar. Após a Segunda Guerra Mundial, porém, o Estado Social inglês desenvolve-se, sobretudo através de *boards*, alguns dos quais com altos níveis de independência, os denominados *quangos* (*quasi autonomous non governmental organizations*).¹⁵⁸⁴

Nos finais dos anos 70 da última centúria, devido ao escasso controlo exercido sobre a actividade dos *quangos*, o Governo de Margaret Thatcher tenta eliminar aquelas entidades, pelo menos as que se revelassem desnecessárias. Todavia, com a privatização do sector público, os *quangos* são considerados de

.../..._____

Salientando o *hibridismo* da Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS), entidade que precedeu a actual Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) e a quem cabiam igualmente funções de regulação e de garantia dos direitos dos particulares, *vide* VITAL MOREIRA, “Constituição e Direito Administrativo – A ‘Constituição Administrativa’ Portuguesa”, in *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, pág. 1149. Tendo, embora, por correcta a ideia do carácter *misto* da autoridade administrativa independente responsável pela comunicação social, pensamos poder destacar-se a sua vocação de tutela dos direitos fundamentais dos membros da sociedade. Em especial, sobre a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD), *vide* JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, “Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 61, Coimbra Editora, 2001, pág. 648-650.

¹⁵⁸⁴ Sobre a origem e a evolução histórica dos *quangos*, *vide* GIANDOMENICO MAJONE, “Convergence dans les approches nationales? Innovations politiques et retards institutionnels”, in *La Regulation des Services Publics en Europe* (direcção de Jacques Vandamme e François van der Mensbrugghe), ed. ASPE Europe, Paris, 1998, pág. 358-359, e MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ, *Ob. cit.*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 42 e ss.

grande importância, assistindo-se, com o *Next Steps Report* ou *Ibbs Report* (1988), à proliferação destes organismos.¹⁵⁸⁵

Rapidamente as autoridades reguladoras (independentes) se difundiram por todo o continente europeu, constituindo hoje elemento incontornável da organização administrativa de Estados em profunda transformação, de *Estados que deixaram de ter responsabilidades (exclusivas) de execução para assumir responsabilidades públicas de garantia*¹⁵⁸⁶.

No cerne da expansão das agências independentes nos países da União Europeia encontram-se, não apenas a crença nas virtudes da regulação independente como forma de superação das *falhas do mercado* (*market correcting law*) ou das *falhas da intervenção pública* neste¹⁵⁸⁷, mas também as exigências comunitárias

¹⁵⁸⁵ Para um resumo da história da administração britânica, vide P.P. CRAIG, *Administrative Law*, 4.ª edição, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pág. 45 e ss.

¹⁵⁸⁶ Sobre o conceito de *Estado de garantia* (*Gewährleistungsstaat*), oriundo da doutrina germânica, vide KARL-HEINZ LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pág. 340 e ss, e CLAUDIO FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat”, in *Verwaltungsarchiv*, Heft 3, 2008, págs. 351-379.

Entre nós, Gomes Canotilho e Suzana Tavares da Silva falam também num *Estado garantidor, activador e incentivador*. Vide GOMES CANOTILHO, “O Estado garantidor. Claros-escuros de um conceito”, in *O Direito e o futuro. O futuro do Direito*, coordenado por Avelãs Nunes e Miranda Coutinho, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 571-576, e SUZANA TAVARES DA SILVA, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador...*, cit., em especial, pág. 430 e ss. Como ensina Pedro Gonçalves, a ideia de garantia reflecte “um grau intermédio de responsabilidade pública, que, além do mais, traduz um novo arranjo de articulação e de coordenação de papéis entre o Estado e o Mercado: como já se observou, o Estado de Garantia não é o *Minimalstaat* da época liberal nem o *Maximalstaat* do séc. XX.” Vide PEDRO GONÇALVES, “Estado de garantia e mercado”, in *Direito das infraestruturas – Um estudo dos distintos mercados regulados*, coordenado por André Saddy e Aurilivi Linares Martínez, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011, pág. 26.

¹⁵⁸⁷ Nas palavras de Paz Ferreira, em sentido amplo, “a regulação pode ser definida como a tentativa do Estado para corrigir as *falhas do mercado*” (itálico nosso). Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, cit., pág. 394. Porém, como nota João Confraria, “a correcção de falhas de mercado era já objecto de diferentes modos de intervenção do Estado, designadamente a regulação da empresa pelo próprio Governo, geralmente através do Ministro com a tutela do sector em que se integrasse a empresa regulada”, concluindo, por isso, que “a regulação independente é uma forma

de abertura à concorrência em sectores económicos vários,¹⁵⁸⁸ *maxime* nas *indústrias de rede*.

Na verdade, em sectores como os das telecomunicações, da energia e dos transportes ferroviários, a influência europeia no desmantelamento dos monopólios estatais, na promoção da concorrência e no estabelecimento de organismos independentes de regulação do mercado é decisiva.

Tradicionalmente consideradas como *monopólios naturais* por razões várias (v.g. externalidades, economias de escala) e tituladas por uma única entidade, normalmente estadual, as indústrias de rede nos Estados membros foram alvo de um autêntico desmembramento, num contexto de liberalização inspirado na experiência dos EUA e promovido pela União, *maxime* por meio de directivas, no âmbito de redes tão diversas como nos transportes (v.g. ferroviários), informação (v.g. comunicações electrónicas) ou *utilities* (v.g. gás, electricidade, água).

.../..._____

de dar resposta a um outro tipo de problemas: as falhas e imperfeições inevitáveis em qualquer intervenção do Estado.” Vide JOÃO CONFRARIA, “Falhas do Estado e regulação independente”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, nº 3, 2010, págs. 37-38. Em bom rigor, Paz Ferreira, já afirmava “que, com a regulação, se procurou criar uma resposta para aquilo que, entretanto, se tinha apercebido serem as ‘falhas da intervenção pública’, em que eram especialmente sensíveis a excessiva dependência da gestão do poder político, a inexistência de estímulos significativos à produtividade e o desenvolvimento de burocracias.” Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, cit., pág. 397.

¹⁵⁸⁸ Em geral, para um enquadramento dogmático dos *topoi* da *privatização* e do *reforço das responsabilidades privadas*, que vingaram no último quartel do século passado e com forte influência comunitária, vide PEDRO GONÇALVES, “Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas”, in *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo*, coordenação de Fernando Alves Correia, CEDOUA/FDUC/APDU/AEDU/RDU, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 79-89.

Para uma visão geral do quadro *liberalizador e desregulamentador* no campo do direito do urbanismo após a reforma legislativa de 2007 do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE), com diminuição dos controlos *ex ante* e aumento dos controlos sucessivos das operações urbanísticas, vide FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume III, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 26-27, e PEDRO GONÇALVES, “Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007”, in *Direito Regional e Local*, nº 1, 2008, págs. 14 e 15.

Através do fim dos direitos de exclusivo dos operadores (estatais) incumbentes e de um enquadramento regulatório adequado à abertura do mercado à concorrência, procedeu-se à separação (*unbundling*) entre as actividades dos monopólios naturais que, por definição, têm de ser monopolizadas, como a exploração das infraestruturas de rede, e as demais actividades, como a prestação de serviços ao consumidor final, tarefas a poderem ser (melhor) desenvolvidas em ambiente concorrencial, designadamente com operadores privados.¹⁵⁸⁹

Concretizando-se o *unbundling* entre actividades monopolísticas e concorrenciais através da mera separação de contas, da separação jurídica ou até da separação económica total, e permanecendo normalmente o controlo da infra-estrutura de rede nas mãos do incumbente, fundamental para assegurar a livre concorrência é a garantia da igualdade de acesso à rede entre os diversos concorrentes.

Nas palavras de Pedro Gonçalves, “em relação às indústrias de rede, (...) a regulação do *third party access* apresenta-se, assim, como uma dimensão fundamental no quadro da responsabilidade pública de garantia. Na falta de uma regulação cuidada e firme neste ponto, o processo de liberalização de uma indústria de rede irá fatalmente claudicar. A garantia do *acesso não discriminatório* de terceiros representa, portanto, uma vertente indeclinável de uma *regulation for compe-*

¹⁵⁸⁹ Não obstante o princípio da neutralidade (artigo 345º do TFUE), segundo Manuel Porto, “contrariando ideias feitas, tem vindo a ser inequívoca quanto às melhores prestações conseguidas pela concorrência, v.g. com participação privada: conseguindo-se que os serviços sejam de melhor qualidade e a mais baixo preço, assegurando-se ainda – sempre no quadro de uma regulação exigente e estimulante – a satisfação de todos os demais requisitos de um serviço público universal. Para além do maior benefício proporcionado assim aos destinatários dos serviços, aliviam-se recursos indispensáveis noutros sectores sociais (da saúde à assistência à velhice) onde não pode deixar de ser o Estado a intervir, e não se penalizam tanto os contribuintes, com um aumento de tributação que, com um recurso inevitável à tributação indirecta, acaba por sacrificar sempre mais os mais pobres (por melhor boa vontade que se tenha para o evitar)”. Vide MANUEL LOPES PORTO, “A lógica de intervenção nas economias: do Tratado de Roma à Constituição Europeia”, in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Studia Iuridica*, 84, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 636-637.

tition, impondo-se como um instrumento natural e decisivo para garantir a ordem pública económica e o correcto funcionamento do mercado.”¹⁵⁹⁰

Por outro lado, é fundamental a partilha dos custos suportados com a gestão da rede entre a empresa encarregada de controlar a infraestrutura de rede e os outros concorrentes, porquanto a rede permite assegurar o serviço público e a concorrência: os prestadores de SIEG podem ser financiados pelos seus concorrentes, *maxime* através da imposição de taxas pelo acesso à rede.¹⁵⁹¹ Para o efeito de garantir a adequada abertura ao mercado concorrencial dos antigos monopólios e, concomitantemente, assegurar a proporcionalidade do sistema de pagamento dos encargos de acesso à rede¹⁵⁹², considera-se indispensável o estabelecimento de

¹⁵⁹⁰ *Vide* PEDRO GONÇALVES, “Estado de garantia e mercado”, *cit.*, págs. 35-36.

¹⁵⁹¹ Em relação às telecomunicações, “um fornecedor da rede encarregado da prestação de um serviço público, onde os custos não sejam cobertos pelos preços, tem o direito de solicitar, a uma empresa de telecomunicações que deseje aceder à rede mas que não tenha qualquer obrigação para a prestação de um serviço público, directamente (e não através de um fundo de financiamento) o pagamento de encargos suplementares de acesso sobre o custo de interligação. O fornecedor de acesso à rede pode, assim, cobrir uma parte dos custos referentes ao serviço público” *Vide* Centro Europeu das Empresas de Participação Pública (CEEP), *Os serviços de interesse económico geral na Europa – Regulação, Financiamento, Avaliação, Boas Práticas, Secção Portuguesa do CEEP*, Lisboa, 2002, pág. 126.

¹⁵⁹² De entre os riscos para a concorrência, destaca-se o de o gestor de rede cobrar mais do que o necessário aos concorrentes. *Vide* GABRIEL ECKERT, “Les modes de financement du service public dans l’environnement concurrentiel”, in *Service Public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché – Tome II: Approche transversale et conclusions* (direcção de Robert Kovar e Denys Simon), La Documentation Française, Paris, 1998, págs. 440-441. Fixar tarifas de acesso demasiado baixas, porém, pode conduzir a perigoso desincentivo relativamente a investimentos na infraestrutura de rede. Por estas e outras razões, actualmente, recorre-se cada vez mais a fundos de compensação do serviço universal, geridos por autoridades independentes, encarregadas de receber as quantias dos operadores e de as afectar à cobertura dos custos das obrigações de serviço universal. Para maiores desenvolvimentos, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit.*, págs. 245-246.

uma autoridade reguladora separada da administração estadual e independente dos interesses regulados¹⁵⁹³.

¹⁵⁹³ Recentemente, o Tribunal, considerou (no domínio das comunicações electrónicas) “que a Directiva 2002/22 não se opõe, em princípio e por si só, a que o legislador nacional intervenha na qualidade de autoridade reguladora nacional, na acepção da directiva-quadro, desde que, no exercício dessa função, cumpra os requisitos de competência, independência, imparcialidade e transparência definidos nas referidas directivas e que as decisões que tome no exercício dessa função possam ser objecto de recurso efectivo para um organismo independente das partes envolvidas.” Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça Base NV e outros contra Ministerraad, processo C-389/08, de 6 de Outubro de 2010, nº 30.

Na doutrina, defendendo a possibilidade de os Parlamentos nacionais desempenharem funções de reguladores nacionais em determinados sectores desde que verificados os requisitos impostos pela legislação comunitária, embora admitindo esta hipótese como excepcional, atendendo designadamente ao princípio da separação de poderes e à dificuldade de os Estados membros garantirem os necessários pressupostos da independência e do controlo judicial de certos actos, *vide* MAREK SZYDLO, “National parliaments as regulators of network industries: in search of the dividing line between regulatory powers of national parliaments and national regulatory authorities”, *in International Journal of Constitutional Law (I. CON)*, volume 10, nº 4, Outubro 2012, págs. 1134-1156.

No entanto, Miguel Poiars Maduro, ao analisar a quem incumbe ponderar os diferentes objectivos do quadro regulamentar comunitário (das telecomunicações), reflectiu acertadamente: “confiar esta ponderação ao legislador nacional não tem as mesmas consequências do que se a confiasse às ARN [autoridades reguladoras nacionais]. As ARN foram criadas e foram-lhes conferidos poderes específicos pelo quadro regulamentar comunitário, por uma razão: pretende-se que não sejam influenciadas por certos interesses e que cheguem às suas decisões apenas com base nos critérios instituídos neste quadro. (...) Isto cria um regime institucional no âmbito do qual a missão do legislador nacional se limita a garantir que as ARN tomarão todas as medidas necessárias para a prossecução destes objectivos, como o Tribunal de Justiça já confirmou em várias ocasiões. Mesmo a autonomia dos Estados-Membros no que respeita à organização e à estruturação das ARN foi subordinada a esta prossecução. (...) Isto também pressupõe que são as ARN, confrontadas com apreciações específicas, que estão melhor posicionadas para decidir como podem ser contrabalançados estes diferentes objectivos, de modo a maximizá-los. Por outras palavras, a decisão do legislador nacional de conferir prioridade a um objectivo específico afectaria, na realidade, a maneira como o legislador comunitário pretendeu que fossem feitas as apreciações específicas do mercado: pelas ARN, tomando em consideração os diversos objectivos numa base casuística. A falta de um sistema que estabeleça prioridades entre os objectivos enunciados pelo quadro regulamentar co-

.../...

59. A envolvente comum da emergência de agências nos países ocidentais

Apesar das diferentes realidades económico-sociais e político-jurídicas, não podemos deixar de reconhecer um *humus* comum - institucional, organizativo e funcional – ao panorama das agências no plano internacional,¹⁵⁹⁴ designadamente nos EUA e nos diversos países da UE.¹⁵⁹⁵

.../..._____

munitário e o conseqüente poder discricionário conferido às ARN foram, pois, cabalmente pretendidos pelo legislador comunitário.” Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro apresentadas em 23 de Abril de 2009, processo C-424/07, Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha, nºs 62-66. Neste sentido, na doutrina, *vide* STEPHEN WEATHERILL, “National parliaments as regulators of network industries: a reply to Marek Szydlo”, *in International Journal of Constitutional Law (I. CON)*, volume 10, nº 4, Outubro 2012, págs. 1167-1173.

¹⁵⁹⁴ Com base num estudo empírico de 175 agências de 88 diferentes países, em sete diferentes sectores (concorrência, energia, ambiente, mercados financeiros, segurança alimentar, medicamentos e telecomunicações), concluem mesmo pela possibilidade de apontar os traços essenciais de um regulador-modelo universal. *Vide* CHRIS HANRETTY e CHRISTEL KOOP, “Comparing regulatory agencies. Report on the results of a worldwide survey”, *EUI working papers, RSCAS 2009/63, Robert Schuman Centre for Advanced Studies – Loyola de Palacio Programme on Energy Policy*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2009.

Nas palavras de Marian Döhler, “qualquer que seja a perspectiva pela qual analisamos o Estado regulador, um elemento pode ser sempre encontrado: o aparecimento e difusão de agências reguladoras. Este tipo de burocracia do Estado é visto tanto como uma inovação como uma contradição com o modelo parlamentar da maioria dos governos europeus.” *Vide* MARIAN DÖHLER, “Regulation”, *in The SAGE Handbook of Governance*, coordenação de Mark Bevir, SAGE, 2011, pág. 527.

Com base num estudo comparado em vários países da União Europeia (Bélgica, República Checa, Dinamarca, França, Alemanha, Itália, Holanda, Polónia, Espanha, Suécia e Reino Unido), Luc Verhey, Monica Claes e Hansko Broeksteeg concluem: “embora não haja um modelo comum enquanto tal, podemos vislumbrar traços comuns na *accountability* política dos Estados membros, que estão explícita ou implicitamente presentes na prática em quase todos os sistemas parlamentares. Uma definição de *accountability* política aplicável em todos os Estados membros poderia ser: “o direito de o Parlamento ser informado pelo Governo, o qual presta contas sobre como usa ou usou os seus poderes e, quando apropriado, sofre as conseqüências, acarreta com as culpas ou trata de corrigir as situações se aparentemente tiverem sido cometidos erros.” *Vide* LUC VERHEY, MON-

.../...

Como nota Paz Ferreira, “partindo de tradições culturais e económicas muito diversas, os países da Comunidade Europeia e os Estados Unidos aproximaram-se em muito na resposta dada às falhas de mercado, optando pela via da regulação.

Em face dessa evolução, pode considerar-se que definições correntemente dadas nos Estados Unidos para o fenómeno da regulação passam a ser igualmente aceitáveis para cobrir a experiência europeia.”¹⁵⁹⁶

Em geral, na base da proliferação de agências nos mais diversos países encontra-se a profunda *reestruturação do papel do Estado e da administração pública*, com a *passagem do denominado Estado Providência para o Estado Regulador*¹⁵⁹⁷ e a concomitante renovação do agir administrativo, à luz das ideias da .../...

ICA CLAES e HANSKO BROEKSTEEG, “Political accountability in the European Union: conceptual analysis and future prospects”, in *Political accountability in Europe: which way forward? - A traditional concept of parliamentary democracy in an EU context*, coordenação de Luc Verhey, Hansko Broeksteeg e Ilse Van den Driessche, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pág. 337.

¹⁵⁹⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre a comparação entre as experiências das autoridades regulatórias independentes nos EUA e nos países europeus, vide DAMIEN GERADIN, “The development of European Regulatory Agencies...”, *cit.*, EDUARDO VÍRGALA FORURIA, “Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”, in *revista de derecho constitucional europeo*, número 5, Janeiro-Junho de 2006, pág. 147 e ss, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit.*, pág. 130 e ss, e MARTIN SHAPIRO, “The problems of independent agencies in the United States and the European Union”, in *Journal of European Public Policy*, 4:2, Junho 1997, págs. 276-291.

¹⁵⁹⁶ Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, *cit.*, págs. 398-399.

No domínio da regulação da concorrência, Luís Morais salienta igualmente “uma gradual transformação da metodologia jurídica de aplicação dessas normas [de direito comunitário da concorrência] com uma decisiva aproximação aos parâmetros hermenêuticos desenvolvidos no direito norte-americano da concorrência”. Vide LUÍS SILVA MORAIS, *Direito da concorrência...*, *cit.*, pág. 115.

¹⁵⁹⁷ Sobre a profunda alteração do paradigma do Estado Social de Direito ou Estado Providência do séc. XX e a mudança para o Estado Regulador, entre outros, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit.*, pág. 35 e ss, JOÃO PACHECO DE AMORIM, “Direito administrativo da Economia – proposta de objecto de disciplina a leccionar sob esta designação numa Faculdade de Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade*

.../...

nova gestão pública (New Public Management). De facto, ao preconizar o desenvolvimento da contratualização e da avaliação no Estado, o incremento da concorrência e da gestão empresarial da prestação dos serviços públicos, a flexibilidade da gestão, a responsabilização dos administradores à luz da *performance* obtida e da satisfação dos utentes, o *New Public Management* acaba por moldar decisiva-

.../..._____

de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 118-119, JORGE VASCONCELOS, “O Estado regulador: principais características e perspectivas de evolução”, in *A regulação em Portugal*, Entidade Reguladora do Sector Energético, Lisboa, 2000, pág. 168 e ss, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Da sustentabilidade do estado fiscal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, pág. 421 e ss, PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2006, *A Concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, em especial, págs. 7-43, RUI NUNES, “Reinventar o Estado Social”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, pág. 479 e ss, VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997, e *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*, cit., 2012.

Para Avelãs Nunes, Estado regulador ou qualquer outra expressão que se utiliza actualmente na doutrina (v.g. Estado activador, Estado preceptor, Estado incentivador, Estado orientador, Estado supervisor e estratega, Estado contratualizador, Estado garantia) não são mais do que *máscaras* do *Estado capitalista* e da “ditadura do grande capital financeiro”, “reinvenções do Estado liberal dos séculos XVIII e XIX, com alguns condimentos provenientes da doutrina social da Igreja (como o princípio da subsidiariedade, defendido em 1931 na encíclica *Quadragesimo Anno*).” Vide AVELÃS NUNES, “A última máscara do Estado capitalista”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 772 e 778.

mente a reforma dos aparelhos administrativos e o papel dos actores públicos na economia e na sociedade.¹⁵⁹⁸

E conquanto variem os objectivos das reformas administrativas de acordo com as agendas e as especificidades de cada país,¹⁵⁹⁹ a modernização da acção do Estado, fortemente impregnada dos ideais da Nova Gestão Pública, visa, em última análise, o melhoramento da qualidade, eficácia e adaptabilidade da prestação de serviços aos cidadãos e, simultaneamente, a redução das despesas públicas.¹⁶⁰⁰

¹⁵⁹⁸ Sobre a *empresarialização da administração pública* e o sector empresarial do Estado no hodierno Estado regulador ou de garantia, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Aspectos gerais do novo regime do sector empresarial do Estado”, in *Estudos sobre o Sector empresarial do Estado*, (organização de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, LUÍS SILVA MORAIS, “As relações entre o Estado e as empresas públicas na sequência da aprovação do Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro”, in *Estudos sobre o Sector empresarial do Estado*, (organização de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, MANUEL PORTO E JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Corporate governance nas empresas públicas”, in *Temas de Integração*, 1º e 2º semestre de 2009, nºs 27 e 28, págs. 363-404, e SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, em especial, pág. 259 e ss. Em termos municipais, à luz da Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro, PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007; sobre as empresas municipais, no âmbito do anterior regime jurídico (Lei nº 58/98, de 18 de Agosto), vide JOÃO PACHECO DE AMORIM, *As empresas públicas no direito português (em especial, as empresas municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000. Mais recentemente, entre as medidas determinadas pelo momento de emergência financeira nacional, destacam-se os critérios mais rigorosos fixados para a criação de novas empresas locais e a imposição da extinção destas quando se encontrem em situação de desequilíbrio e de não sustentabilidade. Vide PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico da actividade empresarial local*, Almedina, Coimbra, 2012.

¹⁵⁹⁹ V.g. mudança do sistema de função pública no Reino Unido, superação do legado da organização ministerial soviética na Rússia, racionalização do aparelho administrativo do Estado após as transferências de numerosas competências para regiões em Espanha. Vide GÉRARD MARCOU, “Le thème de l’agence et la reforme des administrations centrales”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 16 e ss.

¹⁶⁰⁰ Sobre as principais dimensões e o impacto no direito administrativo tradicional da Nova Gestão Pública, vide VITAL MOREIRA, “‘Nova gestão pública’ e direito administrativo”, in *Revista de*

A significar que o *New Public Management* se traduz numa aproximação do modo de funcionamento do sector público aos parâmetros privados: gestão por objectivos, avaliação do desempenho, preocupação com a satisfação do cidadão-utente, enfim, criação de uma cultura baseada na exigência e no mérito.¹⁶⁰¹

Segundo Vital Moreira, ao submeter “a sua gestão a critérios empresariais e de mercado, a nova gestão pública contribuiu para a subestimação da própria noção de serviço público e de interesse público e preparou o terreno para a liberalização e privatização dos serviços públicos.”¹⁶⁰²

.../..._____

Legislação e de Jurisprudência, Ano 142º, nº 3978, Coimbra Editora, Janeiro-Feveireiro 2013, págs. 173-196.

Sobre a compatibilidade do *New Public Management* com princípios fundamentais da nossa Constituição, vide VASCO MOURA RAMOS, *Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002.

Mais recentemente, fala-se no conceito de *New Public Governance* como novo paradigma de provisão de serviços públicos, fundamentalmente ligado à ideia de funcionamento em rede (*network*) em detrimento da hierarquia, da inovação social, da descentralização, da contratação externa e das parcerias, em especial com o sector social. Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “A ‘New Public Governance’ e a inovação social: sua relevância no plano da provisão de serviços públicos e o seu significado na emergência de um novo paradigma de políticas públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 255-259.

¹⁶⁰¹ Na doutrina, cfr. ANDRE G. DELION/MICHEL DURUPTY, “Chronique du secteur public économique”, in *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 104, *École Nationale d’Administration*, 2002, págs. 703-714; GEORGE BOYNE, “Planning, Performance and Public Services”, in *Public Administration*, vol 79, n.º 1, 2001, pág. 73 e ss.; JOÃO BILHIM, “Problemas de gestão por objectivos na Administração Pública Portuguesa”, in *Forum 2000. Renovar a Administração. Gestão por objectivos na Administração Pública*, Lisboa, 1998, pág. 38 e ss.; MARIA MANUELA VALADARES TAVARES, *Estratégia e Gestão por objectivos*, 2.ª edição, Lisboa, 2004, pág. 211 e ss.; RUI MARCOS, *A Gestão por Objectivos e o sistema de avaliação do desempenho da Administração Pública*, (separata), Coimbra, 2006; YAN SANDERSON, “Evaluation, Policy learning and Evidence-Based Policy Making”, in *Public Administration*, vol. 80, n.º 1, 2002, pág. 2 e ss.

¹⁶⁰² Vide VITAL MOREIRA, Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, cit., pág. 28.

Por outro lado, um contexto de redefinição das responsabilidades e funções estaduais e de recompreensão do próprio Direito,¹⁶⁰³ a externalização de políticas públicas concretiza-se, fundamentalmente, na transferência de tarefas da administração central - burocrática, unitária e centralizada - para centros de regulação, de execução ou de prestação de serviços dotados de maior autonomia e flexibilidade – as agências.¹⁶⁰⁴

Agências que, num sentido (muito) lato, *configuram, assim, um novo modelo de acção pública que privilegia a cooperação em rede em detrimento do princípio da hierarquia, num apelo constante à participação da sociedade civil, e favorece a independência dos interesses económicos e políticos, com relevo sobretudo para o bom fundamento científico e técnico das escolhas efectuadas. Sem*

¹⁶⁰³ Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “Globalização, culturas e cidadania ou a necessidade de uma nova compreensão do Estado e do Direito”, in *Cadernos 3, Globalização. Desenvolvimento – Culturas, Actas do Colóquio*, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, 1999, pág. 79 e ss. A autora teme que esta moda da *fuga para o direito privado* revele, afinal, um “desejo de abandono do Direito pelo Estado e sua Administração”. Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões Sobre o Lugar do Direito no Estado”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica* 60, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 346. Em geral, sobre o hodierno fenómeno da fuga para o direito privado, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, e, da mesma autora, no mesmo enquadramento temático, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2003.

¹⁶⁰⁴ Vide BENOÎT VERRIER, “Les enjeux du recours aux agences: quelques tensions problématiques”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 37 e ss.

Nas palavras de João Loureiro, “o desenho constitucional mostrou-se incapaz de resolver o dilema do desfasamento entre ciclos eleitorais (curto prazo) e políticas públicas cujos resultados são visíveis a médio e a longo prazo. O agorismo instalou-se”. Vide JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Sobre Cheschire e outros gatos – Algumas considerações sobre antropologia, Constituição, economia e ética”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica* 107, *Ad Honorem* – 7, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, pág. 578.

prejuízo de, além de problemas comuns de *accountability*¹⁶⁰⁵, o recurso a agências se traduzir também, em geral, numa *fragmentação administrativa*¹⁶⁰⁶, susceptível de gerar dificuldades de coordenação¹⁶⁰⁷, de continuidade e de coerência da acção governativa, riscos especialmente relevantes numa União Europeia, cuja governação é, por essência, espartilhada...¹⁶⁰⁸

¹⁶⁰⁵ Cfr. n.ºs 80-92.

¹⁶⁰⁶ Casalta Nabais fala em “salamização do Estado”. Vide JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 87 e ss.

¹⁶⁰⁷ Em especial, sobre os problemas de *sobreposição de competências* ou de *competências concorrentes* derivados da existência de uma autoridade de concorrência, por natureza transversal, e as autoridades reguladoras sectoriais, vide *Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, coordenação de Maria Manuel Leitão Marques; João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2005, e, mais recentemente, quanto à articulação da Autoridade da Concorrência com os reguladores sectoriais no âmbito de práticas restritivas de concorrência, vide MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e VITAL MOREIRA, anotação ao artigo 36º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 381-397.

No pós-crise 2007, Pedro Gonçalves nota “uma primazia do direito concorrencial como sistema de regulação da economia e do mercado”, “uma propensão dirigista do direito da concorrência” visível no “crescimento do ‘enforcement’ público das regras da concorrência (...) e no reforço dos poderes da Autoridade da Concorrência”. Neste sentido, o autor destaca algumas prerrogativas conferidas pela Lei da Concorrência de 2012 ao regulador transversal português, designadamente em matéria de controlo de concentrações e de repressão das infracções, como exemplos “de poderes, mais ou menos intrusivos ou conformadores, exercidos perante os agentes económicos ou outras entidades públicas”. Vide PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador...*, cit., págs. 20-22.

¹⁶⁰⁸ Referindo-se ao risco de a expansão das agências (europeias independentes) se traduzir numa “cacofonia da política decisória da UE”, vide MARTIN SHAPIRO, “Independent agencies”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, pág. 117.

Não curamos aqui e agora de dissecar criticamente cada uma das *causas* do estabelecimento de agências reguladoras nos países ocidentais¹⁶⁰⁹. Mas são idênticas as *razões* normalmente apontadas para a atribuição da actividade reguladora a autoridades relativamente independentes do Governo: a neutralização política; o grau elevado de especialização atingido em áreas diversas; a tutela dos consumidores, do ambiente e de outros interesses especiais; a preocupação em distinguir as funções de prestador e de regulador, para assim se garantir a igualdade entre operador(es) do Estado e operador(es) privado(s); a necessidade de assegurar o acesso à rede a todos os operadores em condições iguais, no caso das indústrias de rede; a necessidade de aumentar a participação dos cidadãos; a exigência de garantia de cumprimento das obrigações de serviço público, especialmente importante no contexto dos serviços de interesse geral.¹⁶¹⁰

¹⁶⁰⁹ Para uma descrição e análise comparativa das causas e das características das agências de regulação na União, concluindo com a interessante ideia de que “as autoridades reguladoras independentes são dotadas de mais independência e de mais competências nos países onde é elevada a necessidade de demonstrar o compromisso de alcançar uma liberalização credível”, como sucede com a Estónia e Letónia, *vide* LENE HOLM PEDERSEN e EVA MOLL SORENSEN, “Les dynamiques de changement – comparaison des autorités de régulation indépendantes des pays baltes avec celles des anciens États membres”, in *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 114, 2005, pág. 267.

¹⁶¹⁰ *Vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit.*, págs. 119-127. Mais desenvolvidamente, sobre a emergência de reguladores independentes no novo enquadramento dos serviços públicos na União, *vide* CHRISTIAN STOFFAËS, “The deregulation of network services in the European Union”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, pág. 29 e ss.

Em geral, sobre as razões da adopção do modelo das autoridades reguladoras independentes, *vide* DANIEL TERRÓN SANTOS, *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Estudios de derecho administrativo (dirigida por Estanislao Arana Garcia), 10, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 15 e ss.; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral”, in *Temas de Integração*, n.º 20, Almedina, Coimbra, 2.º Semestre de 2005, págs. 182-183, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição (contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Adminis-*

Ponto fulcral deste modelo de regulação independente: a ideia da *expertise*, meio de assegurar a *independência*, designadamente política, a *credibilidade* e a visibilidade da acção pública.

Como sintetiza François van der Mensbrugghe, “a preferência pela delegação de poderes em especialistas e a desconfiança relativamente a eleitos fundam-se, de um ponto de vista teórico, na “teoria do ‘public interest’, isto é, as agências possuem expertise especializada e por isso encontram-se melhor equipadas do que os legisladores para prosseguir o interesse público. Outra explicação – teoria da ‘public choice’ – consiste em defender que os legisladores preferem delegar a resolução de controvérsias sobre políticas determinadas a agências, mais do que resolver essas controvérsias por si próprios, de modo a preservar o seu apoio constitutivo. Uma terceira teoria é atribuída ao Marquis de Condorcet (1743 – 1794) e é por vezes referida como o ‘paradoxo de Condorcet’, após o ensaio de Condorcet – *Essai sur l’application de l’analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, publicado em 1785.

.../..._____

tração independente), Coimbra Editora, 2002, pág. 412 e ss.; MARÍA SALVADOR MARTINEZ, *Autoridades independientes - un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 344 e ss.; MARIANO MAGIDE HERRERO, *Limites Constitucionales de las Administraciones Independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 120 e ss.; VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independientes (Estudo e Projecto de Lei-Quadro)*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 48 e ss.

Recentemente, com interessante análise empírica, alertando para a “discrepância entre os aspectos formais e *de facto* da delegação” em autoridades administrativas independentes, *vide* SANDRA ECKERT, “Between commitment and control: varieties of delegation in the European postal sector”, in *Journal of European Public Policy*, 17:8, 2010, pág. 1244. Martino Maggetti, após análise de seis agências das áreas financeira e da concorrência em países como a Holanda, Suécia e Suíça, considera que “a independência de facto dos decisores políticos é uma condição necessária para a máxima centralidade das agências na feitura das políticas.” *Vide* MARTINO MAGGETTI, “The role of independent regulatory agencies in policy-making: a comparative analysis”, in *Journal of European Public Policy*, 16:3, Routledge, 2009, pág. 452.

O período de ascensão da delegação também coincidiu com o aumento da influência dos ‘legal realists’ nos Estados Unidos (entre outros proponentes, vejam-se Benjamin Cardozo (1870- 1938), William Underhill Moore (1879-1949), Karl Llewellyn (1893-1962), Walter Wheller Cook (1873-1943), Jerome New Frank, e Roscoe Pound (1870-1964). Os ‘legal realists’ insistiram que o direito não podia encontrar-se confinado a um conjunto lógico de princípios. Outras ciências sociais poderiam fornecer orientações na formulação de políticas. Noutras palavras, os espíritos encontravam-se receptivos à *administrative lawmaking*. Acrescendo a estas explicações históricas, o aumento de *administrative lawmaking* pode ser atribuído à teoria económica a envolver os custos de transacção.”¹⁶¹¹

Na verdade, como explicam Ehrlich e Posner, “isto torna a produção legislativa uma forma de produção extremamente dispendiosa: a análise dos custos de transacção noutros contextos sugere que os custos da negociação legislativa são provavelmente substanciais devido ao número de legisladores cuja concordância tem de ser assegurada. Os custos de negociação serão ainda mais altos quando uma regra proposta é controversa, isto é, custosa para um segmento politicamente significativo da comunidade. (...) Por isso, enquanto for aumentando a quantidade e a complexidade da actividade social com o tempo, podemos esperar que as legislaturas, mais do que expandir-se, delegarão mais e mais da função legislativa a organismos que não produzem regras de acordo com a negociação entre um largo número de pessoas – isto é, a agências administrativas e executivas e a tribunais – como de facto já ocorreu.”¹⁶¹²

¹⁶¹¹ Vide FRANÇOIS VAN DER MENSBRUGGHE, “The danger of excessive delegations...”, *cit.*, pág. 116.

¹⁶¹² Vide ISAAC EHRLICH e RICHARD A. POSNER, “An economic analysis of legal rulemaking”, in *The Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, volume 3 (1), 1974, págs. 267-268, *apud* FRANÇOIS VAN DER MENSBRUGGHE, “The danger of excessive delegations...”, *cit.*, pág. 117. Na definição de Posner, custos de transacção são os “custos de efectivar uma transferência de direitos”. Vide RICHARD A. POSNER, *Economic analysis of law*, 2ª edição, 1977, pág. 30.

60. Crítica (geral) ao modelo das agências independentes

Tal como tivemos ocasião de expor na dissertação de mestrado¹⁶¹³, as nossas reservas quanto à administração dita independente prendem-se, fundamentalmente, com questões de democraticidade¹⁶¹⁴: *a desresponsabilização do político*¹⁶¹⁵ e *a (sobre)valorização do especialista técnico podem conduzir, em nossa opinião, a perigosa transferência do poder decisório da política para a ciência, suscitando graves problemas em matéria de controlo democrático da decisão pública*¹⁶¹⁶. Como reflecte Paulo Otero, “a técnica e a ciência desenvolvem hoje

¹⁶¹³ Escrevemos então: “Temos reservas quanto a este tipo de entidades [autoridades reguladoras independentes], sobretudo, como vimos, relativamente à questão da *accountability* e da sua democraticidade. (...) Não aceitamos (...) a ideia de que a combinação de controlos de vária ordem (v.g., recurso judicial, participação pública, procedimentos transparentes) possa sustentar a legitimidade das autoridades reguladoras independentes; só o controlo parlamentar pode *atenuar* o défice democrático da administração independente.” Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit. págs. 202-203.

¹⁶¹⁴ Nas palavras de Gomes Canotilho, “basta comparar o modelo clássico de legitimação com os padrões legitimatórios actuais para se concluir que, em último termo, *a democracia representativo-parlamentar cede o passo a processos comunicativos*, onde não é a ciência do direito constitucional a responsável pela definição dos princípios básicos da legitimação democrática.” (itálico nosso) Vide GOMES CANOTILHO, “O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, nº 1, 2010, pág. 101.

¹⁶¹⁵ Nas palavras de Gio Ten Berge, “os governos necessitam de organizações ‘guarda-chuva’ para efectivar as suas políticas”, podendo “optar por organismos públicos não-governamentais com participação do sector em causa. Razões para esta escolha são a garantia de uma base de suporte no sector (legitimação), a utilização de *expertise* específica de que as autoridades carecem e a prevenção do desenvolvimento de uma burocracia extensa e específica de serviço público.” Vide GIO TEN BERGE, “Independent Government institutions and social organizations: an essay”, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003, pág. 152.

¹⁶¹⁶ Concluindo por “um enfraquecimento da *accountability* política” e democrática em diversos Estados membros da UE (v.g. Holanda, Itália, Espanha) em resultado da emergência de agências, vide HANSKO BROEKSTEEG, ILSE VAN DEN DRIESSCHE e LUC VERHEY, “Political accountability in the EU member states: different concepts and practical implications”, in *Political accountability in*

uma função legitimadora da dominação, dotadas de uma racionalidade política e assumindo-se como ideologia de uma ‘sociedade totalitária de base racional’.¹⁶¹⁷

No entanto, *pressupondo que a decisão final cabe ao político, embora admitindo a tendência de este não se afastar da análise do expert (independente) e as dificuldades extremas em destrinçar as tarefas de gestão e de avaliação do risco*¹⁶¹⁸, propendemos a reconhecer, sobretudo *em contextos de grande comple-*

.../..._____

Europe: which way forward? - A traditional concept of parliamentary democracy in an EU context, coordenação de Luc Verhey, Hansko Broeksteeg e Ilse Van den Driessche, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pág. 290.

Ao nível da UE, Deidre Curtin considera que “a expansão de instituições não maioritárias de onde são excluídos deliberadamente a política e os partidos promove não apenas a despolitização de importantes questões (...) mas também o progressivo afastamento dos cidadãos de uma União europeia apolítica.” *Vide* DEIDRE CURTIN, “The executive(s) of the European Union. Out of the shadow(s), under the spotlights?”, *in 30 years of European Legal Studies at the College of Europe – Liber Professorum 1973-74 – 2003-04*, coordenado por Paul Demaret, Inge Govaere e Dominik Hanf, College of Europe Studies, nº 2, Bruxelas, 2005, pág. 96.

Para uma síntese, em geral, de como as burocracias internacionais mudam as políticas mundiais (...), afectam a distribuição de poder entre os vários níveis de governação (...), e transformam a governança democrática doméstica”, *vide* JARLE TRONDAL, “Bureaucratic structure and administrative behaviour – Lessons from international bureaucracies”, *Arena working paper*, nº 11, Centro de Estudos Europeus, Universidade de Oslo, Novembro 2010, *in* <http://www.arena.uio.no>, pág. 1. Considerando que a “responsabilidade ministerial” permanece como um dos traços mais fundamentais dos sistemas de *accountability* administrativa das burocracias, *vide* EDWARD C. PAGE, “Accountability as a bureaucratic minefield: lessons from a comparative study”, *in West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge, pág. 1010 e ss.

¹⁶¹⁷ *Vide* PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Principia, Cascais, 2001, pág. 178.

¹⁶¹⁸ Noutros termos, Ellen Vos afirma: “em muitas situações de incerteza e/ou controvérsia científica, a análise científica e a sua gestão estão fortemente interrelacionadas. É, por exemplo, muito provável que evidências científicas relativamente a questões altamente sensíveis, como o requerimento para a autorização da UE para um produto alimentar novo específico, inclua alguns elementos sócio-económicos.” *Vide* ELLEN VOS, “Agencies and the European Union”, *in Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003, pág. 133.

*xidade técnica e científica, a utilidade e a legitimidade das autoridades reguladoras (independentes), num quadro de adequado controlo político.*¹⁶¹⁹

Em síntese: *não somos favoráveis à governação de tecnocratas*, ancorados em pretensões de arrogância científica autossuficiente e de autorreferencialidade, *com base em ideias de imparcialidade e eficiência,*¹⁶²⁰ *sem legitimação político-representativa*, como é tradição dos sistemas democráticos ocidentais.¹⁶²¹

Por outro lado, *as autoridades reguladoras independentes parecem resultar de um pensamento pouco consentâneo com a tradição da Europa Ocidental*, conforme pondera Barbosa de Melo: “Hoje no campo político e social a regulação – nota-o Luhmann – surge como instrumento da compreensão racional da história

¹⁶¹⁹ Nas palavras de Ellen Vos, “dificuldades em distinguir informação e/ou evidências científicas de elaboração das políticas não devem resultar na negação dos potenciais méritos das agências, mas antes realçar se há necessidade de criar mecanismos que coloquem as agências sob maior controlo político.” *Vide ELLEN VOS, “Reforming the European Commission: what role to play for EU agencies?”*, in *Common Market Law Review*, volume 37, (5), 2000, pág. 1133.

¹⁶²⁰ Na mesma linha, Martin Shapiro alerta de forma divertida mas profunda: “se as agências são verdadeiramente independentes, com certeza que se levanta o espectro de os cidadãos da Europa terem de obedecer às regras dos psicólogos infantis na educação das suas crianças e às dos dietistas nas suas mesas de jantar. Não consigo apresentar exemplos mais assustadores de governos tecnocráticos independentes da *accountability* popular.” *Vide MARTIN SHAPIRO, “Independent agencies”*, *cit.*, pág. 117.

¹⁶²¹ *Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, Mercado e Estado...*, *cit.*, pág. 194.

Como bem reflectem Aalt Willem Heringa e Luc Verhey, “todos os poderes governamentais no mais amplo sentido têm de ser baseados na aprovação parlamentar. O exercício destes poderes tem de ser supervisionado por um Parlamento democraticamente eleito. Evidentemente estamos conscientes do facto de que o executivo se expandiu e de que poderes mais e mais complexos lhe foram transferidos pelo Parlamento. Também notamos que as agências independentes podem cumprir uma função útil na sociedade moderna. No entanto, também acreditamos que não deve ocorrer qualquer desistência parlamentar: os parlamentos, eleitos por e responsáveis perante as pessoas, têm de reassurar a sua política geral e a sua função legitimadora bem como a sua função de plataforma de transparência, prestação de contas públicas e visibilidade relativamente ao que se vai passando nas várias áreas do executivo.” *Vide AALT WILLEM HERINGA e LUC VERHEY, “Independent agencies and political control”*, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003, págs. 168-169.

e da sociedade para muitos que se desiludiram de concepções historicistas e naturalistas que fizeram lei em largos estratos da cultura europeia nos séculos XIX e XX, alimentando as maiores ambições quanto à *calculabilidade e moldabilidade* da evolução das sociedades concretas (...) a fim de manter as variações do mundo (mercado, indústria, ecossistema) *dentro dos limites de tolerância considerados aceitáveis*, a regulação (...) seria o meio que resta, após as desilusões do cientismo, de evitar que a história flua às cegas, à total revelia da previsão e da acção humana conscientes.”¹⁶²²

Com efeito, o *neo-liberalismo*, promovendo a retirada do Estado da economia, ou mesmo o *ordo-liberalismo*¹⁶²³, destacando o papel do Estado na abolição de monopólios e criação de mercados concorrenciais, *não raro acabam por traduzir-se, em concreto, num amplo intervencionismo, vezes várias de intensidade similar às políticas planificadoras de inspiração marxista*. O que constitui um

¹⁶²² Vide BARBOSA DE MELO, “Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2003, págs. 30-31.

¹⁶²³ Na base do pensamento ordoliberal, formulado na República de Weimar e posteriormente desenvolvido no Terceiro *Reich*, encontra-se uma tentativa de *aproximação científica à reforma da economia de mercado*, reclamando um *liberalismo ideologicamente neutral*, por contraposição ao liberalismo político e económico. Na esteira da Escola de Freiburg, o ordoliberalismo constituía a base filosófica legitimadora da *intervenção estadual para estabelecer uma ordem económica livre*, impondo a concorrência livre e a estabilidade monetária através de mecanismos jurídicos.

Como explica Vital Moreira, a “concepção de ‘economia de mercado ordenada’, que não pode prescindir de uma margem de regulação pública, remonta à ‘Escola de Freiburg’ depois da II Guerra Mundial, que elaborou a chamada teoria do ‘ordoliberalismo’, o qual, contra o radicalismo neo-liberal da escola austríaca, defendeu a necessidade de ordenação externa do mercado e a dimensão social da economia.” Vide VITAL MOREIRA, *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*, relatório apresentado aquando das provas de agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, inédito, Coimbra, 2012, pág. 26.

Sobre a influência ordoliberal na formatação da constituição económica da União, não olvidando outras fundações teóricas desta (v.g. teoria americana da *public choice*, Escola Austríaca), vide RÉMI COLLIAT, “A critical genealogy of european macroeconomic governance”, in *European Law Journal*, volume 18, nº 1, Janeiro 2012, págs. 6-23.

irónico paradoxo: em reacção, por razões (também) ideológicas, à crise do denominado Estado Social, *o ideário neo-liberal põe em causa o papel do Estado na esfera económica, mas, na prática, não prescinde do poder público (via reguladores independentes)*, dotado de prerrogativas típicas das diversas funções estaduais, *e de uma hiper-(re)regulação*¹⁶²⁴, *numa omnipresença do Estado a fazer lembrar situações monopolísticas*¹⁶²⁵.

Com a recente crise financeira e económica, em rigor resultante de falhas da regulação e da desregulação excessiva em determinados sectores,¹⁶²⁶ a tendência parece ser a de reforço da *hard regulation* e de *retorno a certa crença nas virtudes de uma (re)regulação centralizadora*, desta feita com compressão da autonomia de parcelas relevantes do aparelho administrativo (v.g. institutos públicos) e da própria autonomia local¹⁶²⁷, porventura incontornável em tempos da austeridade e de emagrecimento forçado dos Estados.¹⁶²⁸

¹⁶²⁴ Nas palavras de Casalta Nabais, em muitos casos as agências de regulação “podem dar origem a um fenómeno inverso ao habitual neste domínio, qual seja o de os regulados correrem o risco de ‘captura pelos reguladores’, na medida em que estes sustentam uma regulação estadual de todo desnecessária ou inteiramente desproporcionada, que mais não faz do que aumentar a irracionalidade do ‘aparelho administrativo do Estado’.” Vide JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas considerações sobre a figura dos tributos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012, págs. 746-747.

¹⁶²⁵ Vide OLIVIER DUBOS, “L’Union Européenne et la régulation: parcimonie et énergie...”, in *Revue de l’ Union Européenne*, nº 549, Junho 2011, pág. 387.

¹⁶²⁶ Como explica Pedro Gonçalves, proclamou-se a desregulação como processo virtuoso, ativado por uma legislação de intuito deliberadamente desregulador, mas também por uma atitude relaxada dos reguladores, que se deixaram ‘dormir na forma’ (...) e fecharam os olhos quando deveriam tê-los bem abertos: a implementação de uma estratégia de ‘inacção regulatória’ – de regulação através da desregulação – provocou as consequências devastadoras que seria de esperar.” Vide PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador...*, cit., pág. 31.

¹⁶²⁷ Sobre os denominados “municípios intervencionados”, vide VITAL MOREIRA, “Empréstimos municipais, autonomia local e tutela governamental”, in *Direito regional e local*, nº 3, 2008, pág. 25 e ss.

¹⁶²⁸ Nas palavras de Pedro Gonçalves, “embora não se possa considerar um efeito exclusivo desta, a crise acelera o ritmo de transformação da Administração num sentido menos burocrático e mais

.../...—————

operacional. A garantia do correto funcionamento do mercado, fundamento e objectivo do direito administrativo de garantia, reclama uma Administração mais forte e mais interventiva numa época que também é de crise da economia.” *Vide PEDRO GONÇALVES, Reflexões sobre o Estado Regulador..., cit., pág. 45.*

Capítulo II

Criação de agências na União Europeia: causas gerais e causas especiais

Na estrutura administrativa europeia, o surgimento de agências justifica-se por razões similares às que estiveram na base da criação de autoridades reguladoras (independentes) nas administrações dos Estados membros, mas também por causas intrinsecamente ligadas a especificidades da União.¹⁶²⁹

¹⁶²⁹ Nas palavras de Johannes Pollak e Sonja Puntsher Riekmann, “parece claro que mais agências serão criadas com o objectivo de melhorar a governança europeia. Este desenvolvimento espelha os processos que conhecemos dos Estados-Nação.” *Vide* JOHANNES POLLAK e SONJA PUNTSCHER RIEKMANN, “European administration: centralisation and fragmentation as means of polity-building?”, in *West European Politics*, volume 31, nº 4, Julho 2008, pág. 785. No entanto, como muito bem nota Cecilia Corsi, a criação de agências europeias “não parece justificar-se (como sucede por vezes nos ordenamentos nacionais) com a necessidade de separar a administração da política dado que na União Europeia a distinção entre política e administração ocorre através da distinção entre Conselho e Comissão e não entre Comissão e agências” *Vide* CECILIA CORSI, *Agenzia e agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2005, pág. 39.

Secção 1

Causas gerais

61. *Expertise* e credibilidade da acção pública

61.1. Da relevância das agências europeias como fora de especialização técnica

À semelhança das autoridades reguladoras nacionais dos Estados membros,¹⁶³⁰ a instituição de agências europeias é normalmente justificada por necessidades de *reforço da credibilidade da acção pública*¹⁶³¹ e de *especialização técnica*.

Na verdade, com a complexidade e a diversificação crescentes das políticas da União, intensifica-se a indispensabilidade de as instâncias decisórias – v.g. instituições comunitárias – consultarem especialistas para poderem decidir racionalmente, tendo por base a maioria dos dados pertinentes e fiáveis.

Neste sentido, a *expertise*, ao contribuir para melhorar a capacidade de as entidades europeias com poder decisório compreenderem dados técnicos complexos, reforça a qualidade das medidas adoptadas numa sociedade com progressos científicos constantes e imparáveis, em que os decisores políticos não dispõem de conhecimentos técnicos suficientes para uma adequada medição, compreensão e gestão do risco.

¹⁶³⁰ Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, nº 1, Janeiro-Março 2010, pág. 31 e ss.

¹⁶³¹ Nas sugestivas palavras de Martin Shapiro, “a proliferação geral do que são, afinal, novas burocracias governamentais é, paradoxalmente, resultado de uma retirada geral de confiança do público nas burocracias governamentais. Ao nível mais geral, trata-se do colapso maciço da ideologia socialista nas variedades soviética e democrática. Ninguém mais acredita que o Governo possa previsivelmente gerir bem as coisas.” Vide MARTIN SHAPIRO, “Independent agencies”, *cit.*, pág. 113.

Como escreve Maria da Glória Garcia, “a estrutura democrática representativa do Estado de Direito da modernidade, que alicerça o período da legalidade e o poder discricionário, lida mal com a ignorância sobre os fenómenos científicos com repercussão social e com os fenómenos sociais ‘*tout court*’ (...). A ignorância enquanto fenómeno específico subjacente à construção da ‘sociedade do conhecimento’ obriga a repensar o exercício democrático do poder, a estruturação do Estado e de outros entes públicos, o modo de realização do direito. (...) A criação de entidades independentes, que funcionam de acordo com uma lógica eminentemente técnica (...), mas sintomaticamente fora da hierarquia administrativa, são uma consequência”.¹⁶³²

Enquanto instituição na qual é normalmente delegado o exercício da função executiva, a Comissão, atendendo nomeadamente à limitação de recursos, não é capaz de corresponder plenamente à necessidade crescente de elaboração e aplicação de políticas comunitárias, preferindo o legislador comunitário, para uma realização mais eficaz de certas tarefas, recorrer a agências europeias, *fora de expertise* por excelência.¹⁶³³

Destaca-se, assim, frequentemente, o contributo destas agências para o reforço da capacidade do executivo a nível europeu, nomeadamente em domínios de grande especialização técnica onde são necessários um elevado nível de *know how*, exigências de continuidade, credibilidade e visibilidade da acção pública.¹⁶³⁴

Quando a própria Comissão invoca a (maior) necessidade de especialização técnica como justificação para o recurso a agências, não podemos deixar de lembrar, com curiosidade, as palavras de Martin Shapiro: “a separação Comissão-Conselho é ela mesmo a suposta separação entre tecnocracia (a Comissão) e

¹⁶³² Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das políticas públicas*, cit., págs. 40-42.

¹⁶³³ Para uma formulação dos princípios reguladores do recurso à *expertise* e das exigências metodológicas destinadas a garantir a fiabilidade das avaliações científicas, cfr. Comunicação da Comissão sobre a obtenção e utilização de competências especializadas pela Comissão: princípios e orientações - “Reforçar a base de conhecimentos para melhores políticas”, COM (2002) 713 final, Bruxelas, 11.12.2002.

¹⁶³⁴ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências..., cit., págs. 5-6.

políticas intergovernamentais (o Conselho). Por isso, invocar uma racionalidade técnica-informativa para separar as agências da Comissão é, em certo sentido, absurdo. Trata-se da asserção de que o técnico deve ser separado do técnico.

Será toda esta conversa técnico-informativa simplesmente uma cortina de fumo para o argumento mais fundamental de que, porque os europeus não gostam dos tecnocratas em Bruxelas e receiam concentrar ainda mais governança aí, se queremos mais tecnocratas na UE temos de os dividir e espalhar pela Europa? Eu penso que a resposta a esta questão é em grande medida sim”.¹⁶³⁵

Por fim, referindo-se aos perigos de um *ambiente de irresponsabilização política geral*, lembra Paz Ferreira: “Pierre Mendès France – uma das grandes referências morais e cívicas do século XX – alertava, curiosamente como argumento para votar contra a adesão às Comunidades Europeias, para o risco de as decisões serem transferidas para uma tecnoestrutura, em sua opinião equiparável a outra forma de ditadura. E isto já há cinquenta anos atrás.”¹⁶³⁶

61.2. Da liberdade de apreciação da instituição política

Sem prejuízo da vantagem de uma preparação científica nas decisões, sobretudo em domínios técnicos específicos (v.g. segurança alimentar/saúde humana), acreditamos que a palavra final deve repousar sempre no decisor político (v.g. Comissão), por razões de legitimação democrática.¹⁶³⁷

¹⁶³⁵ Vide MARTIN SHAPIRO, “The problems of independent agencies...”, *cit.*, pág. 281.

¹⁶³⁶ Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Num país onde não querem defender os meus direitos, eu não quero viver”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume LII, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2011, pág. 410.

¹⁶³⁷ Em geral, no sentido de que a ampla discricionariedade conferida aos reguladores independentes acaba, de algum modo, por pôr em cheque o *standard* normativo da legitimidade democrática, vide ANA RAQUEL MONIZ, “A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa”, in *O Direito*, nº III, ano 144º, 2012, pág. 641 e ss, e, da mesma autora, “A crise e a regulação: reflexões sobre o futuro da regulação administrativa”, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013, págs. 95-132.

Noutra maneira de dizer: embora seja de admitir a *complementaridade da eficiência e da democraticidade na legitimação das agências europeias*¹⁶³⁸, temos por essencial que a imputabilidade de qualquer exercício de autoridade pública radique, em última análise, na vontade colectiva¹⁶³⁹, com a *proeminência da visão política sobre a gestão científica e a supremacia da política sobre a tecnocracia*. E, *não obstante a coeva tendência fundamental de domínio da técnica e da ciência sobre a política*¹⁶⁴⁰, mantemo-nos fieis à clássica ideia democrática de que todos possam decidir tudo: reservar as decisões em determinadas matérias a sá-

¹⁶³⁸ Vide ANDREAS ORATOR, “Empowering european agencies: perspectives and limits of european democratic legitimacy”, in *Perspectives and limits of democracy – proceedings of the 3rd Vienna Workshop on International Constitutional Law*, coordenado por Harald Eberhard, Konrad Lachmayer, Gregor Ribarov, Gerhard Thallinger, Viena, 2008, pág. 40.

¹⁶³⁹ Segundo Stephan Brecht, “para além da extensão dos elementos de governação representativa e maioritária, as instituições de governação não maioritária continuam a desenvolver um importante papel na UE. Enquanto nos Estados membros os princípios maioritários caracterizam a democracia (parlamento e governo directamente eleitos, decisões por maioria simples no parlamento e controlo compreensivo do executivo pelo governo), a governação da UE é fortemente caracterizada por instituições não-maioritárias, independentes (Comissão, BCE, 25 agências). Tais instituições não-maioritárias existem já nos Estados-membros, com diferentes níveis de independência do governo e leques de competências, e ganham aí crescente importância. Na UE, porém, o seu papel é mais importante do que em qualquer sistema político de qualquer Estado membro devido ao papel central da Comissão. O Tratado Reformador não muda isto. Existe por isso um largo desfasamento entre as ideias expressas no Título II do TUE e as realidades decisórias da UE.” (pág. 40) Assim, considerando que “o problema teórico principal é o de que as teorias regulatórias que explicam a legitimidade das instituições independentes como alternativa à representação tradicional permanecem fora da metodologia da teoria democrática tradicional”, o autor defende que a “teoria económica constitucional, baseada na teoria do contrato social, e largamente negligenciada no debate jurídico-constitucional, oferece uma aproximação metodológica para entender as instituições reguladoras independentes como parte da governação democrática representativa.” (pág. 35) Para maiores desenvolvimentos, vide STEPHAN BRECHT, “Prospects and limits of democratic governance in the EU”, in *European Law Journal*, Volume 17, nº 1, Blackwell Publishing, Janeiro 2011, em especial, pág. 55 e ss.

¹⁶⁴⁰ Vide JÜRGEN HABERMAS, *Towards a rational society: student protest, science and politics*, Heinemann, Londres, 1971.

bios a pretexto da tecnicidade das matérias é, no fundo, restaurar a *arcana imperii* dos absolutistas, excluindo o povo das escolhas para o seu próprio bem...

Ora, no contexto de um sentimento anti-eurocrata generalizado há muito nos Estados membros, *não cremos que o incremento da aposta em agências de especialistas técnicos dotadas de poderes reforçados contribua para a superação do tão criticado défice democrático da UE...*¹⁶⁴¹

Conforme reconhece o Tribunal de Primeira Instância, “uma legitimidade científica não basta para justificar o exercício da autoridade pública”. Enquanto o exercício desta autoridade pela Comissão é legitimado, por força do artigo 17º TUE, pelo controlo político do Parlamento Europeu, os peritos, embora disponham de legitimidade científica, não têm legitimidade democrática nem responsabilidade política.¹⁶⁴²

Na frásica de Vital Moreira, “a principiologia de um Estado de Direito não consente a substituição generalizada da administração do Estado por um ‘governo de especialistas’.”¹⁶⁴³

Naturalmente, mesmo cabendo a gestão do risco somente ao responsável político, numa sociedade fortemente marcada por constantes progressos da ciência

¹⁶⁴¹ Em geral, sobre os princípios enformadores da legitimidade democrática (na União Europeia), *vide* BARBOSA DE MELO, “Legitimidade democrática e legislação governamental na União Europeia”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 114.

¹⁶⁴² Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, processo T-13/99, Pfizer vs Conselho, de 11 de Setembro de 2002, nº 201.

¹⁶⁴³ *Vide* VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 136.

Em especial, quanto à ideia de a governação por *experts* ser mais credível, é de sublinhar a afirmação de Martin Shapiro: “o que cria a credibilidade é a desatenção. Quando o público não se importa com algo, a informação dos especialistas é credível. Logo que o público se importa com algo, a informação dos especialistas torna-se simplesmente em outro argumento da luta política.” *Vide* MARTIN SHAPIRO, “Agencies in the European Union: an American perspective”, *in The New European Agencies – Conference Report*, EU Working Papers, Instituto Universitário Europeu, San Domenico, 1996, pág. 102.

e perigos daí potencialmente advenientes, qualquer decisão (política) implicará a existência de uma avaliação prévia dos riscos a cargo de especialistas. Exigida em determinados actos de direito derivado¹⁶⁴⁴, a avaliação científica dos riscos constitui, na prática, no contexto da actual sociedade de risco, etapa indispensável para a tomada de decisões proporcionadas, não discriminatórias, transparentes e coerentes. A tal ponto que, quando obrigatória, a ausência/insuficiência de avaliação científica dos riscos constitui causa de anulação da decisão final, porquanto, conforme salienta o Tribunal de Primeira Instância, o cumprimento dessa exigência de fundar a decisão final em pareceres de especialistas constitui uma *garantia procedimental*¹⁶⁴⁵ para evitar a arbitrariedade.

Em geral, os procedimentos de avaliação científica dos riscos permitem a racionalização da escolha de agir e das medidas a adoptar, dotando o decisor político de informações objectivas, de todo o conhecimento de causa que lhe permite ponderar as melhores decisões, sustentadas em dados precisos e pertinentes. E estando enquadrada a actuação do decisor político em cada vez mais domínios pelo *princípio da precaução*,¹⁶⁴⁶ revela-se essencial a intervenção de *experts* para

¹⁶⁴⁴ Cfr. Regulamento (CE) n° 1830/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativo à rastreabilidade e rotulagem de organismos geneticamente modificados e à rastreabilidade

dos géneros alimentícios e alimentos para animais produzidos a partir de organismos geneticamente modificados e que altera a Directiva 2001/18/CE, Regulamento (CEE) n° 2309/93 do Conselho, de 22 de Julho de 1993, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos de uso humano e veterinário e institui uma Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, Regulamento (CE) n° 178/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002, que determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios.

¹⁶⁴⁵ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, processo T-13/99, Pfizer vs Conselho, de 11 de Setembro de 2002, ponto 172.

¹⁶⁴⁶ Sobre o princípio da precaução como princípio geral de direito, *vide*, por todos, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, “Princípio da precaução: lei do medo ou razão de esperança?”, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Volume I - Responsabilidade: entre passado e

aferir da existência de riscos plausíveis ou de indícios sérios que permitam razoavelmente duvidar da inocuidade de uma determinada substância ou serviço. É que só partindo de informações detalhadas e de recomendações cientificamente estruturadas e verificadas pode a instância decisora optar pela adopção de medidas de precaução ou renunciar a tomar qualquer medida preventiva tendo em conta a existência de riscos meramente hipotéticos para valores como a saúde pública ou a protecção do ambiente.¹⁶⁴⁷

Só que, não obstante a necessidade de pareceres científicos transparentes, independentes e de excelência para impedir a arbitrariedade das medidas adoptadas, não é de suprimir a *liberdade de apreciação política do decisor* relativamente à escolha de agir e ao conteúdo das decisões a adoptar. De facto, apenas os decisores públicos se encontram investidos de poder discricionário, a não poderem delegar a margem de apreciação política em *experts*, abdicando da sua autoridade decisória, para responsabilizarem o parecer técnico pela adopção de determinada medida.

Quer dizer, as recomendações dos especialistas são etapa procedimental relevante do processo decisório, mas não consubstanciam a tomada da decisão propriamente dita, a qual não deve basear-se somente na apreciação científica de comités ou de agências (europeias) de *expertise*: tem também de incorporar circunstâncias de ordem económica, social e ética ponderadas pelo decisor político,

.../..._____

futuro, organização de Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 102, ad honorem – 6*, Coimbra Editora, 2012, págs. 454-455.

Em especial, sobre a importância do princípio da precaução em domínios como o direito ambiental e do urbanismo, vide ALEXANDRA ARAGÃO, “Dimensões europeias do princípio da precaução”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, 2010/VII, pág. 245 e ss, FERNANDO ALVES CORREIA, “A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no Direito do Urbanismo”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137º, nº 3946, págs. 6-10, e GOMES CANOTILHO, “*Electrosmog* e relações de vizinhança ambiental – primeiras considerações”, in *Revista do CEDOUA*, nº 10, 2002, págs. 9-12.

¹⁶⁴⁷ Cfr. Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução, COM (2000) 1 final, Bruxelas, 02/02/2000, ponto 5.1.

que não pode esquecer a dimensão política da questão decidenda, resguardando-se pura e simplesmente no parecer técnico.

Termos em que, os *apports* da *expertise* no processo decisório limitam mas não eliminam a margem de apreciação das instituições responsáveis politicamente pela adopção de decisões (no plano europeu), podendo mesmo defender-se, em certa medida, que os pareceres técnicos promovem o alargamento do poder discricionário do decisor.

Na verdade, ao transmitir informações técnicas a que a instituição porventura não teria acesso de outro modo e/ou ao apontar para uma multiplicidade de soluções possíveis para determinada questão, a *expertise* (v.g. das agências europeias) pode ser reveladora de uma gama de escolhas, a reforçar, efectivamente, o poder discricionário do decisor público.¹⁶⁴⁸

Do explanado, podemos retirar três conclusões:

- 1) os pareceres de *experts* em domínios de alta tecnicidade podem, na prática, conduzir à desresponsabilização do decisor político, desprovido de competência científica nos domínios em causa e tentado, por isso, a seguir acriticamente, qual *blind driver*, as opiniões de tecnocratas,¹⁶⁴⁹ escudando-se nestas perante eventuais consequências negativas da decisão adoptada. Trata-se de tentação bem real, sobretudo tendo em conta, por exemplo, a obrigação de motivação reforçada que impende sobre a Comissão quando esta decida diferentemente do parecer técnico...¹⁶⁵⁰;
- 2) simultaneamente, porém, ao permitir a superação de lacunas de conhecimento das instituições responsáveis politicamente, a *expertise* alarga

¹⁶⁴⁸ Vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire...*, cit., pág. 520 e ss.

¹⁶⁴⁹ Vide MICHELLE EVERSON e ELLEN VOS, “The scientification of politics and the politicization of science”, in *Uncertain risks*, coordenado por Ellen Vos e Michelle Everson, Routledge Cavendish, Abingdon, 2008, págs. 1-17.

¹⁶⁵⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, processo T-13/99, *Pfizer vs Conselho*, de 11 de Setembro de 2002, n° 199.

as decisões possíveis, com aprofundamento do poder discricionário destas instituições, tanto ao nível das medidas a adoptar como em termos de escolha dos motivos;

- 3) na moderna sociedade de risco, as avaliações científicas minimizam o risco de arbitrariedade, contribuem para decisões sólidas, racionais, socialmente (mais) aceitáveis e credíveis, e reforçam, assim, a legitimidade da acção pública.

62. Participação e transparência da acção pública

Frequentemente, destaca-se a visibilidade e a transparência do funcionamento das agências europeias relativamente, por exemplo, à criticada opacidade dos comités de comitologia.¹⁶⁵¹ Não curando aqui de discutir os progressos em

¹⁶⁵¹ Vide EDUARDO VÍRGALA FORURIA, “Agencias (y agencias reguladoras) ...”, *cit.*, pág. 163.

Concebidos enquanto instrumentos de controlo do exercício de poderes de execução pela Comissão, a *accountability* e a democraticidade dos comités de comitologia tem sido fortemente questionada, em especial, quanto ao controlo do Parlamento Europeu e relativamente à (falta de) responsabilização ao nível nacional dos *experts* que representam os Estados membros. Vide GIJS JAN BRANDSMA, *Backstage Europe...*, *cit.*, pág. 52 e ss.

Em especial, quanto ao controlo dos membros dos comités de comitologia pelos respectivos Estados membros, concluindo por “um envolvimento relativamente baixo da hierarquia” e duvidando, por isso, de que haja algo “verdadeiramente ‘governamental’ no seu comportamento”, vide GIJS JAN BRANDSMA, “Accounting for input in comitology committees: an uncomfortable silence”, in *Journal of European Public Policy*, 17:4, 2010, pág. 503. Sobre o exemplo dinamarquês do controlo dos parlamentos nacionais relativamente à adopção de actos de execução pela Comissão, vide HELLE TEGNER ANKER, “Comitology”, in *Regulation in the EU*, coordenado por Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sorensen, Thomson – Sweet & Maxwell, Copenhaga, 2006, págs. 441-442.

Em geral, sobre a questão da transparência dos comités de comitologia enquanto factor de legitimação da sua actividade, vide THOMAS CHRISTIANSEN, TORBJÖRN LARSSON e GUENTHER SCHAEFER, “Conclusion”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, págs. 267-268.

matéria de controlo do processo comitológico¹⁶⁵², não podemos, porém, deixar de salientar a similitude das críticas dirigidas à opacidade do funcionamento dos comités de comitologia e das melhorias sugeridas para incrementar o controlo do Parlamento Europeu e a transparência da actividade comitológica relativamente ao que actualmente se discute em matéria de *accountability* das agências¹⁶⁵³...

No fundo, trata-se sempre da ideia da *legitimação procedimental*, na base do funcionamento das *independent regulatory commissions* norte-americanas, assente, essencialmente, na *participação* dos interessados na tomada de decisões e em amplos deveres de sua fundamentação e publicitação (*due process of law*).¹⁶⁵⁴

No contexto da transição do modelo regulatório tradicional, fundado no modelo hierárquico e de supremacia do poder público, para um *modelo de governança*, com crescente interdependência entre o Mercado e o Estado, a *regulação administrativa negociada*, com uma *abordagem consensual na formulação e/ou implementação da regulação*, impera, destacando-se as *conversações regulatórias* com os regulados, mesmo quando não formalizadas em contratos.¹⁶⁵⁵

Nas palavras de Sabino Cassese, “a quem sustém que as autoridades [reguladoras independentes] devem ser ainda politicamente ‘*accountable*’, e, portanto, menos independentes, pode responder-se apenas que existe um outro modo de ser ‘*accountable*’ e que esse modo diverso está na visibilidade das suas decisões, na completude das suas informações, na sua capacidade de atender os interessados.

¹⁶⁵² Cfr. n° 32.

¹⁶⁵³ Cfr., em especial, n° 86. (???)

¹⁶⁵⁴ Para uma visão comparada das salvaguardas de *due process* nos direitos norte-americano e comunitário, em especial no âmbito das agências administrativas dos EUA e da UE, pronunciando-se, em geral, pela equivalência funcional e convergência dos “direitos de defesa” em ambos os ordenamentos jurídicos, vide DAVID E. SHIPLEY, “Due process rights before EU agencies: the rights of defence”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, volume 37, n° 1, 2008, págs. 3-51.

¹⁶⁵⁵ Vide PEDRO GONÇALVES, Reflexões sobre o Estado Regulador..., cit., págs. 130-131.

Numa palavra, que a sua legitimação não deriva da democracia política; mas da democracia procedimental¹⁶⁵⁶

62.1. Da participação da sociedade civil

Através de um procedimento similar ao adoptado pelas instâncias jurisdicionais¹⁶⁵⁷, com garantias de contraditório e imparcialidade¹⁶⁵⁸, e de uma abertura do processo decisório à *sociedade civil*, em concretização da *democracia participativa*, a responsabilidade política do aparelho administrativo veria o seu lugar preenchido por um *iter* decisional transparente e de garantias reforçadas.¹⁶⁵⁹

¹⁶⁵⁶ Vide SABINO CASSESE, “Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti”, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Turim, 1999, pág. 42.

Na mesma linha, Olivier Dubos considera que, no contexto da *biopolítica pós-estadual*, “as agências europeias põem em causa as concepções tradicionais da legitimidade democrática e impõem a construção de um processo de legitimações compósitas ou em que se misturam lógicas de gestão, científica, jurídica e talvez democrática.” Vide OLIVIER DUBOS, “La légitimité des agences européennes: entre deux entre-deux”, in *Vers un modèle européen de fonction publique? – Neuvièmes journées d’études du pôle européen Jean Monnet*, direcção de Laurence Potvin-Solis, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 450.

¹⁶⁵⁷ Neste sentido, afirma Alberto Predieri: “A experiência histórica das Autoridades administrativas independentes na sua origem norte-americana dá uma justificação do fenómeno da procedimentalização em tudo análoga à que conhecemos da actividade jurisdicional”. Vide ALBERTO PREDIERI, “I procedimenti amministrativi”, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Turim, 1999, pág. 36.

¹⁶⁵⁸ De acordo com Marino Bin, a neutralidade das autoridades reguladoras independentes “implica um mínimo de “processualização”, de introdução de garantias procedimentais da actividade decisional de órgãos neutrais. Em extrema síntese: transparência e acesso aos actos de instrução, contraditório, obrigação de motivação”. Vide MARINO BIN, “Autorità indipendenti? Il caso dell’ISVAP”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LI, n.º 2, Giuffré, Milão, Junho 1997, págs. 332-333.

¹⁶⁵⁹ Nas palavras de Michella Manetti, o procedimento seria “uma forma diversa, mas equivalente” da democracia representativa. Vide MICHELLA MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffré, Milão, 1994, pág. 216.

Desta forma, a *participação* e o pluralismo de opiniões são encarados como indispensáveis contributos para a qualidade e eficácia das medidas a adoptar, verdadeiras fontes *legitimadoras da elaboração das políticas comunitárias*, associando as partes interessadas à definição dos principais objectivos, dos métodos de implementação, dos indicadores de performance e das linhas directrizes dessas políticas.¹⁶⁶⁰

Noutros termos: a *consensualização* com *stakeholders* é fundamental para a democratização da *expertise*; num contexto de contestação crescente, mesmo ao nível técnico, dos governos de cientistas pela sociedade civil (v.g. crises das ‘vacas loucas’ ou das ‘dioxinas’) e de crise do modelo weberiano da racionalidade burocrática científica consideram-se os *inputs* sociais, através, por exemplo, da *participação (em rede) de actores públicos e privados nas agências europeias*, eixos fundamentais de legitimação democrática do processo decisório europeu, a par da transparência e da qualidade das deliberações.¹⁶⁶¹

No quadro da hodierna *reinvenção da intervenção pública*, como explica Maria da Glória Garcia, não estamos perante “um poder assumido por inteiro pelo

¹⁶⁶⁰ Para uma descrição dos princípios gerais e regras mínimas orientadores das consultas a efectuar no plano comunitário, cfr. Comunicação da Comissão - Para uma cultura reforçada de consulta e diálogo - princípios gerais e regras mínimas de consulta das partes interessadas pela Comissão, COM (2002) 704 final, Bruxelas, 11/12/2002.

Num contexto de *contractual governance* ou de *government by contract*, Jorge Alves Correia fala numa *reinvenção* da figura do contrato administrativo “com a ‘descoberta’ de um novo campo de aplicação na actividade de exercício de poder público, ganhando terreno como modo de acção administrativa ‘privilegiado’ na concertação de interesses entre actores públicos e privados.” Vide JORGE ALVES CORREIA, “Contrato e poder público administrativo – em especial, os ‘novos’ contratos com objecto passível de regulamento administrativo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho –Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, págs. 197-198.

¹⁶⁶¹ Vide SUSANA BORRÁS, CHARALAMPOS KOUTALAKIS e FRANK WENDLER, “European agencies and input legitimacy..., *cit.*, págs. 583-600, em especial, págs. 588 e 589.

Estado perante a sociedade que o mandatou democraticamente. É um poder entendido como partilhado entre o Estado (poder representativo) e a sociedade (poder originário) e, logo, um poder que se não legitima somente pelo voto democrático (*democracia representativa*). A consciência de vazios de conhecimento determinantes da acção exige partilha de poder e conseqüente partilha do risco de ignorância, e inerente partilha de responsabilidades. Implica a intervenção diversificada da comunidade, em sectores específicos, em razão dessa especificidade e do modo como, sectorialmente, é expressa essa participação livre, em igualdade (*democracia participativa*). Os reconhecidos défices de conhecimento não permitem (...) alicerçar evidências e, logo, sustentar a lei, pelo que os cidadãos da *sociedade do conhecimento* têm um papel fundamental a desempenhar neste âmbito.”¹⁶⁶²

¹⁶⁶² Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das políticas públicas*, cit., págs. 45-46.

No direito do urbanismo é especialmente importante a participação dos interessados, designadamente no procedimento de elaboração de planos. Entre nós, como explica Alves Correia, “a consagração constitucional, no n.º 5 do artigo 65.º, da garantia de participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território”, inovação da revisão constitucional de 1997, “veio abrir novas perspectivas à participação dos cidadãos (sejam eles proprietários de parcelas de solo, titulares de outros direitos subjectivos e de interesses legalmente protegidos ou portadores de interesses difusos) no procedimento de elaboração dos planos territoriais, impondo ao legislador ordinário a adopção de mecanismos reforçados de participação, nomeadamente formas de concertação de interesses.” Vide FERNANDO ALVES CORREIA, “Evolução do direito do urbanismo em Portugal em 1997-1998”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXIV, Coimbra, 1998, pág. 685. Sobre “as ideias fundamentais da *democracia* e da *promoção da plena participação do público* nos procedimentos territorial e ambientalmente relevantes como importantes dimensões do princípio da sustentabilidade na sua vertente social.”, vide FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “Planeamento urbanístico e sustentabilidade social”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho –Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012, pág. 520.

No caso dos *parceiros sociais* (v.g. Confederação Europeia dos Empregadores e das Indústrias da Europa, Confederação Europeia dos Sindicatos e Centro Europeu das Empresas Públicas), a consulta sobre a oportunidade e o conteúdo da acção em vista é mesmo obrigatória,¹⁶⁶³ no quadro de um *diálogo social* eventualmente gerador de acordos convencionais.¹⁶⁶⁴

Normalmente, porém, a consulta das diferentes partes interessadas é facultativa, mas as informações emanadas da *sociedade civil* (associações, organizações não governamentais, organizações de caridade, de defesa dos direitos humanos, do ambiente, colectividades religiosas, cidadãos em geral) devem ser tidas em consideração, porquanto reflectem, em princípio, um consenso social fundamental para a aceitação das decisões.¹⁶⁶⁵

Desta forma, através da participação nos *boards* ou da existência de estruturas consultivas na sua governança¹⁶⁶⁶, ou mesmo do recurso a pareceres de *experts* do sector privado¹⁶⁶⁷, as agências europeias procuram instaurar e desenvolver os contactos necessários com as partes envolvidas, associando-as aos trabalhos em curso, num clima de diálogo e de concertação.¹⁶⁶⁸

Naturalmente, a mais valia destes mecanismos de *consulta* e de *concertação* pressupõe a *representatividade* efectiva dos que actuam em nome da denominada sociedade civil organizada¹⁶⁶⁹, sob pena de serem os interesses de alguns, designadamente de *lobbies* com maior capacidade organizativa, a influenciar (capturar?) as escolhas dos decisores.

¹⁶⁶³ Cfr. artigo 154º do TFUE.

¹⁶⁶⁴ Cfr. artigos 151º, 152º e 155º do TFUE.

¹⁶⁶⁵ Neste sentido, por exemplo, a obrigação de a Comissão “ter em conta o resultado das eventuais consultas feitas antes da apresentação das suas propostas”. Cfr. acordo interinstitucional “Legislar melhor” (2003/C 321/01), nº 12.

¹⁶⁶⁶ Cfr. considerando 22 do Regulamento ENISA.

¹⁶⁶⁷ Cfr. considerando 24 do Regulamento ENISA.

¹⁶⁶⁸ Cfr., por exemplo, considerandos 18 do Regulamento EMA e 7 do Regulamento ERA.

¹⁶⁶⁹ Afirmando a necessidade de representatividade dos parceiros sociais, cfr. acórdão do TPI Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) vs Conselho, de 17 de Junho de 1998, processo T-135/96, nº 89.

Na verdade, e por um lado, o aprofundamento da democracia directa apresenta claros *riscos de colonização totalitária do Estado pelos diversos grupos de interesses*,¹⁶⁷⁰ com uma igualização do Estado e da sociedade perigosa para a ideia de autoridade pública e do próprio Estado de Direito, no âmbito de uma denominada *democracia neocorporativa*¹⁶⁷¹; por outro lado, as preocupações sociais, económicas e culturais vertidas na participação da sociedade civil nos processos decisórios da União são frequentemente moldadas pelas instituições e organismos que promovem as consultas, orientando-as no sentido mais conveniente aos seus ideais e interesses¹⁶⁷² quando não mesmo a financiar grupos de pressão, representações de organizações não governamentais ou gabinetes de *lobbying*.¹⁶⁷³

Pelo exposto, reiteramos: embora consideremos importante a adopção de procedimentos transparentes e participados pelas agências, em nome da democracia, não nos parece de aceitar a sua legitimação pela *natureza das coisas*, pela ideia de auto-legitimação através de actuação supostamente sempre, e por definição, competente, transparente e aberta à participação dos interessados.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁷⁰ Vide PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária...*, cit., pág. 220 e ss.

¹⁶⁷¹ Vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A Hipótese neocorporativa”, in *Obra dispersa*, II, Braga, 1993, pág. 461 e ss.

¹⁶⁷² Neste sentido, quanto à Comissão, a propósito da adopção de um Livro Branco ou de um Livro Verde, vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire...*, cit., pág. 542.

¹⁶⁷³ Vide LAETITIA GUILLOUD, *La loi dans l' Union Européenne...*, cit., pág. 394.

¹⁶⁷⁴ Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., pág. 195.

Alternativamente, Torbjörn Larsson defende a legitimação da União Europeia com base no envolvimento de “quase todos – políticos, burocratas, experts, ONG’s, organizações de interesses, empresas privadas, etc.” Nas palavras do autor: “enquanto nos governos nacionais as políticas conflituantes serão legitimadas pelo princípio maioritário, na UE o argumento aduzido aos que colocam objecções a determinada política será o de que quase todos os que dispõem de expertise, conhecimento e autoridade na matéria concordaram no facto de a política perseguida ser a melhor e estar a funcionar.” Vide TORBJÖRN LARSSON, “Committees and the nature of deliberative supranationalism in the EU”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 37.

Noutra formulação, uma governança *accountable* e pluralista, com envolvimento dos *stakeholders*, por mais virtuosa que possa parecer, não pode substituir ou dispensar o governo democrático: não deve, pois, deixar de ser vista como “*second-best*”, com função meramente *suplementar* ou *complementar* do circuito representativo democrático tradicional.¹⁶⁷⁵

Conforme realçou o Tribunal Constitucional germânico, “a mera participação deliberativa dos cidadãos e das suas organizações societárias na deliberação política (...) não pode substituir a conexão legitimadora baseada em eleições e outras votações”, constituindo, neste sentido, a participação apenas um meio de “tornar mais efectiva a legitimidade representativa e democrática”.¹⁶⁷⁶

De outro modo, a substituir-se o efeito disciplinador do direito de sancionar eleitoralmente o poder público pelo aprofundamento de mecanismos vários de *accountability* e processos de governança multinível participados, por-se-á em causa o clássico princípio de “um homem, um voto” e enfraquecer-se-á o governo democrático.¹⁶⁷⁷

¹⁶⁷⁵ Sobre o conceito de *accountability* democrática no contexto das formas de democracia representativa, vide *Political accountability*, obra colectiva coordenada por Richard Bellamy e Antonio Palumbo, Ashgate, 2010, em especial, Parte I (págs. 3-113). Acentuando os pontos de conexão entre a *accountability* e a democracia directa, incluindo nesta apenas os referendos e os mecanismos de iniciativa, vide ALEXANDER H. TRECHSEL, “Reflexive accountability and direct democracy”, in *West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge, pág. 1050 e ss.

No âmbito da tentativa de sistematização dos tipos de *accountability* pública existentes, Mark Bovens distingue a *accountability* política - em que relevam os representantes eleitos, os partidos políticos, os eleitores e, mais recentemente, os meios de comunicação social - da *accountability* social, onde ressaltam os grupos de interesses e outros *stakeholders* em geral, tendo esta surgido como “reação a uma reconhecida falta de confiança nos governos.” Vide MARK BOVENS, “Analysing and assessing accountability: a conceptual framework”, in *European Law Journal*, volume 13, nº 4, Blackwell Publishing, Julho 2007, pág. 454 e ss.

¹⁶⁷⁶ Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional alemão (BVerfG), 2 BvE 2/08, de 30/06/2009, nº 272 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html).

¹⁶⁷⁷ Nas palavras certas de Yannis Papadopoulos, as “tendências de governança como a judicialização, a delegação em agências independentes ou reformas administrativas inspiradas nos princípios do ‘New Public Management’ (...) enfraquecem o efeito do voto ao deslocar o poder para

É que, reconhecendo embora como extremamente enriquecedor o envolvimento dos actores sociais no processo de elaboração de políticas, uma maior participação de grupos interessados em dada área não significa necessariamente aprofundamento da democraticidade. Com efeito, o envolvimento de grupos sociais vários no processo decisório acarreta mais um governo dos interesses (melhor organizados no interior da sociedade civil do que verdadeiramente um governo pelo povo, razão pela qual, reconhecendo as vantagens decorrentes da maior participação e abertura aos destinatários nos diversos procedimentos de decisão pública, consideramos a representação democrática tradicional insubrogável.¹⁶⁷⁸

Numa palavra breve: não merece a nossa adesão a *legitimação pela eficiência* de agências europeias com autonomia em face da Política, já que apenas dedicadas a matérias regulatórias e não redistributivas¹⁶⁷⁹; a distinção estanque entre questões técnicas e questões políticas, num quadro de separação clara entre as tarefas de avaliação e de gestão do risco, tem muito de artificial¹⁶⁸⁰; as questões .../...

instituições não representativas e não democraticamente *accountable*.”, constituindo a governança multi-nível e em rede um verdadeiro “paradoxo (...) caracterizado por *mais accountability, mas menos democracia*.” Vide YANNIS PAPADOPOULOS, “Accountability and multi-level governance: more accountability, less democracy?”, in *West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge, págs. 1043-1044.

Mathieu Petithomme refere-se a “um novo modelo pós democrático baseado no funcionalismo e na eficiência em detrimento do tradicional mandato popular.” Vide MATHIEU PETITHOMME, “La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático”, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 39, Bilbao, 2008, pág. 163.

¹⁶⁷⁸ Vide NICOLA VEROLA, *L' Europa legittima – Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Passigli editore, Florença, 2006. Nas palavras do autor, “a única teoria normativa que justifica o exercício da autoridade com base num mandato proveniente ‘de baixo’ é, de facto, a democrática, através dos mecanismos do voto individual e da representação.” (pág. 128)

¹⁶⁷⁹ Sobre este modelo, vide, por todos, GIANDOMENICO MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, 1996, em especial, pág. 296 e ss.

¹⁶⁸⁰ Nas palavras de Michelle Everson e Christian Joerges, “a distinção feita na configuração das agências europeias entre funções decisórias ‘políticas’, desenvolvidas pela Comissão, e actividades estritamente tecnocráticas, delegadas em burocratas e especialistas científicos, é falsa. (...) as agências, suposto centro de orientação tecnocrática, são perpassadas por conflitos e considerações

.../...

de regulação podem (co)envolver também consequências redistributivas, impondo-se, por isso, o controlo político e a legitimação democrática¹⁶⁸¹.

Concluimos com Martin Shapiro: “se o argumento das agências independentes é o de que informação = *expertise* técnica fora dos políticos = tecnocracia = legitimidade não-democrática, a resposta é a de que a informação não é técnica mas política”, sendo preferível, por isso, “duplicar as tentativas convencionais de trazer os especialistas para o controlo dos políticos”¹⁶⁸²

.../..._____

políticas.” Esclarecem ainda os autores: “a prossecução de políticas pela administração europeia não é ‘política’ no sentido da formação de políticas ‘políticas’ e da sua implementação; antes as agências formam parte de uma administração política – de forma semelhante à comitologia – enquanto elas justapõem a informação técnica e científica com o discurso político.” *Vide* MICHELLE EVERSON e CHRISTIAN JOERGES, “Re-conceptualising europeanisation as a public law of collisions: comitology, agencies and na interactive public adjudication”, in *EU administrative governance*, coordenado por Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2006, pág. 530. Neste sentido, em especial quanto às agências europeias dos medicamentos e da alimentação, Govin Permanand e Ellen Vos reflectem sobre a “despolitização da função da protecção da saúde”, considerando que “ambos os sectores permanecem altamente políticos, em especial o da alimentação. É, por isso, interessante de observar que, devido à crescente importância da ciência nestes sectores e à ‘cientificação’ da política nestes sectores, há novamente potencial para a politização da ciência”. *Vide* GOVIN PERMANAND e ELLEN VOS, “EU regulatory agencies and health protection”, *cit.*, pág. 168.

¹⁶⁸¹ Em geral, para uma visão aprofundada do conceito de legitimação (da autoridade pública) europeia, *vide* FRITZ SCHARPF, *Governing in Europe. Effective and democratic?*, Oxford University Press, 1999, em especial, pág. 6 e ss. Em especial, sobre as relações entre os conceitos de legitimação, *accountability* e confiança, *vide* DAWN OLIVER, “Executive accountability: a key concept”, in *Political accountability and european integration*, coordenação de Luc Verhey, Philipp Kiiver & Sandor Loeffen, Europa Law Publishing, Groningen, 2009, págs. 15-17.

¹⁶⁸² *Vide* MARTIN SHAPIRO, “The problems of independent agencies...”, *cit.*, pág. 287. Nas palavras de Victor Calvete, “pode certamente presumir-se que *se a técnica é a nova política, é também, sempre, o argumento de uma certa política.*” *Vide* VICTOR CALVETE, “Entidades administrativas independentes: *smoke & mirrors*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, Números 7/8, julho – dezembro 2012, pág. 71.

Na recente avaliação horizontal das agências europeias, reconhece-se o papel político das agências: “muitas agências desempenham papel proactivo na formatação de novas questões nas políti-

.../...

62.2. Da transparência

No hodierno contexto de *emergência de novos modos de governança*, onde a gestão da causa pública é assegurada por redes (variadas) de actores públicos e privados num plano de igualdade, assumindo o Estado amiúde apenas o papel de regulador, assiste-se a um enfraquecimento dos mecanismos de controlo parlamentar, a permitir falar de um *esboroar-se do modelo estadual de democracia representativa*.

Na UE, a quem sempre é apontado um défice democrático significativo, a fim de compensar as deficiências de representatividade dos cidadãos e promover a responsabilidade das instituições europeias, de uma banda, incentiva-se a referida *participação* de representantes da sociedade civil nos processos decisórios e, de outra banda, procura-se legitimar a acção pública por exigências várias do *princípio da transparência*.

Desde logo, as preocupações com a *qualidade* e a *simplificação* dos instrumentos de direito da União, bem como as *obrigações de publicitar*¹⁶⁸³ e de *motivar*¹⁶⁸⁴ os actos comunitários, inserem-se na preocupação mais ampla de garantir a transparência da vida institucional e jurídica da União e, assim, incrementar a legitimidade e eficácia do processo decisório europeu.

Também a regra da *publicidade* dos debates parlamentares¹⁶⁸⁵ ou até do Conselho ao agir nas vestes de legislador¹⁶⁸⁶ visa contribuir para a democraticida-
.../...

cas e potenciam a preocupação dos responsáveis por essas políticas, dos grupos de interesse e público em geral relativamente a essas questões. Ao proceder assim as agências desempenham um papel político e assumem riscos políticos que são geridos através de esforços de coordenação diários.” Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1, cit.*, pág. 18.

¹⁶⁸³ Cfr. artigo 297º do TFUE.

¹⁶⁸⁴ Cfr. artigo 296º do TFUE.

¹⁶⁸⁵ Cfr. artigo 103º, nº 2, do Regimento Interno do Parlamento Europeu. As reuniões das comissões do Parlamento são também, normalmente, públicas. Contudo, até ao momento da aprovação da ordem do dia de uma reunião, as comissões podem decidir dividir a ordem do dia em pontos a tratar em público e pontos a tratar à porta fechada. Porém, se uma reunião tiver lugar à porta fe-

de da União, aprofundando a responsabilidade das instituições através da participação dos cidadãos no processo decisório.

Na mesma linha, em princípio, é reconhecido aos cidadãos da União e às pessoas singulares ou colectivas que residam ou tenham a sua sede social num Estado-Membro o *direito de acesso aos documentos das instituições europeias*, em todos os domínios de actividade da União Europeia.¹⁶⁸⁷

Na actividade das agências europeias, por definição revestidas de autonomia/independência, a transparência do funcionamento constitui indispensável contrapartida de um certo esbatimento da responsabilidade política, e, assim, fundamental factor legitimador e de credibilização destes organismos, mais do que mera causa/vantagem da sua emergência.

Paradoxalmente, porém, como nota Helena Ekelund, “é razoável assumir que tecnocratas não eleitos, os quais são mais anónimos para o público em geral do que políticos eleitos, encontram-se menos expostos ao escrutínio público, o que faz deles alvos mais fáceis de corrupção.”¹⁶⁸⁸

Em jeito de conclusão, a transparência, pedra angular de um *modelo de democracia participado, plural e deliberativo* tão na moda na União, se por um .../..._____

chada, a comissão poderá autorizar o acesso do público aos documentos e à acta dessa reunião (cfr. artigo 103º, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Europeu).

¹⁶⁸⁶ Cfr. artigos 5º, nº 1, e 7º, nº 1, do Regulamento Interno do Conselho. Na jurisprudência, cfr. acórdão do Tribunal de 1 de Julho de 2008, Suécia e Turco contra Conselho, processo C-52/05 P (processos apensos C-39/05 P, C-52/05 P), nº 46.

¹⁶⁸⁷ Cfr. artigo 15º do TFUE e artigo 2º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

¹⁶⁸⁸ Vide HELENA MARGARETHA EKELUND, Institutional unity and diversity: exploring the role of the European Community agencies in the governance of the European Union, relatório preparado para UACES Exchanging ideas on Europe 2008 – Rethinking the European Union, Edimburgo, policopiado, 1-3 Setembro 2008, pág. 2. Sobre o fenómeno das pressões políticas, ilícitos criminais e de corrupção, no contexto mundial e comunitário, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, Valores e interesses. Desenvolvimento económico e política comunitária de cooperação, Almedina, Coimbra, 2004.

lado reveste importância no aprofundamento do controlo e responsabilização das instituições europeias, por outro lado, pode encobrir um *esfarelar-se grave do tradicional princípio democrático*, afastando mais e mais os cidadãos de Bruxelas...e privilegiando os grupos de interesses económicos e sociais melhor estruturados e mais profissionais.

Neste sentido, acompanhamos Maria da Glória Garcia quando, de modo *compreensivo*, considera que “*a legitimação democrática para a acção estadual terá (...) de ser procurada, sem prejuízo da representatividade e do modelo formal que propicia*, também para além dela: de um lado, junto do modelo pericial, centrado em entidades de saber técnico especializado; de outro, junto do modelo de representação de interesses com renovadas formas de participação; de outro, ainda, junto do modelo da democracia deliberativa, directa, com o que a policentralidade da decisão pública ganha força e consistência.”¹⁶⁸⁹ (itálico nosso)

Secção 2

Causas especiais

63. Compromisso (possível) entre interesses nacionais e interesses institucionais europeus

Com a expansão de tarefas reguladoras da UE, torna-se patente a insuficiência do aparelho administrativo europeu, tendo em vista, sobretudo, a conclusão do mercado interno.

A descentralização administrativa nos Estados membros (administração indirecta), com efeito, revela disfunções várias, de que se destacam, com Fuente-taja Pastor, as seguintes: “transposição desigual de directivas; diferente controlo

¹⁶⁸⁹ Vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, Direito das políticas públicas, cit., pág. 51.

da sua aplicação; culturas regulatórias diversas; condições de verificação variáveis; procedimentos de inspeção diversos; capacidade insuficiente de prevenção e de gestão de situações de crise (por exemplo, alimentares ou de segurança marítima); *deficit* de especialização técnica tendo em vista a aplicação e preparação de legislação europeia, pois o que antes eram problemas estritamente nacionais adquirem posteriormente uma dimensão transnacional europeia.”¹⁶⁹⁰

Paralelamente, o reforço da Comissão depara-se com resistências diversas: dos Estados membros, contrários à maior centralização administrativa na União Europeia; do Parlamento Europeu e do Conselho, instituições competentes para o necessário incremento orçamental; da própria Comissão, mais interessada em concentrar-se nas tarefas (políticas) essenciais do que em dispersar-se nas missões técnicas de execução¹⁶⁹¹.

¹⁶⁹⁰ Vide JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, *La administración europea – la ejecución europea del derecho y las políticas de la Union*, Civitas, 1997, pág. 301.

¹⁶⁹¹ O argumento de que as agências teriam um significativo impacto no volume de trabalho da Comissão não parece, porém, proceder. Como observa Madalina Busuioc, “O aumento do staff das agências e, por isso, da capacidade administrativa das agências, não parece ter resultado num decréscimo paralelo quer do staff quer do orçamento da Comissão.” Vide MADALINA BUSUIOC, *The accountability of european agencies – legal provisions and ongoing practices*, Eburon, 2010, pág. 15. Trata-se de dissertação de doutoramento entretanto (re)publicada pela autora, com uma ou outra alteração (menor), sob o título de *European agencies – Law and practices of accountability*, Oxford University Press, 2013.

Na mesma linha, Morten Egeberg afirma: “Não obstante a multiplicação das agências europeias e dos seu pessoal, tal não ocorreu em detrimento da Comissão que viu crescer igualmente ao mesmo tempo o seu número de efectivos.” Vide MORTEN EGEBERG, “L’ administration de l’Union Européenne: niveaux multiples et construction d’un centre”, in *Revue Française d’Administration Publique*, n° 133, 2010, pág. 22.

Na (razoável) explicação avançada em relatório elaborado recentemente, o facto de não ter havido diminuição dos “recursos da Comissão ou [de não] se lhe ter permitido focar-se mais nas tarefas essenciais [deveu-se] ao incremento crescente do âmbito e quantidade de trabalho relativo às políticas da União.” (parêntesis nossos) Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1, cit.*, pág. ii. Ainda nesta linha, com dados empíricos, Morten Egeberg, Jarle Trondal e Maria Martens afirmam que a “era pós 2000 testemunhou um crescimen-

Deste modo, tendo em conta a imprescindível execução uniforme e eficaz do Direito da União e, em geral, o aprofundamento da integração europeia, as *agências europeias acabam por consubstanciar importante compromisso entre os interesses nacionais e os interesses das instituições europeias, maxime da Comissão*.¹⁶⁹²

Na verdade, os Estados membros, com a composição dos conselhos de administração das agências, dispõem de igual ou maior capacidade de influência nestes organismos do que teriam em comités de comitologia ou sobre qualquer serviço da Comissão.¹⁶⁹³

.../..._____

to paralelo do staff da Comissão e das agências da UE”, “em parte devido ao reforço generalizado dos poderes executivos supranacionais, mas também devido aos subsequentes alargamentos.” *Vide* MORTEN EGEBERG, JARLE TRONDAL e MARIA MARTENS, “Building executive power at the european level – on the role of EU-level agencies”, *Arena Working Paper*, nº 10, ARENA – *Centre for European Studies*, Universidade de Oslo, Junho 2009, in <http://www.arena.uio.no>, pág. 10.

¹⁶⁹² Para uma síntese das causas políticas por detrás do estabelecimento das agências europeias, *vide* JONAS TALLBERG, “Executive power and accountability in the European Union”, in *The illusion of accountability in the European Union*, coordenado por Sverker Gustavsson, Christer Karlsson e Thomas Persson, Routledge, 2009, pág. 123.

Nas palavras de Frank Vibert, “a criação de agências reflectiu objectivos contrastantes entre os dois principais. Um – a Comissão – perspectivou as agências como um meio de contornar os obstáculos criados pelos Estados membros. O outro – o Conselho, representando os Estados membros – perspectivou as agências como um modo de moderar a influência da Comissão.” *Vide* FRANK VIBERT, “Better regulation and the role of EU agencies”, in *Better regulation*, coordenado por Stephen Weatherill, Hart Publishing, 2007, pág. 394.

¹⁶⁹³ Segundo Edoardo Chiti, “embora conceptualmente interessante e funcional para a exigência de compromisso político entre os Estados membros e a Comissão, tal figurino parece ser excessivamente barroco; para além disso, não está demonstrado que ele verdadeiramente assegure o bom funcionamento das agências europeias.” *Vide* EDOARDO CHITI, “An important part of the EU’s institutional machinery...”, *cit*, pág. 1400.

No projecto de acordo interinstitucional relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, apresentado a 25/02/2005, a Comissão, reconhecendo não poder “existir uma única fórmula para a composição do Conselho de Administração”, propunha, porém, “limitar a dimensão do Conselho de Administração, a fim de promover um elevado nível de eficácia na tomada de decisões e de minimizar os custos de funcionamento.” Cfr projecto de acordo interinstitucional

.../...

Por outro lado, a Comissão, num contexto de *progressiva politização* da sua função no processo de integração europeia,¹⁶⁹⁴ prefere concentrar-se nas tarefas institucionais mais relevantes a fortalecer a componente de implementação administrativo-técnica.¹⁶⁹⁵

Paradoxalmente, porque e na medida em que estão em causa competências que normalmente caberiam à Comissão, o estabelecimento de agências europeias pode ser-lhe útil e conveniente, desde que (estas) disponham de mandatos e poderes limitados exercidos sob a sua (dela, Comissão) supervisão.¹⁶⁹⁶

Na perspectiva da Comissão, a unidade e a integridade da função executiva a nível europeu devem ser preservadas, assim como a sua capacidade de assumir a responsabilidade ligada ao bom exercício geral dessa função, não podendo esse grau de responsabilidade ultrapassar a influência detida sobre as actividades da agência.¹⁶⁹⁷

.../..._____

relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, 25.02.2005, COM (2005) 59 final, pág. 14.

¹⁶⁹⁴ Vide R. DANIEL KELEMEN e GIANDOMENICO MAJONE, “Managing europeanization: the European Agencies”, in *The institutions of the European Union*, coordenado por John Peterson e Michael Shacleton, 3ª edição, Oxford University Press, 2012, pág. 227.

¹⁶⁹⁵ Na Comunicação de 2002, a Comissão reconhece expressamente: “*a Comissão considera que deve recentrar a acção nas suas atribuições essenciais*, nomeadamente o exercício da função executiva de que está investida pelo Tratado CE, quando se trata de adoptar as medidas de execução de determinadas legislações a nível comunitário.” (itálico nosso)

¹⁶⁹⁶ Nas palavras de Mark Thatcher: “a Comissão defendeu o seu papel e poderes, aceitando agências europeias quando estas ajudassem na estratégia de incremento do seu âmbito de acção e desde que fossem assegurados muitos controlos sobre elas.”. O autor refere ainda a resistência das autoridades reguladoras nacionais, com o receio da perda de autonomia, como outro dos elementos justificativos da inexistência de agências europeias fortes. Vide MARK THATCHER, “The creation of regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of european delegation”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 805.

¹⁶⁹⁷ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências..., *cit*, pág. 6, e Comunicação da Comissão - Agências europeias - perspectivas futuras, 11/03/2008, COM (2008) 135 final, pág. 9.

Como explica Jacqueline Dutheil de la Rochère, “a Comissão inicialmente favoreceu a criação de agências: ela via nestas um meio de reforçar a acção comunitária sem reforçar as suas próprias atribuições, o que, por volta dos anos 2000, teria sido mal recebido. Na fase seguinte, ela mostrou-se mais reticente, notando que com a multiplicação de agências lhe escapava toda uma parcela de actividade executiva, sem se encontrar em condições de apresentar solução alternativa; daí a ambiguidade no discurso e a reticência a qualquer evolução no sentido de um alargamento das competências normativas das agências ditas de regulação.”¹⁶⁹⁸

Por fim, a probabilidade de uma agência europeia ser dominada pelos interesses privados é consideravelmente inferior à existente ao nível nacional, em âmbitos geográficos mais circunscritos onde a proximidade dos operadores (mais facilmente pode resvalar para a captura do regulador pelos interesses dos regulados, em especial quando o Estado mantém intervenção no mercado em causa.

¹⁶⁹⁸ Vide JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, “Les agences de régulation européenne...”, *cit.*, pág. 68.

TÍTULO IV

Limitações jurídicas à delegação de poderes por instituições comunitárias

Capítulo I

Do acórdão Meroni e jurisprudência posterior

64. Acórdão Meroni

No acórdão Meroni¹⁶⁹⁹, o Tribunal pronuncia-se, em especial, sobre a delegação de poderes por parte de instituições comunitárias¹⁷⁰⁰, não prevista no Tra-

¹⁶⁹⁹ Cfr. Acórdão Meroni *vs* Alta Autoridade da CECA (anotação), de 13 de Junho de 1958, processo nº 9/56. Para maiores desenvolvimentos sobre este aresto e suas implicações em sede democrática, *vide* CHRISTOPH GÖRISCH, *Demokratische Verwaltung...*, *cit.*, págs. 361-401.

¹⁷⁰⁰ Utilizaremos a expressão delegação por razões de simplificação e de tradição na doutrina *ius* europeia, conscientes, porém, de que, em bom rigor, “poderíamos preferir a qualificação de administração comunitária especializada e autónoma, mais do que a análise em termos de delegação. Para que a delegação fosse uma explicação suficiente, seria necessário que o Conselho [*rectius*, o legislador] houvesse confiado tarefas que relevassem directamente dele. Impõe-se referir quanto a este ponto, nada permite considerar que tais organismos são delegatários de competências ou de poderes.” (parêntesis nosso) *Vide* YVES GAUTIER, *La délégation en droit communautaire*, tese de doutoramento da Universidade de Estrasburgo, Estrasburgo, 1995, pág. 402.

Temos para nós que, descentralização seria (e é) o termo mais adequado à transferência de responsabilidades de execução para organismos de direito público comunitário integrados na organização administrativa da União mas dotados de personalidade jurídica, embora o recurso ao termo delegação seja há muito usado pela Comissão para referir a externalização “de responsabilidades para organismos de serviço público que podem estar integrados nas estruturas administrativas comunitárias (incluindo, por exemplo, agências existentes, novos organismos de execução...) (...) e que ajam como ‘intermediários’ na execução de determinadas políticas comunitárias” no âmbito “de actividades não essenciais que possam ser executadas de forma mais flexível e eficaz, com um

.../...

tado. Nesse processo, uma empresa italiana requeria a anulação de uma decisão da Alta Autoridade da CECA, de 24 de Outubro de 1956, a qual previa uma delegação de poderes a favor de dois organismos privados de direito belga (*Brussels agencies*).

Rectius, a Meroni & Co visava contestar a decisão concreta da Caixa de Perequação das Sucatas de liquidação de determinada quantia, com base na ilegalidade da decisão (geral) da Alta Autoridade de delegar poderes de aplicação dos mecanismos financeiros destinados a assegurar o aprovisionamento regular de sucata no mercado comum do carvão e do aço.

Todavia, não sendo a decisão de um organismo de direito privado impugnável no Tribunal de Justiça, Meroni recusou o pagamento da quantia demandada e exigiu a adopção da decisão de liquidação pela Alta Autoridade, impugnando esta decisão com base na ilegalidade da decisão (geral) de delegação de poderes a organismos privados, fundamento das decisões (individuais) das agências de direito privado belga e da Alta Autoridade.

Tendo concluído pela ilegalidade da decisão geral da Alta Autoridade na qual assentava a decisão individual, o Tribunal anulou esta, por, entre outros motivos, as *Brussels agencies* não se encontrarem sujeitas à obrigação de motivação das decisões prevista no artigo 15º do Tratado CECA nem ao controlo do Tribunal de Justiça, diferentemente do que sucedia com as decisões da Alta Autoridade.

Ora, segundo o Tribunal, a autoridade delegante não pode transferir para a agência poderes diferentes daqueles que ela própria possui - princípio do *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet* -, a implicar o cumprimento

.../..._____

certo grau de independência em relação aos serviços da Comissão, entendidos estes em sentido estrito”. Cfr. Reforma da Comissão - Livro Branco - Parte II - Plano de acção, COM (2000) 200 final, Bruxelas, 5 de Abril de 2000, Capítulo III, IX, 3.

Descentralização, porém, é termo reservado pela Comissão para a transferência de responsabilidades para organismos de serviço público nacionais que ajam como intermediários na execução de determinadas políticas comunitárias (v.g. nova disciplina comunitária da concorrência – cfr. nº 16) e *desconcentração não nos parece rigoroso, atendendo à personalidade jurídica das agências europeias*.

pela entidade delegada dos mesmos requisitos impostos ao delegante (v.g. respeito de direitos de defesa, dever de fundamentação e de publicação dos actos), o que não sucedia *in casu*.

Por outra banda, o Tribunal considerou que a delegação de poderes nos dois organismos privados não podia presumir-se, devendo o delegante, na ausência de base jurídica específica, adoptar uma decisão expressa de delegação de poderes, algo que não tinha ocorrido na situação concreta, porquanto a Alta Autoridade não havia permitido o recurso das agências de Bruxelas aos modos de taxa-ção impostos ou a notificações de avaliações provisórias.

Por fim, diferentemente do que pretendia a requerente ao invocar o artigo 8º do Tratado CECA, o Tribunal não excluiu a possibilidade de a Alta Autoridade delegar poderes,¹⁷⁰¹ desde que o âmbito da delegação se restringisse a poderes meramente executivos e não envolvesse competências de ampla discricionariedade.

Na perspectiva do Tribunal, enquanto delegar poderes de execução claramente definidos é insusceptível de alterar significativamente as consequências envolvidas no exercício dos poderes em questão, porque esse exercício pode ser sujeito a estrita revisão à luz de critérios objectivos determinados pela autoridade delegante, a delegação de poderes discricionários, na medida em que substitui as escolhas do delegante pelas escolhas do delegado, comporta verdadeiramente uma transferência de responsabilidades, podendo mesmo tornar possível o desenvolvimento de uma verdadeira política económica.

Neste célebre caso, o Tribunal constatou a existência de larga margem de apreciação das competências delegadas, defendendo que o artigo 3º do Tratado CECA - com oito diferentes objectivos (por vezes contraditórios) para esta organização internacional -, implicava um verdadeiro poder discricionário, a compor-

¹⁷⁰¹ Como explica Koen Lenaerts, o Tribunal de Justiça considerou que as disposições do Tratado CECA, que conferem um poder normativo à Alta Autoridade, constituíam uma base jurídica suficiente para permitir a esta instituição delegar certos poderes a organismos privados, dotados de personalidade jurídica distinta. *Vide* KOEN LENAERTS, “Regulating the regulatory process...”, *cit.*, pág. 23.

tar escolhas difíceis, fundadas na ponderação de factos e circunstâncias económicas complexas.

Depois de salientar a vinculatividade do artigo 3º do Tratado CECA, não apenas para a Alta Autoridade, mas também para as instituições da Comunidade, no âmbito dos limites dos respectivos poderes, o Tribunal concluiu que o equilíbrio de poderes, característico da estrutura institucional da Comunidade, constituía garantia fundamental do Tratado, em particular para as empresas e associações de empresas a que ele se aplicava.

Ora, delegar poderes discricionários, como havia sucedido no caso concreto, confiando-os a organismos distintos daqueles que o Tratado instituiu para efectivar e supervisionar o exercício desses poderes, cada um dentro dos limites da sua própria autoridade, tornaria tal garantia ineficaz.

Como explica Moura Ramos, “ao limitar o âmbito da delegação às competências vinculadas, a simples poderes de execução, o Tribunal aparece uma vez mais a defender o princípio do equilíbrio dos poderes, na medida em que este seria afectado por uma delegação que concedesse à autoridade delegada uma liberdade de apreciação que o Tratado lhe não reconhecia, com a consequente deslocação de responsabilidades.

É a defesa desse equilíbrio de poderes e, por essa via, da estrutura institucional tal como o Tratado a desenhou que leva o Tribunal a anular, neste caso, a decisão da Alta Autoridade, ao entender que os termos concretos em que é feita a delegação os poderiam afectar.”¹⁷⁰²

Resumindo as conclusões do Tribunal, consolida-se o que podemos designar como *princípio Meroni*:¹⁷⁰³

¹⁷⁰²Vide MOURA RAMOS, Acórdão Meroni vs Alta Autoridade da CECA (anotação), de 13 de Junho de 1958, processo nº 9/56, in *Boletim do Ministério da Justiça – Documentação e Direito Comparado*, nºs 25-26, 1986, págs. 147-148.

¹⁷⁰³ Na doutrina, o contributo de Emile Noël e Henri Etienne foi fundamental para a consolidação da interpretação rígida efectuada pelo Tribunal no acórdão Meroni quanto à (im) possibilidade de “descentralização” do poder de decisão nas Comunidades, salvo se a delegação de competências pelo Conselho ou pela Comissão em novos organismos se cingisse a prerrogativas de mera execu-

- 1) a autoridade delegante não pode transferir para a agência poderes diferentes daqueles que ela própria possui - princípio do *nemo plus iuris* -, o que implica o cumprimento pela entidade delegada dos mesmos requisitos impostos ao delegante;
- 2) mesmo quando haja habilitação para a delegação de poderes, esta tem de ser expressa, não se pode presumir;
- 3) o âmbito da delegação restringe-se a poderes de mera execução, estritamente controláveis pelo delegante, não sendo possível delegar competências que coenvolvem ampla discricionariedade.

Não obstante as críticas a este aresto jurisprudencial, nomeadamente pelas consequências em termos de eficiência da União, defendendo-se mesmo a limitação das conclusões acima expostas ao caso concreto, isto é, ao domínio da CECA e à delegação de poderes a entes privados, a *doutrina Meroni* impôs-se como limite constitucional à delegação e continua a ser invocada na jurisprudência.¹⁷⁰⁴

65. Da jurisprudência pós Meroni

Da doutrina Meroni retira-se a aceitação (implícita) da delegação de competências na União, recusando-se a ideia de que esta seria proibida por não estar

.../..._____

ção e estivesse adstrito a estrito controlo destas instituições. Nas palavras dos autores: “os poderes conferidos à Comunidade são, nos termos do Tratado, exercidos apenas pelas instituições. Dito de outra forma, o Tratado não prevê qualquer possibilidade de ‘descentralização’ do poder de decisão, entendendo por este termo a atribuição de competências próprias, em especial competências de decisão, a organismos que dispõem de autonomia suficiente.” (pág. 127). *Vide* EMILE NOËL e HENRI ETIENNE, “Quelques considérations sur la déconcentration et la délégation du pouvoir de décision dans la Communauté économique européenne”, in *Revue du Marché Commun*, Paris, 1967, págs. 127-133.

¹⁷⁰⁴ Vide PAUL CRAIG, *EU administrative law...*, cit, pág. 161.

(em abstracto) expressamente prevista nos Tratados¹⁷⁰⁵ e por força dos princípios da enumeração de poderes e do equilíbrio institucional.

Ou seja, no direito comunitário a delegação de poderes é admitida quando nenhum texto a ela se oponha formalmente.¹⁷⁰⁶ Com uma precisão: restringe-se inequivocamente o âmbito da delegação (permitida) a poderes vinculados e sob rigoroso controlo do delegante, tendo o Tribunal admitido, posteriormente, a possibilidade de transferir esses poderes (de execução) para organismos não previstos nos Tratados, não apenas privados mas também públicos.

Nas palavras de Pedro Gonçalves, “aplicando-se a uma situação em que estava envolvida a delegação de poderes num organismo privado, a doutrina do acórdão Meroni generalizou-se e viu-se convertida numa doutrina geral da não-delegação de poderes públicos [discricionários] comunitários em instâncias – privadas ou públicas – não previstas nos Tratados.” (parêntesis nosso)¹⁷⁰⁷

Cumpra, pois, analisar alguns dos arestos jurisprudenciais (mais) influenciados pelo princípio Meroni, mesmo em contextos tão diferentes daquele em que, em 1958, o Tribunal se pronunciou sobre a delegação de tarefas no quadro da CECA.

¹⁷⁰⁵ Desde o Acto Único Europeu, porém, prevê-se expressamente a delegação de poderes executivos do Conselho na Comissão (cfr. artigo 211º do TCE). Sobre a problemática de este preceito constituir mera regra de simples princípio ou verter uma regra de exclusividade de delegação, *vide* DIMITRIS TRIANTAFYLLOU, *Des compétences d'attribution au domaine de la loi: études sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruylant, Bruxelas, 1997, pág. 306.

¹⁷⁰⁶ Cfr. conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas em 17 de Fevereiro de 2005, processo C-301/2002, nº 29.

¹⁷⁰⁷ Vide PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 85.

66. O princípio Meroni em acórdãos vários

Num contexto idêntico ao caso Meroni, de *delegação de poderes pela Comissão a um organismo privado* (o *European Film Distribution Office* - EFDO) para a realização financeira de um programa de acção destinado a promover o desenvolvimento da indústria audiovisual europeia (MEDIA), o Tribunal de Primeira Instância, louvando-se naquele caso, reiterou expressamente a inadmissibilidade da delegação de poderes discricionários, a implicar ampla liberdade de apreciação.¹⁷⁰⁸

Mais recentemente, no famoso acórdão Microsoft, o TPI também considerou ilegítima a *delegação de poderes em mandatário (privado) independente*, porquanto a Comissão não podia, no exercício dos poderes que lhe eram conferidos, obrigar a Microsoft a conceder a um mandatário independente poderes que ela própria não estava autorizada a conferir a terceiros, poderes (de inquérito) que só ela pode exercer.¹⁷⁰⁹

Em parecer sobre o projecto de acordo relativo à instituição de um Fundo Europeu de Imobilização da Navegação Interior, o Tribunal considerou lícita a *delegação de poderes decisórios em órgãos de um organismo internacional*, composto por Estados membros e terceiros países, porquanto as disposições do estatuto daquele Fundo definiam e circunscreviam de forma precisa os poderes atribuídos aos órgãos desse Fundo, estando em causa apenas competências de mera execução.¹⁷¹⁰

No acórdão *Tralli*, o Tribunal considerou o princípio Meroni aplicável, “por maioria de razão”, aos casos em que instituições ou organismos comunitários prevejam medidas de organização e de *delegação de poderes em instâncias deci-*

¹⁷⁰⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância *DIR International Film Srl* e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, de 19 de Fevereiro de 1998, processos apensos T-369/94 e T-85/95, § 52.

¹⁷⁰⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância (actual Tribunal Geral) *Microsoft vs Comissão*, de 17 de Setembro de 2007, processo T-201/04, nº 1271.

¹⁷¹⁰ Cfr. Parecer do Tribunal 1/76, de 26/04/77, § 16.

sórias da sua esfera interna, nomeadamente, em matéria de gestão do seu próprio pessoal, no estrito respeito das condições prescritas no acórdão Meroni quanto a delegações.¹⁷¹¹

Naturaliter, a delegação de competências em matéria de organização e de gestão internas das instituições da União não se depara com dificuldades de maior: estas gozam de ampla liberdade auto-organizativa, na medida em que não se bule com o princípio do equilíbrio institucional.¹⁷¹²

No acórdão *Alliance for Natural Health* (caso *Vitaminas*), o Tribunal, a propósito de uma *delegação de poderes de execução do legislador (Conselho e Parlamento Europeu) na Comissão*, desta feita citando expressamente o caso Meroni, sublinhou a necessidade de delimitação clara do poder de revisão do acto legislativo e de sujeição do exercício do poder delegado a controlo rigoroso à luz de critérios objectivos fixados legislativamente.¹⁷¹³

Em suma, o princípio Meroni permanece actual e com âmbito de aplicação mais lato: não só não se circunscreve, em nome da eficiência institucional, a delegação de poderes a organismos privados, como até se alarga a possibilidade de atribuição de poderes a entes públicos previstos (delegação de poderes de uma instituição noutra instituição, delegação no seio de uma instituição) ou não nos Tratados (v.g. delegação em órgãos de organismos internacionais), desde que tal delegação tenha por objecto meras competências de execução sujeitas a estrito controlo pelo delegante.

Por fim, não podemos deixar de referir ainda que, *no domínio da política agrícola comum*, se tem salientado a possibilidade de delegação de latos poderes de execução do Conselho na Comissão, dadas as exigências práticas e a necessi-

¹⁷¹¹ Cfr. Acórdão *Tralli vs BCE*, de 26 de Maio de 2005, processo C-301/02 P, § 42 e 43.

¹⁷¹² Neste sentido, o Tribunal já havia considerado que um organismo comunitário, encarregado de uma missão de interesse geral, está habilitado a adoptar, através de regulamento, as disposições aplicáveis ao seu pessoal. Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça *Pflugradt/BCE*, de 14 de Outubro de 2004, n.º 34.

¹⁷¹³ Cfr. Acórdão *Alliance for Natural Health and Nutri-Link Ltd vs Secretary of State for Health*, de 12 de Julho de 2005, processos apensos C-154-155/04, § 90.

dade de esta instituição, seguindo de modo constante e atento a evolução dos mercados agrícolas, poder agir com a urgência devida.¹⁷¹⁴ E, em razão da extensão dos poderes reconhecidos à Comissão em matéria de política agrícola comum, são raros os regulamentos de execução anulados pelos tribunais comunitários com fundamento em violação directa do regulamento de base ou ausência de convergência com os objectivos prosseguidos legislativamente neste domínio.

Neste contexto, tendo em conta a jurisprudência no domínio da PAC, o Tribunal considerou legítima, *em matéria aduaneira*, a delegação pelo Conselho, sem ter de especificar os elementos essenciais das competências delegadas, do poder genérico de a Comissão adoptar as regras de execução: basta a fixação no regulamento de base das regras essenciais da matéria em causa, com uma norma redigida em termos genéricos a constituir base de habilitação suficiente para permitir à Comissão adoptar as modalidades de aplicação do código aduaneiro.¹⁷¹⁵

67. Acórdão Romano

Diferentemente das circunstâncias do acórdão Meroni, no processo Romano é o *legislador (Conselho)*, não a Comissão (Alta Autoridade, na CECA), a de-

¹⁷¹⁴ Cfr. acórdão do Tribunal, Vreugdenhil, de 29 de Junho de 1989, processo C-22/88, n.ºs 16 e 17. Em sentido idêntico, cfr. acórdãos do Tribunal, Chemiefarma contra Comissão, de 15 de Julho de 1970, processo C-41/69, n.º 65, Köster, de 17 de Dezembro de 1970, processo C-25/70, n.ºs 13-18, Rau e outros/Comissão, de 11 de Março de 1987, processos 279, 280, 285 e 286/84, n.º 14, Association générale des producteurs de blé et autres céréales/ONIC, de 8 de Junho de 1989, processo 167/88, n.º 15, Rey Soda, de 30 de Outubro de 1975, processo 23/75, n.º 11, República Federal da Alemanha vs Comissão, de 27 de Outubro de 1992, processo C-240/90, n.º 41, França e Irlanda contra Comissão, de 29 de Fevereiro de 1996, processos apensos C-296/93 e C-307/93, n.º 22.

Não podemos olvidar, contudo, ter o mesmo Tribunal defendido anteriormente, no domínio da agricultura, que a delegação de poderes de execução do Conselho na Comissão teria de ser suficientemente precisa, isto é, o Conselho teria de mencionar claramente os limites da competência atribuída à Comissão. Cfr. acórdão do Tribunal, Central-Import Münster GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Münster, de 5 de Julho de 1988, processo C-291/86, n.º 13.

¹⁷¹⁵ Cfr. acórdão do Tribunal Firma Söhl, de 11 de Novembro de 1999, processo C-48/98, n.ºs 33 a 37.

legar tarefas de implementação *num organismo público* não previsto no Tratado (Comissão Administrativa das Comunidades Europeias sobre a Segurança Social dos Trabalhadores Migrantes), o qual adopta uma decisão relativa ao modo de cálculo dos esquemas de segurança social dos trabalhadores migrantes na União.

Com inspiração, sem a referir, na denominada doutrina Meroni, o Tribunal considerou que uma decisão da referida Comissão não pode obrigar as instituições de segurança social a seguir determinados métodos ou a adoptar determinadas interpretações quando aplicam a normativa comunitária, pois tal violaria os artigos 155º (posteriormente, artigo 211º TCE), 173º e 177º (actuais artigos 263º e 267º do TFUE) do TCEE.

Vale isto por dizer: com base no princípio do equilíbrio institucional – a entender não derivar do artigo 155º do TCEE a possibilidade de delegação de poderes legislativos na Comissão Administrativa - e no princípio da protecção judicial efectiva - a considerar incompatível com o sistema jurisdicional arquitectado no Tratado (v.g. artigos 173º e 177º do TCEE) a insindicabilidade judicial de actos (vinculativos) de organismos não previstos no artigo 4º do TCEE (actual artigo 13º do TUE) -, o Tribunal afirmou a *impossibilidade de o Conselho habilitar uma Comissão Administrativa a adoptar actos de carácter normativo*.

Na expressão do Tribunal, “resulta, tanto do artigo 155 do Tratado como do sistema jurisdicional prescrito pelo Tratado, em especial pelos seus artigos 173 e 177, que um órgão como a Comissão Administrativa não pode ser habilitada pelo Conselho a adoptar actos de carácter normativo. Uma decisão da Comissão Administrativa, sendo susceptível de fornecer uma ajuda às instituições de segurança social encarregadas de aplicar o direito comunitário neste domínio, não é de natureza a obrigar estas instituições a seguirem certos métodos ou a adoptar certas interpretações quando elas procedem à aplicação das regras comunitárias.”¹⁷¹⁶

¹⁷¹⁶ Cfr. acórdão Giuseppe Romano vs Institut National d'Assurance Maladie-Invalidité, de 14 de Maio de 1981, processo 98/80, § 20, in *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1981 -4, pág. 1256.

Não é inequívoca a interpretação de “actos de carácter normativo” no parágrafo acabado de transcrever do aresto jurisprudencial em análise, atendendo às diferenças existentes de tradução linguística e, em especial, à expressão *force of law* usada na versão inglesa em detrimento de *legislative measures*.¹⁷¹⁷

Parece-nos, contudo, que o Tribunal não quis afastar a possibilidade de delegação do poder de praticar qualquer acto com força obrigatória. Como decorre, por exemplo, das versões portuguesa (*actos de carácter normativo*), francesa (*actes revêtant un caractere normatif*) ou alemã (*Rechtsakte mit normativem Charakter*), o Tribunal apenas proibiu organismos como a Comissão Administrativa de adoptar actos vinculativos de cariz geral e abstracto. E ao acrescentar a possibilidade de a Comissão Administrativa fornecer ajuda às instituições de segurança social encarregadas de aplicar o direito comunitário neste domínio, mas excluir as prerrogativas de aquele organismo emitir interpretações ou instruções vinculativas, o Tribunal estava, *in casu*, a afastar a competência para a prática de qualquer acto vinculativo, mesmo quando este não constituísse medida legislativa.

Em jurisprudência posterior, ao referir-se ao § 20 do acórdão Romano, o Tribunal tem oscilado: por vezes, a transcrição daquele parágrafo parece ser feita de forma automática, mantendo-se a expressão *force of law*¹⁷¹⁸; o TJ, porém, significativamente, já corrigiu, na versão inglesa, a expressão *force of law*, substituindo-a por *legislative measures*, alinhando, assim, os significados das várias versões linguísticas.¹⁷¹⁹

Reiteramos: o Tribunal apenas quis afastar a hipótese de delegação de poderes de emissão de medidas de carácter legislativo, admitindo, em geral, a possibilidade de organismos não previstos nos Tratados serem municiados do poder de

¹⁷¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, *vide* MERIJN CHAMON, “EU agencies between Meroni and Romano ...”, *cit.*, págs. 1064-1065.

¹⁷¹⁸ Cfr. acórdão do Tribunal, Bernard Grisvard e Georges Kreitz contra Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce de la Moselle, de 1 de Outubro de 1992, processo C-201/91, § 25.

¹⁷¹⁹ Cfr. acórdão do Tribunal, Doris Knoch/Bundesanstalt fuer Arbeit, de 8 de Julho de 1992, processo C-102/91, § 52.

adoção de medidas vinculativas,¹⁷²⁰ assim não olvidando a prática institucional das agências denominadas de decisórias.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o quadro constitucional europeu que o Tribunal teve em conta alterou-se: os artigos 263º, § 1, e 277º do TFUE prevêem expressamente a possibilidade de adopção de actos de alcance geral por órgãos e organismos da União.

68. Processo C-270/12

Com grande relevância para a matéria em análise, encontra-se actualmente em curso o processo C-270/12, recurso interposto pelo Reino Unido a pedir a anulação do artigo 28º do Regulamento (UE) nº 236/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012, relativo às vendas a descoberto e a certos aspetos dos *swaps* de risco de incumprimento.

Sob a epígrafe “Poderes de intervenção da ESMA em circunstâncias excecionais”, dispõe o referido preceito:

“1. Nos termos do artigo 9.º, n.º 5, do Regulamento (UE) n.º 1095/2010, a ESMA deve, sem prejuízo do n.º 2 do presente artigo:

a) Exigir que as pessoas singulares ou coletivas que detenham posições líquidas curtas relativamente a um determinado instrumento financeiro ou classe de instrumentos financeiros comuniquem a uma autoridade competente ou divulguem publicamente informações pormenorizadas sobre quaisquer posições dessa natureza; ou

¹⁷²⁰ Na doutrina, em sentido diferente, vide ALEXANDER TÜRK, “Case law in the area of the implementation of EC law”, in *Shaping European law and policy: the role of committees and comitology in the political process*, European Institute of Public Administration, 1996, pág. 186, e, mais recentemente, MERIJN CHAMON, “EU agencies between Meroni and Romano...”, cit., pág. 1065.

b) Proibir a participação de pessoas singulares ou coletivas, ou impor condições à sua participação, em vendas a descoberto ou transações que criem ou digam respeito a um instrumento financeiro distinto dos instrumentos financeiros a que se refere o artigo 1.º, n.º 1, alínea c), caso o efeito ou um dos efeitos da transação seja conferir uma vantagem financeira a essa pessoa se ocorrer uma redução do preço ou valor de outro instrumento financeiro.

As medidas podem aplicar-se em circunstâncias específicas ou ser sujeitas a exceções especificadas pela ESMA. Podem, em particular, ser especificadas exceções aplicáveis às atividades de criação de mercado e às atividades do mercado primário.

2. A ESMA só pode tomar decisões ao abrigo do n.º 1 se:

a) As medidas referidas no n.º 1, alíneas a) e b), se destinarem a enfrentar uma ameaça para o correto funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou para a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro na União e o caso tiver implicações transfronteiriças; e

b) Nenhuma autoridade competente tiver tomado medidas para enfrentar a ameaça ou uma ou mais autoridades competentes tiverem tomado medidas que não sejam adequadas para enfrentar a ameaça

3. Caso tome as medidas referidas no n.º 1, a ESMA deve ter em conta até que ponto essas medidas:

a) Enfrentam de forma significativa a ameaça para o correto funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou para a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União ou melhoram significativamente a capacidade das autoridades competentes para controlar a ameaça;

b) Não criam riscos de arbitragem regulatória;

c) Não têm efeitos prejudiciais sobre a eficiência dos mercados financeiros, incluindo em termos de redução da liquidez nesses mercados ou de criação de incerteza para os participantes no mercado, que sejam desproporcionados relativamente aos seus benefícios.

Caso uma ou mais autoridades competentes tomem uma medida ao abrigo dos artigos 18.º, 19.º, 20.º ou 21.º, a ESMA pode tomar qualquer das medidas referidas no n.º 1 do presente artigo sem emitir o parecer previsto no artigo 27.º

4. Antes de decidir impor ou prorrogar qualquer das medidas a que se refere o n.º 1, a ESMA consulta o ESRB e, se o considerar apropriado, outras autoridades relevantes.

5. Antes de decidir impor ou prorrogar qualquer das medidas a que se refere o n.º 1, a ESMA notifica as autoridades competentes em questão da medida que se propõe tomar. A notificação deve incluir informações pormenorizadas sobre as medidas propostas, a classe de instrumentos financeiros e as transações a que se aplicam, os elementos comprovativos dos motivos que sustentam as medidas e o momento em que se pretende que estas comecem a produzir efeitos.”

Em causa, fundamentalmente, segundo o Reino Unido, a existência de um *amplo poder discricionário* de que a ESMA goza face aos critérios enunciados no n.º 2 do preceito transcrito acima ou os *juízos de mérito indetermináveis* envolvidos na apreciação dos factores previstos no n.º 3 do mesmo normativo.

Nas conclusões do Advogado-Geral deste processo, propõe-se a anulação do artigo 28º do Regulamento (UE) n.º 236/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012, relativo às vendas a descoberto e a certos aspetos dos *swaps* de risco de incumprimento, mas com fundamento no artigo 114º do TFUE não constituir a base legal correcta para a adopção do diploma.¹⁷²¹

No respeitante à eventual violação de princípios respeitantes à delegação de poderes enunciados no acórdão Meroni, o Advogado-Geral Niilo Jääskinen se defende que se “o Tribunal de Justiça considerasse necessário decidir sobre a conformidade do artigo 28.º do Regulamento (UE) n.º 236/2012 com as regras de direito constitucional relativas à atribuição de competências a uma agência (neste

¹⁷²¹ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, apresentadas em 12 de setembro de 2013, Processo C-270/12, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia e Parlamento Europeu, n.º 102.

caso, à ESMA), diretamente pelo legislador da União, verificaria que foram inteiramente respeitados os requisitos estabelecidos no artigo 291.º TFUE e os princípios constitucionais gerais relativos à atribuição de poderes de execução.”¹⁷²²

Numa perspectiva de moderação da rigidez da denominada doutrina Meroni e de promover o equilíbrio entre os princípios do equilíbrio institucional e do adequado funcionamento do Mercado Interno, acompanhamos as conclusões do Advogado-Geral neste âmbito. Na verdade, a delegação de poderes na União pode ser benéfica para a eficiência da máquina administrativa da União desde que salvaguardadas determinadas condições e garantias, como, em nossa opinião, sucede no processo em apreço.

Desta sorte, os poderes de que a ESMA dispõe ao abrigo do artigo 28.º do Regulamento (UE) n.º 236/2012 parecem-nos enquadrados por critérios que podem ser considerados precisos e sindicáveis jurisdicionalmente: as condições indicadas nos n.ºs 2 e 3, a obrigação de consulta de outras autoridades - *v.g.* CERS – prevista nos n.ºs 4 e 5, bem como a possibilidade de especificação dos poderes de intervenção da ESMA por actos delegados da Comissão (cfr. artigos 30º e 42º.º do Regulamento (UE) n.º 236/2012)¹⁷²³ permitem afirmar a conformidade das prerrogativas atribuídas à ESMA com a doutrina Meroni.

¹⁷²² *Idem*, n.º 101.

¹⁷²³ Cfr., por exemplo, artigo 24º do Regulamento delegado (UE) n.º 918/2012 da Comissão, de 5 de julho de 2012, que complementa o Regulamento (UE) n.º 236/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às vendas a descoberto e a certos aspetos dos *swaps* de risco de incumprimento no que diz respeito a definições, cálculo das posições líquidas curtas, *swaps* de risco de incumprimento soberano cobertos, limiares de comunicação, limiares de liquidez para suspensão das restrições, redução significativa do valor de instrumentos financeiros e acontecimentos desfavoráveis.

Capítulo II

Da interpretação (restritiva) da doutrina Meroni: necessidade de maior flexibilidade

69. A experiência estadunidense

Atendendo às circunstâncias históricas, como explica Tridimas, “é difícil ver como *Meroni* podia ter sido decidido de forma diferente. O Tribunal deparou-se com uma nova e ainda não testada experiência internacional: o estabelecimento de uma instituição internacional na forma de Alta Autoridade a quem os Estados membros tinham delegado poderes discricionários, cujo exercício envolvia valiosos juízos no campo da política económica e a conciliação de objectivos conflitantes. Permitir a tal organismo estabelecer outro organismo e delegar-lhe alguns dos seus poderes não seria apenas uma abrogação das suas responsabilidades mas também uma ameaça à soberania nacional.”¹⁷²⁴

Todavia, *temos por negativa, para a vida institucional da União, a cristalização da interpretação rígida da denominada doutrina Meroni como a jurisprudência do TJUE e a doutrina têm vindo a fazer.*¹⁷²⁵ *À semelhança da experiência norte-americana, também nós defendemos, na União, a flexibilização da “non delegation doctrine”, adequadamente compensada com um conjunto de mecanis-*

¹⁷²⁴ Vide TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies, ...”, *cit.*, pág. 245.

¹⁷²⁵ Segundo Filippo Donati, as limitações jurídicas à delegação de poderes consagradas na doutrina Meroni podem “explicar porque, não obstante o constante desenvolvimento da acção comunitária em novos sectores, o legislador comunitário não procedeu à instituição de novos órgãos, diversos daqueles previstos no Tratado CE, com funções e poderes similares àqueles das autoridades independentes de marca anglo-saxónica ou continental.” Vide FILIPPO DONATI, “Le autorità indipendenti tra diritto comunitário e diritto interno”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/06, Giuffrè, pág. 41.

mos de “*accountability*” *vária*¹⁷²⁶ e o reforço de poderes dos órgãos legislativos sobre as delegações¹⁷²⁷.

Com efeito, nos *Estados Unidos da América*, após a afirmação jurisprudencial originária de uma *doutrina de não delegação*¹⁷²⁸, fortemente enraizada em preocupações de salvaguarda de um entendimento estrito do princípio da separação de poderes, com o decorrer do tempo, na prática, os tribunais americanos raramente a aplicaram, embora nunca renunciassem formalmente a esta doutrina.¹⁷²⁹

Firmemente estabelecida na Constituição e profundamente enraizada na filosofia política americana, a doutrina da *non delegation* teve de se adaptar às necessidades práticas impostas pela crescente complexidade técnica das questões que o legislador e os juízes eram chamados a lidar no domínio económico; a definição de legislação detalhada susceptível de ser gradualmente modificada é tarefa para organismos especializados em cada sector, assim se dispensando, pragmaticamente, o Congresso de funções que este não desempenha eficientemente e evitando a sobrecarga da administração e dos tribunais.¹⁷³⁰

Não podendo o Congresso delegar poderes em si próprio, mas apenas no Presidente e nas agências reguladoras emergentes, consideradas por muitos um *verdadeiro quarto ramo de poder público*¹⁷³¹, revestiram-se as delegações de poderes de salvaguardas de ordem judicial¹⁷³² e de controlos legislativos.

¹⁷²⁶ Cfr. nºs 81-92. (???)

¹⁷²⁷ Cfr. nº 26.1.4.

¹⁷²⁸ Cfr. acórdãos do Supremo Tribunal de 1935, *A.L.A Shechter Poultry Corp. v US*. 295 U.S. 495 e *Panama Refining Co. V Ryan*, 293 U.S. 388.

¹⁷²⁹ Vide GIANDOMENICO MAJONE, “Strategy of regulatory...”, *cit.*, pág. 71.

¹⁷³⁰ Vide CHRISTIAN STOFFAËS, “Network regulation on a federal scale...”, *cit.*, pág. 142.

¹⁷³¹ Vide P.L. SRAUSS, “The place of agencies in the government: separation of powers and the fourth branch”, in *Columbia Law Review*, 84 (3), 1984, págs. 573-633.

¹⁷³² Sobre as limitações do controlo judicial, a *deferência* dos tribunais americanos relativamente ao espaço de discricionariedade ou à margem de apreciação das *agencies*, vide REUEL E. SCHILLER, “The era of deference: courts, expertise and the emergence of New Deal administrative law”, in *Michigan Law Review*, Volume 106, nº 3, Dezembro 2007, págs. 399-442.

De acordo com as condições impostas pelo *Supreme Court*, as delegações não poderiam envolver escolhas discricionárias, e ter-se-iam de cingir à mera execução dos actos do Congresso, com os delegatários a concretizar os detalhes das matérias em causa no quadro de *princípios legislativos inteligíveis* (*intelligible principles*) emanados do poder legislativo, ao qual cabia, assim, a definição desses *elementos legislativos essenciais*.

Como nota Cass Sunstein, “ao assegurar que a execução da lei está vinculada a princípios inteligíveis, a doutrina da não delegação serve o propósito de (...) disciplinar a discricionarieidade na implementação por parte de administradores não eleitos e burocratas.”¹⁷³³

Tendo o *Supreme Court* continuado sempre a afirmar a importância da *non delegation doctrine*, a indefinição sobre a *essencialidade* das escolhas legislativas conduziu a clara deferência perante amplas delegações promovidas pelo Congresso, admitindo-se, na prática, delegações de poderes enquadradas apenas por directivas bastante gerais.¹⁷³⁴

.../..._____

Fundamental para esta contenção judiciária nas relações com a administração em geral e as agências em particular, foi a famosa decisão *Chevron (Chevron U.S.A, Inc versus National Resources Defense Council, Inc)* a qual afirmava, na falta de uma decisão clara do Congresso noutro sentido, o dever de os tribunais respeitarem as interpretações razoáveis que as agências houvessem feito das leis. Sobre este aresto, *vide* CASS R. SUNSTEIN, “Law and administration after ‘Chevron’”, *in Columbia Law Review*, Volume 90, nº 8, Dezembro 1990, págs. 2071-2120.

¹⁷³³ *Vide* CASS R. SUNSTEIN, “Nondelegation canons”, *in University of Chicago Law Review*, volume 67, nº 2, 2000, pág. 320. Na perspectiva do autor, a doutrina da não delegação (*non delegation doctrine*) evoluiu e converteu-se num complexo de cânones de não delegação (*nondelegation canons*), “os quais proíbem as agências executivas de tomar decisões por si próprias” (pág. 315).

¹⁷³⁴ *Cfr.*, por exemplo, acórdão do Supremo Tribunal *Touby v US.*, 500 U.S. 160, de 1991. Para maiores desenvolvimentos sobre a jurisprudência e doutrina norte americanas neste âmbito, *vide* FRANÇOIS VAN DER MENSBRUGGHE, “The danger of excessive delegations...”, *cit.*, págs. 117-118 e 126-129.

É de salientar na doutrina norte-americana recente haver quem considere a necessidade de inversão do caminho trilhado pela *Supreme Court*, defendendo que esta instância “decida se quer continuar na direcção deste beco sem saída ou pelo contrário deferir ao Ramo Executivo, ao ‘ramo político’ que ‘é directamente *accountable* ao povo’”. *Vide* JACOB LOSHIN e AARON NIELSON, “Hiding non-

.../...

Para além desta relativização judicial da *non delegation doctrine*, a prerrogativa de veto (legislativo) reconhecida às duas Câmaras do Congresso traduzia a *accountability* política, o controlo democrático necessário a contrabalançar um poder executivo crescente.

Por último, e em especial após a declaração de inconstitucionalidade do veto (legislativo), o sistema de *checks and balances* norte-americano procurou compensar a (indispensável) expansão do Estado administrativo através do incremento da participação de privados no processo decisório e de outros controlos vários (v.g. poderes orçamentais e investigações do Congresso).¹⁷³⁵

Por sua vez, na UE, e sem deixar de reafirmar inequivocamente os princípios democrático e de responsabilização política, julgamos também inevitável, por razões de eficiência administrativa e de praticabilidade da governação europeia, admitir, de forma mais lata, a delegação de poderes, desde que adequadamente contrabalançada (a maior discricionariedade de organismos como as agências) com um sistema de controlos institucionais e informais vários.

Assim, para além de mecanismos de *accountability* diversos, da consagração pelo Tratado de Lisboa da possibilidade de veto legislativo em matéria de actos delegados e da indefinição ou vaguidade sobre o que são opções legislativas essenciais¹⁷³⁶, o Tribunal de Justiça, após ter afirmado no acórdão Meroni o princípio da não delegação, deveria, à semelhança do sucedido nos Estados Unidos, relativizar as consequências desse princípio, facilitando, na prática decisória, as delegações no executivo, essenciais nos tempos actuais, tempos em que o poder legislativo não oferece a capacidade técnica nem a celeridade do poder executivo¹⁷³⁷.

.../... _____

delegation in mouseholes”, in *Administrative Law Review*, volume 62, nº 1, Inverno 2010, pág. 68.

¹⁷³⁵ Vide ROBERT SCHÜTZE, “Delegated legislation in the (new) European Union...”, *cit.*, págs. 666-669.

¹⁷³⁶ Cfr. nºs 24-26.

¹⁷³⁷ Trata-se, no fundo, de diferenciar na União as tarefas de *legislar*, a exercer pelas instituições pertinentes, e de *regular*, actividade próxima da execução administrativa a cargo dos Estados

.../...

Como explica Xénophon Yataganas, “enquanto os americanos adoptam uma abordagem realística e pragmática, os europeus permanecem sempre prisioneiros de um flagrante legalismo dogmático. Esta aproximação dogmática é especialmente visível no respeitante à delegação de poderes reguladores a envolver uma verdadeira margem discricionária. Encontra-se baseada numa concepção rígida de equilíbrio institucional na Comunidade baseada em jurisprudência com mais de 45 anos de idade [actualmente 55 anos] que bloqueia qualquer desenvolvimento dos mecanismos decisórios europeus.”¹⁷³⁸ (parêntesis nosso) Sendo desejável uma *interpretação (mais) flexível da doutrina Meroni, num quadro de ponderada articulação entre a eficiência da administração comunitária e os valores do equilíbrio entre instituições e da democraticidade*,¹⁷³⁹ não basta, todavia, sustentar, sem mais, transferências de poderes discricionários para agências .../...

membros e que envolve necessariamente alguma margem de discricionariedade. *Vide* XÉNOPHON A. YATAGANAS, “Delegation of regulatory authority in the European Union...”, *cit.*, pág. 32.

¹⁷³⁸ *Idem*, pág. 55.

¹⁷³⁹ Segundo Majone, a delegação de poderes regulatórios genuínos nas agências não contenderia com o princípio do equilíbrio institucional mas, pelo contrário, permitiria a adaptação deste às condições actuais da vida comunitária. *Vide* GIANDOMENICO MAJONE, “Managing Europeanization. The European agencies”, in *The institutions of the European Union*, 2ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2006, pág. 194. O autor parece, assim, abandonar a posição de que a outorga daqueles poderes a agências europeias implicaria a revisão do Tratado. *Vide* GIANDOMENICO MAJONE, “Delegation of regulatory powers in a mixed polity”, in *European Law Journal*, 8 (3), 2002, págs. 328-337.

Damien Geradin sustenta a revisão/flexibilização da doutrina Meroni para permitir a criação de agências reguladoras europeias similares às agências norte-americanas, isto é, dotadas de amplos poderes (de tipo legislativo, executivo e *quasi*-jurisdicional). Segundo o autor, “a experiência dos EUA ensina-nos que uma interpretação flexível da doutrina da delegação não é apenas compatível com o equilíbrio institucional entre os ramos de governo, como pode ainda reforçar esse equilíbrio, permitindo a esses ramos que se foquem nos seus domínios nevrálgicos.” (pág. 15.) O autor defende, porém, que “na ausência de um acórdão do Tribunal de Justiça da União derogatório de Meroni, a única forma de permitir a criação de agências reguladoras europeias seria a modificação do Tratado.” (pág. 51), *vide* DAMIEN GERADIN, “The development of European Regulatory Agencies...”, *cit.*

.../...

européias ou considerar que a configuração de mandatos limitados permitiria a compatibilização do princípio do equilíbrio institucional com o processo de agenciamento¹⁷⁴⁰.

Na realidade, o acórdão Meroni estabelece expressamente a proibição de delegar poderes discricionários e, por outro lado, mandatos estritamente delimitados não significam *per se* ausência de poderes discricionários no âmbito das fronteiras desses mandatos¹⁷⁴¹, conquanto seja forçoso reconhecer a clareza do enquadramento dos mandatos como fundamental, designadamente em sede de controlo judicial (da actividade das agências europeias)...

.../..._____

Em sentido oposto, Luís Catarino recusa qualquer alteração da leitura tradicional da jurisprudência Meroni, uma vez que tal “implicaria uma profunda *deslegalização*, um curto-circuito (*bypass*) ao procedimento de co-decisão e uma alteração do equilíbrio institucional de poderes na União.” *Vide* LUÍS CATARINO, “A reforma da regulação financeira na União Europeia: refracção do movimento do Direito Administrativo Global”, no prelo, pág. 43.

¹⁷⁴⁰ *Vide* RONALD VAN OOIK, “The growing importance of agencies in the EU”, in *Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005, págs. 150-152. No mesmo sentido, Tom Zwart considera compatível com os critérios de Meroni a delegação de “poderes discricionários a agências no âmbito de um domínio limitado”. *Vide* TOM ZWART, “La poursuite du père Meroni...”, *cit.*, pág. 167.

¹⁷⁴¹ Neste sentido, cfr. o reconhecimento pelo Tribunal de Primeira Instância “de uma ampla margem de apreciação de que o ICSV [Instituto Comunitário das Variedades Vegetais] dispõe no que respeita a apreciações botânicas complexas” (parêntesis nosso). Cfr. acórdão do TPI Ralf Schröder contra Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (ICVV), de 19 de Novembro de 2008, Processo T-187/06, nº 73.

70. Do princípio do equilíbrio institucional

70.1. Princípio do equilíbrio institucional: valências

Segundo alguma doutrina, tendo em conta o cariz *sui generis* da UE, é mais rigoroso falar-se em princípio do equilíbrio institucional do que em princípio da separação de poderes.¹⁷⁴²

Para Giandomenico Majone, por exemplo, a separação de poderes encontra-se para o constitucionalismo moderno como o equilíbrio institucional para o muito mais antigo *mixed government*. Ora, se a separação de poderes de Montesquieu e a teoria do *mixed government* partilham a ideia de usar diferentes poderes para se equilibrar uns aos outros, aquela refere-se à separação de *ramos do governo*, enquanto no modelo de *mixed government* a divisão de poderes foi concebida para equilibrar *diferentes interesses políticos e sociais*.¹⁷⁴³

Neste sentido, a União é melhor entendida, em termos constitucionais, como uma versão de *mixed government*, caracterizando-se, essencialmente, pela dificuldade de localizar funções em instituições específicas (v.g. um processo legislativo envolvendo Conselho, Parlamento e Comissão, poderes executivos exercidos pelos Estados membros e, ao nível centralizado, partilhados pelo Conselho e Comissão).¹⁷⁴⁴

Nas palavras de George Bermann, “a estrutura da União Europeia *nunca* se baseou tanto na noção de separação de poderes (mesmo em termos modificados)

¹⁷⁴² Diferentemente, Gerard Conway defende a adequação descritiva da análise da separação de poderes para grande parte do funcionamento da UE, considerando o princípio do equilíbrio institucional demasiadamente vago e indeterminado para constituir alternativa satisfatória àquela análise. Vide GERARD CONWAY, “Recovering a separation of powers in the European Union”, in *European Law Journal*, volume 17, nº 3, Maio 2011, pág. 304.

¹⁷⁴³ Vide GIANDOMENICO MAJONE, “Strategy of regulatory reform”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, págs. 61-62.

¹⁷⁴⁴ Para maiores desenvolvimentos à luz do Tratado de Lisboa, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Tratado de Lisboa (algumas notas)”, *cit.*

como o fez na noção de equilíbrio institucional. O resultado sempre foi o de haver maior clareza e proeminência da estrutura do que clareza e proeminência da função.”¹⁷⁴⁵

Com o Tratado de Lisboa e a tentativa de melhor separar as funções legislativa e executiva da União (v.g. Comissão como única beneficiária de delegação de poderes por actos legislativos, PE e Conselho sem poder de veto em sede comitológica),¹⁷⁴⁶ alguma doutrina vislumbra um processo de substituição do princípio do equilíbrio institucional pelo princípio da separação de poderes.¹⁷⁴⁷

Vendo bem as coisas, e independentemente de se falar em separação de poderes ou equilíbrio institucional, *a ideia central é a da não concentração ou limitação de poderes, com os checks and balances entre diferentes ramos de poder público a constituírem condição de democracia e de Estado de Direito em qualquer sistema político.*

Mutatis mutandis, fundamental é a moderação no exercício do poder público, um balanceamento dos poderes, uma não cumulação da puissance publique num qualquer centro institucionalizado de poder; mais do que falar-se numa confusão de poderes na União, devem ser acentuadas as afinidades entre o princípio do equilíbrio institucional e a separação de poderes flexível cada vez mais presente nos direitos constitucionais dos Estados membros, assumindo os Executivos frequentemente funções legislativas (v.g. Portugal).¹⁷⁴⁸

Deste modo, na União, cada instituição actua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados¹⁷⁴⁹ e ao Tribunal cabe garantir o sistema de divisão de poderes gizado nos Tratados, impedindo, designadamente, a interferência de uma instituição na esfera de competências de outra instituição ou determinadas delegações de poderes noutras instituições ou em órgãos externos.

¹⁷⁴⁵ Vide GEORGE A. BERMAN, “Executive power in the new...”, *cit.*, pág. 443.

¹⁷⁴⁶ Cfr. n.ºs 26-35.

¹⁷⁴⁷ Vide CLAUDE BLUMANN, “Un nouveau depart pour la comitologie...”, *cit.*, pág. 35 e ss.

¹⁷⁴⁸ Vide LAETITIA GUILLOU, *La loi dans l’ Union Européenne...*, *cit.*, págs. 340-344.

¹⁷⁴⁹ Cfr. artigo 13.º, n.º 2, do TUE.

*E assim, ao garantir a manutenção da divisão de poderes entre as instituições e os processos decisórios conforme delineados pelos Tratados, o Tribunal protege os interesses da vida institucional da União e concomitantemente as garantias das pessoas.*¹⁷⁵⁰

70.2. Princípio do equilíbrio institucional e protecção dos direitos na jurisprudência do TJUE

Conquanto reconhecamos, em alguns processos decisórios prescritos pelos Tratados, a prevalência do interesse do equilíbrio entre instituições sobre a protecção dos indivíduos¹⁷⁵¹, *consideramos, em geral, o aspecto garantístico como a dimensão fundamental do princípio do equilíbrio institucional.*

Como pondera Jean Paul Jacqué, “Para o Tribunal, o princípio [do equilíbrio institucional] é um substituto do princípio da separação de poderes que, na filosofia originariamente exposta por Montesquieu, procurava proteger os indivíduos contra o abuso de poder. Na ausência da separação de poderes, o princípio do equilíbrio institucional tornou possível garantir às empresas que a modificação do equilíbrio institucional não poria em questão o processo decisório desenhado pelos Tratados e as garantias adjacentes fornecidas pelos Tratados.”¹⁷⁵² (parêntesis nosso)

Referido pela primeira vez no caso Meroni, a preocupação fundamental com a salvaguarda do princípio do equilíbrio institucional visava aqui essencialmente a garantia dos direitos dos privados contra abusos de poder, isto é, asse-

¹⁷⁵⁰ É frequente a invocação pelo Tribunal do princípio do equilíbrio institucional. Exemplificativamente, cfr. acórdãos *Roquette Frères vs Conselho*, processo C-138/79, nº 33, *Maizena GmbH vs Conselho*, processo C-139/79, nº 34, *Wybot vs Faure*, processo C-149/85, nº 23.

¹⁷⁵¹ Cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal *Vreugdenhil BV vs Comissão*, processo C- 282/90, nº 20.

¹⁷⁵² Vide JEAN-PAUL JACQUÉ, “The principle of institutional balance”, in *Common Market Law Review*, volume 41, nº 2, Abril 2004, pág. 384.

gurar a manutenção do regime de protecção judicial do Tratado no caso de externalização de determinadas tarefas a organismos privados.

Nas conclusões do Advogado-Geral Roemer relativas a esse processo é notória a preocupação primacial com o respeito da protecção judicial estabelecida no Tratado quanto aos actos praticados pelos entes privados, o que passaria, na opinião daquele magistrado, por equiparar estes actos aos actos da Alta Autoridade ou incumbir esta da decisão final.¹⁷⁵³ E, sem deixar de estar imbuído da mesma preocupação fundamental do Advogado-Geral, o Tribunal, porém, procurou salvaguardar o aspecto garantístico do princípio do equilíbrio institucional através da circunscrição dos delegatários a meros poderes de execução, considerando que apenas o exercício de competências discricionárias seria susceptível de lesar as garantias judiciais previstas no Tratado.

Em termos distintos (e contraditórios...), o Tribunal, um ano mais tarde, optou por equiparar uma notificação que os mesmos entes privados do caso Meroni dirigiram a uma empresa para pagamento de quantia em dívida a uma decisão da Alta Autoridade, porquanto, de outro modo, tal notificação não seria sindicável.¹⁷⁵⁴

Quer-nos parecer que o Tribunal, no acórdão Meroni, não foi feliz ao enredar-se numa complexa distinção entre poderes de execução (rectius, poderes vinculados...) e poderes discricionários, em detrimento da equiparação dos actos dos entes privados em questão aos da Alta Autoridade.

Destarte, ao salientar aparentemente mais os requisitos da delegação em organismos privados do que a preocupação com o regime de protecção judicial do Tratado no caso de a delegação ocorrer, o Tribunal propiciou um entendimento estrito do princípio Meroni, pouco favorável à eficiência institucional da integração europeia no futuro.

¹⁷⁵³ Para maiores desenvolvimentos, vide MERIJN CHAMON, “EU agencies: does the Meroni doctrine make sense?”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 17, nº 3, 2010, págs. 296-297.

¹⁷⁵⁴ Cfr. acórdão do Tribunal Société Nouvelle des Usines de Pontlieue – Acieries du Temple (SNUPAT) contra Alta Autoridade, processos 32/58 e 33/58.

Também nas conclusões do Advogado Geral Jean-Pierre Warner, relativas ao acórdão Romano, a preocupação fundamental parece ser a de garantir a protecção judicial efectiva na CEE: não deixando de salientar a inexistência no Tratado de qualquer elemento que habilitasse o Conselho a delegar poderes normativos (rectius com força obrigatória...) num órgão como a Comissão Administrativa, mas apenas na Comissão (artigo 155º do TCEE), essencial para aquele magistrado era a ausência de competência do Tribunal para se pronunciar sobre a legalidade de um acto de um organismo não previsto no elenco institucional do Tratado (artigos 4º, 173º e 177º do TCEE).¹⁷⁵⁵

Segundo Warner, a instituição de um órgão administrativo capaz de tomar decisões vinculativas, insusceptíveis de controlo judicial pelo Tribunal, seria incompatível com o sistema do Tratado e com os princípios constitucionais básicos consagrados nos Estados membros e em qualquer Estado civilizado.¹⁷⁵⁶

Conforme referimos acima,¹⁷⁵⁷ *o Tribunal, ao afirmar a impossibilidade de o Conselho habilitar uma Comissão Administrativa a adoptar actos de carácter normativo, não deixou de ponderar também a incompatibilidade da insindicabilidade judicial de actos (vinculativos) de organismos não previstos no TCEE com o sistema jurisdicional arquitectado nesse Tratado.*

71. Interesses políticos e princípio Meroni

Pelo acabado de expor, *a ratio essencial do princípio Meroni é a de evitar a ausência de controlo de actos adoptados por órgãos não submetidos à jurisdição comunitária.*

Sendo assim, *como os actos (destinados a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros) das agências se encontram submetidos ao controlo do Tri-*

¹⁷⁵⁵ Cfr. conclusões do Advogado Geral M. Jean-Pierre Warner, apresentadas em 20 de Novembro de 1980, relativas ao processo 98/80, Romano/INAMI, acórdão proferido em 14 de Maio de 1981, *in Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1981 -4, págs. 1264-1265.

¹⁷⁵⁶ *Idem*, pág. 1265.

¹⁷⁵⁷ Cfr. nº 68 (ac Romano)???

bunal (ex vi de preceitos específicos dos regulamentos instituidores destes organismos¹⁷⁵⁸ e, recentemente, do próprio Tratado¹⁷⁵⁹), temos por razoável e justificada uma leitura menos estrita do aresto Meroni e a possibilidade de as agências serem dotadas de poderes mais amplos.

Não ignoramos que *a interpretação restritiva do princípio Meroni parece servir o interesse político da Comissão em circunscrever os poderes conferidos às agências europeias¹⁷⁶⁰, limitando-se assim o papel dos Estados-membros, os quais controlam as estruturas orgânicas destas agências...* Nas palavras de Peter Craig, “deve ser (...) reconhecido que em certos quadrantes políticos há um desejo de preservar os limites da delegação vazados pelos tribunais comunitários por razões que vão para além da autoridade formal da doutrina judicial.

Considere-se a este respeito a perspectiva da Comissão.”¹⁷⁶¹

¹⁷⁵⁸ V.g. artigo 50º do Regulamento EASA.

¹⁷⁵⁹ Cfr. artigo 263º, § 1, do TFUE.

¹⁷⁶⁰ Na excelente síntese de Renaud Dehousse, as limitações das agências europeias resultam de “medos” diversos: da Comissão que, “naturalmente inclinada a maximizar o seu próprio poder como a maior parte das estruturas burocráticas, receia a emergência de potenciais rivais que fiquem mais expostos à influência dos Estados membros. Da perspectiva da Comissão, a delegação é frequentemente apenas a segunda melhor alternativa, que aceitará apenas se convencida de que a extensão dos seus próprios poderes não será provavelmente aprovada pelo Conselho”; dos Estados membros, porquanto “como regra, mesmo quando os governos nacionais aceitam a necessidade de incrementar a cooperação europeia, eles tendem a opor-se à garantia de poderes mais significativos para a Comissão”, para assim não se colocar em risco as administrações nacionais; do Parlamento Europeu, “que receia ser amputado dos seus poderes legislativos pelas agências regulatórias apesar do facto de a sua própria influência sobre a Comissão ter vindo a crescer na última década.” Vide RENAUD DEHOUSSE, “Delegation of powers in the European Union: the need for a multi-principals model”, in *West European Politics*, Volume 31, nº 4, Julho 2008, pág. 796.

¹⁷⁶¹ Vide PETER CRAIG, *EU administrative law*, cit, pág. 162.

Também Edoardo Chiti questiona: “O princípio do equilíbrio institucional é e continuará a ser a chave para definir as características e poderes das agências europeias. Mas, será que a exigência de que não seja alterado o equilíbrio geral das instituições estabelecido pelo Tratado realmente implica que às agências europeias tenham de ser concedidos apenas poderes não discricionários? Ou não será antes o caso de a interpretação rígida do princípio do equilíbrio institucional, com base

.../...

Na verdade, em nome do equilíbrio de poderes, a Comissão destacou, por diversas vezes, a necessidade de limitar o poder das agências à adopção de decisões individuais, sobretudo em áreas com um único interesse público predominante e a exigir conhecimentos técnicos específicos, e de sujeitá-las a sistema eficaz de supervisão e controlo.¹⁷⁶² E reconhecendo a hipótese de as práticas decisórias das agências fundarem a codificação de certas normas de aplicação, a Comissão não deixou de salientar amiúde a interdição de estes organismos tomarem medidas normativas, pois tal implicaria a arbitragem de interesses públicos contraditórios, a realização de avaliações económicas complexas, o exercício de poderes discricionários e, assim, a subversão dos princípios da ordem jurídica comunitária.¹⁷⁶³

Numa palavra: *se não fossem decisivos os interesses políticos, seria viável e natural a flexibilização da doutrina Meroni, com acentuação da importância do reforço dos mecanismos de controlo (judicial e legislativo) e de transparência aplicáveis ao funcionamento das agências, em detrimento da manutenção do entendimento estrito em matéria de delegação vazado pelo Tribunal em contexto completamente diferente do actual.*¹⁷⁶⁴

.../..._____

em Meroni, esconder a preferência política da Comissão? Se assim for, porque não justificar tal preferência (legítima) com fundamentos políticos?” *Vide* EDOARDO CHITI, “An important part of the EU’s institutional machinery...”, *cit.*, pág. 1424.

¹⁷⁶² Cfr. Livro Branco sobre a Governança Europeia, de 25.7.2001, COM (2001) 428 final, Bruxelas, pág. 27.

¹⁷⁶³ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento..., *cit.*, pág. 8, e Comunicação da Comissão - Agências europeias..., *cit.*, pág. 5.

De referir que, a partir do projecto de acordo interinstitucional sobre agências europeias, a Comissão deixa de invocar a restrição relativa ao desenvolvimento de “avaliações económicas complexas”, assim compatibilizando os seus documentos com a prática de numerosas agências exercerem funções em matérias com implicações de cariz económico.

¹⁷⁶⁴ Na mesma linha, Ellen Vos defende: “O princípio do equilíbrio de poderes que subjaz a toda a estrutura constitucional da Comunidade não se veria contrariado na medida em que o aumento de competências fosse acompanhado pelo reforço ou reequilíbrio das instituições existentes e se preservassem as garantias constitucionais para a adopção de decisões.” *Vide* ELLEN VOS, “Reforming the European Commission...”, *cit.*, pág. 1123.

Entre outras diferenças, hodiernamente, os poderes das agências europeias são-lhes directamente conferidos por legislação secundária (Conselho/Parlamento Europeu) e não resultam de delegação de prerrogativas cometidas originariamente pelos Tratados à Comissão (Alta Autoridade na CECA), num quadro de diferentes organizações internacionais, com tratados constitutivos de natureza bem diferente.

Na verdade, conforme acentuava alguma doutrina, *o Tratado CECA era um tratado-lei*, sendo a Alta Autoridade dotada de poderes regulatórios e de execução importantes e pormenorizados, *ao passo que o Tratado CEE (actual TFUE) constituía um tratado-quadro*, com os poderes de execução a caberem, em primeira linha, às administrações nacionais.

Desta forma, na CEE (posteriormente CE, actual UE), a atribuição de poderes a agências europeias resultaria da retirada ou transferência de poderes estaduais e não de delegações de poderes por instituições da União, não sendo, por isso, aplicável o acórdão Meroni.¹⁷⁶⁵

Por outro lado, *a delegação de poderes em causa no acórdão Meroni refere-se à delegação em entidades privadas e não em entes públicos como são as agências europeias, razão pela qual é errado transpor sem mais as conclusões do aresto para o quadro destes organismos.*

Por fim, mesmo no âmbito do Tratado CECA, não pode olvidar-se o facto de a jurisprudência do Tribunal ter sido contraditória com o princípio Meroni, ao admitir em processos posteriores a possibilidade de a Comissão delegar limitados poderes de execução em organismos externos, incluindo de direito privado.¹⁷⁶⁶

¹⁷⁶⁵ Exemplificativamente, *vide* M. EVERSON, “Independent agencies: hierarchy beaters?”, *in European Law Journal*, 1995, págs. 180-204.

¹⁷⁶⁶ Cfr. acórdãos do Tribunal Haute autorité/Barge, processo C-18/62, 1962, Macchiorlati Dalmas e Figli SAS contra Alta Autoridade da CECA, de 22 de Março de 1966, processo 30-65. Neste sentido, *vide* XÉNOPHON A. YATAGANAS, “Delegation of regulatory authority in the European Union...”, *cit.*, pág. 29.

Em suma: não obstante a ausência de constitucionalização do papel das agências na execução do Direito da União,¹⁷⁶⁷ temos como possível, quiçá imperativa, a adequação do entendimento jurisprudencial do equilíbrio de poderes à realidade crescente de agências dotadas de poderes de natureza decisória, em nome do próprio funcionamento adequado do Mercado Único.

¹⁷⁶⁷ Cfr. artigos 290º e 291º do TFUE.

TÍTULO V

Base Jurídica

Capítulo I

Da delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros

72. Do princípio da atribuição de competências e do alargamento dos poderes de acção da União

Em virtude do *princípio da atribuição de competências*,¹⁷⁶⁸ a União apenas pode agir com base em competências que lhe são conferidas pelos Estados membros, permanecendo nestes todas as demais. Deste verdadeiro *princípio da especialidade* podemos concluir, com Fausto de Quadros, ser “incorrecto, no plano jurídico, conceber-se a União como um Estado (e, por maioria de razão, chamar-lhe displicentemente super-Estado, conceito desconhecido do Direito Constitucional).”¹⁷⁶⁹

Por isso, porque não dispõe da competência das competências, vale dizer, de competência jurídica genérica (*Allzuständigkeit*), a capacidade jurídica da União encontra-se confinada às atribuições conferidas pelos Tratados, podendo as instituições, órgãos e organismos europeus intervir apenas com fundamento numa disposição, numa base jurídica contida nos Tratados.

Com o Tratado de Lisboa, refere-se a existência de uma verdadeira “obsessão” pelo princípio das atribuições, no contexto de uma (*nova*) filosofia de

¹⁷⁶⁸ Cfr. artigos 4º, nº 1, 5º, nºs 1 e 2, do TUE, 7º do TFUE e 51º da CDFUE.

¹⁷⁶⁹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, anotação ao artigo 4º do TUE, *cit.*, pág. 34.

integração europeia,¹⁷⁷⁰ limitadora da expansão contínua das competências da UE e em benefício de um maior controlo (democrático) por parte dos Estados membros, conforme resulta, por exemplo, do reforço das prerrogativas dos Parlamentos nacionais em sede de controlo dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade ou da previsão do *repatriamento das competências* nacionais, através do procedimento de revisão comum¹⁷⁷¹ ou por via legislativa¹⁷⁷².

Na ausência de preceitos do Tratado expressamente consagradores de poderes de acção às autoridades europeias, tem-se deduzido de poderes explicitamente conferidos à União a existência implícita de competências estreitamente associados a estes poderes (*teoria das competências implícitas*).¹⁷⁷³

Trata-se de teoria formulada pelo Tribunal a propósito da celebração de acordos internacionais,¹⁷⁷⁴ que reconhece a competência da Comunidade para

¹⁷⁷⁰ Vide LUCIA SERENA ROSSI, “Does the Lisbon Treaty provide a clearer separation of competences between EU and member states?”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, págs. 85-106.

¹⁷⁷¹ No artigo 48º, nº 2, do TUE, prevê-se, de modo expresse mas inédito, a possibilidade (já existente) de “reduzir as competências atribuídas à União pelos Tratados”. Em geral, sobre os procedimentos de revisão dos Tratados, vide BRUNO DE WITTE, “Treaty revision procedures after Lisbon”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, pág. 107 e ss.

¹⁷⁷² Nos termos da Declaração sobre a delimitação de competências (nº 18), “quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua ou tenha decidido deixar de a exercer. Esta última situação ocorre quando as instituições competentes da União decidem revogar um acto legislativo, designadamente para melhor garantir o respeito constante dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. O Conselho, por iniciativa de um ou mais dos seus membros (representantes dos Estados-Membros) e em conformidade com o artigo 241.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode solicitar à Comissão que apresente propostas com vista à revogação de actos legislativos.”

¹⁷⁷³ Vide MARIA LUÍSA DUARTE, A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros, Lex, Lisboa, 1997.

¹⁷⁷⁴ Em geral, para uma crítica dos excessos da interpretação (teleológica, sistemática e actualista) desenvolvida pelo Tribunal e o modo como assim se coloca em causa o papel limitador do princí-

celebrar acordos internacionais como resultante não só de atribuições expressas do Tratado como decorrente de modo implícito de outras disposições do Tratado e dos actos adoptados, no âmbito dessas disposições, pelas instituições da Comunidade.¹⁷⁷⁵

Neste sentido, o Tribunal de Justiça concluiu ainda que sempre que o direito comunitário confira às referidas instituições competências no plano interno, com vista a realizar um objectivo determinado, a Comunidade é investida da competência para assumir as obrigações internacionais necessárias à realização desse objectivo, mesmo na falta de uma disposição expressa nesse sentido.¹⁷⁷⁶

Do mesmo modo, o artigo 352º do TFUE (ex-artigo 308º do TCE) permite também adoptar as disposições necessárias à concretização dos objectivos da União quando inexistam as bases jurídicas necessárias no Tratado, a possibilitar a superação de desajustamentos entre as missões cometidas à União e os poderes atribuídos às instituições, órgãos e organismos comunitários para as realizar.¹⁷⁷⁷

Similarmente (ainda), o artigo 115º do TFUE parece configurar igualmente um expediente técnico que permite um verdadeiro alargamento das competências da União, ao conferir ao Conselho, por deliberação unânime, de acordo com um processo legislativo especial e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adoptar directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno.

.../..._____

pio da competência por atribuição, *vide* MARIA LUÍSA DUARTE, “Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia”, *in Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Volume II, Coimbra Editora, 2006, pág. 370 e ss.

¹⁷⁷⁵ Cfr. acórdão do Tribunal de 31 de Março de 1971, Comissão contra Conselho, processo C-22/70, nº 16.

¹⁷⁷⁶ Cfr. Parecer do Tribunal 1/03, de 7 de Fevereiro de 2006, nº 114.

¹⁷⁷⁷ Para uma interpretação extensiva do artigo 308º do TCE (actual artigo 352º do TFUE), defendendo mesmo o potencial ilimitado da actividade legislativa da Comunidade, *vide* KOEN LE-NAERTS, “Constitutionalism and the many faces of federalism”, *in American Journal of Comparative Law*, volume 38, nº 2, 1990, págs. 205-293.

73. Exercício das competências da União e princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade

No exercício das atribuições conferidas à União, dois princípios têm de ser respeitados: o da subsidiariedade e o da proporcionalidade, princípios distintos mas fortemente imbricados. Dispõe o artigo 5º, nº 1, do TUE:

“A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.”

Creemos que o *princípio da subsidiariedade*¹⁷⁷⁸ constitui o mais relevante princípio estruturador do processo da integração europeia, tendo em conta a sua função descentralizadora ou descentrante¹⁷⁷⁹: privilegiar, no âmbito das competências não exclusivas da União, a decisão dos Estados membros, enquanto poder público mais próximo dos cidadãos, em detrimento das instâncias europeias, salvo se, devido à dimensão ou aos efeitos da acção considerada, os objectivos desta acção puderem ser mais bem alcançados ao nível da União.¹⁷⁸⁰

Deste modo, mais do que um mero *princípio regulador da delimitação de competências entre a União e os Estados membros, o princípio da subsidiariedade acaba por funcionar, fundamentalmente, como uma salvaguarda das competências nacionais, num claro contributo para o respeito da identidade do Estado Nação* no seio da UE.

¹⁷⁷⁸ Vide FAUSTO DE QUADROS, O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia, Almedina, Coimbra, 1995.

¹⁷⁷⁹ Vide BARBOSA DE MELO, Direito Constitucional e Administrativo – Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros, Sumários e Notas, policopiado, Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros (BBS), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008-2009, pág. 35.

¹⁷⁸⁰ Cfr. artigo 5º, nº 3, do TUE.

Mas se, em virtude do *princípio da subsidiariedade*, se confere preferência à actuação dos Estados na prossecução dos objectivos da União nos domínios de competências concorrentes, já por força do *princípio da proporcionalidade*, a intervenção da UE, nestes domínios e no âmbito das suas competências exclusivas, tem de ser proporcionada.

Dito de outro modo: enquanto o princípio da subsidiariedade enquadra a actuação da União fora do âmbito das suas competências exclusivas, o princípio da proporcionalidade reporta-se à intensidade da acção a desenvolver ao nível europeu, não devendo os meios utilizados exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados (*princípio da necessidade*)¹⁷⁸¹.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade, à semelhança do princípio da subsidiariedade, regula as relações entre as instituições, órgãos e organismos europeus e as autoridades nacionais, visando essencialmente moderar o âmbito e o conteúdo das acções desenvolvidas à escala europeia.

Tendo em conta a *íntima ligação entre a subsidiariedade e a proporcionalidade*, o Protocolo nº 2 em anexo ao Tratado de Lisboa concretiza as condições e fixa um sistema de controlo da aplicação desses princípios, em que se destaca a importante novidade do *papel conferido aos Parlamentos nacionais, maxime na salvaguarda do princípio da subsidiariedade*¹⁷⁸².

¹⁷⁸¹ Cfr. artigo 5º, nº 4, do TUE.

Nas palavras de Maria Luísa Duarte, “depois de apurada a necessidade de uma acção comunitária, impõe-se verificar se os meios previstos não excedem ‘o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado’. O princípio da proporcionalidade difere do princípio da subsidiariedade na medida em que respeita à intensidade da acção comunitária e não à fundamentação da decisão de agir ao nível comunitário – são, contudo, princípios complementares”. Vide MARIA LUÍSA DUARTE, “A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário – pressupostos e limites”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, pág. 793.

¹⁷⁸² Cfr. artigos 6º e 7º do Protocolo nº 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Para maiores desenvolvimentos, vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Tratado de Lisboa...”, *cit.*, pág.

É que as violações do princípio da subsidiariedade correspondem, normalmente, a retirada de prerrogativas nacionais. E inexistindo, pois, (grande) interesse das instituições comunitárias em controlar a aplicação deste princípio, não podemos deixar de concordar com o acerto da previsão do controlo *ex ante* pelos hemiciclos dos Estados membros nesta matéria.¹⁷⁸³

Ainda assim, *este novo mecanismo de salvaguarda do princípio da subsidiariedade mostra-se incapaz de promover um efectivo aprofundamento da legitimidade democrática da União* ou de estabelecer um novo paradigma de *accountability* parlamentar tão necessário ao sistema comunitário.

Na verdade, os Parlamentos nacionais podem dirigir aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão um parecer fundamentado sobre a conformidade de determinado projecto de acto legislativo com o princípio da subsidiariedade num prazo de oito semanas,¹⁷⁸⁴ período superior ao previsto no Protocolo de Amesterdão (seis semanas) mas ainda assim manifestamente curto

¹⁷⁸³ Neste sentido, *vide* JEAN VICTOR LOUIS, “National parliaments and the principle of subsidiarity – legal options and practical limits”, in *European Constitutional Law Review*, volume 4, *Issue* 3, 2008, pág. 429.

¹⁷⁸⁴ Cfr. artigos 3º e 4º do Protocolo (nº 1) relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia.

Fundamental para o exercício deste direito pelos Parlamentos nacionais é a prerrogativa de estes serem “informados pelas instituições da União e notificados dos projectos de actos legislativos da União, de acordo com o Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia” (cfr. artigo 12º, alínea a), do TUE). Trata-se de um *direito à informação* consagrador da prática iniciada em 2006 pela Comissão Barroso de enviar *directamente* aos Parlamentos nacionais as suas propostas legislativas, disponibilizando-se para receber as objecções eventualmente colocadas quanto a estas propostas em matéria de observância do princípio da subsidiariedade. Por outra banda, neste âmbito importante foi também o estabelecimento, ainda em 2006, do *IPEX (Inter-Parliamentary EU Information Exchange)*, base de dados que permitiu o acesso directo à informação das acções desenvolvidas pelos outros hemiciclos nacionais em relação a cada iniciativa legislativa europeia. *Vide* ANA CATARINA MENDONÇA MENDES/VITALINO CANAS, anotação ao artigo 216º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 59-60.

muitas das vezes para vários hemiciclos. Percebemos, todavia, a necessidade de não eternização do processo legislativo europeu...

Por outro lado, no caso de os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade num projecto de acto legislativo representarem, pelo menos, um terço do total dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais¹⁷⁸⁵, o projecto deve ser objecto de reanálise, após a qual a Comissão, ou, eventualmente, o grupo de Estados-Membros, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça, o Banco Central Europeu ou o Banco Europeu de Investimento, se deles emanar o projecto de acto legislativo, pode decidir (de modo fundamentado) manter o projecto, alterá-lo ou retirá-lo.

Quer dizer: no âmbito deste *mecanismo de alerta prévio*, o *cartão amarelo* resultante do diálogo nacional interparlamentar¹⁷⁸⁶ não comporta qualquer obriga-

¹⁷⁸⁵ Este limiar é de um quarto quando se tratar de um projecto de acto legislativo apresentado com base no artigo 76º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça. De referir que, nos termos do artigo 7º, nº 1, § 2, do Protocolo nº 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, “cada Parlamento nacional dispõe de dois votos, repartidos em função do sistema parlamentar nacional. Nos sistemas parlamentares nacionais bicamarais, cada uma das câmaras dispõe de um voto.”

¹⁷⁸⁶ Nos termos do artigo 12º, alínea f), do TUE, os Parlamentos nacionais contribuem activamente para o bom funcionamento da União participando na cooperação interparlamentar (entre os Parlamentos nacionais e entre estes e o Parlamento Europeu), salientando-se para este efeito a previsão de uma conferência dos órgãos parlamentares especializados nos assuntos da União encarregada de submeter ao Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão qualquer contributo considerado adequado, de promover o intercâmbio de informações e de melhores práticas entre os Parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu, designadamente entre as respectivas comissões especializadas e de organizar conferências interparlamentares sobre assuntos específicos, designadamente em matéria de política externa e de segurança comum, incluindo a política comum de segurança e defesa (cfr. artigo 10º do Protocolo (nº 1) relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia).

Actualmente (e desde 1989), em termos de cooperação parlamentar entre Parlamentos nacionais e Parlamento Europeu, destaca-se a COSAC, integrada designadamente por Deputados das Comissões de Assuntos Europeus dos Parlamentos nacionais, com reuniões semestrais sob a presidência do Parlamento do Estado membro que assegura a presidência rotativa do Conselho.

ção para a Comissão (ou para outra instituição autora do projecto de acto legislativo) de corrigir ou retirar a proposta legislativa em causa, mas apenas um dever de a reanalisar.

Também no quadro do processo legislativo ordinário, caso os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade numa proposta de acto legislativo representem, pelo menos, a maioria simples dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais, a proposta deve ser (meramente) reanalisada, podendo a Comissão decidir manter a proposta, alterá-la ou retirá-la.

Nestas situações de *cartão laranja*, no caso de optar por manter a proposta legislativa, a Comissão deverá especificar, em parecer fundamentado, a razão pela qual entende que a mesma obedece ao princípio da subsidiariedade, só havendo abandono da proposta se, por maioria de 55 % dos membros do Conselho ou por maioria dos votos expressos no Parlamento Europeu, o legislador europeu considerar haver incompatibilidade com o princípio da subsidiariedade.¹⁷⁸⁷

Dito de outro modo: os Parlamentos nacionais, para além das dificuldades em reunirem a maioria exigível para obrigar à revisão das propostas legislativas, encontram-se dependentes da partilha das mesmas preocupações quanto à subsidiariedade por parte do Parlamento Europeu e do Conselho...¹⁷⁸⁸

Mais: inexistente qualquer prerrogativa de os Parlamentos nacionais mostrarem o *cartão vermelho*, solução compreensível, porquanto a possibilidade de estes paralisarem o processo legislativo europeu seria, seguramente, pouco eficiente e, à luz dos actuais Tratados, violador do equilíbrio institucional subjacente à actuação legislativa da União através do tripé Comissão/Conselho/Parlamento Europeu.¹⁷⁸⁹

¹⁷⁸⁷ Cfr. artigo 7º, nº 3, do Protocolo nº 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

¹⁷⁸⁸ Destacando esta como uma das várias limitações do sistema de alerta prévio consagrado no Protocolo nº 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, *vide* ADAM CYGAN, “The parliamentarisation of EU decision-making? The impact of the Treaty of Lisbon on national parliaments”, in *European Law Review*, 36 (4), 2011, pág. 486.

¹⁷⁸⁹ *Idem*, pág. 487.

Por último, não obstante a limitação do controlo aos casos de erro manifesto de apreciação, cumpre referir a competência do Tribunal de Justiça para conhecer (*ex post*) dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade por acto legislativo que sejam interpostos nos termos do artigo 263º do TFUE por Estado-Membro, ou por ele transmitidos, em conformidade com o seu ordenamento jurídico interno, em nome do seu Parlamento nacional ou de uma câmara desse Parlamento.¹⁷⁹⁰

Por outras palavras: não prevendo a legitimidade directa dos Parlamentos nacionais para interpor recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade, deixou-se, na prática, a activação deste controlo judicial na disponibilidade dos Governos, os quais, porque se encontram envolvidos no processo decisório ao nível do Conselho, carecem de incentivo para requerer pronúncia do Tribunal...

Embora não tenha sido conferido *locus standi* directamente aos Parlamentos nacionais, o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (nº 2) constitui clara oportunidade para o Tribunal deixar de efectuar um *controlo minimalista* da aplicação deste princípio, um *escrutínio perfunctório* e meramente formal,¹⁷⁹¹ revelador sobretudo de *self restraint judicial* face a um princípio de extrema sensibilidade política.

¹⁷⁹⁰ Cfr. artigo 8º, § 1, do Protocolo nº 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. De acordo com o § 2 do mesmo preceito, o Comité das Regiões pode igualmente interpor recursos nos termos do artigo 263º do TFUE relativamente aos actos legislativos para cuja adopção o Tratado determine a sua consulta.

¹⁷⁹¹ Para efeitos de cumprimento da obrigação de fundamentação (artigo 296º, § 2, do TFUE), o Tribunal considerava mesmo desnecessária a menção expressa dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, bastando resultar o respeito destes princípios do conjunto dos considerandos e disposições do acto adoptado (cfr. acórdãos do Tribunal de 13 de Maio de 1997, Alemanha contra Conselho, processo C-233/94, nº 28, e de 19 de Novembro de 1998, Reino Unido contra Conselho, processo C-150/94, nºs 37 e 38). O limitado controlo judicial da compatibilidade de medidas das instituições da União com o princípio da subsidiariedade é exemplarmente reflectido no seguinte *dictum*: “A justificação do cumprimento do princípio da subsidiariedade é dada implícita mas necessariamente pelos considerandos 5, 6 e 7 da directiva que constatam que, na ausência de

Na verdade, ao impor, por exemplo, no âmbito da fundamentação dos projectos de actos legislativos relativamente aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, a avaliação do impacto financeiro das medidas, bem como a apresentação de indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos, evidenciadores de que determinado objectivo da União pode ser melhor alcançado ao nível desta,¹⁷⁹² o Protocolo nº 2 em anexo ao Tratado de Lisboa induz a um controlo judicial mais rigoroso e aprofundado nesta matéria.¹⁷⁹³

Não se pretende, como explica Miguel Poiães Maduro, que o Tribunal “substitua o juízo do legislador comunitário pelo seu, mas apenas obrigá-lo a levar a sério o princípio da subsidiariedade”. Densificando a justiciabilidade deste princípio eminentemente político, o então Advogado-Geral concretizava: “nem o objectivo prosseguido pelo regulamento nem a intenção do legislador são decisivos para efeitos de apreciar a observância do princípio da subsidiariedade. Primeiro, a apreciação a fazer no âmbito do princípio da subsidiariedade não é sobre o objectivo prosseguido, mas sobre se a prossecução desse objectivo exige a acção da Comunidade. Determinados objectivos comunitários (que, por si só, justificam a existência de uma competência comunitária) podem ser melhor prosseguidos pelos Estados-Membros (com a consequência de não ser justificado o exercício dessa competência). Segundo, a intenção do legislador comunitário não basta para demonstrar a observância do princípio da subsidiariedade. Este exige uma justificação razoável para a afirmação de que era necessária a actuação da Comunidade.

.../..._____

uma intervenção comunitária, a evolução das legislações e práticas nacionais podem criar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno. A directiva parece, assim, suficientemente fundamentada sobre este aspecto” (cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Reino dos Países Baixos contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, de 9 de Outubro de 2001, processo C-377/98, nº 33).

¹⁷⁹² Cfr. artigo 5º do Protocolo nº 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

¹⁷⁹³ Neste sentido, *vide* ANDREA BIONDI, “Subsidiarity in the Courtroom”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012, pág. 224.

Isto tem de ser corroborado por algo mais do que o mero destaque dos benefícios decorrentes da acção comunitária. Implica também que sejam determinados os possíveis problemas ou custos que decorrem de deixar a resolução do problema aos Estados-Membros.”¹⁷⁹⁴

74. Da delimitação de competências no Tratado de Lisboa

74.1. Competências exclusivas da União

Reza o artigo 2º, nº 1, do TFUE:

“Quando os Tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União.”

Os domínios da competência exclusiva da União são, assim, reservados à regulação europeia, em que a actuação dos Estados membros fica limitada à existência de habilitação específica para o efeito¹⁷⁹⁵ e à execução dos actos da União, em função, aliás, da competência geral dos Estados membros para a adopção de

¹⁷⁹⁴ Cfr. conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 1 de Outubro de 2009, processo C-58/08, Vodafone Ltd Telefónica O2 Europe plc T-Mobile International AG Orange Personal Communications Services Ltd contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, nº 30.

¹⁷⁹⁵ Cfr. acórdão do Tribunal de 15 de Dezembro de 1976, Suzanne Donckerwolcke épouse Criel e Henri Schou contra Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects, processo C-41/76, nº 32. O juiz comunitário já admitiu também, na ausência de habilitação expressa, a hipótese de intervenção dos Estados membros enquanto gestores do interesse comum, no quadro de uma colaboração e sob a supervisão da Comissão. Cfr. acórdão do Tribunal de 5 de Maio de 1981, Comissão contra Reino Unido, processo C-804/79, nº 30.

todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União¹⁷⁹⁶.

São catalogadas como competências exclusivas da União¹⁷⁹⁷ as matérias da união aduaneira, do estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno, da política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro, da conservação dos recursos biológicos do mar (no âmbito da política comum das pescas) e da política comercial comum¹⁷⁹⁸.

¹⁷⁹⁶ Cfr. artigo 291º, nº 1, do TFUE.

¹⁷⁹⁷ Cfr. artigo 3º, nº 1, do TFUE.

¹⁷⁹⁸ Cfr., porém, artigo 207º, nº 6, do TFUE.

Na síntese de Vital Moreira, “nos termos do artigo 3º TFUE, a política comercial comum constitui uma competência exclusiva da União, ou seja, uma competência ‘federal’, e não mais dos EM. Por isso, a sua definição e implementação incumbe às instituições europeias, quer por via legislativa, quer por via de acordos internacionais; por isso, a União substitui os EM nas organizações comerciais internacionais, nomeadamente na OMC, em Genebra. Ao alargar o âmbito da PCC, o Tratado de Lisboa alargou também a esfera da competência exclusiva da União à custa dos EM em áreas que antes eram competência partilhada. (...) No entanto, nos termos do nº 6, a competência exclusiva da União tem de respeitar outras disposições especiais sobre delimitação de competências ou que proibem a harmonização normativa dos EM.” *Vide VITAL MOREIRA, anotação ao artigo 207º do TFUE, in Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 812.

Na perspectiva deste autor, a política de comércio internacional comunitária, definida e aplicada pelas instituições europeias no quadro dos Tratados europeus e da Organização Mundial de Comércio, deve contribuir para a universalização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, designadamente os direitos fundamentais elencados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), defendendo, por isso, que o combate ao *dumping* social por parte da União Europeia tem de passar pelo reforço de mecanismos de condicionamento das preferências comerciais unilaterais da UE em ligação com o respeito dos direitos fundamentais dos trabalhadores, através da crescente imposição de cláusulas contratuais nos tratados bilaterais de comércio com terceiros países e ainda por exigências de roteiros vinculativos de reformas em matéria de protecção de direitos dos trabalhadores aquando da conclusão de acordos comerciais, à semelhança do ocorrido recentemente com o Parlamento Europeu na ratificação do Tratado de Comércio com a Colômbia e o Perú. *Vide VITAL MOREIRA, “Trabalho digno para todos’ – Os direitos fundamentais dos trabalhadores na política de comércio externo da União Europeia”, Lição apresentada na defesa das*

.../...

Na esteira da jurisprudência comunitária,¹⁷⁹⁹ trata-se, essencialmente, de domínios que excluem a possibilidade de competências concorrentes dos Estados-membros, porquanto qualquer iniciativa tomada fora do quadro das instituições comuns se revelaria incompatível com a unidade do mercado comum e a aplicação uniforme do direito comunitário.¹⁸⁰⁰

Por fim, a União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num acto legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja susceptível de afectar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.¹⁸⁰¹

.../..._____

provas de agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, e “União mais estreita”: a política de comércio externo da União Europeia depois do Tratado de Lisboa”, in Estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda, coordenação de Paulo Otero, Fausto de Quadros e Marcelo Rebelo de Sousa, Volume V, Almedina, Coimbra, 2012.

¹⁷⁹⁹ V.g. quanto à política comercial comum, acórdão do Tribunal de 15 de Dezembro de 1976, Suzanne Donckerwolcke épouse Criel e Henri Schou contra Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects, processo C-41/76, nº 32; relativamente à conservação dos recursos biológicos do mar (no âmbito da política comum das pescas), cfr. acórdão do Tribunal de 5 de Maio de 1981, Comissão contra Reino Unido, processo C-804/79, nº 17.

Segundo Goucha Soares, em função de alguns arestos jurisprudenciais (cfr. acórdão do Tribunal de 13 de Fevereiro de 1969, Walt Wilhelm, processo C-14/68) e das soluções descentralizadoras do Regulamento nº 1/2003, apresenta-se “mais controversa a inclusão das regras de concorrência, necessárias ao funcionamento do mercado interno, como domínio da exclusiva competência da União.” Vide ANTÓNIO GOUCHA SOARES, anotação ao artigo 3º, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 211.

¹⁸⁰⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de 31 de Março de 1971, Comissão contra Conselho, processo C-22/70, nº 31.

¹⁸⁰¹ Cfr. artigo 3º, nº 2, do TFUE. Trata-se da consagração da posição jurisprudencial originariamente firmada no acórdão do Tribunal de 31 de Março de 1971, Comissão contra Conselho (AETR), processo C-22/70, nºs 27-31.

74.2. Competências partilhadas entre a União e os Estados membros

Nos termos do artigo 2º, nº 2, do TFUE:

“Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua.”

Nos domínios onde tanto as instituições europeias como as autoridades nacionais podem intervir, legislando e adoptando actos juridicamente vinculativos, fala-se em competências partilhadas entre a União e os Estados membros: constitui uma *categoria de competências residual* da União, porquanto todas as competências não elencadas no Tratado como exclusivas ou medidas de apoio são consideradas como partilhadas.¹⁸⁰² Em face do princípio da atribuição, não nos parece feliz a técnica da enumeração de matérias como áreas de competências partilhadas entre a União e os Estados membros¹⁸⁰³...

De qualquer modo, nos domínios do mercado interno, da política social, no respeitante aos aspectos definidos no Tratado, da coesão económica, social e territorial,¹⁸⁰⁴ da agricultura e pescas, com excepção da conservação dos recursos bio-

¹⁸⁰² Cfr. artigo 4º, nº 1, do TFUE.

¹⁸⁰³ Cfr. artigo 4º, nºs 2 a 4, do TFUE.

¹⁸⁰⁴ Vide MANUEL PORTO e DULCE LOPES, “As preocupações espaciais na União Europeia”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organização de Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 599-623, e MANUEL PORTO e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “O fenómeno de capitalidade (*spill-over effect*): uma nova categoria económico-jurídica?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, organização de Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa, Volume IV, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 101, ad-honorem – 5, Coimbra Editora, 2010, págs. 901-933.

lógicos do mar, do ambiente, da defesa dos consumidores, dos transportes, das redes transeuropeias, da energia, do espaço de liberdade, segurança e justiça, dos problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no Tratado,¹⁸⁰⁵ o exercício de competências da União implica a *preempção* da competência dos Estados membros.¹⁸⁰⁶

Noutros termos: em virtude da actuação normativa da União nestes domínios de competência partilhada com os Estados membros, a actuação destes fica precluída, convertendo-se, na prática, mediante a intervenção europeia, as referidas competências partilhadas em verdadeiras competências exclusivas da União.¹⁸⁰⁷

Diferentemente, nos domínios da investigação, do desenvolvimento tecnológico e do espaço, da cooperação para o desenvolvimento e da ajuda humanitária, a União dispõe de competência para desenvolver acções e uma política comum, sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua,¹⁸⁰⁸ ainda que condicionados pelos princípios da cooperação leal e do primado.

74.3. Acções de apoio, de coordenação e de complemento

Dispõe o artigo 2º, nº 5, do TFUE:

“Em determinados domínios e nas condições previstas pelos Tratados, a União dispõe de competência para desenvolver acções destinadas a apoiar, a co-

¹⁸⁰⁵ Cfr. artigo 4º, nº 2, do TFUE.

¹⁸⁰⁶ Vide ANTÓNIO GOUCHA SOARES, A repartição de competências e preempção no direito comunitário - aplicação da doutrina da preempção desenvolvida pela United States Supreme Court à repartição de competências no ordenamento comunitário, Edições Cosmos, Lisboa, 1996.

¹⁸⁰⁷ Vide LAETITIA GUILLOU, La loi dans l'Union Européenne..., cit., pág. 101.

¹⁸⁰⁸ Cfr. artigo 4º, nºs 3 e 4, do TFUE.

ordenar ou a completar a acção dos Estados-Membros, sem substituir a competência destes nesses domínios.

Os actos juridicamente vinculativos da União adoptados com fundamento nas disposições dos Tratados relativas a esses domínios não podem implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.”

Anteriormente denominadas de competências complementares, o preceito transcrito refere-se à possibilidade de, em áreas da competência estadual, a União desenvolver um conjunto de medidas de apoio, de coordenação ou complementares da acção dos Estados membros.

Nos domínios da protecção e melhoria da saúde humana, da indústria, da cultura, do turismo, da educação, da formação profissional, da juventude e desporto, da protecção civil e da cooperação administrativa,¹⁸⁰⁹ a preempção não se aplica: a acção complementar de reforço e apoio da União não ocupa nem substitui o espaço normativo estadual.

Em princípio, as medidas de apoio, de coordenação e complementares da União concretizar-se-ão em medidas de *soft law* (v.g. recomendações, orientações); no caso de a União (poder) optar pela adopção de actos juridicamente vinculativos, estes não podem implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros¹⁸¹⁰.

Medidas de incentivo, de fomento, não vinculativas, são também preferencialmente adoptadas pela União ao nível de políticas económicas, social e do emprego,¹⁸¹¹ através do designado *método aberto de coordenação*¹⁸¹² fortemente

¹⁸⁰⁹ Cfr. artigo 6º do TFUE.

¹⁸¹⁰ Cfr. artigo 2º, nº 5, do TFUE.

¹⁸¹¹ No domínio da política social, *vide* CATHERINE BARNARD, “EU ‘social’ policy: from employment law to labour market reform”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 641-686.

¹⁸¹² Cfr. nº 15.

caracterizado pela cooperação entre os Estados e pelo respeito das suas competências.¹⁸¹³

74.4. Conclusão

Do breve quadro acabado de traçar resulta, em termos conclusivos, a dificuldade na delimitação entre competências exclusivas da União (artigo 3º do TFUE), competências (com)partilhadas entre a União e os Estados membros (artigo 4º do TFUE) e competências de apoio da União aos Estados (artigo 6º do TFUE).

Rui Machete dá o exemplo da “separação entre a segurança na saúde pública, que constitui uma competência partilhada, e a protecção e a melhoria da saúde humana, do domínio do artigo 6º do TFUE” como evocativo do insucesso do objectivo de o Tratado de Lisboa “fixar um guia jurídico claro nesta matéria tão importante” da linha divisória das diversas competências estabelecidas no TUE e no TFUE.¹⁸¹⁴

Acrescem ainda as especificidades da Política Externa e de Segurança Comum (PESC), a justificar a singularidade das competências da União nestas matérias com forte natureza inter-governamental¹⁸¹⁵, ou nas políticas políticas económicas, social e do emprego...

¹⁸¹³ Cfr. artigos 2º, nº 3, e 5º, do TFUE.

¹⁸¹⁴ Vide RUI MACHETE, anotação ao artigo 6º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 216-217.

¹⁸¹⁵ Cfr. artigos 2º, nº 4, do TFUE, e 24º e 40º do TUE.

Capítulo II

Da base jurídica dos actos de direito da União

75. Do princípio da atribuição de competências nas relações institucionais da União

De acordo com o denominado *princípio da atribuição de competências*, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos, pertencendo a estes as competências não atribuídas àquela nos Tratados.¹⁸¹⁶

Para além desta repartição de competências entre a União e os Estados membros, o princípio da atribuição regula também as relações entre as instituições, órgãos e organismos europeus a que foram atribuídas competências decisórias nos Tratados.

Pelo que, no sistema de *delimitação de poderes entre as diferentes instituições da União* gizado pelos tratados comunitários, cada instituição actua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas, de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que aqueles estabelecem.¹⁸¹⁷ E nenhuma autoridade pode substituir-se a outra no exercício das suas prerrogativas, pelo que a escolha da base jurídica dos actos de direito derivado constitui elemento essencial de salvaguarda da repartição de competências operada pelos Tratados não apenas entre a União e os Estados membros¹⁸¹⁸ mas também entre as instituições europeias.¹⁸¹⁹

¹⁸¹⁶ Cfr. artigo 5º, nº 2, do TUE.

¹⁸¹⁷ Cfr. artigos 13º, nº 2, e 282º, nº 4, do TFUE. Na jurisprudência, cfr. acórdão do Tribunal de 22 de Maio de 1990, Parlamento contra Conselho, processo C-70/88, nº 21.

¹⁸¹⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de 23 de Abril de 1986, Parti écologiste ‘Les Verts’ contra Parlamento Europeu, processo C-294/83, nº 54.

¹⁸¹⁹ Como nota Kieran St Clair Bradley, “na sua jurisprudência sobre bases jurídicas, o Tribunal tem desenvolvido duas das principais funções de um Tribunal Constitucional de tipo federal, defi-

Na verdade, *a base jurídica fundadora de um acto de direito derivado - a disposição do Tratado invocada para a sua adopção - tem implicações profundas ao nível da escolha dos procedimentos legislativos a cumprir e, consequentemente, sobre as prerrogativas e as modalidades de intervenção das diferentes instituições europeias envolvidas no processo legislativo.*

Desta sorte, *o princípio das competências por atribuição acaba por contribuir para o argumentário dos defensores da cristalização de um entendimento rígido (ou imutável?) do equilíbrio institucional, com respaldo na sobrevista doutrina Meroni, ao impedir as instituições da União de delegar tarefas em organismos externos como as agências europeias, a favor dos quais os Tratados, aceites e aprovados democraticamente pelos governos e parlamentos nacionais, não previram a transferência de quaisquer prerrogativas.*¹⁸²⁰

76. Da escolha da base jurídica dos actos adoptados pelas instituições

Ao adoptar-se um acto que visa produzir efeitos jurídicos, sem mencionar expressamente a disposição de direito comunitário em que se funda a sua força vinculativa, viola-se o *princípio da segurança jurídica*, um dos princípios gerais de direito da União cujo respeito deve ser garantido pelo Tribunal de Justiça.¹⁸²¹

Rectius, a omissão da referência a uma disposição precisa do Tratado pode não constituir um vício substancial se o fundamento jurídico de um acto puder ser determinado com base noutros elementos deste; tal referência explícita é, porém,

.../..._____

nindo a divisão de poderes entre a federação e os Estados, e regulando o equilíbrio de poderes entre as instituições ou ramos do governo.” *Vide* KIERAN ST CLAIR BRADLEY, “Powers and procedures in the EU constitution: legal bases and the Court”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, pág. 104.

¹⁸²⁰ *Vide* XÉNOPHON A. YATAGANAS, “Delegation of regulatory authority in the European Union...”, *cit.*, pág. 19.

¹⁸²¹ Cfr. acórdão do Tribunal de 16 de Junho de 1993, República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias, processo C-325/91, n.º 30.

indispensável, quando, na falta dela, os interessados e o Tribunal são deixados na incerteza quanto ao fundamento jurídico preciso.¹⁸²²

No âmbito do sistema de competências da União, a escolha do fundamento jurídico de um acto não pode depender somente da convicção de uma instituição acerca do fim prosseguido: deve fundar-se em elementos objectivos, susceptíveis de controlo jurisdicional,¹⁸²³ nomeadamente, o fim e o conteúdo do acto¹⁸²⁴, assumindo importância fundamental para esta avaliação judicial a fundamentação do acto adoptado, a exposição dos elementos de facto e de direito nos quais a instituição se fundamentou.

Na hipótese (frequente) de um acto prosseguir objectivos vários e se uma das suas componentes for identificável como principal ou preponderante, o acto deve ter uma única base jurídica, a exigida pela finalidade ou componente principal ou predominante.¹⁸²⁵

Excepcionalmente, quando se demonstrar, em contrapartida, que o acto prossegue simultaneamente vários objectivos ou que tem várias componentes, que se encontram ligados de forma indissociável, sem que um seja secundário e indi-

¹⁸²² Cfr. acórdão do Tribunal de 26 de Março de 1987, Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias, processo C-45/86, n.º 9.

¹⁸²³ Cfr. acórdão do Tribunal de 26 de Março de 1987, Comissão contra Conselho, processo C-45/86, n.º 11.

¹⁸²⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de 11 de Junho de 1991, Comissão contra Conselho, processo C-300/89, n.º 10.

¹⁸²⁵ Cfr. acórdãos do Tribunal de 30 de Janeiro de 2001, Espanha contra Conselho, processo C-36/98, n.º 59, de 11 de Setembro de 2003, Comissão contra Conselho, processo C-211/01, n.º 39, de 29 de Abril de 2004, Comissão contra Conselho, processo C-338/01, n.º 55, e de 10 de Janeiro de 2006, Comissão contra Parlamento Europeu e Conselho, processo C-178/03, n.º 42. Segundo Roberto Baratta, em caso de sobreposição de bases jurídicas, deve optar-se por aquela que configura um processo legislativo ordinário, atendendo ao peso normalmente mais incisivo do PE neste *iter* procedimental (cfr. n.º 24.1.) . Vide ROBERTO BARATTA, “Sulle fonti delegate ed esecutive...”, *cit.*, pág. 297.

recto relativamente ao outro, esse acto pode assentar nos diferentes fundamentos jurídicos correspondentes.¹⁸²⁶

¹⁸²⁶ Cfr. acórdãos do Tribunal de 19 de Setembro de 2002, Huber, processo C-336/00, n.º 31, de 12 de Dezembro de 2002, Comissão contra Conselho, processo C-281/01, n.º 35, de 11 de Setembro de 2003, Comissão contra Conselho, processo C-211/01, n.º 4º e Comissão contra Parlamento Europeu e Conselho, processo C-178/03, n.º 43.

Capítulo III

Da base jurídica para o estabelecimento de agências europeias

No quadro da delimitação de competências entre a União e os Estados membros e em função da importância fulcral do *princípio da atribuição*, importa debater a questão da base jurídica para a criação das agências europeias, matéria de interesse teórico e de grande relevo prático.

No tocante às *agências executivas*, elas são criadas por decisão da Comissão, no quadro do Regulamento (CE) n° 58/2003 do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002. Dispõe o artigo 3°, n° 1, deste Regulamento:

“A Comissão pode decidir, após uma análise prévia de custos/benefícios, instituir uma agência de execução a fim de a encarregar de determinadas funções relativas à gestão de um ou mais programas comunitários. A Comissão fixa o período de existência da agência de execução.

A análise de custos/benefícios toma em consideração vários factores, como a identificação das funções que justificam a externalização, a avaliação dos benefícios e dos custos, incluindo os resultantes do controlo e da coordenação e o impacto sobre os recursos humanos, as eventuais economias no âmbito do orçamento geral da União Europeia, a eficácia e a flexibilidade na execução das funções externalizadas, a simplificação dos processos utilizados, a proximidade da acção externalizada em relação aos beneficiários finais, a visibilidade da Comunidade como promotora do programa comunitário em causa e a manutenção de um nível adequado de competências no interior da Comissão.”

Percebe-se: enquanto instituição responsável pela execução dos diferentes programas comunitários, a Comissão está em melhores condições para apreciar se, e em que medida, é conveniente encarregar uma agência de execução de funções de gestão relativas a um ou vários programas comunitários; tal implica que a Co-

missão tenha competência para decidir instituir (e, se for caso disso, suprimir) uma agência de execução nos termos do presente regulamento.¹⁸²⁷

Na criação de agências executivas é fundamental referir a importância da aprovação do “Comité das agências de execução”, ao qual a Comissão transmite todos os elementos de informação necessários neste âmbito, nomeadamente as análises de custos/benefícios na base da decisão da criação.¹⁸²⁸

Ao nível da *Política Externa e de Segurança Comum/Política Comum de Segurança e Defesa* (o anteriormente designado segundo pilar), a Agência Europeia de Defesa (EDA), o Centro de Satélites da União Europeia (EUSC) e o Instituto de Estudos de Segurança da União Europeia (ISS) foram criados através de *acções conjuntas* do Conselho, com base no artigo 14º TUE, actual artigo 28º TUE.

No domínio da segurança, não obstante constituir uma agência comunitária cumpre também referir a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas (FRONTEX) dos Estados-Membros da União Europeia, criada pelo Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho, com fundamento comunitário (ex-artigos 62º, nº 2, alínea a), e 66º, do TCE, respectivamente actuais artigos 77º, nº 2, e 74º do TFUE).¹⁸²⁹

No domínio da *cooperação policial e judiciária em matéria penal* (previamente designado por terceiro pilar), a Academia Europeia de Polícia (CEPOL) e a Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (EUROJUST) foram estabelecidas por *decisão* do Conselho; o Serviço Europeu de Polícia (EUROPOL), em funcionamento desde 1 de Julho de 1999, na sequência da ratificação da Convenção Europol por todos os Estados-Membros da UE, tornou-se, desde 1 de Janeiro de 2010, com a adopção da decisão do Conselho, que substituiu aquela Convenção,

¹⁸²⁷ Cfr. considerandos 9 e 10 do Regulamento (CE) nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

¹⁸²⁸ Cfr. artigos 3º, nº 3, e 24º, nºs 1 e 2, do Regulamento (CE) nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002.

¹⁸²⁹ Cfr. nº 51.

uma agência da UE com um novo quadro jurídico e um mandato mais alargado.¹⁸³⁰

Compreensível e justificadamente, na economia da presente dissertação importa debruçarmo-nos com maior atenção sobre a base jurídica de criação das agências ditas de “regulação” no âmbito do anteriormente designado primeiro pilar, isto é, as agências “reguladoras” “comunitárias”.

77. Do artigo 352º do TFUE (ex- artigo 308º do TCE)

Na ausência de expressa previsão nos Tratados para a criação de agências “comunitárias”, estas foram sendo criadas com fundamento no artigo 308º do TCE, actual artigo 352º do TFUE,¹⁸³¹ que dispõe:

“1. Se uma acção da União for considerada necessária, no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objectivos estabelecidos pelos Tratados, sem que estes tenham previsto os poderes de acção necessários para o

¹⁸³⁰ Cfr. nº 50.

¹⁸³¹ Todas as agências europeias foram criadas com base no artigo 352º do TFUE (ex-artigo 308º do TCE), com excepção da Agência Europeia do Ambiente (artigo 192º do TFUE, ex-artigo 175º do TCE), Agência Europeia da Segurança Marítima (artigo 100º, § 2, do TFUE, ex-artigo 80º, § 2 do TCE), Agência Ferroviária Europeia (artigo 91º do TFUE, ex-artigo 71º do TCE), Agência Europeia para a Segurança da Aviação (artigo 100º, § 2, do TFUE, ex-artigo 80º, § 2 do TCE), Autoridade Europeia de Segurança Alimentar (artigos 43º, 114º, 207º e 168, nº 4, alínea b), do TFUE, ex - artigos 37º, 95º, 133º e 152º, nº 4, alínea b), do TCE), Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação (artigo 114º do TFUE, ex-artigo 95º do TCE), as agências europeias de supervisão financeira (artigo 114º do TFUE, ex-artigo 95º do TCE), o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (artigo 114º do TFUE, ex-artigo 95º do TCE) e a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (artigo 114º do TFUE, ex-artigo 95º do TCE).

Parte da doutrina defendia o recurso necessário ao artigo 352º do TFUE (ex-artigo 308º do TCE) para a instituição de organismos autónomos dotados de personalidade jurídica. *Vide*, por todos, R. H. LAUWAARS, “Auxiliary organs and agencies in the EEC”, in *Common Market Law Review*, 16, 1979, pág. 376.

efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, adoptará as disposições adequadas. Quando as disposições em questão sejam adoptadas pelo Conselho de acordo com um processo legislativo especial, o Conselho delibera igualmente por unanimidade, sob proposta da Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu.

2. No âmbito do processo de controlo do princípio da subsidiariedade referido no n.º 3 do artigo 5.º do Tratado da União Europeia, a Comissão alerta os Parlamentos nacionais para as propostas baseadas no presente artigo.

3. As medidas baseadas no presente artigo não podem implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos casos em que os Tratados excluam tal harmonização.

4. O presente artigo não pode constituir fundamento para prosseguir objectivos do âmbito da política externa e de segurança comum e qualquer acto adoptado por força do presente artigo deve respeitar os limites estabelecidos no segundo parágrafo do artigo 40.º do Tratado da União Europeia.”

São dois os requisitos ou pressupostos do recurso a este preceito como base jurídica para a acção da UE decorrentes do n.º 1 do preceito transcrito:

- 1) a necessidade de actividade da União para atingir os objectivos dos Tratados (artigo 3.º do TUE);
- 2) ausência de previsão nos Tratados dos poderes necessários para o desenvolvimento da acção em causa, isto é, o recurso a este artigo como fundamento jurídico só é justificado quando não haja outra disposição do Tratado a conferir às instituições comunitárias a competência necessária para praticar o acto.¹⁸³²

Noutro modo de dizer: o (actual) artigo 352.º do TFUE reveste natureza subsidiária, a dever ser aplicado apenas quando as competências, expressas ou

¹⁸³² Cfr. acórdão do Tribunal, Comissão/Conselho, de 26 de Março de 1987, processo 45/86, n.º 13.

implícitas, especificamente conferidas (princípio da especialidade), não sejam adequadas à prossecução dos objectivos cometidos pelos Tratados e os poderes omissos se revelem necessários para a União exercer as suas funções e atingir um desses objectivos.

Com o Tratado de Lisboa, em função da actual estrutura unitária da União (artigo 1º do TUE), alargou-se o âmbito de aplicação do preceito em análise a todas as matérias da União, ressalvadas as áreas da PESC (cfr. nº 4), e excluiu-se, expressamente, a adopção de medidas que possam implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos casos em que os Tratados excluam tal harmonização (cfr. nº 3).¹⁸³³ Na prática, porém, o artigo 352º do TFUE poderá, no futuro, vir a perder relevância no desbravar de caminhos da integração europeia, em particular face à recente exigência do Tribunal Constitucional alemão em obrigar o Governo (alemão) a munir-se de autorização parlamentar antes de qualquer votação no Conselho de medidas cuja adopção envolva o recurso a este mecanismo de flexibilidade.¹⁸³⁴

Meio de integração de lacunas do Tratado e de alargamento das competências das instituições da União, e não obstante o TJUE o interpretar de forma bastante flexível e mesmo criativa, o artigo 352º do TFUE não pode servir de base a revisões encapotadas dos poderes da União.

Como já teve ocasião de concretizar o Tribunal, sendo parte integrante de uma ordem institucional baseada no princípio da atribuição de competências, o artigo 352º do TFUE não pode constituir fundamento para alargar o âmbito de competências da Comunidade para além do quadro geral resultante do conjunto das disposições do Tratado e, nomeadamente, das que definem as missões e as acções da Comunidade, nem servir de fundamento à adopção de disposições que

¹⁸³³ Vide ANA MARIA GUERRA MARTINS, anotação ao artigo 352º do TFUE, *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 1235.

¹⁸³⁴ Vide LUCIA SERENA ROSSI, “Does the Lisbon Treaty provide a clearer separation of competences...”, *cit.*, pág. 105.

impliquem, em substância, nas suas consequências, uma alteração do Tratado que escape ao processo nele previsto para esse efeito.¹⁸³⁵

Estava em causa a recusa da invocação do normativo em análise na adesão da Comunidade à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com o Tribunal a considerar que uma tal alteração do regime de protecção dos direitos do homem na CE, cujas implicações institucionais seriam igualmente fundamentais tanto para a Comunidade como para os Estados-Membros, teria relevância constitucional e ultrapassaria, pela sua natureza, os limites do artigo 235º do TCE [ex-artigo 308º do TCE, actual artigo 352º do TFUE], pelo que só poderia ser realizada pela via de uma modificação do Tratado.¹⁸³⁶

Deste modo, defender a delegação de poderes dos Estados directamente em agências europeias pode ser consentâneo com os poderes de execução de que aqueles dispõem em primeira linha (cfr. artigo 291º do TFUE) – quem pode exercer esses poderes, também os pode delegar em órgãos específicos para esse efeito – e com o constante alargamento de prerrogativas destes organismos da União,¹⁸³⁷ mas configuraria, inequivocamente, um alargamento do âmbito de competências da União que o artigo 352º do TFUE não pode sustentar.¹⁸³⁸

¹⁸³⁵ Cfr. Parecer do Tribunal de Justiça 2/94, de 28 de Março de 1996, nº 30. Na Declaração ad artigo 352º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (nº 42), salienta-se que este preceito “não pode constituir fundamento para alargar o âmbito de competências da União para além do quadro geral resultante do conjunto das disposições dos Tratados, nomeadamente das que definem as missões e acções da União. Aquele artigo não pode, em caso algum, servir de fundamento à adopção de disposições que impliquem em substância, nas suas consequências, uma alteração dos Tratados que escape ao processo por estes previsto para esse efeito.”

¹⁸³⁶ Idem, nºs 34 e 35. Para uma análise do anterior artigo 235º do TCE, vide ANA MARIA GUERRA MARTINS, O art. 235º do Tratado da Comunidade Europeia – cláusula de alargamento de competências dos órgãos comunitários, Lex, Lisboa, 1995.

¹⁸³⁷ Trata-se de perspectiva amplamente desenvolvida na ciência política. Para maiores desenvolvimentos, vide DEIDRE CURTIN, *Executive power in the EU...*, cit., Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 164-165.

¹⁸³⁸ Na prática, porém, é frequente a delegação directa de poderes de execução do direito da União pelos Estados membros em *organismos de direito privado* (v.g. Fundo Europeu de Estabilidade

78. Dos preceitos (específicos) das políticas a implementar

Mais recentemente o estabelecimento destes organismos – as agências de regulação - passou a assentar nas específicas disposições que constituem a base jurídica da política a implementar pela agência¹⁸³⁹, sendo o artigo 352º do TFUE (ex-artigo 308º do TCE) somente utilizado quando, não havendo uma base jurídica alternativa, for este o preceito em que se funda a acção específica da União¹⁸⁴⁰.

Na esteira das posições assumidas há muito pela Comissão, pelo facto de a agência constituir um instrumento da execução de uma dada política comunitária, considerou-se que o acto jurídico relativo à criação das agências europeias deve assentar na disposição do Tratado que constitui a base jurídica específica dessa política, só se recorrendo ao artigo 352º do TFUE se nenhuma outra disposição do Tratado permitir o exercício da competência comunitária.¹⁸⁴¹

Desta forma, ao escolher o artigo 352º do TFUE como base jurídica para o estabelecimento de agências europeias tem-se em conta, fundamentalmente, a criação de uma nova entidade no panorama institucional da União, enquanto a

.../..._____

Financeira) ou à luz do direito internacional público, ao abrigo da celebração de acordos entre os Estados no no seio do Conselho (v.g. Decisões de representantes dos Estados membros no seio do Conselho), no respeito da obrigação de cooperação leal (artigo 4º, nº 3, do TUE) e, em geral, do primado do direito da União. Vide HERWIG C.H. HOFMANN e ALESSANDRO MORINI, “The pluralisation of EU executive...”, *cit.*, págs. 432-433.

¹⁸³⁹ V.g. Agência Europeia da Segurança Marítima, Agência Ferroviária Europeia, Agência Europeia para a Segurança da Aviação.

¹⁸⁴⁰ V.g. Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) e Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Na criação desta última agência é patente a interpretação flexível do artigo 352º do TFUE (ex-artigo 308º do TCE), aqui de forma algo surpreendente, porquanto o TJUE havia recusado a invocação deste preceito na adesão da Comunidade à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (cfr. Parecer do Tribunal de Justiça 2/94, de 28 de Março de 1996, nºs 34 e 35).

¹⁸⁴¹ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit*, ponto 4.1. e projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação em 2005, COM (2005) 59 final, 25/02/2005.

opção por uma base específica releva como critério essencial os objectivos e as missões substantivas da agência a criar.

Naturaliter, não são despiciendas as importantes implicações dogmáticas e práticas resultantes da escolha de uma destas bases jurídicas para o estabelecimento de agências:

- 1) fundar a criação de agências europeias em preceitos específicos de políticas determinadas resulta numa maior necessidade de especificação/limitação do mandato destes organismos, algo consentâneo com o receio da Comissão quanto à existência de agências fortes e com amplas atribuições e demonstrativo do desejo daquela em remeter estas para um papel institucional secundário, meramente administrativo;
- 2) a substituição do artigo 352º (ex-artigo 308º do TCE) por outras disposições do TFUE como base para a criação de agências europeias envolve, em regra, uma maior preponderância do Parlamento Europeu (designadamente com as exigências do processo legislativo ordinário – artigo 294º do TFUE), bem como uma maior facilidade no estabelecimento destes organismos (é exigida a maioria qualificada em detrimento da unanimidade), relevantes enquanto instrumentos de execução de políticas específicas.

Por último, é de salientar a possibilidade de estabelecimento de agências europeias com recurso a diversas bases legais (v.g. bases específicas relativas a diversas políticas)¹⁸⁴², desde que tal cumulação não implique incompatibilidades entre os procedimentos previstos por cada uma das bases jurídicas, como sucederia se, por exemplo, o artigo 352º do TFUE, com a exigência de decisão unânime

¹⁸⁴² Cfr. Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, criada com base nos ex- artigos 37º (política agrícola), 95º (mercado interno), 133º (política comercial) e 152º, nº 4, alínea b), (política de saúde pública), do TCE, respectivamente, artigos 43º, 114º, 207º e 168º, nº 4, alínea b), do TFUE.

do Conselho, fosse mobilizado conjuntamente com disposições específicas que requerem a adopção de actos por maioria qualificada.

Conforme o Tribunal já teve ocasião de esclarecer, para determinar a base jurídica adequada cumpre verificar se as medidas a adoptar se relacionam a título principal com um domínio de acção, tendo os efeitos nas outras políticas natureza meramente acessória, caso em que é suficiente o recurso a uma única base jurídica, ou se aquelas medidas são igualmente essenciais para todas as políticas em causa, estando a instituição obrigada a adoptar o acto com base nas várias disposições em que se funda a sua competência; esta cumulação não é, contudo, possível quando exista incompatibilidade entre os procedimentos previstos por cada uma das bases jurídicas.¹⁸⁴³

79. Do artigo 114º, nº 1, do TFUE (ex-artigo 95º do TCE)

79.1. Interpretação e análise jurisprudencial tradicionais

Dispunha o artigo 94º do TCE (actual artigo 115º, nº 1, do TFUE):

“O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, adopta directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum.”

Constituindo uma derrogação deste preceito, o artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º, nº 1, do TFUE) estabelecia:

¹⁸⁴³ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, de 25 de Fevereiro de 1999, processos apensos C-164/97 e C-165/97, nº 14.

“Em derrogação do artigo 94º [actual artigo 115º, nº 1, do TFUE] e salvo disposição em contrário do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 14º. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251º, e após consulta ao Comité Económico e Social, adopta as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.” (parêntesis nosso)

Da análise dos normativos acabados de transcrever ressaltam duas diferenças essenciais de regime jurídico:

- 1) enquanto no artigo 94º do TCE (actual artigo 115º do TFUE) se exigia deliberação unânime do Conselho, no artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE) remetia-se para a necessidade de esta instituição decidir por maioria qualificada, nos termos do procedimento de co-decisão;
- 2) no artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE) admitia-se a possibilidade de adopção de actos diversos das directivas como forma de aproximação de disposições nacionais.

Percebia-se a primeira diferença: a regra geral constante do artigo 94º do TCE (actual artigo 115º do TFUE), com efeito, resultava da resistência originária dos Estados membros em atribuir às instituições comunitárias um poder de intervenção no domínio da aproximação de disposições nacionais que dispensasse a aprovação unânime dos representantes estaduais; posteriormente, com o Acto Único Europeu, consagrou-se, no artigo 95º do TCE (então artigo 100º-A, actual artigo 114º do TFUE) a não exigência desta unanimidade como forma de agilização da adopção de legislação comunitária de aproximação de dispositivos legislativos, regulamentares ou administrativos nacionais.

Com mais dificuldade se entendia a segunda diferença: qual o significado da afirmação “o Conselho (...) adopta as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros

que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno” (artigo 95º, nº 1, parte final, do TCE, actual artigo 114º, nº 1, do TFUE)?

Antes de mais, cumpre salientar a dupla exigência do artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE):

- 1) tínhamos de estar perante medidas comunitárias relativas à aproximação de disposições nacionais;
- 2) essas medidas, e não apenas os preceitos estatais a harmonizar, tinham de ter “por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno”.¹⁸⁴⁴

Diferentemente da redacção constante do artigo 94º do TCE (actual artigo 115º do TFUE), o artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE) não faz alusão a qualquer exigência de “incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum”, permitindo a interpretação de que este preceito pode servir de base a medidas comunitárias que promovam a aproximação de disposições nacionais apenas de forma indirecta ou acessória.

No entanto, o TJ não interpretava assim os preceitos em análise: afirmava, contrariamente ao que pretendiam a Comissão e o Parlamento, não se justificar o recurso ao artigo 95º TCE (actual artigo 114º do TFUE) quando o acto a adoptar só acessoriamente harmonizasse as condições do mercado na Comunidade.¹⁸⁴⁵

¹⁸⁴⁴ Para uma melhor compreensão da delimitação do âmbito de aplicação do artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE), cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça, Alemanha contra Conselho, de 9 de Agosto de 1994, processo C-359/92, Alemanha contra Parlamento Europeu e Conselho, de 5 de Outubro de 2000, processo C-376/98, *The Queen e Secretary of State for Health contra British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, de 10 de Dezembro de 2002, processo C-491/01, e Alemanha contra Parlamento Europeu e Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, processo C-380/03.

¹⁸⁴⁵ Exemplificativamente, cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 1991, Parlamento Europeu contra Conselho das Comunidades Europeias, processo C-70/88, nºs 17 e 18, *Comissão das Comunidades Europeias vs Conselho das Comunidades Europeias*, de 17 de Março de 1993,

Da leitura dos arestos jurisprudenciais acabados de referir não podemos deixar de salientar a dificuldade maior da sua argumentação: a extrema complexidade na demarcação das medidas que têm influência directa ou meramente eventual sobre o funcionamento do mercado interno.¹⁸⁴⁶

79.2. Inflexão jurisprudencial

79.2.1. Acórdão *Smoke Flavourings*

Em acórdão de 2005¹⁸⁴⁷, o Tribunal começa a afastar-se da posição que tinha vindo a defender até então, ao não sufragar os argumentos expendidos pelo Reino Unido, de que o artigo 95 CE (actual artigo 114º do TFUE) não constituía a base jurídica correcta para a adopção do regulamento controvertido, porquanto este não aproximaria as legislações nacionais, estabelecendo antes um procedimento centralizado ao nível comunitário relativo à autorização dos aromatizantes de fumo para os géneros alimentícios.

Na perspectiva dos britânicos, o poder legislativo conferido pelo artigo 95 CE (actual artigo 114º do TFUE) seria um poder de harmonização dos direitos nacionais e não para instituir órgãos comunitários ou confiar missões a esses órgãos, nem para instituir procedimentos relativos à aprovação de listas de produtos autorizados (nº 18).

Diferentemente, o Juiz comunitário parecia, pela primeira vez, ensaiar uma interpretação mais lata da expressão “medidas relativas à aproximação das dispo-

.../..._____

processo C-155/91, nº 19, Comissão *vs* Conselho, de 18 de Novembro de 1999, processo C-209/97, nºs 34 e 35.

¹⁸⁴⁶ Neste sentido, na doutrina, entre outros, *vide* U. DRAETTA, *Art. 100, in Trattato istitutivo della Comunità europea: commentario*, organização de R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, Giuffrè, Milão, 1965, pág. 791.

¹⁸⁴⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de Dezembro de 2005, Reino Unido *vs* Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, processo C-66/04.

sições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno”.

Com efeito, depois de afirmar a aplicabilidade do artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE) como base jurídica apenas quando resultasse, objectiva e efectivamente, de um acto jurídico que o seu objecto consistia na melhoria das condições de estabelecimento e de funcionamento do mercado interno (nº 44), o Tribunal sublinhava a intenção de os autores do Tratado quererem conferir ao legislador comunitário, com a expressão “medidas relativas à aproximação” do artigo 95 CE (actual artigo 114º do TFUE), em função do contexto geral e das circunstâncias específicas da matéria a harmonizar, margem de apreciação quanto à técnica de aproximação mais adequada para alcançar o resultado pretendido, designadamente nos domínios caracterizados por particularidades técnicas complexas. (nº 45)

Neste sentido, o Tribunal acompanhava a Comissão, quando esta advogava expressamente a subordinação do recurso ao artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE) à única condição de as medidas adoptadas deverem “visar” a aproximação das disposições nacionais, no sentido de que deveriam conduzir a uma aproximação, mas, sob reserva do respeito desse critério, o legislador comunitário poder escolher o mecanismo mais adequado às circunstâncias específicas.¹⁸⁴⁸

Deste modo, concluía a Comissão pela possibilidade de uma medida adoptada com base no artigo 95 CE [actual artigo 114º do TFUE] incluir um processo em duas fases do tipo do instaurado pelo regulamento controvertido, no qual um procedimento de autorização só é posto em prática com o objectivo de criar uma lista harmonizada de produtos primários autorizados, enquanto objectivo final,

¹⁸⁴⁸ Em acórdão de 9 de agosto de 1994, o Tribunal de Justiça já havia declarado que é possível que, em certos domínios, a simples aproximação das regras gerais não baste para assegurar a unidade do mercado. Nesta medida, o conceito de “medidas relativas à aproximação” deve ser interpretado no sentido de que engloba o poder do legislador da União de prescrever medidas relativas a dado produto ou categoria de produtos e, sendo caso disso, medidas individuais relativas a tais produtos. Cfr. acórdão do Tribunal Alemanha/Conselho, de 9 de agosto de 1994, processo C-359/92, n.º 37.

dado tratar-se de uma medida que conduz directamente à aproximação das normas nacionais relativas aos produtos em causa.

Se, pelo contrário, em vez de “medidas relativas à aproximação” das disposições nacionais o artigo 95.ºCE (actual artigo 114º do TFUE) se referisse a “medidas de aproximação”, então este normativo, segundo a Comissão, não deixaria em aberto a questão da técnica legislativa a seguir para alcançar a aproximação das legislações nacionais, mas apenas legitimaria disposições que procedessem directamente a esse resultado (n.ºs 37 e 38).

Também a Advogada-Geral Kokott, no mesmo processo, defendia que “medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros”, na acepção do artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º, nº 1, do TFUE), não eram só as medidas que, em si mesmas, aproximavam os direitos dos Estados-Membros, mas também as medidas relativas à aproximação dos direitos que só em consequência da sua aplicação aproximavam o direito dos Estados-Membros, por exemplo ao prever procedimentos que não aproximam de uma forma directa mas apenas através de um modelo com várias fases e etapas intermédias.¹⁸⁴⁹

Em síntese: no denominado acórdão *Smoke Flavourings*, o Tribunal considerou utilizável o artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE), não apenas como base jurídica para a emissão de regras de harmonização substantivas, mas também, sob certas condições¹⁸⁵⁰, para estabelecer procedimentos, no âmbito de uma aproximação indirecta, segundo um modelo em que as medidas destinadas a harmonizar o direito dos Estados-Membros não têm que, elas próprias, aproximar directamente os direitos nacionais, mas sim determinar uma sequência de passos intermédios segundo um modelo que preveja várias fases.

¹⁸⁴⁹ Cfr. conclusões da advogada-Geral Juliane Kokott relativas ao acórdão ENISA, apresentadas em 22 de Setembro de 2005, nº 25.

¹⁸⁵⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de Dezembro de 2005, Reino Unido vs Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, processo C-66/04, nºs 47-49.

79.2.2. Acórdão ENISA

Na mesma linha, no acórdão ENISA¹⁸⁵¹, o Tribunal acrescentou a impossibilidade de inferir da letra do artigo 95 CE (actual artigo 114º do TFUE) a conclusão de que as medidas tomadas pelo legislador comunitário com fundamento nessa disposição se deveriam limitar, quanto aos seus destinatários, apenas aos Estados-Membros.

Destarte, o Tribunal admitiu poder revelar-se necessário prever, segundo uma apreciação efectuada pelo legislador europeu, a criação de um organismo comunitário encarregado de contribuir para a realização de um processo de harmonização em situações nas quais, para facilitar a transposição e a aplicação uniformes de actos baseados no artigo 95 do TCE (actual artigo 114º do TFUE), seja adequado adoptar medidas não vinculativas de acompanhamento e enquadramento.

No aresto em análise, o Juiz comunitário sublinhou, no entanto, a indispensabilidade de as missões confiadas a um organismo dessa natureza deverem estar estreitamente ligadas às matérias objecto dos actos de aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros (v.g. quando o organismo comunitário assim criado efectuasse prestações às autoridades nacionais e aos operadores que tivessem influência na execução homogénea dos instrumentos de harmonização e fossem susceptíveis de facilitar a aplicação destes).

Por outras palavras: *mais uma vez, o Tribunal recusava uma interpretação restrita do artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE), aceitando esta previsão como base jurídica para a criação de um organismo como a ENISA, desde que as medidas produzidas por esta entidade tivessem ligação à aproximação dos direitos nacionais.*¹⁸⁵²

¹⁸⁵¹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Maio de 2006, Reino Unido vs Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, processo C-217/04, n.ºs 44 e 45.

¹⁸⁵² Segundo alguma doutrina, a interpretação do Tribunal é reveladora de alguma incoerência, porquanto o artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE), a exigir maioria qualificada no Con-

Sublinhando a circunstância da inserção do regulamento instituidor da ENISA num contexto normativo complexo¹⁸⁵³, o juiz comunitário considerava

.../..._____

selho, é utilizado para a aprovação de regulamentos como forma mais extrema de aproximação dos direitos nacionais, isto é, para a unificação normativa, enquanto medidas comunitárias produtoras de efeitos paralelamente aos direitos nacionais requerem a mobilização do artigo 308º do TCE (actual artigo 352º do TFUE), onde se prevê a aprovação unânime do Conselho. Neste sentido, Ehlermann afirma: “não vejo qualquer razão convincente justificativa de a aproximação das legislações nacionais ser privilegiada relativamente ao estabelecimento de regras comunitárias paralelas.” *Vide* CLAUS DIETER EHLERMANN, “The internal market following the Single European Act”, *in Common Market Law Review*, 24, 1987, pág. 385.

¹⁸⁵³Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Maio de 2006, Reino Unido *vs* Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, processo C-217/04, nº 60.

Em matéria de legislação comunitária de harmonização dirigida à concretização do mercado interno no sector das comunicações electrónicas, cfr. Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso), Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva autorização), Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal), Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas (JO 2000, L 13, pág. 12, a seguir ‘directiva assinaturas electrónicas’, Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (‘Directiva sobre o comércio electrónico’).

Pela sua importância prática, cumpre destacar a Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) (JO L 108, pág. 33), que visa estabelecer um quadro harmonizado para a regulamentação dos serviços de comunicações electrónicas, das redes de comunicações electrónicas e dos recursos e serviços conexos e a Decisão 2002/627/CE, de 29 de Julho de 2002, da Comissão, que criou o grupo de reguladores europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas.

(*rectius*, aceitava a ponderação legislativa de) a criação de uma agência como meio adequado, ainda que indirecto, “à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros”, porquanto este organismo poderia facilitar a aplicação homogénea dos requisitos técnicos exigidos na normação comunitária relativa às redes de informação e às comunicações electrónicas.

E assim, atendendo à complexidade técnica das redes e dos sistemas informáticos, à variedade de produtos e de serviços interligados e ao elevado número de intervenientes privados e públicos com responsabilidade própria, o Tribunal aceitou a ponderação legislativa de que o funcionamento normal do mercado interno podia ser dificultado pela aplicação heterogénea das prescrições técnicas enunciadas na directiva-quadro e nas directivas específicas.

Segundo o Tribunal, a ENISA surgiria como um meio adequado de prevenir o aparecimento de disparidades susceptíveis de levantar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno em matérias tecnológicas tão complexas e em rápida mutação; uma autoridade independente a prestar conselhos técnicos a pedido da Comissão e dos Estados-Membros poderia, admitiu o Tribunal, facilitar a transposição das referidas directivas para o direito interno dos Estados-Membros e a sua execução a nível nacional.¹⁸⁵⁴

Deste modo, *o artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE) constituiria base jurídica adequada ao estabelecimento e disciplina da Agência Europeia para a segurança das redes e da informação, porquanto a criação desta não era um fim em si mesmo mas mero instrumento, ainda que indirecto ou intermediário, de harmonização das legislações nacionais.*

Ficavam desta forma rejeitadas as teses do Reino Unido¹⁸⁵⁵, defensor de o poder legislativo conferido pelo artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE)

¹⁸⁵⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Maio de 2006, Reino Unido vs Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, processo C-217/04, n.ºs 61-64.

¹⁸⁵⁵ Cfr. petição britânica publicada no JO C 201 de 07.08.2004, pág. 8.

ser um poder de harmonização das legislações nacionais e não um poder de criação de organismos comunitários ou de atribuição de missões a esses organismos.

Para o Reino Unido, medidas de aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros na acepção do artigo 95.º, n.º 1, do TCE (actual artigo 114º do TFUE) deviam dirigir-se ao direito nacional dos Estados-Membros, não podendo esta base jurídica ser utilizada para medidas que estes não pudessem adoptar por si próprios – individual ou colectivamente. Ora, uma agência comunitária não pode ser criada através da adopção simultânea de idêntica legislação pelos Estados-Membros.

Na visão britânica, as normas do Regulamento ENISA não aproximariam, assim, qualquer disposição de direito nacional, sendo, por conseguinte, o artigo 308º TCE (actual artigo 352º do TFUE) a única base jurídica apropriada para a criação dessa agência.

Também a Advogada-Geral do processo defendeu a impossibilidade de o artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE) constituir o fundamento jurídico de criação da ENISA. Não obstante reconhecer “potenciais contributos da ENISA para a aproximação das legislações”, Kokott considerou que estes não seriam suficientes para considerar a sua instituição como uma medida para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros.

Segundo a magistrada, não era previsível se e de que forma a ENISA contribuiria para a aproximação das legislações, dependendo esta aproximação não apenas do trabalho e das investigações da agência europeia, mas de múltiplos outros factores, como a cooperação das instituições, das autoridades nacionais e das partes interessadas.

Por conseguinte, Kokott aventava a possibilidade de o potencial da ENISA para a aproximação das legislações esgotar-se em termos práticos, não sendo, portanto, imperativo o recurso ao artigo 95º, nº 1, TCE (actual artigo 114º do TFUE), mesmo que a ENISA contribuisse efectivamente para a aproximação das legislações.

Noutros termos: o regulamento ENISA constituiria mais um passo no desconhecido do que um passo intermédio no caminho da aproximação dos direitos nacionais, sendo, de certa forma, a ENISA criada “sob reserva”, de utilidade (para o mercado interno) não improvável, mas não sendo possível considerar a sua instituição como uma medida para a aproximação das legislações.¹⁸⁵⁶

Paralelamente, o Tribunal reiterava o seu afastamento da leitura do artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º do TFUE) proposta pela Comissão, no sentido de este preceito constituir uma base jurídica para a adopção de quaisquer actos jurídicos que visassem a concretização do mercado interno, isto é, de fornecer uma competência geral para regulamentar o mercado interno, leitura negada outrora pelo Tribunal¹⁸⁵⁷, porquanto incompatível com o teor desta base jurídica e com a sua génese legislativa e porque retiraria qualquer função à aproximação das legislações característica do normativo referido.¹⁸⁵⁸

Na excelente síntese de Vincenzo Randazzo, “por um lado, o Tribunal está disponível a elaborar de modo amplo a noção em questão [de “medidas relativas à aproximação”], incluindo medidas que contribuem – mesmo que indirecta ou potencialmente – para alcançar a harmonização, quer através do estabelecimento de procedimentos que conduzem a decisões de aproximação ou através do estabelecimento de um organismo cujas tarefas são susceptíveis de resultar na convergência de regras nacionais. Por outro lado, o Tribunal tende a limitar esta noção lata através da imposição de condições específicas que são pragmaticamente formuladas caso a caso. Assim, o Tribunal tenta atingir o equilíbrio entre duas necessidades conflitantes: assegurar certo nível de flexibilidade para vantagem do legisla-

¹⁸⁵⁶ Cfr. Conclusões da advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 22 de Setembro de 2005, nºs 33, 34 e 36.

¹⁸⁵⁷ Cfr. acórdão do Tribunal, Alemanha/Parlamento e Conselho, de 5 de Outubro de 2000, processo C-376/98, nº 83.

¹⁸⁵⁸ Cfr. Conclusões da advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 22 de Setembro de 2005, nº 41.

dor e, ao mesmo tempo, circunscrever o âmbito do artigo 95º do TCE de forma a preservar o princípio dos poderes atribuídos.”¹⁸⁵⁹ (parêntesis nosso)

Pela nossa parte, *propendemos a discordar do Tribunal neste processo: não se trata de pôr em causa o contributo da ENISA para o reforço da segurança dos sistemas informáticos e das redes na União e, neste sentido, para a prevenção do estabelecimento de obstáculos à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços; trata-se, sim, de afirmar que tal contributo se afigura como negligenciável, ou, pelo menos, meramente eventual, inexistindo uma ligação directa e actual entre a constituição da agência europeia e a aproximação dos direitos dos Estados membros.*

Na verdade, *a ENISA não dispõe de poderes decisórios, cingindo-se a funções de aconselhamento e de coordenação*¹⁸⁶⁰. Diferentemente, se esta agência dispusesse de poderes de *hard law*, como por exemplo a competência para a emissão de regulamentos, não teríamos dúvidas em defender a aplicabilidade do artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º do TFUE), porquanto verificar-se-ia uma relação clara e actual das medidas comunitárias com o direito nacional.

Com efeito, a via regulamentar, à semelhança da adopção de regulamentações harmonizadas a nível interno através de disposições comunitárias a transpor em todos os Estados-Membros, impediria ou afastaria divergências nos ordenamentos nacionais, inexistindo, assim, dúvidas quanto ao efeito de aproximação do direito dos Estados membros.

Mas, como a ENISA não pode adoptar regulamentações que visem a aproximação das legislações (nem mesmo participar em procedimentos específicos

¹⁸⁵⁹ Vide VINCENZO RANDAZZO, “Case C-217/04, United Kingdom v. European Parliament and Council of the European Union, judgment of the Grand Chamber of 2 May 2006, nyr”, in *Common Market Law Review*, 44, Kluwer Law International, 2007, pág. 165.

¹⁸⁶⁰ Cfr. artigo 3º do regulamento nº 460/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2004, que cria a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação, preceito que consagra as atribuições da ENISA, que se situam nos domínios da recolha de informações [alíneas a), g), e i)], do aconselhamento [alíneas b), e), h) e k)] e do reforço da cooperação [alíneas c), d), e), f) e j)].

para a adopção deste tipo de regulamentações), é (excessivamente) forçado considerar a constituição desta agência sequer como um passo intermédio ou indirecto no caminho que leva à aproximação das legislações na acepção do artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º do TFUE).

79.3. Reflexão complementar

Na esteira da jurisprudência comunitária relativa a novos títulos em matéria de propriedade intelectual¹⁸⁶¹, existentes a par dos títulos nacionais, defendemos que medidas puramente comunitárias, que estejam a par do direito dos Estados-Membros sem alterar o seu conteúdo normativo, não aproximam os direitos nacionais.

Destarte, não basta uma medida ter por finalidade fomentar o mercado interno, se a sua característica fundamental for pura e simplesmente a criação de uma nova agência europeia, de existência paralela às agências nacionais, a excluir a possibilidade de a criação de novas agências europeias, por si só, se basear no artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º do TFUE).

Neste sentido, relativamente à possibilidade de a criação de novas formas jurídicas de sociedades se fundar no artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º do TFUE), o Tribunal, em aresto proferido no mesmo dia do acórdão ENISA, considerou que o regulamento relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), ao deixar inalteradas as diferentes legislações nacionais existentes, não tinha por objecto a aproximação das legislações dos Estados-Membros aplicáveis às sociedades cooperativas, mas sim a constituição de uma nova forma de sociedade cooperativa que se sobrepõe às formas nacionais.¹⁸⁶²

¹⁸⁶¹ Cfr. parecer do Tribunal 1/94, de 15 de Novembro de 1994 n.º 59 e acórdãos do Tribunal, Espanha/Conselho, de 13 de Julho de 1995, processo C-350/92, n.º 24, Países Baixos/Parlamento e Conselho, de 9 de Outubro de 2001, processo C-377/98, n.ºs 24 e 25.

¹⁸⁶² Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Maio de 2006, Parlamento Europeu contra Conselho, processo C-436/03, nº 44. Clarifica ainda o Tribunal não ser esta consideração afectada pelo facto de o regulamento impugnado não fixar de forma exaustiva a totalidade das normas aplicáveis

Numa palavra: reconhecendo a relevância do acórdão ENISA para a afirmação das agências no plano institucional europeu¹⁸⁶³, *in casu* não podemos deixar de considerar que o Regulamento nº 460/2004 não define suficientemente a contribuição da ENISA para a aproximação das legislações, não sendo, por isso, o artigo 95º, nº 1, do TCE (actual artigo 114º do TFUE) a base jurídica adequada à constituição desta agência.¹⁸⁶⁴

Razões políticas mais facilmente poderão, a nosso ver, ajudar a explicar a opção por este normativo em detrimento do artigo 308º do TCE (actual artigo 352º do TFUE), menos facilitador da constituição destes organismos... Recorde-mos que no procedimento previsto no artigo 95º do TCE (actual artigo 114º TFUE) se exige maioria qualificada, sendo o Parlamento Europeu co-autor do acto a adoptar, enquanto, nos termos do actual artigo 352º do TFUE, o Parlamento Europeu tem apenas de aprovar (antes da revisão de Lisboa era somente consultado...) e é requerida unanimidade no Conselho...¹⁸⁶⁵

Recentemente, porém, as novas agências europeias têm vindo a ser estabelecidas com base no artigo 114º do TFUE, conforme sucedeu com a Agência de
.../...

às sociedades cooperativas europeias e remeter, em determinados pontos, para a legislação do Estado-Membro em cujo território a Sociedade Cooperativa Europeia tenha a sua sede, remissão que tem, tal como foi acima referido, um carácter subsidiário. (nº 45)

¹⁸⁶³ A propósito deste aresto jurisprudencial, Tridimas afirma: “O TJCE fornece efectivamente a luz verde para o modelo multinível de governança do mercado interno.” *Vide* TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies,...”, *cit.*, pág. 239.

¹⁸⁶⁴ Em sentido oposto, Laura Fabiano considera que “o art. 95 [actual artigo 114º do TFUE] pode bem constituir a base idónea para a instituição e disciplina de tal agência comunitária [a ENISA]”. (parêntesis nossos) *Vide* LAURA FABIANO, “Articolo 95 TCE e agenzie comunitarie: una nuova pronuncia della Corte di giustizia”, *in* *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, III, G. Giappichelli editore, Turim, 2006, pág. 1224.

¹⁸⁶⁵ Comprovando a importância das causas políticas na escolha das bases jurídicas dos actos comunitários, Vincenzo Randazzo afirma que “a estratégia de litigação do Parlamento tem sido consistentemente dirigida a circunscrever o âmbito do artigo 308º do TCE”, porquanto, diferentemente do artigo 95º do TCE, o “artigo 308º apenas requer a consulta do Parlamento [actualmente, a sua aprovação].” (parêntesis nosso) *Vide* VINCENZO RANDAZZO, “Case C-217/04...”, *cit.*, pág. 169.

Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER), o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e as novas agências de supervisão financeira.¹⁸⁶⁶

Atendendo às competências decisórias inéditas de algumas das novas agências europeias, *maxime* das autoridades de supervisão financeira, *se o TJUE considerou que uma agência como a ENISA, desprovida de quaisquer poderes decisórios vinculativos, podia ser fundada com base no artigo 95º do TCE (actual artigo 114º do TFUE), por maioria de razão não nos pode surpreender o recurso ao mesmo preceito para a criação de agências europeias dotadas de prerrogativas de emissão de comandos vinculativos dirigidos a autoridades nacionais supervisoras ou a operadores nos mercados nacionais, porquanto a actividade destas pode (mais) directamente promover a harmonização de legislações.*

Dito de outro modo: *à luz da interpretação ampla do Tribunal relativamente ao artigo 114º do TFUE, percebe-se a (legitimidade da) utilização deste preceito na criação de soluções institucionais para o mundo da finança europeia, não obstante, em bom rigor, considerarmos que as ESA's são (sobretudo) concebidas para problemas mais latos (máxime, reforço da estabilidade financeira) do que a remoção de obstáculos à livre circulação de capitais no Mercado Interno.*¹⁸⁶⁷

¹⁸⁶⁶ Cfr. considerando 17 dos Regulamentos EBA e ESMA e considerando 16 do Regulamento EIOPA. Também o Conselho Europeu de Risco Sistémico foi criado com base no artigo 114º do TFUE, invocando-se o acórdão ENISA. Cfr considerando 31 do Regulamento ESRB.

¹⁸⁶⁷ Na mesma linha, Elaine Fahey defende que “a EBA não parece suficientemente moldada de acordo com considerações de mercado interno, à luz dos testes sobre os limiares para o uso dos poderes de harmonização do mercado interno, empregando uma leitura restrita da jurisprudência do Tribunal.” *Vide ELAINE FAHEY, “Does the emperor have financial crisis clothes? Reflections on the legal basis of the European Banking Authority”, in The Modern Law Review, volume 74, nº 4, Julho 2011, pág. 593.*

Em sentido próximo, também Niahm Moloney considera que os poderes de supervisão operacional da ESMA constituem uma “diferente forma de intervenção, associada mas distinta da harmonização”, duvidando, por isso, da possibilidade de o artigo 114º do TFUE ser base jurídica (adequada) para a criação desta ESA. *Vide NIAHM MOLONEY, “The european securities and markets authority*

Por último, tendo em conta o papel dos reguladores nacionais na execução das obrigações decorrentes do Tratado ou dos actos das instituições comunitárias e a evolução progressiva de associações de reguladores nacionais no sentido da constituição de agências europeias (v.g. domínios energético e das comunicações electrónicas), preconiza-se a possibilidade de o artigo 4º, nº 3, do TUE, sobre o dever de cooperação dos Estados membros, funcionar como base jurídica para a constituição destes organismos europeus.¹⁸⁶⁸

.../..._____

and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (2) rules in action”, *cit.*, pág. 219.

Em geral, Asen Lefterov defende que o “artigo 95º CE não tem âmbito suficientemente vasto para acomodar as tarefas ambiciosas das novas agências europeias de supervisão financeira”, apontando em alternativa o artigo 308º do TCE (actual artigo 352º do TFUE), porquanto “possibilita maior discricção ao legislador e, por isso, maior leque de actividades ao organismo estabelecido” ou uma revisão do Tratado, a qual “providenciaria legitimidade completa aos novos organismos e competências incontestadas.” *Vide* ASEN LEFTEROV, “How feasible is the proposal...”, *cit.*, págs. 45-46. Similarmente, Giuseppe Godano considera que o recurso ao artigo 114º do TFUE, “tradicionalmente invocado no campo da aproximação de legislações, como base de novas funções dirigidas à criação de um *rule book* de valência exclusivamente comunitária (...) se trata de um *escamotage* para evitar a marcação de um processo de revisão do Tratado que seria necessário na presença de uma *authority* verdadeiramente dotada de poderes supranacionais.” *Vide* GIUSEPPE GODANO, “Le nuove proposte di riforma...”, *cit.*, pág. 85.

¹⁸⁶⁸ Neste sentido, Edoardo Chiti defende a “existência no Tratado de previsões que poderiam ser interpretadas como permitindo o estabelecimento de novos organismos da Comunidade dirigidos a dar forma a formas de cooperação entre as administrações nacionais e entre elas e a administração da Comunidade”, apontando como exemplo “o princípio da cooperação leal previsto no artigo 10º (ex artigo 5º) [actual artigo 4º, nº 3, do TFUE] do Tratado”. (parêntesis nosso) *Vide* EDOARDO CHITI, “Beyond *Meroni*: the Community legitimacy of the provisions establishing the european agencies”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, pág. 80.

TÍTULO VI

Controlo(s)

Capítulo I

Autonomia vs controlo(s) das agências

80. Autonomia organizativa, funcional e financeira das agências europeias

Não obstante a heterogeneidade reinante, as agências europeias, conforme resulta dos seus estatutos, são normalmente caracterizadas pela *autonomia ou independência (relativa)* face a privados e a influências políticas, designadamente da Comissão, do Conselho e dos Estados membros.¹⁸⁶⁹ Trata-se, segundo alguma doutrina, de garantia fundamental para a *credibilidade* da acção comunitária.¹⁸⁷⁰

¹⁸⁶⁹ No resumo de Jarle Trondal e Lene Jeppesen, as agências europeias consubstanciam “as seguintes três imagens nos processos decisórios: I) como *espaços administrativos autónomos* com independência formal e factual em relação às instituições comunitárias, II) como *organismos comunitários*, servindo de parte integrante do aparelho institucional da UE, e III) *redes epistémicas multinível* que servem para integrar redes de especialistas independentes, indústria, organizações não-governamentais, universidades e institutos de investigação” Vide JARLE TRONDAL e LENE JEPPESEN, “Images of agency governance in the European Union”, in *West European Politics*, Volume 31, nº 3, Maio 2008, pág. 418.

¹⁸⁷⁰ Vide GIANDOMENICO MAJONE, “The credibility crisis of Community regulation”, in *Journal of Common Market Studies*, 38 (2), 2000, págs. 273-302.

Em geral, Karl Kaltenthaler, Christopher J. Anderson e William J. Miller reflectem sobre a questão da confiança/credibilidade: “Confiança nas instituições é um aspecto essencial da governança democrática. (...) Será que as pessoas confiarão numa instituição que não podem controlar?”. Vide KARL KALTENTHALER, CHRISTOPHER J. ANDERSON e WILLIAM J. MILLER, “Accountability and independent central banks: europeans and distrust of the European Central Bank”, in *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, nº 5, 2010, pág. 1261.

Inerente à personalidade jurídica das agências, a autonomia destas projecta-se em termos *organizativos, funcionais* (no quadro das limitações da doutrina *Meroni*) e *financeiros*.

Em *termos orgânicos e funcionais*, a independência das agências europeias reflecte-se, por exemplo, na existência de órgãos próprios (v.g. Conselho de Administração, Director Executivo), na gestão de recursos humanos ou na possibilidade de aprovação do regulamento interno.

Ao contrário do que sucede na generalidade dos reguladores nacionais, não se estabelece qualquer regime de incompatibilidades para os membros do Conselho de Administração ou regras relativas a eventual período de nojo aquando da cessação de funções.

No entanto, em regulamentos instituidores de agências mais recentes prevê-se a obrigatoriedade de os membros do Conselho de Administração efectuarem uma declaração de interesses, indicando a inexistência ou a existência de quaisquer interesses directos ou indirectos que possam ser considerados prejudiciais para a sua independência. Trata-se de declarações escritas feitas anualmente ou quando surgir um conflito de interesses relativamente aos pontos da ordem de trabalhos, caso em que o membro em questão não pode votar sobre os referidos pontos.¹⁸⁷¹

No *plano financeiro*, pensamos, sobretudo, na possibilidade de as agências europeias executarem o orçamento, não obstante o *princípio da especificação*, fortemente limitador da liberdade de as agências gerirem os recursos pecuniários que lhes estão adstritos.¹⁸⁷²

¹⁸⁷¹ Cfr. artigo 28º do Regulamento CFCA.

¹⁸⁷² Cfr. artigos 22º a 24º do Regulamento (CE, EURATOM) nº 2343/2002 da Comissão, de 23 de Dezembro de 2002, que institui o Regulamento Financeiro Quadro dos organismos referidos no artigo 185º do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 do Conselho, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias.

Por outro lado, a autonomia financeira revela-se no *auto-financiamento*, *total*¹⁸⁷³ (Instituto Comunitário das Variedades Vegetais – CPVO -, Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) – OHIM - e Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia – CdT¹⁸⁷⁴) ou *parcial*¹⁸⁷⁵ (v.g. Agência Europeia para a Segurança da Aviação – EASA -, Agência Europeia de Medicamentos – EMA)¹⁸⁷⁶ de algumas agências europeias.

Trata-se de casos raros, dependendo, a maioria das agências, fundamentalmente, de subvenções do erário comunitário¹⁸⁷⁷, opção preferida pela Comissão

¹⁸⁷³ Nos termos da recente Abordagem Comum, “no que respeita às agências autofinanciadas, as taxas deverão ser fixadas a um nível realista, a fim de evitar a acumulação de excedentes significativos.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, IV, nº 38.

¹⁸⁷⁴ Importa ressaltar que cerca de 8% das receitas do Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia (CDT) provém do pagamento pelas instituições e outros órgãos da União pela prestação de serviços. Vide HELENA EKELUND, “Making sense of the ‘agency programme’ in post-Lisbon Europe: mapping european agencies”, in *Central European Journal of Public Policy*, volume 6, nº 1, Junho 2012, pág. 41.

¹⁸⁷⁵ Nos termos da recente Abordagem Comum, “Quanto às agências parcialmente autofinanciadas, os clientes deverão pagar a totalidade dos custos dos serviços que lhes são prestados por essas agências, incluindo a contribuição proporcional do empregador para o regime de pensão. No que respeita à questão de saber como enfrentar um eventual défice em relação às previsões das receitas provenientes das taxas pagas pelos clientes e a necessidade de assegurar a disponibilidade do financiamento necessário às agências, a Comissão investigará a necessidade e as possíveis modalidades de criação de um fundo de reserva autonomizado, que deverá ser gerido de forma transparente.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, IV, nº 39.

¹⁸⁷⁶ Enquanto o orçamento da EASA depende cerca de 34% do erário comunitário, sensivelmente 70% das receitas da EMA provêm da cobrança de taxas e prestação de serviços. Vide HELENA MARGARETHA EKELUND, *The agencification of Europe...*, cit., pág. 67.

¹⁸⁷⁷ Na maior parte das agências europeias mais de 95% do orçamento provém de transferência orçamental da União, sendo de referir a existência residual de contribuições voluntárias, de terceiros por exemplo, ou mesmo da cobrança pela prestação de alguns serviços. *Idem*, pág. 67.

Nas “agências inteiramente financiadas pelo orçamento da UE, o excedente deverá continuar a ser recuperado da forma habitual, ou seja, os fundos não utilizados do ano n são deduzidos da subven-

relativamente ao auto-financiamento, mesmo que meramente parcial, destes organismos, face ao (suposto) perigo (maior) de “captura do regulador pelo regulado”.¹⁸⁷⁸

Não vislumbramos, porém, qualquer risco de captura pelos operadores privados resultante de o financiamento das agências se efectuar, fundamentalmente, via taxas cobradas pelos serviços prestados¹⁸⁷⁹; parece-nos mesmo que tal solução .../...

ção da UE para o ano n+2, após recuperação no ano n+1.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, IV, nº 37.

¹⁸⁷⁸ Alertando para o perigo da dependência financeira das agências europeias face aos operadores, cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, cit, ponto 4.2.

¹⁸⁷⁹ V.g. artigos 113º e 115º do Regulamento CPVO.

No âmbito do artigo 94º da nova Lei da Concorrência, Suzana Tavares da Silva defende as taxas aí estabelecidas, principais *receitas financeiras próprias* da Autoridade da Concorrência, como “uma importante medida de sustentabilidade financeira da actividade reguladora, a qual deve efectivamente ser suportada em maior medida pelos operadores económicos, não só pelo facto de a criação desta nova tipologia institucional ter como fundamento a satisfação de necessidades novas em matéria de interesse público, decorrentes da actividade desenvolvida pelos regulados (daí que faça todo o sentido que os mesmos sejam obrigados, por via tributária, a suportar financeiramente a referida actividade), mas também pelo facto de esta opção ser a que garante de forma mais eficaz a independência das autoridades reguladoras relativamente às opções do poder político (neutralização da captura dos reguladores pelo poder político). Trata-se, portanto, de verdadeiras *receitas tributárias de carácter bilateral*, que têm como fatos constitutivos a prestação concreta de serviços pela AdC”. Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, anotação ao artigo 92º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 904. Em bom rigor, segundo a mesma autora, não devemos falar aqui de taxas mas de contribuições especiais para-fiscais. Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *As taxas e a coerência do sistema tributário*, Cejur, Braga, 2008, pág. 49.

Em geral, para uma distinção entre as figuras de taxa e de imposto, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Ainda a propósito da distinção entre impostos e taxas: o caso da taxa municipal pela realização de infra-estruturas urbanísticas”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 380, 1995, pág. 57 e ss, JOSÉ CASALTA NABAIS/SUZANA TAVARES DA SILVA, “O Estado pós-moderno e a figura dos tributos”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches*, Volume III, Coimbra Editora,

.../...

reforça a independência das agências em relação às instituições europeias, nomeadamente perante a Comissão...

Por último, não pode deixar de referir-se a possibilidade de financiamento pelos próprios Estados membros, conforme previsto, por exemplo, embora apenas residualmente e de numa base voluntária, ao nível do funcionamento do BEREC,¹⁸⁸⁰ solução com riscos do ponto de vista das ingerências de interesses nacionais.

Numa palavra: *a autonomia ou independência das agências europeias (em especial relativamente às instituições comunitárias e aos Estados membros) é extremamente limitada,*¹⁸⁸¹ na linha, aliás, dos poderes restritos de que estes organismos se encontram revestidos.

81. O equilíbrio entre autonomia e responsabilização das agências europeias

Atento o reforço do seu protagonismo e dos seus poderes no plano institucional europeu, a autonomia das agências tem de ser cada vez mais e melhor articulada com adequados mecanismos de controlo das suas actividades, sob pena de estes órgãos se tornarem em centros arbitrários de poder.¹⁸⁸²

.../..._____

2011, págs. 263-303, e JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “Ainda a distinção entre ‘taxa’ e ‘imposto’ na jurisprudência constitucional”, in *Livro de Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, 2006, pág. 547 e ss, e, do mesmo autor, “Sobre o princípio da legalidade das ‘taxas’ (e das ‘demais contribuições financeiras’)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pág. 797 e ss.

¹⁸⁸⁰ Com efeito, as receitas e recursos do Gabinete provêm, fundamentalmente, de uma subvenção da União, mas também de contribuições financeiras, a título voluntário, dos Estados-Membros ou das suas autoridades reguladoras nacionais, as quais são utilizadas para financiar aspectos específicos das despesas de funcionamento da agência (artigo 11º, nº 1, do Regulamento BEREC).

¹⁸⁸¹ Nas palavras de Edoardo Chiti, “as agências europeias são colocadas numa posição institucional de auxiliariedade, mais do que independência, da Comissão e dos governos nacionais.” Vide EDOARDO CHITI, “Le trasformazioni delle...”, *cit.*, pág. 68.

¹⁸⁸² Vide THOMAS GROSS, “Unabhängige EU-Agenturen: eine Gefahr für die Demokratie?”, in *Juristenzeitung*, ano 67, nº 22, págs. 1087-1093.

Trata-se, no fundo, do clássico problema de conciliar as vantagens da delegação de poderes decisórios em *burocracias, em ramos administrativos de poder, maxime* em termos de potencial técnico para a governação da *res publica*, com os problemas de legitimidade daí decorrentes.¹⁸⁸³

Desta forma, a Comissão, por exemplo, salientou a importância de estabelecer e delimitar claramente as responsabilidades das agências como forma de aumentar a legitimidade da acção comunitária, apelando a um princípio de responsabilização, com instauração de sistemas de controlo claros, como contrapartida da autonomia destes organismos.¹⁸⁸⁴

Se a ausência ou insuficiência de mecanismos ditos de *accountability*¹⁸⁸⁵ pode pôr em causa a legitimidade da acção de qualquer órgão público da União, o excesso de controlo(s) pode conduzir, na prática, ao sacrifício da independência das agências europeias, pedra de toque da sua constituição.

¹⁸⁸³ Vide MAX WEBER, “Bureaucracy”, in *From Max Weber: Essays in sociology*, coordenado por H.H. Gerth e C. Wright Mills, Routledge e Kegan Paul, Londres, 1970, e WOODROW WILSON, “The study of administration”, in *Political Science Quarterly*, 2, 1887, págs. 197-222.

¹⁸⁸⁴ Cfr. projecto acordo interinstitucional relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, 25.02.2005, COM(2005)59 final, pág. 2.

Paz Ferreira, referindo-se à independência dos bancos centrais, fala nas “possibilidades de conjugação de independência e responsabilização, ‘*accountable independence*’”. Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Direito Comunitário II (União Económica e Monetária) – Relatório”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2001, pág. 111.

¹⁸⁸⁵ Sobre o conceito de *accountability* em geral e em especial na “ecologia” da governança da UE, vide DEIDRE CURTIN, PETER MAIR e YANNIS PAPADOPOULOS, “Positioning accountability in european governance: an introduction”, in *West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge, pág. 929 e ss.

Para uma síntese dos diferentes conceitos que têm vindo a ser apresentados de *accountability* política, vide LUC VERHEY e MONICA CLAES, “Introduction: political accountability in a european perspective”, in *Political accountability in Europe: which way forward? - A traditional concept of parliamentary democracy in an EU context*, coordenação de Luc Verhey, Hansko Broeksteeg e Ilse Van den Driessche, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pág. 9 e ss.

Numa palavra: é essencial proceder a adequado (e delicado) equilíbrio entre autonomia e controlo das agências europeias¹⁸⁸⁶, sobretudo num contexto de incremento das suas responsabilidades e competências na União Europeia. Na célebre ideia de Moe, é fundamental que “ninguém controle a agência e, no entanto, a agência esteja sob controlo”¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸⁶ Nas palavras de Madalina Busuioc, “accountability, controlo e independência estão muito interrelacionados e uma análise e avaliação da accountability das agências não pode ignorar as questões da independência e do controlo.” *Vide* MADALINA BUSUIOC, “Accountability, control and independence: the case of european agencies”, in *European Law journal*, vol. 15, nº 5, Setembro 2009, pág. 615.

Com base em dados empíricos, Madalina Busuioc, Deidre Curtin e Martijn Groenleer defendem: “arranjos adequados de accountability, que sejam aceitáveis para os actores envolvidos, reforçam a autonomia, enquanto um sistema de accountability inapropriado e contestado tem o efeito oposto”. *Vide* MADALINA BUSUIOC, DEIDRE CURTIN e MARTIJN GROENLEER, “Agency growth between autonomy and accountability: the European Police Office as a ‘living institution’”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 848.

Para uma visão geral dos argumentos daqueles que consideram que “uma relação negativa entre independência e *accountability* não é inevitável e, na realidade, que a independência e a *accountability* são ‘dois lados da mesma moeda’”, *vide* DANIEL NAURIN, “The European Central Bank – independent and accountable?”, in *The illusion of accountability in the European Union*, coordenado por Sverker Gustavsson, Christer Karlsson e Thomas Persson, Routledge, 2009, págs. 130-132.

¹⁸⁸⁷ *Vide* TERRY M. MOE, “Control and feedback in economic regulation: the case of the NLRB”, in *American Political Science Review*, volume 79, nº 4, Dezembro 1985, págs. 1094-1116.

Segundo Deidre Curtin, a existência de vários *checks and balances* “também através de fóruns com credenciais democráticas (o Parlamento Europeu), é uma maneira viável, (...) e talvez em última análise mais efectiva de assegurar que os actores não legislativos sejam responsabilizados publicamente mais do que grandiosas ambições de democratização do processo decisório não legislativo.” *Vide* DEIDRE CURTIN, “Holding (quasi-) autonomous EU administrative actors to public account”, in *European Law Journal*, volume 13, nº 4, Blackwell Publishing, Julho 2007, pág. 541.

Neste sentido, certos de que a dispersão de *fora* de *accountability* não promove a coerência e a abordagem eficiente do sistema de responsabilização destes organismos, importa examinar a complexa teia de controlos múltiplos e de natureza vária – política, financeira, jurisdicional e para-jurisdicional – a que as agências europeias se encontram submetidas,¹⁸⁸⁸ podendo, todavia, adiantar-se já aqui a ideia de que quanto mais fortes os poderes das agências europeias, mais desenvolvidos são os instrumentos de controlo sobre a sua actividade.¹⁸⁸⁹

¹⁸⁸⁸ Como bem salienta Renaud Dehousse, “a multiplicidade de principais não deve ser vista como uma anomalia ou uma situação transitória. Bem pelo contrário; tal encontra-se perfeitamente em linha com o princípio central, anti-hegemónico que representa a pedra de toque da arquitectura institucional europeia.” *Vide* RENAUD DEHOUSSE, “Delegation of powers in the European Union...”, *cit.*, pág. 795. Explica a autora: “A ausência de uma hegemonia institucional clara no sistema da União Europeia permitiu que as três instituições ‘políticas’ europeias influenciassem as regras que governam a estrutura e o funcionamento das agências e a sua actividade. (...) A respectiva influência destes actores pode variar. (...) Mas o carácter multipolar do processo não tem sido alterado. Nenhuma das agências existentes pode ser perspectivada como um mero instrumento nas mãos de qualquer uma das instituições ‘políticas’.” Assim, “dada a existência de múltiplos principais, cada qual com os seus interesses, teria sido realmente surpreendente testemunhar a emergência de reguladores fortes.” *Idem*, pág. 803.

Para uma síntese das questões de *accountability* envolvidas no recurso crescente a agências no direito da União, *vide* CAROL HARLOW, “Three phases in the evolution of EU administrative law”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 455-462.

¹⁸⁸⁹ Neste sentido, *vide* EDOARDO CHITI, “Existe-t-il un modèle d’agence de l’Union Européenne?”, *cit.*, págs. 56-57.

Num interessante estudo com abundante análise empírica relativamente a 29 agências (ditas comunitárias e da UE), Arndt Wonka e Berthold Rittberger, relativamente à independência destes organismos, acrescentam: “as agências a operar no domínio da regulação económica mostram maiores níveis de independência do que as agências a operar no campo da regulação social ou do que as agências cometidas com um mandato informativo ou executivo. (...) maiores níveis de incerteza política induzem os políticos a (...) confiar e atribuir às agências do primeiro pilar mais altos níveis de independência do que agências no segundo e terceiro pilares.” (italic nosso) *Vide* ARNDT WONKA e BERTHOLD RITTBERGER, “Credibility, complexity and uncertainty: explaining the institutional independence of 29 EU agencies”, in *West European Politics*, 33:4, 2010, pág. 745.

Capítulo II

Controlo(s) político(s)

82. Controlo político do Parlamento Europeu

82.1. Argumentos do Parlamento Europeu

*Fundamental para a legitimação democrática da acção das agências europeias é o controlo (político) sobre elas exercido pelo Parlamento Europeu. Como defendeu a Comissão de Assuntos Constitucionais desta instituição, a consagração do controlo parlamentar exercido sobre a estrutura e os trabalhos das agências de regulação corresponde ao princípio democrático clássico, o *princípio central da democracia representativa*, que obriga ao aumento da responsabilidade política de qualquer organismo que detenha um poder de execução.*¹⁸⁹⁰

Quer dizer: o hemiciclo europeu, por princípio, é céptico relativamente à proliferação de agências em áreas cruciais da actividade económico-social por razões de ordem democrática, assumindo a ideia clássica da *governança* como preferível à moda da *governança* e considerando fundamental a fiscalização de um Parlamento eleito sobre um executivo com controlos de tipo *command and control* e não com meras relações de cooperação (horizontal) com o aparelho *administrativo*.

¹⁸⁹⁰ Cfr. exposição de motivos do relatório da Comissão dos Assuntos Constitucionais sobre uma estratégia para a resolução dos aspectos institucionais das agências de regulação, 17 de Setembro de 2008 PE, relator Georgios Papastamkos, relatora de parecer Jutta Haug, Comissão dos Orçamentos, (2008/2103(INI)).

Na perspectiva do Parlamento Europeu, para evitar a fragmentação do Executivo da União¹⁸⁹¹, é a Comissão que deve permanecer politicamente responsável pelo exercício dos poderes delegados nas agências, os quais, defendeu mesmo aquela instituição em certo momento, deveriam ser de natureza puramente técnica, sem dimensão política.¹⁸⁹²

No fundo, com a pulverização de agências dotadas de funções executivas anteriormente concentradas na Comissão, o Parlamento Europeu temeu um retrocesso em matéria de controlo parlamentar sobre a acção executiva da União, sugerindo, por isso, a participação de deputados europeus nos conselhos de administração daqueles organismos, bem como o acesso total e em igualdade de circunstâncias com as outras instituições e órgãos da União à informação e assistência técnica das agências,¹⁸⁹³ fundamental em domínios fortemente marcados por considerável tecnicidade.

Recentemente, o Tribunal de Justiça considera a “existência de autoridades públicas fora do âmbito da administração hierárquica clássica e mais ou menos independentes do governo” compatível com o princípio da democracia (artigo 6º, nº 1, do TUE), desde que haja “influência parlamentar”, designadamente através da imposição às agências do dever de informar o Parlamento das suas actividades.¹⁸⁹⁴

¹⁸⁹¹ Cfr. Relatório da Comissão dos Assuntos Institucionais do Parlamento Europeu sobre a melhoria do funcionamento das Instituições sem modificação do Tratado, de 26 de Março de 1999, relatado pelo Deputado Fernand Herman, nº 21.

¹⁸⁹² Cfr. Relatório do Parlamento Europeu sobre o Livro Branco da Comissão sobre Governança Europeia, 2001, nº11-2.

¹⁸⁹³ Cfr. Relatório da Comissão dos Assuntos Institucionais do Parlamento Europeu sobre a melhoria do funcionamento das Instituições..., *cit.*, nºs 27 e 28.

¹⁸⁹⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de 9 de Março de 2010, Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha, processo C-518/07, nºs 39-46.

82.2. Evolução do controlo político das agências europeias pelo Parlamento Europeu

Por razões de democraticidade, ao longo do processo de integração europeia o Parlamento Europeu tem reforçado progressivamente as suas prerrogativas, designadamente enquanto legislador. No concernente às agências, salta à vista o aumento da influência parlamentar,¹⁸⁹⁵ reflectido na mudança de base legal de criação destes organismos.

Na verdade, vimo-lo já, *enquanto as agências eram criadas ao abrigo do artigo 352º do TFUE (ex-artigo 308º do TCE) havia um limitado envolvimento do Parlamento Europeu*: inicialmente, apenas consultado; após o Tratado de Lisboa, necessidade da sua aprovação. *Com a opção por outros preceitos do Tratado para base jurídica do estabelecimento de agências, o hemiciclo de Estrasburgo passa a desempenhar relevante papel na configuração destes organismos.*

Com efeito, na veste de co-decisor (processo legislativo ordinário, anteriormente procedimento de co-decisão), o Parlamento Europeu tem a possibilidade de configurar diversos mecanismos de controlo sobre as agências nos estatutos¹⁸⁹⁶, nomeadamente *audições* (v.g. ao Director, antes da nomeação¹⁸⁹⁷ e sobre a

¹⁸⁹⁵ Mais detalhadamente, cfr. Ficha nº 32, documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012. Na doutrina, para uma visão geral dos mecanismos de controlo do PE sobre as agências europeias e uma perspectiva comparativa com a *accountability* parlamentar ao nível dos Estados membros, vide TOBIAS BACH e JULIA FLEISCHER, “The parliamentary accountability of European Union and national agencies”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012, págs. 152- 171.

¹⁸⁹⁶ No quadro de um controlo *ex ante*, Paul Craig salienta que quanto mais especificado, em termos de objectivos e critérios de actuação, o mandato das agências maior o controlo da legislatura. Vide PAUL CRAIG, *EU administrative law...*, cit., pág. 169.

¹⁸⁹⁷ Cfr. artigo 39, nº 1, do Regulamento EASA e artigo 64º, nº 1, do Regulamento EMA.

performance das tarefas¹⁸⁹⁸) ou a obrigatoriedade de *envio de relatórios vários* (v.g. programa de trabalho, relatório geral anual)¹⁸⁹⁹ aos comités parlamentares especializados. Desta forma, a desconfiança do Parlamento Europeu relativamente às agências europeias tem vindo a dar lugar, na prática legislativa, a frequentes propostas parlamentares de emendas no sentido de reforçar os poderes e a independência das agências europeias que têm vindo a ser criadas ou aquando da revisão de estatutos de agências já existentes.¹⁹⁰⁰

Embora conscientes das insuficiências e, frequentemente, da fraca qualidade do controlo parlamentar¹⁹⁰¹, temos a fiscalização do Parlamento Europeu como condição indispensável ao aprofundamento da legitimidade democrática das agências europeias. Por isso, para os mecanismos de responsabilização parlamentar serem (mais) efectivos, admitimos ser relevante a *presença de representantes do Parlamento Europeu nos Conselhos de Administração* das agências.¹⁹⁰²

Dissentimos, assim, do entendimento da Comissão de reputar incorrecta a designação de membros do Parlamento Europeu para os *boards* destes organismos, atendendo à natureza das tarefas (executivas) a desenvolver e a um eventual

¹⁸⁹⁸ Cfr. artigo 38º, nº 2, do Regulamento EASA.

¹⁸⁹⁹ Cfr. artigos 56º e 57º do Regulamento EASA.

¹⁹⁰⁰ Para alguns exemplos práticos da tendência de o Parlamento Europeu, enquanto legislador, reforçar os poderes e a independência das agências europeias, *vide* CHRISTOPHER LORD, “The European Parliament and the legitimation of agencification”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 909 e ss.

¹⁹⁰¹ Para a síntese das deficiências da *accountability* parlamentar sobre algumas agências europeias, com base em entrevistas e outros dados empíricos, *vide* MADALINA BUSUIOC, *The accountability...*, *cit.*, pág. 100 e ss.

¹⁹⁰² De acordo com estudos empíricos recentes, o Parlamento Europeu encontra-se representado apenas em cerca de 18% dos Conselhos de Administração das agências europeias. *Vide* MORTEN EGEBERG, JARLE TRONDAL e MARIA MARTENS, “Building executive power at the european level...”, *cit.*, pág. 11.

condicionamento do controlo político parlamentar resultante da participação de eurodeputados na gestão das agências.¹⁹⁰³

A nosso ver, os argumentos da Comissão não procedem e é *ilógico* e *desrazoável* considerar incorrecta a presença do Parlamento Europeu, cada vez mais co-legislador da União, nas agências ditas de regulação... *Ao defender-se a exclusão de representantes parlamentares das agências da União, pode mesmo hipotecar-se o reforço futuro dos poderes (decisórios) destas (maxime a emissão de normas secundárias), porquanto a produção normativa da União já não pode ser desligada actualmente do PE. Será esta a (dissimulada) intenção da Comissão?...*

Para além de importante de um ponto de vista de legitimação democrática (embora remota...), a participação de membros designados pelo Parlamento Europeu nos *boards* das agências europeias parece-nos relevante em termos de reforço da qualidade e intensidade do controlo da acção destes organismos por parte de uma instituição de cariz marcadamente generalista e política... como é o PE.

Por outro lado, *o aparente obstáculo do condicionamento do controlo político (e orçamental) do Parlamento Europeu resultante da participação de representantes parlamentares na gestão das agências não nos parece inultrapassável*, designadamente, se for conferido o estatuto de mero observador, sem direito a voto, aos eurodeputados com assento no Conselho de Administração das agências¹⁹⁰⁴ ou se o hemiciclo nomear para este órgão especialistas independentes¹⁹⁰⁵.

Não nos convence igualmente o argumento da natureza não executiva do Parlamento Europeu, porquanto as agências europeias, à semelhança das autoridades independentes dos Estados membros, gozam ou podem vir a gozar de poderes normativos, para-judiciais e não meramente executivos.¹⁹⁰⁶

Por último, no âmbito do controlo das agências pelo Parlamento Europeu, vai pressuposta a qualidade dos Deputados europeus, essencial para que as audi-

¹⁹⁰³ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit.*, ponto 4.2.

¹⁹⁰⁴ Vide ELLEN VOS, "Agencies and the European Union", *cit.*, pág. 126.

¹⁹⁰⁵ Cfr. artigo 9º, nº 1, do Regulamento EMCDDA.

¹⁹⁰⁶ Vide EDUARDO VÍRGALA FORURIA, *Las agencias reguladoras...*, *cit.*, pág. 78.

ções não sejam meros discursos de ocasião ou os relatórios anuais simples instrumentos de *marketing*...

83. Controlo político do Conselho

Apesar de as prerrogativas de fiscalização do Conselho serem, naturalmente, mais impressivas nas agências intergovernamentais, isto é, nas agências dos anteriormente designados 2º e 3º pilares, a análise dos estatutos de várias agências comunitárias permite-nos concluir pela sua sujeição a controlo não negligenciável por parte daquela instituição.¹⁹⁰⁷

Desta forma, à semelhança do Parlamento Europeu, para além da recepção de programas de trabalho e relatórios gerais anuais e da possibilidade de audições do Director^{1908/1909}, prevê-se também a possibilidade de o Conselho nomear e demitir o Presidente do Conselho de Administração¹⁹¹⁰ e de exercer autoridade disciplinar sobre este e o(s) seu(s) Vice-Presidente(s)¹⁹¹¹.

Não podemos deixar de sancionar estes mecanismos de responsabilização de agências perante a instituição da União onde se encontram representados os Estados membros, em especial prerrogativas como o poder de demissão do Presidente e Vice(s) Presidente(s) de agências não dependentes do orçamento comunitário - *v.g.* o Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) -, isto é, agências onde inexitem as competências de controlo financei-

¹⁹⁰⁷ Para um elenco das prerrogativas do Conselho na vida das agências europeias, *cfr.* Ficha nº 33, documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

¹⁹⁰⁸ *Cfr.* artigo 38º, nº 2, do Regulamento EASA.

¹⁹⁰⁹ Neste sentido, *cfr.* propostas da Comissão na Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit.*, ponto 4.3. e no projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação em 2005, *cit.*, ponto 29.1..

¹⁹¹⁰ *Cfr.* artigo 125º, nº 1, do Regulamento OHIM.

¹⁹¹¹ *Cfr.* artigo 125º, nº 4, do Regulamento OHIM.

ro (do Conselho) a que normalmente estão sujeitos os organismos dependentes do erário europeu.

84. Controlo político da Comissão

Não obstante a heterogeneidade reinante, existem em diversos estatutos das agências europeias disposições susceptíveis de conferir à Comissão apreciável influência sobre a sua vida, *maxime* quanto aos *programas de trabalho* (anuais e plurianuais)¹⁹¹² ¹⁹¹³.

Num contexto claramente *ad-hoc*, na ausência (aparente...) de uma visão estratégica clara da razão de ser, do funcionamento e direcção das agências europeias, a Comissão surge como a única instituição dotada de (tão) relevante *capacidade de influência na conformação das agendas de trabalho destes organismos*, importante em termos de coerência, unidade e integridade do poder executivo da União.

¹⁹¹² Para além dos programas de trabalho anuais, os quais devem ser baseados num modelo a fim de facilitar a comparação, as agências devem elaborar programas ou orientações estratégicas plurianuais, adaptadas às especificidades das suas actividades. Este planeamento plurianual deve estar relacionado com a programação plurianual dos recursos (nomeadamente, o orçamento e o pessoal). Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, IV, nºs 27 e 28.

¹⁹¹³ Alguns exemplos: na EFSA cabe ao Director Executivo a elaboração de uma proposta de programa de trabalho da agência, *em consulta com a Comissão* (cfr. artigo 26º, nº 2, alínea b), do Regulamento EFSA); na CFCA, à semelhança do que sucede na ERA (cfr. artigo 25º, nº 2, alínea c), do Regulamento ERA) e na EMSA (cfr. artigo 10º, nº 2, alínea d), do Regulamento EMSA), o Conselho de Administração aprova, *tendo em conta o parecer da Comissão* e dos Estados-Membros, o programa de trabalho da Agência para o ano seguinte e *envia-o* ao Parlamento Europeu, ao Conselho, à *Comissão* e aos Estados-Membros. *Se*, no prazo de 30 dias a contar da data da aprovação do programa de trabalho, *a Comissão manifestar o seu desacordo com o citado programa*, o Conselho de Administração voltará a analisar o programa de trabalho e aprová-lo-á, *eventualmente alterado*, no prazo de dois meses, em segunda leitura (cfr. artigo 23º, nº 2, alínea c), do Regulamento CFCA).

Na perspectiva da Comissão, não se trata de um poder de tutela jurídica, de prever a possibilidade de esta instituição dar instruções, alterar ou impor a retirada de decisões individuais das agências de regulação: trata-se antes de prever um conjunto de relações coerentes e harmonizadoras da autonomia das agências com a responsabilidade última que incumbe à Comissão no sistema comunitário.¹⁹¹⁴

Neste sentido, em recente avaliação horizontal sobre as agências europeias, salienta-se o facto de a complementaridade e a coerência com políticas da UE serem geralmente mantidas pelas agências através de ‘programas de trabalho’, especialmente quando a agência serve uma política da UE específica e os referidos programas são submetidos a consulta extensa das Direcções Gerais relevantes da Comissão.¹⁹¹⁵ Na prática, porém, como nota o Tribunal de Contas, os programas de trabalho das agências padecem de insuficiências várias, designadamente e em geral fornecem poucas indicações precisas sobre os recursos a afectar às diferentes acções e os resultados esperados.¹⁹¹⁶

Por outro lado, a Comissão, enquanto (quase) monopolista da iniciativa legislativa, pode *propor a revisão ou a revogação do acto de base instituidor da agência europeia*,¹⁹¹⁷ e, em matéria financeira, *frequentemente propõe, numa base anual, à autoridade orçamental o montante da subvenção e os recursos humanos que considera necessários para o funcionamento da agência*, com base no mapa previsional das despesas e das receitas elaborado pelo Conselho de Administração¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁴ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit.*, ponto 4.3.

¹⁹¹⁵ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1, *cit.*, pág. iv.

¹⁹¹⁶ Cfr. Relatório especial nº 5/2008 do Tribunal de Contas Europeu, “Agências da União: obter resultados”, pág. 5.

¹⁹¹⁷ No âmbito do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (cooperação policial e judiciária em matéria penal), o direito de iniciativa da Comissão, inexistente antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, é partilhado com, pelo menos, um quarto dos Estados Membros (cfr. artigo 76º do TFUE).

¹⁹¹⁸ Nos termos da recente Abordagem Comum, “a programação dos recursos humanos das agências constante do plano de política de pessoal e a preparação do projecto de orçamento da União

São também relevantes as prerrogativas da Comissão em sede de *nomeação do Director, dos membros das Câmaras de Recurso*, de elementos dos Comités Científicos e de grupos de trabalho, de *presença no Conselho de Administração*, de *realização de auditorias e de pareceres*, designadamente sobre a prorrogação do mandato do director em função da sua avaliação e quanto a eventuais acordos de trabalho concluídos com as autoridades competentes dos países terceiros e/ou as organizações internacionais que realizam tarefas análogas.¹⁹¹⁹

Recentemente, é de destacar a possibilidade de a Comissão activar *um sistema de alerta* (ao Parlamento Europeu e ao Conselho) “se tiver sérios motivos para reear que o Conselho de Administração de uma agência está prestes a tomar decisões susceptíveis de não ser conformes com o mandato da agência, de violar o direito da UE ou de estar em manifesta contradição com os objectivos políticos da UE.”¹⁹²⁰

.../..._____

devem ser coerentes. Os respectivos prazos para a apresentação dos quadros de pessoal e dos planos de política de pessoal devem, por conseguinte, ser alinhados. As agências deverão apresentar os seus projetos de plano de política de pessoal à Comissão (e para informação ao Conselho de Administração) até 31 de Janeiro. Tendo em conta o parecer fundamentado da Comissão sobre os planos de política de pessoal, as agências

deverão adoptar os planos definitivos e submetê-los à autoridade orçamental e à Comissão até ao final de maio. Para efeitos de transparência, as agências deverão prestar esclarecimentos se decidirem não atender plenamente ao parecer da Comissão nos seus planos de política de pessoal.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, IV, n° 35.

¹⁹¹⁹ Trata-se de prerrogativas existentes sectorialmente e que foram, em geral, propostas pela Comissão para vigorarem relativamente a todas as agências de regulação europeias. Cfr. projecto acordo interinstitucional relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, *cit.*, ponto 29.2.

¹⁹²⁰ Nesses casos, a Comissão levantará formalmente a questão no Conselho de Administração e pedir-lhe-á que se abstenha de adotar a decisão pertinente. Caso o Conselho de Administração ponha de parte o pedido, a Comissão informará formalmente o Parlamento Europeu e o Conselho, tendo em vista permitir uma reacção rápida das três instituições. A Comissão poderá pedir ao Conselho de Administração que se abstenha de implementar a decisão litigiosa enquanto os representantes das três instituições estiverem a

.../...

Por fim, não cremos necessário nem desejável prever um *poder de avocação*, ainda que excepcional, da Comissão relativamente a decisões adoptadas pelas agências; mais do que a insegurança jurídica daí adveniente para os operadores económicos, está em causa o modelo de relação entre as agências e a Comissão, parecendo-nos fundamental que a decisão final repouse em regra nesta instituição, enquanto poder político que pondera e assume as consequências sociais, políticas e económicas.

Na regulação dos mercados, as agências devem circunscrever-se a uma acção essencialmente técnica, cabendo a tomada da decisão (política) e inerentes responsabilidades à Comissão, dotada de legitimidade democrática (embora remota...); o governo da causa pública não deve ser alienado para técnicos desprovidos de legitimidade democrática... mesmo que estes sejam, muitas vezes, olhados como conveniente capa ou escudo para a tomada de decisões sensíveis e impopulares¹⁹²¹ ...

85. Controlo político dos Estados membros

85.1. Estrutura orgânico-funcional das agências

Em regra, a estrutura orgânica das agências comunitárias consiste num *Conselho de Administração*, também denominado de Comité de Gestão¹⁹²², num *Director Executivo*, amiúde designado de Presidente¹⁹²³, *Director Geral*¹⁹²⁴ ou

.../..._____

debater a questão. Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, V, nº 59.

¹⁹²¹ Sobre a transferência de culpas (*blame avoidance*) dos políticos para as agências na UE, vide FRANK VIBERT, “Better regulation and the role of EU agencies”, *cit.*, págs. 397-398.

¹⁹²² Cfr. artigo 6º, nº 3, do Regulamento BEREC.

¹⁹²³ V.g. artigo 38º do Regulamento CPVO.

¹⁹²⁴ V.g. artigo 8º do Regulamento BEREC.

simplesmente Director¹⁹²⁵, e, em algumas agências, em *Comissões Executivas*¹⁹²⁶, em *Comités científicos ou técnicos* e em *Foruns Consultivos*.

Mais recentemente, é de salientar, em agências europeias criadas nos domínios financeiros, energético e de telecomunicações, a existência de *Conselhos de Reguladores/Supervisores*, compostos por representantes seniores dos reguladores nacionais independentes, num intuito de conciliar interesses nacionais e *expertise* relativamente aos mercados, tentando assim garantir a independência técnica dos reguladores europeus.

De entre as múltiplas tarefas geralmente cometidas ao(s) *Conselho(s) de Administração* destacam-se a supervisão em matérias orçamentais, de planeamento, de *performance* da agência, a aprovação do programa de trabalho, a nomeação e demissão do Director, bem como a designação de membros de eventuais Comités Executivos, de Comités Científicos ou Técnicos e de Câmaras de Recurso¹⁹²⁷. E porque fortemente dominados por representantes dos Estados membros, o Conselho de Administração constitui importante *meio de controlo do Director Executivo e da actividade das agências em geral*, a funcionar, por isso, e em bom rigor, como verdadeiro Conselho de Supervisão¹⁹²⁸.

Num desenho de mandatos¹⁹²⁹ e modos de adopção de decisões¹⁹³⁰ extremamente variáveis, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão propuseram re-

¹⁹²⁵ V.g. artigo 16º do Regulamento ACER.

¹⁹²⁶ Parlamento Europeu, Conselho e Comissão propugnam actualmente uma estrutura dualista de governação das agências (Conselho de Administração e Conselho Executivo). Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 10.

¹⁹²⁷ Vide MADALINA BUSUIOC, “European agencies: pockets of accountability”, in *The real world of EU accountability – what deficit?*, coordenado por Mark Bovens, Deidre Curtin e Paul’t Hart, Oxford University Press, 2010, pág. 91.

¹⁹²⁸ Vide MARTIJN GROENLEER, *The autonomy of European Union agencies*, Eburon, Delft, 2009, pág. 122.

¹⁹²⁹ Por exemplo, no caso dos membros do Conselho de Administração da EMA o mandato, renovável, é de três anos (cfr. artigo 65º, nº 4, do Regulamento EMA), enquanto o mandato dos membros do Conselho de Administração da ACER tem uma duração de quatro anos, renovável uma

centemente a homogeneização destas matérias: duração de quatro anos do mandato (renovável) dos membros do Conselho de Administração; votação por maioria absoluta em questões correntes; votação por maioria de dois terços na nomeação e exoneração do Director e do Presidente do Conselho de Administração e na adopção do orçamento anual e do programa de trabalho, com possibilidade de excepções a estas regras em casos específicos justificados.¹⁹³¹

Por outro lado, a presidência do Conselho de Administração cabe normalmente e durante dois anos, com possibilidade de uma renovação, a membro eleito pelo próprio órgão¹⁹³² e apenas em certos casos a representante da Comissão¹⁹³³.

Ao *Director Executivo*, por seu turno, cabem, via de regra: monitorização da actividade diária; elaboração e implementação do plano de actividades; preparação do relatório anual; responsabilidades orçamentais e de recrutamento de pessoal; prestação de contas ao Conselho de Administração, nomeadamente através do envio de relatórios vários, os quais são posteriormente remetidos a diversas instituições da União e publicitados para conhecimento do público.¹⁹³⁴

.../..._____

vez, salvo no primeiro mandato, em que a duração é de seis anos para metade dos membros do Conselho de Administração e para os respectivos suplentes (cfr. artigo 12º, nº 1, do Regulamento ACER).

¹⁹³⁰ Em regra, o Conselho de Administração toma as suas decisões por maioria de dois terços dos membros presentes (v.g. artigo 12º, nº 4, do Regulamento ACER), havendo casos de exigência de maioria simples (cfr., por exemplo, artigo 41º, nº 1, do Regulamento CPVO) e de maioria absoluta (cfr., por exemplo, artigo 27º do Regulamento CFCA).

¹⁹³¹ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nºs 10 e 13.

¹⁹³² V.g. artigo 12º, nº 2, do Regulamento ACER.

¹⁹³³ Cfr. artigo 25º, nº 1, do Regulamento CFCA.

¹⁹³⁴ Para maiores desenvolvimentos, *vide* MADALINA BUSUIOC, “European agencies and their boards: promises and pitfalls of accountability beyond design”, in *Journal of European Public Policy*, ifirst, Routledge, 2012, págs. 1-18, e, da mesma autora, *European agencies and their boards. Too much board, too little monitoring*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper nº 2011-10, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper nº 2011-04, 2011, págs. 3-30.

No âmbito das responsabilidades orçamentais, por exemplo, o Director tem a obrigação de enviar ao *board* um *relatório anual* de actividades, o qual, acompanhado das informações financeiras e de gestão relevantes, indica os resultados das suas operações face aos objectivos que lhe foram atribuídos e os riscos a elas associados, a utilização dos recursos disponibilizados e o funcionamento do sistema de controlo interno.¹⁹³⁵

Na prática, porém, o cumprimento desta obrigação tem-se revelado insatisfatório, considerando o Tribunal de Contas que, na maioria dos casos, os relatórios tratam das actividades efectuadas durante o exercício, incidindo as explicações principalmente na natureza e amplitude destas actividades e por vezes no volume de recursos mobilizados, só raramente sendo abordadas as questões dos resultados obtidos face aos objectivos bem como a do impacto da acção da agência.¹⁹³⁶

Nesta linha, na avaliação horizontal das agências europeias destaca-se que muito do esforço de avaliação não preenche completamente as necessidades de

¹⁹³⁵ Cfr. artigo 40º, nº 1, do Regulamento nº 2343/2002 (CE, EURATOM), da Comissão, de 23 de Dezembro de 2002, que institui o Regulamento Financeiro Quadro dos organismos referidos no artigo 185.o do Regulamento (CE, EURATOM) nº 1605/2002 do Conselho, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias.

Na recente Abordagem Comum, defende-se, não obstante admitirem-se excepções, que “em princípio, as agências deverão apresentar um Relatório Anual único”, o qual, sendo redigido pelo Director da agência e submetido ao Conselho de Administração, “deverá incluir informações sobre a implementação do programa de trabalho anual, do orçamento e do plano de política de pessoal, os sistemas de gestão e de controlo interno e os resultados das auditorias internas/externas, bem como sobre o seguimento dado às recomendações das auditorias e à recomendação de quitação e a declaração de fiabilidade do Diretor Executivo. O Relatório Anual único poderá também incluir as informações resultantes das fichas financeiras e do relatório sobre a gestão orçamental e financeira previsto no contexto do procedimento de quitação, desde que sejam respeitados os prazos de preparação das contas consolidadas anuais da UE.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, V, nºs 46, 47 e 49.

¹⁹³⁶ Cfr. Relatório Especial nº 5/2008 do Tribunal de Contas Europeu, “Agências da União: obter resultados”, § 31.

responsabilização das agências, em particular quanto à eficiência no cumprimento dos objectivos da política e eficácia de custos.¹⁹³⁷

Assim, na Abordagem Comum de 2012, no âmbito da responsabilidade dos Directores das agências perante Parlamento Europeu e Conselho pela utilização da contribuição da UE,¹⁹³⁸ através do processo de quitação anual, realça-se que este processo “centra-se mais na obrigação da prestação de contas e na conformidade regulamentar do que no desempenho propriamente dito. Este facto deve-se, entre outras causas, à falta de indicadores de desempenho. Os Directores das agências deverão, por conseguinte, ser mais claramente responsabilizados pelo seu desempenho. Para tanto, devem ser introduzidos indicadores de desempenho específicos que permitam uma avaliação efectiva dos resultados alcançados em termos de objectivos.”¹⁹³⁹

Outro importante *dever de reporte aos Conselhos de Administração* frequentemente exigido nos regulamentos instituidores das agências *é o das avaliações periódicas, ex ante e ex post*, dos (seus) programas e actividades que originem despesas importantes, com vista a melhorar o processo de tomada de decisões.¹⁹⁴⁰ Neste aspecto, não obstante ter constatado a realização, na maioria das

¹⁹³⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1, cit., pág. vi.

¹⁹³⁸ Em geral sobre a autonomia e a insuficiência de mecanismos de *accountability* dos Directores Executivos das agências europeias, vide MADALINA BUSUIOC e MARTIJN GROENLEER, “Wielders of supranational power? The administrative behaviour of the heads of European Union agencies”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012, págs.

¹⁹³⁹ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 15. Em geral, na doutrina,

¹⁹⁴⁰ Cfr. artigo 25º, nº 4, do Regulamento nº 2343/2002 (CE, Euratom), da Comissão, de 23 de Dezembro de 2002, que institui o Regulamento Financeiro Quadro dos organismos referidos no artigo 185.o do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 do Conselho, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias.

agências europeias, de avaliações internas e externas ao conjunto das suas actividades em dado período, o Tribunal de Contas duvida da sua independência e fiabilidade.¹⁹⁴¹

Nomeado, em geral, pelo Conselho de Administração sob proposta da Comissão¹⁹⁴², por períodos variáveis¹⁹⁴³, o Director Executivo pode ver o seu

¹⁹⁴¹ Cfr. Relatório Especial nº 5/2008 do Tribunal de Contas Europeu, *cit.*, § 37. De referir que, em Setembro de 2008, a Comissão publicou uma “mega-avaliação” global das agências. Cfr. Comissão Europeia, “Meta-study on decentralised agencies: cross-cutting analysis of evaluation findings”, Final report, http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/evaluation/docs/study_decentralised_agencies_en.pdf.

¹⁹⁴² Por exemplo, o Director Executivo da EFSA é nomeado pelo Conselho de Administração com base numa lista de candidatos proposta pela Comissão após um concurso geral, na sequência da publicação no Jornal Oficial das Comunidades Europeias e noutro meio de comunicação de um convite a manifestações de interesse (cfr. artigo 26º, nº 1, do Regulamento EFSA).

Diferentemente, a título meramente exemplificativo, o director do CEDEFOP é nomeado pela Comissão, com base numa lista de candidatos apresentados pelo Conselho de Administração (cfr. artigo 6º, nº 1, do Regulamento CEDEFOP), o presidente do CPVO é nomeado pelo Conselho a partir de uma lista de candidatos, que serão propostos pela Comissão após parecer do Conselho de Administração (cfr. artigo 43º, nº 1, do Regulamento CPVO), o director da FRA é nomeado pelo Conselho de Administração nos termos de um procedimento de concertação com base numa lista elaborada pela Comissão após um convite à apresentação de candidaturas e um processo de selecção transparente, em que os candidatos se apresentam, antes de qualquer designação, perante o Conselho e a comissão competente do Parlamento Europeu, a fim de responder às suas perguntas, sendo subsequentemente indicadas as preferências destas instituições ao Conselho de Administração (cfr. artigo 15º, nºs 1 e 2, do Regulamento FRA).

Como solução geral, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão propõem: “A fim de respeitar a autonomia das agências, cabe aos Conselhos de Administração nomear os Directores, com base numa lista de candidatos elaborada pela Comissão na sequência de um procedimento de selecção aberto e transparente que garanta uma avaliação rigorosa dos candidatos e um elevado nível de independência. Podem ser previstas excepções a estas regras em casos específicos justificados.” Espelhando este processo de nomeação, defende-se ainda que “deverá ser previsto um procedimento para exonerar o Director por falta profissional, desempenho insatisfatório ou irregularidades recorrentes/graves”. Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nºs 16 e 19.

mandato renovado apenas uma vez, por três ou cinco anos,¹⁹⁴⁴ por decisão do Conselho de Administração, o que, tendo benefícios em termos de continuidade do trabalho, pode conduzir à tentação de agradar aos representantes dos Estados, diferentemente do que sucederia na hipótese, preferida pela Comissão, de desencadeamento de um novo procedimento de nomeação.¹⁹⁴⁵

Em algumas agências, tendo em conta especialmente o tamanho excessivo dos Conselhos de Administração, são criadas *Comissões Executivas*, compostas por um número reduzido de membros daquele órgão e encarregados da preparação das suas reuniões e da supervisão do trabalho da agência em geral.¹⁹⁴⁶

Cumpra também salientar a existência de *Comités Científicos ou Técnicos* em diversas agências, constituídos por especialistas nomeados normalmente pelo .../...

¹⁹⁴³ Exemplificativamente, o Director Executivo da EFSA e da ACER dispõem de um mandato de cinco anos (cfr., respectivamente, artigos 26º, nº 1, do Regulamento EFSA e 16º, nº 3, do Regulamento ACER), enquanto o mandato do Presidente da EMA é de três anos (cfr. artigo 65º, nº 5, do Regulamento EMA).

¹⁹⁴⁴ V.g. o Director Executivo da EEA é nomeado por um período renovável de cinco anos (cfr. artigo 9º, nº 1, do Regulamento EEA), enquanto o Comité de Gestão do Gabinete do BEREC pode prorrogar uma única vez o mandato do respectivo Director-Geral por um período máximo de três anos (cfr. artigo 8º, nº 4, do Regulamento BEREC).

¹⁹⁴⁵ Vide EDUARDO VÍRGALA FORURIA, *Las agencias reguladoras...*, cit., págs. 85-86.

Na recente Abordagem Comum, mantém-se, porém, o protagonismo do Conselho de Administração na prorrogação do mandato dos Directores das agências, afirmando-se: “Nos casos em que o Director tenha tido um bom desempenho, o Conselho de Administração, na sua qualidade de autoridade investida do poder de nomeação, pode decidir prorrogar uma vez o seu mandato.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 17.

¹⁹⁴⁶ Na EMCDDA, por exemplo, o Conselho de Administração é assistido por uma Comissão Executiva, composta pelo presidente e pelo vice-presidente do Conselho de Administração, por dois outros membros do Conselho de Administração, em representação dos Estados-Membros e designados pelo Conselho de Administração, e por dois representantes da Comissão., participando ainda o director nas reuniões deste órgão, ao qual cabe preparar as decisões do Conselho de Administração, assistir e aconselhar o Director e tomar decisões em nome do Conselho de Administração sobre determinadas matérias previstas na regulamentação financeira que não sejam reservadas ao Conselho de Administração (cfr. artigo 10º do Regulamento EMCDDA).

Conselho de Administração com o fito de assistir este órgão e o Director Executivo,¹⁹⁴⁷ bem como de *Fora Consultivos*, formados pelos representantes das agências nacionais do sector em causa¹⁹⁴⁸.

Tendo em conta a importância dos pareceres científicos emitidos por muitas das agências em termos de sentido e conteúdo da decisão (formal) final, é de salientar a importância de se assegurar “a independência dos peritos científicos, nomeadamente promovendo os padrões mais elevados, estabelecendo critérios sólidos de selecção e fomentando as melhores práticas.”¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁷ Na EFSA, por exemplo, existe um Comité Científico e vários painéis científicos permanentes, sendo o Comité Científico responsável pela coordenação geral necessária para garantir a coerência do procedimento de formulação de pareceres científicos, em particular no respeitante à adopção de regras de funcionamento e à harmonização dos métodos de trabalho, e pela emissão de pareceres sobre questões multisectoriais da competência de vários painéis científicos, bem como sobre questões fora da competência específica de qualquer dos painéis científicos, caso em que podem ser criados (outros) grupos de trabalho (cfr. artigo 28º do Regulamento EFSA).

¹⁹⁴⁸ Exemplificativamente, na EFSA, o Fórum Consultivo, presidido pelo Director Executivo e constituído por representantes de organismos competentes dos Estados-Membros com atribuições idênticas às da agência europeia, aconselha o Director Executivo no exercício das suas responsabilidades, em especial na elaboração da proposta de programa de trabalho, emite parecer, quando solicitado pelo Director Executivo, relativo à atribuição de prioridade aos pedidos de parecer científico, institui um mecanismo para o intercâmbio de informações sobre riscos potenciais e a utilização comum dos conhecimentos e assegura uma estreita cooperação entre a agência europeia e os organismos competentes dos Estados-Membros (cfr. artigo 27º do Regulamento EFSA).

Em geral, considera-se importante que os Estados membros “asseguem o fluxo de informação entre as diferentes autoridades interessadas a nível nacional relativamente às atividades das agências, nomeadamente através da nomeação de pontos de contacto nas suas administrações nacionais para as relações com determinada agência. Este ponto de contacto deverá ser em princípio o representante do Estado-Membro no Conselho de Administração.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 22.

¹⁹⁴⁹ *Idem*, nº 20.

Por fim, tendo em conta o poder decisório de algumas agências, prevêem-se as denominadas *Instâncias ou Câmaras de Recurso (boards of appeal)*,¹⁹⁵⁰ competentes para avaliar recursos interpostos por terceiros que se consideram lesados por decisões dessas agências, havendo, naturalmente, recurso jurisdicional (para o Tribunal Geral) da apreciação efectuada por estas entidades.

Para garantir as indispensáveis imparcialidade e independência dos membros destas instâncias (internas) para-jurisdicionais, impõe-se a definição de critérios transparentes e objectivamente verificáveis (a definir pelas agências), à semelhança do que sucede em relação aos participantes nos Comitês Científicos.¹⁹⁵¹

85.2. Governance das agências: a tensão Estados membros vs Comissão

O modelo de *governance* e, em especial, a composição do(s) Conselho(s) de Administração das agências europeias resultam fundamentalmente da luta política entre os principais actores institucionais aí representados, *maxime* entre a Comissão e os Estados membros.¹⁹⁵²

¹⁹⁵⁰ Para além das ESA's, podemos encontrar instâncias de recurso na ACER, CPVO, EASA, ECHA e OHIM (esta com 5 instâncias de recurso!). No âmbito das agências intergovernamentais, impõe-se referir a Instância Comum de Controlo, destinada a assegurar o tratamento de dados pessoais. Para uma descrição destas instâncias nestes organismos, cfr. Ficha nº 10, nº 1), documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

¹⁹⁵¹ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 21.

¹⁹⁵² Tendo por base investigação empírica e a propósito das agências europeias no domínio dos transportes, em especial a EMSA e a EASA, Martijn Groenleer, Michael Kaeding e Esther Versluuis consideram que “a principal razão porque as vantagens resultantes da delegação de tarefas de implementação em agências da UE na prática não são sempre alcançadas deriva (...) dos motivos políticos dos principais actores envolvidos na implementação (...). As razões políticas subjacentes à criação de agências num contexto multi-actor e multi-nível como a UE conduziram a restrições na configuração da EMSA e da EASA, limitando a possibilidade de cumprir a sua promessa: elas continuam simplesmente demasiado dependentes de outros actores. Duas ordens de restrições podem em particular ser distinguidas: uma relativamente à relação das agências com os Estados

Propostas pela Comissão como meio de expansão da capacidade regulatória da União, tendo em conta a dificuldade política de lhe serem efectuadas mais transferências (directas) de poderes e recursos, as agências europeias não deixaram, porém, de ser controladas por representantes dos Estados membros, sobretudo ao nível do(s) Conselho(s) de Administração.

Com o controlo dos Conselhos de Administração a possibilitar a participação, ainda que indirecta, dos Estados-membros na execução centralizada do direito da União, as agências europeias, no fundo, acabam por cumprir a mesma função que os procedimentos de comitologia.¹⁹⁵³

Desta forma, a composição-tipo do(s) *board(s)* é a de um ou dois representantes por cada Estado membro, um a quatro representantes da Comissão, um a dois representantes do Parlamento Europeu e, em alguns casos, *experts* das áreas em questão, normalmente sem direito de voto.¹⁹⁵⁴

.../... _____

membros e outra relacionada com a ligação das agências com a Comissão.” *Vide* MARTIJN GROENLEER, MICHAEL KAEDING e ESTHER VERSLUIUS, “Regulatory governance through agencies of the European Union? The role of the European agencies for maritime and aviation safety in the implementation of European transport legislation”, in *Journal of European Public Policy*, 17:8, 2010, pág. 1227.

¹⁹⁵³ *Vide* OLIVIER DUBOS, “La légitimité des agences européennes...”, *cit.*, pág. 442.

Na opinião de Arndt Wonka e Berthold Rittberger, “a presença de um representante de cada Estado membro no Conselho de Administração das agências da UE pode também ser interpretadas como um pré-requisito funcional para decisões regulatórias sólidas em vez de um meio de controlo político dos Estados membros: atenta a heterogeneidade de regimes regulatórios na UE, pode fazer sentido dispor de um especialista a representar cada Estado membro que possa reportar a situação regulatória do seu país.” *Vide* ARNDT WONKA e BERTHOLD RITTBERGER, “Credibility, complexity and uncertainty...”, *cit.*, págs. 745-746.

¹⁹⁵⁴ Exemplificativamente, cfr. artigo 11º, nº 1, do Regulamento nº 1406/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2002, que institui a Agência Europeia da Segurança Marítima, artigo 6º, nº 1, do Regulamento nº 460/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2004, que cria a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação, e artigo 14º, nº 1, do Regulamento nº 851/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que cria um Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças.

Naturaliter, a Comissão tem contestado a prevalência dos interesses nacionais nos Conselhos de Administração das agências europeias, considerando preferível, designadamente para reforço da unidade e integridade do poder executivo da União, *boards* mais pequenos, com maior representatividade do interesse comunitário.

Neste sentido, em 2002, a Comissão advogou, em virtude de considerar que a dimensão comunitária não teria vindo a merecer a consideração devida na composição do *board* das agências europeias e face às exigências suplementares de eficácia no funcionamento destes organismos após os alargamentos, Conselhos de Administração composto por quinze membros, seis dos quais designados pela Comissão, seis pelo Conselho - enquanto representantes dos executivos nacionais - e três, sem direito de voto, que constituiriam a expressão das partes interessadas.¹⁹⁵⁵

Posteriormente, a Comissão retrocedeu, ao concordar com Parlamento Europeu e Conselho sobre a inexistência de uma única fórmula para a composição do Conselho de Administração, mas reafirmou claramente a necessidade de limitar a dimensão do Conselho de Administração, a fim de promover um elevado nível de eficácia na tomada de decisões e de minimizar os custos de funcionamento, bem como a desejabilidade de uma representação paritária dos dois ramos do executivo comunitário no Conselho de Administração.¹⁹⁵⁶

Na recente avaliação horizontal das agências europeias, considerou-se desnecessária, dispendiosa e ineficiente a composição-tipo dos Conselhos de Administração, por não promover completamente o equilíbrio dos interesses que têm de ser tidos em conta, designadamente pela tendência de incluir a representação de todos os Estados membros, frequentemente em prejuízo da representação de outros mais relevantes *stakeholders*.

¹⁹⁵⁵ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit.*, ponto 4.2.

¹⁹⁵⁶ Cfr. projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação em 2005, COM (2005) 59 final, 25/02/2005, ponto 11.2., e Comunicação da Comissão - “Agências europeias - perspectivas futuras”, *cit.*, pág. 6.

No mesmo documento, salientou-se a existência de interessantes exceções ao modelo dominante de governança das agências, designadamente a Autoridade Europeia Alimentar, com um Conselho de Administração de 15 membros fundamentalmente composto por profissionais e especialistas, experiência considerada credora de atenção no futuro.¹⁹⁵⁷

Como acentuam Govin Permanand e Ellen Vos, a Autoridade Europeia da Alimentação (EFSA) “não tem representantes dos Estados membros no seu Conselho de Administração – um *facto que é único no seio das agências europeias* – e dispõe de peritos nos seus comités científicos que não representam as autoridades competentes dos Estados membros.”¹⁹⁵⁸ (itálico nosso)

À exceção desta Autoridade e de outros casos pontuais de agências, as relacionadas com o mundo laboral¹⁹⁵⁹, as pretensões da Comissão de incremento do

¹⁹⁵⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1*, cit., pág. iii.

¹⁹⁵⁸ Vide GOVIN PERMANAND e ELLEN VOS, “EU regulatory agencies and health protection”, *cit.*, pág. 174.

Nos termos do artigo 25º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002, que determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios, o Conselho de Administração da Autoridade Europeia da Alimentação (EFSA) é constituído por 14 membros designados pelo Conselho, em consulta com o Parlamento Europeu, a partir de uma lista estabelecida pela Comissão que incluirá um número de candidatos substancialmente superior ao número de membros a designar, assim como por um representante da Comissão.

Talvez para compensar os Estados, criou-se um Fórum Consultivo constituído por representantes de organismos competentes dos Estados-Membros com atribuições idênticas às da Autoridade Europeia em causa, tendo cada Estado-Membro o direito de designar um representante (cfr. artigo 27º, nº 1, do Regulamento EFSA).

¹⁹⁵⁹ Cfr., por exemplo, artigo 1º, nº 5, do Regulamento nº 1112/2005, do Conselho, de 24 de Junho de 2005, que altera o artigo 8º do Regulamento (CE) nº 2062/94, que institui a Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho. O Conselho de Direcção desta agência é composto por um membro em representação dos governos de cada Estado-Membro, com nomeação pelo Conselho sob proposta dos Estados-Membros e de entre os membros efectivos e suplentes do Comité

poder no(s) Conselho(s) de Administração relativamente aos interesses nacionais têm esbarrado na resistência dos Estados membros. No entanto, a ACER, com um Conselho de Administração composto por nove membros (dois membros nomeados pela Comissão, dois pelo Parlamento Europeu, cinco pelo Conselho),¹⁹⁶⁰ parece acentuar a tendência de não sujeição ao controlo dos Estados membros, com o que isso significa de reforço efectivo do papel da Comissão.

Desta sorte, a reforma da governança de um sector tão importante como o da energia não deve ser subestimada, surgindo mesmo esta atribuição de maior independência a agências europeias sectoriais, segundo alguma doutrina, como uma *complicação* do modelo tradicional das agências europeias, um género novo destes organismos, sinal de uma tendência geral futura em outras áreas da vida económico-social da União.¹⁹⁶¹

Recentemente, porém, em contraciclo com esta ideia, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão declararam que o Conselho de Administração deverá ser composto por um representante de cada Estado-Membro, dois representantes da Comissão, sem prejuízo das disposições pertinentes relativas às agências existentes, um membro designado pelo Parlamento Europeu - se for caso disso e sem prejuízo das disposições pertinentes relativas às agências existentes, e, também

.../..._____

Consultivo para a Segurança e Saúde no Local de Trabalho, um membro em representação das organizações patronais de cada Estado-Membro e um membro em representação das organizações de trabalhadores de cada Estado-Membro, nomeados pelo Conselho de entre os membros efectivo e suplentes do Comité Consultivo para a Segurança e Saúde no Local de Trabalho e sob proposta dos porta-vozes dos respectivos grupos no comité, e três membros em representação da Comissão. Cumpre salientar que, nos termos do nº 6 do mesmo preceito, embora todos os membros do Conselho de Direcção disponham de um voto, sendo as decisões tomadas por maioria absoluta, as decisões a adoptar no quadro do programa de trabalho anual com consequências orçamentais para os pontos focais nacionais exigirão ainda o acordo da maioria do grupo de representantes dos governos.

¹⁹⁶⁰ Cfr. artigo 12º, nº 1, do Regulamento ACER.

¹⁹⁶¹ Vide EDOARDO CHITI, “Existe-t-il un modèle d’agence de l’Union Européenne?”, *cit.*, págs. 67-68.

caso se justifique, um número relativamente limitado de representantes dos interessados.¹⁹⁶²

Por outro lado, a *influência real da Comissão sobre o funcionamento das agências europeias é maior do que aparentemente poderíamos concluir pela composição da maioria do(s) Conselho(s) de Administração*,¹⁹⁶³ conforme se revela, nomeadamente, na selecção do Director da agência, seja ele nomeado, como é mais frequente, pelo Conselho de Administração com base em propostas da Comissão ou pela própria Comissão a partir de uma lista de nomes sugeridos pelo *board*.¹⁹⁶⁴

Mais: o conhecimento especializado das diversas matérias europeias garante à Comissão, na prática, maior influência do que esta teria de acordo com a composição normal dos *boards*, sobretudo tendo em conta o (excessivo) tamanho destes órgãos e a falta de *expertise* apontada aos representantes dos Estados mem-

¹⁹⁶² Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 10.

¹⁹⁶³ Neste sentido, Morten Egeberg e Jarle Trondal afirmam: “os conselhos de administração importam realmente na vida quotidiana das agências, mas não parecem constituir uma componente dominante. Em termos de composição, os conselhos de administração são dominados por representantes nacionais, no entanto, a instituição geralmente reconhecida como mais poderosa, a Comissão, está também no conselho de administração. A influência da Comissão tende a aumentar o quanto mais recursos organizativos são disponibilizados pela Direcções Gerais das respectivas áreas.” Os autores concluem, assim, pela maior dependência das agências europeias face à Comissão do que relativamente ao Conselho e aos governos nacionais. *Vide* MORTEN EGEBERG e JARLE TRONDAL, “EU-level agencies: new executive centre formation or vehicles for national control?”, *in Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 882.

¹⁹⁶⁴ Diferentemente, a Comissão defende, no âmbito de um processo de designação e demissão do director variável consoante o tipo de agências, a nomeação deste, nas agências de assistência, pelo conselho de administração com base numa lista de candidatos proposta pela Comissão, e, nas agências decisórias, pela Comissão a partir de uma lista de candidatos propostos pelo conselho de administração, em nome das responsabilidades executivas que esta instituição detém no plano comunitário. Cfr. Comunicação da Comissão –“ Agências europeias - perspectivas futuras”, *cit.*, págs. 10-11.

bros, designadamente em matérias de ordem financeira.¹⁹⁶⁵ Escolhidos, muitas vezes, em função de critérios políticos, e, por isso, não sendo, as mais das vezes, renovados os seus mandatos, os representantes estaduais nos Conselhos de Administração são criticados pela falta de preparação das reuniões, pela incapacidade de reflectirem estrategicamente o futuro da respectiva agência ou por prosseguirem interesses nacionais, em detrimento da componente comunitária.¹⁹⁶⁶

Rejeitada a possibilidade de criação de *boards* executivos mais restritos - em razão do receio de uma estrutura paritária do Conselho de Administração em abstracto implicar a exclusão *de facto* dos Estados membros do poder decisório -, não nos surpreende, apesar de formalmente a Comissão estar em minoria e a igualdade entre Estados imperar (igual número de representantes, voto não ponderado), a constatação (empírica) de que, no quotidiano das agências, ocorre uma mudança do equilíbrio de poderes no Conselho de Administração, com os Estados membros maiores e a Comissão a serem capazes de exercer influência mais significativa do que os outros intervenientes.¹⁹⁶⁷

Na síntese de Martijn Groenleer, “frequentemente apenas os representantes de alguns países aproveitam a oportunidade. Mesmo assim, os Conselhos de Administração reúnem apenas algumas vezes por ano e, conseqüentemente, falta-lhes informação detalhada para controlar as actividades das agências. Isto fornece às agências a oportunidade de aumentar a sua autonomia, mas também deu à Comis-

¹⁹⁶⁵ Para maiores desenvolvimentos, com recurso a numerosas entrevistas e outros dados empíricos, vide MADALINA BUSUIOC, *The accountability...*, cit, pág. 60 e ss.

¹⁹⁶⁶ *Idem*, pág. 71 e ss.

Para alguns exemplos de riscos de conflito de interesses inerentes à participação de representantes nacionais no Conselho de Administração de algumas agências europeias (v.g. o Conselho de Administração da EMA, composto principalmente por representantes das autoridades nacionais, decide acerca das remunerações dos serviços científicos prestados à agência pelas autoridades nacionais). Cfr. Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu, nº 15/2012 - Gestão do conflito de interesses em agências da UE seleccionadas (apresentado nos termos do n.º 4, segundo parágrafo, do artigo 287.º do TFUE), pág. 12.

¹⁹⁶⁷ Vide MADALINA BUSUIOC, “Accountability, control and independence: the case of european agencies”, in *European Law Journal*, 15 (5), 2009, págs. 599-615.

são, que está geralmente melhor informada do que os representantes dos Estados membros, a possibilidade de influenciar o processo decisório do *board* à vontade.”¹⁹⁶⁸

Não podemos, por fim, deixar de mostrar a nossa perplexidade ao vermos criticada a falta de *expertise* nas agências, porque e na medida em que profissionalismo e competência são argumentos basilares para o recurso a estes organismos. Afinal, os “governos de sábios” não se estabelecem por decreto¹⁹⁶⁹ ...

Ainda assim, certos de a *sagesse* não constituir exclusivo de qualquer entidade, menos boas escolhas nacionais para os Conselhos de Administração das agências europeias não devem servir de pretexto à Comissão para alcançar um domínio (formal) dos órgãos directivos destes organismos ...

¹⁹⁶⁸ Vide M. GROENLEER, “Building autonomous European Union agencies? Identity, legitimacy and leadership in comparative perspective”, relatório apresentado na 38ª Conferência Anual UACES, Edimburgo, 1-3 Setembro 2008, pág. 18, *apud* MADALINA BUSUIOC, *The accountability...*, *cit.*, pág. 86.

Em alternativa a Conselhos de Administração mais restritos, Ellen Vos propõe reuniões várias vezes por ano dos actuais *boards*. Vide ELLEN VOS, “Agencies and the European Union”, *cit.*, pág. 125.

¹⁹⁶⁹ São frequentes nos regulamentos instituidores de agências europeias disposições similares à do artigo 14º, nº 2, do Regulamento nº 851/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que cria um Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças. Reza este preceito: “o Conselho de Administração deve ser nomeado de modo a assegurar o mais elevado nível de competência e um vasto leque de conhecimentos especializados.

Os membros suplentes que representarem qualquer membro efectivo na sua ausência devem ser nomeados segundo o mesmo procedimento.”

Em geral, recentemente, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão realçaram: “os membros dos conselhos de administração devem ser nomeados em função do seu conhecimento das atividades principais da agência, tendo em conta competências de gestão, administrativas e orçamentais adequadas.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, II, nº 10.

86. Controlo político da sociedade civil: participação e transparência no processo decisório

86.1. Participação

Vimo-lo já¹⁹⁷⁰, as agências europeias asseguram importante envolvimento de diversos *stakeholders*, num contexto de interacção entre administrações europeia e nacionais e actores privados,¹⁹⁷¹ de *funcionamento em redes* de colaboração que facilitam a superação das assimetrias de informação entre reguladores e operadores económicos e promovem a *aceitação* das políticas e resultados alcançados em cada sector.

No seio do próprio *staff* das agências europeias parece haver uma consciência da insuficiência do profissionalismo para legitimar o seu trabalho, considerando-se fundamental conferir atenção às preferências políticas e às sensibilidades do público em geral.¹⁹⁷²

Nesta linha, com o intuito de reforço da participação e, no fundo, do *due process*, propõe-se a participação dos afectados pelas decisões no Conselho de Administração das agências europeias, a realização de reuniões, consultas públicas, conferências, publicações na *net* dos projectos de decisões a adoptar e a adopção de um regulamento tipo APA americano na UE.¹⁹⁷³

¹⁹⁷⁰ Cfr. nº 62.

¹⁹⁷¹ Exemplificativamente, cfr. artigos 3º, nº1, alínea f), e 4º, do Regulamento ECDC e 36º do Regulamento EFSA. Sobre as formas de participação nesta Autoridade enquanto meio de incremento da sua legitimação, *vide* MIKAEL KLINTMAN e ANNICA KRONSELL, “Challenges to legitimacy in food safety governance? The case of the European Food Safety Authority (EFSA)”, *in Journal of European Integration*, 32:3, 2010, pág. 309 e ss.

¹⁹⁷² Com dados empíricos neste sentido, *vide* ARNDT WONKA e BERTHOLD RITTBERGER, “Perspectives on EU governance: an empirical assessment of the political attitudes of EU agency professionals”, *in Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011, pág. 904.

¹⁹⁷³ *Vide* EDUARDO VÍRGALA FORURIA, “Agencias (y agencias reguladoras) ...”, *cit*, págs. 179-181.

Mais: a participação dos interessados, em ordem a assegurar a aceitação, a qualidade e a correcção dos resultados emanados pelos novos modos de governança em geral, é mesmo perspectivada como forma de superação de um certo défice de *accountability* judicial relativamente à *soft law* usada pelas redes (v.g. comunicações electrónicas e concorrência), numa envolvente de reconceptualização do princípio do Estado de Direito.¹⁹⁷⁴

Mas não há bela sem senão: sendo relevante a participação de *stakeholders* nas agências europeias, não pode olvidar-se o problema de eventuais *conflitos de interesses* daí resultantes, quer dizer, o perigo de conflito entre interesses privados e o exercício correcto das funções oficiais, designadamente ao nível do Conselho de Administração destes organismos.¹⁹⁷⁵

86.2. Transparência

Por outro lado, o processo decisório das agências europeias encontra-se vinculado, embora em grau variável, por rigorosas exigências de *transparência*,¹⁹⁷⁶ designadamente em sede do *direito (subjectivo) de acesso aos documentos*, expressamente alargado a estes organismos após a revisão do Tratado de Lis-

¹⁹⁷⁴ Vide MAARTJE DE VISSER, “Judicial accountability and new governance”, in *Legal Issues of Economic Integration*, volume 37, nº 1, Kluwer Law International, 2010, em especial, pág. 55 e ss.

¹⁹⁷⁵ Tendo por base uma auditoria com o objetivo de avaliar as políticas e os procedimentos de gestão aplicáveis a situações de conflito de interesses em quatro agências europeias (a Agência Europeia para a Segurança da Aviação (EASA), a Agência Europeia das Substâncias Químicas (ECHA), a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA) e a Agência Europeia de Medicamentos (EMA)), o Tribunal de Contas Europeu considerou que “a UE não dispõe de um quadro regulamentar abrangente dedicado ao conflito de interesses que possa garantir a existência de requisitos mínimos comparáveis relativos à independência e à transparência aplicáveis a todas as agências da UE e a todos os principais intervenientes que influenciam a estratégia, as operações e a tomada de decisões.” Cfr. Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu, nº 15/2012 - Gestão do conflito de interesses em agências da UE selecionadas (apresentado nos termos do n.º 4, segundo parágrafo, do artigo 287.º do TFUE), pág. 7.

¹⁹⁷⁶ Cfr., por exemplo, artigos 22º, nº 7, e 38º, do Regulamento EFSA e artigo 12º do Regulamento ENISA.

boa¹⁹⁷⁷ e condição essencial do *direito (fundamental) a uma boa administração*¹⁹⁷⁸.

Entre outras medidas destinadas a elevar o grau de transparência das actividades das agências europeias, a Comissão propôs a *divulgação pública atempada dos regulamentos internos da agência e do seu Conselho de Administração, dos relatórios anuais de actividades, a participação de representantes das partes interessadas como observadores nas deliberações dos órgãos da agência*.¹⁹⁷⁹

Recentemente, na avaliação horizontal das agências europeias, concluiu-se pela ideia de que, em matéria de transparência, as agências europeias, na maioria dos casos, cumprem os *princípios de boa governança* ou da *boa administração*,¹⁹⁸⁰ com os seus *documentos geralmente disponíveis e facilmente acessíveis pelo público*, bem como a *publicação de um vasto conjunto de informação*.¹⁹⁸¹

No tocante, em especial, ao requisito de *transparência no tratamento de conflitos de interesses*, o mesmo encontra-se previsto na maioria dos regulamentos instituidores das agências, bem como nas respectivas políticas e procedimentos internos, envolvendo, por exemplo, a *publicidade de declarações de interesses*

¹⁹⁷⁷ Cfr. artigos 15º, nº 3, do TFUE e 42º da CDFUE.

Em termos gerais, ver também o Regulamento (CE) nº 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, aplicável às agências comunitárias por força da remissão de vários regulamentos instituidores destas (v.g. artigo 41º do Regulamento EFSA).

¹⁹⁷⁸ Cfr. artigo 41º da CDFUE.

Nas palavras de Javier Guillem Carrau, o direito de acesso aos documentos constitui mesmo “o germen da boa administração”. Vide JAVIER GUILLEM CARRAU, “El avance del derecho a la buena administración en el Tratado de Lisboa”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010, pág. 36.

¹⁹⁷⁹ Cfr. projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação em 2005, *cit.*, ponto 16.

¹⁹⁸⁰ Cfr. artigos 298º do TFUE e 41º da CDFUE.

¹⁹⁸¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009 – Final Report Volume II, Conclusions at system level*, Ramboll Management/Euréal/Matrix, Dezembro 2009, pág. 64.

*anuais do pessoal executivo (director executivo), dos peritos científicos (membros dos comités, painéis e grupos de trabalho científicos) e dos membros do Conselho de Administração.*¹⁹⁸² Neste âmbito, são sobretudo preocupantes as lacunas em matéria de protecção contra as denominadas *revolving doors*¹⁹⁸³, tendo o Tribunal de Contas Europeu recentemente considerado que, em geral, em várias agências europeias não se efectua “uma avaliação exaustiva dos casos de actividade profissional após a cessação de funções, a fim de antecipar e prevenir situações de conflito de interesses do tipo ‘porta giratória’”.¹⁹⁸⁴

Ainda em matéria de transparência, parece-nos fundamental enfatizar o artigo 24.º, § 4, do TFUE, que reza:

“Qualquer cidadão da União pode dirigir-se por escrito a qualquer das instituições, órgãos ou organismos a que se refere o presente artigo ou o artigo 13.º

¹⁹⁸² Cfr. Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu, nº 15/2012 - Gestão do conflito de interesses em agências da UE seleccionadas (apresentado nos termos do nº 4, segundo parágrafo, do artigo 287.º do TFUE), pág. 31.

¹⁹⁸³ Para evitar o perigo da captura do regulador pelo regulado, obriga-se muitas vezes, nos ordenamentos jurídicos internos, ao cumprimento de um *período de nojo* após a cessação do mandato (v.g., interdição do exercício de profissão em empresas reguladas), solução que, segundo Vital Moreira e Fernanda Maçãs, “visa dificultar preventivamente a ‘compra’ dos reguladores a troco de remuneração posterior”. Vide VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes...*, cit., pág. 282.

Pela nossa parte, alertamos apenas para, no mundo da especialização regulatória, o período de nojo ter de ser estabelecido com especiais cautelas, sob pena de se violar desproporcionalmente a *liberdade de exercício da profissão*. Pensamos mesmo que apenas a seriedade, a honorabilidade e a ética individual podem garantir a neutralidade da actuação dos reguladores (independentes), razão pela qual a criação de códigos deontológicos, integrados ou não em regulamentos internos, pode ser uma via de aperfeiçoamento das garantias de independência dos membros desses reguladores, embora, naturalmente, não assegure nada... onde falte a honra, a seriedade, a ética e a inteligência moral.

¹⁹⁸⁴ Cfr. Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu, nº 15/2012 - Gestão do conflito de interesses em agências da UE seleccionadas (apresentado nos termos do nº 4, segundo parágrafo, do artigo 287.º do TFUE), págs. 33-35.

do Tratado da União Europeia numa das línguas previstas no n.º 1 do artigo 55.º do referido Tratado e obter uma resposta redigida na mesma língua.”

Enquanto desenvolvimento desta regra da equivalência das línguas oficiais na União (princípios do plurilinguismo e da neutralidade face às línguas)¹⁹⁸⁵ convém lembrar, relativamente à *relação entre agências e cidadãos da União Europeia*, a susceptibilidade de a discriminação linguística consubstanciar uma discriminação (proibida) em razão da nacionalidade.

Ousamos, assim, não acompanhar o Tribunal quando este afirma não poderem as várias referências contidas no Tratado ao uso das línguas na União Europeia ser consideradas como a manifestação de um princípio geral de direito comunitário que assegura a cada cidadão o direito a que tudo o que seja susceptível de afectar os seus interesses seja redigido na sua língua em todas as circunstâncias.¹⁹⁸⁶

No entanto, ao tempo da decisão acabada de citar, as agências europeias não se encontravam expressamente referidas no então artigo 21º do TCE (actual artigo 24º, § 4, do TFUE, transcrito *supra*), como o TPI, no âmbito do mesmo processo, bem notava.¹⁹⁸⁷ Por isso, ao tempo, a solução apresentada pelo TPI afi-

¹⁹⁸⁵ Cfr. também artigo 55º do TUE.

Na recente Abordagem Comum defende-se igualmente que “os sítios Internet das agências deverão ser tão *plurilingues* quanto possível, a fim de facilitar a sua consulta pelos cidadãos de todos os Estados-Membros”. Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, V, nº 64.

¹⁹⁸⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, *Christina Kik vs OHIM*, de 9 de Setembro de 2003, processo C- 361/01, nº 82.

¹⁹⁸⁷ *Idem*, nº 64.

Na explicitação do conteúdo do artigo 24º do TFUE, Patrícia Galvão Teles refere-se “à possibilidade dos cidadãos se poderem dirigir a qualquer instituição, órgão ou organismo (mencionado no artigo 13º TUE) em qualquer uma das 23 línguas da UE (referidas no art. 55º/1 TUE) e obter uma resposta na mesma língua.” *Vide* PATRÍCIA GALVÃO TELES, anotação ao artigo 4º do TUE, *in Tra-*

gurava-se razoável: o Juiz comunitário propunha a aplicação do regime linguístico previsto em matéria de marcas, desenhos e modelos, a permitir ao requerente do registo de uma marca a escolha de entre as línguas cujo conhecimento está mais espalhado na Comunidade Europeia, da língua do processo de oposição, extinção ou anulação no caso de a primeira língua por ele escolhida não ser a pretendida pela outra parte no processo, e assim evitar que a língua do processo fosse particularmente diferente relativamente ao conhecimento linguístico da outra parte litigante.¹⁹⁸⁸

Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça sufragou o entendimento acolhido em primeira instância, realçando que o regime linguístico de um organismo como o Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (OHIM) é o resultado de uma difícil busca de equilíbrio necessário entre os interesses dos operadores económicos e os da colectividade, no que respeita aos custos dos processos, mas também entre os interesses dos requerentes de marcas comunitárias e os dos outros operadores económicos, no respeitante ao acesso às traduções dos documentos conferidores de direitos ou aos processos com vários operadores económicos implicados.¹⁹⁸⁹

Em sentido mais próximo do que propugnamos, resulta de jurisprudência variada que uma instituição não se pode limitar a dirigir a um funcionário uma decisão individual redigida numa das suas línguas de trabalho internas de trabalho (v.g. inglês, francês, alemão), antes devendo assegurar-se de que o referido funcionário domina suficientemente a língua utilizada, incumbindo à instituição proporcionar-lhe uma tradução caso contrário.¹⁹⁹⁰

.../..._____

tado de Lisboa anotado e comentado, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 265.

¹⁹⁸⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Christina Kik vs OHIM, de 9 de Setembro de 2003, processo C- 361/01, nº 63.

¹⁹⁸⁹ *Idem*, nºs 92, 93 e 94.

¹⁹⁹⁰ Cfr. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Março de 2000, Rudolph/Comissão, processo T-197/98, nºs 45 a 47, e Bonaiti Brighina/Comissão, de 7 de Fevereiro de 2001, processo T-118/99, nºs 20 e 21.

Tendo em conta essa jurisprudência, aplicável por analogia aos candidatos a um procedimento de recrutamento, o (então) TPI já decidiu que uma instituição não pode limitar-se a utilizar, em anúncios de abertura de vagas, as línguas internas de trabalho: deve antes assegurar-se de que todos os potenciais candidatos possam estar em condições de tomar utilmente conhecimento da existência e do conteúdo dos anúncios de abertura de vagas em questão, não sendo suficiente para justificar a publicação apenas em alemão, francês e inglês considerar que os lugares de funcionários superiores se destinam necessariamente a candidatos particularmente qualificados e que, portanto, é provável vários candidatos de língua materna diferente daqueles idiomas terem um conhecimento satisfatório de uma ou mais dessas três línguas, dado o seu conhecimento bastante difundido na Europa, porquanto tal não significa que esses candidatos consultem as edições do Jornal Oficial nessas três línguas e não na sua língua materna e por não se poder presumir que todas as pessoas com as qualificações necessárias para os lugares de funcionários superiores conheçam as línguas alemã, inglesa ou francesa.¹⁹⁹¹

Diferentemente, *em relação aos Estados membros*, importa ponderar os interesses em presença de forma diferenciada, porquanto as autoridades nacionais sempre disporão de maior capacidade, designadamente de recursos humanos e económicos, para ultrapassarem barreiras linguísticas relativamente aos indivíduos.

Neste âmbito, compreendemos que as vantagens – simbólicas, políticas e operacionais (melhor conhecimento dos assuntos) - associadas, por exemplo, à disponibilização de documentação em todos os idiomas ou à exigência de tradução simultânea para todas as línguas da União tenham de ser *adequadamente* balanceadas com razões de eficiência do processo decisório ou de custos de funcionamento institucional.

Parece-nos, pois, essencial avaliar *in concreto* a complexidade do assunto para aferir da relevância da disponibilização de todas as línguas da União nos pro-

¹⁹⁹¹ Cfr. acórdão do TPI, República Italiana contra Comissão, de 20 de Novembro de 2008, processo T-185/05, nºs 145-148.

cedimentos decisórios das agências europeias, conforme o Tribunal, designadamente ao nível do processo comitológico, já teve oportunidade de reconhecer.

Deste modo, o Tribunal considerou – e considerou bem - que a falta de um documento numa determinada língua, mesmo em assuntos complexos, apenas pode ser causa de anulação do acto se dessa omissão puder resultar outro desenlace para o processo em causa.¹⁹⁹²

86.3. Breve reflexão

As ideias de participação e de transparência na vida das agências europeias reflectem a lógica geral de transformação do espaço público europeu, fomentando-se o envolvimento da sociedade civil e o diálogo aberto e regular com os cidadãos europeus como formas de superação do défice democrático da União.¹⁹⁹³

Desta maneira, os mecanismos descritos acima¹⁹⁹⁴, a par de outros instrumentos de participação política individual (v.g. direito de petição¹⁹⁹⁵) e colectiva

¹⁹⁹² Cfr. acórdãos do Tribunal de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão, processos 209/78 a 215/78 e 218/78, n.º 47; de 20 de Outubro de 1987, Espanha/Comissão, processo 128/86, n.º 25, de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, processo C-142/87, n.º 48, República Federal da Alemanha e Reino da Dinamarca contra Comissão, de 25 de Outubro de 2005, processos apensos C-465/02 e C-466/02, n.ºs 37 e 38.

¹⁹⁹³ Vide K. LINDGREN e T. PERSONN, *Participatory governance in the EU: enhancing or endangering democracy and efficiency?*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011. Com base num estudo empírico da regulação REACH, um dos domínios onde a Comissão mais encorajou o envolvimento activo da sociedade civil, os autores notam, muito interessadamente, ter sido esta instituição aquela que mais influência adquiriu com esta regulamentação europeia. Em geral, para a compreensão da importância da teoria democrática (e da teoria da integração) no processo de construção da União, vide PAUL CRAIG, “Integration, democracy, and legitimacy”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 13-40.

¹⁹⁹⁴ Cfr. n.ºs 90.1. e 90.2.

¹⁹⁹⁵ Vide MARIA LUÍSA DUARTE, *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*, Coimbra editora, Coimbra, 2008.

na União (v.g. direito de proposta de iniciativa popular¹⁹⁹⁶), configuram novos modos de concretização do ideal democrático, fundamentalmente, assentes na democracia participativa.

Num contexto de crise da democracia representativa¹⁹⁹⁷, a União afirma os princípios da abertura, da transparência e da publicidade¹⁹⁹⁸, enquanto vectores matriciais da actuação das suas instituições, órgãos e organismos, procurando ligar necessariamente a qualidade das políticas europeias a vastas consultas e ampla participação dos cidadãos interessados e da sociedade civil, em geral¹⁹⁹⁹.

Pode mesmo compreender-se a criação de mecanismos adequados de transparência e de *accountability* das agências reguladoras como “compensação da influência dos regulados pela influência dos consumidores e do público em geral (*countervailing interests*), segundo o paradigma da ‘teoria pluralista da política’”, isto é, como forma de evitar a captura do regulador pelo regulado.²⁰⁰⁰

¹⁹⁹⁶ Cfr. artigo 11º, nº 4, do TFUE.

¹⁹⁹⁷ Vide *La démocratie représentative devant un défi historique?*, coordenação de Rafaã Bem Achour, Jean Gicquel e Slobodan Milacic, Bruylant, Bruxelas, 2006.

¹⁹⁹⁸ Cfr. artigo 15º do TFUE.

¹⁹⁹⁹ Cfr. artigo 11º do TUE.

Salientando a importância deste preceito, Joana Mendes defende que “pela primeira vez ao nível dos Tratados a participação no processo decisório para além da representação política é explicitamente ligada à democracia”, consagrando-se “a transição de utilizações instrumentais da participação, típicas da governança participatória, para uma participação concebida na base da democracia participativa.” Vide JOANA MENDES, “Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on article 11 TEU”, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, pág. 1850.

²⁰⁰⁰ Vide VITAL MOREIRA, *Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”*, cit., pág. 57. Na perspectiva do autor, a “visão da regulação ao serviço do interesse público (*public interest theory of regulation*) é a única que se pode compaginar com a lógica de um Estado democrático, em que a Administração, sem excluir a administração regulatória, só pode estar ao serviço do interesse público”, embora não se possam “ignorar, porém, o impacto das teorias ditas ‘positivas’ da regulação (por oposição às teorias ‘normativas’ do interesse público), segundo as quais a regulação acaba por defender efetivamente os interesses dos regulados, pelo que se trata de uma atividade ‘self-interested’. Alavancada pelas teorias do ‘public choice’ sobre a tomada de decisão pelos governantes e gestores públicos, a teoria positiva da regulação deve a sua formulação mais conhe-

.../...

Não obstante considerarmos importante a adopção de procedimentos transparentes e participados pelas agências europeias, não podemos deixar de reiterar a nossa recusa de quaisquer pretensões de autossuficiência²⁰⁰¹ ancoradas em valores como a eficiência²⁰⁰², no quadro de um Estado dito “osmótico”²⁰⁰³. E, embora conscientes da relevância, *maxime* em termos de *accountability*, do aprofundamento de mecanismos de consulta e de *participação*, consideramos *insuficiente* a legitimação meramente procedimental das agências europeias, em apelo ao ideal de *democracia participativa*.²⁰⁰⁴

.../..._____

cida a G. Stigler.” Ora, se “é certo que, tal como toda a ação pública, também a atividade reguladora pode ser influenciada pelos seus destinatários, se não mesmo ‘capturada’ pelos mesmos”, o autor conclui pela “importância de não reduzir a regulação a uma relação entre regulador e regulados, fazendo intervir outros *stakeholders*”.

²⁰⁰¹ Alertando para autoridades reguladoras independentes (nacionais) “autoreferentes e politicamente irresponsáveis” oferecerem o perigo de abusar arbitrariamente dos seus poderes, propondo, por isso, o controlo da *Corte Costituzionale*, vide GIORGIO GRASSO, *Le Autorità Amministrative Indipendenti Della Repubblica – Tra Legittimità Costituzionale e Legittimazione Democratica*, Giuffrè, Milão, 2006, págs. 101-110.

²⁰⁰² Partindo de uma distinção económica entre eficiência e redistribuição, escreve Giandomenico Majone: “Só um compromisso com a eficiência (...) pode justificar a independência política dos reguladores. Neste sentido, as decisões de redistribuição de recursos de um grupo social para outro não podem ser tomadas por especialistas independentes, mas apenas por políticos eleitos ou por funcionários directamente responsáveis perante políticos eleitos”. Vide GIANDOMENICO MAJONE, “Independence vs Accountability? Non-majoritarian institutions and Democratic Government in Europe”, in *EUI Working Papers in Political and Social Sciences*, SPS n.º 94/3, Instituto Universitário Europeu, Florença, 1994, pág. 24.

²⁰⁰³ A expressão “Estado osmótico”, a qual parece dever-se a Alberto Predieri, “evoca a *interpene-tração constante* e difusa *entre Estado e mercados* locais e globais, entre instituições nacionais e supranacionais, *entre Mercado e Sociedade*”(itálico nosso). Vide MASSIMO MORISI, “Verso una Democrazia delle politiche? Un’angolazione politologica per le «Autorità Indipendenti» in Italia”, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, volume I, (organizado por Alberto Predieri), Passigli, Florença, 1997, pág. 26.

²⁰⁰⁴ Neste sentido, considerando que parte dos mecanismos de *accountability* “são do tipo ‘light’ ou ‘soft’ (indirectos, não institucionalizados, através de compromissos morais e pressão social, exposição à esfera pública, etc.)” e correm “o risco de ser ‘toothless’”, Yannis Papadopoulos de-

.../...

Como bem reflecte B. Guy Peters, conquanto a abertura da governação a diversos *inputs* seja positiva, “o público como um todo pode perder a capacidade de monitorizar as políticas efectivamente e de exercer influência sobre as escolhas. O sistema de governança pode, por isso, tornar-se numa ‘democracia de exclusão’, enquanto a natureza básica da democracia deve ser a de incremento da inclusão.”²⁰⁰⁵

.../...

fende não existir “razão suficiente para as redes de governança multinível não serem *accountable* perante instituições democráticas em diferentes níveis”, advogando mesmo a necessidade de “‘parlamentarização’ dos sistemas de governança multinível.” Vide YANNIS PAPADOPOULOS, “Problems of democratic accountability in network and multilevel governance”, in *European Law Journal*, volume 13, nº 4, Blackwell Publishing, Julho 2007, pág. 484.

Para uma avaliação dos argumentos da denominada “*accountability* social” enquanto remédio para superar os défices de democraticidade e confiança na governança da União Europeia, vide THOMAS PERSSON, “Civil society participation and accountability”, in *The illusion of accountability in the European Union*, coordenado por Sverker Gustavsson, Christer Karlsson e Thomas Persson, Routledge, 2009, pág. 141 e ss.

²⁰⁰⁵ Vide B. GUY PETERS, “Forms of informal governance: searching for efficiency and democracy”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007, pág. 42. Para um exemplo concreto e recente da influência de *lobbies* na actividade legislativa da União no domínio alimentar, vide PAULETTE KURZER e ALICE COOPER, “Biased or not? Organized interests and the case of EU food information labeling”, in *Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 5, 2013, págs. 722-740, e, no âmbito da política ambiental, ADRIANA BUNEA, “Issues, preferences and ties: determinants of interest groups’ preference attainment in the EU environmental policy”, in *Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 4, 2013, págs. 552-570.

Capítulo III

Controlo(s) financeiro(s)

Na sequência do primeiro relatório do Comité de Peritos Independentes sobre acusações relativas a fraude, má gestão e nepotismo na Comissão Europeia e da queda da Comissão Santer²⁰⁰⁶, várias reformas institucionais foram empreendidas na Comissão e na União Europeia em geral.

Importa sublinhar as modificações em sede de gestão e de controlos financeiros, com saliência para os princípios e normas consagrados no “Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias”²⁰⁰⁷, diploma configurador de um *verdadeiro enquadramento constitucional da administração comunitária*²⁰⁰⁸ quanto a matérias financeiras.

No respeitante às agências comunitárias, é de referir o artigo 185º, nº 1, deste Regulamento Financeiro Geral, que estabelece:

“A Comissão aprovará um regulamento financeiro-quadro para os organismos criados pelas Comunidades, dotados de personalidade jurídica e que recebem efectivamente contribuições a cargo do orçamento. A regulamentação finan-

²⁰⁰⁶ Cfr. Comité de Peritos Independentes, Primeiro relatório sobre acusações relativas a fraude, má gestão e nepotismo na Comissão Europeia, de 15 de Março de 1999, http://www.europarl.europa.eu/experts/3_pt.htm.

²⁰⁰⁷ Cfr. Regulamento (CE, EURATOM) nº 1605/2002, do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias (adiante designado por Regulamento Financeiro Geral), alterado pelo Regulamento (UE, EURATOM) nº 1081/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, no que diz respeito ao Serviço Europeu para a Acção Externa. Para uma análise deste diploma e, em geral, dos meios de controlo financeiro das agências europeias, vide CHRISTOPH GÖRISCH, *Demokratische Verwaltung...*, cit, págs. 221-227.

²⁰⁰⁸ Vide PETER CRAIG, *EU administrative law*, cit, pág. 26.

ceira destes organismos só poderá divergir do regulamento-quadro se as exigências específicas do seu funcionamento o impuserem e desde que a Comissão dê previamente o seu acordo.”

Deste modo, para além das *regulamentações financeiras de cada agência*, foi emitido um *instrumento-quadro para as agências financiadas pelo erário europeu*, o Regulamento (CE, EURATOM) n° 2343/2002, da Comissão, de 23 de Dezembro de 2002, que institui o Regulamento Financeiro Quadro dos organismos referidos no artigo 185° do Regulamento (CE, EURATOM) n° 1605/2002 do Conselho, instituidor do Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias²⁰⁰⁹.

Da análise dos diplomas acabados de mencionar resulta um complexo sistema de controlo financeiro, que importa retratar perfunctoriamente nos seus traços essenciais.²⁰¹⁰

87. Auditorias internas e dos serviços da Comissão

Em matéria de *accountability* financeira assumem grande relevância os organismos de *auditoria interna*, encarregados, fundamentalmente, da supervisão dos sistemas de gestão e de controlo financeiros das agências europeias, servindo de importante fonte de informação para outras instâncias do seu controlo financeiro (v.g. Tribunal de Contas).²⁰¹¹

Cabe ao Auditor Interno aconselhar a agência quanto ao controlo de riscos, mediante pareceres independentes sobre a qualidade dos sistemas de gestão e de

²⁰⁰⁹ De ora avante Regulamento Financeiro Quadro.

²⁰¹⁰ Madalina Busuioc fala de um sistema de *accountability* financeira das agências europeias excessivo, porquanto decalcado dos procedimentos de controlo financeiro da Comissão Europeia, instituição de muito maior dimensão do que aquelas. Vide MADALINA BUSUIOC, *The accountability...*, cit, pág. 161.

²⁰¹¹ Cfr. artigo 72° do Regulamento Financeiro Quadro das agências.

controlo e recomendações para melhorar as condições de execução das operações e promover a boa gestão financeira.

Cumpre igualmente ao Auditor Interno a apreciação da adequação e da eficácia dos sistemas de gestão interna, do desempenho dos serviços na execução dos programas e acções, tendo em conta os riscos a eles associados, bem como da qualidade dos sistemas de controlo interno aplicáveis a qualquer operação de execução do orçamento.

No exercício das suas funções, o Auditor Interno dispõe de acesso completo e ilimitado às informações necessárias relativamente a todas as actividades e serviços da agência, transmitindo ao Conselho de Administração e ao Director as suas constatações e recomendações.

Anualmente, o Auditor Interno apresenta à agência um relatório com o número e tipo de auditorias internas efectuadas, as recomendações formuladas e o seguimento dado a estas recomendações. E ao Director de cada organismo comunitário cabe a elaboração de um relatório a resumir o número e tipo de auditorias internas efectuadas, as recomendações formuladas e o seu seguimento, relatório esse transmitido anualmente à autoridade de quitação e à Comissão.

Por outro lado, os *serviços internos de auditoria da Comissão* também são responsáveis por monitorizar e promover a boa gestão financeira das agências europeias, exercendo, relativamente a estas, as mesmas competências de que dispõem quanto aos serviços da Comissão.²⁰¹²

Nota-se, assim, uma sobreposição de tarefas (quando existem estruturas de auditoria interna das agências),²⁰¹³ objecto de críticas mas sem deixarem de ser

²⁰¹² Cfr. artigos 71º, nº 2, do Regulamento Financeiro Quadro das agências e 185º, nº 3, do Regulamento Financeiro geral.

²⁰¹³ Revelando esta preocupação de coordenação entre serviços de auditoria interna da agência e o Serviço de Auditoria Interna (SAI) da Comissão (e também com a auditoria externa), a recente Abordagem Comum sugere: “o SAI deverá debater o seu plano de auditoria com os órgãos de gestão das agências, por forma a evitar uma sobreposição dos temas e calendários com os das auditorias das estruturas de auditoria interna (EAI), caso existam, ou do Tribunal de Contas Euro-

referidas acentuadas melhorias na coordenação entre estas e os serviços de auditoria da Comissão.²⁰¹⁴ E julgamos ser de assinalar o facto de não se prescindir desta forma de controlo (financeiro) das agências pela Comissão...

88. Auditoria do Tribunal de Contas

Naturaliter, o Tribunal de Contas detém um papel central no controlo financeiro das *agências europeias financiadas pelo orçamento comunitário*, conforme facilmente se depreende da análise dos vários estatutos de cada agência e do artigo 91º do Regulamento Financeiro Quadro das Agências, que reza como segue:

“O Tribunal de Contas assegurará o controlo das contas do organismo comunitário em conformidade com o artigo 248º do Tratado CE [actual artigo 287º do TFUE].” (parêntesis nosso)

Mesmo o Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (OHIM) e o Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (CPVO), *agências autofinanciadas* e, por isso, não sujeitas ao Regulamento Financeiro Quadro, prevêm a competência do Tribunal de Contas como entidade de auditoria externa.²⁰¹⁵

.../..._____

peu (TCE).” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, V, nº 51.

²⁰¹⁴ Vide MADALINA BUSUIOC, *The accountability...*, cit, pág. 140.

²⁰¹⁵ Até 31 de Março de cada ano, os presidentes do OHIM e do CPVO enviam à Comissão, ao Conselho de Administração e ao *Tribunal de Contas* (no caso do OHIM, também ao PE) as contas da totalidade das receitas e despesas das respectivas agências no exercício anterior, cabendo a esta instituição examinar essas contas de acordo com as disposições pertinentes aplicáveis ao orçamento geral da União (cfr. artigos 142º e 111º, nº 2, dos Regulamentos OHIM e CPVO).

Cumpra ainda salientar a relevância do parecer do Tribunal de Contas (e da Comissão) na adopção das disposições financeiras internas que especificarão, nomeadamente, as regras relativas à elaboração e à execução do orçamento (cfr. artigos 143º e 112º dos Regulamentos OHIM e CPVO).

No desempenho da sua *missão de análise da legalidade e da regularidade das receitas e das despesas*, o Tribunal de Contas, no quadro das disposições dos Tratados, do orçamento, do Regulamento Financeiro Geral, das normas de execução e de todos os actos adoptados em execução dos Tratados, pode tomar conhecimento de todos os documentos e informações relativos à gestão financeira das agências no tocante às operações financiadas ou co-financiadas pela União.

Mais: o Tribunal de Contas dispõe de poderes para ouvir qualquer agente responsável por operações de despesa ou de receita e para utilizar todas as possibilidades de controlo reconhecidas às agências, bem como goza da faculdade de estar presente, a seu pedido, aquando de operações de controlo efectuadas no quadro da execução orçamental por qualquer instituição comunitária ou por sua conta.²⁰¹⁶

Por outro lado, sem prejuízo das suas competências, o Tribunal de Contas Europeu pode envolver *auditores do sector privado* na auditoria externa das contas das agências a fim de remediar eventual falta de recursos próprios: todos os aspectos dessas auditorias continuam a ser da plena responsabilidade do Tribunal de Contas, a quem cabe gerir e financiar com o seu próprio orçamento todos os procedimentos administrativos e de adjudicação de contratos, bem como quaisquer outros encargos associados à contratação dos auditores externos.²⁰¹⁷

Convenhamos que, não obstante a extensa informação a que tem acesso, *ex officio* ou por submissão de relatórios vários pelas agências, as irregularidades detectadas pelo Tribunal de Contas não são, frequentemente, sanadas, dada a imposição nos *boards* das agências da vontade contrária dos Estados membros.²⁰¹⁸ É o efeito da *ausência de poder sancionatório efectivo do Tribunal de Contas*, apesar da influência (política) das suas conclusões e recomendações sobre instâncias

²⁰¹⁶ Cfr. artigo 140º do Regulamento Financeiro Geral.

²⁰¹⁷ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, V, nº 54.

²⁰¹⁸ Neste sentido, com dados empíricos, *vide* MADALINA BUSUIOC, *The accountability...*, *cit.*, págs. 145-149.

decisivas do ponto de vista orçamental para as agências, como o Parlamento Europeu e o Conselho.

Na verdade, o Tribunal de Contas europeu, mais do que verdadeiro tribunal, concretiza uma solução de compromisso entre as diferentes realidades nacionais no domínio do controlo externo de dinheiros públicos, isto é, entre entidades de natureza verdadeiramente jurisdicional e organismos de matriz centrada nas funções de auditoria, sem quaisquer poderes sancionatórios.²⁰¹⁹

89. Papel do Parlamento Europeu, do Conselho e do Organismo Europeu de Luta Anti-Fraude (OLAF)

Enquanto no caso de *agências autofinanciadas a autoridade de quitação é um comité orçamental próprio*, composto por representantes dos Estados membros,²⁰²⁰ ou o próprio Conselho de Administração²⁰²¹, a quitação quanto à execução dos orçamentos das *agências financiadas pelo orçamento comunitário é dada pelo Parlamento Europeu, sob recomendação do Conselho*.²⁰²²

Interessante é a hipótese levantada recentemente pelo Parlamento Europeu, Conselho e Comissão de “explorar as possibilidades de assegurar uma prestação de contas democrática no que se refere às agências autofinanciadas (ou seja, financiadas pelos clientes), já que se trata de organismos da União encarregados de implementar políticas da UE mas não sujeitos a quitação na acepção do TFUE”, acrescentando-se mesmo a possibilidade de “prever que as agências em questão apresentem ao Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão um relatório anual

²⁰¹⁹ Vide CARLOS MORENO, “O controlo do Tribunal de Contas das Comunidades”, in *Revista do Tribunal de Contas*, nº 4, Outubro/Dezembro 1989, págs. 14 e 28, e FERNANDO XAREPE SILVEIRO, anotação ao artigo 287º do TFUE, in *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 1025.

²⁰²⁰ Cfr. artigo 142º, nº 2, do Regulamento OHIM.

²⁰²¹ Cfr. artigo 111º, nº 3, do Regulamento CPVO.

²⁰²² Cfr. artigos 185º, nº 2, do Regulamento Financeiro Geral e 94º do Regulamento Financeiro quadro.

sobre a execução do seu orçamento e tenham em conta os pedidos ou recomendações formulados pelo Parlamento e pelo Conselho.”²⁰²³

Quanto às agências financiadas pelo erário comunitário, cabe ao Director tomar todas as medidas no sentido de dar resposta às observações que acompanham a recomendação adoptada pelo Conselho e a decisão de quitação do Parlamento Europeu, bem como, a pedido destas instituições, apresentar um relatório sobre as medidas adoptadas na sequência destas observações e comentários, com o envio à Comissão e ao Tribunal de Contas de uma cópia do mesmo.²⁰²⁴

Funcionando a possibilidade de *não quitação* sobretudo como poderosa arma dissuasora, de influência sobre a acção das agências, não pode deixar de ser realçado o relevante papel da Comissão de Controlo Orçamental do Parlamento Europeu no controlo financeiro das agências comunitárias.²⁰²⁵

Por outro lado, enquanto autoridade orçamental, não podemos olvidar o importante papel parlamentar, através da Comissão do Orçamento, na *aprovação do orçamento* das agências com financiamento comunitário, bem como não podem deixar de ser referidas, em casos de suspeita de fraude, as investigações desenvolvidas pelo Organismo Europeu de Luta Anti-Fraude (OLAF)²⁰²⁶.

De acordo com os recentes dados recolhidos na avaliação horizontal das agências europeias, o procedimento de quitação implementado pela autoridade

²⁰²³ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, V, n° 58.

²⁰²⁴ Cfr. artigo 96° do Regulamento Financeiro Quadro.

²⁰²⁵ Cfr. artigo 314° do TFUE.

²⁰²⁶ Na recente Abordagem Comum defende-se mesmo que “o papel do OLAF em relação às agências deverá ser formalizado, reforçado e tornado mais visível. (...) Além disso, as agências deverão mostrar-se mais activas em matéria de prevenção da fraude, devendo também comunicar melhor sobre essas actividades.” Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, V, n° 66. Na doutrina, sobre o OLAF, *vide* CRISTINA SERRANO LEAL, “Financiación: el presupuesto”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011, pág. 467 e ss.

orçamental (Parlamento e Conselho) torna os Directores das agências responsáveis mais pela regularidade do que pela *performance*, com o efeito de o processo orçamental acabar por constituir um incentivo indirecto (mas relativamente poderoso) a gastar.²⁰²⁷

Por isso, no intuito de reforçar a capacidade do sistema de agências como um todo de produzir e usar informação sobre o seu desempenho, sugere-se o estabelecimento pelos Directores dos Conselhos de Administração de todas as agências de um *comité inter-agências* com responsabilidades em matéria de desenvolvimento de informações sobre *performance* e de discussão de relatórios de auditoria interna.²⁰²⁸

²⁰²⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1, cit., págs. Vii-Viii.

²⁰²⁸ *Idem*, pág. viii.

Capítulo IV

Controlo judicial

90. Da possibilidade de interposição de recurso contencioso de legalidade dos actos das agências

90.1. Heterogeneidade dos estatutos

Os regulamentos instituidores das agências europeias prescrevem soluções variáveis quanto à possibilidade de revisão da legalidade dos seus actos, a espe-
lhar a *heterogeneidade* que as caracteriza.

Assim, nos regulamentos de *agências dotadas de poder decisório*, consa-
gram-se expressamente *sistemas de revisão judicial, precedidos (normalmente) de
recurso administrativo necessário*²⁰²⁹.

Exemplificativamente, analisemos o caso do Instituto de Harmonização do
Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), agência dotada de poderes deci-
sórios autónomos fundamentais para a instauração de um regime unitário de mar-
cas no território da União Europeia e, assim, para a implementação do Mercado
Interno europeia no domínio da propriedade intelectual.

Das decisões – não provisórias – deste Instituto relativas aos procedimen-
tos disciplinados pelos Regulamentos da marca e dos desenhos e modelos pode

²⁰²⁹ Cfr., a título ilustrativo, artigos 65º do Regulamento OHIM, 50º do Regulamento EASA, e 73º
do Regulamento CPVO.

Quanto a actos do Presidente em relação aos quais o direito comunitário não preveja o controlo de
legalidade por outro órgão e a actos do Conselho de Administração relativos ao orçamento do
instituto, prevê-se o controlo de legalidade da Comissão (cfr. artigos 44º do Regulamento CPVO e
122º do Regulamento OHIM).

haver impugnação perante câmaras de recurso internas,²⁰³⁰ cujas decisões, por sua vez, são contenciosamente impugnáveis na jurisdição comunitária, *maxime* no Tribunal Geral.

Previamente ao exame da Câmara de Recurso, interposto o recurso, por escrito, no Instituto num prazo de dois meses a contar da data de notificação da decisão desfavorável, há lugar à apreciação da questão pela instância autora do acto, a fim de esta poder aferir da admissibilidade e boa fundamentação da pretensão, assim podendo evitar-se o prosseguimento do litígio.²⁰³¹

Desta sorte, nos casos *ex parte*, isto é, quando a recorrente for a única parte no processo e a instância autora da decisão der provimento ao recurso, o processo finda; se não for dado provimento ao recurso no prazo de um mês a contar da recepção das alegações com os fundamentos, o recurso é imediatamente enviado à Câmara de Recurso, sem análise do mérito da causa.²⁰³²

Nos casos *inter partes*, ou seja, quando o processo opuser a parte que interpôs o recurso a outra parte, o autor do acto recorrido só pode dar provimento ao recurso após notificação da outra parte e se esta concordar com a pretensão em causa no prazo de dois meses a contar da data de recepção da notificação; na hipótese de oposição expressa ou de silêncio, o recurso deve ser imediatamente enviado à Câmara de Recurso, sem análise do mérito da causa.

Diferentemente, se a instância de cuja decisão se recorre não considerar o recurso admissível e fundamentado no prazo de um mês a contar da recepção das alegações com os fundamentos deve remeter imediatamente o recurso para a Câ-

²⁰³⁰ Cfr. artigo 58º e ss do Regulamento OHIM.

Sobre o funcionamento das (cinco) câmaras de recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), cfr. artigo 135º do Regulamento OHIM e Regulamento (CE) nº 2082/2004 da Comissão, de 6 de Dezembro de 2004 que altera o Regulamento (CE) nº 216/96, que estabelece o regulamento processual das câmaras de recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos).

²⁰³¹ Cfr. artigo 60º do Regulamento OHIM.

²⁰³² Cfr. artigo 61º do Regulamento OHIM.

mara de Recurso, sem análise do mérito da causa e sem necessidade de ouvir qualquer outra parte.²⁰³³

Após examinar as observações da recorrente sobre as notificações julgadas oportunas ou sobre as comunicações das outras partes, a Câmara de Recurso delibera sobre o mérito do recurso, podendo exercer as competências da instância que tomou a decisão contestada ou remeter o processo à referida instância, para lhe ser dado seguimento, ficando esta vinculada à fundamentação e ao dispositivo da decisão da Câmara de Recurso, quando se mantenham os factos da causa.²⁰³⁴

No prazo de dois meses a contar da notificação da decisão da Câmara de Recurso, pode ser interposto recurso jurisdicional, com fundamento em incompetência, preterição de formalidades essenciais, violação do Tratado, dos Regulamentos das marcas, dos desenhos e modelos ou de qualquer norma jurídica sobre a sua aplicação, ou desvio de poder, cabendo ao Tribunal Geral o poder de anular e reformar a decisão impugnada.²⁰³⁵

Numa palavra: no contexto de *européização do contencioso das marcas*, desenhos e modelos, pode falar-se de uma *rede informal* a envolver os tribunais nacionais, enquanto tribunais comuns de direito da União, a jurisdição comunitária (Tribunal Geral) – *in futurum*, atendendo ao volume de trabalho relativo a matérias de propriedade intelectual, entrará em funcionamento o Tribunal Unificado de Patentes (artigo 19º do TFUE), semelhante ao Tribunal da Função Pública - e as Câmaras de Recurso.²⁰³⁶

Mais recentemente, os regulamentos instituidores das três agências europeias de supervisão financeira (ESA's) prevêm também a necessidade de *impugnação das decisões destes organismos para uma Câmara de Recurso (única) pre-*

²⁰³³ Cfr. artigo 62º do Regulamento OHIM.

²⁰³⁴ Cfr. artigo 64º do Regulamento OHIM.

²⁰³⁵ Cfr. artigo 65º do Regulamento (CE) OHIM.

²⁰³⁶ Vide CATHERINE GRYNFOGEL, “La contribution de l’Office de l’harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) au règlement du contentieux”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 137 e ss.

*viamente à interposição de recurso para o Tribunal de Justiça da União Europeia.*²⁰³⁷

Resumindo: no caso de (algumas) agências dotadas da prerrogativa de adopção de decisões individuais, susceptíveis de lesar terceiros, prevêem-se instâncias de recurso cujo papel consiste em verificar a aplicação correcta pela agência das regras de execução, dentro do limite das suas funções e responsabilidades.

Conforme explica a Comissão, o papel destes órgãos de recurso, cujas regras de composição e de procedimento devem ser definidas pelo legislador, é o de um primeiro controlo interno antes da eventual intervenção do Tribunal Geral, sendo fundamental a independência dos seus membros para garantir a isenção da apreciação relativamente às posições do Conselho de Administração das agências.²⁰³⁸

Trata-se de *entidades de tipo para-jurisdicional e não de verdadeiros tribunais (especializados)*, como, aliás, já se pronunciou o Tribunal Geral²⁰³⁹, ao salientar, não obstante o amplo grau de independência no exercício das suas funções²⁰⁴⁰, o facto de as Câmaras de Recurso constituírem uma instância das agências europeias (*in casu*, do OHIM) encarregadas de controlar a actividade das outras instâncias da administração a que pertencem, revestindo, portanto, o processo

²⁰³⁷ Conforme reza o considerando 8 do Regulamento EBA, “é necessário assegurar que as partes afectadas por decisões da Autoridade possam ter acesso às vias de recurso adequadas. A fim de proteger efectivamente os direitos das partes e por razões de economia processual, *quando a Autoridade tiver competências decisórias as partes deverão ter direito de recurso para a Câmara de Recurso.*” (itálico nosso). Cfr. também artigos 58º a 61º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

²⁰³⁸ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit.*, ponto 4.2, e projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação em 2005, *cit.*, ponto 14.3.

²⁰³⁹ Cfr. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância Procter & Gamble/IHMI (BABY-DRY), de 8 de Julho de 1999, processo T-163/98, nºs 36-43, Procter & Gamble/IHMI, de 12 de Dezembro de 2002, processo T-63/01, nºs 19-23, e Krüger/Ohmi, de 20 de Abril de 2005, processo T-273/02, nº 62.

²⁰⁴⁰ V.g. artigo 136º do Regulamento OHIM.

perante as Câmaras de Recurso natureza administrativa (para contenciosa) e não jurisdicional.

Por isso, os membros das Câmaras de Recurso não têm de possuir a “capacidade requerida para o exercício de funções jurisdicionais” e ser nomeados por deliberação unânime do Conselho,²⁰⁴¹ mas devem ser figuras de renome com conhecimentos relevantes comprovados e experiência profissional, nomeadamente de supervisão, nas respectivas áreas, a nomear pelos Conselhos de Administração das agências.²⁰⁴²

Diferentemente, em estatutos de várias *agências sem poder decisório* prevê-se o *controlo administrativo (de legalidade) pela Comissão*, interpondo-se recurso contencioso do indeferimento, expresso ou implícito, deste recurso gracioso, porquanto se trata de um acto (negativo) produtor de efeitos jurídicos, recorível nos termos gerais.²⁰⁴³

Em relação a *outras agências sem poder decisório não se encontra consagrada a possibilidade de interposição de qualquer recurso administrativo previamente às vias judiciais*. É o caso da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), em que se prevê apenas o recurso para o Tribunal de Justiça.²⁰⁴⁴

Por fim, diferentemente do que sucede em quase todos os regulamentos instituidores de agências, onde encontramos disposições sobre a questão da res-

²⁰⁴¹ Cfr. artigo 257º, § 6, do TFUE. Ver também artigo 3º, nºs 3 e 4, do anexo I ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, onde se estipula a exigência de avaliação da adequação dos candidatos a juízes por um comité composto de sete personalidades escolhidas de entre antigos membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral e de juristas de reconhecida competência.

²⁰⁴² Cfr., por exemplo, artigo 58º do Regulamento EBA.

²⁰⁴³ Cfr. artigos 22º do Regulamento EU-OSHA, 18º do Regulamento CEDEFOP, e 22º do Regulamento EUROFOUND.

Na mesma linha, mas explicitando-se abertamente a recorribilidade da decisão (expressa ou implícita) da Comissão de indeferimento do recurso administrativo para o Tribunal de Justiça, cfr. artigo 28º do Regulamento ECDC.

²⁰⁴⁴ Cfr. artigo 27º, nº 3, do Regulamento FRA.

ponsabilidade civil das agências²⁰⁴⁵, não podemos olvidar os diversos regulamentos que omitem a hipótese de interpor recurso contencioso de legalidade (v.g.,

²⁰⁴⁵ Paradigmaticamente, cfr. artigo 118º do Regulamento OHIM.

Diferentemente, entre nós, inexistente um regime específico para a responsabilidade das entidades reguladoras e dos titulares dos seus órgãos, sendo aplicável o regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro). Segundo Fernanda Maças, seria preferível a criação de legislação especial para os reguladores (financeiros), com a definição das circunstâncias de responsabilização (v.g. responsabilidade *in vigilando*), a delimitação do círculo de beneficiários, o tipo de danos indemnizáveis e o papel dos fundos de garantia de depósitos e respectivo relacionamento com o instituto da responsabilidade civil e o artigo 101º da CRP. Vide FERNANDA MAÇAS, “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Volume I - Responsabilidade: entre passado e futuro, organização de Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 102, ad honorem – 6, Coimbra Editora, 2012, págs. 454-455.

Em geral, sobre a responsabilidade civil dos poderes públicos, vide CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos sobre o direito da responsabilidade civil das entidades públicas*, Lisboa, 2010, FERNANDO ALVES CORREIA, “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Volume I - Responsabilidade: entre passado e futuro, organização de Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 102, ad honorem – 6, Coimbra Editora, 2012, págs. 209-238, FILIPA CALVÃO, “§ 16 Portugal”, in *Staatshaftung in Europa - nationales und Unionsrecht*, coordenado por Oliver Dörr, De Gruyter Handbuch, 2014, págs. 505-542, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Volume I - Responsabilidade: entre passado e futuro, organização de Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 102, ad honorem – 6, Coimbra Editora, 2012, págs. 55-84, e, do mesmo autor, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova Lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 137º, nº 3951, pág. 360 e ss. Para uma análise do anterior regime legal (Decreto-Lei nº 48051), vide MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Conselho Económico e Social, 1997, e, da mesma autora, “A responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelo

.../...

Agência Comunitária de Controlo das Pescas – CFCA, Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação – ENISA, Agência Europeia da Segurança Marítima - EMSA, Agência Ferroviária Europeia – ERA, Agência Europeia de Medicamentos - EMA).

90.2. Da impugnabilidade dos actos das agências antes do Tratado de Lisboa

Dispunha o artigo 230º, § 1, do TCE:

“O Tribunal de Justiça fiscaliza a legalidade dos actos adoptados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, dos actos do Conselho, da Comissão e do BCE, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.”

Da ausência de menção explícita às agências no preceito transcrito, poderia concluir-se pela inexistência de recurso judicial dos actos com vinculatividade jurídica praticados por estes organismos. Todavia, à semelhança do que o Tribunal de Justiça fez, nos acórdãos *Les Verts*²⁰⁴⁶ e *Maurissen*²⁰⁴⁷, quanto ao controlo

.../..._____

exercício da função político-legislativa e a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas por exercício da função administrativa”, in *Revista do CEJ*, n.º 13, 1.º semestre, 2010, Lisboa, págs. 305-321, RUI MEDEIROS, Responsabilidade civil dos poderes públicos, Universidade Católica Editora, 2005, e MARGARIDA CORTEZ, “Responsabilidade civil da administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 52, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000. Sobre as raízes (romanistas) da responsabilidade civil (extracontratual), vide SANTOS JUSTO, “A responsabilidade extracontratual (ou aquiliana)”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Volume I - Responsabilidade: entre passado e futuro, organização de Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 102, ad honorem – 6, Coimbra Editora, 2012, págs. 55-84, págs. 351-365.

²⁰⁴⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Os Verdes / Parlamento, de 23 de Abril de 1986, processo 294/83.

de legalidade dos actos do Parlamento Europeu e do Tribunal de Contas, respectivamente, em nome da ideia da Comunidade de Direito, teria sempre de admitir-se a impugnabilidade dos actos das agências produtores de efeitos jurídicos.

No acórdão *Les Verts*, a propósito da ausência das medidas adoptadas pelo Parlamento Europeu do elenco de actos sindicáveis jurisdicionalmente ao abrigo do artigo 173º TCE (posteriormente artigo 230º TCE), o Tribunal explicou que tal sucedia porque o Tratado CEE, na sua versão original, apenas conferia àquela instituição poderes consultivos e de fiscalização política, e não o de adoptar actos destinados a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros.

Diferentemente, como bem notou o Tribunal, no Tratado CECA (artigo 38º), nos casos em que o Parlamento foi dotado, desde o início, do poder de adoptar disposições com carácter obrigatório, os seus actos não foram, por norma, subtraídos a recurso de anulação (última frase do quarto parágrafo do artigo 95º do TCECA).

Deste modo, o Tribunal considerou contrária ao espírito e ao sistema do Tratado a interpretação do artigo 173º do TCE que excluísse a impugnabilidade dos actos do Parlamento Europeu, porquanto alguns destes actos poderiam, efectivamente, interferir com as competências dos Estados-membros ou das outras instituições, ou ultrapassar os limites fixados para as competências do seu autor, sem ser possível submetê-los à fiscalização do Tribunal.

Tendo em conta que o sistema do TCE era o de permitir um recurso directo contra “todas as disposições adoptadas pelas instituições destinadas a produzir um efeito jurídico”,²⁰⁴⁸ o Tribunal concluiu pela possibilidade de o recurso de anulação ser dirigido contra os actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros.²⁰⁴⁹

.../..._____

²⁰⁴⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, *Henri Maurissen e Union syndicale contra Tribunal de Contas das Comunidades Europeias*, de 18 de Janeiro de 1990, processos 193-4/87.

²⁰⁴⁸ Cfr. acórdão do Tribunal Comissão/Conselho, de 31 de Março de 1971, processo 22/70.

²⁰⁴⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, *Os Verdes / Parlamento*, de 23 de Abril de 1986, processo 294/83, § 24 e 25.

Naturaliter, as agências não são instituições, mas daí não se pode extrair a inaplicabilidade das conclusões do aresto acabado de transcrever às agências, porquanto, fundamentalmente, visa-se assegurar uma protecção jurisdicional completa na UE, a abranger, por conseguinte, também, os actos emitidos por agências susceptíveis de produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.²⁰⁵⁰

²⁰⁵⁰ Em sentido contrário, *vide* BARBARA REMMERT, “Die Gründung von Einrichtungen der mittelbaren Gemeinschaftsverwaltung”, in *Europarecht*, 37, 2003, pág. 140.

Diferentemente, os actos praticados pelas agências da União foram considerados insusceptíveis de revisão judicial pelo Tribunal, porquanto “o artigo 41º UE não prevê a aplicação do artigo 230º CE às disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal que figuram no título VI do Tratado da União Europeia, sendo a competência do Tribunal de Justiça nesta matéria precisada no artigo 35º UE, para o qual remete o artigo 46., alínea b), UE.” Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Espanha contra Eurojust, de 15 de Março de 2005, processo C - 160/03, nº 38.

Desta forma, o Tribunal não seguiu as conclusões do Advogado-Geral no processo, o qual pretendia, de maneira inovadora (*/revolucionária*), a leitura do artigo 35º do TUE em termos similares à interpretação feita no acórdão *Les Verts* relativamente ao artigo 230º do TCE. Nas palavras de Miguel Poiars Maduro, “O Tribunal de Justiça já admitiu, no âmbito do sistema do Tratado CE, que num recurso de anulação se possam impugnar todos os actos destinados a produzir efeitos jurídicos, quaisquer que sejam a respectiva natureza, a sua forma ou o seu autor. Esta jurisprudência impõe-se necessariamente no âmbito da União. O artigo 35º UE deve ser interpretado no sentido de que dá a determinados recorrentes a possibilidade de pedirem a anulação de todas as medidas adoptadas no âmbito do título VI, que tenham efeitos jurídicos relativamente a terceiros. Em minha opinião, ‘a própria ideia de legalidade’, que deve prevalecer no sistema de uma União de direito, exige que assim seja.” Cfr. conclusões do Advogado-Geral Poiars Maduro no processo C - 160/03, nº 21.

Somos da opinião de que o Tribunal foi feliz na decisão tomada, tendo em conta a existência, *in casu*, de outros meios de salvaguarda da posição jurídica dos afectados pelas medidas adoptadas pelo Eurojust, e, sobretudo, por ter acentuado que as garantias decorrentes do regime da (então) Comunidade de Direito não são plenamente aplicáveis, *rectius*, não devem ser transponíveis sem mais no quadro intergovernamental da União Europeia.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e a *comunitarização* do anterior terceiro pilar, isto é, com a integração das áreas relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal no título V do TFUE (denominado por “Área de liberdade, segurança e justiça”), o actual artigo 263º do TFUE (ex-artigo 230º do TCE) passa a aplicar-se neste domínio, deixando a discussão acabada de expor de ter sentido útil.

Aliás, o próprio Tribunal já alargou, em nome da ideia da Comunidade de Direito, o âmbito do raciocínio vertido no acórdão *Les Verts* a actos praticados por organismos revestidos de personalidade jurídica mas que não constam do elenco de instituições da União, como o Banco Europeu de Investimentos (BEI).

Em acórdão de 10 de Julho de 2003, por exemplo, o Tribunal, depois de realçar a Comunidade Europeia como uma Comunidade de Direito, que dispõe de um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar a fiscalização da conformidade dos actos das instituições com os Tratados, recordou que o BEI, conquanto não seja uma instituição da Comunidade Europeia, não deixava de ser um organismo comunitário instituído pelo TCE, com personalidade jurídica, por isso mesmo sujeito à fiscalização do Tribunal de Justiça.²⁰⁵¹

Mais recentemente, o Tribunal de Primeira Instância, relativamente à sindicância jurisdicional de acto juridicamente vinculativo praticado pela Agência Europeia de Reconstrução (AER), confirmou o acórdão *Les Verts*, de que deriva o princípio geral segundo o qual qualquer acto que emane de um organismo comunitário e se destine a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros deve poder ser objecto de fiscalização jurisdicional.

Sem deixar de reconhecer que a AER não fazia parte das instituições enumeradas no artigo 7º do TCE, o Tribunal considerou aplicável a doutrina vertida no acórdão “*Os Verdes*” à situação dos organismos comunitários com poder de adoptar actos destinados a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros, pois

²⁰⁵¹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, Comissão vs BEI, de 10 de Julho de 2003, processo 15/00, nº 75.

Nem sempre a jurisprudência comunitária foi, porém, uniforme na apreciação da recorribilidade de actos praticados por entidades não elencadas no então artigo 173º (e 175º) do TCE, tendo concluído, por exemplo, que “o Provedor de Justiça não é uma instituição comunitária na acepção do artigo 175.º do Tratado, pelo que a acção, na medida em que é dirigida contra a omissão do Provedor de Justiça, deve ser declarada inadmissível”. Cfr. Despacho do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 22 de Maio de 2000, Associazione delle cantine sociali venete contra Provedor Europeu e Parlamento Europeu, processo T-103/99, nº 46.

não seria aceitável, numa Comunidade de direito, a insindicabilidade jurisdicional desses actos.²⁰⁵²

Fundamental nesta viragem jurisprudencial foi o facto de o TPI ter rejeitado a existência de mecanismos alternativos de protecção judicial completa e efectiva,²⁰⁵³ considerando, no caso em apreço, inexistir a possibilidade de a Comissão adoptar decisões recorríveis judicialmente e não admitindo a sindicabilidade da decisão de anulação do concurso em causa para um tribunal nacional, com base na ideia de que foi a AER a autora desta decisão e, enquanto autoridade europeia, os seus actos só serem recorríveis para os tribunais comunitários.²⁰⁵⁴

²⁰⁵² Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Sogelma vs EAR*, de 8 de Outubro de 2008, processo 411-06, nº 37.

Segundo Paul Craig, ao reconhecer a recorribilidade dos actos das agências europeias produtores de efeitos jurídicos vinculativos perante terceiros e ao recusar o argumento da Agência Europeia de Reconstrução de que haveria lugar à aplicação do artigo 234º do TCE, o TPI “evitou o que teria sido uma assimetria entre a recorribilidade das agências nacionais e das agências comunitárias. A realidade jurídica é a de que as agências nacionais que aplicam o direito comunitário eram indirectamente sindicáveis através do artigo 234º do TCE, agora artigo 263º do TFUE, e, por isso, teria sido no mínimo estranho que as agências comunitárias não fossem igualmente sujeitas a recurso judicial.” *Vide* PAUL CRAIG, “Legal control of regulatory bodies...”, *cit.*, pág. 101.

²⁰⁵³ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Sogelma vs EAR*, de 8 de Outubro de 2008, processo 411-06, nºs 41 e 42.

No despacho Keeling/IHMI, de 8 de Junho de 1998, processo T-148/97, o Tribunal de Primeira Instância, ao rejeitar a interposição de um recurso de uma decisão de um organismo comunitário não mencionado no anterior artigo 230º TCE, não se limitou a declarar que o Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (OHIM) não era uma das instituições da Comunidade referidas no artigo 4º do TCE (ex - artigo 7º do TCE) ou no artigo 173º, primeiro parágrafo, do Tratado TCE (nº 32): afirmou também que existiam potencialmente outras vias de recurso da decisão controvertida do Presidente do OHIM e referiu, em particular, o artigo 179º do Tratado TCE (ex - artigo 236º do TCE) (nº 33).

²⁰⁵⁴ Segundo Renzo Rossolini, a ideia de que os actos da AER são irrecorríveis para tribunais nacionais porque esta não é uma autoridade nacional mas sim europeia não “parece decisiva porque mesmo as controvérsias nas quais são parte as agências, analogamente ao que dispõe o artigo 240º do Tratado CE [actual artigo 274º do TFUE] para a Comunidade, não são, por tal motivo, subtraídas à competência dos juízes nacionais. Uma explicação mais persuasiva (...) põe em evidência

.../...

Por outro lado, o acórdão *Sogelma é revolucionário* ao romper com a interpretação tradicional de que os actos adoptados com base em delegação de poderes são imputáveis à instituição delegante, devendo, por isso, o recurso de anulação interposto contra actos adoptados por agências ao abrigo de delegação de poderes da Comissão ser admitido apenas se interposto contra o órgão delegante.

Na verdade, não obstante a Agência Europeia de Reconstrução (EAR) ter agido ao abrigo de delegação de poderes da Comissão, o Tribunal de Primeira Instância relevou sobretudo a *autonomia decisória* daquele organismo e reconheceu, assim, pela *primeira vez*, a possibilidade de as *decisões* praticadas por uma agência europeia poderem ser directamente contestadas e não apenas enquanto imputadas à instituição delegante.²⁰⁵⁵

Noutros termos: o TPI adoptou o princípio de que não podem os actos do delegado – AER – ser imputados ao delegante quando aquele age em nome próprio e por conta própria, isto é, quando a agência adopta comportamentos de forma autónoma, sem a Comissão o determinar.

Nesta linha, no mesmo acórdão *Sogelma*, o TPI distinguiu expressamente o caso da Agência Europeia da Reconstrução de outras situações relativas à adopção de actos ao abrigo da delegação de poderes que tivessem sido imputados à entidade delegante.

Deste modo, enquanto, no âmbito de um recurso de anulação de um acto da Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos (EMA), o Tribunal salientou a mera competência consultiva desta agência ao abrigo dos procedimentos

.../..._____

mais do que a natureza da pessoa jurídica, a natureza do procedimento impugnado. Não parece, de facto, oferecer dúvidas que a decisão de anular um concurso (...) é acto capaz de incidir directamente sobre a posição jurídica de sujeitos terceiros, susceptível de ser incluído entre os aspectos publicísticos da actividade da agência demandada, à semelhança dos actos da Comunidade, sujeitos à cognição exclusiva do juiz comunitário.” (parêntesis nosso) *Vide* RENZO ROSSOLINI, “La competenza del giudice comunitario per l’annullamento degli atti delle agenzie europee”, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Fascículo 3, 2009, pág. 495.

²⁰⁵⁵ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Sogelma vs EAR*, de 8 de Outubro de 2008, processo 411-06, n.ºs 49, 50 e 51.

comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos de uso humano e veterinário, concluindo por isso que a decisão da EMA de indeferir um pedido de alteração de uma autorização de introdução no mercado devia ser considerada tomada pela própria Comissão e o recurso interposto contra esta instituição,²⁰⁵⁶ no caso *Sogelma* o Tribunal contrapôs com as competências de natureza vinculativa da AER, cabendo-lhe, no exercício dos poderes delegados pela Comissão, preparar e avaliar os concursos e adjudicar os contratos em causa.²⁰⁵⁷

Também no âmbito de um recurso de anulação de actos do *European Film Distribution Office* (EFDO), o Tribunal salientou, nos termos de uma decisão relativa à execução de um programa de acção destinado a promover o desenvolvimento da indústria audiovisual europeia (Media), a responsabilidade da Comissão pela realização financeira deste programa: na prática, qualquer decisão tomada no âmbito do acordo entre a Comissão e o EFDO dependia de concertação prévia dos representantes da Comissão, e, portanto, as decisões tomadas pelo EFDO sobre os pedidos de financiamento apresentados no quadro do programa MEDIA eram imputáveis à Comissão, responsável, por isso, pelo respectivo conteúdo e a poder ser demandada em juízo para as defender.²⁰⁵⁸

Diferentemente, no caso *Sogelma*, o Tribunal considerou as decisões da AER sobre contratos públicos independentes de acordo prévio da Comissão.²⁰⁵⁹ E ao alertar para o perigo de um vazio jurídico resultante de as decisões que a Comissão teria tomado perderem a sua qualidade de acto recorrível só pelo facto de

²⁰⁵⁶ Cfr. despacho do Tribunal de Primeira Instância, *Schering-Plough/Comissão e AEAM*, de 5 de Dezembro de 2007, processo T-133/03, nºs 22 e 23.

²⁰⁵⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Sogelma vs EAR*, de 8 de Outubro de 2008, processo 411-06, nº 55.

²⁰⁵⁸ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Fevereiro de 1998, *DIR International Film e o./Comissão*, processos T-369/94 e T-85/95, nºs 52 e 53.

²⁰⁵⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Sogelma vs EAR*, de 8 de Outubro de 2008, processo 411-06, nº 56.

Ilustrando a tendência jurisdicional dominante anterior ao acórdão *Sogelma*, cfr. ainda, por exemplo, acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Hassan vs Conselho e Comissão*, de 12 de Julho de 2006, processo 49/04, nº 59.

ter havido delegação de competências desta instituição na AER²⁰⁶⁰, o TPI afirmou a impossibilidade de a delegação de funções em agências implicar a criação de lacunas na tutela judiciária dos particulares²⁰⁶¹, sendo, por conseguinte, aplicáveis às agências todos os meios de protecção jurisdicional que estes particulares dispõem relativamente a actos praticados pelas instituições.

Por fim, o TPI rejeitou também a argumentação da AER de apenas poder ser demandada em litígios referentes a matéria de responsabilidade aquiliana, ao decidir não se poder considerar que as outras decisões tomadas pela AER não devam igualmente ser por ela defendidas em juízo apenas por tal hipótese não estar expressamente consagrada no seu regulamento instituidor.

90.3. Da impugnabilidade dos actos das agências no Tratado de Lisboa

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, *quaisquer dúvidas sobre a sindicabilidade de actos das agências produtores de efeitos jurídicos vinculativos foram eliminadas*, estabelecendo-se inequivocamente no artigo 263º, nº 1, do TFUE:

“O Tribunal de Justiça da União Europeia fiscaliza a legalidade dos actos legislativos, dos actos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos actos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. *O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos actos dos órgãos ou organis-*

²⁰⁶⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Sogelma vs EAR*, de 8 de Outubro de 2008, processo 411-06, nº 40.

²⁰⁶¹ *Vide* JÖRG GÜNDEL, “Der rechtsschutz gegen Handlungen der EG-Agenturen - endlich geklärt? – Zugleich Anmerkung zu EuG, Urteil v. *Sogelma/Europäische Agentur für den Wiederaufbau (EAR)*”, in *Europarecht*, nº 3, 2009, pág. 392.

mos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.”²⁰⁶²
(itálico nosso)

Neste sentido, o Tribunal, na interpretação das regras do TCE, acabou por antecipar as regras do TFUE,²⁰⁶³ ou, como bem notou Georges Vandensanden, o acórdão *Sogelma* “numa certa medida, e sob a assinatura de uma Câmara presidida por uma juiz portuguesa, entreabre as portas do Tratado de Lisboa.”²⁰⁶⁴

Por outro lado, relativamente aos *contornos do controlo judicial dos actos juridicamente vinculativos das agências*, estatui o artigo 263º, § 5, do TFUE:

“Os actos que criam os órgãos e organismos da União podem prever condições e regras específicas relativas aos recursos interpostos por pessoas singulares ou colectivas contra actos desses órgãos ou organismos destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a essas pessoas.”

São, assim, compatíveis com os Tratados as disposições dos regulamentos institutivos das agências que prevejam procedimentos administrativos necessários prévios à interposição de recurso judicial por pessoas singulares ou colectivas contra actos das agências europeias produtores de efeitos jurídicos obrigatórios.

A mais da consagração da *impugnabilidade dos actos das agências*, prevê-se, complementarmente, em sede de *excepção de inaplicabilidade*, a possibilidade

²⁰⁶² Trata-se de disposição praticamente idêntica ao artigo III-365, § 1, do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa.

²⁰⁶³ Vide DANIEL RIEDEL, “Rechtsschutz gegen Akte Europäischer Agenturen”, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 16, 2009, pág. 568.

²⁰⁶⁴ O professor belga refere-se muito elogiosamente ao acórdão *Sogelma*, o qual, nas suas palavras “conjuga, ao ponto de as associar, o alargamento das regras de competência e o propósito de uma protecção jurisdiccional efectiva”, situando-se “na linha ponderada de audácia e de razão que caracteriza a maneira de julgar do Tribunal, num dos seus melhores momentos.” Vide GEORGES VANDERSANDEN, “Arrêt ‘Sogelma’: l’annulation d’actes adoptés par des organes établis sur la base du droit dérivé”, in *Journal de Droit Européen*, 2008, pág. 298.

de ser suscitado, a todo o tempo, em processo pendente perante os tribunais da UE, o controlo incidental da legalidade dos actos de alcance geral adoptados por estes organismos.²⁰⁶⁵

É de notar que esta alteração do Tratado de Lisboa, de modo a abranger os actos de alcance geral adoptados por “um órgão ou organismo da União”, não tem, aparentemente, efeito útil relevante em relação às agências europeias, dadas as limitações actuais dos seus poderes, em especial a ausência de poderes de emissão de actos normativos, legislativos ou regulamentares. Ainda assim, o reforço crescente do protagonismo e poderes das agências no plano da integração europeia, a complexidade da definição do que é um acto jurídico de âmbito geral²⁰⁶⁶ e,

²⁰⁶⁵ Cfr. artigo 277º do TFUE.

²⁰⁶⁶ Na verdade, tem sido difícil a qualificação da natureza de actos jurídicos gerais da União na jurisprudência comunitária: em geral, pode reconhecer-se a prevalência de uma avaliação substantiva sobre critérios formais ou de nomenclatura e, cada vez mais, uma tendência para afirmar o alcance geral e, portanto, a natureza normativa de um acto mesmo quando se determina com maior ou menor precisão o nome ou até a identidade dos sujeitos jurídicos a que se aplica em determinado momento, desde que se verifique que essa aplicação se efectua em virtude de uma situação objectiva de direito ou de facto definida pelo acto e relacionada com o seu objectivo (cfr. acórdãos do Tribunal de 30 de Setembro de 1982, Roquette Frères/Conselho, processo C-242/81, n.º 7; de 26 de Abril de 1988, Astéris/Comissão, Processos C-97/86, 193/86, 99/86 e 215/86, n.º 13; de 24 de Novembro de 1992, Buckl/Comissão, C-15/91 e C-108/91, n.º 25).

Por outras palavras: a análise jurisprudencial tem tido em conta, não a forma sob a qual o acto foi adoptado, mas sim a sua substância (cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, processo C-60/81, n.º 9), razão por que assim como disposições (regulamentares) de carácter geral foram interpretadas como um conjunto de decisões individuais adoptadas sob a aparência de um regulamento - porquanto cada uma dessas decisões afectava a situação jurídica, ao dizer individualmente respeito a cada um dos recorrentes (cfr. acórdão do Tribunal de 13 de Maio de 1971, NV International Fruit Company e outros contra Comissão, processos C-41 a 44/70, n.ºs 21 e 22) -, assim também a uma decisão foi reconhecido âmbito geral (cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de Outubro de 1982, Alusuisse/Conselho e Comissão, processo C-307/81, n.º 9; despacho do Tribunal de Justiça de 24 de Abril de 1996, CNPAAP/Conselho, C-87/95 P, n.º 33; despachos do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Junho de 1995, Kik/Conselho e Comissão, processo T-107/94, n.º 35, e de 26 de Março de 1999, Biscuiterie-confiserie LOR e Confiserie

em particular, a previsão no Tratado de Lisboa de decisões de âmbito geral justificam a previsão do controlo judicial dos actos de alcance geral adoptados por estes organismos.

Por último, *também a omissão de pronúncia e a interpretação e/ou validade dos actos adoptados pelas agências são expressamente previstas como sindicáveis judicialmente*,²⁰⁶⁷ não nos sendo possível descortinar as razões subjacentes à não constitucionalização das acções por danos causados por qualquer agência europeia (decisória) no âmbito das suas actividades, em especial tendo em atenção a existência de previsões específicas em matéria de responsabilidade civil extracontratual consagradas na quase totalidade dos regulamentos instituidores destes organismos.²⁰⁶⁸

.../..._____

du Tech/Comissão, processo T-114/96, n.º 26 e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1996, Weber/Comissão, processo T-482/93, n.º 55).

²⁰⁶⁷ Cfr., respectivamente, artigos 265º e 267º do TFUE.

²⁰⁶⁸ Cfr. artigos 268º e 340º do TFUE.

Também a Comissão defendeu a necessidade de prever a reparação dos danos causados pelos actos das agências europeias produtores de danos na esfera jurídica de terceiros na sequência de uma constatação jurisdicional da responsabilidade destes organismos. Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit*, ponto 4.3. e projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação em 2005, ponto 31.

91. Do âmbito do controlo de legalidade dos actos das agências

91.1. Dos limites gerais à sindicância jurisdicional: a discricionariedade administrativa

91.1.1. (Breve) introdução geral

No contexto geral das fronteiras da sindicância jurisdicional, o Tribunal de Primeira Instância, na esteira de jurisprudência anterior²⁰⁶⁹, ao analisar a decisão de revogação pela Comissão de autorização de comercialização de produto médico, (re)afirmou expressamente os tradicionais limites da discricionariedade administrativa no acórdão *Artegodan*²⁰⁷⁰, salientando o amplo poder de apreciação das autoridades comunitárias no âmbito de avaliações complexas e a correspondente limitação da fiscalização jurisdicional das medidas adoptadas à verificação da existência de *erro manifesto, desvio de poder ou de ultrapassagem manifesta dos limites do poder de apreciação*.

Assim, quanto a actos adoptados pelas agências (europeias) susceptíveis de produzir efeitos jurídicos externos, perante terceiros, impõem-se, em princípio, os mesmos limites gerais da discricionariedade (administrativa) ao controlo do Tri-

²⁰⁶⁹ Exemplificativamente, cfr. acórdão do TPI, de 11 de Setembro de 2002, *Alpharma contra Conselho*, processo T-70/99, n.ºs 180-183.

Para uma visão geral da jurisprudência comunitária que reflecte uma “relutância judicial em efectuar uma revisão intensa” em áreas nas quais “a Comissão dispõe de poderes discricionários que requerem escolhas de avaliação complexas, como nos casos das ajudas de Estado, do dumping e das medidas de salvaguarda”, vide PAUL CRAIG, “The locus and accountability of the executive in the European Union”, in *The executive and public law – power and accountability in comparative perspective*, coordenação de Paul Craig e Adam Tomkins, Oxford University Press, 2006, pág. 341.

²⁰⁷⁰ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Artegodan GmbH vs Comissão*, de 26 de Novembro de 2002, processos 74, 76, 83-85, 132, 137, 141/00, n.º 201.

bunal,²⁰⁷¹ sob pena de se colocar em causa o princípio fundamental da separação de poderes.

Conforme explica Tom Zwart, após um período de “lua de mel constitucional”, em que os tribunais adoptaram atitude de *deferência* “perante as agências independentes por causa do seu particular estatuto constitucional”, “a revisão judicial tornou-se gradualmente mais intensa, e actualmente não pode mais ser distinguida daquela que é exercida em relação a decisões de outras autoridades administrativas.”²⁰⁷²

Na verdade, outrora, posições doutrinárias minoritárias rejeitavam a sindicabilidade judicial dos actos das autoridades reguladoras independentes nos Estados membros, com base no seu carácter *quasi-judicial* (v.g., poderes sancionatórios) e nas incompatibilidades a que os seus membros estão sujeitos, entre outros argumentos.²⁰⁷³

Actualmente, porém, ninguém parece contestar a existência de limites à independência dos reguladores independentes, designadamente, a sindicância jurisdicional dos actos destas entidades. Recusar o controlo dos tribunais com base na defesa da independência das autoridades reguladoras implicaria a violação do princípio do Estado/União de Direito.²⁰⁷⁴

²⁰⁷¹ No âmbito de análise sobre “a função de determinação ou concretização dos direitos sociais fundamentais exercida pelo Tribunal Constitucional”, Alves Correia refere-se a uma *larga margem de liberdade conformadora* (do legislador), “decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas”. Vide FERNANDO ALVES CORREIA, “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, pág. 37.

²⁰⁷² Vide TOM ZWART, “Judicial review of agency action: the scope of review”, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003, pág. 172.

²⁰⁷³ Para uma síntese dessas posições, vide GIORGIO GRASSO, *Le Autorità Amministrative Indipendenti Della Repubblica – Tra Legittimità Costituzionale e Legittimazione Democratica*, Giuffrè, Milão, 2006, págs. 43-51.

²⁰⁷⁴ No âmbito da nova Lei da Concorrência, Vieira de Andrade e Ana Raquel Moniz afirmam: “o princípio da tutela jurisdicional efectiva exige que todas as actuações administrativas da AdC (e

De qualquer modo, ao aceitarmos a limitação do controlo judicial à aferição da *razoabilidade* ou da *admissibilidade* das decisões das autoridades administrativas em geral, forçoso é concluir que, por um lado, tal conduz necessariamente a um significativo reconhecimento da autonomia e importância das agências (europeias) na regulação da vida económico-social da União, mas, simultaneamente, por outra banda, reforça as preocupações sobre a efectiva *accountability* destes organismos...²⁰⁷⁵

.../..._____

não apenas dos actos administrativos, em especial, daqueles que estão previstos no RJC) se submetam ao controlo dos tribunais. Daí que o controlo judicial da actividade administrativa da AdC não se cinja aos processos contemplados nos artigos 91º e seguintes (e 83º e seguintes) do RJC. A prática de actos administrativos não previstos no RJC, a emissão de regulamentos administrativos, a celebração de contratos, a adopção de outros actos jurídicos ou a realização de operações materiais encontram-se igualmente sujeitos ao escrutínio judicial. A circunstância de estas hipóteses não estarem abrangidas pelo RJC significa apenas que a reacção jurisdicional relativamente a estas actuações ocorre nos termos da legislação geral em matéria de Justiça Administrativa (ETAF e CPTA).” Vide VIEIRA DE ANDRADE e ANA RAQUEL MONIZ, anotação ao artigo 91º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 882.

Mais desenvolvidamente sobre o controlo jurisdicional dos reguladores independentes nos países europeus, vide FERNANDA MAÇÃS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, Julho/Agosto 2006, pág. 21 e ss, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., pág. 195 e ss, PEDRO GONÇAVES/CATARINA GOUVEIA ALVES/ANA CLÁUDIA GUEDES, *O contencioso da regulação em Portugal (relatório de pesquisa e análise da jurisprudência sobre regulação pública)*, CEDIPRE online 1, 2010 (http://www.cedipre.fd.uc.pt/pdfs/online/public_1.pdf), e VICTOR CALVETE, “O controlo jurisdicional da actividade da Autoridade da Concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, volume II, Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 1025-1068.

²⁰⁷⁵ Para uma análise da discussão sobre a evolução dos parâmetros do controlo judicial da actividade das agências norte americanas, em particular sobre o famoso acórdão *Chevron U.S.A., Inc v. Natural Resources Defense Council* (1984) e suas implicações relativamente à delegação de poderes, vide FRANÇOIS VAN DER MENSBRUGGHE, “The danger of excessive delegations...”, cit., pág. 130 e ss.

91.1.2. Do exercício do poder discricionário e do controlo moderado dos tribunais da União²⁰⁷⁶

Grosso modo, desde os primórdios do processo de integração europeia, os tribunais comunitários têm-se absterido de sobrepor as suas apreciações à actuação das outras instituições (órgãos e organismos) da União, limitando o controlo judicial à verificação de *vícios ostensivos*.

Na verdade, segundo jurisprudência constante, no exercício do seu controlo ao abrigo do artigo 33º, § 1 e 2, do Tratado CECA,²⁰⁷⁷ o Tribunal, perante apreciação de factos ou circunstâncias económicas complexas, limitava-se a verificar se a instituição autora da decisão havia *desrespeitado de forma manifesta as disposições do Tratado CECA* ou qualquer outra regra de direito relativa à sua aplicação, pressupondo o termo “manifesta” uma violação de tal modo grave das disposições legais que esta apareceria como decorrendo de um erro manifesto de apreciação.²⁰⁷⁸

Na mesma linha, para além do domínio da CECA, o Tribunal tem recorrido frequentemente à seguinte formulação: “a fiscalização que os órgãos jurisdicionais comunitários exercem sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão limita-se necessariamente à verificação do respeito das regras proces-

²⁰⁷⁶ Sobre a discricionariedade no direito da União, vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire...*, cit., Bruylant, Bruxelas, 2010, obra que nos inspirou no essencial da redacção das linhas que se seguem sobre este tema.

²⁰⁷⁷ Dispunha o artigo 33º do Tratado CECA: “o Tribunal de Justiça não pode apreciar a situação decorrente dos factos ou circunstâncias económicas em atenção à qual foram proferidas as referidas decisões ou recomendações, excepto se a Comissão for acusada de ter cometido um desvio de poder ou de ter ignorado, de forma manifesta, as disposições do Tratado ou qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação.”

²⁰⁷⁸ Cfr. acórdão do TPI UK Coal plc/Comissão, de 12 de Julho de 2001, processos apensos T-12/99 e T-63/99, nº 159 e jurisprudência aí citada.

suais e de fundamentação, bem como da exactidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder.”²⁰⁷⁹

Numa palavra: num claro respeito de um espaço de avaliação e decisão próprio das autoridades públicas europeias, o juiz comunitário restringe o controlo das apreciações económicas complexas por elas efectuadas aos casos de *erro inaceitável*, de *erro manifesto de apreciação*.

91.1.3. Do erro manifesto de apreciação

Conceito indeterminado, pode afirmar-se a existência de um erro “manifesto” quando a apreciação da autoridade pública europeia competente é *grave e patentemente* errónea, apresentando-se a decisão ao controlo judicial como *nitidamente desrazoável*.

Tendo em conta que a *evidência* do erro pode resultar, paradoxalmente, de análise jurisdicional relativamente profunda das circunstâncias subjacentes à adopção das medidas pelas instituições (órgãos e organismos) da União (v.g. no direito da concorrência)²⁰⁸⁰, fundamental é destacar *não estarmos perante escolha razoável, opção tolerável da administração europeia*.

Noutra fórmula: quando a autoridade pública europeia goza de discricionariedade, concedida por exemplo através dos denominados *conceitos imprecisos de “tipo”*,²⁰⁸¹ os tribunais comunitários têm um *dever de reserva*, respeitando designadamente a operação de subsunção dos factos concretos à norma jurídica efectuada pela instituição (órgão ou organismo) da União.

²⁰⁷⁹ Cfr., designadamente, acórdãos do Tribunal Remia e outros/Comissão, de 11 de Julho de 1985, processo 42/84, n.º 34, Aalborg Portland A/S e outros/Comissão, de 7 de Janeiro de 2004, processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, n.º 279.

²⁰⁸⁰ Cfr., por exemplo, acórdão SIDE/Comissão, de 28 de Fevereiro de 2002, processo T-155/98, n.º 71, onde o TPI, após exame minucioso dos dados pertinentes, considera ter havido erro manifesto de apreciação da Comissão na delimitação do mercado relevante.

²⁰⁸¹ Vide MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, “Discricionariedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 10, pág. 26 e ss.

Deste modo, o controlo judicial da *qualificação jurídica dos factos* operada pela administração europeia não deve conduzir à substituição do juízo do autor do acto pela apreciação do Juiz comunitário, antes deve confinar-se à constatação da ausência de um *erro claro e seguro de avaliação (clear error)*.²⁰⁸²

Diferentemente, nas hipóteses em que não se verifica uma verdadeira concessão de discricionariedade à administração europeia, que dispõe apenas de uma *margem de interpretação*, o Juiz comunitário não tem de cingir o seu controlo aos casos de erro manifesto de apreciação: zelar pela observância dos limites inerentes a qualquer interpretação contextual e razoável de noções constantes da legislação comunitária é incumbência tanto da administração europeia quanto do órgão jurisdicional comunitário competente.²⁰⁸³

²⁰⁸² Como explica Sérvulo Correia, o erro manifesto de apreciação “não respeita à existência material dos pressupostos de facto, mas antes à ‘qualificação dos factos’, noção algo fluida que, no entanto, parece reconduzível em linhas gerais a uma avaliação dos pressupostos concretos (juízo de valor sobre as circunstâncias concretas do caso) para o efeito de concluir se eles justificam uma actuação da Administração.” Vide SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 73.

²⁰⁸³ Cfr. acórdão do TPI, BP Chemicals Ltd/Comissão, de 27 de Setembro de 2000, processo T-184/97, n° 57.

Na jurisprudência europeia, parece-nos possível afirmar a permanência de uma contraposição clara entre interpretação (aplicação) do direito, com vinculação à descoberta de uma única solução correcta do ponto de vista do direito comunitário, e discricionariedade, com a escolha de conteúdo entre várias soluções possíveis, todas elas igualmente legítimas. Neste sentido, na doutrina *ius comunitária*, vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire...*, *cit.*, pág. 322 e ss.

Hodiernamente, porém, discricionariedade e aplicação de conceitos legais devem ser perspectivados como um *continuum*: o exercício do poder discricionário é uma actividade funcional e materialmente jurídica, respeitadora das condições (competenciais, procedimentais, formais e substanciais relativas aos pressupostos) e dos fins legais, obrigando-se o órgão administrativo a escolher a *melhor solução* para a realização do interesse público; a interpretação não se reduz à determinação de uma vontade pré-existente, implicando sempre uma concretização constitutiva. Para maiores desenvolvimentos, vide VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, separata do volume XXXVII – suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992, pág. 372 e ss, 389-390.

Na frásica de Vieira de Andrade, os *conceitos classificatórios* “são conceitos ‘determinados’ (determináveis) por remissão para juízos de *experiência comum* (‘urgência imperiosa’) ou de uso de certo tempo e lugar, para valores ou institutos *jurídicos* (‘propriedade’, ‘família’), para conceitos de *ciências exactas* ou em relação aos quais se verifique um *consenso científico* (‘substância tóxica’) – porque aí a indeterminação normativa não existe ou então resolve-se por via interpretativa (hermenêutica), sendo possível e legítimo um controlo total pelo juiz”²⁰⁸⁴

Na mesma linha, o controlo judicial do *erro de facto* (erro relativo às circunstâncias relevantes para a decisão) é configurado em termos amplos, cabendo ao Juiz comunitário verificar se os *motivos* de actuação da administração europeia são materialmente exactos e logicamente compatíveis com a decisão adoptada.²⁰⁸⁵

Deste modo, atendendo à difícil destriça entre o direito e os factos²⁰⁸⁶, muitas vezes necessariamente perspectivados como um *continuum*, o controlo judicial (amplo) da *existência dos factos* acaba por conduzir a um reforço do controlo (em princípio, reduzido) da qualificação jurídica.

Por outro lado, face a circunstâncias económicas (e sociais) particularmente complexas, quando a materialização dos factos só for possível por estimativa e não em pormenor, designadamente por implicar *juízos de prognose* (v.g. potencial

²⁰⁸⁴ Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, págs. 44-45.

Sobre os conceitos classificatórios, contrapostos aos conceitos imprecisos-tipo, vide ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo – Lições ao Curso de Direito do Porto da Universidade Católica*, policopiado, pág. 59 e ss.

²⁰⁸⁵ Cfr. acórdão do Tribunal Satya Prakash contra Comissão da CEEA, de 8 de Julho de 1965, processos apensos 19-63 e 65-63, nº 10.

²⁰⁸⁶ Para uma ilustração das dificuldades na jurisprudência comunitária em distinguir *in concreto* o controlo da exactidão material e a qualificação jurídica dos factos, cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal Johann-Wolfgang-Goethe-Universität contra Hauptzollamt Frankfurt am Main – Flughafen, de 27 de Março de 1985, processo 4/84, nº 19. *Amplius*, vide CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, Coimbra, 1967.

de exportação da indústria de países terceiros), a incerteza dos dados disponíveis à data da adopção da medida impõe a redução da intensidade do controlo judicial, devendo o Juiz comunitário validar as apreciações factuais da administração europeia, salvo erro manifesto da análise prospectiva.²⁰⁸⁷

Como ensina Vieira de Andrade, “em caso de prognoses, mesmo das complexas e gerais, o ‘défice de racionalidade’ não impede que o órgão administrativo apresente claramente os pontos de vista fundamentais em que baseou a previsão, pois que o método escolhido tem de ter uma base razoável, não podendo ser puramente intuitivo, e a previsão há-de respeitar regras comuns de experiência e de razão prática, para além dos padrões jurídico-valorativos que determinam o contexto da decisão. (...)”

O que está em causa só poderá ser, portanto, uma graduação de *densidade* do conteúdo declarativo exigível, aceitando-se que este possa variar e, em certos casos, seja menor, mas apenas desde que fique garantido o ‘quantum’ indispensável ao cumprimento dos requisitos mínimos de uma fundamentação formal: a revelação da existência de uma reflexão, a indicação das razões principais que moveram o agente.”²⁰⁸⁸

Quer dizer: as dificuldades de escolha de um determinado conteúdo para o acto em resultado da responsabilidade e do risco de antecipações do futuro não podem conduzir à aceitação de decisões irracionais e à ausência de qualquer controlo jurisdicional, sob pena de violação dos princípios do Estado de direito e da juridicidade; a fiscalização dos tribunais deverá, porém, ser mais atenuada, atendendo à impossibilidade de uma fundamentação administrativa cabal, resultante da inexistência de certezas quanto ao futuro.

Similarmente, a jurisprudência comunitária relativa à avaliação material dos factos a envolver *conhecimentos técnicos especializados* é constante no senti-

²⁰⁸⁷ Exemplificativamente, cfr. acórdãos do Tribunal, Itália/Conselho, de 12 de Julho de 1979, processo 166/78, nº 14, NIFPO, de 29 de Fevereiro de 1998, processo C-4/96, nº 42, Reino Unido/Conselho, de 19 de Novembro de 1998, processo C-150/94, nº 55.

²⁰⁸⁸ Vide VIEIRA DE ANDRADE, O dever da fundamentação expressa..., cit., págs. 264-265.

do de limitar o controlo judicial aos casos de erro ostensivo;²⁰⁸⁹ assim, na maioria das matérias com que as agências europeias lidam, a tecnicidade dos factos deve limitar o exame dos tribunais à mera verificação da regularidade procedimental da adopção da medida, bem como da coerência entre os pressupostos e as conclusões alcançadas.

Para terminar, diga-se que, na prática, o crescente recurso dos tribunais a *experts* que os auxiliem no exame da avaliação feita pela instituição (órgão ou organismo) da União parece ser susceptível de pôr em causa a premissa de apenas o erro manifesto relevar no controlo jurisdicional de apreciações complexas e de ponderações técnicas da administração europeia. E, em geral, podemos mesmo afirmar a tendência de reforço do controlo judicial sobre apreciações económicas complexas, em razão da experiência e conhecimentos adquiridos pelos tribunais comunitários ao longo do tempo e da maior eficácia do controlo de legalidade.

91.1.4. Do controlo do princípio da proporcionalidade

Constitui igualmente erro manifesto a adopção de *medidas (manifestamente) desproporcionadas*, em que a instituição (órgão ou organismo) da União excede os limites da sua margem de apreciação, num quadro de avaliação do *conteúdo* da medida adoptada face aos objectivos a prosseguir, à luz do *princípio da proporcionalidade*²⁰⁹⁰. Por isso, frequentemente, o Tribunal autonomiza o erro mani-

²⁰⁸⁹ Cfr., por exemplo, acórdãos do TPI, Latino/Comissão, de 15 de Dezembro de 1999, processo T-300/97, nº 41, Benito Latino/Comissão, de 26 de Fevereiro de 2003, processo T-145/01, nº 47.

²⁰⁹⁰ Segundo Barbosa de Melo, a proporcionalidade exprime-se “na observância de certas exigências normativas referentes à relação meios-fim. Ela traz consigo, perdoe-se o neologismo, uma *teleonomia*, isto é, um conjunto de regras e princípios intrinsecamente associados à realização do fim. Apesar da sua íntima ligação à ideia de justiça, a proporcionalidade, pela relevância que assume na ordem jurídica democrática, ganha em ser tratada como princípio próprio e autónomo, a par do princípio da justiça.” Vide BARBOSA DE MELO, *Direito Constitucional e Administrativo – Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros*, cit., pág. 21. Freitas do Amaral e Lino Torgal preferem incluir o princípio da proporcionalidade na ideia de justiça. Vide FREITAS

festos do que denomina por *ultrapassagem manifesta do poder de apreciação da autoridade pública* europeia competente.²⁰⁹¹

No contexto de um controlo judicial reduzido, o Juiz comunitário não controla a mera desproporção da medida, antes se limita a avaliar a *desproporção manifesta* do acto praticado pela administração europeia face aos objectivos a prosseguir, reconhecendo, assim, a margem de acção do autor do acto. E, invocando o respeito de um largo poder de apreciação ou do poder discricionário das instituições da União e tendo em conta a complexidade das decisões tomadas e a ideia da separação de poderes, a jurisprudência comunitária controla apenas a *desproporção ostensiva* da medida adoptada e não se esta é a melhor decisão possível.²⁰⁹² De facto, de acordo com jurisprudência comunitária reiterada, “o princípio.../..._____

DO AMARAL/LINO TORGAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 122.

Gomes Canotilho refere-se ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso como “um *princípio de controlo* exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito”, “um controlo de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a integração do ‘momento de justiça’ no palco da conflitualidade social”. Vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 268-269.

²⁰⁹¹ Nas palavras do Tribunal: “a fiscalização do Tribunal deve limitar-se a averiguar se a medida em causa está viciada por erro manifesto ou por desvio de poder, ou se a autoridade em questão ultrapassou manifestamente os limites do seu poder de apreciação”. Cfr., por exemplo, acórdãos Jippes e outros, de 12 de Julho de 2001, processo C-189/01, n.º 80, Espanha/Conselho, de 30 de Março de 2006, processos apensos C-87/03 e C-100/03, n.º 38.

²⁰⁹² Entre outros, cfr. acórdãos do Tribunal Países Baixos/Comissão, de 14 de Julho de 2005, processo C-452/00, n.º 103, Agrarproduktion, de 12 de Janeiro de 2006, processo C-504/04, n.º 36.

Na perspectiva de Dulce Lopes, “Tendo sido um princípio [o princípio da proporcionalidade] decantado inicialmente pelo labor do Tribunal de Justiça, que o usou precisamente na sua dimensão de norma de controlo dos actos praticados pela Comunidade e pelos Estados-membros, a grande crítica que se pode formular à sua ‘transição’ para o âmbito comunitário prende-se com a pouco profícua utilização que dele é feita enquanto bitola de fiscalização jurisdicional da legalidade desses actos.” Vide DULCE LOPES, *O princípio da proporcionalidade no direito comunitário – uma*
.../...

pio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os actos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do adequado e necessário à realização dos objectivos legítimos prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida, e que os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos pretendidos.²⁰⁹³

Princípio geral de direito comunitário, constitucionalizado com a revisão de Maastricht (actual artigo 5º, nº 4, do TUE e Protocolo nº 2), *a exigência da proporcionalidade concretiza-se em três dimensões ou testes de verificação cumulativa: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.*²⁰⁹⁴

Por *adequação* entende-se a *aptidão* da medida tomada à realização do objectivo a prosseguir, isto é, trata-se de um juízo, em abstracto, sobre a capacidade do meio para alcançar o resultado pretendido.

Com o juízo da *necessidade*, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível, exigindo-se “sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”²⁰⁹⁵; correspondendo à ideia de que, entre as diversas medidas possíveis, com idêntica eficácia, a administração (europeia) opta por aquela menos inconveniente, recai-se numa análise de custos-benefícios (*bilan coût –avantages*).

Apurado o meio ou meios menos custosos, o agente tem de ponderar se, apesar dos fins impostos legalmente, a realização *in concreto* desses fins não é manifestamente excessiva relativamente ao valor jurídico-administrativo tutelado, impondo a desistência da realização do escopo legalmente vinculativo, porquanto
.../..._____

perspectiva de controlo, dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, pág. 256.

²⁰⁹³ Cfr., designadamente, acórdãos do Tribunal Fedesa e outros, de 13 de Novembro de 1990, processo C-331/88, nº 13, UDL, de 16 de Dezembro de 1999, processo C-101/98, nº 30, Omega Air, de 12 de Março de 2002, processos apensos C-27/00 e C-122/00, nº 62.

²⁰⁹⁴ Cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal Alemanha/Conselho e Parlamento Europeu, de 13 de Maio de 1997, processo C-280/93, nºs 55 e 56.

²⁰⁹⁵ Vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 270.

o princípio da proporcionalidade “não pode justificar automaticamente toda e qualquer realização de fins impostos pelas leis.”²⁰⁹⁶

Destarte, com a dimensão da *proporcionalidade stricto sensu*, ao promover-se um juízo sobre o equilíbrio do meio em relação ao fim, uma ponderação entre as vantagens e desvantagens da adopção do acto em causa, devendo este ser validado pelos juízes (comunitários) apenas quando aquelas superem estas, procede-se igualmente a um balanço global (*bilan coût –avantages*) entre os efeitos positivos e negativos da decisão.

Segue-se daqui que, ao controlar a *indispensabilidade* da medida e ao apontar para a necessidade de uma relação de equilíbrio entre meio e fim, o Juiz (comunitário) acaba por efectuar uma avaliação da sua *oportunidade* e reduzir a discricionariedade da administração (europeia),²⁰⁹⁷ sobretudo quando opta por impor uma *proporcionalidade estrita* entre o acto e os fins a alcançar em detrimento de um controlo (menos intenso) da desproporção manifesta.

Com efeito, a exigência judicial de uma proporcionalidade estrita entre a medida e os objectivos pode traduzir-se *in casu* numa verdadeira supressão da escolha discricionária, especialmente quando, após o Juiz (comunitário) se pronunciar pela desproporção de uma medida, apenas restar a adopção de uma única outra medida à administração (europeia).²⁰⁹⁸

²⁰⁹⁶ Vide BARBOSA DE MELO, Direito Constitucional e Administrativo..., cit., pág. 21.

²⁰⁹⁷ Mais rigorosamente, Sérvulo Correia, de forma impressiva, explica: “O caso hoje melhor tipificado de emprego do princípio da proporcionalidade é o da contabilização ‘custos-vantagens’ (*bilan coûts-avantages*), critério, definido pelo ‘*Conseil d’État*’, em cujos termos uma operação não poderá ser declarada legalmente como de utilidade pública se as limitações para a propriedade privada, o custo financeiro e os eventuais inconvenientes de ordem social que dela resultarem forem excessivos em face do interesse que ela prossegue. Ao proceder ao exame global comparativo das vantagens e inconvenientes de um acto administrativo, o tribunal penetra no âmago da ponderação de oportunidade em que assenta o poder discricionário.” Vide SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual...*, cit., pág. 75.

²⁰⁹⁸ Nas palavras de Vieira de Andrade, “a vinculação jurídica pode resultar da ‘*redução da discricionariedade a zero*’, quando, apesar de haver à partida (‘*prima facie*’) um espaço de valoração e decisão próprio da Administração, a apreciação das circunstâncias do caso concreto permita identi-

Trata-se, principalmente, de situações a envolver direitos, liberdades e garantias de operadores económicos a quem foram aplicadas sanções (v.g. imposição de caução ou de montante compensatório pecuniário), justificando-se, por isso, uma vigilância mais apertada, um controlo reforçado do conteúdo da medida face a direitos ou princípios jurídicos fundamentais que regem a actividade administrativa.²⁰⁹⁹

Por outra banda, ao controlar a proporcionalidade de medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais de circulação, o Juiz comunitário tem, frequentemente, de sugerir ou mesmo impor ao autor do acto a prática da única medida que considera proporcional.²¹⁰⁰ Na base desta autêntica substituição da autoridade do Estado membro produtora do acto pelo poder judicial europeu, encontra-se a ideia de as excepções previstas nos Tratados às liberdades do Mercado Interno terem de ser interpretadas restritivamente, legitimando-se, assim, o controlo estrito da proporcionalidade da medida nacional compressora das trocas intracomunitárias, a intensificação do controlo dos tribunais da União.

Por fim, a jurisprudência comunitária tem delimitado (e quantificado) noções (sobretudo, de direito da concorrência) como posição dominante colectiva²¹⁰¹, acordo de empresas²¹⁰², afectação das trocas intracomunitárias²¹⁰³, empresa

.../..._____

ficar, sem margem para dúvidas, uma única solução como juridicamente possível ou legítima.”

Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., pág. 50.

²⁰⁹⁹ Cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal Nacional Farmer's Union e outros, de 17 de Julho de 1997, processo C-354/95, n.ºs 53 e 54.

²¹⁰⁰ Cfr., por exemplo, acórdão do Tribunal Comissão/Alemanha, de 14 de Julho de 2005, processo C-114/04, n.º 33.

²¹⁰¹ V.g. acórdão do Tribunal França/Comissão, de 31 de Março de 1998, processos apensos C-68/94 e C-30/95, n.º 62.

²¹⁰² V.g. acórdãos do Tribunal ACF Chemiefarma/Comissão, de 15 de Julho de 1970, processo 41/69, n.º 112, e Van Landewyck e outros/ Comissão, de 29 de Outubro de 1980, processos apensos 209/78 a 215/78 e 218/78, n.º 86.

²¹⁰³ Cfr., por exemplo, acórdão do TPI JFE Engineering corporation/ Comissão, de 8 de Julho de 2004, processos apensos T-67/00 e 68/00 e T-71/00 e 78/00, n.º 380.

ou actividade económica²¹⁰⁴, com base, as mais das vezes, em critérios de análise já utilizados pela Comissão.

Trata-se de casos em que a jurisdição europeia, não tendo por desejável a abertura da previsão normativa, firma uma enunciação taxativa de pressupostos, assim condicionando a liberdade de agir da administração activa e *transformando em poder vinculado um poder que, perante a ausência da enunciação legal desses pressupostos, beneficiava de discricionariedade na previsão da situação correspondente ao seu exercício.*²¹⁰⁵

Dito de outro modo: ao criar regras jurídicas, estabelecendo listas de pressupostos para o exercício de certos poderes, o Juiz comunitário limita a discricionariedade, funcionando verdadeiramente como um *legislador auxiliar*, num evidente reforço do papel dos tribunais comunitários como fonte autónoma de delimitação da actividade administrativa.²¹⁰⁶

²¹⁰⁴ V.g. acórdãos do Tribunal Klaus Höfner e Fritz Elser v Macroton GmbH, de 23/04/91, processo C-41/90, nº 21, e Christian Poucet contra Assurances Generales de France e Caisse Mutuelle Regionale du Languedoc-Roussillon e Daniel Pistre contra Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Vieillesse des Artisans, de 17/02/93, processos apensos C-159/91 e C-160/91, nº 17.

Sobre a noção de “actividades económicas”, com uma análise da jurisprudência comunitária mais relevante na concretização deste conceito, *vide* JÚLIO BAQUERO CRUZ, “Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law”, in *EU Law and the Welfare State – In search of solidarity*, Volume XIV/2, Oxford University Press, 2005, Academy of European Law – European University Institute, págs. 179 a 185, GIUSEPPE TESAURO, “Presentation generale – Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, paragraphe 2, du Traité”, in *Service Public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché – Tome VI: Approche transversale et conclusions*, (direcção de Robert Kovar e Denys Simon), La Documentation Française, Paris, 1998, pág. 327, e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, *cit.*, pág. 220 e ss.

²¹⁰⁵ Tais situações são descritas na jurisprudência administrativa francesa e aproximam-se da *Bestimmtheitsgebot* propugnada na jurisprudência constitucional e doutrina germânicas. *Vide* SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual...*, *cit.*, págs. 74-75.

²¹⁰⁶ Paulo Otero refere mesmo que o *activismo* do juiz comunitário comporta um fenómeno substitutivo sobre as competências dos órgãos comunitários e dos Estados-membros na edificação da

91.1.5. Do poder discricionário, do controlo judicial moderado e do princípio da separação de poderes: conclusões

Em matéria de fiscalização jurisdicional, os tribunais comunitários têm vindo a reconhecer “ao legislador comunitário [e à administração europeia] um amplo poder de apreciação que implica opções de natureza política, económica e social, *bem como* apreciações complexas.”²¹⁰⁷ (parêntesis e itálico nossos)

Por sua vez, entre as apreciações complexas, perante as quais a intensidade do controlo judicial é, em princípio, moderada, os tribunais comunitários distinguem as *apreciações de ordem meramente técnica*, referindo-se aí *uma liberdade de apreciação* do autor do acto, dos *juízos de ordem política*, configuradores de um verdadeiro *poder discricionário*.²¹⁰⁸

.../..._____

União Europeia. Vide PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 162 e 169.

Em geral, sobre o activismo judiciário, vide BENEDITA URBANO, *Curso de justiça constitucional : evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2012 (capítulo IV).

²¹⁰⁷ Cfr., por exemplo, acórdãos do TPI *Industrias Químicas del Vallés/Comissão*, de 28 de Junho de 2005, processo T-158/03, nº 136, e do Tribunal *José Maria Sison/Conselho*, de 1 de Fevereiro de 2007, processo C-266/05, nº 33.

²¹⁰⁸ A confusão terminológica (e conceptual?) reina, porém, na jurisprudência comunitária: utiliza-se a expressão *margem de apreciação*, compreendendo uma questão de mera hermenêutica, por contraposição a *poder de apreciação*, a envolver poder verdadeiramente discricionário (cfr. acórdão do TPI, *BP Chemicals Ltd/Comissão*, de 27 de Setembro de 2000, processo T-184/97, nº 56), servindo aquela expressão também para referir o exercício deste poder (cfr. acórdão *Franco-vich/Itália*, de 9 de Novembro de 1995, processo C-479/93, nº 25); é frequente ainda o recurso indiferente às expressões *margem de apreciação* e *poder de apreciação* para referir a (verdadeira) discricionariedade (cfr. acórdão do Tribunal *Ludwigshafener Walzmühle/Conselho e Comissão*, de 17 de Dezembro de 1981, processos apensos 197/80 a 200/80 e 243/80, 245/80, 247/80), nº 39), bem como o emprego de fórmulas como *poder de apreciação discricionário* ou *poder discricionário de apreciação* (acórdãos do TPI *Smanor SA/Comissão*, de 3 de Julho de 1997, processo T-201/96, nº 23, e do Tribunal *Carmen Gómez de Enterría y Sanchez/Parlamento Europeu*, de 13 de Julho de 2000, processo C-8/99P, nº 41).

.../...

Embora, em geral, tenha de afirmar-se a existência de um controlo judicial reduzido quanto a apreciações económicas complexas, limitando-se os tribunais comunitários, via de regra, à verificação do cumprimento de regras procedimentais, da suficiência da motivação, da exactidão material dos factos, de desvio de poder e de erro manifesto, muitas vezes o Juiz (comunitário) não se circunscreve à constatação da evidência do erro do autor do acto.

Na verdade, para além de situações configuradoras da existência de uma mera *margem de interpretação* e em que cabe a palavra final ao Juiz (comunitário), a experiência adquirida pelos tribunais comunitários, *maxime* após a criação do TPI, em matérias económicas e científicas complexas tem levado a uma compressão do *poder de apreciação* da autoridade administrativa (ou normativa), resultante do aprofundamento do controlo deste poder, cada vez mais próximo das situações de mera interpretação...

No entanto, o (verdadeiro) *poder discricionário* não se confunde com esta margem de apreciação de que as autoridades normativas/administrativas (europeias) gozam em matérias de elevada complexidade técnica/económica: traduz-se antes em *opções de ordem política*, medidas de arbitragem entre interesses públicos divergentes e determinações do legislador/executivo comunitário a envolver escolhas entre diferentes objectivos.

.../..._____

Partindo destes e de outros arestos jurisprudenciais, Aude Bouveresse conclui pela existência de um *flottement terminologique* (uma incerteza/indecisão terminológica) jurisprudencial nesta matéria. Vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire...*, cit., Bruylant, Bruxelas, 2010, pág. 60. Na mesma linha, Maria Luísa Duarte, defende que “a terminologia (e a própria base conceptual) do Juiz comunitário não obedece a uma directriz dogmática precisa, não sendo possível, por exemplo, enxergar na jurisprudência comunitária a distinção entre, por um lado, a discricionariedade em sentido próprio e, por outro lado, a margem de livre apreciação; seguindo uma orientação pragmática – e que será a mais correcta para não interferir com as divergências terminológicas e conceptuais evidenciadas pela doutrina jusadministrativista dos Estados-membros -, o Juiz comunitário concentra-se na tarefa de verificar se a norma habilitadora consente ou não ao órgão de execução uma margem de livre decisão” Vide MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito administrativo da União Europeia*, cit., pág. 106.

Nas palavras do Tribunal, “a limitação da fiscalização do Tribunal de Justiça impõe-se particularmente se o Conselho for levado a efectuar arbitragens entre interesses divergentes e a fazer opções no âmbito das decisões políticas que se prendem com as suas responsabilidades.”²¹⁰⁹

Nestas circunstâncias, perante *juízos de oportunidade*, escolhas puramente políticas entre diferentes interesses em presença, *o controlo judicial encontra-se necessariamente restrito à verificação de qualquer abuso de poder ou de erro manifesto, sob pena de se colocar em causa a separação fundamental entre os poderes judicial e legislativo/executivo.*²¹¹⁰

Na determinação de políticas (comuns), o Tribunal renuncia a pronunciar-se sobre questões da responsabilidade das instituições (órgãos e organismos) políticas, preservando a autodeterminação destas, numa contenção judicial, num *self restraint* do Juiz (comunitário) fundamental para a salvaguarda dos *princípios da separação de poderes /equilíbrio institucional* e da União de direito.

No contexto da União, onde a jurisprudência é fonte de direito e não meramente reveladora do sentido de normas, onde o activismo judiciário marca profundamente os métodos de interpretação jurisprudencial, é de relevar a importância da postura de autolimitação do Juiz comunitário relativamente à tentação de substituir as apreciações políticas das instâncias decisórias pelos seus próprios juízos.

Do exposto não podemos concluir, todavia, pela existência de uma fronteira clara entre as situações de complexidade puramente económica/técnica, em que o poder judicial crescentemente tem reforçado a fiscalização efectuada, e as esco-

²¹⁰⁹ Cfr. acórdãos do Tribunal Alemanha/Conselho, de 5 de Outubro de 1994, processo C-280/93, n.ºs 90 e 91, Fishermen's Organisations e outros, de 17 de Outubro de 1995, processo C-44/94, n.º 37, Reino Unido/Conselho, de 19 de Novembro de 1998, processo C-150/94, n.º 87, Emesa Sugar, de 8 de Fevereiro de 2000, processo C-17/98, n.º 53.

²¹¹⁰ Cfr., por exemplo, acórdãos do Tribunal Comissão /Conselho, de 29 de Fevereiro de 1996, processo C-122/94, n.º 18, Espanha/Comissão, de 14 de Janeiro de 1997, processo C-169/95, n.º 34, SAM Schiffhrt, de 17 de Julho de 1997, processos apensos C-248/95 e C-249/95, n.ºs 23 e 24.

lhas políticas /de oportunidade, justificativas da moderação do controlo do Juiz (comunitário).

Na prática, de facto, as escolhas políticas implicam frequentemente apreciações económicas/técnicas complexas e as decisões económicas combinam elementos técnicos e políticos, sendo difícil determinar, *in concreto*, se estamos perante uma escolha eminentemente técnica ou política, o que pode levar os tribunais (comunitários) a conter a sua fiscalização no quadro do erro manifesto de apreciação.

Resumindo:

- 1) num contexto de aperfeiçoamento das garantias de prossecução do interesse público e de respeito pelos direitos dos particulares, o controlo judicial pelos tribunais comunitários tem-se intensificado, com base, fundamentalmente, na obrigatoriedade de fundamentação dos actos praticados²¹¹¹;
- 2) todavia, o Juiz comunitário, em cumprimento do princípio da separação de poderes/equilíbrio institucional, permanece adstrito, *em princípio*, à fiscalização do cumprimento pela Administração europeia (e legislador) das normas e princípios jurídicos que a vinculam, não lhe cabendo julgar da conveniência ou oportunidade da medida adoptada, isto é, limita-se a controlar, fundamentalmente, o erro de facto, a falta de fundamentação, o desvio de poder e o erro manifesto de apreciação do decisor, sem reexame da decisão tomada. Como explica Vieira de Andrade: “a relevância do princípio constitucional e doutrinal da divisão

²¹¹¹ Como explica Vieira de Andrade, “a obrigatoriedade de fundamentação expressa facilita e potencia o controle aposteriorístico das actuações administrativas. O momento da fiscalização sucessiva parece ser o que mais beneficia da externalização de fundamentos, seja do ponto de vista dos interessados tocados pelo acto, seja da perspectiva do juiz ou de outras entidades com poder de controlo – de tal modo que, como se verá, se torna indispensável resistir continuamente à tentação de reduzir o dever de fundamentação a uma garantia contenciosa.” *Vide VIEIRA DE ANDRADE, O dever da fundamentação..., cit.,* pág. 18.

dos poderes implica o reconhecimento de uma certa *autonomia e responsabilidade próprias da Administração* no exercício da sua função (que também engloba a aplicação, isto é, a criação-concretização do Direito), (...) em face do juiz (mantém-se a proibição da ‘dupla administração’) – no contexto de um ‘Estado de Direito misto’, moderado e equilibrado (contraposto ao ‘Estado Legislador’, ao ‘Estado Administrativo’ e ao ‘Estado dos juízes’).”²¹¹²;

- 3) se, em teoria, a oportunidade não é sindicável, o constante recurso a princípios gerais como o da proporcionalidade tem permitido ao Juiz comunitário, na prática, uma influência crescente na conformação do conteúdo da decisão discricionária, não obstante a prudente postura de autocontenção da magistratura dos tribunais europeus.

91.2. Do controlo judicial dos pareceres das agências

91.2.1. Da irrecorribilidade de actos preparatórios

Por definição, os *actos preparatórios* visam unicamente preparar a adopção de actos finais, constituindo meros *actos (intermediários)* com o objectivo de preparar a decisão definitiva de uma determinada instituição, a decisão que verdadeiramente põe termo ao procedimento.²¹¹³

²¹¹² Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., pág. 43.

²¹¹³ Diferentes são os denominados *actos destacáveis*, os quais dispõem de uma autonomia suficiente relativamente à decisão final do procedimento principal, sendo, pois, recorríveis. Cfr. acórdão do Tribunal de 24 de Junho de 1986, AZKO Chemie BV e AZKO Chemie UK Ltd contra Comissão, processo C-53/85, n.º 20.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os actos destacáveis têm de ser incluídos no conceito de acto administrativo (impugnável), porquanto constituem “actos que, apesar de inseridos num procedimento, produzem autonomamente *efeitos externos*, ainda que limitados – por exemplo: *actos prévios* (informação prévia favorável e aprovação de projectos de arquitectura no licenciamento urbano), *actos parciais* (licença parcial para construção da estrutura), *actos de trâmite excludentes* .../...

Na terminologia do Tribunal, os actos preparatórios, independentemente da sua forma, por serem insusceptíveis de produzir efeitos jurídicos obrigatórios que possam afectar a esfera de direito de quaisquer sujeitos, não podem ser objecto de recurso contencioso de anulação; no entanto, eventuais ilegalidades destes actos podem ser invocadas no recurso de anulação contra o acto definitivo.²¹¹⁴

À semelhança dos *actos meramente confirmativos*, dos *actos de comunicação* (v.g. notificações, publicações) e dos *actos de mera execução* (v.g. actos de autorização, de liquidação, de apresentação de ordens de pagamento e de pagamento de despesas), isto é, actos que se limitam a retirar as consequências de outras decisões, essas sim criadoras de direitos ou de obrigações na esfera jurídica de terceiros, lesivas de interesses jurídicos,²¹¹⁵ considera-se que *os actos preparatórios produzem efeitos unicamente na esfera interna da administração, sendo, portanto, inimpugnáveis*.

Hodiernamente, a maioria das agências não dispõe de poderes (verdadeiramente) decisórios, razão pela qual em vários regulamentos instituidores inexistente referência ao recurso judicial de actos adoptados por estes organismos: trata-se de actos, por definição, não recorríveis, porque não produtores de efeitos de direito na esfera jurídica de terceiros.

Vale isto por dizer: *diferentemente das situações (actualmente, excepcionais) em que as agências praticam actos administrativos* (v.g., em matéria de contratação pública ou de gestão de recursos humanos),²¹¹⁶ no exercício (normal) de

.../..._____

(actos de exclusão de concorrentes em procedimentos concursais) ou *medidas provisórias*". Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., pág. 135.

²¹¹⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de 11 de Novembro de 1981, IBM contra Comissão, processo C-60/81, n.ºs 9-12.

²¹¹⁵ Cfr. acórdão do Tribunal de 25 de Fevereiro de 1988, Parti Ecologique 'Les Verts' contra Parlamento Europeu, processo C-190/84, n.ºs 4-8.

²¹¹⁶ Vide ALBERTO ALEMANNI e STÉPHANIE MAHIEU, "The European Food Safety Authority before european courts – some reflections on the judicial review of EFSA scientific opinions and administrative acts", in *European Food and Feed Law Review* (EFFL), volume 5, 2008, em especial págs. 330-332, e A. TOMA-BIANOV e O. SARAMET, "European Food Safety Authority and the

.../...

poderes de (mero) aconselhamento, *o recurso contencioso de legalidade é interposto (apenas) contra a decisão final adoptada pela Comissão*, uma vez que a opinião da agência, em princípio, não tem vinculatividade jurídica.

No entanto, na maioria dos casos, os pareceres das agências são, de facto, determinantes na conformação da decisão final da Comissão, sobretudo tendo em conta a necessidade de fundamentação técnica das divergências com aqueles pareceres e, as mais das vezes, a ausência de *expertise* para tal.

Trata-se, porventura, de consequência necessária da *ratio* da própria existência das agências - a ausência de *expertise* nas instituições da União, *maxime* na Comissão -, e/ou pode ser aventada a possibilidade de a Comissão se limitar a *homologar* os pareceres técnicos das agências por razões políticas de não afrontamento dos Estados membros, normalmente dominantes nos Conselhos de Administração das agências europeias.

Ou seja, à partida, *os pareceres (das agências) não configuram verdadeiros actos administrativos mas actos instrumentais (de conteúdo declarativo)*, pois não se destinam a produzir (directamente) efeitos jurídicos em relação a terceiros (artigo 263º do TFUE), isto é, não alteram de *per si* a esfera jurídica dos destinatários.

*Mas se desprovidos da autoridade constitutiva de decisão (final), os pareceres das agências europeias dispõem, as mais das vezes, de força determinante (de facto) do conteúdo e efeitos do acto principal,*²¹¹⁷ constituindo, assim, *autênticos*.../...

judicial review of its scientific opinions and administrative acts”, in *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, Volume 4 (53), nº 2, Series VII: Social Sciences - Law, 2011, págs. 139-144.

²¹¹⁷ Vide VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa – Lições*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 188.

Exemplificativamente, no âmbito do REACH (*Registration, Evaluation and Authorisation of Chemical Substances* – cfr. Regulamento 1907/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro), procedimento (complexo) de registo/autorizativo da introdução de substâncias químicas no mercado interno, aquando da eventual reavaliação dos riscos, como explica Carla Amado Gomes, “a Agência [Europeia de Produtos Químicos – *European Chemical Agency*], através dos seus dois comités – de avaliação de riscos e de análise sócio-económica -, dá parecer quanto à exigibilidade dos condicionamentos em função dos resultados apurados. A Comissão

.../...

*cas pré-decisões ou decisões prévias em procedimentos administrativos (crescentemente) complexos.*²¹¹⁸ Nestes casos, em nome da *protecção (judicial) antecipada dos interessados*, pode aventar-se a *possibilidade de impugnação dos pareceres das agências europeias, sem preclusão do direito ao recurso da decisão final respectiva.*²¹¹⁹ Em rigor, estar-se-á perante um verdadeiro *ónus e não um dever ou uma obrigação de impugnação* do parecer da agência, sob pena de, como nota Vieira de Andrade, “perversamente, se transformar numa desprotecção efectiva o que pretendia ser uma garantia do particular”.²¹²⁰

.../..._____

decide então sobre o conteúdo (e sentido) do acto autorizativo final, podendo excepcionalmente afastar-se dos pareceres técnicos formulados pela Agência, apresentando fundamentação bastante.” (parêntesis e itálico nossos) Vide CARLA AMADO GOMES, “Quatro estratégias para uma incógnita: o risco global no seu labirinto”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume LII, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2011, pág. 94.

²¹¹⁸ No âmbito da classificação de actos administrativos que propõe, Vieira de Andrade define *pré-decisões* como “os actos que, precedendo o acto final de um procedimento ou o acto que define a situação jurídica do interessado no âmbito de outro procedimento, decidem, peremptória ou vinculativamente, sobre a existência de condições ou de requisitos de que depende a prática de tal acto.” Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., págs. 143-144.

²¹¹⁹ Neste sentido, relativamente ao ordenamento jurídico nacional, vide VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, cit., pág. 189.

Diferentemente, Pedro Gonçalves: “a menos que seja possível a *cumulação*, parece-nos que o recurso contra o parecer [vinculante] deveria excluir o recurso contencioso contra o acto (*com o mesmo conteúdo*) que conclui o procedimento – assim como o recurso contra esse acto deveria excluir o recurso contra o parecer”, justificando a exclusão de um duplo recurso “como meio de ‘evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior’ (art. 497º, nº 2, do CPC) e de realizar o interesse substantivo da *excepção da litispendência*”, embora o autor reconheça a inexistência *formal* de “um caso de *repetição da causa* (identidade de *sujeitos*, de *pedido*, de *causa de pedir*, e de *objecto*). (parêntesis recto nosso) Vide PEDRO GONÇALVES, “Poderá o parecer vinculante ser um acto recorrível? – Acs. do STA de 7.5.1996 e 4.10.1995”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, Braga, Novembro/Dezembro 1996, pág. 38.

²¹²⁰ Vide VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, cit., pág. 189.

91.2.2. Da sindicância dos pareceres das agências europeias pelos tribunais comunitários

Em atenção ao *papel fundamental de alguns pareceres das agências na configuração do acto final*, o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão *Artegodan*, ao analisar a revogação pela Comissão da autorização de comercialização de produto médico com base num parecer de um comité científico (Comité das Especialidades Farmacêuticas – CEF) da Agência Europeia de Medicamentos (EMA), defendeu a *possibilidade de revisão do acto (opinitivo) intermédio*. E, considerando a ausência de condições da Comissão para realizar apreciações de carácter científico a respeito da eficácia e/ou da nocividade de um medicamento, o TPI destacou a consulta obrigatória do CEF como elemento determinante para esta instituição reunir os elementos de apreciação científica indispensáveis a determinar, com pleno conhecimento de causa, as medidas adequadas para garantir um nível elevado de protecção da saúde pública.

Nesta envolvente, *embora afirmando a não vinculatividade (jurídica) do parecer emitido, nem por isso o TPI deixou de reconhecer a importância decisiva dessa avaliação científica objectiva e aprofundada das substâncias, tendo em conta, por exemplo, que uma eventual ilegalidade desta poderia implicar uma violação das formalidades essenciais, susceptível de ferir a legalidade da decisão (final) da Comissão*.

Termos em que, para apreciar a legalidade desta decisão, o tribunal comunitário considerou possível exercer a *fiscalização, por um lado, da legalidade formal do parecer científico do CEF e, por outro, do exercício, pela Comissão, do seu poder de apreciação*.

Relativamente ao parecer, o Tribunal declarou não poder substituir à apreciação do Comité a sua própria apreciação, porquanto a fiscalização jurisdicional se exerceria apenas em relação à legalidade do funcionamento do CEF, bem como à coerência interna e à fundamentação do parecer.

Sob este último aspecto, o Tribunal afirmou encontrar-se habilitado apenas a verificar se o parecer tem uma fundamentação que permita apreciar as considerações em que se baseou e se estabelece um nexó compreensível entre os factos

médicos e/ou científicos e as conclusões que comporta. Neste ponto, o TPI sublinhou a obrigatoriedade de o CEF indicar, no seu parecer, os principais relatórios e peritagens em que se baseia, e a precisar, em caso de divergência significativa, as razões de afastamento das conclusões dos relatórios ou das peritagens apresentados pelas empresas em causa, obrigação particularmente presente em caso de incerteza científica.

No fundo, o TPI reitera o carácter contraditório e transparente da consulta (ao CEF) como garantia de que a substância considerada foi objecto de uma avaliação científica aprofundada e objectiva, fundada no confronto das teses científicas mais representativas e das posições científicas defendidas pelos laboratórios farmacêuticos em causa.²¹²¹

Mais recentemente, o TPI indeferiu o pedido de anulação de parecer técnico emitido pela Agência Europeia de Medicamentos (EMA), considerando o parecer em causa como *medida interlocutória* cujo objectivo é preparar a decisão, *mero acto preparatório que não fixa definitivamente a posição da Comissão e insusceptível, por isso, de recurso judicial*.²¹²²

Na esteira do acórdão *Artegodan*, o mesmo Tribunal, tendo em conta a confirmação pura e simples do parecer revisto pela decisão impugnada, não deixou, porém, de reiterar a *necessidade de exame daquele parecer no âmbito do pedido de anulação da decisão impugnada, porquanto o conteúdo do mesmo parecer como, aliás, o dos relatórios de avaliação que lhe servem de base fazem parte integrante da fundamentação da decisão impugnada*.²¹²³

Desta forma, o parecer das agências é considerado pelo TPI como parte integrante do acto decisório (final), consequência necessária da transformação do parecer fundamentado da agência em decisão homologatória da Comissão, medi-

²¹²¹ Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Artegodan GmbH vs Comissão*, de 26 de Novembro de 2002, processos 74, 76, 83-85, 132, 137, 141/00, n.ºs 197 a 200.

²¹²² Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Nancy Fern Olivieri vs Comissão e Agência Europeia de Medicamentos*, de 18 de Dezembro de 2003, processo 326/99, n.º 53.

²¹²³ *Idem*, n.º 55.

ante a qual “os fundamentos do parecer passam a ser os fundamentos do acto administrativo, e a respectiva conclusão, a sua decisão”.²¹²⁴

Posteriormente, em aresto tendo por objecto um pedido de anulação da decisão da Agência Europeia de Medicamentos (AEM) de indeferimento de um requerimento para obter a designação do fibrinogénio humano como medicamento órfão, o TPI considerou poder decidir quanto ao mérito sem necessidade de responder ao fundamento de inadmissibilidade da Comissão, a qual alegava que o recurso de anulação não deveria ter sido dirigido contra ela.²¹²⁵

Na verdade, a decisão a contestar é da própria Comissão, mesmo que profundamente moldada no parecer técnico (*praticamente* vinculativo...) do Comité competente da Agência Europeia de Medicamentos (AEM). E apesar de o Tribunal Geral, por razões de celeridade processual, não ter apreciado a excepção de inadmissibilidade invocada pela Comissão, não compreendemos a razão de ser desta, porque e na medida em que estamos claramente perante um acto imputável à Comissão.²¹²⁶

Dispõe, com efeito, o artigo 5º, nº 8, do Regulamento nº 141/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1999, relativo aos medicamentos órfãos:

“A agência transmite imediatamente o parecer definitivo do comité à Comissão, a qual toma uma decisão no prazo de 30 dias após a recepção do parecer. Se, em situações excepcionais, o projecto de decisão não for conforme com o parecer do comité, a decisão é aprovada nos termos do artigo 73.º do Regulamento (CEE) n.º 2309/93 [do Conselho, de 22 de Julho de 1993, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos de uso hu-

²¹²⁴ Vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/ JOÃO PACHECO DE AMORIM (com a colaboração de Rodrigo Esteves de Oliveira), anotação ao artigo 98º, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 442-443.

²¹²⁵ Cfr. acórdão do TPI *Behring vs Comissão e Agência Europeia de Medicamentos (EMA)*, de 9 de Setembro de 2010, processo T-264/07.

²¹²⁶ Em sentido oposto, vide MADALINA BUSUIOC, *The accountability...*, *cit.*, págs. 179-180.

mano e veterinário e institui uma Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos (JO L 214, pág. 1)]. A decisão é notificada ao promotor e comunicada à agência e às autoridades competentes dos Estados Membros.” (itálico nosso)

Assim, ao evitar a “questão da admissibilidade de um recurso contra uma decisão da AEM”²¹²⁷ o Juiz comunitário não se pronunciou, uma vez mais, sobre a recorribilidade dos pareceres (*in casu* um parecer obrigatório, não vinculativo em termos jurídico-formais) das agências europeias em sede de contencioso da União...

Diferentemente, o mesmo TPI, no âmbito de *recurso interposto contra a Comissão*, havia anulado a não validação pela Agência Europeia de Medicamentos (EMA) de uma alteração de certos termos da autorização de introdução no mercado do medicamento “Daquiran”.

Depois de aceitar a interposição do recurso de anulação contra a Comissão, o TPI acabou por anular a “decisão da Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, de 1 de Março de 2000”, embora este organismo seja apenas responsável pela formulação de pareceres relativos a quaisquer questões referentes à aceitabilidade dos processos apresentados, à autorização, às modificações, à suspensão ou à revogação da autorização de introdução no mercado de medicamentos de uso humano²¹²⁸....

Em despacho do Tribunal de Primeira Instância, *FMC Chemical SPRL vs Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA)*, corroborou-se a ideia de que o *acto recorrível é a decisão final da Comissão, vinculativa relativamente a terceiros, e não a opinião da Autoridade Europeia para a Segurança*

²¹²⁷ Cfr. acórdão do TPI *Behring vs Comissão e Agência Europeia de Medicamentos (EMA)*, de 9 de Setembro de 2010, processo 264/07, n.ºs 23 e 127.

²¹²⁸ Cfr. acórdão do TPI *Thomae vs Comissão*, de 10 de Dezembro de 2002, processo T-123/00, n.ºs 1, 2 e 11.

*dos Alimentos (EFSA), de que a Comissão se pode apartar, apesar de, na prática, isso ser difícil de suceder.*²¹²⁹

Na verdade, *apesar de a decisão final repousar na Comissão – por razões, fundamentalmente, ligadas ao princípio da legitimação democrática -, esta não dispõe, na prática, de um extenso poder de apreciação, a permitir falar-se de uma vinculatividade, pelo menos de facto, dos pareceres emitidos pelas agências europeias, sejam eles facultativos ou necessários.*

No caso de *pareceres facultativos*, isto é, de pareceres cuja obrigatoriedade não se encontra prevista, a Comissão, quando confrontada com um processo científica e politicamente muito complexo e sensível, tem o direito de solicitar parecer²¹³⁰; não estando vinculada (*de iure*) ao conteúdo nele expandido, normalmente aquela instituição seguirá as conclusões da opinião pedida.

No entanto, por razões de princípio relativas à responsabilidade política e à legitimidade democrática, e porque não basta a legitimidade científica para justificar o exercício da autoridade pública, *a Comissão (ou outra instituição, como o Conselho) pode afastar-se das conclusões expressas no parecer científico (facultativo). Neste caso, a instituição comunitária é obrigada, sob pena de invalidade da sua decisão, a fundamentar especificamente a sua apreciação relativamente à expressa no parecer, devendo a sua fundamentação expor as razões de afastamento e ser de um nível científico pelo menos equivalente ao daquele.* Para este efeito, a instituição pode basear-se quer num parecer suplementar do mesmo comité de peritos, quer noutros elementos com força probatória pelo menos equivalente à do parecer em questão: havendo afastamento apenas parcial, a instituição pode apoiar-se nas partes do raciocínio científico do parecer que não contesta.²¹³¹

Quanto a *pareceres que têm de ser necessariamente pedidos pelas institui-*

²¹²⁹ Cfr. acórdão do TPI, de 17 de Junho de 2008, FMC Chemical SPRL vs Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA), processo 311/06, n.ºs 43-68.

²¹³⁰ Cfr. acórdão do TPI, Pharos SA/Comissão, de 17 de Fevereiro de 1998, processo T-105/96, n.ºs 69 e 70.

²¹³¹ Cfr. acórdão do TPI Pfizer/Conselho, de 11 de Setembro de 2002, processo T-13/99, n.ºs 196-200.

ções antes da adopção da medida, atentemos, por exemplo, em matéria de estabelecimento de limites máximos de resíduos de medicamentos veterinários nos alimentos de origem animal, ao disposto no Regulamento n.º 2377/90:

“Para obter a inclusão nos anexos I, II ou III de uma substância farmacologicamente activa destinada a utilização em medicamentos veterinários a administrar a animais para produção de alimentos *deverá* ser apresentado um pedido de estabelecimento de um limite máximo de resíduos à Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, instituída pelo Regulamento (CEE) n.º 2309/93 do Conselho, a seguir denominada ‘a Agência’.”²¹³² (itálico nosso)

Neste caso, o Juiz comunitário considerou *reduzido* o poder de apreciação de que dispõe a Comissão na instrução dos pedidos de fixação de limites máximos de resíduos apresentados ao abrigo da disposição transcrita, entendendo que esta instituição deveria aplicar de forma *estrita* o processo previsto por esse regulamento.

Em especial, concretizou o TPI, quando o comité competente da Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, na posse de todas as informações necessárias, desse um *parecer positivo* sobre um pedido de inclusão de uma substância no Anexo II, apresentado ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2377/90, a Comissão seria *obrigada* a preparar um projecto de regulamento em que incluísse essa substância no referido anexo.²¹³³

Em sentido contrário, a Comissão defendeu não estar legalmente obrigada a seguir estrita e invariavelmente o parecer (do comité competente) da agência europeia e que dispunha de uma *margem de apreciação*, sustentando assim que o

²¹³² Cfr. artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 2377/90 do Conselho, de 26 de Junho de 1990, que prevê um processo comunitário para o estabelecimento de limites máximos de resíduos de medicamentos veterinários nos alimentos de origem animal.

²¹³³ Cfr. acórdãos do TPI, Lilly Industries Ltd/Comissão, de 25 de Junho de 1998, processo T-120/96, n.ºs 82 e 83, e Monsanto/Comissão, de 22 de Abril de 1999, processo T-112/97, n.ºs 63 e 64.

TPI cometeu um erro de interpretação do artigo 6º do Regulamento n.º 2377/90, ao considerar que ela tinha a obrigação de seguir o parecer do comité da Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos.²¹³⁴

Defendendo não poder, em princípio, a Comissão afastar-se do procedimento do controlo de segurança do Comité dos Medicamentos Veterinários da Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, o Advogado Geral Alber admitiu que aquela instituição devia suscitar, em princípio, as suas eventuais dúvidas no âmbito do procedimento em causa, para que este comité as pudesse ter em conta no seu parecer; segundo o magistrado, a Comissão podia então afastar-se do parecer do referido comité apenas quando este não afastasse as dúvidas daquela, em matéria de protecção da saúde pública, chegando a um outro resultado.²¹³⁵

Por razões de economia processual, o Tribunal acabou por não se pronunciar sobre a questão jurídica em causa,²¹³⁶ a qual passava, fundamentalmente, pela qualificação do parecer legalmente exigido, por saber se estávamos perante um *parecer conforme*, isto é, um parecer obrigatório e vinculante num determinado sentido, *in casu*, a possibilidade de inclusão pela Comissão de uma substância num determinado Anexo de um projecto de regulamento em preparação²¹³⁷...

Trata-se de questão não despidianda: *se o parecer for qualificado como obrigatório mas não vinculativo (juridicamente), a Comissão, à semelhança do que sucede com pareceres facultativos, em caso de desacordo com a fundamentação e/ou conclusões da opinião da agência, tem o dever, sob pena de invalidade*

²¹³⁴ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça República Francesa contra Monsanto Company, de 8 de Janeiro de 2002, processo C-248/99, n.ºs 22 e 71.

²¹³⁵ Cfr. conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas em 29 de Maio de 2001, República Francesa contra Monsanto Company, processo C-248/99, n.º 137.

²¹³⁶ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça República Francesa contra Monsanto Company, de 8 de Janeiro de 2002, processo C-248/99, n.º 86.

²¹³⁷ Nas palavras de Vieira de Andrade, os *pareceres conformes* “apenas são obrigatórios e vinculantes num sentido – é mais comum a exigência legal de ‘parecer favorável’, que é obrigatório para que o órgão competente possa tomar uma decisão favorável”. Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, *cit.*, pág. 146.

da sua decisão, de fundamentar as suas divergências; estando em causa um parecer vinculante (relativamente – parecer conforme, ou absolutamente), a Comissão tem apenas de averiguar da legitimidade formal do parecer e acatar, homologar, os termos dessa verdadeira pré-decisão.²¹³⁸

91.2.3. Da recorribilidade judicial dos pareceres das agências europeias: algumas reflexões

Diferentemente do ordenamento jurídico nacional, em que os pareceres previstos em lei são, salvo disposição em contrário, obrigatórios e não vinculativos,²¹³⁹ a inexistência de um Código do Procedimento Administrativo Europeu torna indispensável compulsar os preceitos dispersos pelas fontes de direito comunitário, a fim de proceder à qualificação de cada parecer referido como facultativo ou obrigatório, vinculativo ou não vinculativo.

Na maioria dos casos, os pareceres a emitir pelas agências europeias são *de facto vinculativos*, assumindo, *mais do que uma função de preparação da decisão, uma verdadeira natureza deliberatória*, porquanto, na prática, contêm já a estrutura da decisão (final).

E, olhando a que os pareceres são emitidos por (órgãos de) agências e não por órgãos da própria instituição com competência decisória,²¹⁴⁰ *maxime* a Comis-

²¹³⁸ Segundo Mário Esteves de Oliveira, enquanto os pareceres não vinculantes “não vinculam o órgão administrativo a decidir em conformidade com a opinião que neles se contém, apenas o obrigam a fundamentar o acto praticado em contradição com ela”, os pareceres vinculantes “tornam ilegal o acto que for praticado em desrespeito das conclusões do órgão consultivo.” *Vide* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1984, págs. 414-415.

²¹³⁹ Cfr. artigo 98º, nº 2, do CPA.

²¹⁴⁰ Como explica Pedro Gonçalves, “como acto jurídico emitido por um órgão que conforma a actuação de outro órgão, o parecer vinculante pode ser configurado como um acto inter-orgânico, que terá natureza de acto administrativo quando preencher as características desse conceito. É o que sucede quando o parecer é emitido por um órgão que não pertence ao mesmo sujeito de direito público a que pertence o órgão a quem ele se destina, já que, sendo esse o caso, tem de concluir-se

são, põe-se a questão da *impugnabilidade destas verdadeiras decisões administrativas preliminares*.

Da análise da jurisprudência comunitária mais relevante, podemos concluir, em geral, pelo *conservadorismo dos tribunais da União, que consideram irrecuráveis os pareceres das agências por não revestirem as características e natureza próprias de acto administrativo*, vale dizer, por lhes faltar a aptidão para produzir efeitos externos, por não definirem a situação jurídica de terceiros.

Nesta linha de pensamento, *o parecer é circunscrito a acto meramente opinativo, simples instrumento auxiliar da decisão (da Comissão), esta sim verdadeiro acto administrativo, recorrível judicialmente, com o afastamento da possibilidade de impugnação contenciosa dos pareceres (de facto) vinculantes*: sindicável é apenas o acto final, em que se podem atacar os vícios dos pareceres que tenham estado na base da sua elaboração, com base em *vício de forma* (princípio da impugnação unitária dos actos administrativos).

Sucedem que, na prática, os pareceres das agências europeias, dada a tecnicidade das matérias em causa, podem definir de modo irreversível a decisão (final) a tomar, razão pela qual poderia aventar-se a recorribilidade imediata destes actos internos, concebidos como (algo similar a) actos destacáveis ou actos que promovem a antecipação dos efeitos jurídicos²¹⁴¹. E a interrogação pertinente é esta: devem os pareceres das agências europeias, *para efeitos contenciosos*, ser compreendidos como actos instrumentais que não dispensam a mediação da força constitutiva do acto conclusivo do procedimento administrativo ou como verdadeiros actos administrativos, imediatamente recorríveis por fixarem *de facto* irremediavelmente o sentido da decisão final?

Produzidos em domínios de grande especialização técnica e em que o decisor (político) não dispõe da (necessária) *expertise*, em geral os pareceres das

.../..._____

que o parecer vinculante cria um efeito jurídico obrigatório (estatuição autoritária) no âmbito de uma relação administrativa externa.” Vide PEDRO GONÇALVES, “Poderá o parecer vinculante...”, cit., pág. 38.

²¹⁴¹ *Idem*, pág. 39.

agências europeias revestem-se de real *poder conformador, preclusivo do exercício de poderes decisórios pela Comissão, praticamente re(con)duzida à mera homologação (obrigatória) da pré-decisão* (da agência). Pelo que, *mais do que mero aconselhamento*, os pareceres das agências europeias acabam por concretizar *uma função de administração activa, impondo o sentido e indicando de modo determinante o conteúdo da resolução administrativa do procedimento*, numa efectiva *deslocação do poder decisório* para o organismo emitente da avaliação.

A permitir concluir que os pareceres das agências europeias se traduzem, recorrendo a palavras de Pedro Gonçalves, na emissão de um juízo de natureza técnica ou administrativa “por parte de um órgão administrativo que prossegue interesses públicos implicados num acto administrativo em preparação, tendo aquele juízo o efeito de conformar o conteúdo deste acto”.²¹⁴²

Pelo exposto, ou porque se entende que os pareceres vinculantes são actos jurídicos com autonomia estrutural e funcional e produtores de efeitos externos imediatos²¹⁴³, ou porque, em bom rigor, podem ser configurados como actos administrativos que (e na medida em que) produzem efeitos (*de facto* vinculativos) no âmbito de relações externas, interorgânicas,²¹⁴⁴ entre as agências e a Comissão, somos pela admissibilidade via de regra da sindicância jurisdicional dos actos opinativos destes organismos na União.

²¹⁴² Vide PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, Braga, Novembro/Dezembro 1996, pág. 8, trabalho que nos inspira no essencial na redacção das linhas do presente tópico.

²¹⁴³ Entre nós, por todos, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 705.

²¹⁴⁴ Mais desenvolvidamente, sobre a problemática da natureza jurídica dos pareceres vinculantes no ordenamento jurídico-administrativo nacional, vide PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a função...”, *cit.*, págs. 3-12.

Capítulo V

Controlo do Provedor de Justiça Europeu

92. Breve referência

Complementarmente às vias judiciais, o Provedor de Justiça Europeu, instância para-jurisdicional caracterizada por uma actuação (mais) flexível, económica e informal relativamente ao Tribunal de Justiça, desenvolve importante papel no controlo da má administração do complexo institucional da União, incluindo das agências (v.g. acesso aos documentos).²¹⁴⁵

Trata-se de um controlo de legalidade: o mérito, a conveniência e oportunidade das decisões administrativas devem ser controlados pela própria Administração sob o prisma dos princípios da boa administração. Mais rigorosamente, nas palavras de Alves Correia, o *Ombudsman* “deve exercer o controle sobre os actos administrativos vinculados à lei e sobre os aspectos vinculados dos actos praticados no exercício de poderes discricionários. Mas, nos vínculos do poder discricionário da Administração, não estão incluídos apenas os contidos na lei (v.g. competência do agente, pressupostos, fim público específico), mas também os vínculos decorrentes do princípio da juridicidade (princípio da igualdade dos cidadãos, princípio da imparcialidade da administração, princípio da proporcionalidade dos meios em relação aos fins, princípio da logicidade ou da coerência racional). Significa que os actos discricionários estão sujeitos ao controle do Ombudsman não

²¹⁴⁵ Em geral, sobre o Provedor de Justiça Europeu, vide BRIGITTE KOFLER, “European Union”, in *European Ombudsman-institutions – a comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, coordenação de Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Springer Wien New York, 2008, págs. 171-177. Em especial, sobre as relações entre as autoridades administrativas independentes e o Provedor de Justiça, vide VITAL MOREIRA, “As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça”, in *O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2002, pág. 93 e ss.

apenas quando estão inquinados do vício de desvio de poder, mas também quando são manifestamente injustos ou ilógicos.”²¹⁴⁶

Não obstante a ausência de poderes coercitivos, as conclusões e propostas do Provedor de Justiça Europeu são normalmente aceites pela instituição, órgão ou organismo da União em causa, o que demonstra a importância da *autoritas* moral, da integridade e da competência de quem exerce a função de *Ombudsman* europeu²¹⁴⁷.

Eleito pelo Parlamento Europeu, o Provedor de Justiça Europeu é competente para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União²¹⁴⁸ ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado-Membro e respeitantes *a casos de má administração na actuação das instituições, órgãos ou das agências europeias*,²¹⁴⁹ cabendo-lhe a instrução dessas queixas e a apresentação de relatório sobre as mesmas.²¹⁵⁰

De acordo com a sua missão, o Provedor de Justiça procederá aos inquéritos que considere justificados, *ex officio* ou com base numa queixa, salvo se os

²¹⁴⁶ Vide FERNANDO ALVES CORREIA, “Do Ombudsman ao Provedor de Justiça”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, Coimbra, 1980, págs. 195-196.

²¹⁴⁷ Sobre as raízes escandinavas do Provedor de Justiça Europeu, vide MICHAEL GÖTZE, “La evolución del derecho administrativo de la UE y las aportaciones del derecho administrativo nórdico”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras*, León, 2011, págs. 241 e 242.

²¹⁴⁸ Cfr. artigos 20º, nº 2, alínea d), e 24º, § 4, do TFUE.

²¹⁴⁹ Cfr. artigo 43º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²¹⁵⁰ Para uma descrição dos poderes do Provedor de Justiça, cfr. artigo 3º do Estatuto do Provedor de Justiça Europeu, aprovado pela Decisão do Parlamento Europeu relativa ao estatuto e às condições gerais de exercício das funções de Provedor de Justiça Europeu de 9 de Março de 1994 (JO L 113 de 4.5.1994, pág. 15) e alterada pelas suas decisões de 14 de Março de 2002 (JO L 92 de 9.4.2002, pág. 13) e de 18 de Junho de 2008 e artigos 6º a 8º da Decisão do Provedor de Justiça Europeu que adopta disposições de execução, aprovada em 8 de Julho de 2002 e alterada por Decisão do Provedor de Justiça de 5 de Abril de 2004. Na doutrina, vide ALEXANDROS TSADIRAS, “The European Ombudsman’s remedial powers: an empirical analysis in context”, in *European Law Review*, Issue 1, Fevereiro 2013, págs. 53-55.

factos invocados forem ou tiverem sido objecto de processo jurisdicional. Sempre que o Provedor de Justiça constate uma situação de má administração, apresentará o assunto à instituição, órgão ou agência em causa, a qual dispõe de um prazo de três meses para lhe apresentar a sua posição. O Provedor de Justiça enviará seguidamente um relatório ao Parlamento Europeu e àquela instituição, órgão ou agência, sendo o queixoso informado do resultado dos inquéritos e havendo lugar à apresentação anual ao Parlamento de um relatório sobre os resultados dos inquéritos efectuados.

Neste sentido, podemos falar de uma “filiação institucional ampliada” entre o Provedor de Justiça Europeu e os Deputados Europeus²¹⁵¹, mas não de qualquer dependência. Em termos gerais, como explica Alves Correia, “o Ombudsman goza de uma efectiva independência em relação ao Parlamento”, característica “de extrema importância para subtrair o seu funcionamento às manobras partidárias”²¹⁵².

Podemos, assim, afirmar a total independência com que o Provedor exerce o seu mandato: designadamente, *não solicita nem aceita instruções de qualquer instituição, órgão ou agência europeia*, nem pode exercer qualquer outra actividade profissional, remunerada ou não.²¹⁵³

Na prática, impõe-se destacar a adopção do *Código de Boa Conduta Administrativa*, proposto pelo Provedor de Justiça da União e aprovado, em 6 de Setembro de 2001, pelo Parlamento Europeu através de uma resolução, com o objectivo de explicitar o significado do direito a uma boa administração previsto na Carta dos Direitos Fundamentais²¹⁵⁴, nomeadamente as regras que as institui-

²¹⁵¹ Vide ALEXANDROS TSADIRAS, “Of celestial motions and gravitational attractions: the institutional symbiosis between the European Ombudsman and the European Parliament”, in *Yearbook of European Law*, 28, 2009, pág. 435.

²¹⁵² Vide FERNANDO ALVES CORREIA, “Do Ombudsman ao Provedor de Justiça”, *cit.*, págs. 215-216.

²¹⁵³ Cfr. artigo 228º do TFUE.

²¹⁵⁴ Cfr. artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre o *right to good administration* neste diploma, vide HERWIG C. H. HOFMANN e BUCURA C. MIHAESCU, “The rela-

ções e os órgãos da União Europeia, incluindo agências europeias²¹⁵⁵, deverão respeitar nas suas relações com o público ou algumas recomendações, nomeadamente, em matéria de conflitos de interesses (*revolving doors*) dos membros destes organismos da União²¹⁵⁶.

Importante *dimensão da cidadania europeia*²¹⁵⁷, o recurso ao Provedor de Justiça Europeia poderá ver a sua importância reforçada por via de uma intensifi-
.../...

tion between the Charter's Fundamental Rights and the unwritten general principles of EU law: good administration as the test case", in *European Constitutional Law Review*, Volume 9, Issue 1, 2013, págs. 73-101.

Para uma visão geral das etapas do reconhecimento da importância da tutela dos direitos fundamentais no espaço comunitário, incluindo a proclamação da Carta, *vide* FERNANDO ALVES CORREIA, "Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, (separata), Coimbra, 2003, pág. 90 e segs. Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como uma verdadeira *bill of rights* da União Europeia, *vide* MOURA RAMOS, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica*, 61, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 2001, pág. 981, e VITAL MOREIRA, "Introdução à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20º, nº 95, Março/Abril 2012, págs. 443-466. Para uma crítica ao método que permitiu à CDFUE ter o mesmo valor jurídico dos Tratados e às derrogações consentidas em benefício de alguns Estados-Membros, *vide* MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia após...*, *cit.*, pág. 33 e segs.

Interessante visão de direito comparado das modalidades e vias processuais de protecção jurisdicional de direitos fundamentais pode ser encontrada em FERNANDO ALVES CORREIA, "I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha – Relatório Geral", in *Boletim Documentação e Direito Comparado – suplemento do Boletim do Ministério da Justiça*, nºs 71/72, Lisboa, 1997, em especial, pág. 101 e ss.

²¹⁵⁵ Algumas agências (v.g. EMA) adoptaram já um Código de Boa Conduta Administrativa.

²¹⁵⁶ Para uma análise de importante recomendação do Provedor de Justiça Europeu em matéria de conflitos de interesse nas agências europeias (*in casu*, a EFSA), *vide* PAUL NIHOUL e CHLOÉ BINET, "Portes tournantes": le rappel à l'ordre adressé par le Médiateur européen à l'Agence européenne de sécurité des aliments (EFSA) et aux autres institutions, organes et organismes européens", in *European Journal of Consumer Law*, 3, 2012, págs. 511-523.

²¹⁵⁷ Sobre o instituto da cidadania da União, *vide* MARIA LUÍSA DUARTE, *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do direito comunitário*, Lex, Lisboa, 1994, e "Liberda-

cação da cooperação com os Provedores dos Estados membros, num *funcionamento em rede* destinado a incrementar os padrões da boa administração, a desenvolver um sistema europeu de queixas apresentadas pelos cidadãos ou mesmo da operacionalização de inquéritos conjuntos.²¹⁵⁸

.../..._____

de de circulação de pessoas e o estatuto de cidadania previsto no Tratado da UE”, in *A União Europeia na encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 167-194, MOURA RAMOS, “Cidadania”, in *Da Comunidade internacional e do seu direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 109-116, “Nacionalidade, plurinacionalidade e supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade de Língua Portuguesa”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXV, 2003, págs. 691-715, “A cidadania da União: caracterização, conteúdo e desenvolvimento”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume III, Coimbra Editora, 2006, págs. 895-921, e VITAL MOREIRA, “Cidadania para além do Estado (cidadania da União Europeia depois do Tratado de Lisboa)”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organização de Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 887-966.

²¹⁵⁸ Vide CAROL HARLOW e RICHARD RAWLINGS, “Promoting accountability in multi-level governance: a network approach”, in *European Law Journal*, volume 13, n° 4, Julho 2007, págs. 546-555.

TÍTULO VII

Agências e relações externas da União Europeia

Capítulo I

Da personalidade jurídica (internacional) das organizações internacionais e da União Europeia

93. Da personalidade jurídica (internacional) das organizações internacionais

No âmbito das suas missões, a mais do inter-relacionamento com as instituições da União e com organismos congéneres²¹⁵⁹, as agências europeias desenvolvem relevantes relações internacionais com instituições e agências de países terceiros e com diferentes organizações internacionais (v.g. Nações Unidas)²¹⁶⁰.

²¹⁵⁹ Na avaliação horizontal das agências europeias, refere-se: “há um largo número de interfaces e de ligações entre as agências a trabalhar com áreas vizinhas – a maioria das agências tem diversas conexões com outras agências, por vezes num âmbito alargado de matérias (...). A cooperação está a ser crescentemente formalizada através de Memorandos de Entendimento entre as agências, mas o grau de cooperação significativa que esses Memorandos de Entendimento corporizam varia na prática, e ainda existem efeitos potenciais de sinergias a concretizar em áreas diversas. No entanto, a existência de um largo número de Memorandos de Entendimento fornece a prova de está a ser feito um esforço da parte das agências no sentido de eliminar sobreposições e assegurar a coerência.” Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009 – Final Report Volume II, cit.*, pág. 64.

²¹⁶⁰ Conforme constatado na recente avaliação horizontal das agências europeias, “a maioria das agências mantém múltiplas relações com outros operadores chave, especialmente Nações Unidas e outras organizações internacionais, agências similares em terceiros países e agências dos estados membros. Tal como no caso das relações entre agências, a cooperação com outras instituições chave tem lugar em diferentes níveis, frequentemente no contexto de um Memorando de Entendimento. Em alguns casos, existe cooperação ao nível operacional através de programas de acção comum e projectos.” *Idem*, pág. 78.

Importa, por isso, analisar esta actividade à luz do direito da União e do direito internacional público em geral.²¹⁶¹

Tradicionalmente, a *personalidade jurídica internacional* – aptidão para ser titular de direitos e obrigações jurídico-internacionais – compreende manifestações como o direito de concluir convenções internacionais, o direito de estabelecer relações diplomáticas, a susceptibilidade de ser destinatário directo de normas de direito internacional ou a legitimidade processual internacional.²¹⁶²

Outrora monopolistas da personalidade jurídica internacional, os Estados são qualificados como sujeitos originários ou primários de direito internacional, titulares plenos de direitos e deveres internacionais, enquanto os demais sujeitos da hodierna sociedade internacional – *maxime* organizações internacionais – são os denominados sujeitos derivados ou secundários, dependentes de uma decisão estadual (v.g. acto formal de criação, reconhecimento de direitos em instrumentos normativos internacionais).²¹⁶³

.../...

Neste sentido, Morten Egeberg e Jarle Trondal falam mesmo numa tendência “de as agências europeias se estarem a tornar *double-hatted* no sentido de para além de constituírem partes óbvias da política da União, também constituírem partes das estruturas de governança global”, como sucede, por exemplo ao nível da aviação civil internacional. Vide MORTEN EGEBERG e JARLE TRONDAL, “EU-level agencies: new executive centre formation...”, *cit.*, pág. 883.

²¹⁶¹ Em geral, sobre a evolução do direito da União em matéria de relações externas, vide MARISE CREMONA, “External relations and external competence of the European Union: the emergence of the European Union”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011, págs. 217-269.

²¹⁶² Entre nós, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2006, pág. 181 e ss, e JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, 2002, pág. 182 e ss.

²¹⁶³ Vide FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2ª edição, Coimbra Editora, pág. 199 e ss.

Jónatas Machado autonomiza os sujeitos especiais ou atípicos de direito internacional - organizações não-governamentais, povos, movimentos de libertação e beligerantes, Santa Sé/Vaticano, empresas transnacionais -, assim como, em certo sentido, os indivíduos. Vide JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, *cit.*, pág. 181 e ss. Em especial, sobre a problemática da subjectividade internacional da Santa Sé, vide MOURA RAMOS, “A concordata de 2004 e o direito internacional

.../...

Deste modo, as organizações internacionais são sujeitos de direitos e deveres no âmbito do direito internacional, dotadas de vontade própria, embora a sua existência dependa da vontade expressa dos Estados, únicos sujeitos originários de direito internacional, porque titulares de soberania.²¹⁶⁴ E como sujeitos derivados de direito internacional, as organizações internacionais têm uma capacidade jurídica limitada, moldada pelo princípio da especialidade.

Por outro lado, no plano interno (*personalidade jurídica interna*), é frequentemente reconhecido às organizações internacionais um conjunto de direitos e de obrigações que lhes possibilitam relacionar-se juridicamente com outras pessoas – pessoas humanas e pessoas jurídicas - nos Estados onde desenvolvem a sua actividade, em que se afiguram fundamentais as convenções de instalação (*accords de siége*) e as legislações nacionais desses Estados.²¹⁶⁵

.../..._____

privado português”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Ars Iudicandi, Studia Iuridica*, 91 volume II, coordenação de Jorge de Figueiredo Dias; José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 611-612.

²¹⁶⁴ Segundo Jónatas Machado, “é, porém, duvidoso que esta doutrina possa ser acolhida sem quaisquer reservas, havendo casos em que faz sentido considerar a existência de uma personalidade jurídica internacional objectiva e primária, tornada independente do próprio reconhecimento. A personalidade jurídica das OI’s deve ser compreendida por referência às suas características estruturais e funcionais.” *Vide JÓNATAS MACHADO, Direito Internacional...*, cit., pág. 250.

O autor parece, assim, afastar-se das posições clássicas que apenas reservam a personalidade jurídica internacional aos Estados ou a entes a quem estes expressa ou implicitamente a reconhecem. Para uma síntese desenvolvida das diversas concepções de personalidade jurídica internacional (apenas estadual, reconhecimento, individualístico, formal, actor), *vide* ROLAND PORTMANN, *Legal personality in international law*, Cambridge University Press, 2010, págs. 29-243.

²¹⁶⁵ Segundo Francisco Ferreira de Almeida, “se no que toca à personalidade jurídica interna daquelas [organizações internacionais], os Estados, desde o início, deram mostras de grande compreensão e abertura, jamais a contestando, quanto à personalidade jurídica internacional as reservas e reticências sempre foram, até há bem pouco tempo atrás, bem maiores, mesmo quando tamanha inflexibilidade já não encontrava respaldo na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça.” *Vide* FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, cit., pág. 277. (parêntesis nosso)

94. Da personalidade jurídica (internacional) da União Europeia

Em matéria de *personalidade jurídica externa*, o Tratado de Lisboa terminou, em definitivo, com as dúvidas existentes em relação ao então pilar intergovernamental da União Europeia.²¹⁶⁶ Com efeito, no artigo 47º do TUE²¹⁶⁷ consagra-se, de modo *explícito*, a *personalidade jurídica una* da União, contribuindo-se, assim, para a sua maior visibilidade no plano internacional.

Enquanto organização internacional²¹⁶⁸, a União Europeia tem a personalidade jurídica externa e a amplitude da sua capacidade jurídica internacional marcadas pelo *princípio da atribuição* (artigos 4º, nº 1, e 5º, nºs 1 e 2, do TUE): só pode agir no quadro dos fins que lhe são cometidas pelos Estados membros no respectivo Tratado institutivo e de acordo com as competências conferidas às suas instituições, órgãos e organismos para esse efeito.²¹⁶⁹

²¹⁶⁶ Em bom rigor, com as modificações promovidas pelas revisões de Amesterdão e Nice, a personalidade jurídica internacional da União já se podia deduzir (implicitamente) da previsão da possibilidade de celebração pela UE de acordos internacionais nos domínios (intergovernamentais) da PESC (ex-artigo 24º do TUE) e da Cooperação Policial e Judiciária em matéria penal (ex-artigos 24º, nº 4, e 38º do TUE).

²¹⁶⁷ Dispõe o artigo 47º do TUE: “A União tem personalidade jurídica.”

²¹⁶⁸ Na doutrina, é intensa a polémica sobre a natureza de organização internacional da União Europeia. Por todos, *vide* NGUYEN QUOC DINH e outros, *Droit International Public*, 3ª edição, pág. 70.

²¹⁶⁹ Na leitura impressiva do Tribunal Constitucional germânico (*Bundesverfassungsgericht*), “o princípio da atribuição não é somente um princípio de direito europeu (...), mas – tal como a obrigação da União Europeia de respeitar a identidade constitucional dos Estados membros (...) – ele engloba os princípios constitucionais dos Estados membros. Neste sentido, o princípio da atribuição, princípio de direito europeu, e a obrigação do direito europeu de respeitar a identidade dos Estados membros são a expressão nos Tratados do fundamento do poder público da União nas Constituições dos Estados membros.

A obrigação do direito europeu de respeitar o poder constituinte dos Estados membros enquanto senhores dos tratados corresponde à identidade constitucional não transferível e subtraída à integração” Cfr. acórdão de 30 de Junho de 2009 do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), nºs 234 e 235.

Por seu turno, o artigo 335º do TFUE prevê, expressa e inequivocamente, a *capacidade jurídica interna* da União. Reza assim o artigo 335º do TFUE:

“Em cada um dos Estados-Membros a União goza da mais ampla capacidade jurídica reconhecida às pessoas colectivas pelas legislações nacionais, podendo, designadamente, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis e estar em juízo. Para o efeito, é representada pela Comissão. No entanto, a União é representada por cada uma das instituições, ao abrigo da respectiva autonomia administrativa, no tocante às questões ligadas ao respectivo funcionamento.”

Desta sorte, enquanto ao abrigo do artigo 282º do TCE cabia em exclusivo à Comissão a representação da União para efeitos de exercício da sua capacidade jurídica na ordem interna dos Estados membros, o preceito acima transcrito determina que a União seja representada, consoante o caso, nas questões relativas ao respectivo funcionamento, por cada uma das suas sete instituições, de acordo com a sua autonomia administrativa.²¹⁷⁰

95. Reflexos da personalidade jurídica internacional da União Europeia

95.1. *Ius tractuum*

Consequência da personalidade jurídica internacional da União é o *ius tractuum*: a *capacidade geral da UE para celebrar acordos internacionais* quando os Tratados o prevejam, quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objectivos estabelecidos pelos Tratados,²¹⁷¹ ou quando tal celebração esteja prevista num acto juridicamen-

²¹⁷⁰ Vide SANDRA PASSINHAS, anotação ao artigo 335º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 1173.

²¹⁷¹ Nas palavras de Luís Pedro Cunha, “a UE tem poderes externos explícitos quando o Tratado assim o determina (v.g. política comercial) e poderes implícitos quando a concessão de poderes

te vinculativo da União ou seja susceptível de afectar normas comuns ou alterar o seu alcance.²¹⁷²

Destacam-se, por exemplo, os *acordos de associação* com países terceiros ou organizações internacionais - normalmente concluídos com países em vias de desenvolvimento, e visando prosseguir finalidades diversas (harmonização de legislações, estabelecimento de zonas de comércio livre ou uniões aduaneiras, preparação da adesão à União)-,²¹⁷³ os *acordos de vizinhança*,²¹⁷⁴ os *acordos de saída* de um Estado membro²¹⁷⁵ e o *acordo de adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*²¹⁷⁶.

.../..._____

internos implica necessariamente que, no domínio em questão, os EM percam também os seus poderes externos” *Vide* LUÍS PEDRO CUNHA, anotação ao artigo 216º do TFUE, *in Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 829.

²¹⁷² Cfr. artigo 216º do TFUE.

²¹⁷³ Cfr. artigo 217º do TFUE.

²¹⁷⁴ Cfr. artigo 8º, nº 2, do TUE.

Em geral, sobre a política europeia de vizinhança, *vide* MANUEL LOPES PORTO, “As fronteiras da Europa e a política europeia de vizinhança”, *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, coordenado por António Menezes Cordeiro, José Duarte Nogueira, Eduardo Paz Ferreira, Jorge Miranda, 1º volume, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 637-642.

²¹⁷⁵ Cfr. artigo 50º do TUE.

Como explica Afonso Patrão, “a primazia conferida ao *acordo* (em detrimento do exercício de um direito potestativo de recesso) justificar-se-á por atenção às relações futuras daquele Estado com a União e com os demais EM (geograficamente vizinhos e comercialmente ligados), que serão naturalmente mais pacíficas se a retirada resultar de uma negociação. Note-se, porém, que o abandono não depende da conclusão de um acordo, consagrando-se a favor de todos os EM um direito de denúncia: se aquele não for celebrado no prazo de dois anos a contar da notificação da intenção de retirada, o recesso produz os seus efeitos. O Tratado não deixa assim de prever a faculdade de recesso *proprio sensu*”. *Vide* AFONSO PATRÃO, anotação ao artigo 216º do TFUE, *in Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 188.

Com o artigo 50º do TUE, finda a polémica doutrinária sobre a existência deste direito de abandono da UE. Antes do Tratado de Lisboa, a favor desta possibilidade, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Tratado de Lisboa...”, *cit.*, pág., e AFONSO PATRÃO, “O direito de abandonar a União

.../...

.../..._____

Europeia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar a União?”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Coleção Studia Iuridica*, nº 101, volume IV, 2010, págs. 755-793. Com base na teoria da transferência irreversível de poderes para a esfera supranacional (da União), recusando o conceito da delegação (revogável) pelos Estados membros, autores como Lucas Pires excluía, por natureza, a possibilidade de uma saída da UE. Vide FRANCISCO LUCAS PIRE, “União Europeia: um poder próprio ou delegado?”, in *A União Europeia*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, pág. 152, e, mais recentemente, partindo também da ideia do cariz definitivo da cessão de competências no plano comunitário, CARLA AMADO GOMES, “A evolução do conceito de soberania: tendências recentes”, in *Scientia Iuridica*-Tomo XLVII, nºs 274-276, Julho-Dezembro de 1998, pág. 206.

²¹⁷⁶ Cfr. artigos 6º, nº 2, do TUE, e 218º, nºs 6, a), ii) e 8, do TFUE.

Gomes Canotilho e Mariana Canotilho questionam se a adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais “implicará o fim da muito criticada *doutrina Bosphorus*, adoptada pelo TEDH, nos termos da qual os actos de EM que apliquem direito comunitário não estão sujeitos a controlo por parte daquele Tribunal, enquanto, no quadro do ordenamento jurídico da UE, for assegurada uma protecção dos direitos fundamentais equivalente – *comparável* – à conferida pelo sistema da CEDH.” Vide GOMES CANOTILHO e MARIANA CANOTILHO, anotação ao artigo 6º do TUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 41.

Em geral, sobre a protecção dos direitos fundamentais na União Europeia, vide MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “La protection des droits de l’homme en Europe: juges nationaux et juges européens”, in *Direito e Justiça*, tomo I, volume 15, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, págs. 31-44, MARIA LUÍSA DUARTE, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – natureza e meios de tutela”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 723-757, e *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), Lisboa, 2006, MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais”, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2001, pág. 161 e ss, RUI MEDEIROS, “A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português”, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução constitucional e perspectivas futuras*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), Lisboa, 2001, VITAL MOREIRA, “A ‘constitucionalização’ dos direitos fundamentais na União Europeia (UE)”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 697-735. Em especial, sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, vide VITAL

.../...

95.1.1. Do processo comum de celebração de convenções internacionais: simples alusão

Em regra, o *processo de vinculação internacional da União* repousa sobre quatro instituições da União: o Conselho, a quem compete autorizar a abertura das negociações, celebrar e executar os acordos; a Comissão, responsável pela negociação desses acordos; o Parlamento Europeu, que tem de ser consultado ou mesmo aprovar certos acordos e, eventualmente, o Tribunal, no caso de solicitação de um parecer sobre a compatibilidade de um projecto de acordo internacional com os Tratados.²¹⁷⁷

Na economia desta dissertação não cabe aqui descrever pormenorizadamente o *iter* procedimental da conclusão de convenções internacionais pela União.²¹⁷⁸ Salienta-se, todavia, a crescente relevância da participação do Parlamento Europeu na matéria, com a exigência da consulta e, em cada vez mais situações, da aprovação (anterior parecer favorável)²¹⁷⁹ desta instituição, em consonância com o maior protagonismo parlamentar no processo legislativo (ordinário e especial) da própria UE.

.../..._____

MOREIRA, anotação geral à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *in Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 1395-1408.

²¹⁷⁷ Cfr. artigo 218º do TUE. Importa referir também a existência de um Acordo-Quadro sobre as relações entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia destinado a facilitar a aplicação do artigo 218º do TFUE, designadamente ao estabelecer regras de cooperação entre as duas instituições quanto à negociação e celebração de acordos internacionais ou quanto à transmissão de informações confidenciais ao hemiciclo europeu (ver Jornal Oficial da União Europeia L 304, de 20/11/2010, pág. 47).

²¹⁷⁸ Sobre os actuais procedimentos, comum e especiais, de negociação e celebração de acordos internacionais na União Europeia, *vide* MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A actuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 319-341. Sobre estes procedimentos antes e depois da entrada em vigor do AUE e após o TUE, *vide* LUÍS PEDRO CUNHA, *Lições de Relações Económicas Externas*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 23-31.

²¹⁷⁹ Cfr. artigo 218º, nº 6, alínea a), do TFUE.

95.1.2. Da competência (da Comissão) para a conclusão de acordos internacionais vinculativos da União

Vimo-lo já: a contratação internacional da União é disciplinada no artigo 218º do TFUE, prevendo-se, como acentua a jurisprudência, uma noção lata de “acordo” - “qualquer compromisso adoptado por sujeitos de direito internacional, dotado de força obrigatória, independentemente da sua qualificação formal.”²¹⁸⁰

Em ordem a estabelecer um equilíbrio entre as instituições comunitárias, o artigo 218º do TFUE estatui que os acordos entre a União e países terceiros ou organizações internacionais sejam negociados pela Comissão e concluídos pelo Conselho, após consulta ou aprovação do Parlamento Europeu nos casos previstos no Tratado.

Com o Tratado de Lisboa, eliminou-se a ressalva constante do nº 2 do então artigo 300º do TCE, segundo a qual a competência para concluir os acordos era atribuída ao Conselho “sem prejuízo das competências reconhecidas à Comissão nesta matéria”.

Tal não significa, porém, que deixe de se reconhecer à Comissão o poder de celebrar convenções internacionais, designadamente em matéria de *reconhecimento dos livres-trânsitos da União* (artigo 6º, § 2, do Protocolo relativo aos privilégios e imunidades das União Europeia).

Mais: nos termos do artigo 218º, nº 7, do TFUE, a Comissão pode proceder a *modificações de acordos preexistentes concluídos pelo Conselho*, quando no acordo em questão se preveja que as alterações em causa sejam adoptáveis através de um processo simplificado ou de um órgão criado pelo próprio acordo, podendo a habilitação do Conselho ser acompanhada de condições específicas suplementares.

Ao omitir-se no artigo 218º do TFUE a ressalva anteriormente existente (“sem prejuízo das competências reconhecidas à Comissão nesta matéria”), o que se pretendeu foi afastar dúvidas interpretativas frequentemente levantadas pela

²¹⁸⁰ Cfr. Parecer do Tribunal de Justiça 1/75, de 11 de Novembro de 1971, ponto A, § 2.

Comissão relativamente à amplitude dos seus poderes de contratação internacional em nome da União.

Na verdade, a Comissão sustentava que a excepção prevista no ex-artigo 300º do TCE não devia ser interpretada de forma restritiva, sublinhando, a este respeito, que, se os autores do Tratado tivessem efectivamente pretendido limitar a sua capacidade de concluir tratados, “o artigo 228.º [ex-artigo 300º do TCE], na sua versão francesa, teria considerado que o Conselho era competente ‘sous reserve des compétences attribuées à la Commission’ e não ‘reconnues à la Commission’.

A utilização do termo ‘reconnues’ na versão francesa indicaria, ao invés, que a Comissão pode basear a sua competência noutras fontes que não o Tratado, tais como a prática das instituições.”²¹⁸¹ (parêntesis nosso)

Dito de outro modo: da formulação “sem prejuízo das competências reconhecidas à Comissão nesta matéria”, a Comissão concluía, com base na prática das instituições, pela detenção do poder de concluir acordos internacionais ou, pelo menos, acordos meramente “administrativos” no âmbito das relações de cooperação da União com os órgãos das Nações Unidas e das suas agências especializadas, e outras organizações internacionais (artigo 220º do TFUE).

Apesar de o Tribunal ter rejeitado a interpretação da Comissão²¹⁸², o Tratado de Lisboa preferiu – e bem - dissipar quaisquer equívocos, apagando, pura e simplesmente, a tão polémica excepção do artigo 300º, nº 2, do TCE.

²¹⁸¹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de Agosto de 1994, processo C-327/91, nºs 30 e 31.

²¹⁸² Na síntese do Tribunal, “33 Em primeiro lugar, a expressão ‘sem prejuízo da competência que cabe à Comissão’ introduz uma excepção à regra que atribui competência ao Conselho para celebrar acordos internacionais.

34 Em segundo lugar, de acordo com o artigo 4º, n.º 1, segundo parágrafo, do Tratado CEE, ‘cada instituição actuará dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelo presente Tratado’. O termo ‘reconnues’ (reconhecidas), utilizado na versão francesa do artigo 228º do Tratado, só pode, portanto, significar o mesmo que ‘attribuées’ (atribuídas).

35 Em terceiro lugar, outras versões linguísticas do artigo 228º utilizam termos que evocam mais a noção de atribuição do que a de reconhecimento. Tal é, nomeadamente, o caso das versões dinamarquesa (‘som på dette område er tillagt Kommissionen’), alemã (‘der Zuständigkeit, welche die

Outros argumentos, todavia, foram (e podem) ser invocados a favor do poder de contratação internacional da Comissão.

Primus, a ideia da prática institucional: a interpretação consolidada da Comissão relativamente ao artigo 300º do TCE teria dado lugar à formação de um verdadeiro costume, o qual conferiria à Comissão o poder geral de celebrar convenções internacionais, ou, no mínimo, os ditos “acordos administrativos” - o Tribunal não acolheu esta ideia, considerando que “uma simples prática não pode prevalecer sobre as normas do Tratado”.²¹⁸³

Secundus, o argumento de que, por analogia com o artigo 101º, nº 3, do Tratado CEEA, a Comissão é competente para negociar e concluir convenções cuja execução não exija a intervenção do Conselho e possa ser assegurada dentro dos limites do orçamento previsto, sem implicar novas obrigações financeiras para a Comunidade, desde que o Conselho seja informado, não colhe. Conforme afirmou o Tribunal, “o Tratado CEE e o Tratado CEEA foram negociados simultaneamente e assinados no mesmo dia, pelo que se os negociadores dos dois Tratados tivessem querido atribuir à Comissão as mesmas competências, tê-lo-iam feito de forma expressa.”²¹⁸⁴ E como muito bem observou o Advogado Geral Tesouro, “a formulação diferente das duas normas correspondentes não é casual. Pelo contrário, esta diversidade parece indicar a vontade dos autores de não reconhecer à Comissão, no âmbito da CEE, a mesma competência que é consagrada no Tratado Euratom. Em resumo, a competência da Comissão que está explícita no artigo 101º do Tratado Euratom está ausente do artigo 228º do Tratado CEE [ex-artigo

.../..._____

Kommission auf diesem Gebiet besitzt’), neerlandesa (‘van de aan de Commissie te dezer zake toegekende bevoegdheden

’) e inglesa (‘the powers vested in the Commission in this field’). Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de Agosto de 1994, processo C-327/91.

²¹⁸³ *Idem*, nº 36. Mais tarde, como referimos (cfr. nº 33.2), o Tribunal, seguindo as conclusões do Advogado-Geral Póiares Maduro, reitera a recusa da aceitação da prática institucional anterior como forma de legitimação de bases jurídicas derivadas.

²¹⁸⁴ *Ibidem*, nº 39.

300º do TCE]: *ubi lex tacuit, noluit*”²¹⁸⁵;

Tertius, defender-se a competência da Comissão para concluir acordos internacionais em sectores nos quais detém, no plano interno, competências próprias que lhe são conferidas pelo Tratado (v.g. concorrência)²¹⁸⁶, também não procede. Para além de o princípio do paralelismo entre competências internas e competências externas, há muito afirmado na jurisprudência²¹⁸⁷, respeitar à repartição das competências entre a União e os Estados-membros e não entre as diferentes instituições, um tal raciocínio implicaria deixar de se interpretar o nº 1 do artigo 228º [ex-artigo 300º do TCE] como uma disposição autónoma e geral em matéria de conclusão dos tratados.²¹⁸⁸ Nesta linha, decidiu o Tribunal: “se é certo que a Comissão é competente, no plano interno, para adoptar decisões individuais de aplicação das regras de concorrência, domínio abrangido pelo acordo, esta competência interna não é susceptível de alterar a repartição de competências entre as instituições comunitárias em matéria de conclusão de acordos internacionais, repartição que é fixada pelo artigo 228º do Tratado.”²¹⁸⁹

Pelo exposto, em matéria de celebração de convenções internacionais pela Comissão, a União apenas será vinculada quanto ao reconhecimento dos livres-trânsitos da União (artigo 6º, § 2, do protocolo relativo aos privilégios e imunidades das União Europeia).

²¹⁸⁵ Cfr. conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesaro, apresentadas em 16 de Dezembro de 1993, processo C-327/91, nº 26.

²¹⁸⁶ Neste sentido, na doutrina, vide CANNIZZARO, “Sulla competenza della Commissione CEE a concludere accordi internazionali”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, págs. 657 e segs.

²¹⁸⁷ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça Comissão vs Conselho (ERTA), de 31 de Março de 1971, processo 22/70, nºs 12-22.

²¹⁸⁸ Cfr. conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesaro, apresentadas em 16 de Dezembro de 1993, processo C-327/91, nº 37.

²¹⁸⁹ Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de Agosto de 1994, processo C-327/91, nº 41.

95.1.3. Dos processos especiais de celebração de convenções internacionais: breve referência

No âmbito da *política comercial comum* encontram-se previstas certas disposições específicas aplicáveis à negociação e celebração de acordos internacionais neste domínio de competência exclusiva da União: as negociações são conduzidas pela Comissão, em consulta com um comité especial designado pelo Conselho (o “comité de política comercial”), o qual delibera por maioria qualificada, salvo nos domínios previstos no artigo 207º, nº 4, do TFUE, em que as decisões são tomadas por unanimidade.²¹⁹⁰

Outra exceção ao procedimento geral de negociação e conclusão de acordos internacionais da União é em matéria de *União Económica e Monetária*: cabe ao Conselho, sob recomendação da Comissão, e após consulta do Banco Central Europeu, decidir sobre os mecanismos para a negociação e para a celebração dos acordos relativos a questões monetárias ou ao regime cambial com um ou mais Estados terceiros ou organizações internacionais, sendo a Comissão plenamente associada a essas negociações.²¹⁹¹

Também em matéria de *PESC*, o procedimento de negociação e conclusão de acordos internacionais reflecte a especificidade da natureza intergovernamental deste domínio, consagrando-se, por isso, disposições específicas nos Tratados, nomeadamente em relação à iniciativa exclusiva do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (quando o acordo incida principal ou totalmente sobre a PESC) ou à inexistência de aprovação ou consulta do Parlamento Europeu (quando o acordo incida exclusivamente sobre a PESC).²¹⁹²

²¹⁹⁰ Vide VITAL MOREIRA, *anotação ao artigo 207º do TFUE*, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 810-814.

²¹⁹¹ Cfr. artigo 219º do TFUE.

²¹⁹² Cfr. artigos 37º do TUE, 216º, nº 1, e 218º, nº 1, do TFUE.

95.2. *Ius legationis*

Corolário da personalidade jurídica internacional da União é também o *ius legationis*: *ius legationis activo*, cabendo a representação da União a delegações da União nos países terceiros e junto das organizações internacionais, colocadas sob a autoridade do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e actuando em estreita cooperação com as missões diplomáticas e consulares dos Estados-Membros²¹⁹³; *ius legationis passivo*, havendo diversas missões diplomáticas de Estados terceiros e representações de organizações internacionais junto da União²¹⁹⁴.

Em termos de direito de legação activo, salienta-se o contributo das delegações da União nos países terceiros, nas organizações e conferências internacionais para a execução do direito de protecção dos cidadãos da União.²¹⁹⁵

Direito fundamental decorrente do estatuto de *cidadania da União*,²¹⁹⁶ a protecção diplomática e consular concretiza-se na possibilidade de os cidadãos da UE gozarem da protecção de qualquer outro Estado membro quando o Estado (membro) da nacionalidade não se encontre representado no território de um país terceiro (não membro).

Como ensina Moura Ramos, “trata-se pois de mais um reflexo do princípio da assimilação do estrangeiro ao nacional como critério definidor do conteúdo de

²¹⁹³ Cfr. artigo 221º do TFUE.

Francisco Ferreira de Almeida alerta para a dificuldade de articulação das cerca de 140 delegações da União com as missões diplomáticas e consulares dos Estados-Membros, “perante o contraste inelutável entre a natureza própria de missões diplomáticas clássicas, mais afeitas a promover os interesses particulares dos Estados que representam, e a de delegações de uma organização de pendor supranacional, em que, diversamente, avultam os interesses gerais da União.” Vide FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, anotação ao artigo 221º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 844.

²¹⁹⁴ Cfr. artigo 16º do Protocolo nº 7 relativo aos privilégios e imunidades da União Europeia.

²¹⁹⁵ Cfr. artigo 35º do TUE.

²¹⁹⁶ Cfr. artigos 23º do TFUE e 46º da CDFUE.

alguns dos direitos integrados na cidadania da União, que de todo em todo exclui que se possa falar de direitos *self-executing*, uma vez que as actuações a que tende o seu exercício pressupõem medidas estaduais e inclusivamente o concurso (traduzido na aquiescência) de Estados terceiros.”²¹⁹⁷

Direito individual claro e incondicional do cidadão de um Estado-Membro beneficiar de tratamento igual pelas autoridades consulares de outro Estado-Membro no território de um país terceiro onde o seu Estado-Membro não tem representação, a efectivação da protecção diplomática e consular de cidadãos da União depende, em conformidade com o direito internacional, do consentimento do Estado receptor, sendo, por isso, incentivada pela Comissão a inserção de cláusulas de consentimento em acordos (bilaterais e mistos) com países terceiros, ou seja, cláusulas prevendo que um país terceiro aceita que as autoridades consulares e diplomáticas de um Estado-Membro representado possam conceder a protecção aos nacionais de Estados-Membros não representados nas mesmas condições dos seus próprios nacionais.²¹⁹⁸

95.3. Relações com outras organizações internacionais

No domínio das *relações com outras organizações internacionais*,²¹⁹⁹ a representação da União cabe, em regra, à Comissão e ao Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, conforme estabelece o artigo 220º do TFUE:

²¹⁹⁷ Vide MOURA RAMOS, anotação aos artigos 18º-23º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 262-263.

²¹⁹⁸ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Protecção consular para os cidadãos da UE em países terceiros: situação actual e vias futuras, COM (2011) 149 final, de 23/03/2011, n.ºs 1.1. e 2.2.2.

²¹⁹⁹ Cfr., por exemplo, artigos 165º-168º, 179º e ss e 191º e ss, do TFUE.

“1. A União estabelece toda a cooperação útil com os órgãos das Nações Unidas e das suas agências especializadas, o Conselho da Europa, a Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa e a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos.

Além disso, a União assegura com outras organizações internacionais as ligações que considere oportunas.

2. A aplicação do presente artigo cabe ao Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e à Comissão.”

No essencial, está em causa o *estabelecimento de relações administrativas ou de trabalho*, envolvendo instrumentos frequentemente usados na prática internacional, como a troca de informações, a constituição de grupos de trabalho e de comissões de ligação, a assistência técnica ou a outorga do estatuto de observador.²²⁰⁰

Em suma: hodiernamente, temos vindo a assistir à emergência de um verdadeiro *direito administrativo internacional da UE*, em resultado designadamente da crescente participação da União em organizações internacionais diversas (v.g. ONU, OMC, OCDE, Conselho da Europa, NATO), da presença cada vez mais assídua de Estados terceiros e de organizações não governamentais nas estruturas administrativas de rede da UE e da celebração de acordos internacionais vários com actores externos.

²²⁰⁰ Vide FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, anotação ao artigo 220º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 841.

Capítulo II

Da capacidade jurídica (internacional) das agências europeias

96. Personalidade jurídica interna e personalidade jurídica internacional

Frequentemente, a *personalidade e capacidade jurídicas internas* das agências europeias são consagradas de forma expressa nos respectivos regulamentos instituidores, com disposições análogas às do artigo 5º do Regulamento EMSA:

“1. A Agência é um organismo da Comunidade, dotado de personalidade jurídica.

2. Em cada Estado-Membro, a Agência goza da capacidade jurídica mais vasta concedida às pessoas colectivas no direito nacional. Pode nomeadamente adquirir ou alienar bens móveis e imóveis e estar em juízo.”

Para além da personalidade jurídica, resulta da leitura deste preceito-tipo que o legislador comunitário não reenvia totalmente a disciplina da capacidade jurídica das agências europeias para as legislações estaduais, porquanto garante necessariamente a capacidade para “adquirir ou alienar bens móveis e imóveis e estar em juízo”.

Neste sentido, a referência à “capacidade jurídica mais vasta concedida às pessoas colectivas no direito nacional” parece, como nota Renzo Rossolini, “assumir um valor simplesmente negativo, impedindo os Estados membros de entrarem injustificadamente a actividade dos entes comunitários.”²²⁰¹

²²⁰¹ Vide RENZO ROSSOLINI, “Le agenzie comunitarie”, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, Fascículo 1/2008, pág. 42.

Ao prever a personalidade e a capacidade jurídica em termos similares às reconhecidas à própria União Europeia,²²⁰² os regulamentos instituidores reforçam a autonomia das agências europeias no sistema comunitário, sem, contudo, dever daí inferir-se necessária e automaticamente a *personalidade jurídica internacional* destes organismos.²²⁰³

Na doutrina, é polémica a questão da dita *personalidade jurídica internacional* das agências, tendendo a maioria dos autores a negar às agência europeias a condição de pessoa à luz do direito internacional público, não obstante estes organismos constituírem, inequivocamente, pessoas de direito comunitário.²²⁰⁴

Reconhecendo que, “ao nível doutrinal, a maioria dos autores se opõe” ao reconhecimento da personalidade jurídica internacional das agências europeias, Maria Luisa Sanchez Barrueco²²⁰⁵ distingue os acordos de sede (*accords de siège*) dos restantes acordos internacionais: em relação aos primeiros, a autora considera inaplicável à sua celebração o artigo 300º do TCE (actual artigo 218º do TFUE); quanto aos segundos, não sendo a regra, a autora considera haver casos em que os estatutos da agência possibilitam a celebração de acordos internacionais com sujeitos de direito internacional exteriores à UE (v.g. artigo 13º do Regulamento Frontex).

Outros autores deduzem o reconhecimento estadual da personalidade jurídica (internacional) de agências do facto de, por várias vezes (v.g. Fundação Europeia para a Formação (ETF), Agência Europeia do Ambiente (EEA), Agência Europeia da Segurança Marítima (EMSA)), os Estados concluírem *accords de*

²²⁰² Cfr. artigos 47º do TUE e 335º do TFUE.

²²⁰³ Em sentido diferente, vide RONALD VAN OOIK, “The growing importance of agencies in the EU...”, *cit.*, pág. 132, e SCHUSTERSCHITZ, “European agencies as subjects of international law”, in *International Organizations Law Review*, nº 1, 2004, pág. 181.

²²⁰⁴ Vide OPPERMANN, *Europarecht*, Beck, 1999, pág. 172.

²²⁰⁵ Vide MARIA LUISA SANCHEZ BARRUECO, “L’Agence européenne de défense, un organe intergouvernemental au service d’une institution communautaire?”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 3, 2008, págs. 515-516.

*siège*²²⁰⁶ com agências comunitárias, ainda que por razões de pragmatismo e /ou de urgência.

Deste modo, invocando a similitude de características formais e do conteúdo material de várias disposições (de direito público) dos acordos de sede com as convenções internacionais, bem como o cumprimento das mesmas exigências de promulgação e de publicação requeridas para a entrada em vigor da generalidade dos tratados de direito internacional público, *tem-se defendido a personalidade jurídica internacional das agências europeias*. Só que, nesta perspectiva, não estaríamos perante a personalidade jurídica internacional ilimitada própria dos Estados, mas perante um *treaty making power circunscrito à conclusão de acordos de sede*, competência sustentada, entre outras razões, na prática dos Estados membros e na existência de um verdadeiro direito consuetudinário internacional.²²⁰⁷

Andrea Ott, por seu lado, distingue as agências que lidam com matérias intergovernamentais das agências comunitárias, afirmando: “para as agências estabelecidas pelo Conselho nos segundo e terceiro pilares, a delegação de certas funções que vão para além da simples gestão de relações externas estaria em linha com os poderes do Conselho ao nível das relações exteriores. Para as agências estabelecidas para auxiliar a Comissão nas suas tarefas administrativas, a personalidade jurídica internacional não pode ser estabelecida devido às funções da Comissão nas relações externas.”²²⁰⁸

97. Capacidade jurídica internacional limitada das agências

É significativo que os diversos regulamentos instituidores prevejam a *participação de países terceiros ou de organizações internacionais* na actividade das

²²⁰⁶ Em geral, sobre os *accords de siège*, vide NGUYEN QUOC DINH, *Droit International Public*, cit., pág. 6029 e ss.

²²⁰⁷ Vide SCHUSTERSCHITZ, “European agencies as subjects...”, cit., págs. 179-188.

²²⁰⁸ Vide ANDREA OTT, “EU regulatory agencies in EU external relations: trapped in a legal mine-field between european and international law”, in *European Foreign Affairs Review*, 13, 2008, pág. 539.

agências europeias com base em acordos internacionais concluídos com a União e não com essas agências.²²⁰⁹

No entanto, as agências europeias podem concluir *acordos externos de natureza administrativa* com outros organismos internacionais na medida em que o seu regulamento instituidor preveja essa capacidade jurídica, como é, aliás, usual, podendo, neste sentido, falar-se numa *capacidade jurídica internacional limitada* destas agências.

Trata-se de *acordos internacionais em forma simplificada, de cariz essencialmente técnico ou administrativo*, práticas de estatuto jurídico nebuloso, *desprovidas de força jurídica obrigatória*, mas respeitadas pelas partes, uma espécie de *soft law* ou *instrumento informal de direito internacional*, conveniente ao desenvolvimento de relações de trabalho internacionais atenta a sua *flexibilidade* e vinculação (meramente) política dos intervenientes.²²¹⁰

No fundo, estes *memoranda of understanding* ou *administrative arrangements* mais não visam do que facilitar e aprofundar os contactos informais, o diálogo estruturado entre actores institucionais europeus e internacionais mantidos realisticamente nas relações de trabalho das agências europeias, no intuito de promover sinergias e uma melhor coordenação dos esforços destes organismos aos níveis da União e global.

Por outro lado, não podemos olvidar os chamados *acordos de sede*. A título ilustrativo, estabelecem os regulamentos instituidores das recentes agências financeiras de supervisão europeia (ESA's):

²²⁰⁹ Cfr., por exemplo, artigo 49º do Regulamento EFSA.

²²¹⁰ Na esteira de Bruno de Witte, a acção externa da União desenvolve-se através de “um *mix* flexível de instrumentos, abrangendo medidas unilaterais da UE, acordos bilaterais e, dentro desta última categoria, tanto tratados formais como instrumentos ‘*softer*’”, isto é, “mecanismos de *soft law* como a cooperação administrativa entre autoridades reguladoras.” Vide BRUNO DE WITTE, “International law as a tool for the European Union”, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pág. 281.

“As disposições necessárias à instalação da Autoridade no Estado-Membro de acolhimento e às instalações a disponibilizar pelo mesmo Estado-Membro, bem como as regras específicas aplicáveis nesse Estado-Membro ao Director Executivo, aos membros do Conselho de Administração e aos funcionários da Autoridade e respectivos familiares, são estabelecidas num acordo de sede entre a Autoridade e o Estado-Membro de acolhimento, a celebrar depois de obtida a aprovação do Conselho de Administração.”²²¹¹

Em bom rigor, porém, os acordos de sede não podem ser considerados tratados internacionais, porquanto celebrados entre agências, antes da União e no interesse desta, e os Estados-membros de acolhimento, obrigados pelos regulamentos instituidores das agências e pelo princípio da colaboração leal a prover ao bom funcionamento daquelas.

*Desta forma, a violação de accords de siège traduz-se em infracção de direito comunitário, susceptível de responsabilizar os Estados incumpridores, de acordo com o artigo 258º e seguintes do TFUE - e não em termos de responsabilidade internacional -, e a própria União, a quem é juridicamente imputável todo o comportamento dos entes comunitários.*²²¹²

*Por fim, a concessão de privilégios e imunidades às agências e seu pessoal não permite falar-se verdadeiramente de personalidade jurídica internacional destes organismos, resultando apenas da remissão dos regulamentos instituidores para o Protocolo que disciplina, em geral, essas matérias na União (Protocolo relativo aos privilégios e imunidades da União Europeia)*²²¹³.

²²¹¹ Cfr. artigo 74º dos Regulamentos EBA, EIOPA e ESMA.

²²¹² Neste sentido, vide RENZO ROSSOLINI, “Le agenzie comunitarie.., *cit.*, pág. 44.

²²¹³ V.g. artigos 46º, nº 2, do Regulamento EFSA, 7º Regulamento EMSA, 27º Regulamento ACER, 23º Regulamento BEREC, 67º dos Regulamento EIOPA, ESMA e EBA.

98. Participação de Estados terceiros (e organizações internacionais) e personalidade jurídica internacional das agências europeias

98.1. Participação de Estados terceiros nas agências europeias: intróito

Num mundo crescentemente globalizado e em que o espaço de integração regional europeu (ainda) gera grande atractividade, é frequente a cooperação da União com países terceiros (e com outras organizações internacionais - locais, regionais ou universais).²²¹⁴

No âmbito desta cooperação, destaca-se, a associação de Estados terceiros (e de organizações internacionais) aos trabalhos das agências,²²¹⁵ tendo por base interesses variados, como a integração de culturas administrativas no âmbito do aprofundamento de parcerias bilaterais mais extensas entre a União e esses Estados terceiros (v.g. processos de aproximação normativa e administrativa nas políticas de alargamento e de vizinhança) ou a melhoria da eficácia de políticas sectoriais europeias, nomeadamente em domínios em que a cooperação para além fronteiras da União é particularmente decisiva (v.g. luta contra a criminalidade transfronteiriça (Europol, Eurojust), segurança das fronteiras da União (Frontex)).

São, pois, raros os regulamentos instituidores de agências europeias em que não se encontra prevista uma *cláusula de abertura à participação de Estados terceiros* na actividade destes organismos, ainda que condicionando essa participação a determinados requisitos.²²¹⁶

²²¹⁴ Vide CÉCILE RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union Européenne et les Etats tiers européens. Etude de la contribution de l'Union Européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, Bruylant, Bruxelas, 2011.

²²¹⁵ Vide CÉCILE RAPOPORT, "La participation des Etats tiers aux agences de l'Union Européenne", in *Les agences de l'Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, pág. 141 e ss.

²²¹⁶ V.g. aplicação do direito comunitário, estatuto de Estado europeu, de Estado candidato, de Estado membro de determinada organização internacional. Vide CÉCILE RAPOPORT, "La participation des Etats tiers...", *cit.*, págs. 149-154.

Deste modo, a participação dos Estados terceiros nos órgãos das agências europeias é recorrente, incluindo mesmo a *integração de representantes desses Estados nas estruturas orgânicas das agências*, designadamente em comités consultivos ou nos próprios Conselhos de Administração, seja enquanto convidado informal e episódico, seja enquanto mero observador ou mesmo representante permanente.

Em qualquer circunstância, em nome da independência das agências europeias, de uma prática institucional consolidada e, em geral, da autonomia da própria ordem jurídica da União, os representantes dos Estados não membros da União não dispõem, via de regra²²¹⁷, de direito de voto: os Estados terceiros encontram-se desprovidos de poder decisório, mesmo quando contribuem financeiramente para o funcionamento destes organismos.

Em princípio, *a participação de Estados terceiros, a envolver custos para o funcionamento das agências*, implica contrapartidas financeiras a cargo desses Estados, no sentido da cobertura integral desses custos. Em organismos como a Europol e a Eurojust, porém, os Estados terceiros apenas suportam as suas próprias despesas resultantes da colaboração.

Por outro lado, há situações em que o orçamento comunitário cobre (parcialmente) a participação dos Estados terceiros nas agências, designadamente em nome da política de vizinhança (v.g. a Turquia beneficia de somas financeiras para participar nos trabalhos do Instituto Europeu das drogas e da toxicod dependência)²²¹⁸ ou de prestação de assistência financeira às agências a título do Instrumento de Assistência de Pré-Adesão (IPA)²²¹⁹ para efeitos de preparação da participa-

²²¹⁷ Excepcionalmente, Islândia, Noruega, Suíça e Liechtenstein dispõem de direito de voto no seio da agência Frontex, em decorrência do *acquis* de Schengen.

²²¹⁸ Cfr. Regulamento (CE) n° 1638/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 2006, que estabelece disposições gerais relativas à criação do Instrumento Europeu de Vizinhança e Parceria.

²²¹⁹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Estratégia de Alargamento e Principais Desafios para 2008-2009, COM (2008) 674 final, Bruxelas, 05/11/2008, 2.2.

ção dos países candidatos (ou potencialmente candidatos) a alargamento da União nestes organismos.²²²⁰

98.2. Participação de Estados terceiros em agências europeias e vinculação da UE

Prevista a participação de Estados terceiros nas actividades de agências europeias, a efectiva concretização desta possibilidade vazada na maioria dos regulamentos instituidores destes organismos depende da celebração de um acordo internacional entre a União e os Estados não membros interessados na cooperação.

Tal como referimos acima²²²¹, *as agências europeias não podem concluir acordos internacionais com Estados terceiros destinados a permitir-lhes a participação nas suas actividades, porquanto tal implicaria uma margem de ponderação política que transcende os limites dos poderes destes organismos, colocando em causa o equilíbrio institucional dos poderes na União.*

Desta sorte, *os referidos acordos internacionais podem apenas ser celebrados entre a União e os Estados terceiros, nos termos gerais do artigo 218º do TFUE²²²²: a celebração de acordos internacionais com efeitos obrigatórios pelas agências europeias com organizações internacionais ou Estados terceiros constituirá violação do equilíbrio institucional da União.*

Numa palavra: a capacidade de contratação das agências europeias cinge-se a certo tipo de convenções concluídas com a finalidade de instituir formas de colaboração com administrações de Estados terceiros ou de outras organizações internacionais com atribuições análogas,²²²³ não vinculando validamente a

²²²⁰ Cfr. Ficha nº 18, nºs 1) e 2), documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

²²²¹ Cfr. nº 101.

²²²² Cfr., por exemplo, com as necessárias actualizações, o artigo 21º do Regulamento EMCDDA.

²²²³ V.g. artigo 20º do Regulamento EMCDDA.

União no plano internacional; trata-se, no fundo, de práticas concertadas entre administrações que agem no âmbito do seu poder discricionário, práticas cada vez mais correntes e toleradas pelo direito internacional.

Neste sentido, da análise de vários regulamentos instituidores das agências comunitárias, não obstante a heterogeneidade reinante, podemos destacar certos preceitos reguladores de relações externas mantidas com Estados terceiros ou organizações internacionais que não indiciam a capacidade de vincular a União.

Exemplificativamente, no caso das agências de supervisão financeira (ESA's), prevê-se:

“Sem prejuízo das competências respectivas dos Estados-Membros e das instituições da União, a Autoridade pode desenvolver contactos e celebrar acordos de carácter administrativo com autoridades de supervisão, organizações internacionais e administrações de países terceiros. Esses acordos não podem criar obrigações jurídicas no que respeita à União e aos seus Estados-Membros nem podem impedir os Estados-Membros e as respectivas autoridades competentes de celebrarem acordos bilaterais ou multilaterais com países terceiros.”²²²⁴

Atente-se na expressão “esses acordos não podem criar obrigações jurídicas no que respeita à União e aos seus Estados-Membros”, na linha dos considerandos 44 dos Regulamentos EBA e ESMA e 43 do Regulamento EIOPA, que estipulam:

“Atendendo à globalização dos serviços financeiros e à importância crescente das normas internacionais, a Autoridade deverá promover o diálogo e a cooperação com autoridades de supervisão exteriores à União. Deverá poder desenvolver contactos e celebrar acordos de carácter administrativo com autoridades de supervisão e administrações de países terceiros e com organizações internacionais,

²²²⁴Cfr. artigo 33º dos Regulamentos EBA, ESMA e EIOPA.

sem prejuízo dos actuais papéis e das competências respectivas dos Estados-Membros e das instituições da União.” (itálico nosso)²²²⁵

Também no quadro dos anteriormente designados pilares intergovernamentais as agências dispõem da prerrogativa de conclusão de acordos internacionais com Estados terceiros ou organizações internacionais insusceptíveis de vincular a União, não obstante a (necessidade de) aprovação pelo Conselho.

Por exemplo, a *Europol*, para além da capacidade de celebração de acordos ou convénios de ordem prática com instituições, órgãos e organismos criados pelo TUE e pelo TFUE, sobre o intercâmbio de informações operacionais, estratégicas ou técnicas, incluindo dados pessoais e informações classificadas, após aprovação pelo Conselho de Administração, pode (e deve) celebrar *acordos com organizações e Estados terceiros* sobre o intercâmbio de informações operacionais, estratégicas e técnicas, incluindo dados pessoais e informações classificadas, *após aprovação pelo Conselho e consulta do Conselho de Administração.*²²²⁶

Similarmente, a *Eurojust* pode celebrar *acordos de cooperação com Estados terceiros, organizações ou instâncias internacionais*, nomeadamente sobre mecanismos de destacamento de agentes de ligação ou magistrados de ligação junto deste organismo ou relativamente ao intercâmbio de dados pessoais, *desde que aprovados pelo Conselho.*²²²⁷

Numa palavra: *às agências do anteriormente denominado terceiro pilar (cooperação policial e judiciária em matéria penal) é reconhecida expressamente a qualidade de parte em acordos administrativos internacionais celebrados com Estados terceiros. E apesar de a capacidade contratual consagrada aos órgãos deliberativos destes organismos de índole intergovernamental ser condicionada à*

²²²⁵ Não concordamos, assim, com Mohoney quando afirma, relativamente às Autoridades Europeias de Supervisão Financeira, ser considerável o “potencial de conflitos com a Comissão, a qual tradicionalmente tem desempenhado papel importante na representação da UE em matérias financeiras”. Vide NIAHM MOLONEY, “EU financial market regulation...”, *cit.*, pág. 1354.

²²²⁶ Cfr. artigos 22º e 23º da Decisão EUROPOL.

²²²⁷ Cfr. artigo 27º, nºs 1 e 3, da Decisão EUROJUST.

aprovação do Conselho, não há qualquer vinculação da União, a qual só ocorreria com o preenchimento dos pressupostos gerais constantes do artigo 218º do TFUE.

Ainda no domínio da Política Externa e de Segurança Comum, o anterior segundo pilar da integração europeia, é reconhecida a competência das agências para a celebração somente de acordos administrativos, sem vinculação da União, não obstante a (necessidade de) aprovação pelo Conselho; a conclusão de outras convenções internacionais (com Estados terceiros, por exemplo) é competência da UE nos termos gerais.

Destarte, *cabe ao Conselho*, e não ao *Centro de Satélites Europeus*, definir as condições de associação de Estados terceiros, *rectius*, dos membros europeus da NATO que não são membros da União e de outros Estados que sejam candidatos à adesão à União Europeia,²²²⁸ às actividades desta agência; a notificação ao Alto Representante dos Negócios Estrangeiros e da Política de Segurança da aceitação dos Estados (predeterminados) que queiram aderir aos trabalhos desta agência compete, por seu turno, ao “Estado terceiro” - presumimos, através da autoridade competente para o vincular, nos termos das suas regras constitucionais e legais.²²²⁹

No respeitante à *Agência Europeia de Defesa* é apenas prevista expressamente a faculdade de celebrar *convénios administrativos* pelo Comité Director, *após aprovação pelo Conselho*, deliberando por unanimidade, no respeito do quadro institucional único e da autonomia de tomada de decisões da União Europeia.²²³⁰

Numa palavra: em geral, em matéria de relações internacionais, deve assegurar-se que as agências, operando no âmbito do seu mandato e do quadro institu-

²²²⁸ Cfr. artigo 21º da Acção Comum do Conselho, de 20 de Julho de 2001, relativa à criação do Centro de Satélites da União Europeia.

²²²⁹ Cfr. artigo 8º do anexo à Acção Comum do Conselho, de 20 de Julho de 2001, relativa à criação do Centro de Satélites da União Europeia.

²²³⁰ Cfr. artigo 25º da Acção EDA.

cional existente, “não sejam encaradas como representando a posição da UE no exterior ou como comprometendo a UE a obrigações internacionais.”²²³¹

²²³¹ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, III, n° 25. Não obstante, de acordo com o mesmo documento, “a fim de assegurar a coerência da política da UE, as agências, a Comissão e as delegações competentes da UE devem proceder a um intercâmbio precoce de informações sobre as respectivas actividades internacionais.” (n° 25)

TÍTULO VIII

Uma regulamentação-quadro?

Capítulo I

Da regulamentação *ad-hoc* das agências e tentativa de sua uniformização

99. Do casuísmo à Comunicação de 2002

O processo de *agencificação* na UE desenvolveu-se casuisticamente, de forma *ad-hoc*, em função de conjunturas variáveis e particularidades sectoriais²²³². Sendo notória a falta de uma estratégia geral e coerente, de uma visão global na criação e estruturação das agências europeias, não surpreenderá a tentativa de sua uniformização²²³³.

Demonstrativa da heterogeneidade reinante é a diferença em matéria de *governance* das agências²²³⁴, sendo extremamente díspares os regimes de composição²²³⁵ e funcionamento²²³⁶ do Conselho de Administração, de nomeação do

²²³² Sobre as causas, por exemplo, da emergência das agências europeias no domínio dos transportes (v.g. catástrofe Erika no domínio dos transportes marítimos), *vide* LOÏC GRARD, “An example of regulation agency: air and maritime transport”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, págs. 93-95.

²²³³ *Vide* JOËL MOLINIER, “L’élaboration d’un cadre commun aux agences de l’Union”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, págs. 221-245.

²²³⁴ Para maiores desenvolvimentos, cfr. Senado francês, *Rapport d’information fait au nom de la délégation pour l’Union Européenne sur les agences européennes*, sessão ordinária de 2005-2006, em especial, págs. 12-18.

²²³⁵ Exemplificativamente, o Conselho de Administração da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA) é constituído por 15 membros, “14 membros designados pelo Conselho,

Director/Presidente²²³⁷, de duração de mandatos²²³⁸, ou de aprovação dos programas de trabalho²²³⁹.

.../..._____

em consulta com o Parlamento Europeu, a partir de uma lista estabelecida pela Comissão que incluirá um número de candidatos substancialmente superior ao número de membros a designar, assim como por um representante da Comissão” (cfr. artigo 25º, nº 1, do Regulamento EFSA), enquanto no Conselho de Administração da Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho (EU-OSHA) têm assento 81 membros, em representação de Estados membros, Comissão e parceiros sociais (cfr. artigo 8º, nº 1, do Regulamento EU-OSHA).

²²³⁶ Ao nível dos sistemas de voto, por exemplo, a adopção de decisões no Conselho de Administração varia entre as exigências de maioria absoluta dos membros com direito de voto (cfr. artigo 24º, nº 1, do Regulamento FRONTEX) à maioria qualificada de dois terços dos membros com direito de voto (cfr. artigo 14º, nº 1, do Regulamento EMSA).

Em matéria de regime linguístico, as disciplinas são também muito diversas, havendo casos em que os estatutos procedem ao reenvio para o regime linguístico geral da União (cfr. artigo 15º do Regulamento CEDEFOP), outros em que tal tarefa é cometida ao Conselho de Administração da respectiva agência (cfr. artigo 35º do Regulamento ERA).

²²³⁷ Por vezes, o Director é nomeado pela Comissão, com base numa lista de candidatos apresentados pelo Conselho de Administração (cfr. artigo 6º, nº 1, do Regulamento CEDEFOP), enquanto noutras agências a nomeação daquele cabe ao Conselho de Administração, sob proposta da Comissão (cfr. artigo 9º, nº 1, do Regulamento EEA) ou ao Conselho, com base numa lista submetida pelo Conselho de Administração (cfr. artigo 125º, nº 1, do OHIM) ou pela Comissão, após parecer do Conselho de Administração (cfr. artigo 43º, nº 1, do Regulamento CPVO).

²²³⁸ Via de regra, a duração dos mandatos é de cinco anos (v.g. Agência Comunitária de Controlo das Pescas - cfr. artigo 24º, nº 3, do Regulamento CFCA), mas há estatutos que prevêem mandatos de diferente duração (v.g. três anos no caso dos membros do Conselho de Administração da Fundação Europeia para a melhoria das condições de vida e de trabalho – cfr. artigo 6º, nº 3, do Regulamento EUROFOUND).

²²³⁹ Por vezes, o programa de trabalho é adoptado após parecer da Comissão (cfr. artigo 24º, nº 2, alínea c), do Regulamento EASA), noutros casos o parecer desfavorável da Comissão pode ser ultrapassado por uma maioria reforçada no Conselho de Administração (cfr. artigo 10º, nº 2, alínea d), do Regulamento EMSA), noutras situações o acordo da Comissão é indispensável (cfr. artigo 8º, nº 1, do Regulamento CEDEFOP). De referir ainda a existência de programas de trabalho de agências cuja aprovação prescinde de qualquer consulta da Comissão (cfr. artigo 65º, nº 9, do Regulamento EMA).

Na tentativa de racionalizar o *caos institucional* resultante do estabelecimento de agências sem qualquer visão de conjunto subjacente, a Comissão, na linha do Livro Branco sobre Governança Europeia²²⁴⁰, adoptou, em 2002, uma Comunicação relativa ao *enquadramento das agências europeias de regulamentação*²²⁴¹.

Segundo a Comissão, um enquadramento adequado permitiria a adopção de uma abordagem mais transparente e coerente aquando da criação de futuras agências de regulação: preveria uma organização interna à medida das tarefas confiadas, facilitaria o processo decisório de criação de cada agência individual e garantiria que a sua eficiente organização e o seu bom funcionamento não seriam prejudicados por considerações táticas associadas a um sector ou caso particulares.²²⁴²

100. Do projecto de acordo interinstitucional de 2005

100.1. Visão geral

Na sequência desta Comunicação de 2002 e com o aparente incentivo do Parlamento Europeu e do Conselho²²⁴³, a Comissão, em 2005, dirigiu a estas insti-

²²⁴⁰ Cfr. Comissão das Comunidades Europeias, *Governança Europeia – um Livro Branco*, Bruxelas, 25.7.2001, COM (2001) 428 final.

²²⁴¹ Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit.*

Na doutrina, para um sumário das principais novidades desta Comunicação em matéria de agências europeias e sua influência sobre o projecto da Constituição Europeia, *vide* MASSIMO GAUDINA, “The european regulatory agencies and the draft Constitutional Treaty”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005, págs. 85-90.

²²⁴² Cfr. Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, *cit.*, pág. 5.

²²⁴³ *Vide* FRANÇOISE COMTE, “Agences européennes: relance d’une réflexion interinstitutionnelle européenne?”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 3/2008, págs. 485-486.

tuições um projecto de acordo interinstitucional sobre o *enquadramento das agências europeias de regulação*.²²⁴⁴

De acordo com este projecto, *uma abordagem horizontal destinar-se-ia a assegurar o respeito de uma base mínima comum de princípios e regras no respeitante à criação, funcionamento e controlo das agências*, devendo a participação destes organismos no exercício da função executiva europeia ser estruturada de forma coerente e equilibrada, *com respeito pelos imperativos de unidade e integridade desta função a nível comunitário*.

Por outro lado, a Comissão considerava que a *credibilidade das agências assentaria, em grande parte, na sua eficácia*, com a sua organização a permitir-lhes desempenhar de forma eficaz as tarefas que lhes fossem confiadas, sendo, portanto, fundamental a simplificação dos processos de tomada de decisão, a redução dos custos e a *atribuição às agências de uma certa autonomia organizativa, jurídica e financeira*.

Esta *autonomia teria como contrapartida o estabelecimento e a delimitação claras das responsabilidades das instituições e das agências*, com a instauração de sistemas de controlo claros e *baseando-se o recurso a estes organismos numa avaliação de impacto tão completa e rigorosa quanto possível a cargo da Comissão*.

Por fim, salientava-se a importância da *participação das partes interessadas*, de um elevado grau de *transparência* e do *cumprimento das regras de boa administração*.²²⁴⁵

Se bem que não caiba na economia desta dissertação dissecar aqui exaustivamente o conteúdo do projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão,²²⁴⁶ cumpre enfatizar que nele se procura, no fundo, sistematizar e dar

²²⁴⁴ Cfr. projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, *cit.*

²²⁴⁵ *Idem*, pág. 2.

²²⁴⁶ Para um sumário e apreciação crítica do conteúdo das principais propostas constantes do projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agên-

coerência a práticas normativas consolidadas, designadamente, a definição da estrutura orgânica, das regras de funcionamento, dos mecanismos de financiamento e de controlo das agências.

100.2. Da realização de avaliações de impacto

Pela sua relevância prática para a constituição das agências europeias, salientamos aqui a ideia da realização de *avaliações de impacto* rigorosas pela Comissão - avaliações já referidas na Comunicação da Comissão de 2002 e agora desenvolvidas mais abertamente no projecto de acordo interinstitucional de 2005.²²⁴⁷

Em geral, trata-se de *instrumento adequado à identificação das principais possibilidades para alcançar determinados objectivos e analisar o impacto das políticas projectadas*, proporcionando um conjunto de dados objectivos e detalhados essenciais para o decisor político avaliar a oportunidade da sua intervenção e a pertinência das medidas a propor.

*No plano europeu, a análise de impacto desempenha um papel preponderante no processo decisório dos Estados membros e da União, em especial da Comissão,*²²⁴⁸ a qual assumiu pretender recorrer a este tipo de análise a montante de todas as iniciativas legislativas importantes da sua competência.²²⁴⁹

Na verdade, no âmbito da *iniciativa “Legislar melhor”*, em resposta às *necessidades de simplificação e melhoramento do ambiente legislativo da União e .../..._____*

cias europeias de regulação, cfr. Senado francês, *Rapport d’information fait au nom de la délégation pour l’Union Européenne sur les agences européennes*, *cit.*, págs. 19-38.

²²⁴⁷ Cfr. projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, *cit.*, ponto 8.2.

²²⁴⁸ Para uma visão geral da problemática da avaliação de impacto como metódica útil à elaboração de instrumentos de análise jurídica mais eficazes à reforma do *acquis communautaire*, vide, por todos, PIERCARLO ROSSI, *Diritto Europeo e valutazione di impatto della regolazione – profili comparatistici*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2012.

²²⁴⁹ Cfr. Linhas directrizes sobre a avaliação de impacto, de 15 de Junho de 2005, SEC (2005) 791, ponto II, 1.

de exame dos efeitos das propostas legislativas sob os aspectos económico, social e ambiental, expressas nos Conselhos Europeus de Gotemburgo e de Laeken em 2001, a Comissão lançou várias medidas, entre as quais diversas avaliações de impacto.²²⁵⁰

Assim, de um lado, *são realizadas avaliações de impacto relativas a propostas legislativas ou outras iniciativas da Comissão, rectius*, a todas as grandes iniciativas orçamentais, legislativas e políticas com um provável impacto significativo;²²⁵¹ de outra banda, por forma a aplicá-lo igualmente à legislação da UE em vigor aquando de uma revisão ou uma actualização do acervo comunitário, o sistema de avaliação de impacto da Comissão, em 2009, foi alargado às regras de execução.²²⁵²

Os relatórios resultantes destas avaliações de impacto devem identificar e avaliar o problema em causa e os objectivos a alcançar, bem como definir as principais opções para concretizar o objectivo político e analisar os seus possíveis efeitos económicos, ambientais e sociais, analisar os potenciais encargos administrativos resultantes das acções propostas, avaliar os eventuais problemas de execução e de aplicação da legislação e especificar as disposições adequadas de acompanhamento e de avaliação para a intervenção ou o programa propostos.²²⁵³

Em palavra breve: *as avaliações de impacto contribuem para o processo de tomada de decisão através de uma recolha e análise sistemáticas de informa-*

²²⁵⁰ Cfr. Livro Branco sobre a Governança Europeia, COM (2001) 428 final e Acordo interinstitucional «Legislar melhor» (JO C 321 de 31.12.2003).

²²⁵¹ Definem-se como grandes iniciativas políticas todas as que são apresentadas na estratégia política anual ou, posteriormente, no programa legislativo e de trabalho da Comissão, acompanhadas de algumas excepções claramente definidas, podendo pontualmente outras iniciativas importantes ser também abrangidas. Cfr. Linhas directrizes sobre a avaliação de impacto, de 15 de Junho de 2005, SEC (2005) 791, pág. 6.

²²⁵² Cfr. Relatório da Comissão sobre o trabalho dos Comités em 2006, COM (2007) 842, 2007.

²²⁵³ Cfr. A avaliação de impacto nas instituições da UE apoia o processo de tomada de decisão? Relatório Especial n° 3 do Tribunal de Contas Europeu, 2010, n° 6.

*ções relativas às intervenções previstas, bem como de uma estimativa do seu impacto provável.*²²⁵⁴

Cabe a cada Direcção-Geral (DG) da Comissão a responsabilidade pela elaboração das suas avaliações de impacto, em conformidade com as directrizes da Comissão²²⁵⁵, sendo reconhecido por esta, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho “o contributo positivo das análises de impacto para melhorar a qualidade da legislação comunitária, tanto quanto ao âmbito de aplicação como ao conteúdo da mesma”²²⁵⁶.

Em 2005, foi assinado um acordo interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão relativo a uma “abordagem interinstitucional comum sobre a análise de impacto”,²²⁵⁷ em que se prevê que as avaliações de impacto devem, antes de tudo, ajudar a Comissão a elaborar as suas iniciativas políticas e propostas legislativas. Por conseguinte, durante o processo legislativo, as avaliações de impacto apresentadas pela Comissão e, quando for caso disso, as realizadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, devem fornecer informações com base nas quais os legisladores possam decidir qual a forma mais apropriada de resolver um problema específico.

Previsto em diversos actos de direito derivado como obrigação (v.g. directivas sobre o ambiente), o *recurso à avaliação de impacto tem-se generalizado nos processos decisórios da União*,²²⁵⁸ em virtude da importância que a existência

²²⁵⁴ Cfr. Comunicação da Comissão Europeia sobre a avaliação de impacto, COM (2002) 276 final de 02/06/2002, n° 1.2.

²²⁵⁵ Cfr. Directrizes sobre a Avaliação de Impacto, SEC (2005) 791, de 15/06/2005, alteradas em 15/03/2006, e Directrizes sobre a Avaliação de Impacto, SEC (2009) 92, de 15/01/2009.

²²⁵⁶ Cfr. Acordo interinstitucional «Legislar melhor» (JO C 321 de 31.12.2003), n° 28.

²²⁵⁷ Cfr. Abordagem interinstitucional comum sobre a análise de impacto (14901/05 JUR), adoptado em 29/11/2005.

²²⁵⁸ No balanço do Tribunal de Contas Europeu, “no período de 2003-2008, foram realizadas avaliações de impacto relativamente a 69 % de todas as iniciativas incluídas no programa legislativo e de trabalho da Comissão. A partir de 2005, de acordo com os critérios então definidos pela Comissão, foram realizadas avaliações de impacto de todos os elementos relevantes incluídos no pro-

de conhecimentos precisos e objectivos sobre as mais diversas matérias reveste para o decisor político e a adopção de medidas racionais e de qualidade. E, constituindo um contributo significativo para a intervenção das autoridades públicas europeias, na medida em que fornece informação aprofundada aos decisores sobre as consequências das opções políticas, a análise de impacto acaba por limitar a liberdade decisória das instituições. Mais: ao fornecer dados objectivos e precisos, o processo de avaliação de impacto impede a arbitrariedade e impõe-se como elemento essencial para a tomada de medidas de maior qualidade, coerência e transparência, sem substituir a ponderação política, a qual implica considerações complexas para além do impacto previsto de uma determinada proposta.²²⁵⁹

Neste sentido, a avaliação de impacto pode até ser perspectivada, não apenas como fonte de constrangimentos para o titular do poder decisório, mas também como uma fonte de escolhas²²⁶⁰: o decisor político é dotado de um conjunto de informações prestadas por *experts*, Estados membros e outros actores, que, de algum modo, acaba por alargar o seu poder de apreciação e melhorar a adequação e a qualidade da medida a adoptar.

Tudo visto e ponderado, não podem ignorar-se algumas reservas quanto às avaliações de impacto, a pretexto de constituírem exercícios “especulativos” de previsão de reacções e resultados, autênticos *esforços heróicos de adivinhação*²²⁶¹, *não raro a ocultar decisões políticas pré-determinadas*²²⁶²... A explicar, assim, (melhor) a importância destes instrumentos para a Comissão, nomeada-

.../..._____

grama legislativo e de trabalho da Comissão, ou seja as iniciativas que foram consideradas como tendo um impacto significativo.” Cfr. A avaliação de impacto nas instituições da UE apoia o processo de tomada de decisão? Relatório Especial nº 3 do Tribunal de Contas Europeu, 2010, nº 21.

²²⁵⁹ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a avaliação de impacto, COM (2002) 276 final, Bruxelas, 05/06/2002, ponto 1.2.

²²⁶⁰ Vide AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire...*, cit., pág. 521.

²²⁶¹ Vide ROBERT BALDWIN, “Better regulation: tensions aboard the enterprise”, in *Better Regulation*, coordenado por Stephen Weatherill, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, pág. 35.

²²⁶² Vide P. ANDREWS, “Are market failure analysis and impact assessment useful?”, in *Better Regulation*, coordenado por Stephen Weatherill, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, pág. 65.

mente na formatação do figurino e dos poderes das agências europeias a criar nos diversos mercados...

Na realidade, quanto à criação de agências, a Comissão comprometeu-se a justificar todas as propostas com base numa avaliação de impacto fundada numa análise objectiva ex ante tão completa quanto possível e no respeito das exigências decorrentes dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Assim, a avaliação de impacto atenderá a *factores vários*, tais como: problema a resolver e as necessidades a satisfazer a curto ou a longo prazo; valor acrescentado da acção comunitária; opções alternativas à criação de uma agência europeia de regulação (v.g. prestação directa, pela Comissão, das actividades previstas, alargamento das funções de agência existente, criação de serviço, criação de agência executiva e/ou subcontratação de tarefas específicas); objectivos a alcançar nos múltiplos níveis, geral, específico e operacional; indicadores necessários à sua avaliação; todos os impactos involuntários e as concessões mútuas a ponderar; tarefas a atribuir; eventuais benefícios em termos de competência técnica, visibilidade, transparência, flexibilidade e reactividade; coerência, credibilidade e eficácia da acção pública; custos decorrentes do controlo, da coordenação e do impacto nos recursos humanos e outras despesas administrativas; ilações extraídas de experiências análogas já efectuadas; sistema de acompanhamento e de avaliações periódicas a efectuar.²²⁶³

Mais recentemente, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão reiteraram a importância de a decisão de criação de uma nova agência “assentar em avaliações objectivas do impacto de todas as opções pertinentes”,²²⁶⁴ não obstante terem sido detectadas diversas fraquezas nas avaliações que têm vindo a ser feitas desde 2004 para a criação de novas agências ou revisão de regulamentos fundadores.

²²⁶³ Cfr. projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, *cit.*, artigo 7º.

²²⁶⁴ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, I, nº 2.

Além da inexistência de critérios harmonizados para decidir entre diferentes opções de desenvolvimento das políticas, da falta de avaliação do impacto sobre os orçamentos e administrações nacionais ou da pouca atenção prestada à possibilidade de extensão de mandatos de agências em detrimento da criação de novos organismos, acresce a constatação feita por um grupo interinstitucional de que em alguns casos (v.g. FRA, EASO) “o acordo político sobre a criação de uma agência futura precede a proposta da Comissão e até a avaliação de impacto sobre a opção da agência e suas alternativas.”²²⁶⁵

²²⁶⁵ Cfr. Ficha nº 2, nº 2), documento de análise na base da Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

Capítulo II

Do fracasso do projecto de acordo interinstitucional de 2005 à Comunicação da Comissão em 2008

101. Razões para o fracasso do projecto de acordo interinstitucional de 2005

Apesar da satisfação do Parlamento Europeu²²⁶⁶, o Conselho inviabilizou o projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão por motivos de ordem vária.²²⁶⁷

Substantivamente, as divergências do Conselho relativamente às propostas da Comissão reportavam-se, no essencial, a duas matérias:

- 1) A sede das novas *agências europeias de regulação* que, na perspectiva do Conselho, deveria *sempre* depender *inequivocamente* de decisão unânime dos Estados membros, enquanto a Comissão, sem retirar *a priori* aos Estados-Membros o direito de decidir sobre a sede de uma agência ao mais alto nível político, defendia o direito de propor que essa decisão fosse tomada a tempo de poder constar do acto de base ou, se tal não fosse possível, o mais tardar, no prazo de seis meses;²²⁶⁸
- 2) a representação de todos os Estados membros no Conselho de Administração, contrariamente à pretensão de executivos paritários propug-

²²⁶⁶ Cfr. Resolução do Parlamento Europeu de 01/12/2005, P6 TA (2005)0460.

²²⁶⁷ *Vide* JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, “EU regulatory agencies: what future do they have?”, in *Views of European Law from the mountain – Liber Amicorum Piet Jan Slot*, coordenado por M. Bulterman, L. Hancher, A. McDonnell e H. Sevenster, Kluwer Law International, 2009, pág. 361.

²²⁶⁸ Cfr. projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, *cit.*, pág. 4.

nada pela Comissão, segundo a qual a presença de igual número de representantes dos dois ramos do executivo comunitário nos *boards* das agências asseguraria um (mais) justo equilíbrio entre a prossecução dos objectivos comunitários e a tomada em consideração dos interesses nacionais.²²⁶⁹

Em termos formais, o Conselho manifestou a sua oposição à escolha do instrumento jurídico utilizado, advogando que a disciplina do enquadramento geral das agências europeias não podia ser fundada num acordo interinstitucional (artigo 295º do TFUE)²²⁷⁰, mas apenas num regulamento-quadro, com base no artigo 308º do TCE (actual artigo 352º do TFUE).

Segundo os Serviços Jurídicos do Conselho, haveria uma incompatibilidade do projecto de acordo interinstitucional sobre as agências europeias com a Declaração relativa ao artigo 10º do TCE anexa ao Tratado de Nice²²⁷¹, porquanto aquele projecto completaria as disposições do Tratado.

²²⁶⁹ *Idem*, pág. 7.

²²⁷⁰ Para uma síntese dos problemas e divergências quanto à natureza legal, efeitos jurídicos e admissibilidade dos acordos interinstitucionais na União, *vide* WALDEMAR HUMMER, “From ‘Interinstitutional Agreements’ to ‘Interinstitutional agencies/offices’?”, *in European Law Journal*, Volume 13, nº 1, Janeiro 2007, págs. 47-74, e BART DRIESSEN, “Interinstitutional conventions and institutional balance”, *in European Law Journal*, volume 33, nº 4, 2008, págs. 550-562.

²²⁷¹ Dispunha a declaração nº 3, respeitante ao artigo 10º do Tratado que institui a Comunidade Europeia:

“A Conferência recorda que o dever de cooperação leal decorrente do artigo 10.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia e que rege as relações entre os Estados-Membros e as Instituições comunitárias, rege também as relações entre as próprias Instituições comunitárias. No que se refere às relações entre Instituições, quando, no âmbito deste dever de cooperação leal, seja necessário facilitar a aplicação do disposto no Tratado que institui a Comunidade Europeia, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão podem celebrar acordos interinstitucionais. *Esses acordos não podem alterar nem completar as disposições do Tratado e só podem ser celebrados com o assentimento daquelas três instituições.*” (itálico nosso)

Na verdade, conforme reconhecia a doutrina, algumas disposições específicas contidas no projecto de acordo interinstitucional, *maxime* as regras sobre recursos judiciais, apresentavam aspectos de incompatibilidade com a referida declaração sobre o artigo 10º do TCE, ao possibilitarem que, através de actos de direito privado, se estendesse o âmbito de aplicação das normas vigentes de direito comunitário primário sobre controlo jurisdicional a organismos aí não contemplados, o que só seria viável com modificações do Tratado.²²⁷²

Diferentemente, segundo os serviços jurídicos da Comissão nenhum elemento do projecto de acordo poderia ser perspectivado como uma modificação do Tratado, já que circunscrito à mera previsão de disposições a figurarem em acto de direito secundário no futuro; a criação das agências, com a definição do seu objecto e das suas missões, continuaria, segundo esta instituição, a ser decidida caso a caso em actos de direito derivado a emitir de acordo com os procedimentos jurídicos previstos na base jurídica aplicável.²²⁷³

Por outro lado, a Comissão considerava a interpretação do Conselho contraditória com a experiência anterior da conclusão de acordos interinstitucionais, a poder mesmo privar esta figura de qualquer efeito útil; com efeito, os acordos interinstitucionais constituem, há muito e frequentemente, uma antecâmara da revisão formal dos Tratados, promovendo, através de alterações informais dos Tratados (*v.g.* do equilíbrio institucional), contínuos desenvolvimentos constitucionais e políticos na União.²²⁷⁴

²²⁷² Vide VINCENZO RANDAZZO, “Il progetto di accordo interistituzionale sulle agenzie europee di regolazione: una soluzione adeguata?”, in *Rivista di diritto internazionale*, volume LXXXVIII, Giuffrè, 2005, pág. 1063.

Como referimos anteriormente (cfr. nº 90) o Tratado de Lisboa já prevê a extensão do controlo judicial aos órgãos e organismos da União.

²²⁷³ Para maiores desenvolvimentos sobre a controvérsia jurídica entre o Conselho e a Comissão, vide LEA RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation...*, *cit.*, pág. 241 e ss.

²²⁷⁴ Vide PAULO RANGEL, anotação ao artigo 295º do TFUE, in *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 1059.

Mais: a Comissão optou por um acordo interinstitucional para associar, desde o início, as três instituições (Conselho, Parlamento Europeu e Comissão) na definição das condições básicas a respeitar aquando da adopção de futuros actos relativos à criação das agências sectoriais, com a ressalva de a opção por este instrumento não impedir, posteriormente, a definição de condições mais precisas no âmbito de um regulamento-quadro.²²⁷⁵ À semelhança do regulamento sobre agências executivas²²⁷⁶, a Comissão, ao contrário do Conselho, considerava viável, de um ponto de vista jurídico, o recurso ao artigo 352º do TFUE (ex-artigo 308º do TCE) como base jurídica de uma regulamentação geral sobre agências reguladoras, porquanto se trataria de um quadro geral e não da definição do estatuto dessas agências, a definir casuisticamente através de actos estabelecidos, as mais das vezes, sobre bases jurídicas próprias das políticas específicas a implementar.²²⁷⁷

Ressalta de tudo isto que, ao preferir a apresentação de um projecto de acordo interinstitucional, a Comissão, procurou, fundamentalmente, garantir um adequado envolvimento do Parlamento Europeu, na medida em que, por exemplo, a adopção de um regulamento com base no artigo 308º do TCE (actual artigo 352º do TFUE) implicaria a mera consulta desta instituição.

Por conseguinte, mais do que ponderosas razões de fundo ou da forma jurídica escolhida, na base do *insucesso* do projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão parecem estar *razões políticas*. Como explica François Comte, “na realidade, é provável que o Conselho não tenha desejado comprometer-se com um quadro horizontal num momento em que importantes negociações estavam em curso sobre um certo número de agências a criar – em especial quanto ao futuro da agência europeia dos produtos químicos ou da agência dos direitos fundamentais – ou em revisão – por exemplo, relativamente à agência

²²⁷⁵ Cfr. projecto de acordo interinstitucional apresentado pela Comissão relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, *cit.*, pág. 3.

²²⁷⁶ Cfr. Regulamento nº 58/2003, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2002, que define o estatuto das agências de execução encarregadas de determinadas funções de gestão de programas comunitários.

²²⁷⁷ Vide LEA RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation...*, *cit.*, págs. 243-244.

européia da segurança aérea ou à agência ferroviária europeia. Mais, é provável que, num assunto institucional como o enquadramento das agências, assunto gerador de múltiplas questões transversais e atinentes a numerosos sectores de actividade diferentes, os representantes dos Estados membros no seio dos grupos de trabalho horizontal do Conselho não tenham disposto de instruções claras da parte das suas capitais. Terão sido então preocupações sectoriais a dominar o debate e a primar sobre os elementos horizontais do *dossier*.²²⁷⁸

102. Comunicação da Comissão de 2008

Para ultrapassar o impasse institucional derivado das resistências do Conselho ao projecto de acordo interinstitucional e relançar o debate sobre as agências na UE, a Comissão promoveu uma espécie de *retirada estratégica*, desistindo daquele projecto e emitindo, em 2008, nova Comunicação.²²⁷⁹

Segundo a Comissão, apesar de terem falhado as negociações sobre o projecto de acordo interinstitucional em 2006, as questões a resolver por esse acordo permaneceriam em aberto, continuando esta instituição a defender a adopção de uma abordagem comum em matéria de governança das agências de regulação, independentemente da forma que assumam. Pelo que, à variedade de funções, de estruturas e de perfil das agências de regulação e às dúvidas quanto à sua responsabilização e legitimidade, a Comissão reforçava a necessidade de um enquadramento claro e de uma repartição bem definida de responsabilidades entre as instituições, em especial, as suas e as das agências, na busca de um ponto de equilíbrio entre uma abordagem suficientemente harmonizada para permitir que as agências tenham um lugar coerente na governação europeia e o respeito das características específicas das agências.²²⁸⁰

Nesta envolvente, na Comunicação de 2008, a Comissão propôs²²⁸¹:

²²⁷⁸ Vide FRANÇOISE COMTE, “Agences européennes...”, *cit.*, págs. 487-488.

²²⁷⁹ Cfr. Comunicação da Comissão – “Agências europeias - perspectivas futuras”, *cit.*

²²⁸⁰ *Idem*, pág. 7.

²²⁸¹ *Ibidem*, pág. 9 e ss.

- 1- Criar um grupo de trabalho interinstitucional (que acabou por começar a laborar em Março 2009), envolvendo o Parlamento Europeu e o Conselho na definição de uma perspectiva comum, coerente e (mais) uniforme das agências na EU;²²⁸²
- 2- Retirar a sua proposta de acordo interinstitucional, pois o objectivo essencial, verdadeiramente, é o de alcançar um *acordo político* em matéria de enquadramento geral das *agências europeias de regulação*, independentemente da forma jurídica a adoptar;
- 3- Realizar uma avaliação horizontal das agências de regulação, até ao final de 2009;²²⁸³
- 4- Não apresentar propostas de quaisquer novas agências de regulação até à conclusão da avaliação (final de 2009), salvaguardadas as propostas

²²⁸² Sobre o desenrolar das actividades deste grupo de trabalho interinstitucional, *vide* ERIC PARADIS, “Les agences et organismes divers de l’Union Européenne: une appréciation d’ensemble en 2010”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011, págs. 214-216.

²²⁸³ Desde o início de 2010, encontra-se disponível o relatório “Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009” (4 volumes), cujos resultados e recomendações temos vindo a referir ao longo desta dissertação. Trata-se de extenso trabalho de campo em 26 agências da União avaliando aspectos tão diversos como a relevância da criação de agências, a importância das actividades das agências para o trabalho da União, a observância dos princípios de boa governação na supervisão das agências, a coerência entre os objectivos e as tarefas desempenhadas pelas agências, a eficiência e a relação custo-eficácia no desenvolvimento das missões das agências, a adequação dos mecanismos de monitorização da avaliação da performance das agências. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Evaluation of the EU decentralised agencies*, Ramboll Management/Euréval/Matrix, Dezembro 2009.

Para uma análise de algumas das conclusões desta meta-avaliação das agências europeias, *vide* FRANÇOISE COMTE, “2008 Commission Communication ‘European agencies – the way forward’: what is the follow-up since then?”, in *Review of European Administrative Law*, Volume 3, nº 1, Europa Law Publishing, 2010, pág. 98 e ss.

existentes nos domínios da energia e das telecomunicações, assim como as previstas no domínio da justiça e dos assuntos internos;²²⁸⁴

- 5- Reexaminar os sistemas internos da Comissão que regem as suas relações com as agências, bem como a metodologia utilizada para realizar análises de impacto em relação às agências.

²²⁸⁴ Promessa não cumprida em função da grave crise financeira de 2008, a qual conduziu à criação de três agências de supervisão financeira da UE: a Autoridade Bancária Europeia (EBA), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões de Reforma (EIOPA). Recentemente, foi criada também a Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça, instituída pelo Regulamento (UE) n° 1077/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011.

Capítulo III

Da Declaração Conjunta do Parlamento Europeu , do Conselho e da Comissão sobre as agências descentralizadas e do (subsequente) Roteiro da Comissão para a implementação da Abordagem Comum interinstitucional

103. Declaração Conjunta

Na sequência do diálogo interinstitucional sobre agências descentralizadas que levou à criação de um Grupo Interinstitucional em Março de 2009, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia emitiram uma Declaração Conjunta e, em anexo, uma Abordagem Comum,²²⁸⁵ com o fito de aprofundar a coerência, eficácia, responsabilização e transparência das trinta e uma agências europeias actualmente existentes.²²⁸⁶

Baseada nas *conclusões do Grupo Interinstitucional* sobre uma série de questões importantes que lhe foram submetidas pelas instituições participantes – nomeadamente, o papel e a posição das agências no quadro institucional da UE, a criação, a estrutura e o funcionamento dessas agências, bem como matérias relaci-

²²⁸⁵ Como explica Elsa Bernard, “parece que a razão do recurso a uma Declaração Comum à qual é anexada uma Abordagem Comum em detrimento de um acto qualificado formalmente de acordo interinstitucional resulta da natureza eventualmente vinculativa deste tipo de acordo”, preocupação veiculada, principalmente, pelo Conselho. *Vide* ELSA BERNARD, “Accord sur les agences européennes: la montagne accouche d’une souris”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 3-2012, pág. 407. Descrevendo exhaustivamente a Declaração Comum do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre agências descentralizadas, a autora conclui estar-mos perante *acordo minimalista*, verdadeira *desilusão* por deixar de tratar questões essenciais - v.g. delegação de poderes (págs. 429-446).

²²⁸⁶ Excluem-se desta Abordagem as agências que operam no domínio da política externa e de segurança comum e as agências de execução. Cfr. Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012.

onadas com o financiamento, o orçamento, a supervisão e a gestão - a *Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre agências descentralizadas visa proceder a certa harmonização do quadro regulatório destes organismos*: “as instituições terão em conta esta abordagem comum no âmbito de todas as decisões futuras sobre as agências descentralizadas da UE, na sequência de uma análise caso a caso.”²²⁸⁷

E se bem que não constitua instrumento juridicamente vinculativo, mas tão somente um (primeiro) acordo político interinstitucional sobre agências europeias, a relevância da Declaração Conjunta em análise repousa sobretudo na inspiração que fornecerá inevitavelmente a futuras iniciativas horizontais ou a reformas individualizadas de alguns destes organismos.

104. Roteiro da Abordagem Comum

*Em linha com esta Declaração Conjunta, a Comissão apresentou no final de 2012 um roteiro (roadmap) para dar seguimento à Abordagem Comum, com calendários precisos para a sua implementação, tendo em conta as especificidades de cada agência.*²²⁸⁸

*De entre os principais objectivos traçados, no âmbito deste roteiro de execução da Abordagem Comum das agências europeias descentralizadas, tem de ser enfatizado o da introdução de maior coerência no quadro regulatório dos organismos em apreço, a alcançar pela Comissão através do desenvolvimento de disposições standard de natureza horizontal nos actos instituidores, com a harmonização das regras de voto nos Conselhos de Administração ou a elaboração de “guidelines” baseadas nas melhores práticas (benchmarking) em matérias importantes como a celebração de acordos de sede.*²²⁸⁹

²²⁸⁷ *Idem.*

²²⁸⁸ Cfr. Roteiro para o seguimento dado à abordagem comum aplicável às agências descentralizadas da UE, de 19 de dezembro de 2012.

²²⁸⁹ *Idem*, págs. 2 e 3.

Dito de outro modo, *no contexto da concretização da Abordagem Comum, a Comissão procura um alinhamento do panorama regulatório das agências europeias, actualmente marcado pela (extrema) heterogeneidade sobrevista, sem considerar indispensável, para o efeito, a consagração de uma Lei-Quadro.*

Conforme se reconhece no próprio “roadmap”: “em vez de um enquadramento regulador europeu completo, propõe-se que a Comissão enverede por um diálogo com as agências para identificar as regras e *standards* existentes e desenvolva *guidelines* e boas práticas.”²²⁹⁰

105. Opção final: preferência de “Orientações gerais” a uma “Lei-Quadro” de agências europeias

Temos sérias dúvidas sobre a utilidade de uma lei-quadro das agências europeias: cada um destes organismos é *sui generis*, serve necessidades específicas de diferentes sectores, a dever, por isso, ter o tamanho, poderes e as responsabilidades adequados ao respectivo campo de acção.

Neste sentido, em avaliação horizontal recentemente realizada por uma equipa independente de *experts*, qualifica-se de *questionável* a relevância de uma estrutura geral do sistema de agências tendo em conta a inexistência de uma racionalidade transversal às várias agências.²²⁹¹

Na tentativa de dar coerência ao modelo, corre-se o risco sério de obrigar as agências europeias a adoptar soluções não adequadas ou não convenientes e pouco ágeis para o desenvolvimento da sua missão, ou, em alternativa, a regulamentação-quadro terá de ser tão minimalista que pouco contribuirá para o confesso desiderato de superar a fragmentação e heterogeneidade reinantes...

São, por isso, fundadas as dúvidas sobre a *possibilidade* de definição (*recitius*, desenho) de um modelo único, ainda que flexível, para as agências europeias (*one fits all...*). Parece-nos *preferível combinar uma abordagem sectorial com a*

²²⁹⁰ *Ibidem*, pág. 2.

²²⁹¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Evaluation of the EU decentralised agencies – Final Report Volume 1, cit., pág. 5.

adopção, sempre que necessário e adequado, de um determinado número de regras comuns às várias agências, como, aliás, já ocorre em certos domínios (v.g. acesso a documentos²²⁹², protecção de dados²²⁹³)²²⁹⁴.

Na mesma onda de pensamento, recentemente, em geral, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão, concordaram na utilidade de esta última instituição poder “desenvolver modelos para disposições-padrão a serem utilizados em todos os actos fundadores a fim de racionalizar o processo” de estabelecimento de agências europeias,²²⁹⁵ opção reforçada recentemente no referido *roadmap* da Comissão²²⁹⁶.

Tudo isto a evidenciar a preferência crescente pela adopção de um conjunto de *linhas directrizes* ou de *orientações gerais* inspiradoras das propostas da Comissão na criação de agências europeias, alternativa mais maleável e (provavelmente) mais eficaz em termos de enquadramento destes organismos do que a aprovação de uma Lei-Quadro de cariz vinculativo...²²⁹⁷

²²⁹² Cfr. Regulamento (CE) n° 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

²²⁹³ Cfr. Regulamento (CE) n° 45/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados.

²²⁹⁴ Como explica Françoise Comte, em certos domínios, “o regime jurídico das agências de regulação é já largamente unificado. (...) Por exemplo, no que concerne ao acesso aos documentos, foi efectuada pela Comissão uma operação de correcção dita ‘omnibus’ relativamente ao conjunto de regulamentos fundadores das agências adoptados antes de 2001, data da adopção do regulamento sobre acesso aos documentos, a fim de integrar uma disposição *standard* submetendo as agências a esse regulamento. Posteriormente, todos os regulamentos fundadores das agências adoptaram essa cláusula *standard*”. Vide FRANÇOISE COMTE, “Agences européennes...”, *cit.*, pág. 483.

²²⁹⁵ Cfr. Abordagem Comum em anexo a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre as agências descentralizadas, 2012, I, n° 2.

²²⁹⁶ Cfr. Roteiro para o seguimento dado à abordagem comum aplicável às agências descentralizadas da UE, de 19 de dezembro de 2012, págs. 2 e 3 (cfr. *supra*, 3).

²²⁹⁷ No mesmo sentido, em França, cfr. Senado francês, Rapport d’information fait au nom de la délégation pour l’Union Européenne sur les **agences européennes**, *cit.*.

Síntese conclusiva

I – Cabendo agora condensar, em síntese apertada, o caminho percorrido e seus resultados, começamos por dizer que, no quadro do denominado *federalismo de execução*, o Direito e as Políticas Comunitárias são executados, em regra, pelos aparelhos administrativos estaduais (*princípio da administração indirecta*). As competências executivas da União são excepcionais e justificam-se pela necessidade de salvaguarda das exigências fundamentais de não discriminação e segurança jurídica, dos princípios do primado do Direito comunitário, da aplicabilidade directa e do efeito directo, bem como de uma execução uniforme e eficaz do Direito da UE.

Deste modo, quando o princípio da autonomia (institucional e procedimental) coloque em causa o efeito útil do Direito da União ou o princípio da cooperação leal (entre Estados membros) seja insuficiente para o salvaguardar, emerge a possibilidade de o legislador europeu, em especial ao abrigo dos artigos 290º e 291º do TFUE, *europeizar competências executivas*: no respeito dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, transferem-se competências dos Estados membros para instituições, órgãos e organismos da União, numa tendência, cada vez mais profunda, de *comunitarização dos direitos administrativos nacionais*... e, na prática, de *erosão dos valores da subsidiariedade e da autonomia nacional no processo de integração europeia*.

II - Em sede de execução centralizada do Direito e das Políticas comunitárias, a Comissão assume papel angular, por força dos Tratados e, em particular, do Direito derivado da União (*maxime* com base nos artigos 290º e 291º do TFUE), não obstante resultar claramente do Direito (primário e secundário) da União uma verdadeira *fragmentação do poder executivo europeu*, pulverizado por instituições como a Comissão, o Conselho e o Banco Central Europeu.

Hodiernamente, contudo, é ainda possível vislumbrar *uma tendência de recurso às denominadas agências europeias*, em especial no contexto de *actuação*

em rede de estruturas administrativas nacionais, supranacionais e comuns, numa acção administrativa integrada crescentemente relevante no plano da União mas omitida nos Tratados, mesmo após a revisão de Lisboa.

III - Na verdade, são patentes a *convergência de sistemas administrativos nacionais* – com a *comunitarização de estruturas (organizativas e procedimentais) dos Estados membros* - e o desenvolvimento de um *sistema misto ou composto (joint administration) de execução administrativa das normas e políticas da União*, na génese de uma verdadeira *União administrativa europeia* ancorada na *cooperação entre administrações várias e no papel polarizador das agências europeias*.

Deste modo, e em virtude do (maior) controlo (do Conselho de Administração) das agências europeias pelos Estados membros, os *comités de comitologia* têm vindo a perder protagonismo no desenvolvimento de uma *função administrativa comum ou europeia*: as agências ocupam crescentemente o espaço da *coeva governança europeia*, qual *forum* privilegiado da emergência de uma autêntica *co-administração*, um dos traços (mais) marcantes do actual *Direito Administrativo Europeu*.

IV - Mais: em função das insuficiências da execução indirecta do Direito e das Políticas da União (v.g. na implementação do Mercado Interno) e das dificuldades políticas em reforçar directamente a missão e as prerrogativas da Comissão, as *agências europeias surgem como elemento incontornável da actual dinâmica de regulação e de supervisão na União, institucionalizada e centralizada*. Aparentemente, esta *europeização da dinâmica regulatória* é reveladora da afirmação dos novos organismos (as denominadas agências) no plano institucional da União em matérias (bem recentemente) a cargo de estruturas informais de cooperação entre administrações dos Estados membros e entre estas e a administração europeia (v.g. comunicações electrónicas, energia, segurança aérea e segurança dos medicamentos). Na realidade, porém, *as agências europeias, no contexto de uma administração (europeia) compósita ou integrada, têm servido, no fundo, para fortalecer a preponderância da Comissão*, bem espelhada na paradigmática re-

forma da política de concorrência, aparentemente realizada em homenagem ao princípio da subsidiariedade e a objectivos de descentralização.

Numa palavra: *dadas as resistências políticas de outras instituições comunitárias e dos Estados membros a reforçarem as suas atribuições e competências, a Comissão acaba por consolidar e alargar o seu papel de executivo europeu indirectamente, através da emergência e aumento da missão e das prerrogativas das agências europeias, no quadro de certos condicionalismos.*

Afinal, *summo rigore*, o que são as agências europeias?

V – Feito o *enquadramento das agências europeias na ampla temática da execução do Direito e das Políticas comunitárias* (Parte I), debruçámo-nos, *inter alia*, sobre as *características comuns, as causas da emergência e o regime jurídico destes organismos, em especial, os poderes de que podem ser revestidos, as bases jurídicas para o seu estabelecimento e os respectivos mecanismos de controlo* (Parte II).

No essencial, na economia da presente dissertação, ocupámo-nos das (impropriamente) denominadas agências europeias de regulação, embora não deixemos de descrever de modo sucinto as *agências de execução*, verdadeira parte da “administração central” da União, ao serviço e sob controlo efectivo da Comissão, conquanto disponham de personalidade jurídica.

No âmbito das agências europeias reguladoras, focámos a nossa atenção nas *agências comunitárias* e não tanto nas agências dos anteriormente denominados segundo e terceiro pilares, onde subsistem fortes traços intergovernamentais e a preponderância dos interesses do Conselho e dos Estados membros, dada a extrema sensibilidade política dos domínios em causa (Política Externa e de Segurança Comum e Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça).

Não olvidámos também o que alguma doutrina aponta como *novas tendências de agencificação*: não curámos delas em profundidade, porquanto, como agências ao serviço do BCE (*v.g.* no domínio do *Target 2 – Securities Platform*), constituem, na realidade, simples soluções internas desta instituição, fenómenos

de alocação intra-organizativa de tarefas no Eurosistema, desprovidas de personalidade jurídica. Trata-se, aliás, da solução mais coerente com a necessidade de o BCE permanecer como a única entidade jurídica e politicamente *accountable* pelos resultados do sistema monetário europeu, sem ter de responder pela acção de outros organismos.

VI - Com papel central no âmbito da cooperação em rede entre administrações nacionais, supranacionais e comuns, as agências europeias não são de fácil definição, dada a sua característica principal: a *heterogeneidade*.

Com efeito, respostas à especificidade de cada sector e exigências de tempo e de lugar, as agências europeias constituem soluções *ad-hoc*, razão pela qual preferimos regulamentações sectoriais, eventualmente combinadas com a adopção de regras comuns em determinados domínios (v.g. acesso a documentos, protecção de dados), à aprovação de uma *Lei-Quadro*. Esta, enquanto regulamentação transversal a entidades muito distintas, constitui solução não desejável, porquanto ou impõe soluções desadequadas para diversos domínios de actividade ou assume contornos tão minimalistas que acaba por se revelar inútil. Melhor será produzir um conjunto de orientações gerais ou de linhas directrizes que inspirem a Comissão nas propostas de constituição dos organismos em análise.

VII - Apesar da enorme diversidade de agências europeias, a desaconselhar qualquer tentativa de sua uniformização e a explicar a *imprecisão e confusão terminológicas e de classificações reinantes*, é possível apontar *algumas notas que normalmente as caracterizam*: autonomia – orgânica e funcional – em face da Comissão, do Conselho e dos Estados membros; criação pelo legislador comunitário; dispersão geográfica das sedes; estabilidade institucional (estabelecidas, via de regra, sem qualquer prazo de vigência); predominância dos representantes dos Estados membros nos Conselhos de Administração; personalidade jurídica nas ordens jurídicas dos Estados membros – diferentemente, em termos de *relações externas*, temos de salientar, as limitações da capacidade jurídica internacional das agências europeias, praticamente circunscritas à conclusão de *acordos de sede* com os Estados membros onde se vão instalar e de meros *administrative arran-*

gements com administrações de terceiros países e organizações internacionais, sem possibilidades de vinculação da União. A celebração de verdadeiras convenções internacionais implicaria, com efeito, ponderações de ordem política que poriam em causa o equilíbrio institucional da União.

VIII - Tendência clara é a do *reforço progressivo das competências* das agências europeias. De início circunscritos a meras prerrogativas de “*sunshine regulation*”, estes organismos encontram-se cada vez mais revestidos de poderes formais de licenciamento e de competências decisórias na execução do Direito comunitário (v.g. ACER), numa evolução permitida por leitura mais flexível do denominado princípio Meroni.

Na Parte I desta dissertação referimos que *o alargamento da missão e dos poderes das agências acaba por reforçar o papel da Comissão na europeização regulatória* dos mais diversos sectores da vida económico-social. Por uma dupla via: pela via directa, ao não se abandonar a (rigidez da) doutrina Meroni; por via indirecta, porquanto a *centralização* da regulação e supervisão na União assenta no funcionamento em rede dos reguladores nacionais (v.g. Conselho de Reguladores em agências como a ACER), modelados como autênticos braços armados tecnocratas da Comissão e sobre os quais esta goza amiúde de (alguma) supremacia funcional.

IX - A tendência de *federalização* europeia é sobretudo evidente no domínio financeiro, em reacção à grave crise eclodida em 2007/2008, a qual cremos superável duradouramente apenas com uma *União Bancária* e uma *União Orçamental* - indispensáveis para pôr termo aos círculos viciosos riscos soberanos/ riscos bancários -, bem como através da consolidação e reforço de uma verdadeira *União Política*, sob pena de eventual morte do Euro e do projecto de integração europeia.

Entre outras medidas destinadas a evitar riscos sistémicos e a garantir a estabilidade do sistema financeiro europeu como um todo, destaca-se o *reforço dos esquemas europeus de regulação e de supervisão*, com a *emergência de um Sistema de Supervisão Financeiro da UE*, composto por um Comité Europeu de Ris-

co Sistémico – organismo desprovido de poderes vinculativos – e por (três) *Autoridades Europeias de Supervisão de poderes inequivocamente mais fortes em relação aos das demais agências*.

Destarte, além de *poderes de soft law* que, através da mediação de princípios gerais de direito, produzem (alguns) efeitos jurídicos (“*hoft law*”), as Autoridades Europeias de Supervisão Financeira (ESA’s) dispõem de poderes (mais) impressivos: por exemplo, *poderes quase-normativos* – a Comissão, competente para a adopção de actos delegados ao abrigo do artigo 290º do TFUE, limita-se a “aprovar” os projectos de normas técnicas de regulamentação elaborados pelas ESA’s, dificilmente se apartando deles-, e *poderes quase-decisórios*, em função da força *de facto* dos projectos de normas técnicas de execução que a Comissão acaba por, via de regra, homologar, com base no artigo 291º do TFUE.

X - Mas as ESA’s, entre outras prerrogativas (v.g. na realização de testes de esforço), encontram-se revestidas ainda de (verdadeiros) *poderes decisórios*:

- 1) em *situações (excepcionais) de emergência*, as ESA’s podem adoptar *comandos vinculativos para os reguladores nacionais*, através da emissão de medidas específicas; e, no caso de incumprimento destas entidades, a agência europeia de supervisão financeira pode dirigir *decisão individual directamente à instituição financeira nacional*, num quadro de inédita centralização e de sobreposição (substituição) aos supervisores nacionais;
- 2) em *casos de violação de legislação da União*, com as *decisões das ESA’s a poderem dirigir-se directa e obrigatoriamente a instituições financeiras nacionais*, quando os reguladores nacionais não cumpram o parecer da Comissão - baseado em recomendação da ESA;
- 3) nas hipóteses de *resolução de litígios entre supervisores nacionais*, se as decisões de resolução destes litígios não forem cumpridas, as ESA’s podem ainda dirigir *decisões individuais a instituições financeiras nacionais em áreas de legislação que lhes sejam “directamente aplicáveis”*.

Neste âmbito, não podemos olvidar, contudo, a existência da *cláusula de salvaguarda fiscal (get-out clause)*, a possibilitar aos Estados não cumprirem a decisão da ESA no caso de esta ter reflexo orçamental significativo... Trata-se, no fundo, de projecção da *abordagem nacional que ainda persiste na supervisão financeira europeia*, com os supervisores de cada país a assumirem a responsabilidade pelas diferentes instituições financeiras do seu Estado e este a arcar com as respectivas falhas de supervisão.

Por isso, os *poderes de supervisão e sancionatórios das ESA's são praticamente inexistentes*, embora não deixemos de lembrar, por exemplo, as relevantes funções supervisórias recentemente cometidas à ESMA em relação às agências de notação de risco.

Numa palavra breve: *as ESA's não constituem uma autêntica revolução no plano institucional da União* e encontram-se ainda bem longe do estatuto das agências reguladoras americanas que inspiram o processo de agencificação na Europa. Todavia, impõe-se salientar a *natureza qualitativamente distinta das Autoridades supervisoras financeiras europeias em relação às demais agências europeias*, mesmo quando revestidas de competências decisórias, porquanto estas são, sobretudo, de índole administrativa e atribuídas num quadro regulatório bem definido (v.g. EASA).

XI - Com mais ou menos poderes, a tendência passa incontornavelmente pelo *crescente protagonismo das agências europeias no complexo institucional da União*, em virtude de estes organismos serem considerados interessantes formas de articulação da lógica (funcional) de eficiência com exigências derivadas da teoria democrática e constitucional.

Mas a *“pululação” de agências na União deve-se, fundamentalmente, à síntese de interesses que corporizam*: interesse dos Estados membros – no controlo dos Conselhos de Administração (maior que nos comités de comitologia ou relativamente a qualquer serviço da Comissão); interesse de instituições europeias como o Conselho e o Parlamento Europeu – pouco inclinadas a reforçar (excessivamente) os poderes da Comissão; e interesse da própria Comissão, pela possibi-

lidade de concentração em tarefas políticas e conveniência em dispersar a execução administrativa por outros organismos, na medida em que estes disponham de poderes restritos e se mantenham sob a sua alçada e supervisão.

XII - Nesta linha de pensamento, por um lado, *serve bem o interesse (político) da Comissão a leitura rígida do princípio do equilíbrio institucional vertida no acórdão Meroni*: a autoridade delegante não pode transferir para a agência poderes diferentes daqueles que ela própria possui - princípio do *nemo plus iuris* -, o que implica o cumprimento pela entidade delegada dos mesmos requisitos impostos ao delegante; mesmo quando haja habilitação para a delegação de poderes, esta tem de ser expressa, não se pode presumir; o âmbito da delegação restringe-se a poderes de mera execução, estritamente controláveis pelo delegante, não sendo possível delegar competências que coenvolvem ampla discricionariedade.

Porém, tal como nos Estados Unidos da América, onde a “*non delegation doctrine*” foi flexibilizada com grande pragmatismo – através, designadamente, do aumento de mecanismos de *accountability* -, consideramos desejável uma leitura mais elástica da delegação de poderes na União, a bem do *princípio do realismo*, da eficiência administrativa e da praticabilidade da governação europeia.

Realismo de (mais) flexibilidade na interpretação jurisprudencial do princípio Meroni que é não apenas (mais) adequado ao *status quo* institucional da União - crescente protagonismo de agências dotadas de poderes significativos – mas também (mais) compatível com a dimensão fundamental do princípio do equilíbrio institucional: a garantia da protecção jurisdicional contra abusos de poder.

Na verdade, à data da prolação do aresto Meroni, ao circunscrever a possibilidade de delegação de poderes de mera execução na vida institucional comunitária, o Tribunal visava garantir judicialmente a posição das empresas metalúrgicas em causa; ora, actualmente os actos das agências são (expressamente) sindicáveis, pelo que não se justifica a cristalização de uma solução proferida há várias décadas, num contexto tão diferente e distante (Tratado CECA, delegação em privados e não em entidades públicas como as agências) ...

XIII - Por outro lado, *o interesse (político) da Comissão em recorrer a agências (conquanto revestidas de missões e prerrogativas limitadas e sob estrita supervisão) quadra bem com a preferência pelo recurso a bases jurídicas específicas das políticas a implementar (e pelo artigo 114º do TFUE) em relação ao artigo 352º do TFUE: facilita-se a constituição destes organismos, mas desenhasse-lhes mandatos mais delimitados.*

XIV - Conscientes de que as agências europeias consubstanciam relevante combinação de interesses (institucionais e estaduais) diversos, julgamos, todavia, que elas em nada contribuem para o fim do défice democrático da UE: *a sobrevalorização da expertise técnica comporta mesmo riscos graves de transferência do poder decisório da política para a ciência e de controlo democrático da decisão pública.*

Sendo fundamental, na coeva sociedade de risco, a decisão política assentar em estudos técnicos sólidos e devidamente fundamentados, não podemos substituir governos democraticamente legitimados por governos de tecnocratas competentes e independentes, norteados por uma pretensa (e arrogante?) neutralidade científica...

XV - Na União, reconhecemos alguma vantagem na lógica de funcionamento em rede e numa visão consensual da actividade regulatória, *maxime* em termos do respeito devido à soberania do Estado- Nação. No entanto, agências europeias legitimadas essencialmente na participação (e na transparência) coenvolvem o grave perigo de o bem comum ser capturado por interesses sócio-económicos muito organizados: uma governança (europeia) alicerçada no ideal da democracia participativa pode apenas complementar (e não substituir) os mecanismos tradicionais da democracia (representativa), sob pena de os *lobbies* triunfarem sobre a vontade popular ...

XVI - Nesta linha, concluímos pela importância do reforço de (determinados) mecanismos de *accountability* das agências europeias, em especial do *controlo político* – por parte dos Estados membros e de instituições como o Conselho

ou o Parlamento Europeu – e, num quadro de prudente *self restraint* dos tribunais, do *controlo jurisdicional* – com admissão, por exemplo, da recorribilidade directa dos pareceres (*de facto*) vinculativos (das agências), sem prejuízo da sindicabilidade do acto administrativo final (da Comissão).

Bibliografia

- ADAM CYGAN, “The parliamentarisation of EU decision-making? The impact of the Treaty of Lisbon on national parliaments”, in *European Law Review*, 36 (4), 2011;
- acordo interinstitucional "Legislar melhor" (2003/C 321/01);
- ADRIAAN SCHOUT, “Assessing the added value of an EU agency for aviation safety”, in *Journal of Public Policy*, volume 31, Issue 3, Dezembro 2011;
- “Changing the EU’s institutional landscape? The added value of an agency”, in *The agency phenomenon in the European Union – Emergence, institutionalization and everyday decision-making*, Manchester University Press, 2012;
- ADRIAAN SCHOUT e FABIAN PEREYRA, “The institutionalization of EU agencies: agencies as ‘mini Comissions’”, in *Public Administration*, volume 89, nº 2, 2011;
- ADRIAAN SCHOUT e SARAH WOLFF, “The ‘paradox of Lisbon’: supranationalism – intergovernmentalism as an administrative concept”, in *The EU’s Lisbon Treaty – Institutional choices and implementation*, coordenado por Finn Laursen, Ashgate, 2012;
- ADRIANA BUNEA, “Issues, preferences and ties: determinants of interest groups’ preference attainment in the EU environmental policy”, in *Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 4, 2013;
- ADRIANE HÉRITIER e CATHERINE MOURY, *Contested delegation: the impact of codecision on comitology*, *EUI Working papers*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2009/64, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2010;
- “Contested delegation: the impact of co-decision on comitology”, in *West European Politics*, volume 34, nº 1, Janeiro 2011;
- ADRIENNE HÉRITIER e YANNIS KARAGIANNIS, “Interstitial institutional change in Europe: implications of the financial and fiscal crisis”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Hérítier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- ADRIENNE HÉRITIER, “Institutional change in Europe: co-decision and comitology transformed”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 50, nº S1, 2012;

ADRIEN DE HAUTECLOCQUE E YANNICK PEREZ, *Law & Economics perspectives on electricity regulation, EUI working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2011/21*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2011;

AFONSO PATRÃO, “O direito de abandonar a União Europeia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar a União?”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Coleção Studia Iuridica*, nº 101, volume IV, 2010;

– anotação ao artigo 216º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

A. G. TOTH, “Is subsidiarity justiciable?”, in *European Law Review*, vol. 19, nº 3, Junho, 1994;

ALAIN DE NEVE, *L’Agence Européenne de Défense et la coopération dans le domaine capacitaire*, L’Harmattan, Paris, 2010;

ALAIN BUZELAY, “De l’Union Monétaire à l’Union Bancaire en Europe”, in *Revue de L’Union Européenne*, nº 571, Setembro 2013;

ALAN HARDACRE, “Practical guide to working with EU decision –making”, in *How the EU institutions work and...how to work with the EU institutions*, coordenado por Alan Hardacre, John Harper publishing, 2011;

ALAN HARDACRE e MICHAEL KAEDING, “Delegated and implementing acts: the new worlds of comitology – implications for european and national public administrations”, in *Eipascope Special Issue*, Maastricht, 2011;

– “Delegated and implementing acts: ‘new comitology’”, in *How the EU institutions work and...how to work with the EU institutions*, coordenado por Alan Hardacre, John Harper publishing, 2011;

ALAN HARDACRE & NADIA ANDRIEN, “The ordinary legislative procedure: new codecision”, in *How the EU institutions work and...how to work with the EU institutions*, coordenado por Alan Hardacre, John Harper publishing, 2011;

ALBERTO ALEMANNIO e STÉPHANIE MAHIEU, “The European Food Safety Authority before european courts – some reflections on the judicial review of EFSA scientific opinions and administrative acts”, in *European Food and Feed Law Review (EFFL)*, volume 5, 2008;

ALBERTO DE GREGORIO MERINO, “Legal developments in the economic and monetary union during the debt crisis: the mechanisms of financial assistance”, in *Common Market Law Review*, volume 49, Issue 5, 2012;

-
- “El derecho de la Unión y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, in *Revista de Derecho Europeo*, 45, Janeiro/Março 2013,
- ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA, “El Sistema Europeu de Supervisión Financiera”, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Ano XXX, nº 121, Janeiro-Março 2011;
- ALBERTO PREDIERI, “I procedimenti amministrativi”, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Turim, 1999;
- ALEXANDER KARPf, CORINA WEIDINGER-SOSDEAN e KARIN ZARTL, “Die Integration der Finanzmärkte der EU – Die Rolle von CESR, CEBS und CEIOPS im Lamfalussy-Prozess”, in *Zeitschrift für Finanzmarktrecht (ZFR)*, Heft 1/2007;
- ALEXANDER TÜRK, “Lawmaking after Lisbon”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;
- “Judicial review of integrated administration in the EU”, in *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, coordenação de Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2009;
- “The role of the European Court of Justice in the area of comitology”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;
- “Case law in the área of the implementation of EC law”, in *Shaping European law and policy: the role of committees and comitology in the political process*, European Institute of Public Administration, 1996;
- ALEXANDER H. TRECHSEL, “Reflexive accountability and direct democracy”, in *West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge;
- ALEXANDRA ARAGÃO, “A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?”, in *Colóquio Ibérico – Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra Editora, 2005;
- “Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;
- “Dimensões europeias do princípio da precaução”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, 2010/VII;

– “Princípio da precaução: manual de instruções”, in *Revista do CEDOUA*, 2008/2;

ALEXANDRA DE MOOR, *EUROPOL, quo vadis? – Critical analysis and evaluation of the development of the European Police Office*, Maklu Publishers, 2012;

ALEXANDRA DE MOOR e GERT VERMEULEN, “The EUROPOL Council Decision: transforming EUROPOL into an agency of the European Union”, in *Common Market Law Review*, 47, 2010;

ALEXANDRE DE STREEL e JUDICAËL ETIENNE, “Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l’Union économique et monétaire”, in *Journal de Droit Européen*, 2012;

ALEXIA KATSANIDOU, “The euro crisis and new dimensions of contestation in national politics”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

ALFRED C. AMAN JR e WILLIAM T. MAYTOR, *Administrative Law*, 2ª edição, Hornbook series, West Group, St. Paul, 2001;

AMANDINE CRESPIY e VIVIEN SCHMIDT, “The discursive double game of MEU reform: the clash of titans between french white knight and german iron lady”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

AMARYLLIS VERHOEVEN, “Democratic life in the European Union, according to its constitution”, in *Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005;

AMY VERDUN, “An ‘asymmetrical’ Economic and Monetary Union in the EU: perceptions of monetary authorities and social partners”, in *Journal of European Integration*, volume 20, nº 1, 1996;

– “Introduction to the symposium: Economic and Monetary Union and the crisis of the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012;

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, anotação ao artigo 85º do TFUE, in *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– *O direito penal europeu emergente*, Coimbra editora, 2008;

-
- ANA CATARINA MENDONÇA MENDES/VITALINO CANAS, anotação ao artigo 216º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O art. 235º do Tratado da Comunidade Europeia – cláusula de alargamento de competências dos órgãos comunitários*, Lex, Lisboa, 1995;
- *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000;
- anotação ao artigo 352º do TFUE, in *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- anotação ao artigo 48º do TUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- ANA PAULA QUELHAS e JOSÉ MANUEL QUELHAS, “Da improficiência dos modelos de avaliação de activos – riscos emergentes ou incerteza sistemática?”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LIII, Coimbra, 2010;
- ANA RAQUEL MONIZ, “Energia eléctrica e utilização de recursos hídricos”, in *Temas de Direito da Energia*, Coimbra, 2008;
- “Direito, Ética e Estado – Brevíssimas reflexões em diálogo com Barbosa de Melo”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organização de Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013.
- “Do aproveitamento dos recursos naturais da orla costeira”, in *Revista do CEDOUA*, nº 24, 2009;
- “O *administrative constitutionalism*: resgatar a Constituição para a Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;
- ANATOLE BOUTE, “The quest for regulatory stability in the EU energy market: an analysis through the prism of legal certainty”, in *European Law Review*, Issue 6, Dezembro 2012;
- ANCHRIT WILLE, “Political-bureaucratic accountability in the EU Commission: modernising the executive”, in *West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge;

- ANDRE G. DELION/MICHEL DURUPTY, “Chronique du secteur public économique”, in *Revue Française d’Administration Publique*, nº 104, École Nationale d’Administration, 2002;
- ANDRÉ PRÜM, *L’Union européenne en crise face au dogme de l’efficience des marchés financiers*, EUI working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2013/01, Global Governance Programme – 35, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2013;
- ANDREA BIONDI, “Subsidiarity in the Courtroom”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;
- ANDREA OTT, “EU regulatory agencies in EU external relations: trapped in a legal minefield between european and international law”, in *European Foreign Affairs Review*, 13, 2008;
- ANDREAS FUCHS, “Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht”, in *Europarecht*, Beiheft 2, 2005;
- ANDREAS ORATOR, “Empowering european agencies: perspectives and limits of european democratic legitimacy”, in *Perspectives and limits of democracy – proceedings of the 3rd Vienna Workshop on International Constitutional Law*, coordenado por Harald Eberhard, Konrad Lachmayer, Gregor Ribarov, Gerhard Thallinger, Viena, 2008;
- ANDREAS VOSSKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I – Methoden, Masstäbe, Aufgaben, Organisation*, coordenado por Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberard Schmidt-Assmann e Andreas Vosskuhle, Verlag. C.H. Beck, Munique, 2006;
- ANETA SPENDZHAROVA, “Is more ‘Brussels’ the solution? New European Union Member State’s preferences about the european financial architecture”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 50, nº 2, Março 2012;
- ANGELINA MORAIS CASTRO, “O Processo de Lamfalussy”, in *Artigos do Gabinete de planeamento, estratégia, avaliação e relações internacionais do Ministério das Finanças e da Administração Pública*, artigo 08/06, Novembro 2008;
- ANIBAL CAVACO SILVA, *Portugal e a Moeda Única*, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1997;
- *União Monetária Europeia. Funcionamento e Implicações*, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1999;
- ANNA POSCIC, “Cooperation between the European Commission and the competition authorities”, in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012;

- ANNA SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Cedam, Pádua, 2009;
- ANNE MEUWESE, YMRE SCHUURMANS E WIM VOERMANS, "Towards a European Administrative Procedure Act", in *Review of European Administrative Law*, Volume 2, nº 2, Europa Law Publishing, 2009;
- ANNE STEVENS, "Une simple amélioration ou une modernisation radicale? La réforme de l'administration de la Commission Européenne", in *Revue Française d'administration publique*, nºs 105-106, 2003;
- "La chute de la Commission Santer", in *Revue Française d'administration publique*, nº 95, 2000;
- ANTOINE MASSON, "La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité modificatif: vers la fin de la confusion?", in *Europe*, volume 18, nº 1, Janeiro 2008;
- "Les conditions de validité des bases juridiques dérivés à la suite de l'arrêt du 6 Mai 2006", in *Cahiers de Droit Européen*, 44, 2008;
- ANTÓNIO BORGES, "The role of public financial institutions", in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ, "El concepto de administración pública en la Unión Europea: administración pública nacional y administración pública comunitaria", in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010;
- ANTÓNIO MOURA PORTUGAL/INÊS TEIXEIRA, "Regulação da aviação civil", in *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009;
- ANTÓNIO GOUCHA SOARES, anotação ao artigo 3º, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- ANTÓNIO SÁINZ DE VICUÑA, "The status of the ECB", in *The Lisbon Treaty – EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, *European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series*, coordenado por Stefan Griller e Jacques Ziller, Volume 11, Springer-Verlag, 2008;
- ANTUN BILIC, TATJANA JOSIPOVIC e SINISA PETROVIC, "Independent regulators in the network industries", in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012;

- ANU ARORA, “The global financial crisis: a new global regulatory order?”, in *Journal of Business Law*, nº 8, Sweet & Maxwell, 2010;
- “The 2007-09 banking crisis and the EU’s regulatory response”, in *European Business Law Review*, 2010;
- ARACELLI MANGAS MARTÍN, “Introducción al sistema institucional”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011.
- ARIANE LANDUYT e DANIELE PASQUINUCCI (direcção), *L’Unione Europea tra Costituzione e governance*, Cacucci, Bari, 2004;
- ARNDT WONKA e BERTHOLD RITTBERGER, “Perspectives on EU governance: an empirical assessment of the political attitudes of EU agency professionals”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;
- “Credibility, complexity and uncertainty: explaining the institutional independence of 29 EU agencies”, in *West European Politics*, 33:4, 2010;
- ARTHUR BENZ, “Accountable multilevel governance by the open method of coordination?”, in *European Law Journal*, Volume 13, nº 4, Julho 2007;
- ASEN LEFTEROV, “How feasible is the proposal for establishing a new european system of financial supervisors?”, in *Legal Issues of Economic Integration*, 38, nº 1, Kluwer Law, 2011;
- ASSIMAKIS P.KOMNINOS “Modernisation and Decentralisation: Retrospective and Prospective”, in *EC competition law: a critical assessment*, coordenado por Giuliano Amato e Claus-Dieter Ehlermann, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007;
- A. TOMA-BIANOV e O. SARAMET, “European Food Safety Authority and the judicial review of its scientific opinions and administrative acts”, in *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, Volume 4 (53), nº 2, Series VII: Social Sciences - Law, 2011;
- AUDE BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l’ordre juridique communautaire*, *Collection Droit de L’Union Européenne*, direcção de Fabrice Picod, *Thèses*, Bruylant, 2010;
- AVELÃS NUNES, “Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011;

-
- “A última máscara do Estado capitalista”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;
- B. GUY PETERS, “Forms of informal governance: searching for efficiency and democracy”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;
- BARBARA GABOR, *Regulatory competition in the internal market – Comparing models for corporate law, securities law and competition law*, Edward Elgar Publishing, 2013;
- BARBARA REMMERT, “Die Gründung von Einrichtungen der mittelbaren Gemeinschaftsverwaltung”, in *Europarecht*, 37, 2003;
- BARBOSA DE MELO, “Introdução às formas de concertação social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LIX, 1983;
- “Aspectos jurídico-públicos da Protecção dos Consumidores”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2003;
- *Direito Constitucional e Administrativo – Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros, Sumários e Notas*, policopiado, Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros (BBS), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008-2009;
- “O controlo jurisdicional da supervisão financeira na União Europeia”, no prelo;
- BART DRIESSEN, “Delegated legislation after the Treaty of Lisbon: an analysis of article 290 TFUE”, in *European Law Review*, 35 (6), 2010;
- BEATRICE VACCARI, “Le processus Lamfalussy: une réussite pour la comitologie et un exemple de bonne gouvernance”, in *Révue du Droit de l’Union Européenne*, n.º 4, 2005;
- BENOÎT VERRIER, “Les enjeux du recours aux agences: quelques tensions problématiques”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;
- BERTHOLD RITTBERGER e ARNDT WONKA, “Introduction: agency governance in the European Union”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;
- BERTIL COTTIER, “Les «Independent Agencies» américaines: un modèle pour l’administration polycentrique de demain?”, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. LI, n.º 1, Institut International des Sciences Administratives, Bruxelas, 1985;

Boletim Mensal de Economia Portuguesa, elaborado pelo Gabinete de Estratégia e Estudos do Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, e pelo Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais, do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Março de 2011;

BORIS HAURAY e PHILIPPE URFALINO, “Mutual transformation and the development of European policy spaces. The case of medicines licensing”, in *Journal of European Public Policy*, 16:3, Routledge, 2009;

BRAM AKKERMANS e EVELINE RAMAEEKERS, “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC): its Meanings and Interpretations”, in *European Law Journal*, volume 16, nº. 3, Maio 2010;

BRUNESSEN BERTRAND, “Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 2, 2012;

BRUNO DE WITTE, “Executive accountability under the European Constitution and the Lisbon Treaty – *Nihil novi sub sole?*”, in *Political accountability in Europe: which way forward? – a traditional concept of parliamentary democracy in an EU context*, coordenado por Luc Verhey, Hansko Broeksteeg e Ilse Van den Driessche, Europa Law Publishing, Groningen, 2008;

– “International law as a tool for the European Union”, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009;

– “Direct effect, primacy, and the nature of the legal order”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

– “Treaty revision procedures after Lisbon”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;

– “Treaty games – law as instrument and as constraint in the Euro crisis policy”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;

– “European Stability Mechanism and Treaty on Stability, Coordination and Governance: role of the EU institutions and consistency with EU legal order”, in *Challenges of multi-tier governance in the EU - European Parliament AFCO Workshop*, Outubro 2012;

BRUNO DE WITTE e THOMAS BEUKERS, “The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: *Pringle*”, in *Common Market Law Review*, volume 50, nº 3, Junho 2013;

-
- C. F. BERGSTRÖM, *Comitology – Delegation of powers in the European Union and the committee system*, Oxford University Press, 2005;
- C. JOERGES, “The legitimacy of supranational decision-making”, in *Journal of Common Market Studies*, nº 44, 2006;
- “ ‘Deliberative supranationalism’: two defences”, in *European Law Journal*, volume 8, issue 1, 2002;
- C. JOERGES e J. NEYER, “From intergovernmental bargaining to deliberative political processes: the constitutionalization of comitology”, in *European Law Journal*, volume 3, 1997;
- CANNIZZARO, “Sulla competenza della Commissione CEE a concludere accordi internazionali”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993;
- CARAMELO-GOMES, “Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law”, in *Rules for the transfer of Movables, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, coordenado por W. Faber and B. Lurger, Sellier European Law Publishers, 2008;
- CARLA AMADO GOMES, “A evolução do conceito de soberania: tendências recentes”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVII, nºs 274-276, Julho-Dezembro de 1998;
- *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, 2007;
- “Quatro estratégias para uma incógnita: o risco global no seu labirinto”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume LII, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2011;
- CARLO CAMBINI e DONATA FRANZI, “Independent regulatory agencies and rules harmonization for the electricity sector and renewables in the Mediterranean region”, in *Energy Policy*, 60, 2013;
- CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas - as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*, Coimbra Editora, 1998;
- CARLOS BOTELHO MONIZ e PAULO PINHEIRO, “As relações da ordem jurídica portuguesa com a ordem jurídica comunitária – algumas reflexões”, in *Legislação (cadernos de)*, nºs 4/5, 1992;
- CARLOS MORENO, “O controlo do Tribunal de Contas das Comunidades”, in *Revista do Tribunal de Contas*, nº 4, Outubro/Dezembro 1989;

CAROL HARLOW, “Codification of administrative procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot”, in *European Law Journal*, Volume 2, Issue 1, Março 1996;

– “Three phases in the evolution of EU administrative law”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

CAROL HARLOW e RICHARD RAWLINGS, “Promoting accountability in multilevel governance: a network approach”, in *European Law Journal*, volume 13, nº 4, Blackwell Publishing, Julho 2007;

CAROLINE BRADLEY, “Transparency and financial regulation in the European Union: crisis and complexity”, in *Fordham International Law Journal*, Volume 35, nº 5, Junho 2012;

CARSTEN JENNERT, “Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans”, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 4, Frankfurt am Main, 2004;

CASS R. SUNSTEIN, “Law and administration after ‘Chevron’”, in *Columbia Law Review*, Volume 90, nº 8, Dezembro 1990;

– “Nondelegation canons”, in *University of Chicago Law Review*, volume 67, nº 2, 2000;

CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, Coimbra, 1967;

CATHERINE BARNARD, “EU ‘social’ policy: from employment law to labour market reform”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

CATHERINE GRYNFOGEL, “La contribution de l’Office de l’harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) au règlement du contentieux”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;

CÉCILE BARBIER, “La prise d’autorité de la Banque Centrale Européenne et les dangers démocratiques de la nouvelle gouvernance économique dans l’Union Européenne”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

CÉCILE RAPOPORT, “La participation des Etats tiers aux agences de l’Union Européenne”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;

- *Les partenariats entre l’Union Européenne et les Etats tiers européens. Etude de la contribution de l’Union Européenne à la structuration juridique de l’espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2011;
- CECILIA CORSI, *Agenzia e agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2005;
- Centro Europeu das Empresas de Participação Pública (CEEP), *Os serviços de interesse económico geral na Europa – Regulação, Financiamento, Avaliação, Boas Práticas, Secção Portuguesa do CEEP*, Lisboa, 2002;
- CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, “Órganos y agencias”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011.
- CHARLES F. SABEL/JONATHAN ZEITLIN, “Learning from difference: the new architecture of experimentalist governance in the EU”, in *European Law Journal*, 14, 2008;
- CHARLES GOODHART, “The United Kingdom and the Eurozone: how to co-exist”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- CHARLES KINDLEBERGER, *Manias, panics, and crashes: a history of financial crises*, 5^a edição, John Wiley & Sons, 2005;
- CHARLOTTE DENIZEAU, “Les moyens de la persuasion et de la coopération: les réseaux d’autorité”, in *L’ autorité de l’Union Européenne*, direcção de Loïc Azoulay e Laurence Burgogme-Larsen, *collection Droit de l’Union Européenne*, direcção de Fabrice Picod, *Colloques*, 2, Bruylant, Bruxelles, 2006;
- CHIARA ZILIOLI & MARTIN SELMAYER, “Recent developments in the law of the European Central Bank”, in *Yearbook of European Law 2006*, coordenado por Piet Eeckhout e Takis Tridimas, Oxford University Press, Oxford, 2007;
- CHRIS BRUMMER, “Why soft law dominates international finance – and not trade”, in *Journal of International Economic Law*, 13 (3), Oxford University Press, 2010;
- CHRIS HANRETTY e CHRISTEL KOOP, “Comparing regulatory agencies. Report on the results of a worldwide survey”, *EUI working papers, RSCAS 2009/63, Robert Schuman Centre for Advanced Studies – Loyola de Palacio Programme on Energy Policy*, Instituto Universitário Europeu, Florença;

- CHRISTER GULBRANDSEN, *Europeanization of sea-level bureaucrats – a case of ship inspectors’ training*, *Arena working paper*, nº 4, Março 2010, ARENA – Centre for European Studies, University of Oslo;
- CHRISTIAN CALLIES, “Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms”, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)*, 14. Jahrgang, Heft 02, 2011;
- CHRISTIAN CALLIES e CHRISTOPHER SCHOENFLEISCH, “Auf dem Weg in die europäische ‘Fiskalunion’? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages”, in *JuristenZeitung*, 2012;
- CHRISTIAN HEINZE, “Genehmigungen und Zuschüsse für den Kraftfahrzeug – Linienverkehr nach dem «Altmark-Urteil» des EuGH vom 24.Juli 2003”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 2004;
- CHRISTIAN STOFFAËS, “The deregulation of network services in the European Union”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;
- “Network regulation on a federal scale: lessons for Europe from the American perspective”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;
- CHRISTINA ECKES e JOANA MENDES, “The right to be heard in composite administrative procedures: lost in between protection?”, in *European Law Review*, 36 (5), 2012;
- CHRISTINE DELCOURT, “Les procédures de décision prévues par les Traités après Lisbonne: quelle lisibilité?”, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 549, Junho 2011;
- CHRISTINE NEUHOLD e PIERPAOLO SETTEMBRI, “The role of European Parliament committees in the EU policy-making process”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;
- CHRISTOFER LENZ e ERNST BURGBACHER, “Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009;
- CHRISTOPH GÖRISCH, *Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen*, *Jus Internationale et Europaeum*, 35, Mohr Siebeck, 2009;

-
- CHRISTOPHE LEMAIRE, “Energie et services d’intérêt économique général”, in *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, direção de Jean-Victor Louis e Stéphane Rodrigues, Bruylant, Bruxelas, 2006;
- CHRISTOPHER LORD, “The European Parliament and the legitimation of agencification”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;
- CLAIRE-FRANÇOISE DURAND, “Les champs d’intervention du pouvoir d’exécution communautaire”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009;
- CLAUDE BLUMANN, “À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les ‘nouveaux’ actes délégués”, in *Chemins d’Europe – Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010;
- “Un nouveau départ pour la comitologie – Le règlement n° 182/2011, de 16 de Fevereiro de 2011, in *Cahiers de Droit Europeen*, Quarante-Septième Année, n° 1, 2011;
 - “Comitologie et administration indirecte”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009;
 - “Comitologie”, in *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, coordenado por Ami Barav e Christian Philip, PUF, 1993;
- CLAUDE BLUMANN/LOUIS DUBOIS, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 4ª edição, Lexis Nexis Litec, Paris, 2010;
- CLAUDIO FRANCHINI, “Il diritto amministrativo italiano e l’influenza comunitaria: l’organizzazione”, in *revista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004;
- “Les notions d’administration indirecte et de coadministration”, in *Droit administratif européen*, direção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007;
 - “Autonomia e indipendenza nell’ amministrazione europea”, in *diritto amministrativo*, 2008;
- CLAUS DIETER EHLERMANN, “The internal market following the Single European Act”, in *Common Market Law Review*, 24, 1987;

CLEMENS LADENBURGER, “Evolution oder kodifikation eines allgemeinen Verwaltungsrechts in der EU”, in *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, coordenado por Hans Heinrich Trute, Thomas Gross, Hans Chr. Röhl e Christoph Möllers, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008;

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Governança Europeia – um Livro Branco*, Bruxelas, 25.7.2001, COM (2001) 428 final;

COMISSÃO EUROPEIA, “Meta-study on decentralised agencies: cross-cutting analysis of evaluation findings”, Setembro 2008;

– *Evaluation of the EU decentralised agencies*, Ramboll Management/Euréval/Matrix, Dezembro 2009;

– *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009 – Final Report Volume I, Synthesis and prospects*, Ramboll Management/Euréval/Matrix, Dezembro 2009;

– *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009 – Final Report Volume II, Conclusions at system level*, Ramboll Management/Euréval/Matrix, Dezembro 2009;

Comunicação da Comissão - Para uma cultura reforçada de consulta e diálogo - princípios gerais e regras mínimas de consulta das partes interessadas pela Comissão, COM (2002) 704 final, Bruxelas, 11/12/2002;

Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução, COM (2000) 1 final, Bruxelas, 02/02/2000;

Comunicação da Comissão sobre a obtenção e utilização de competências especializadas pela Comissão: princípios e orientações - “Reforçar a base de conhecimentos para melhores políticas”, COM (2002) 713 final, Bruxelas, 11.12.2002;

Comunicação da Comissão - O enquadramento das agências europeias de regulamentação, COM/2002/0718 final;

Comunicação da Comissão - Agências europeias - perspectivas futuras, 11/03/2008, COM (2008) 135 final;

Comunicação da Comissão de 4 de Março de 2009 dirigida ao Conselho Europeu da Primavera - «Impulsionar a retoma europeia», COM (2009) 114 final;

Comunicação da Comissão de 27 de Maio de 2009 – “Supervisão financeira europeia”, COM (2009) 252 final;

- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre “Aplicação do artigo 290.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, COM (2009) 673 final, Bruxelas, 9.12.2009;
- Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu “Uma política energética para a Europa”, COM (2007) 1 final;
- Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, coordenação de Maria Manuel Leitão Marques; João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2005;
- CORINA STRATULAT e ELISA MOLINO, “Implementing Lisbon: what’s new in comitology?”, *in Policy Brief*, European Policy Centre, Abril 2011;
- CRISTINA SERRANO LEAL, “Financiación: el presupuesto”, *in Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo III – Sistema institucional y procedimientos decisorios*, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011;
- D. FISCHER –APPELT, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, Duncker & Humblot, 1999;
- DAVID BENSON e ANDREW JORDAN, “Exploring the tool-kit of european integration theory: what role for cooperative federalism?”, *in Journal of European Integration*, volume 33, nº 1, Routledge, Janeiro 2011;
- DAVID LEVI-FAUR, “Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space”, *in Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;
- DAMIEN ANGELET, “La comitologie”, *in Journal de Droit Européen*, 2009;
- DAMIEN GERADIN, “The development of European Regulatory Agencies: what the EU should learn from American experience”, *in The Columbia Journal of European Law*, Volume 11, nº 1, Inverno 2004/2005;
- DANIEL GUÉGUEN, *Le pouvoir européen confisqué*, 3^a edição, European Training Institute (ETI): Europolitique, Bruxelas, 2011;
- DANIEL DAIANU, “EU economic governance reform: are we at a turning point?”, *in Romanian Journal of European Affairs*, volume 11, nº 1, 2011;
- DANIEL NAURIN, “The European Central Bank – independent and accountable?”, *in The illusion of accountability in the European Union*, coordenado por Sverker Gustavsson, Christer Karlsson e Thomas Persson, Routledge, 2009;

DANIEL RIEDEL, “Rechtsschutz gegen Akte Europäischer Agenturen”, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 16, 2009;

DANIEL TERRÓN SANTOS, *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Estudios de derecho administrativo (dirigida por Estanislao Arana Garcia), 10, Editorial Comares, Granada, 2004;

DANIEL THYM e MATTIAS WENDEL, “Préserver le respect du droit dans la crise: la Cour de Justice, le MES et le mythe du déclin de la Communauté de droit”, in *Cahiers de Droit Européen*, quarante-huitième année, n° 3, 2012;

DANIEL THÜRER, “‘Soft Law’ – Eine neue Form von Völkerrecht?”, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, 104, 1985;

DANIELA MUCHNA, “The Importance of Comitology for the Decisionmaking Process in the Foodstuffs Sector – Implications of the 2006 Comitology Reform”, in *Ernährung - Österreichische Zeitschrift für Wissenschaft, Technik, Recht und Wirtschaft*, volume 31, n° 4, 2007;

DANIELE BIANCHI, *De Comitatus origine et le role de la comitologie dans la Politique Agricole Commune ou la Chain*, L’Harmattan, Paris, 2012;

– “La comitologie est morte! Vive la comitologie!”, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n° 1, Janeiro/Março de 2011;

DARIO BARBIERI, “transnational networks and national hierarchies in Italy: the cases of the Italian competition and environment administrations”, in *Multilevel Union Administration – the transformation of executive politics in Europe*, coordenado por Morten Egeberg, Palgrave Macmillan, 2006;

DARIO BARBIERI e EDOARDO ONGARO, “Les agences de l’UE: points comuns et différences avec les agences publiques agissant au niveau national”, in *Revue des Sciences Administratives*, Volume 74, n° 3, 2008;

DAVID E. SHIPLEY, “Due process rights before EU agencies: the rights of defence”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, volume 37, n° 1, 2008;

DAVID HAVERBEKE, BARBARA NAESENS e WOUTER VANDORPE, “European energy markets and the new Agency for Cooperation of Energy Regulators”, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 28, n° 3, 2010;

DAVID LEVI-FAUR, “Regulatory networks & regulatory agencification: toward a single european regulatory space”, in *Journal of European Public Policy*, 18 (6), 2011;

DEIDRE CURTIN, *Executive power of the European Union – Law, practices, and the living constitution*, Oxford University Press, 2009;

– “The executive(s) of the European Union. Out of the shadow(s), under the spotlights?”, in 30 years of European Legal Studies at the College of Europe – Liber Professorum 1973-74 – 2003-04, coordinado por Paul Demaret, Inge Govaere e Dominik Hanf, College of Europe Studies, n° 2, Bruxelas, 2005;

– “Holding (quasi-) autonomous EU administrative actors to public account”, in *European Law Journal*, volume 13, n° 4, Blackwell Publishing, Julho 2007;

DEIDRE CURTIN e ANDRÉ NOLLKAEMPER, “Conceptualizing accountability in international and european law”, in *Netherlands Yearbook of International Law*, volume XXXVI, 2005;

DEIDRE CURTIN e IGE DEKKER, “The European Union from Maastricht to Lisbon: institutional and legal unity out of the shadows”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordinado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

DEIDRE CURTIN, PETER MAIR e YANNIS PAPADOPOULOS, “Positioning accountability in european governance: an introduction”, in *West European Politics*, volume 33, n° 5, Setembro 2010, Routledge;

DELIÈGE-SEQUARIS, “Révision des traités européennes en dehors des procédures prévues”, in *Cahiers de Droit Européen*, 1980;

DENYS SIMON, “Les fondements de l’autonomie du droit communautaire”, in *Droit international et droit communautaire – perspectives actuelles, Colloque de Bordeaux*, SFDI, Pédone, Paris, 2000;

DERMOT HODSON, “Macroeconomic co-ordination in the euro-area: the scope and limits of the open method”, in *Journal of European Public Policy*, volume 11, n° 2, 2004;

DERMOT HODSON e IMELDA MAHER, “Soft Law and sanctions: economic policy coordination and reform of the Stability and Growth Pact”, in *Journal of European Public Policy*, volume 11, n° 5, 2004;

DIANA-URANIA GALETTA, “Coamministrazione, reti di amministrazioni, *Verwaltungsverbund*: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di ‘cooperazione amministrativa’ dell’art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell’ amministrazione intrecciata?”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fascicolo 6, 2009;

DIDIER GEORGAKAKIS, “L’administration de l’Union Européenne à la croisée des chemins”, in *Revue française d’administration publique*, n° 133, 2010;

Die neue Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union – Hoffnungen und Erwartungen angesichts einer (weiteren) Vervollständigung des Binnenmarktes, coordenado por Heribert Franz Koeck e Margit Maria Karollus, Nomos, Viena, 2008;

DIMITER TOSHKOV e LAURA DE HAAN, “The europeanization of asylum policy: an assessment of the EU impact on asylum applications and recognitions rates”, in *Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 5, 2013;

DIMITRIS TRIANTAFYLLOU, *Des compétences d’attribution au domaine de la loi: études sur les fondements juridiques de l’activité administrative communautaire*, Bruylant, Bruxelas, 1997;

– “Commentaire de l’article I-36”, in *Traité établissant une Constitution pour l’Europe – commentaire article par article*, direção de Laurence Burgogues-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod, Bruylant, Bruxelas, 2007;

– “Les plans de sauvetage de la zone Euro et la peau de chagrin”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 2, Abril 2011;

DOMENICO SICLARI, “Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fascículo 1, 2009;

DOMINIQUE CUSTOS, “La notion américaine de régulation”, in *Droit de la Régulation, Service Public et intégration régionale*, Tomo 1, *Comparaisons et commentaires*, (direção de Gérard Marcou e Franck Moderne), L’Harmattan, Paris, 2005;

DOMINIQUE RITLÉNG, “L’identification de la fonction exécutive dans l’Union”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009;

– “La délégation du pouvoir législatif de l’Union Européenne”, in *Chemins d’Europe – Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010;

DORIAN GUINARD, *Réflexions sur la construction d’une notion juridique: l’exemple de la notion de services d’intérêt général*, L’Harmattan, Paris, 2012;

DR. S. LAVRIJSSEN/PROF. L. HANCHER, “Networks on track: from european regulatory networks to European regulatory ‘network agencies’”, in *Legal issues of economic integration*, 34, nº 1, 2008;

DULCE LOPES, *O princípio da proporcionalidade no direito comunitário – uma perspectiva de controlo*, dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003;

-
- E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004;
- EBERARD SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003;
- “Der Europäische Verwaltungsverbund und die rolle des Europäischen Verwaltungsrechts”, in *Der Europäische Verwaltungsverbund*, coordinado por E. Schmidt-Assmann e B. Schöndorf-Haubold, Tübingen, 2005;
- “Europäisches Verwaltungsrecht als Systematische Ordnung”, in *Die Verwaltung*, 42. Band, Heft 3, 2009;
- EDDY WYMEERSCH, “The structure of financial supervision in Europe: about single financial supervisors, twin peaks and multiple financial supervisors”, in *European Business Organization Law Review*, 8, TMC Asser Press, 2007;
- EDWARD C. PAGE, “Accountability as a bureaucratic minefield: lessons from a comparative study”, in *West European Politics*, volume 33, n° 5, Setembro 2010, Routledge;
- ELISABETTA DE GIORGI, CATHERINE MOURY & JOÃO PEDRO RUIVO, “Governing Portugal in hard times: incumbents, opposition and international leaders”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordinado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- ELLEN VOS, “The role of comitology in european governance”, in *Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordinado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005;
- ELLIOT POSNER E NICOLAS VERÓN, “The EU and financial regulation: power without purpose?”, in *Journal of European Public Policy*, 17:3, 2010;
- EMILE NOËL e HENRI ETIENNE, “Quelques considérations sur la déconcentration et la délégation du pouvoir de décision dans la Communauté économique européenne”, in *Revue du Marché Commun*, Paris, 1967;
- EMILIANO GROSSMAN E PATRICK LEBLOND, “European financial integration: finally the great leap forward?”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 49, n° 2, Blackwell, 2011;
- “Editorial - The fiscal compact and the european constitutions: ‘Europe speaking german’”, in *European Constitutional Law Review*, volume 8, Issue I, 2012;

EDOARDO CHITI, “The emergence of a Community administration: the case of european agencies”, in *Common Market Law Review*, 37, 2000;

– “Decentralised integration as a new model of joint exercise of Community functions: a legal analysis of European agencies”, in *European Review of Public Law*, vol. 14, nº 3, Outono 2002;

– *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002;

– “Decentralisation and integration into the Community administrations: a new perspective on european agencies”, in *European Law Journal*, vol. 10, nº 4, Julho 2004;

– “The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications”, in *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, coordenação de Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2009;

– “An important part of the EU’s institutional machinery: features, problems and perspectives of european agencies”, in *Common Market Law Review*, 46, 2009;

– “Tendenze e problemi del processo di agencification nell’ordinamento europeo”, in *L’amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, coordenado por Barbara Marchetti, Padova, 2009;

– “Le trasformazioni delle agenzie europee”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, ano 60, nº 1, 2010;

– “Existe-t-il un modèle d’agence de l’Union Européenne?”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;

– “European agencies’ rulemaking: powers, procedures and assessment”, in *European Law Journal*, volume 19, nº 1, Janeiro 2013;

EDOARDO CHITI e PEDRO GUSTAVO TEIXEIRA, “The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis”, in *Common Market Law Review*, volume 50, nº 3, Junho 2013;

EDUARDO PAZ FERREIRA, “Ainda a propósito da distinção entre impostos e taxas: o caso da taxa municipal pela realização de infra-estruturas urbanísticas”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 380, 1995;

-
- “A Constituição económica e a União Económica e Monetária: da construção do socialismo ao credo monetarista”, in *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1997;
 - “Aspectos gerais do novo regime do sector empresarial do Estado”, in *Estudos sobre o Sector empresarial do Estado*, (organização de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000;
 - anotação ao artigo 119º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
 - anotação ao artigo 120º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
 - anotação ao artigo 121º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
 - anotação ao artigo 122º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
 - *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001;
 - “Direito Comunitário II (União Económica e Monetária) – Relatório”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2001;
 - *Ensinar Finanças Públicas na Faculdade de Direito (Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina)*, Almedina, Coimbra, 2005;
 - “Num país onde não querem defender os meus direitos, eu não quero viver”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume LII, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2011;
 - “O Banco de Portugal e o sistema europeu de Bancos Centrais”, in *Revista da Banca*, nº 41, Janeiro/Março 1997;
 - “O modelo do Banco Central Europeu”, in *Estudos Económicos e Jurídicos sobre o Euro*, organizado pelo Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999;
 - “Problemas de descentralização financeira”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XXXVIII, nº 1, 1997;
 - *União Económica e Monetária – Guia de Estudo*, Quid Iuris, Lisboa, 1999;

-
- *Valores e interesses. Desenvolvimento económico e política comunitária de cooperação*, Almedina, Coimbra, 2004;
- EDUARDO PAZ FERREIRA/MARTA REBELO, “O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia*, Ano 1, n.º 4, Belo Horizonte, 2003;
- EDUARDO VÍRGALA FORURIA, “Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”, in *revista de derecho constitucional europeo*, número 5, Janeiro-Junho de 2006;
- *Las agencias reguladoras de la UE*, Editorial Comares, Granada, 2011;
- EILIS FERRAN/KERN ALEXANDER, “Can soft law bodies be effective? The special case of the European Systemic Risk Board”, in *European Law Review*, 35 (6), 2010;
- ELEFThERIA NEFRAMI, “Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l’Union Européenne”, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne – Revue de l’Union Européenne*, n.º 556, Março 2012;
- ELLEN VOS, “Fifty years of european integration, forty-five years of comitology”, in *Fifty years of European integration – foundations and perspectives*, coordenado por Andrea Ott e Ellen Vos, T-M-C- Asser Press, Haia, 2009;
- “Reforming the European Commission: what role to play for EU agencies?”, in *Common Market Law Review*, volume 37, (5), 2000;
- “Agencies and the European Union”, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003;
- ELSA BERNARD, “Accord sur les agences européennes: la montagne accouche d’une souris”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 3- 2012;
- ENRIQUE BARÓN CRESPO, “El desarrollo de la codecisión como procedimiento legislativo de la UE”, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 46, Bilbao, 2012;
- ENRIQUE LINDE PANIAGUA, “Algunas observaciones sobre el sistema normativo de la Unión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 18, 1.º semestre de 2010;
- ERIC PARADIS, “Les agences et organismes divers de l’Union Européenne: une appréciation d’ensemble en 2010”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;

ESTHER VERLUIJS, “Catalysts of compliance? The role of European Union agencies in the implementation of EU legislation in Poland and Bulgaria”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012;

ESTHER VERLUIJS e ERIKA TARR, “improving compliance with European Union law via agencies: the case of the European Railway Agency”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 51, nº 2, 2013;

ELAINE FAHEY, “Does the emperor have financial crisis clothes? Reflections on the legal basis of the European Banking Authority”, in *The Modern Law Review*, volume 74, nº 4, Julho 2011;

Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume I, organização de Rui Moura Ramos, Carlos Ferreira de Almeida, António Marques dos Santos, Pedro Pais de Vasconcelos, Luís de Lima Pinheiro, Maria Helena Brito, Dário Moura Vicente, Almeida, Coimbra, 2002;

EUGENIA DUMITRIU –SEGNANA, “Le nouveau règlement ‘comitologie’”, in *Journal de droit européen*, 2011;

EUGENIO DE MARCO, “Metodi intergovernativi, metodi ‘comunitari’ e multilevel governance nell’ambito dell’ Unione Europea”, in *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell’arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, coordenação de Paola Bilancia, Giuffrè Editore, Milão, 2006;

European Competition Law Annual 1999: selected issues in the field of state aids, coordenado por Claus Dieter Ehelermann e Michelle Everson, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Hart Publishing, 2001;

EVE FOUILLEUX, JACQUES DE MAILLARD e ANDY SMITH, “Council working groups: spaces for sectorized European policy deliberation”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;

EVERSON/MAJONE/METCALFE/SCHOUT, *The role of specialised agencies in decentralising EU governance*, relatório apresentado à Comissão, 1999;

Exposição de motivos do relatório da Comissão dos Assuntos Constitucionais sobre uma estratégia para a resolução dos aspectos institucionais das agências de regulação, 17 de Setembro de 2008 PE, relator Georgios Papastamkos, relatora de parecer Jutta Haug, Comissão dos Orçamentos, (2008/2103(INI));

F. CAPRIGLIONE E G. SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani – l' Unione Europea tra rischi ed opportunità*, UTET Giuridica, 2012;

FABIENNE PÉRALDI-LENEUF, “Le recours à l’externalité dans le système administratif communautaire: la délégation de la technicité”, in *Le Phénomène bureaucratique européen. Intégration européenne et ‘technophobie’*, Collection *Rencontres Européennes*, coordenado por Pascal Mbongo, Bruylant, Bruxelas, 2009;

FABIO GENCARELLI, “Il Trattato di Lisbona e la nuova comitologia”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fascículo 1/2012;

FAUSTO DE QUADROS, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995;

– *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999;

– anotação ao artigo 4º do TUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– “O acto administrativo comunitário”, in *Colóquio Luso-Espanhol: o acto no contencioso administrativo – tradição e reforma*, Almedina, Coimbra, 2005;

– “Serviço público e direito comunitário”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2001;

FELIX ROTH, FELICITAS NOWAK-LEHMANN D. & THOMAS OTTER, “Crisis and trust in the national and european governmental institutions”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

FERNANDA MAÇÃS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, Julho/Agosto 2006;

– anotação ao artigo 130º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– anotação ao artigo 62º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

FERNANDO ALVES CORREIA, “A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no Direito do Urbanismo”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137º, nº 3946;

– “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010;

– “Evolução do direito do urbanismo em Portugal em 1997-1998”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXIV, Coimbra, 1998;

– “I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha – Relatório Geral”, in *Boletim Documentação e Direito Comparado – suplemento do Boletim do Ministério da Justiça*, nºs 71/72, Lisboa, 1997;

– “Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, (separata), Coimbra, 2003;

– *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume III, Almedina, Coimbra, 2010;

FERNANDO ROCHA ANDRADE, “A limitação constitucional do défice orçamental e sua circunstância”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;

FERNANDO XAREPE SILVEIRO, anotação ao artigo 287º do TFUE, in *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

FILIPPO BELLOC, ANTONIO NICITA & PIER LUIGI PARCU, “Liberalizing telecommunications in Europe: path dependency and institutional complementarities”, in *Journal of European Public Policy*, 20:1, 2013;

FILIPPO DONATI, “Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/06, Giuffrè;

Financial regulation and supervision. A post-crisis analysis, coordenação de E. Wymeersch, Klaus Hopt e G. Ferrarini, 2013

FLORIAN BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005;

FLORIAN TRAUNER, “The European Parliament and agency control in the Area of Freedom, Security and Justice”, in *West European Politics*, 35:4, 2012;

- FRANCESCO DRUDI, ALAIN DURRÉ e FRANCESCO PAOLO MONGELLI, “The interplay of economic reforms and monetary policy: the case of the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012;
- FRANCIS FUKUYAMA, *A construção de Estados - Governação e ordem mundial no séc. XXI*, (tradução de F. J. Azevedo Gonçalves), Gradiva, Lisboa, 2004;
- FRANCIS SNYDER, “Soft law and institutional practice in the European Community”, in *The construction of Europe: essays in honour of Emile Noël*, coordenado por S. Martin, Kluwer, Londres, 1994;
- “EMU – integration and differentiation: metaphor for European Union”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- FRANCISCO BOAVIDA SALAVESSA, “Sistemas de compensação de aforradores”, in *O novo Direito Bancário*, coordenado por Paulo Câmara e Manuel Magalhães, Almedina, Coimbra, 2012;
- FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2ª edição, Coimbra Editora;
- anotação ao artigo 220º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- anotação ao artigo 221º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- FRANCISCO LUCAS PIRES, “União Europeia: um poder próprio ou delegado?”, in *A União Europeia*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994;
- FRANCISCO TORRES, “The Euro crisis, institutional change and political constraints”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- FRANÇOIS VAN DER MENSBRUGGHE, “The danger of excessive delegations to independent administrative agencies: the example of the USA”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;
- FRANÇOISE COMTE, “Agences européennes: relance d’une réflexion interinstitutionnelle européenne?”, in *revue du droit de l’Union Européenne*, 3/2008;

-
- “Une nouvelle agence dans le paysage institutionnel européen: le Bureau européen d’appui en matière d’asile”, in *Revue du Droit de l’ Union Européenne*, 2/2010;
- “2008 Commission Communication ‘European agencies – the way forward’: what is the follow-up since then?”, in *Review of European Administrative Law*, Volume 3, n° 1, Europa Law Publishing, 2010;
- “A new agency is born in the European Union: the European Asylum Support Office”, in *European Journal of Migration and Law*, 12, 2010;
- FRANÇOIS LAFARGE, “EU law implementation through administrative cooperation between member states”, in *Rivista italiana di diritto pubblico Comunitario*, fascículo 1, 2010;
- FRANK SMETS, “Imbalances in the euro area and the ECB’s response”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- FRANK VIBERT, “Better regulation and the role of EU agencies”, in *Better regulation*, coordenado por Stephen Weatherill, Hart Publishing, 2007;
- FRÉDÉRIC ALLEMAND, “La faisabilité juridique des projets d’euro-obligations”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2012;
- FRÉDÉRIC ALLEMAND e FRANCESCO MARTUCCI, “La nouvelle gouvernance économique européenne”, in *Cahiers de droit européen*, n° 2, 2012;
- FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3ª edição, reimpressão de 2011, Almedina, Coimbra;
- FREITAS DO AMARAL/LINO TORGAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, Almedina, Coimbra, 2001;
- FRIEDRICH KÜBLER, “Institutional aspects of the Eurozone crisis”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- FRITZ SCHARPF, *Governing in Europe. Effective and democratic?*, Oxford University Press, 1999;
- “From the board – The credit crisis and its aftermath”, in *Legal Issues of Economic Integration*, volume, 36, n° 4, 2009;
- FU-CHANG CHANG, “European Defence Agency – motor of strengthening the EU’s military capabilities?”, in *European Foreign Affairs Review*, 16, 2011;

- GABRIEL ECKERT, “Les modes de financement du service public dans l’environnement concurrentiel”, in *Service Public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché – Tome II: Approche transversale et conclusions* (dircção de Robert Kovar e Denys Simon), La Documentation Française, Paris, 1998;
- GEORGE A. BERMANN, “Executive power in the new European constitution”, in *International Journal of Constitutional Law*, volume 3, Oxford University Press, 2005;
- GEORGE BOYNE, “Planning, Performance and Public Services”, in *Public Administration*, vol 79, n.º 1, 2001;
- GEORGES CARAVELIS, *The EU financial supervision in the aftermath of the 2008 crisis: an appraisal*, *EUI working papers*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2010/11, Instituto Universitário europeu, Florença, 2010;
- GEORGES VANDERSANDEN, “Arrêt ‘Sogelma’: l’annulation d’actes adoptés par des organes établis sur la base du droit dérivé”, in *Journal de Droit Européen*, 2008;
- GERARD CONWAY, “Recovering a separation of powers in the European Union”, in *European Law Journal*, volume 17, nº 3, Maio 2011;
- GÉRARD MARCOU, “Le thème de l’agence et la reforme des administrations centrales”, in *Les agences de l’Union Européenne*, dircção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;
- GIACINTO DELLA CANANEA, “Independent regulatory agencies in the european legal space”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;
- “From judges to legislators? The codification of EC administrative procedures in the field of State aids”, in *revista italiana di diritto pubblico comunitario*, nº 5, 1995;
- GIANDOMENICO MAJONE, “Independence vs Accountability? Non-majoritarian institutions and Democratic Government in Europe”, in *EUI Working Papers in Political and Social Sciences*, SPS n.º 94/3, Instituto Universitário Europeu, Florença, 1994, pág. 24;
- *Regulating Europe*, Routledge, 1996;
- *La Communauté européenne: un État régulateur*, tradução de Jean-François Baillón, Montchrestien, Paris, 1996;
- “The new european agencies: regulation by information”, in *Journal of European Public Policy*, volume 4, Issue 2, 1997;

-
- “Convergence dans les approches nationales? Innovations politiques et retards institutionnels”, in *La Regulation des Services Publics en Europe* (direcção de Jacques Vandamme e François van der Mensbrughe), ed. ASPE Europe, Paris, 1998;
 - “The credibility crisis of Community regulation”, in *Journal of Common Market Studies*, 38 (2), 2000;
 - “Delegation of regulatory powers in a mixed polity”, in *European Law Journal*, 8 (3), 2002;
 - “Managing Europeanization. The European agencies”, in *The institutions of the European Union*, 2ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2006;
 - “Strategy of regulatory reform”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;
 - *Dilemmas of european integration. The ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, Oxford University Press, 2005;
- GIANDONATO CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse económico generale. Contributo allo studio del modelo sociale europeo*, Giappichelli, Turim, 2008;
- GIANLUCA D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’ Unione Europea*, Cedam, Pádua, 1998;
- GIJS JAN BRANDSMA, *Backstage Europe – Comitology, accountability and democracy in the European Union*, Arnhem, 2010;
- “Accounting for input in comitology committees: an uncomfortable silence”, in *Journal of European Public Policy*, 17:4, 2010;
 - “Accountable comitology?”, in *The real world of EU accountability – what deficit?*, coordenado por Mark Bovens, Deidre Curtin e Paul’t Hart, Oxford University Press, Oxford, 2010;
- GIJS JAN BRANDSMA, DEIDRE CURTIN e ALBERT MEIJER, “How transparent are EU ‘comitology’ committees in practice?”, in *European Law Journal*, Blackwell Publishing, volume 14, nº 6, Novembro 2008;
- GIO TEN BERGE, “Independent Government institutions and social organizations: an essay”, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003;

GIORGIO GAJA, PETER HAY e RONALD ROTUNDA, “Instruments for legal integration in the European Community – a review”, in *Integration through law: Europe and the American federal experience*, volume 1, Livro 2, coordenado por Cappelletti, Secombe e Weiler, Instituto Universitário Europeu, 1985;

GIORGIO GRASSO, *Le Autorità Amministrative Indipendenti Della Repubblica – Tra Legittimità Costituzionale e Legittimazione Democratica*, Giuffrè, Milão, 2006;

– *Le Autorità Amministrative Indipendenti Della Repubblica – Tra Legittimità Costituzionale e Legittimazione Democratica*, Giuffrè, Milão, 2006;

GIOVANNA DE MINICO, “Regulators and rules – President Obama’s reforms vs Europe’s reforms”, *European Business Law Review*, 2010;

GIOVANNA MASTRODONATO, *Procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Cacucci editore, Bari, 2008;

GITTE HYTTEL NORGARD, “National limits to transnational networking? The case of the Danish IT and telecom agency”, in *Multilevel Union Administration – the transformation of executive politics in Europe*, coordenado por Morten Egeberg, Palgrave Macmillan, 2006;

GIULIANO G. CASTELLANO, ALAIN JEUNEMAÎTRE e BETTINA LANGE, “Reforming European Union financial regulation: thinking through governance models”, in *European Business Law Review*, volume 23, nº 3, 2012;

GIULIO NAPOLITANO, “The regulation of utilities in Italy and its progressive europeanisation”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;

– “Il nuovo stato salvatore: strumento d’intervento e assetti istituzionali”, in *Giornale di diritto amministrativo*, nº 11, 2008;

GIULIO PERONI, “The crisis of the Euro and the new role of the European Central Bank”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

GIUSEPPE GODANO, “Le nuove proposte di riforma della vigilanza finanziaria europea”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2010;

GIUSEPPE TESAURO, “Presentation generale – Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l’article 90, paragraphe 2, du Traité”, in *Service Public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché – Tome VI: Approche transversale et conclusions*, (direcção de Robert Kovar e Denys Simon), La Documentation Française, Paris, 1998;

GOMES CANOTILHO, “A *governance* do terceiro capitalismo e a constituição social”, in *Entre discursos e culturas jurídicas, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, nº 89, coordenação de Gomes Canotilho e Lenio Luiz Streck, Coimbra Editora, 2006;

– “*Brancosos*” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006;

– “Direito à emanção de normas legais individuais?”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127º, nº 3847, Fevereiro 1995;

– *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003;

– “Electrosmog e relações de vizinhança ambiental – primeiras considerações”, in *Revista do CEDOUA*, nº 10, 2002;

– “O Estado garantidor. Claros-escuros de um conceito”, in *O Direito e o futuro. O futuro do Direito*, coordenado por Avelãs Nunes e Miranda Coutinho, Almedina, Coimbra, 2008;

– “O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, nº 1, 2010;

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, anotação ao artigo 102º, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra editora, 2007;

GOMES CANOTILHO e SUZANA TAVARES DA SILVA, “Metódica multinível: ‘spill-over effects’ e interpretação conforme o direito da União Europeia”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 138, nº 3955, Março/Abril 2009;

GONÇALO ANASTÁCIO, “Regulação da energia”, in *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009;

– anotação ao artigo 9º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

- GOVIN PERMANAND e ELLEN VOS, “EU regulatory agencies and health protection”, in *Health systems governance in Europe – The role of European Union law and policy*, coordenado por Elias Mossialos, Govin Permanand, Rita Baeten e Tamara Hervey, Cambridge University Press, 2010;
- GREGORIO GARZÓN CLARIANA, “Les actes délégués dans le système des sources du droit de l’ Union Européenne”, in *ERA Forum*, 12, Springer, 2011;
- GREGOR SCHUSTERSCHITZ, “European agencies as subjects of international law”, in *International Organizations Law Review*, nº 1, 2004;
- GREGOR SCHUSTERSCHITZ e SABINE KOTZ, “The comitology reform of 2006 – Increasing the powers of the European Parliament without changing the treaties”, in *European Constitutional Law Review*, 3, TMC Asser Press, 2007;
- GUENTHER F. SCHAEFER e ALEXANDER TÜRK, “The role of implementing committees”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;
- GUIDO STÄRKLE, *L’ agence européenne de defense – régime juridique, organisation et réalisations*, Bruylant, Bruxelas, 2010;
- GÜNTER KNEIPS, “Telekommunikations-märkte zwischen Regulierung und Wettbewerb”, in *Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft – Festschrift für Christian von Weizsäcker*, Herausgegeben von Hans G. Nutzinger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2003;
- GUNTRAM B. WOLFF, “The euro area crisis and implications for the relation between the EU and the Euro area”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- H. ONNO RUDING, “From national to european regulation: towards european financial supervisory authorities”, in *CEPS Policy Brief – Thinking ahead for Europe, Centre for European Policy Studies*, nº 209, Maio 2010;
- HALA RUMEAU-MAILLOT, “Le cadre juridique et réglementaire des services financiers dans l’Union Européenne: l’etendue réelle de l’intégration financière européenne”, in *The ‘visible hand’: european and global perspectives on financial market regulation and economic governance/La ‘main visible’ perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique*, coordenação de Francis Snyder, Albrecht Sonntag e Wei Shen, Bruylant, Bruxelas, 2012;

Handbook of Central Banking, financial regulation and supervision: after the financial crisis (coordenado por S. Eiffinger e D. Masciandaro), Edward Elgar, 2011;

HANNS PETER NEHL, *Principles of administrative procedure in EC law*, Hart Publishers, 1999;

HANS-W MICKLITZ, “Universal services: nucleus for a social european private law”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011;

HEIKE SCHWEITZER, *Commitment decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: the developing EC practice and case law*, EU Working Papers, LAW No. 2008/22;

– “Services of General Economic Interest: european law’s impact on the role of markets and the member states”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011;

HEINRICH SIEDENTOPF e BENEDIKT SPEER, “La notion d’espace administratif européen”, in *Droit administratif européen*, direcção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007;

HELENA JÄDERBLOM, “De la fragmentación a la mejora de la coherencia: un derecho administrativo de la UE de fácil manejo”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011;

HELENA MARGARETHA EKELUND, *Institutional unity and diversity: exploring the role of the European Community agencies in the governance of the European Union*, relatório preparado para UACES Exchanging ideas on Europe 2008 – Rethinking the European Union, Edimburgo, policopiado, 1-3 Setembro 2008;

– *The agencification of Europe: explaining the establishment of european community agencies*, tese de doutoramento apresentada na Universidade de Nottingham, policopiado, Julho 2010;

– “Making sense of the ‘agency programme’ in post-Lisbon Europe: mapping european agencies”, in *Central European Journal of Public Policy*, volume 6, nº 1, Junho 2012;

HÉLÈNE JORRY, “Une agence originale de l’Union”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;

HELLE TEGNER ANKER, “Comitology”, in *Regulation in the EU*, coordenado por Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sorensen, Thomson – Sweet & Maxwell, Copenhaga, 2006;

HERWIG C. H. HOFMANN, “Administrative governance in state aid policy”, in *EU administrative governance*, coordenação de Herwig Hofmann e Alexander H. Türk, Cheltenham, Edward Elgar, 2006;

– “Agreements in EU law”, in *European Law Review*, 31 (6), 2006;

– “Mapping the European administrative space”, in *West European Politics*, vol. 31, n° 4, Routledge, Julho 2008;

– “Composite decision making procedures in EU administrative law”, in *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, coordenação de Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2009;

– “Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon: typology meets reality”, in *European Law Journal*, vol. 15, n° 4, Julho 2009;

– “Seven Challenges for EU administrative law”, in *Review of European Administrative Law*, volume 2, n° 2, Europa Law Publishing, 2009;

HERWIG C. H. HOFMANN e ALESSANDRO MORINI, “The pluralisation of EU executive – constitutional aspects of ‘agencification’”, in *European Law Review*, 37, 2012;

HERWIG C. H. HOFMANN e ALEXANDER H. TÜRK (coordenadores), *EU administrative governance*, Edward Elgar, 2006;

– “Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration”, in *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, coordenação de Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2009;

IEVA AZANDA, “From Exante to Expost Enforcement of Article 81: Efficiency, Legal Certainty and Community Enlargement”, in *European Journal of Law Reform*, volume 5, n.º ½, 2003;

IMELDA MAHER, “Competition law modernization: an evolutionary tale?”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

IOANNIS GLINAVOS, “Regulation and the role of law in economic crisis”, in *European Business Law Review*, 2010;

ISAAC MARTÍN DELGADO, “Hacia una norma europea de procedimiento administrativo”, in *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, coordenação de Eva Nieto Garrido e Isaac Martín Delgado, Marcial Pons, Madrid, 2010;

-
- “El procedimiento administrativo en el derecho de la Unión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010;
- JABLONER e OKRESEK, “Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des ‘soft law’”, in *Austrian Journal of Public and International Law (ZÖR)*, 1983;
- JACINT JORDANA&DAVID LEVI-FAUR, “Networks as modes of transnational governance: regional latin american telecoms networks in the shadow of hierarchies”, trabalho apresentado em Maio de 2010, no Instituto Universitário, Florença;
- JACOB LOSHIN e AARON NIELSON, “Hiding nondelegation in mouseholes”, in *Administrative Law Review*, volume 62, nº 1, Inverno 2010;
- JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, “Rapport de synthèse”, in *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées. En hommage à Louis Dubois*, La Documentation Française, Paris, 2000;
- “Les agences de régulation européenne: quels problèmes juridiques?”, in *Terres du droit – Mélanges em l’honneur d’ Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009;
- “EU regulatory agencies: what future do they have?”, in *Views of European Law from the mountain – Liber Amicorum Piet Jan Slot*, coordenado por M. Bulterman, L. Hancher, A. McDonnell e H. Sevenster, Kluwer Law International, 2009;
- JACQUES DELORS, “JCMS 50th anniversary lecture – Economic governance in the European Union: past, present and future”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 51, nº 2, 2013;
- JACQUES ZILLER, “L’autorité administrative dans l’Union Européenne”, in *L’autorité de l’Union Européenne*, direcção de Loïc Azoulay e Laurence Burgorgue-Larsen, *Collection Droit de l’ Union Européenne, Colloques 2*, Bruylant, Bruxelas, 2006;
- “Exécution centralisée et exécution partagée: le fédéralisme d’ exécution en droit de l’Union Européenne”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direcção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009;
- “Es necesaria una ley de procedimiento administrativo para las instituciones de la Unión? Comentarios preliminares y perspectivas”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Internas – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011;

-
- “Introduction: les concepts d’administration directe, d’administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administrative européen”, in *Droit administratif européen*, direção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007;
- “The reform of the political and economic architecture of the Eurozone’s governance – a legal perspective”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- JAMES K. JACKSON, “Financial market supervision: european perspectives”, in *Current Politics and economics of Europe*, volume 22, nº 2, 2011;
- JAN PASCAL, “Les agences européennes. Le Hasard ...et la nécessité”, in *Petites Affiches*, nº 126, 26 de Junho de 2006;
- JARED QUANTE LIBET, “Changes in Administrative Agency and Legal Practice in South Carolina Following *State v. Peake*”, in *South Carolina Law Review*, vol. 56, 2005;
- JARLE TRONDAL, “The public administration turn in integration research”, in *Journal of European Public Policy*, 14:6, Setembro 2007;
- “Bureaucratic structure and administrative behaviour – Lessons from international bureaucracies”, *Arena working paper*, nº 11, Centro de estudos Europeus, Universidade de Oslo, Novembro 2010, in <http://www.arena.uio.no>;
- “Domestic agencies in an emergent european executive order”, in *Journal of European Integration*, volume 33, nº 1, Routledge, Janeiro 2011;
- “Administrative fusion: less than a European ‘Mega-administration’”, in *Journal of European Integration*, 31:2, Routledge, 2009;
- JARLE TRONDAL e B. GUY PETERS, *The rise of european administrative space – Lessons learned*, Working Paper, nº 1, ARENA – Centre for European Studies, Universidade de Oslo, Fevereiro de 2012;
- JARLE TRONDAL e LENE JEPPESEN, “Images of agency governance in the European Union”, in *West European Politics*, Volume 31, nº 3, Maio 2008;
- JAVIER GUILLEM CARRAU, “El avance del derecho a la buena administración en el Tratado de Lisboa”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010;
- JEAN BERNARD AUBY, “Le droit administratif européen: entre l’observation et l’hypothèse”, in *L’actualité juridique de droit administrative (AJDA)*, nº especial, Junho 1996;

-
- JEAN-CLAUDE GAUTRON, “Rapport de synthèse”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;
- JEAN CLAUDE PIRIS, “L’ Union Européenne: vers une nouvelle forme de fédéralisme ? ”, in *RTD eur*, 41 (2), Abril – Junho 2005;
- “La comitologie: vers l’épilogue d’une longue saga?”, in *Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010;
- JEAN CLAUDE ZARKA, *Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l’Union économique et monétaire (TSCG)*, Recueil Dalloz, 2012;
- JEAN-FRANÇOIS COUZINET, “La prise en compte de l’existence des agences par les récents traités”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;
- JEAN-LUC SAURON, “Les réseaux d’administrations communautaires et nationales”, in *Droit administratif européen*, direcção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007;
- JEAN-PAUL JACQUÉ, “The principle of institutional balance”, in *Common Market Law Review*, volume 41, nº 2, Abril 2004;
- “Introduction: pouvoir législatif et exécutif dans l’ Union Européenne”, in *Droit Administratif Européen*, direcção de Jean-Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007;
- “Le Traité de Lisbonne: une vue cavalière”, in *Revue Trimestrielle de Droit Europeen (RTDE)*, volume 44, nº 3, 2008, Dalloz;
- *Droit Institutionnel de l’Union Européenne*, 5ª edição, Dalloz, Paris, 2009;
- “Chroniques - Institutions de l’Union”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 1, Janeiro/Março 2012;
- JEAN PISANI-FERRY, ANDRÉ SAPIR, NICOLAS VERÓN e GUNTRAM B. WOLFF, “What kind of European Banking Union?”, in *Bruegel Policy Contribution*, Issue 2012/12, Junho 2012;
- JEAN SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l’Union Européenne – une contribution à l’étude du droit administrative européen*, LGDJ, Paris, 2011;

JEAN-VICTOR LOUIS, “Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés”, in *Cahiers de Droit Européen*, 1980;

– “National parliaments and the principle of subsidiarity – legal options and practical limits”, in *European Constitutional Law Review*, volume 4, Issue 3, 2008;

– “The no-bailout clause and the rescue packages”, in *Common Market Law Review*, volume 47, 2010;

– “Le Comité Européen du Risque Systémique”, in *Cahiers de Droit Européen*, n°s 5 e 6, 2010;

– “Editorial - Vers l’Union Bancaire”, in *Cahiers de droit europeen*, n° 2, 2012;

– “The unexpected revision of the Lisbon Treaty and the establishment of a European stability mechanism”, in *The European Union after the Treaty of Lisbon*, coordenado por Diamond Ashiagbor, Nicola Countouris e Ioannis Lianos, Cambridge University Press, 2012;

JENS BLOM-HANSEN, “Interests, Instruments and institutional preferences in the EU comitology system: the 2006 comitology reform”, in *European Law Journal*, volume 17, n° 3, Maio 2011;

– “The EU comitology system: taking stock before the new Lisbon regime”, in *Journal of European Public Policy*, 18:4, Junho 2011;

– *The EU comitology system in theory and practice – Keeping an eye on the Commission?*, Palgrave macmillan, 2011;

JENS BLOM-HANSEN e GIJS JAN BRANDSMA, “The EU comitology system: intergovernmental bargaining and deliberative supranationalism?”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 47, n° 4, Blackwell, 2009;

JERRY WALDRON, “Recovering american administrative law: federalist foundations, 1787-1801”, in *The Yale Law Journal*, volume 115, n° 6, Abril 2006;

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, *La administración europea – la ejecución europea del derecho y las políticas de la Union*, Civitas, 1997;

– “Las agencias ejecutivas de la Comisión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 6, 1º semestre de 2004;

– “Función ejecutiva y Constitución Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 8, 1º semestre de 2005;

-
- “Las agencias europeas de la cooperación policial y judicial”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 1º semestre de 2006;
 - “Hacia una gobernanza administrativa europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 16, 1º semestre de 2009;
 - “El poder ejecutivo europeo”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 18, 1º semestre de 2010;
 - “Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, Janeiro/Março 2011;
- JOANA MENDES, “Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on article 11 TEU”, in *Common Market Law Review*, 48, 2011;
- JOAN DAVID JANER TORRENS, “Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estados: la nueva regulación sobre la comitología”, in *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 42, Abril-Junho 2012;
- JOANNE SCOTT, “In legal limbo: post-legislative guidance as a challenge for european administrative law”, in *Common Market Law Review*, 48, 2011;
- JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A Hipótese neocorporativa”, in *Obra dispersa*, II, Braga, 1993;
- JOÃO BILHIM, “Problemas de gestão por objetivos na Administração Pública Portuguesa”, in *Forum 2000. Renovar a Administração. Gestão por objetivos na Administração Pública*, Lisboa, 1998;
- JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Euro e Direito*, Almedina, Coimbra, 1999;
- *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo I, Parte Geral, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2013;
 - “‘Global Master Repurchase Agreement’ e reporte financeiro”, in *Estudos em Homenagem ao Professor António Moreira Barbosa de Melo*, coordenado por Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013;
 - *Titularização de créditos – securitization – No coração da crise financeira global*, Almedina, Coimbra, 2013;

JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Sobre Cheschire e outros gatos – Algumas considerações sobre antropologia, Constituição, economia e ética”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;

– “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência – algumas questões juspublicísticas”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica*, nº 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

JOÃO CONFRARIA, “Falhas do Estado e regulação independente”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, nº 3, 2010;

JOÃO MOTA DE CAMPOS / JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 4.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004;

JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;

– anotação ao artigo 107º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– “As isenções categoriais no domínio das ajudas de Estado”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Coimbra, 2002;

– “O sentido da atribuição de auxílios de Estado numa economia de mercado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;

– *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia – Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o Mercado Interno*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, 2012;

JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, anotação ao artigo 345º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– anotação ao artigo 36º, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – comentada*, coordenação de Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, 2013;

-
- “Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral”, in *Temas de Integração*, n.º 20, Almedina, Coimbra, 2.º Semestre de 2005;
 - “Elisão Fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, Setembro 2006;
 - *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008;
 - “Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da Directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume I - Assuntos Europeus e Integração Económica, coordenação de António Menezes Cordeiro, Jorge Miranda, Eduardo Paz Ferreira, José Duarte Nogueira, Almedina, Coimbra, 2010;
 - “Regulação das Águas e Resíduos em Portugal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXXXV, Coimbra, 2009;
 - “Regulação dos serviços”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;
 - “Responsabilidade dos reguladores na fixação e controlo das tarifas”, in *O Direito*, Ano 143º, III, 2011;
 - “Segurança e saúde no trabalho – A responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, nº 1, Janeiro 2008, Lisboa;
 - “Tratado de Lisboa (algumas notas)”, in *Temas de Integração*, nº 26, Almedina, Coimbra, 2º semestre de 2008;

JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regulação da saúde”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, no prelo;

JOÃO PACHECO DE AMORIM, *As empresas públicas no direito português (em especial, as empresas municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000;

- “Direito administrativo da Economia – proposta de objecto de disciplina a leccionar sob esta designação numa Faculdade de Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica* 107, Ad Honorem – 7, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;

JOËL MOLINIER, “L’élaboration d’un cadre commun aux agences de l’Union”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;

JOËL RIDEAU, *Droit Institutionnel de L’Union et des Communautés Européennes*, 5ª edição, LGDJ, Paris, 2006;

JOHANNA CROON e MIGUEL POIARES MADURO, *The euro crisis and the democratic governance of the euro: legal and political issues of a fiscal crisis*, Global Governance Programme – Policy Brief, Issue 2012/3, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, Julho de 2012;

JOHANNES POLLAK E SONJA PUNTSCHER RIEKMANN, “European administration: centralisation and fragmentation as means of polity-building?”, in *West European Politics*, volume 31, nº 4, Julho 2008;

JOHANNES SAURER, “The accountability of supranational administration: the case of **European Union agencies**”, in *24 American University International Law Review* 429, Thomson Reuters, 2010;

– “Supranational governance and horizontal accountability: the role of member states in the oversight of EU agencies”, *Yale Workshop on Comparative Administrative Law*, Maio 2009;

JOHN TEMPLE LANG/COLIN RAFTERY, “Remedies for the Comission’s failure to act in ‘comitology’ cases”, in *European Law Review*, 36 (2), 2011;

JOHN USHER, *The law of money and financial services in the European Community*, Oxford University Press, 1994;

JONAS TALLBERG, “Executive power and accountability in the European Union”, in *The illusion of accountability in the European Union*, coordenado por Sverker Gustavsson, Christer Karlsson e Thomas Persson, Routledge, 2009;

JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2006;

– *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, 2010;

JÓNATAS MACHADO e VERA LÚCIA RAPOSO, *Direito à saúde e qualidade dos medicamentos – protecção dos dados de ensaios clínicos numa perspectiva de direito brasileiro, comparado e internacional* -, Almedina, Coimbra, 2010;

- JONATHAN TOMKIN, “Contradiction, circumvention and conceptual gymnastics: the impact of the adoption of the ESM Treaty on the state of european democracy”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- JON PIERRE e B. GUY PETERS, “From a club to a bureaucracy: JAA, EASA, and European aviation regulation”, in *Journal of European Public Policy*, 16:3, Routledge, 2009;
- JÖRG GÜNDEL, “Der rechtsschutz gegen Handlungen der EG-Agenturen - endlich geklärt? – Zugleich Anmerkung zu EuG, Urteil v. Sogelma/Europäische Agentur für den Wiederaufbau (EAR)”, in *Europarecht*, nº 3, 2009;
- JORGE AGUDO GONZÁLEZ, “Sobre la europeización del derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo”, in *Revista de Derecho Europeo*, 45, Janeiro/Março 2013;
- JORGE ALVES CORREIA, *Contratos urbanísticos – concertação, contratação e neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Almedina, Coimbra, 2009;
- “Contrato e poder público administrativo – em especial, os ‘novos’ contratos com objecto passível de regulamento administrativo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho –Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;
- JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, 2002;
- *Manual de Direito Constitucional, Preliminares - O Estado e os Sistemas Constitucionais*, 9ª Edição, Tomo I, Coimbra Editora;
- JORGE VASCONCELOS, “O Estado regulador: principais características e perspectivas de evolução”, in *A regulação em Portugal*, Entidade Reguladora do Sector Energético, Lisboa, 2000;
- “Cooperation between energy regulators in the European Union”, in *Regulation of network utilities. The European experience*, coordenado por C. Henry, M. Matheu e A. Jeunemaitre, Oxford University Press, Oxford, 2001;
- JORGEN GRONNEGAARD CHRISTENSEN e VIBEKE LEHMANN NIELSEN, “Administrative capacity, structural choice and the creation of EU agencies”, in *Journal of European Public Policy*, 17: 2, Routledge, Março 2010;

JÖRN AXEL KÄMMERER, “Strategien zur Daseinvorsorge – Dienste im allgemeinem Interesse nach der «Altmark» – Entscheidung des EuGH”, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, nº 1, Frankfurt, 2004;

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, “What to keep and what to change in european electronic communications policy?”, in *Common Market Law Review*, volume 49, nº 6, Dezembro 2012;

JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

– “Algumas considerações sobre a figura dos tributos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;

– “Da sustentabilidade do estado fiscal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem – 6*, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;

JOSÉ CASALTA NABAIS/SUZANA TAVARES DA SILVA, “O Estado pós-moderno e a figura dos tributos”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches*, Volume III, Coimbra Editora, 2011;

JOSÉ CUNHA RODRIGUES, “Sobre o reenvio prejudicial”, in *Liber amicorum – Francisco Salgado Zenha*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*, dissertação de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, Dezembro de 2011;

– “Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 61, Coimbra Editora, 2001;

JOSÉ GARCÍA ALCORTA, “El nuevo marco institucional relativo a la supervisión financiera en la Unión Europea”, in *Actualidad Jurídica . Uría Menéndez*, número 29, 2011;

– “Observaciones en torno al mecanismo único de supervisión bancaria en la Unión Europea”, in *Actualidad Jurídica*, nº 34, Uría Menéndez, 2013

JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição (contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente)*, Coimbra Editora, 2002;

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, “A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados membros”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 30, 2001;

– “Reenvio prejudicial para o Tribunal das Comunidades”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, nº 59, 2006;

– “Regímenes fiscales y ayudas estatales: los limites de la competencia de los Estados miembros. Selectividad frente a distorsión de la competencia”, in *El derecho de la competencia en tiempo de crisis*, coordenado por S. Martínez Lage e A. Petitbò Juan, Marcial Pons, Madrid, 2010;

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA/JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, anotação ao artigo 2º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA/MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Código da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2004;

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA/NUNO PIÇARRA, “Y-a-t-il des limites materielles à la révision des traités instituant les CE?”, in *Cahiers de droit européen*, 1993;

JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “Ainda a distinção entre ‘taxa’ e ‘imposto’ na jurisprudência constitucional”, in *Livro de Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, 2006, pág. 547 e ss;

– “Sobre o princípio da legalidade das ‘taxas’ (e das ‘demais contribuições financeiras’)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006;

JOSÉ MANUEL QUELHAS, anotação ao artigo 39º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013,

– “Dos objectivos da União Bancária”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Volume LV, 2012, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012;

– *Sobre a Evolução Recente do Sistema Financeiro (Novos Produtos Financeiros)*, Almedina, Coimbra, 1996;

– *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Almedina, Coimbra, 2012;

– “Sobre a criação do Comité Europeu do Risco Sistémico”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, ano 16, Maio/Agosto 2012;

JOSÉ PALACIO GONZÁLEZ, “The Principle of Subsidiarity (A guide for lawyers with a particular community orientation)”, in *European Law Review*, volume 20, n.º 4, 1995;

JOSÉ PAULO MARIANO PEGO, *A posição dominante relativa no direito da concorrência*, Almedina, Coimbra, 2001;

– anotação ao artigo 12º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

– *O controlo dos oligopólios pelo direito comunitário da concorrência – a posição dominante colectiva*, Almedina, Coimbra, 2007;

JOSÉ RIBEIRO, *História legislativa do sector eléctrico em Portugal*, Entidade Reguladora do Sector Eléctrico, Lisboa, 2001;

JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, “A autonomia do Banco de Portugal”, in *Revista da Banca*, nº 37, 1996;

JOSEPH WEILER, “Epilogue: ‘Comitology’ as revolution – infranationalism, constitutionalism and democracy”, in *EU committees: social regulation, law and politics*, coordenado por Christian Joerges e Ellen Vos, Hart Publishing, Oxford, 1999;

JOZEF BÁTORA, “European Defence Agency: a flashpoint of institutional logics”, in *West European Politics*, volume 32, nº 6, 2009;

-
- J. PAUL HORNE, “Independence and regulatory roles of U.S. and European Central Banks get a fiery political trial”, in *European Affairs*, Fevereiro-Março 2010;
- J. R. DESHAZO e JODY FREEMAN, “Public Agencies as Lobbyists”, in *Columbia Law Review*, vol. 105, n.º 8, Dezembro 2005;
- JUKKA SNELL, “Free movement of capital: evolution as a non-linear process”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- JULIEN JORDA, *Le pouvoir exécutif de l’Union Européenne*, Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001;
- JÚLIO BAQUERO CRUZ, “Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law”, in *EU Law and the Welfare State – In search of solidarity*, Volume XIV/2, Oxford University Press, 2005, Academy of European Law – European University Institute;
- JÜRGEN BASEDOW, “Entwicklungslinien des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen” in *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrecht*, coordenado por Susanne Augenhöfer, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009;
- JÜRGEN BAST, “New categories of acts after the Lisbon reform: dynamics of parliamentarization in EU law”, in *Common Market Law Review*, volume 49, 2012;
- JÜRGEN HABERMAS, *Towards a rational society: student protest, science and politics*, Heinemann, Londres, 1971;
- JÜRGEN SCHWARZE, *European Administrative Law*, 2ª edição, Sweet&Maxwell, Londres, 2006;
- “El derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones preliminares”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011;
- *Le droit administratif sous l’influence de l’Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l’Union Européenne*, Bruylant, Bruxelas, 1996;
- K. LANNOO, “The road after de Larosière”, in *Centre for european Policy studies (CEPS) Policy Brief*, nº 195/7, 2009;
- K. LINDGREN e T. PERSONN, *Participatory governance in the EU: enhancing or endangering democracy and efficiency?*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011;

KARIN VAN BOETZELAER e SEBASTIAAN PRINCEN, “The quest for coordination in european regulatory networks”, in *Journal of Common Market Studies*, volume 50, nº 5, Setembro 2012;

KARL-HEINZ LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006;

KARL-HEINZ NEUMANN, “Regulierungsentscheidungen und Marktentwicklung im Telekommunikationsmarkt”, in *Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft – Festschrift für Carl Christian von Weizsäcker*, Herausgegeben von Hans G. Nutzinger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2003;

KARL KALTENHALER, CHRISTOPHER J. ANDERSON e WILLIAM J. MILLER, “Accountability and independent central banks: europeans and distrust of the European Central Bank”, in *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, nº 5, 2010;

KAROLINA ZUREK, “Unions within the Union: contested authority over regulatory responses to the financial crisis in Europe”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

KATRIN SCHOPPA, *Europol im Verbund der Europäischen Sicherheitsagenturen*, Duncker&Humblot, Berlim, 2013;

KERN ALEXANDER, “Reforming european financial supervision: adapting EU institutions to market structures”, in *ERA Forum – Journal of the Academy of European Law*, volume 12, número 2, julho 2011;

KIERAN ST CLAIR BRADLEY, “Halfway house: the 2006 comitology reforms and the European Parliament”, in *West European Politics*, volume 31, Issue 4, 2008;

– “Powers and procedures in the EU constitution: legal bases and the Court”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

KLAUS ARMINGEON, “National fiscal responses to the economic crisis: domestic politics and international organizations”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

KLAUS HOPT, “Auf dem Weg zu einer neuen europäischen und internationalen Finanzmarktarchitektur”, in *Neuen Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 36, 2009;

KLAUS ULRICH SCHMOLKE, “Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht – Eine Zwischenbilanz”, in *Neuen Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 22, 2005;

– “Die Einbeziehung des Komitologieverfahrens in den Lamfalussy-Prozess. Zur Forderung des Europäischen Parlaments nach mehr Entscheidungsteilhabe”, in *Europarecht (EuR)*, 2006;

KOEN LENAERTS, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet&Maxwell, Londres, 1999, pág. 458;

– “Constitutionalism and the many faces of federalism”, in *American Journal of Comparative Law*, volume 38, nº 2, 1990;

– “Some reflection on the separation of powers in the European Community”, in *Common Market Law Review*, volume 28, nº 1, 1991;

– “Regulating the regulatory process: ‘delegation of powers’ in the European Community”, in *European Law Review*, 1993;

KOEN LENAERTS/MARLIES DESOMER, “Towards a hierarchy of legal acts in the European Union? Simplification of legal instruments and procedures”, in *European Law Journal*, Volume 11, Issue 6, Novembro 2005;

KOEN LENAERTS/ VERHOEVEN, “Towards a legal framework for executive rule-making in the EU? The contribution of the new comitology decision”, in *Common Market Law Review*, 2000;

KUTSAL YESILKAGIT, “Institutional compliance, european networks of regulation and the bureaucratic autonomy of national regulatory authorities”, in *Journal of European Public Policy*, 18:7, Outubro 2011;

La démocratie représentative devant un défi historique?, coordenação de Rafaâ Bem Achour, Jean Gicquel e Slobodan Milacic, Bruylant, Bruxelas, 2006;

La union administrativa europea, coordenação de F. Velasco Caballero e J-P Schneider, Marcial Pons, Madrid, 2008;

LAETITIA GUILLOUD, *La loi dans l’Union Européenne – Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d’intégration*, LGDJ, Paris, 2010;

LARISA DRAGOMIR, *European prudential banking regulation and supervision*, Routledge, 2010;

- LAURA FABIANO, “Articolo 95 TCE e agenzie comunitarie: una nuova pronuncia della Corte di giustizia”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, III, G. Giappichelli editore, Turim, 2006;
- LAURA GÓMEZ URQUIJO, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, ano 16, Maio/Agosto 2012;
- LEA RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruylant, Bruxelas, 2012;
- LEIGH HANCHER e PIERRE LAROUCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- LEIGH HANCHER E FRANCESCO MARIA SALERNO, “Energy policy after Lisbon”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;
- LEIGH HANCHER e PIERRE LAROUCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;
- LENE HOLM PEDERSEN e EVA MOLL SORENSEN, “Les dynamiques de changement – comparaison des autorités de régulation indépendantes des pays baltes avec celles des anciens États membres”, in *Revue Française d’ Administration Publique*, n° 114, 2005;
- LES METCALFE, “After 1992: can the Comission manage Europe?”, in *Australian Journal of Public Administration*, volume 51, issue 1, Março 1992;
- LESZEK BALCEROWICZ, “On the prevention of crises in the eurozone”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume III, coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010;
- LIESBET HOOGHE e GARY MARKS, *Multilevel governance and European Integration*, New York/Oxford, 2001;
- LINDA SENDEN, “Soft post-legislative rulemaking: a time for more stringent control”, in *European Law Journal*, volume 19, n° 1, Janeiro 2013;

-
- Livro Branco sobre a Governança Europeia, de 25.7.2001, COM (2001) 428 final;
- Livro Branco sobre “Reforma da Comissão”, de 05/04/00, COM (2000) 200 final;
- LOÏC GRARD, “An example of regulation agency: air and maritime transport”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;
- LORENZO CHIEFFI, “Banca Centrale e sviluppi della governance europea”, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, Volume 15, fascículos 3-4, 2005;
- LORENZO SALTARI, “I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, volume 55, fascículo 2, 2005;
- LOUIS BALMONT, “Agence européenne de defense et cohérence de l’action extérieure de l’Union Européenne”, in *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l’Union Européenne?*, coordenado por Marianne Dony e Lucia Serena Rossi, Editions de l’Université de Bruxelles, 2008;
- LUC VERHEY, “Good governance: lessons from constitutional law”, in *Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005;
- LUCIA SERENA ROSSI, “Does the Lisbon Treaty provide a clearer separation of competences between EU and member states?”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;
- LÚCIO TOMÉ FETEIRA, “United (Should) We Stand?” – On the Interplay Between European and National Competition Law After Regulation 1/2003”, dissertação de doutoramento defendida no Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2012;
- LUIGI COSTATO, “La comitologia dopo Lisbona”, in *Rivista di diritto agrario*, fascículo 1, 2010;
- LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA, “La europeización de los procedimientos administrativos nacionales”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010;
- “Las dimensiones aplicativas del procedimiento administrativo europeo”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011;

LUÍS CATARINO, *Regulação e Supervisão dos mercados de instrumentos financeiros – limites ao governo e jurisdição das autoridades independentes*, Almedina, Coimbra, 2009;

– “A ‘agencificação’ na regulação financeira da União Europeia: alguns problemas”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, nº9, Jan/Mar de 2012;

– “A reforma da regulação financeira na União Europeia: refração do movimento do Direito Administrativo Global”, no prelo;

LUÍS MIGUEL ROMÃO, “State Aids in Portuguese Case-Law: So Many but so Little, or Much Ado about Nothing?”, in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2011;

LUÍS PEDRO CUNHA, *Lições de Relações Económicas Externas*, Almedina, Coimbra, 1997;

– anotação ao artigo 216º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

LUÍS SILVA MORAIS, anotação ao artigo 14º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– “As relações entre o Estado e as empresas públicas na sequência da aprovação do Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, in *Estudos sobre o Sector empresarial do Estado*, (organização de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000;

– *Direito da concorrência – perspectivas do seu ensino*, Almedina, Coimbra, 2009;

– *Empresas comuns – Joint Ventures – no Direito comunitário da concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006;

– “La défense de la concurrence au Portugal – les relations entre l’Autorité de Concurrence et les Autorités de Régulation Sectorielle – Les sanctions en cas d’atteintes à la concurrence”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Coimbra Editora, 2006;

– *O Mercado Comum e os auxílios públicos – Novas perspectivas*, Almedina, Coimbra, 1993;

– “O artigo 90º do Tratado CEE – as empresas públicas e o direito da concorrência no direito da União Europeia”, in *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1997;

-
- “O Banco Central Europeu e o seu enquadramento no sistema institucional da União Europeia – Algumas reflexões”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrakes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora, Coimbra, 2000;
- LUÍS SILVA MORAIS e FRANCISCO COSTA CABRAL, anotação ao artigo 106º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- LUÍS SILVA MORAIS e MIGUEL SOUSA FERRO, “Risk Capital as State Aid: Revising the Commission’s Market Failure Approach”, in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2011, págs. 425-432;
- LUÍS SILVA MORAIS e PEDRO VILARINHO PIRES, “Chapter 14, Portugal”, in *A Practical guide to national competition rules across Europe*, coordenado por M. Holmes e L. Davey, Kluwer Law International, 2004;
- MAARTJE DE VISSER, *Network-based governance in EC law: the example of EC competition and EC communications law*, Hart Publishing, Oxford, 2009;
- “Judicial accountability and new governance”, in *Legal Issues of Economic Integration*, volume 37, nº 1, Kluwer Law International, 2010;
- MADALINA BUSUIOC, “Accountability, control and independence: the case of european agencies”, in *European Law journal*, vol. 15, nº 5, Setembro 2009;
- *European agencies – Law and practices of accountability*, Oxford University Press, 2013;
- “European agencies and their boards: promises and pitfalls of accountability beyond design”, in *Journal of European Public Policy*, ifirst, Routledge, 2012;
- *European agencies and their boards. Too much board, too little monitoring*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper nº 2011-10, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper nº 2011-04, 2011;
- “European agencies: pockets of accountability”, in *The real world of EU accountability – what deficit?*, coordenado por Mark Bovens, Deidre Curtin e Paul’t Hart, Oxford University Press, 2010;
- “Rule-making by the european financial supervisory authorities: walking a tight rope”, in *European Law Journal*, volume 19, nº 1, Janeiro 2013;

– *The accountability of european agencies – legal provisions and ongoing practices*, Eburon, 2010;

MADALINA BUSUIOC, DEIDRE CURTIN e MARTIJN GROENLEER, “Agency growth between autonomy and accountability: the European Police Office as a ‘living institution’”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;

MADALINA BUSUIOC e MARTIJN GROENLEER, *Beyond design. The evolution of Europol and Eurojust*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper n° 2011-09, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper n° 2011-03, 2011;

MADS ANDENAS e IRIS H.-Y. CHIU, “Financial stability and legal integration in financial regulation”, in *European Law Review*, volume 38, n° 3, Junho 2013;

MANUEL AFONSO VAZ, “O sistema de fontes de direito no Tratado da Constituição Europeia – entre a ‘simplificação’ e a ‘democratização’”, in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Coleção Studia Iuridica, n° 84, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2005;

MANUEL LOPES ALEIXO, anotação ao artigo 296°, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

MANUEL MEDINA ORTEGA, “ ‘Soft law’: su relevância como instrumento jurídico de la Unión Europea”, in *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV – Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, dirigido por José M^a Beneyto Pérez, Thomson Reuters, 2011.

MANUEL PORTO, “25 anos de adesão: sonhos concretizados e sonhos por concretizar”, in *Debater a Europa – Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20*, n°s 2/3, Janeiro/Dezembro 2010, <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>;

– “A estratégia Europa 20-20: visando um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, *ad honorem* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;

– “A lógica de intervenção nas economias: do Tratado de Roma à Constituição Europeia”, in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Studia Iuridica*, 84, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 2005;

-
- “A tributação dos produtos energéticos ou dos ganhos das empresas produtoras: reflexões sobre a ‘Taxa Robin dos Bosques’”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, nº 3, Almedina, Coimbra, 2008;
 - “Abertura ao Mercado e Regulação: uma primeira avaliação da experiência portuguesa nos sectores da energia, das comunicações e dos transportes”, in *Revista de Direito Público da Economia*, nº 10, Editora Fórum, Belo Horizonte, Abril-Junho, 2005;
 - “As fronteiras da Europa e a política europeia de vizinhança”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, coordenado por António Menezes Cordeiro, José Duarte Nogueira, Eduardo Paz Ferreira, Jorge Miranda, 1º volume, Almedina, Coimbra, 2010;
 - *Economia: um texto introdutório*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2009;
 - “O orçamento da UE: dando resposta às exigências do presente e do futuro?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;
 - “Os novos desafios e exigências do direito da concorrência”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Ars Iudicandi, Studia Iuridica*, 91 volume II, coordenação de Jorge de Figueiredo Dias; José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
 - “Serviços Públicos e Regulação em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 3, Editora Fórum, Belo Horizonte, Julho/Setembro 2003;
 - *Teoria da Integração e políticas comunitárias: face aos desafios da globalização*, Almedina, Coimbra, 2009;

MANUEL PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, 3, Almedina, Coimbra, 2010;

- “Portugal”, in *Enforcement of EU State aid law at national level – reports from the Member States*, coordenado por J. Derenne, A. Müller-Rappard e C. Kaczmarec, Lexxion, Berlim, 2010;
- “State aids in Portugal”, in *Temas de Integração*, nº 22, Almedina, Coimbra, 2º semestre de 2006;
- “State aids in Portugal”, in *The effective application of EU State aid procedures – the role of national law and practice*, coordenado por Paul F. Nemitz, Kluwer Law International, 2007;

MANUEL PORTO/JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA/ANA RITA ANDRADE, anotação ao artigo 65º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

MANUEL PORTO e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, anotação ao artigo 4º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

– “Corporate governance nas empresas públicas”, in *Temas de Integração*, 1º e 2º semestre de 2009, n.ºs 27 e 28;

– “Intervenção privada no exercício de funções públicas: os centros de inspecção automóvel face ao direito da União Europeia”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

– “Organização administrativa e regulação dos portos: uma análise de direito comparado”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, 2010;

MANUEL PORTO e TERESA ALMEIDA, “Le droit de la régulation, les services publics et l’intégration régionale: le cas du Portugal”, in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, direcção de Gérard Marcou e Franck Moderne, L’Harmattan, Paris, 2005;

MANUEL MAGALHÃES, “A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV”, in *O novo Direito Bancário*, coordenado por Paulo Câmara e Manuel Magalhães, Almedina, Coimbra, 2012;

MARC ABENHAIM, “Quel droit au juge en matière de cartels? - Commentaire de l’arrêt Menarini Diagnostics c/ Italie”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 1, Janeiro/Março 2012;

MARC BLANQUET e NATHALIE DE GROVE-VALDEYRON, “Le recours à des agences de l’Union en réponse aux questions de sécurité”, in *Les agences de l’Union Européenne*, direcção de Joël Molinier, Bruylant, Bruxelas, 2011;

MARCELO REBELO DE SOUSA, “Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica de Baixa Tensão”, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano V, 1988;

MARC LEHR, “Europäisches Wettbewerbsrecht und Kommunale Daseinsvorsorge”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, Ano 58, Heft 13, Julho 2005;

-
- MARCO BRONCKERS e ANNE VALLERY, “Fair and effective competition policy in the EU: which role for authorities and which role for the courts after *Menarini*?”, in *European Competition Journal*, Agosto 2012;
- MARCO BUTI e NICOLAS CARNOT, “The EMU debt crisis: early lessons and reforms”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012;
- MARCO FLOREAN, “Le origini Americane Della Regolazione”, in *Diritto e istituzioni Della regolazione*, coordenado por Stelio Valentín, Giuffré Editore, Milão, 2005;
- MARCO PAGANO E POLO VOLPIN, “Ratings agencies – Credit ratings failures and policy options”, in *Economic Policy*, Abril 2010;
- MARCO ZINZANI, *Market integration through ‘network governance’: the role of european agencies and networks of regulators*, Intersentia, 2012;
- MAREK SZYDLO, “National parliaments as regulators of network industries: in search of the dividing line between regulatory powers of national parliaments and national regulatory authorities”, in *International Journal of Constitutional Law (I. CON)*, volume 10, nº 4, Outubro 2012;
- MARGRIT SECKELMANN, “Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der ‘Global Governance’”, in *Verwaltungsarchiv*, 98, Heft 1, Janeiro 2007;
- MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões Sobre o Lugar do Direito no Estado”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica* 60, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;
- A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas, Conselho Económico e Social, 1997, e, da mesma autora, “A responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas por exercício da função administrativa”, in *Revista do CEJ*, nº 13, 1.º semestre, Lisboa, 2010;
 - *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994;
 - *Direito das políticas públicas*, Almedina, Coimbra, 2009;

– “Globalização, culturas e cidadania ou a necessidade de uma nova compreensão do Estado e do Direito”, in *Cadernos 3, Globalização. Desenvolvimento – Culturas, Actas do Colóquio*, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, 1999;

– “La protection des droits de l’homme en Europe: juges nationaux et juges européens”, in *Direito e Justiça*, tomo I, volume 15, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011;

– “Reinventing public service between the autonomy of the market and the duty of public interest”, in *Direito e Justiça*, tomo II, volume 15, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001;

– “Serviço público”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, nº 5;

MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, “Discrecionalidade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 10;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999;

– *Requiem pelo Contrato Administrativo*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2003;

MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa* Almedina, Coimbra, 2010;

– *A actuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2011;

– *anotação ao artigo 47º do TUE*, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Gonçalo Anastácio e Manuel Porto, Almedina, Coimbra, 2012;

MARIA LUÍSA DUARTE, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros*, Lex, Lisboa, 1997;

– “A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário – pressupostos e limites”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrals*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2000;

– *Direito administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, 2008;

-
- “O artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia – expressão de uma obrigação de cooperação entre os poderes públicos nacionais e as instituições comunitárias”, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, 2000;
- “Les devoirs de coopération entre les autorités nationales et les tribunaux et les institutions communautaires d'après l'article 10 du Traité de Rome (Portugal)”, in *XIX FIDE Congress*, Helsinquia, 1-3 Junho 2000;
- *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*, Coimbra editora, Coimbra, 2008;
- “Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia”, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Volume II, Coimbra Editora, 2006;
- *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), Lisboa, 2006;
- MARIA LUISA SANCHEZ BARRUECO, “L’Agence européenne de défense, un organe intergouvernemental au service d’une institution communautaire?”, in *revue du droit de l’Union Européenne*, 3, 2008;
- MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/ANTONIO CARLOS DOS SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito Económico*, Almedina, Coimbra, 2008;
- MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e VITAL MOREIRA, anotação ao artigo 36º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;
- anotação ao artigo 55º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;
- MARIA MANUELA VALADARES TAVARES, *Estratégia e Gestão por objectivos*, 2.ª edição, Lisboa, 2004;
- MARIA MARTENS, “Administrative integration through the backdoor? The role and influence of the European Commission in transgovernmental networks within the environmental policy field”, in *European Integration*, vol. 30, nº 5, Routledge, Dezembro 2008;
- *Organized administrative integration – The role of agencies in the European administrative system*, ARENA, Centre for European Studies, Oslo, Abril 2010;

- MARÍA SALVADOR MARTINEZ, *Autoridades independientes - un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002;
- MARIA WEIMER, “What price flexibility?: the recent Commission proposal to allow for national ‘opt-outs’ on GMO cultivation under the Deliberate Release Directive and the comitology reform post-Lisbon”, in *European food and feed law review*, volume 6, nº 4, 2011;
- MARIAN DÖHLER, “Regulation”, in *The SAGE Handbook of Governance*, coordenação de Mark Bevir, SAGE, 2011;
- MARIANA DUARTE SILVA, “Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito”, in *O novo Direito Bancário*, coordenado por Paulo Câmara e Manuel Magalhães, Almedina, Coimbra, 2012;
- MARIANNE DONY, “Aides d’Etat, concurrence et libre circulation”, in *Revue des Affaires Européennes*, Bruylant, Bruxelas, 2005;
- MARIANO MAGIDE HERRERO, *Limites Constitucionales de las Administraciones Independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000;
- MARIE ANNE FRISON-ROCHE, “Regulation et régulation en droit européen”, in *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 14, Janeiro/Março 2008;
- MARINO BIN, “Autorità independenti? Il caso dell’ISVAP”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LI, nº 2, Giuffrè, Milão, Junho 1997;
- MARIO CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, 4ª edição, Giuffrè, Milão, 2011;
- “L’organizzazione amministrativa comunitaria”, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milão, 2007;
 - “The role of the European Court of Justice in the development of general principles and their possible codification”, in *revista italiana di diritto pubblico comunitario*, nºs 3-4, 1995;
- MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1984;
- MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/ JOÃO PACHECO DE AMORIM (com a colaboração de Rodrigo Esteves de Oliveira), anotação ao artigo 98º, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010;

MÁRIO PAULO TENREIRO e MIGUEL FRANÇA, anotação ao artigo 290º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

MARISE CREMONA, “External relations and external competence of the European Union: the emergence of the European Union”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

– “The two (or three) treaty solution: the new treaty structure of the EU”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;

MARK BOVENS, “Analysing and assessing accountability: a conceptual framework”, in *European Law Journal*, volume 13, nº 4, Blackwell Publishing, Julho 2007;

MARK DAWSON, “Three waves of new governance in the European Union”, in *European Law Review*, volume 36, nº 2, Abril 2011;

MARK THATCHER, “The creation of regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of european delegation”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;

MARK THATCHER E DAVID COEN, “Reshaping european regulatory space: an evolutionary analysis”, in *West European Politics*, volume 31, nº 4, Julho 2008;

MARKUS KRAJEWSKI, “Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 58 Jahrgang, Heft 16;

MARTA BORGES, “Subsidiariedade: Controlo *a priori* ou *a posteriori*”, in *Temas de Integração*, 2.º volume, 1.º Semestre de 1997;

MARTA VICENTE, “Comentário à Lei nº 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, in http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public_11.pdf;

MARTIJN GROENLEER, *The autonomy of European Union agencies*, Eburon, Delft, 2009;

– “Autonomous agencies of the European Union as non-State actors”, in *The Ashgate Research Companion to Non-State Actors*, coordenado por Bob Reinalda, Ashgate, 2011;

MARTIJN GROENLEER, MICHAEL KAEDING e ESTHER VERSLUIJUS, “Regulatory governance through agencies of the European Union? The role of the European agencies for maritime and aviation safety in the implementation of European transport legislation”, in *Journal of European Public Policy*, 17:8, 2010;

- MARTIN MERLIN, “Le nouveau système européen de supervision financière”, in *Revue de Droit de l’Union Européenne*, 1/2011;
- MARTIN SHAPIRO, “Agencies in the European Union: an American perspective”, in *The New European Agencies – Conference Report*, EU Working Papers, Instituto Universitário Europeu, San Domenico, 1996;
- “‘Deliberative’, ‘independent’ technocracy v. democratic politics: will the globe echo the EU?”, in *Law and Contemporary Problems*, volume 68, n°s 3 e 4, 2005;
 - “Independent agencies”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
 - “The problems of independent agencies in the United States and the European Union”, in *Journal of European Public Policy*, 4:2, Junho 1997;
- MARTINO MAGGETTI, “The role of independent regulatory agencies in policy-making: a comparative analysis”, in *Journal of European Public Policy*, 16:3, Routledge, 2009;
- MARTINO MAGGETTI e FABRIZIO GILARDI, “The policy-making structure of European regulatory networks and the domestic adoption of standards”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;
- MASSIMO GAUDINA, “The european regulatory agencies and the draft Constitutional Treaty”, in *European Regulatory Agencies*, coordenado por Giacinto della Cananea, Editions Rive Droite, Collection ISUPE, 2005;
- MASSIMO MORISI, “Verso una Democrazia delle politiche? Un’angolazione politologica per le ‘Autorità Independenti’ in Italia”, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, volume I, (organizado por Alberto Predieri), Passigli, Florença, 1997;
- MATHEW C. STEPHENSON, “Public Regulation of private enforcement: the case for expanding the role of administrative agencies”, in *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005;
- MATHIEU PETITHOMME, “La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático”, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 39, Bilbao, 2008;
- MATTHIAS RUFFERT, “The european debt crisis and european Union law”, in *Common Market Law Review*, Volume 48, n° 6, 2011 2011;
- MAURO CALISE, “Le Corporations come autorità indipendenti. Alle origini della regolazione económica in América”, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Volume I, (coordenado por Alberto Predieri), Passigli Editori, Florença, 1997;

-
- MAX WEBER, “Bureaucracy”, in *From Max Weber: Essays in sociology*, coordenado por H.H. Gerth e C. Wright Mills, Routledge e Kegan Paul, Londres, 1970;
- MEINHARD HILF, “The application of rules of national administrative law in the implementation of Community law”, in *Yearbook of European law*, volume 3, 1983;
- MERIJN CHAMON, “EU agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea”, in *Common Market Law Review*, 48, 2011;
- “EU agencies: does the Meroni doctrine make sense?”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 17, nº 3, 2010;
- MICHAELA WITTINGER, “‘Europäische Satteliten’: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht”, in *Europarecht*, Heft 5, 2008;
- MICHAEL DOUGAN, “The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts”, in *Common Market Law Review*, Volume 45, 2008;
- “The vicissitudes of life at the coalface: remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- MICHAEL KAEDING E ALAN HARDACRE, *The execution of delegated powers after Lisbon. A timely analysis of the regulatory procedure with scrutiny and its lessons for delegated acts.*, *EU Working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2010/85, EUDO – European Union Democracy Observatory*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2010;
- MICHEL BARNIER, “L’Union Bancaire européenne, condition de la stabilité financière durable et prélude à une nouvelle étape de l’intégration européenne”, in *Revue de L’Union Européenne*, nº 571, Setembro 2013
- MICHELLE EVERSON, “Independent agencies: hierarchy beaters?”, in *European Law Journal*, 1995;
- MICHELLE EVERSON e CHRISTIAN JOERGES, “Re-conceptualising europeanisation as a public law of collisions: comitology, agencies and an interactive public adjudication”, in *EU administrative governance*, coordenado por Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2006;
- MICHELLE EVERSON e ELLEN VOS, “The scientification of politics and the politicization of science”, in *Uncertain risks*, coordenado por Ellen Vos e Michelle Everson, Routledge Cavendish, Abingdon, 2008;

MICHELLE EVERSON e FRANK RODRIGUES, *What can the law do for the European System of Central Banks? - Good governance and comitology 'within' the System*, Diskussionspapier 3/2010, Zentrum für europäische Rechtspolitik, Universidade de Bremen, Bremen, Dezembro 2010;

MICHELLA MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milão, 1994;

MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União – história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2010;

MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, anotação ao artigo 9º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

MIGUEL MOURA E SILVA, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Coimbra, 2010;

MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição plural – constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Cascais, 2006;

– *A new governance for the European Union and the Euro: democracy and justice*, Policy Paper No. 2012/11, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2012;

MIGUEL POIARES MADURO, BRUNO DE WITTE, MATTIAS KUMM, *The democratic governance of the euro*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Instituto Universitário Europeu (IUE), Florença, 2012;

MIKAEL KLINTMAN e ANNICA KRONSELL, “Challenges to legitimacy in food safety governance? The case of the European Food Safety Authority (EFSA)”, in *Journal of European Integration*, 32:3, 2010;

MIROSLAVA SCHOLTEN, “‘Independent, hence unaccountable’? The need for a broader debate on accountability of the executive”, in *Review of European Administrative Law*, volume 4, nº 1, Paris Legal Publishers, 2011;

MORTEN EGEBERG, “Conclusion”, in *Multilevel Union Administration – the transformation of executive politics in Europe*, coordenado por Morten Egeberg, Palgrave Macmillan, 2006;

– “L’administration de l’Union Européenne: niveaux multiples et construction d’un centre”, in *Revue Française d’Administration Publique*, nº 133, 2010;

MORTEN EGEBERG E JARLE TRONDAL, *Agencification and location – Does agency site matter?*, ARENA working paper, nº 3, Centro de Estudos Europeus, Universidade de Oslo, Março 2010, in <http://www.arena.uio.no>;

– “EU-level agencies: new executive centre formation or vehicles for national control?”, in *Journal of European Public Policy*, 18:6, Routledge, Setembro 2011;

MORTEN EGEBERG, JARLE TRONDAL e MARIA MARTENS, “Building executive power at the european level – on the role of EU-level agencies”, *Arena Working Paper*, nº 10, ARENA – Centre for European Studies, Universidade de Oslo, Junho 2009, in <http://www.arena.uio.no>;

– “Building executive power at the European level: on the role of European Union agencies”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012.

MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica*, 61, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

– “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais”, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2001;

– “A cidadania da União: caracterização, conteúdo e desenvolvimento”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume III, Coimbra Editora, 2006;

– “A concordata de 2004 e o direito internacional privado português”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Ars Iudicandi, Studia Iuridica*, 91 volume II, coordenação de Jorge de Figueiredo Dias; José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;

– Acórdão Meroni vs Alta Autoridade da CECA (anotação), de 13 de Junho de 1958, processo nº 9/56, In *Boletim do Ministério da Justiça – Documentação e Direito Comparado*, nºs 25-26, 1986;

– “Cidadania”, in *Da Comunidade internacional e do seu direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 109-116, “Nacionalidade, plurinacionalidade e supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade de Língua Portuguesa”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXV, 2003;

- *Das Comunidades à União Europeia – Estudos de direito Comunitário*, 2ª edição, Coimbra Editora, 1999;
- “Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 14, Rio de Janeiro, 1993;
- NADA BODIROGA-VUKOBRAT e ADRIJANA MARTINOVIC, “European decentralised or regulatory agencies – quest for a common approach”, in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012;
- NATÁLIA LEITE, “As agências de execução da União Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, coordenação de Jorge Miranda, Menezes Cordeiro, Paz Ferreira e José Duarte Nogueira, Volume I, Almedina, Coimbra, 2010;
- NATHALIE RUBIO, “Les instruments de *soft law* dans les politiques communautaires: vecteur d’une meilleure articulation entre la politique de la concurrence et la politique de cohésion économique et sociale”, in *Revue trimestrielle de droit europeen*, volume 43, nº 4, Outubro-Dezembro 2007;
- NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “A ‘New Public Governance’ e a inovação social: sua relevância no plano da provisão de serviços públicos e o seu significado na emergência de um novo paradigma de políticas públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;
- NGUYEN QUOC DINH e outros, *Droit International Public*, 3ª edição;
- NIAHM MOLONEY, “EU financial market regulation after the global financial crisis: ‘more Europe’ or more risks?”, in *Common Market Law Review*, 47, Kluwer Law International, 2010;
- “The european securities and markets authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (1) rule-making, in *European Business Organization Law Review*, volume 12, Issue 1, Março 2011;
- “The european securities and markets authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (2) rules in action”, in *European Business Organization Law Review*, volume 12, Issue 2, Junho 2011;
- NICOLA VEROLA, *L’ Europa legittima – Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Passigli editore, Florença, 2006;

- NICOLÁS ALONSO MOREDA, “Eurojust y la cooperación judicial penal en la UE”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 41, ano 16, Madrid, Janeiro/Abril 2012;
- NICOLAS DE SADELEER, “La gouvernance économique européenne: Léviathan ou colosse aux pieds d’argile?”, in *Europe – Revue Mensuelle Lexis Nexis Jurisclasseur*, Abril 2012;
- NICOLAS LEVRAT, “L’initiative citoyenne européenne: une réponse au déficit démocratique?”, in *Cahiers de Droit Européen*, nº 1, 2011;
- NICOLÁS NAVARRO BATISTA, “Los procedimientos decisórios”, in *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Tomo III, coordinado por José M^a Beneyto Pérez e Jerónimo Maillo González-Orús Belén Becerril Atienza, Aranzadi, Navarra, 2011;
- *Parlamento Europeo y poder normativo en la Unión Europea*, 2^a edição, Ediciones de la Universidad, Salamanca, 1997;
- NICOLE SCICLUNA, “EU constitutionalism in flux: is the Eurozone crisis precipitating centralisation or diffusion?”, in *European Law Journal*, volume 18, nº 4, Julho 2012;
- NIKOLETTA KLEFTOURI, “Rethinking UK and EU bank deposit insurance”, in *European Business Law Review*, volume 24, Issue 1, 2013;
- NUNO CUNHA RODRIGUES, “Reforma do Pacto de Estabilidade e Crescimento: *Quo vadis* Europa?”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 3, nº 4, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 41-52;
- NUNO MIGUEL ALBUQUERQUE MATOS, “The financial crisis and the future of the Eurozone economic governance”, in *Debater a Europa*, nº 9, Julho-Dezembro 2013;
- “The Role of the BUPA Judgement in the Legal Framework for Services of General Economic Interest”, in *Tilburg Law Review*, nº 16, 2011;
- NUNO PIÇARRA, “A União Europeia enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça: alguns desenvolvimentos recentes”, in *Estudos de direito e segurança*, coordenado por Bacelar Gouveia e Rui Pereira, Almedina, Coimbra, 2007;
- OANA STEFAN, “Hybridity before the Court: a hard look at soft law in the EU competition and state aid case law”, in *European Law Review*, 37, 2012;
- “European Union soft law: new developments concerning the divide between legally binding force and legal effects”, in *The Modern Law Review*, volume 75, nº 5, Setembro 2012;

- OLIVIER CLERC e PASCAL KAUFMANN, “Vers une nouvelle gouvernance macro-économique dans la zone Euro”, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne – Revue de L’Union Européenne*, nº 552, Outubro-Novembro 2011;
- OLIVIER DUBOS, “Les instruments d’exécution au niveau proprement communautaire: l’acte unilatéral et ses déclinaisons”, in *L’ exécution du droit de l’Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direcção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009;
- “La légitimité des agences européennes: entre deux entre-deux”, in *Vers un modèle européen de fonction publique? – Neuvièmes journées d’études du pôle européen Jean Monnet*, direcção de Laurence Potvin-Solis, Bruylant, Bruxelas, 2011;
- “L’Union Européenne et la régulation: parcimonie et énergie...”, in *Revue de l’ Union Européenne*, nº 549, Junho 2011;
- “Le paradigme du ‘multi-level governance’ est-il soluble dans le droit?”, in *Revue de l’Union Européenne*, nº 556, Março 2012;
- OLIVIER MAISCOCQ, “La comitologie ou les mesures d’ exécution dans la Communauté Européenne”, in *Courrier hebdomadaire*, nº 2066, CRISP, Bruxelas, 2010;
- OPPERMANN, *Europarecht*, Beck, 1999;
- ORIOLE MIR PUIGPELAT, “Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010;
- ORLY LOBEL, “Interlocking Regulatory and Industrial Relations: the governance of workplace safety”, in *Administrative Law Review*, 57:4, 2005;
- P. ANDREWS, “Are market failure analysis and impact assessment useful?”, in *Better Regulation*, coordenado por Stephen Weatherill, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007;
- P.L. SRAUSS, “The place of agencies in the government: separation of powers and the fourth branch”, in *Columbia Law Review*, 84 (3), 1984;
- PÄIVI LEINO-SANDBERG, “Deficiencias del derecho administrativo europeo: lagunas jurídicas, fragmentación y perspectivas de un futuro mejor”, in *Seminario de Derecho administrativo europeo: situación actual y perspectivas futuras (Léon – España)*, Dirección General de Políticas Interiores – Departamento temático – Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2011;

-
- PAMELA LINTNER e BEATRICE VACCARI, “Comitology and the EP’s scrutiny of Commission implementing acts: real parliamentary control?”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;
- PAOLO PONZANO, “‘Executive’ and ‘delegated’ acts: the situation after the Lisbon Treaty”, in *The Lisbon Treaty – EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, *European Community Studies Association of Austria (ECSA Austria) Publication Series*, coordenado por Stefan Griller e Jacques Ziller, Volume 11, Springer-Verlag, 2008;
- “Comitologie: un point de vue de la Commission?”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, Issue 4, 2008;
- PATRÍCIA GALVÃO TELES, anotação ao artigo 4º do TUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- PAULETTE KURZER e ALICE COOPER, “Biased or not? Organized interests and the case of EU food information labeling”, in *Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 5, 2013;
- PAUL CRAIG, *Administrative Law*, 4.ª edição, Sweet & Maxwell, Londres, 1999;
- “Delegated acts, implementing acts and the new comitology regulation”, in *European Law Review*, 36 (5), 2011;
- *EU administrative law*, Oxford University Press, 2006;
- “European governance: executive and administrative powers under the new constitutional settlement”, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, nºs 2 e 3, nº especial de Maio, 2005;
- “Integration, democracy, and legitimacy”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- “Institutions, power, and institutional balance”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- “Legal control of regulatory bodies: principle, policy, and teleology”, in *The European Union legal order after Lisbon*, coordenado por Patrick Birkinshaw e Mike Varney, Kluwer Law International, 2010;

– “Shared administration and networks: global and EU perspectives”, in *Values in global administrative law - Essays in Honour of Spyridon Flogaitis and Gerard Timsit*, coordenado por G. Anthony, J.B Auby, J. Morison & T. Zwart, Hart Publishing, Oxford, 2010;

– “Shared administration, disbursement of community funds and the regulatory state”, in *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, coordenação de Herwig C. H. Hofmann e Alexander H. Türk, Edward Elgar, 2009;

– “The locus and accountability of the executive in the European Union”, in *The executive and public law – power and accountability in comparative perspective*, coordenação de Paul Craig e Adam Tomkins, Oxford University Press, 2006;

– “The role of the European Parliament under the Lisbon Treaty”, in *The Lisbon Treaty: EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, coordenado por Griller e Ziller, Springer, 2008;

– “The treaty of Lisbon: process, architecture and substance”, in *European Law Review*, volume 33, nº 2, Abril 2008;

PAUL DE GRAUWE, “The European Central Bank: lender of last resort in the Government bond markets?”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;

PAUL DE GRAUWE e YUEMEI JI, “Mispricing of sovereign risk and macroeconomic stability in the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012;

PAUL LIGNIÈRES, *Partenariats Publics Privés*, edições LITEC, Paris, 2000;

PAUL NIHOUL e PETER RODFORD, *EU Electronic Communications Law*, 2.^a edição, 2011.

PAULO RANGEL, anotação ao artigo 295º do TFUE, in *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Principia, Cascais, 2001;

– “A administração pública nacional como administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros do Direito Comunitário”, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Volume I, Coimbra, 2002;

– *Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, Almedina, Coimbra, 2003;

PAOLO STANCANELLI, “La Commission et le traité de Lisbonne”, in *Revue des affaires européennes/ Law & European affairs*, Bruylant, Bruxelas, 2009-2010/1;

PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999;

– “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Studia Iuridica*, 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

– anotação ao artigo 42º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;

– “Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, Braga, Novembro/Dezembro 1996;

– “Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, nºs 7 e 8, Ano II, Almedina, Coimbra, 2012;

– “Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007”, in *Direito Regional e Local*, nº 1, 2008;

– *Direito Administrativo I – tópicos das lições à 2.ª turma*, policopiado, Coimbra, 2013;

– “Direito Administrativo da regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2006;

– *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra, 1999;

– *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra, 2005;

– “Estado de garantia e mercado”, in *Direito das infraestruturas – Um estudo dos distintos mercados regulados*, coordenado por André Saddy e Aurilivi Linares Martínez, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011;

– “Gestão de contratos públicos em contexto de crise”, in *Estudos de contratação pública*, volume III, coordenação de Pedro Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010;

– *Influência do direito da União Europeia na organização administrativa dos Estados-membros*, tópicos para os alunos de direito administrativo I, 2ª turma, (ponto 20 dos sumários do ano lectivo 2009-2010), policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009;

– “La ejecución y la transposición de la ‘directiva de servicios’ – el caso portugués”, in *Revista de Estudios Locales*, nº 122, Aranzadi, 2009;

– “Liberdade de produção de electricidade e administração da escassez dos recursos hídricos do domínio público”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;

– “Poderá o parecer vinculante ser um acto recorrível? – Acs. do STA de 7.5.1996 e 4.10.1995”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, Braga, Novembro/Dezembro 1996;

– *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE- Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2013;

– *Regime jurídico da actividade empresarial local*, Almedina, Coimbra, 2012;

– *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007;

– *Regulação, electricidade e telecomunicações – Estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra editora, 2008;

– “Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas”, in *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo*, coordenação de Fernando Alves Correia, CE-DOUA/FDUC/APDU/AEDU/RDU, Almedina, Coimbra, 2008;

PEDRO GONÇAVES/CATARINA GOUVEIA ALVES/ANA CLÁUDIA GUEDES, *O contencioso da regulação em Portugal (relatório de pesquisa e análise da jurisprudência sobre regulação pública)*, CEDIPRE online 1, 2010 (http://www.cedipre.fd.uc.pt/pdfs/online/public_1.pdf);

PEDRO GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS (com a colaboração de DULCE LOPES), “Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador”, in *Estudos de regulação pública I*, organização de Vital Moreira, Coimbra editora, Coimbra, 2004;

PEDRO GONÇALVES/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *As concessões municipais de distribuição de electricidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

-
- PEDRO GUERRA E ANDRADE, anotação aos artigos 63º a 66º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- PEDRO MACHADO, anotação ao artigo 129º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- PIER CARLO PADOAN e PAUL VAN DEN NOORD, “Is austerity going too far? Structural reforms and the debt trap”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- PIERGAETANO MARCHETTI, “Corporate Governance”, in *Rivista delle società*, Ano 57, fascículos 2º-3º, Março-Junho 2012;
- PIERRE LAROUCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart, 2000.
- PIERRE SCHAMMO, “EU day-to-day supervision or intervention-based supervision: which way forward for the European System of Financial Supervision?”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 32, nº 4, 2012;
- Projecto acordo interinstitucional relativo ao enquadramento das agências europeias de regulação, 25.02.2005, COM(2005)59 final;
- Political accountability*, obra colectiva coordenada por Richard Bellamy e Antonino Palumbo, Ashgate, 2010;
- POUL F KJAER, *Between governing and governance – on the emergence, function and form of Europe’s post-national constellation*, Hart publishing, 2010;
- R. DANIEL KELEMEN e GIANDOMENICO MAJONE, “Managing europeanization: the European Agencies”, in *The institutions of the European Union*, coordenado por John Peterson e Michael Shacleton, 3ª edição, Oxford University Press, 2012;
- R. H. LAUWAARS, “Auxiliary organs and agencies in the EEC”, in *Common Market Law Review*, 16, 1979;
- R. RIEGEL, “Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten—Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 222 EWGV”, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 11, 1979;

RAINER PALMSSTORFER, “To bail out or not to bail out? The current framework of financial assistance for Euro area Member States measured against the requirements of EU primary law”, in *European Law Review*, Issue 6, Dezembro 2012;

RAQUEL GARCÍA ALCUBILLA e JAVIER RUIZ DEL POZO, *Credit rating agencies on the watch list: analysis of european regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2012;

Regulamento (CE) n° 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001;

Relatório da Comissão dos Assuntos Institucionais do Parlamento Europeu sobre a melhoria do funcionamento das Instituições sem modificação do Tratado, de 26 de Março de 1999, relatado pelo Deputado Fernand Herman;

Relatório do Parlamento Europeu sobre o Livro Branco da Comissão sobre Governança Europeia, 2001;

Relatório “The High-Level Group on Financial Supervision in the EU”, coordenação de Jacques de Larosière, Bruxelas, “5 de Fevereiro de 2009;

Relatório especial n° 5/2008 do Tribunal de Contas Europeu, “Agências da União: obter resultados”;

Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu n° 13/2009 — “Delegação de tarefas de execução às agências de execução: uma boa opção?”;

RÉMI COLLIAT, “A critical genealogy of european macroeconomic governance”, in *European Law Journal*, volume 18, n° 1, Janeiro 2012;

RENAUD DEHOUSSE, “Comitology: who watches the watchmen?”, in *Journal of European Public Policy*, volume 10, Issue 5;

– “Delegation of powers in the European Union: the need for a multi-principals model”, in *West European Politics*, Volume 31, n° 4, Julho 2008;

RENÉ SMITS, “Europe’s post-crisis supervisory arrangements – a critique”, in *Revista da Concorrência e da Regulação*, Ano 1, n° 2, Abril-Junho 2010;

RENZO ROSSOLINI, “La competenza del giudice comunitario per l’annullamento degli atti delle agenzie europee”, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Fascículo 3, 2009;

– “Le agenzie comunitarie”, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, Fascículo 1/2008;

Resolução do Parlamento Europeu de 01/12/2005, P6 TA (2005)0460;

-
- REUEL E. SCHILLER, “The era of deference: courts, expertise and the emergence of New Deal administrative law”, in *Michigan Law Review*, Volume 106, nº 3, Dezembro 2007;
- RICARDO ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2ª edição, Civitas/Thomson Reuters, 2010;
- RICHARD A. POSNER, *Economic analysis of law*, 2ª edição, 1977;
- RIK DE RUITER e CHRISTINE NEUHOLD, “The winner takes it all? The implications of the Lisbon Treaty for the EPs legislative role in co-decision”, in *The EU’s Lisbon Treaty – Institutional choices and implementation*, coordenado por Finn Laursen, Ashgate, 2012;
- ROBERT BALDWIN, “Better regulation: tensions aboard the enterprise”, in *Better Regulation*, coordenado por Stephen Weatherill, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007;
- ROBERT SCHÜTZE, “Delegated legislation in the (new) European Union: a constitutional analysis”, in *The Modern Law Review*, volume 74, nº 5, Setembro 2011;
- *From dual to cooperative federalism – the changing structure of european law*, Oxford University Press, 2009;
- “From Rome to Lisbon: ‘executive federalism’ in the (new) European Union”, in *Common Market Law Review*, 47, Kluwer Law International, 2010;
- “Sharpening the separation of powers through a hierarchy of norms? – Reflections on the Draft Constitutional Treaty’s regime for legislative and executive law-making”, in *Working Paper 2005/W/01*, Instituto Europeu de Administração Pública, 2005;
- ROBERTO BARATTA, “Sulle fonti delegate ed esecutive dell’Unione Europea”, in *Il Diritto dell’Unione europea*, volume 16, fascículo 2, 2011;
- “Introduzione alle nuove regole per l’adozione degli atti esecutivi dell’ Unione”, in *Il Diritto dell’ Unione Europea*, 3/11, Giuffrè editore, Ano XVI, Roma, 2011;
- “Legal issues of the ‘Fiscal Compact’. Searching for a mature democratic governance of the euro”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- ROBERTO MASTROIANI, “Public service media and market integration”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011;

- ROD RHODES, “Waves of governance”, in *Oxford Handbook of Governance*, coordenado por David Levi-Faur, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo – Lições ao Curso de Direito do Porto da Universidade Católica*, policopiado;
– *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955;
- ROLAND BIEBER e FRANCESCO MAIANI, “Sans solidarité point d’Union Européenne – Regards croisés sur les crises de l’Union économique et monétaire et du Système Européenne commun d’asile”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, volume 48, n° 2, 2012;
- RORDEN WILKINSON e STEPHEN HUGHES (direcção), *Global governance: critical perspectives*, Routledge, Londres, 2002;
- RONALD VAN OOIK, “The growing importance of agencies in the EU”, in *Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R. A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005;
- ROSTANE MEHDI, “L’autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif”, in *Droit administratif européen*, direcção de Jean – Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2007;
- RUI MACHETE, anotação ao artigo 6º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- RUI MARCOS, *A Gestão por Objectivos e o sistema de avaliação do desempenho da Administração Pública*, (separata), Coimbra, 2006;
- RUI MEDEIROS, “A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português”, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução constitucional e perspectivas futuras*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), Lisboa, 2001;
- RUPERT SCHAEFER, “Neue Agenturen für die EU- die European Financial Supervisory Authorities”, in *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, coordenado por Nada Bodiroga-Vukobrat, Gerald G. Sander & Sanja Baric, Hamburgo, 2012;
- RUSSEL COOPER, “Exit from a Monetary Union”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- S. BARTELS, “Europees Privaatrecht: Over De Bevoegdheidsverdeling Tussen Unie En Lid-Staat Met Betrekking Tot Het Eigendomsrecht”, in *Ars Aequi*, 44/4, 1995;

SABINO CASSESE, “Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali”, in *Diritto amministrativo comunitario*, direção de L.Randelli/C. Bottari/D. Donatti, Quaderni della SPISA – Università di Bologna, Rimini, 1994;

– *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2001;

– “Il procedimento amministrativo europeo”, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, coordenado por F. Bignami e S. Cassese, *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão, 2004;

– “I caratteri del diritto amministrativo europeo”, in *Diritto Amministrativo Europeo – principi e istituti*, coordenado por Giacinto della Cananea, 2ª edição, Giuffrè, Milão, 2008;

– “Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti”, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Turim, 1999;

– “Theoretical sketch of the cooperative and multidimensional nature of Community bureaucracy”, in *Community bureaucracy at the crossroads – l’administration communautaire à l’heure du choix*, coordenado por J. Jamar e W. Wessels, The Tempel, Bruges, 1985;

SAMI ANDOURA, LEIGH HANCHER, e MARC H. VAN DER WOUDE, *Towards a European Energy Community: A Policy Proposal*, Volume 76 de *Studies & research / Notre Europe*, 2010;

SANDRA ECKERT, “Between commitment and control: varieties of delegation in the European postal sector”, in *Journal of European Public Policy*, 17:8, 2010;

SANDRA PASSINHAS, anotação ao artigo 335º do TFUE, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

SAVERIO STICCHI DAMIANI, “Riflessioni sulla nozione di atto amministrativo comunitario dopo la tipizzazione degli ‘atti di esecuzione’”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2007;

SEBASTIAN KRAPOHL, “Credible commitment in non-independent regulatory agencies: a comparative analysis of the european agencies for pharmaceuticals and foodstuffs”, in *European Law Journal*, Volume 10, nº 5, Setembro 2004;

Senado francês, *Rapport d’information fait au nom de la délégation pour l’Union Européenne sur les agences européennes*, sessão ordinária de 2005-2006;

Senado francês, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes et de la commission des finances sur l'évaluation de l'activité des agences européennes*, por M. Denis Badré, nº 17, Sessão ordinária de 2009-2010;

SERGIO FABBRINI, “The outcomes of intergovernmentalism: the euro crisis and the transformation of the European Union”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003;

SIR WILLIAM BLAIR, “Board of Appeal of the European Supervisory Authorities”, in *European Business Law Review*, volume 24, Issue 2, 2013;

SOFIA A. PEREZ e JONATHAN WESTRUP, “Finance and the macroeconomy: the politics of regulatory reform in Europe”, in *Journal of European Public Policy*, 17:8, Routledge, Dezembro 2010;

SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 2007;

SIGRIDUR BENEDIKTSDDOTTIR, JON DANIELSSON E GYLFI ZOEGA, “The Iceland collapse – Lessons from a collapse of a financial system”, in *Economic Policy*, Abril 2011;

SILKE BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2009;

SYLVESTER C. W. EIJJFINGER, “Rating agencies: role and influence of their sovereign credit risk assessment in the Eurozone”, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, volume 50, nº 6, 2012;

SIMON DUKE, “The role of committees and working groups in the CFSP area”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;

SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O acórdão Marleasing – rumo à consagração do efeito directo horizontal das directivas?”, in *Revista de Direito e Economia*, anos XVI a XIX (1990 a 1993);

STANISLAV POLOUCEK, “Integration of financial markets in the European Union – regulation and supervision framework”, in *Financial Integration in the European Union*, coordenado por Roman Matousek e Daniel Stavárek, Routledge, 2012;

-
- STAVROS HADJIYIANNI, “La surveillance prudentielle des établissements de crédit dans l’Union Européenne – Vers une re-régulation après la crise financière?”, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne – Revue de L’Union Européenne*, n° 552, Outubro-Novembro 2011;
- STEFAN GRILLER e ANDREAS ORATOR, “Everything under control? The ‘way forward’ for European agencies in the footsteps of the *Meroni* doctrine”, in *European Law Review*, n° 35, Thomson Reuters, Fevereiro 2010;
- STEFAN STORR, “Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Dienste von allgemeinem Wirtschaftlichem Interesse – Mitgliedstaatliche und europäische kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste”, in *Die Öffentliche Verwaltung, Heft 9*, Maio 2002;
- STEFANO PAGLIARI, “A wall around Europe? The european regulatory response to the global financial crisis and the turn in transatlantic relations”, in *European Integration*, volume 35, n° 4;
- STEPHAN BREDET, “Prospects and limits of democratic governance in the EU”, in *European Law Journal*, Volume 17, n° 1, Blackwell Publishing, Janeiro 2011;
- STÉPHANE KERJEAN, “What’s what in Europe. The European Systemic Risk Board (ESRB)”, in *European Banking & Financial Law Journal*, Euredia, n° 3, 2011;
- STEPHEN CARRUTHERS, “The Treaty of Lisbon and the reformed jurisdictional powers of the European Court of Justice in the field of Justice and Home affairs”, in *European Human Rights Law Review*, n° 6, 2009;
- STEPHEN WEATHERILL, “National parliaments as regulators of network industries: a reply to Marek Szydlo”, in *International Journal of Constitutional Law (I. CON)*, volume 10, n° 4, Outubro 2012;
- STEPHEN WILKS, “Agency escape: decentralization or dominance of the European Comission in the modernization of competition policy?”, in *Governance*, 18 (3), 2005;
- STEPHEN WILKS e LEE MCGOWAN, “Disarming the Commission: The Debate over a European Cartel Office”, in *Journal of Common Market Studies*, Volume 33, Issue 2, Junho 1995;
- STEVE PEERS, “EU justice and home affairs law (non-civil)”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- “Towards a new form of EU law?: the use of EU institutions outside the EU legal framework”, in *European Constitutional Law Review*, Volume 9, Issue 01, Fevereiro 2013;

- “The Stability Treaty: permanente austerity or gesture politics?”, in *European Constitutional Law Review*, Volume 8, Issue 3, 2012;
- STEVE PEERS e MARIOS COSTA, “Accountability for delegated and implementing acts after the Treaty of Lisbon”, in *European Law Journal*, Volume 18, nº 3, Maio 2012;
- SUSANA BORRÁS, CHARALAMPOS KOUTALAKIS e FRANK WENDLER, “European agencies and input legitimacy: EFSA, EMA and EPO in the post-delegation phase”, in *European Integration*, volume 29, nº 5, Dezembro 2007;
- SUSANNA SCREPANTI, “La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i ‘sistemi comuni’ europei e global”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 2009;
- SUZANA TAVARES DA SILVA, “Acto administrativo de ‘faca e garfo’”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho –Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, Volume IV, organizado por Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 105, ad honorem – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 2012;
- anotação ao artigo 92º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;
- *As taxas e a coerência do sistema tributário*, Cejur, Braga, 2008;
- *Direito administrativo europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010;
- *Direito da energia*, Coimbra Editora, 2012;
- “La regulación jurídica del sector eléctrico portugués y la aplazada emergencia del mercado ibérico de la energía eléctrica (MIBEL)”, in *Revista de Administración Pública*, nº 173, 2007;
- “MIBEL: o início do embuste”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)*, 2, 2004;
- *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, dissertação de doutoramento (policopiado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro 2008;
- *Um novo direito administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010;
- T. KRÖLL, “Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union”, in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Band 66, 2011;

-
- TAMARA HERVEY, “The European Union’s governance of health care and the welfare modernization agenda”, in *Regulation & Governance, Special Issue: Health Care and New Governance: The Quest for Effective Regulation*, Volume 2, Issue 1, Março 2008;
- “Adjudicating in the shadow of the informal settlement?: The Court of Justice of the European Union, new governance and social welfare”, in *Current Legal Problems*, 63 (1), 2010;
 - “Public health services and EU law”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011;
- TAKIS TRIDIMAS, “Community agencies, competition law, and ECSB initiatives on securities clearing and settlement”, in *Yearbook of European Law 2009 (2010)*, vol. 28;
- “EU financial regulation: from harmonization to the birth of EU federal financial law”, in *The European Union legal order after Lisbon*, coordenado por Patrick Birkinshaw e Mike Varney, Kluwer Law International, 2010;
 - “EU financial regulation: federalization, crisis management, and law reform”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;
- TERRY. M. MOE, “Control and feedback in economic regulation: the case of the NLRB”, in *American Political Science Review*, volume 79, nº 4, Dezembro 1985;
- THOMAS BEUKERS, “The Eurozone crisis and the legitimacy of differentiated integration”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- THOMAS CHRISTIANSEN, “Administrative fusion in the European Union: reviewing a decade of comitology reform”, in *Europe reloaded – differentiation or fusion?*, coordenado por Udo Diedrichs, Anne Faber, Funda Tekin e Gaby Umbach, Nomos, 2011;
- “The European Union after the Lisbon Treaty: an elusive ‘institutional balance’?”, in *EU law after Lisbon*, coordenado por Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley, Oxford University Press, 2012;
- THOMAS CHRISTIANSEN e TORBJÖRN LARSONN, “Introduction: The role of committees in the policy-process of the European Union”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;

THOMAS CHRISTIANSEN, TORBJÖRN LARSSON e GUENTHER SCHAEFER, “Conclusion”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;

THOMAS CHRISTIANSEN & MATHIAS DOBBELS, “Comitology and delegated acts after Lisbon: how the European Parliament lost the implementation game”, in *European Integration online Papers (EIOP)*, Volume 16, artigo 13, 2012;

THOMAS DE LA MARE e CATHERINE DONNELLY, “Preliminary rulings and EU legal integration: evolution and stasis”, in *The evolution of EU law*, segunda edição, coordenado por Paul Craig e Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 2011;

THOMAS GEHRING, “Deliberative regulation through European Union agencies and other network structures?”, in *The agency phenomenon in the European Union – Emergence, institutionalization and everyday decision-making*, Manchester University Press, 2012;

THOMAS MÖLLERS, “Sources of law in european securities regulation – effective regulation, soft law and legal taxonomy from Lamfalussy to de Larosière”, in *European Business Organization Law Review*, volume 11, Issue 3, 2010;

– “Regulierung von Ratingagenturen - Das neue europäische und amerikanische Recht – Wichtige Schritte oder viel Lärm um Nichts?”, in *Juristenzeitung (JZ)*, volume 64, nº 18, 2009;

THOMAS PERSSON, “Civil society participation and accountability”, in *The illusion of accountability in the European Union*, coordenado por Sverker Gustavsson, Christer Karlsson e Thomas Persson, Routledge, 2009;

THOMAS VON DANWITZ, “State aid in liberalized sectors”, in *Market integration and public services in the European Union*, coordenado por Marise Cremona, Oxford University Press, 2011;

THORSTEN SIEGEL, *Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund - Horizontale Entscheidungsvernetzung und vertikale Entscheidungsstufung im nationalen und europäischen Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009;

TOBIAS BACH e JULIA FLEISCHER, “The parliamentary accountability of European Union and national agencies”, in *The agency phenomenon in the European Union - emergence, institutionalisation and everyday decision-making*, coordenado por Madalina Busuioc, Martijn Groenleer e Jarle Trondal, Manchester University Press, 2012;

- TOM ZWART, “La poursuite du père Meroni ou pourquoi les agences pourraient jouer un rôle plus en vue dans l’Union Européenne”, in *L’exécution du droit de l’Union – entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, direção de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelas, 2009;
- TOM ZWART, “Independent regulatory agencies in the US”, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, coordenado por Luc Verhey e Tom Zwart, Intersentia, 2003;
- TORBJÖRN LARSSON e JAN MURK, “The Commission’s relations with expert advisory groups”, in *The role of committees in the EU policy-process: legislation, implementation and deliberation*, coordenado por Thomas Christiansen e Torbjörn Larsson, Cheltenham – Edward Elgar, 2007;
- Toward a prosecutor for the European Union a comparative analysis*, coordenado por Katalin Ligeti, Hart Publishing, Oxford, 2013;
- U. DRAETTA, *Art. 100, in Trattato istitutivo della Comunità europea: commentario*, organização de R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, Giuffrè, Milão, 1965;
- U. –M. STIEHL, “Die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA), eine moderne Regulierungsagentur und Modell für eine europäische Luftfahrt behörde”, in *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, volume 53, nº 3, 2004;
- ULRICH HÄDE, “Die Europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität”, in *Europarecht, Heft 6*, 2010;
- ULRICH SCHOLZ e STEPHAN PURPS, “The application of EC competition law in the energy sector”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, nº 1, Oxford University Press, 2010;
- ULRIKE LIEBERT, “Crumbling or coping? European citizenship in (the) crisis”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- VASSILIS HATZOPOULOS, “Why the Open Method of Coordination Is Bad For You: A Letter to the EU”, in *European Law Journal*, Volume 13, nº 3, Maio 2007;
- *Regulating services in the European Union*, Oxford University Press, 2012;
- VINCENT CORREIA, “La coopération de l’Agence Européenne de la Sécurité Aérienne, des États membres et des industriels au sein du système européen de la sécurité aérienne”, in *Cahiers de Droit Européen*, números 5 e 6, 2010;

VINCENZO RANDAZZO, “Case C-217/04, United Kingdom v. European Parliament and Council of the European Union, judgment of the Grand Chamber of 2 May 2006, nyr”, in *Common Market Law Review*, 44, Kluwer Law International, 2007;

– “Il progetto di accordo interistituzionale sulle agenzie europee di regolazione: una soluzione adeguata?”, in *Rivista di diritto internazionale*, volume LXXXVIII, Giuffrè, 2005;

W. DEVROE, “Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy”, in *Common Market Law Review*, 34, 1997;

WALDEMAR HUMMER, “Die ‘Komitologie’ – das ‘unbekannte Wesen’ – Reform und zukünftige Entwicklung der ‘delegierten Rechtsetzung’ durch die Europäische Kommission”, in *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung, Festschrift für Peter Fischer*, coordenado por Köck/Lengauer/Ress, 2004;

– “From ‘Interinstitutional Agreements’ to ‘Interinstitutional agencies/offices?’”, in *European Law Journal*, Volume 13, nº 1, Janeiro 2007;

WOLFGANG WEISS, “Agencies versus networks: from divide to convergence in the administrative governance in the EU”, in *61 Administrative Law Review* 45, American Bar Association, Thomson Reuters, 2009;

– “After Lisbon, can the European Commission continue to rely on ‘soft legislation’ in its enforcement practice?”, in *Journal of European competition law & practice*, volume 2, nº 5, 2011;

WOLFGANG WESSELS, “Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system”, in *Journal of European Public Policy*, volume 5, Issue 2, 1998;

WOODROW WILSON, “The study of administration”, in *Political Science Quarterly*, 2, 1887;

VAN OOIK, “The growing importance of agencies in the EU”, in *Good governance and the European Union: reflection on concepts, institutions and substance*, coordenado por D.M. Curtin & R., A., Wessel, Intersentia, Antuérpia, 2005;

VASCO MOURA RAMOS, *Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002;

VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996;

- VICTOR CALVETE, “Abuso de posição dominante II: o abuso de dependência económica”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Aníbal de Almeida, Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 107, Ad Honorem – 7*, coordenado por Avelãs Nunes, Luís Pedro Cunha e Maria Inês de Oliveira Martins, Coimbra editora, 2012;
- “Entidades administrativas independentes: *smoke & mirrors*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, Números 7/8, julho – dezembro 2012;
- “O controlo jurisdicional da actividade da Autoridade da Concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, volume II, Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Almedina, Coimbra, 2010;
- VICTOR NGAI, “Introduction to the Stability and Growth Pact”, in *Governance for the Eurozone – Integration or disintegration?*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 2012;
- VICTORIA AMICI, “Europol et la nouvelle décision du Conseil: entre opportunités et contraintes”, in *Revue du Droit de l’ Union Européenne*, 1/2010;
- VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa – Lições*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- “Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica em Baixa Tensão”, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIV, Tomo I, 1989;
- *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011;
- *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, separata do volume XXXVII, suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992;
- VIEIRA DE ANDRADE e ANA RAQUEL MONIZ, anotação ao artigo 91º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;
- anotação ao artigo 92º, in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio, direcção de Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, Coimbra, 2013;
- VIHAR GEORGIEV, “Delegated law-making and comitology in perspective”, in *Journal of European Public Policy*, volume 20, nº 4, 2013;

VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;

– “A ‘constitucionalização’ dos direitos fundamentais na União Europeia (UE)”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;

– *anotação ao artigo 207º do TFUE*, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– *anotação geral à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;

– “As concessões municipais de distribuição de electricidade”, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação* (Maria Manuel Leitão Marques / Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003;

– *Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997;

– “Cidadania para além do Estado (cidadania da União Europeia depois do Tratado de Lisboa)”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, organização de Fernando Alves Correia, João Calvão da Silva, José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Cardoso da Costa, Almedina, Coimbra, 2013;

– “Constituição e Direito Administrativo – A ‘Constituição Administrativa’ Portuguesa”, in *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998;

– “Empréstimos municipais, autonomia local e tutela governamental”, in *Direito regional e local*, nº 3, 2008;

– “Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia”, in *Revista de Direito Público da Economia*, Ano 1, nº 1, Editora Fórum, Belo Horizonte, Abril/Junho 2003;

– “‘Trabalho digno para todos’ – Os direitos fundamentais dos trabalhadores na política de comércio externo da União Europeia”, Lição apresentada na defesa das provas de agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013;

– “Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Coimbra editora, Coimbra, 2001;

– “‘União mais estreita’: a política de comércio externo da União Europeia depois do Tratado de Lisboa”, in *Estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*, coordenação de Paulo Otero, Fausto de Quadros e Marcelo Rebelo de Sousa, Volume V, Almedina, Coimbra, 2012;

-
- VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes (Estudo e Projecto de Lei-Quadro)*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003;
- WIM VAN AKEN & LIONEL ARTIGE, “Reverse majority voting in comparative perspective: implications for fiscal governance in the EU”, in *The Euro crisis and the state of european democracy*, coordenado por Bruno de Witte, Adrienne Héritier & Alexander H. Trechsel, Robert Schuman Centre – Instituto Universitário Europeu, Florença, 2013;
- XAVIER ARZOZ SANTISTEBAN, “El acto administrativo en el derecho de la Unión Europea”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2º semestre de 2010;
- XAVIER FREIXAS, “Banking regulation – Post-crisis challenges to bank regulation”, in *Economic Policy*, Abril 2010;
- XÉNOPHON A. YATAGANAS, “Delegation of regulatory authority in the European Union – the relevance of the american model of independent agencies”, in *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 3/01;
- YAN SANDERSON, “Evaluation, Policy learning and Evidence-Based Policy Making”, in *Public Administration*, vol. 80, n.º 1, 2002;
- YANNIS PAPADOPOULOS, “Problems of democratic accountability in network and multilevel governance”, in *European Law Journal*, volume 13, nº 4, Blackwell Publishing, Julho 2007;
- “Accountability and multi-level governance: more accountability, less democracy?”, in *West European Politics*, volume 33, nº 5, Setembro 2010, Routledge;
- YVES GAUTIER, *La délégation en droit communautaire*, tese de doutoramento da Universidade de Estrasburgo, não publicada, Estrasburgo, 1995;

índice

Abreviaturas	3
--------------------	---

§ PRELIMINAR

1. Apresentação do tema	11
2. Roteiro da investigação	12

PARTE I

DO ENQUADRAMENTO DAS AGÊNCIAS EUROPEIAS NA EXECUÇÃO DO DIREITO E
DAS POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA

TÍTULO I

ADMINISTRAÇÃO DIRECTA E ADMINISTRAÇÃO INDIRECTA

Capítulo I

ADMINISTRAÇÃO INDIRECTA: DESCENTRALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO DIREITO E DAS POLÍTICAS DA
UNIÃO

3. Noções de administração directa e indirecta	16
4. Princípio da administração indirecta e princípio das competências por atribuição	20
5. Princípio da administração indirecta: sua articulação com a uniformidade, a subsidiariedade e a proporcionalidade	21
6. Princípio da administração indirecta e princípio da cooperação leal	25
7. Princípio da administração indirecta e princípio da autonomia (institucional e procedimental) dos Estados membros	30

Capítulo II

ADMINISTRAÇÃO DIRECTA DA UNIÃO: EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIAS EXECUTIVAS NO SISTEMA
INSTITUCIONAL EUROPEU

8. Administração directa: papel (central) da Comissão	36
9. Administração directa: fragmentação do poder executivo europeu e emergência das agências europeias	37

TÍTULO II
ADMINISTRAÇÃO INTEGRADA

Capítulo I
VISÃO GERAL

10. Caracterização	40
11. Modalidades: caleidoscópio terminológico	47
12. Procedimentos compostos: reflexos sobre a necessidade de um CPA europeu e a revisão do conceito de acto administrativo comunitário (breve referência)	52
13. Estruturas de rede	61
14. Um novo paradigma de legitimação do poder público europeu?	67
14.1. Fim do modelo hierárquico?	67
14.2. Governança, comitologia, agências: legitimidade funcional e legitimidade democrática	76

Capítulo II

ADMINISTRAÇÃO INTEGRADA E EUROPEIZAÇÃO DA FUNÇÃO REGULATÓRIA NA UNIÃO EUROPEIA

15. Administração integrada e princípio da subsidiariedade: os métodos abertos de coordenação	81
16. Administração integrada: descentralização de competências na execução das regras de concorrência	86
16.1. Do sistema centralizado na Comissão (Regulamento nº 17)	86
16.2. Da aplicação descentralizada (pelas autoridades de concorrência e tribunais nacionais) das regras de concorrência (Regulamento nº 1/2003)	94
16.2.1. Do sistema de excepção legal	94
16.2.2. Da aplicação descentralizada das regras de concorrência e da necessidade de articulação das competências entre Comissão e autoridades (administrativas e judiciais) nacionais	95
16.2.3. Do reforço do papel da Comissão à luz do Regulamento nº 1/2003	103
17. Europeização da regulação na União Europeia e reforço do papel da Comissão	107
18. Da cooperação à criação de novos organismos europeus: os exemplos das comunicações electrónicas e da energia	109
18.1. Sector das comunicações electrónicas: do Grupo de Reguladores Independentes ao Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas	112
18.2. Sector energético: dos fora de Florença e de Madrid à Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia	116
19. Da europeização da regulação na área da segurança das pessoas e dos bens.....	127
19.1. Regulação na área da segurança aérea europeia.....	129

19.2. Regulação da segurança europeia na área dos medicamentos para uso humano e veterinário	135
--	-----

TÍTULO III

EXECUÇÃO DO DIREITO E DAS POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA

Capítulo I

TIPOLOGIA DE ACTOS JURÍDICOS DA UNIÃO

20. Da classificação dos actos jurídicos no Tratado de Nice	142
21. Da classificação dos actos jurídicos no Tratado de Lisboa	148
22. <i>Soft law</i> no direito da União Europeia	154
22.1. Da complexidade da natureza e impacto da <i>soft law</i> no direito administrativo europeu	154
22.2. Do controlo judicial da <i>soft law</i>	163
23. A inovadora hierarquização formal dos actos jurídicos	165

Capítulo II

DOS ACTOS LEGISLATIVOS

24. Definição formal ou orgânica	168
24.1. Processo legislativo ordinário	170
24.2. Processo legislativo especial	174
24.3. Da iniciativa legislativa	175
25. Definição material	178

Capítulo III

DOS ACTOS NÃO LEGISLATIVOS

26. Actos delegados e actos de execução	182
26.1. Dos actos delegados	185
26.1.1. Delegação na Comissão por acto legislativo	185
26.1.2. Alcance dos actos delegados	188
26.1.3. Da precariedade da delegação	191
26.1.4. Do controlo da delegação pelo legislador	193
26.1.5. Da eficácia dos novos meios de controlo da delegação	198
26.2. Dos actos de execução	203
26.2.1. Notas fundamentais	203
26.2.2. Da necessidade de uniformização das condições de execução dos actos juridicamente vinculativos da União	207

Capítulo IV
DA COMITOLOGIA

27. Repartição de competências executivas na União: Conselho e Comissão	211
28. Repartição de competências executivas na União: reserva de competências pelo Conselho	214
29. Exercício de competências executivas pela Comissão: a comitologia	215
29.1. Comitologia: origens e definição	217
29.2. Comitologia: consolidação e alargamento	219
29.3. Sentido da comitologia e emergência das agências europeias	221
30. Procedimentos comitológicos	224
30.1. 1ª Decisão Comitologia (breve referência)	224
30.2. 2ª e 3ª Decisões Comitologia	226
30.2.1. Selecção do comité	227
30.2.2. Modalidades de comités	229
30.2.3. Reforço da posição do Parlamento Europeu	233
31. Procedimento (comitológico) de regulamentação com controlo e artigo 290º, nº 1, do TFUE	239
32. Do Regulamento (UE) nº 182/2011	241
32.1. Direito transitório	241
32.2. Comités: composição e funcionamento	244
32.3. Dois procedimentos gerais: o procedimento consultivo e o procedimento de exame	247
32.3.1. Critério de aplicação	247
32.3.2. Procedimento consultivo	248
32.3.3. Procedimento de exame	248
32.3.4. (Alguns) Outros procedimentos	252
32.3.5. Direito de controlo do Parlamento Europeu e do Conselho	253
32.3.6. Transparência	256
32.3.7. Breve reflexão	259

Capítulo V

DA DISTINÇÃO (INOVADORA) ENTRE ACTOS DELEGADOS E ACTOS DE EXECUÇÃO NO TRATADO DE LISBOA

33. Da admissibilidade de bases jurídicas derivadas aos actos delegados	262
33.1. Bases jurídicas derivadas: princípios da atribuição de poderes e do equilíbrio institucional	262
33.2. Bases jurídicas derivadas: prática institucional e criação de agências europeias	266

34. Do contributo do Tratado de Lisboa para a clarificação da distinção entre delegação de poderes legislativos e delegação de poderes executivos	267
35. Da subdelegação de poderes	273

§ Conclusivo:

A OMISSÃO DAS AGÊNCIAS EUROPEIAS NA EXECUÇÃO DO DIREITO E DAS POLÍTICAS DA UNIÃO NO TRATADO DE LISBOA	276
---	-----

PARTE II
AGÊNCIAS EUROPEIAS

TÍTULO I
HETEROGENEIDADE E CARACTERÍSTICAS COMUNS

36. Ausência de noção unitária	282
37. Características comuns	284
37.1. Primeira característica: personalidade jurídica (interna)	285
37.2. Segunda característica: sua criação pelo legislador europeu	287
37.3. Terceira característica: descentralização e estabilidade institucional	288
37.4. Quarta característica: modelo de governação	291

TÍTULO II
CLASSIFICAÇÕES

Capítulo I

CLASSIFICAÇÃO DA COMISSÃO: AGÊNCIAS EXECUTIVAS E AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO

Secção 1

AGÊNCIAS EXECUTIVAS

38. Emergência e regulamentação	294
39. Controlo da Comissão	297
40. Tarefas de mera execução	301
41. Contencioso	302
42. Balanço (breve) de actividade	305

Secção 2

AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO

43. Agências decisórias (<i>decision-making agencies</i>) e agências de assistência (<i>executive agencies</i>)	307
44. Imprecisão e confusão terminológica	308

Capítulo II

CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Secção 1

CRITÉRIO FUNCIONAL

45. Classificação de Peter Craig	311
46. Classificação de Stefan Griller e Andreas Orator	314
47. Classificação de Damien Geradin	316

Secção 2

CRITÉRIO ESTRUTURAL

48. Agências comunitárias <i>versus</i> agências intergovernamentais (ou do Conselho)	317
49. Agências do (anterior) segundo pilar: o caso da Agência Europeia de Defesa	322
49.1. Da emergência da Agência Europeia de Defesa	322
49.2. Da Agência Europeia de Defesa como agência intergovernamental	324
50. Agências do (anterior) terceiro pilar: os exemplos do EUROJUST e da EUROPOL	328
50.1. EUROJUST: breves notas	328
50.2. EUROPOL: breves notas	333
51. O caso especial da Agência Frontex	340
51.1. Caracterização geral	340
51.2. FRONTEX e Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO): duplicação institucional (necessária)?	345

Secção 3

CRITÉRIO TEMPORAL

52. As três gerações de agências europeias	349
53. A quarta geração de agências europeias	351
53.1. Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (BEREC)	351
53.1.1. BEREC: uma rede de reguladores	351
53.1.2. Gabinete do BEREC: uma agência europeia	353
53.1.3. Função reguladora da Comissão	354
53.2. Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER)	358
53.2.1. Agência europeia ou rede de reguladores reforçada?	358
53.2.2. Competências	360
53.2.3. Função reguladora da Comissão	362
53.2.4. Energia: um novo modelo de agências europeias?	368
53.3. Agências de supervisão financeira: contexto da sua emergência	373

53.3.1. Da gestão da crise (financeira) de 2007/2008: algumas medidas (não institucionais) de regulação financeira e de controlo macro-económico e orçamental	378
A) (Algumas) Reformas financeiras (substantivas) em resposta à crise financeira	381
B) Flexibilização das regras dos auxílios de Estado ao sector financeiro	396
C) Rumo a uma União Bancária?	406
D) Da reforma da governança económica europeia: a caminho de uma União Orçamental?	417
53.3.2. Da centralização da regulação e supervisão financeiras da União, em especial no pós-crise 2007/2008	453
A) Liberalização dos serviços financeiros e sistema do <i>home country control</i>	453
B) Liberalização dos serviços financeiros, estrutura Lamfalussy e reforço da coordenação entre reguladores nacionais	457
53.4. Agências de Supervisão Financeira no âmbito do novo Sistema Europeu de Supervisão Financeira	464
53.4.1. Sistema de supervisão financeira da União: sua descrição	464
53.4.2. Comité Europeu do Risco Sistémico (ESRB)	470
A) Estrutura organizatória	470
B) Atribuições	473
C) Competências	475
D) Um organismo de <i>soft law</i>	477
E) Tendência de fortalecimento da regulação financeira internacional e europeia	479
53.4.3. Agências europeias de supervisão financeira	480
A) Estrutura organizatória	480
B) Atribuições	486
C) Breves notas reflexivas	487
53.4.4. – Competências das agências de supervisão financeira	489
A) Poderes de <i>soft law</i>	489
B) Poderes quase normativos	491
C) Poderes decisórios	496
C.1. Situações de emergência	496
C.2. Protecção do consumidor	498
C.3. Violação de legislação da União	499
D) Poderes de resolução de litígios	501
E) Poderes de supervisão e poderes sancionatórios	505
F) Outros poderes	508
53.4.5. As agências de supervisão financeira: um salto gigante?	510

Secção 4

NOVAS TENDÊNCIAS DO PROCESSO DE AGENCIFICAÇÃO? DO ESTABELECIMENTO DE AGÊNCIAS
EUROPEIAS AUXILIARES DO BCE

54. Do BCE e do SEBC: (breves) notas gerais	513
55. Quadro institucional do BCE e do SEBC	517
56. Da centralização da execução das atribuições do EuroSistema	522
56.1. Da constituição de agências auxiliares do BCE: a Comissão do Programa T2S	522
56.2. Da centralização intra-organizativa da execução das atribuições do EuroSistema e da Comissão do T2S	524

TÍTULO III

CRIAÇÃO DE AGÊNCIAS EUROPEIAS: CAUSAS/VANTAGENS E DESVANTAGENS

Capítulo I

CRIAÇÃO DE AGÊNCIAS EM GERAL

57. Das origens norte-americanas	530
58. Do surgimento das agências nos países europeus	534
59. A envolvente comum da emergência de agências nos países ocidentais	541
60. Crítica (geral) ao modelo das agências independentes	551

Capítulo II

CRIAÇÃO DE AGÊNCIAS NA UNIÃO EUROPEIA: CAUSAS GERAIS E CAUSAS ESPECIAIS

Secção 1

CAUSAS GERAIS

61. <i>Expertise</i> e credibilidade da acção pública	558
61.1. Da relevância das agências europeias como fora de especialização técnica	558
61.2. Da liberdade de apreciação da instituição política	560
62. Participação e transparência da acção pública	566
62.1. Da participação da sociedade civil	568
62.2. Da transparência	576

Secção 2

CAUSAS ESPECIAIS

63. Compromisso (possível) entre interesses nacionais e interesses institucionais europeus	578
--	-----

TÍTULO IV
LIMITAÇÕES JURÍDICAS À DELEGAÇÃO DE PODERES POR INSTITUIÇÕES
COMUNITÁRIAS

Capítulo I
DO ACÓRDÃO MERONI E JURISPRUDÊNCIA POSTERIOR

64. Acórdão Meroni	583
65. Da jurisprudência pós Meroni	587
66. O <i>princípio Meroni</i> em acórdãos vários	589
67. Acórdão <i>Romano</i>	591
68. Processo C-270/12	594

Capítulo II

DA INTERPRETAÇÃO (RESTRITIVA) DA DOCTRINA MERONI: NECESSIDADE DE MAIOR FLEXIBILIDADE

69. A experiência estadunidense	598
70. Do princípio do equilíbrio institucional	604
70.1. Princípio do equilíbrio institucional: valências	604
70.2. Princípio do equilíbrio institucional e protecção dos direitos na jurisprudência do TJUE	606
71. Interesses políticos e princípio Meroni	608

TÍTULO V
BASE JURÍDICA

Capítulo I

DA DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E OS ESTADOS MEMBROS

72. Do princípio da atribuição de competências e do alargamento dos poderes de acção da União	613
73. Exercício das competências da União e princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade	616
74. Da delimitação de competências no Tratado de Lisboa	623
74.1. Competências exclusivas da União	623
74.2. Competências partilhadas entre a União e os Estados membros	626
74.3. Acções de apoio, de coordenação e de complemento	627
74.4. Conclusão	629

Capítulo II

DA BASE JURÍDICA DOS ACTOS DE DIREITO DA UNIÃO

75. Do princípio da atribuição de competências nas relações institucionais da União	630
76. Da escolha da base jurídica dos actos adoptados pelas instituições	631

Capítulo III

DA BASE JURÍDICA PARA O ESTABELECIMENTO DE AGÊNCIAS EUROPEIAS

77. Do artigo 352º do TFUE (ex- artigo 308º do TCE)	636
78. Dos preceitos (específicos) das políticas a implementar	640
79. Do artigo 114º, nº 1, do TFUE (ex-artigo 95º do TCE)	642
79.1. Interpretação e análise jurisprudencial tradicionais	642
79.2. Inflexão jurisprudencial	645
79.2.1. Acórdão Smoke Flavourings	645
79.2.2. Acórdão ENISA	648
79.3. Reflexão complementar	654

TÍTULO VI

CONTROLO(S)

Capítulo I

AUTONOMIA VS CONTROLO(S) DAS AGÊNCIAS

80. Autonomia organizativa, funcional e financeira das agências europeias	658
81. O equilíbrio entre autonomia e responsabilização das agências europeias	662

Capítulo II

CONTROLO(S) POLÍTICO(S)

82. Controlo político do Parlamento Europeu	666
82.1. Argumentos do Parlamento Europeu	666
82.2. Evolução do controlo político das agências europeias pelo Parlamento Europeu	668
83. Controlo político do Conselho	671
84. Controlo político da Comissão	672
85. Controlo político dos Estados membros	675
85.1. Estrutura orgânico-funcional das agências	675
85.2. Governance das agências: a tensão Estados membros vs Comissão	683
86. Controlo político da sociedade civil: participação e transparência no processo decisório	691
86.1. Participação	691
86.2. Transparência	692

86.3. Breve reflexão	698
----------------------------	-----

Capítulo III

CONTROLO(S) FINANCEIRO(S)

87. Auditorias internas e dos serviços da Comissão	703
88. Auditoria do Tribunal de Contas	705
89. Papel do Parlamento Europeu, do Conselho e do Organismo Europeu de Luta Anti-Fraude (OLAF)	707

Capítulo IV

CONTROLO JUDICIAL

90. Da possibilidade de interposição de recurso contencioso de legalidade dos actos das agências	710
90.1. Heterogeneidade dos estatutos	710
90.2. Da impugnabilidade dos actos das agências antes do Tratado de Lisboa	716
90.3. Da impugnabilidade dos actos das agências no Tratado de Lisboa	723
91. Do âmbito do controlo de legalidade dos actos das agências	727
91.1. Dos limites gerais à sindicância jurisdicional: a discricionariedade administrativa	727
91.1.1. (Breve) introdução geral	727
91.1.2. Do exercício do poder discricionário e do controlo moderado dos tribunais da União	730
91.1.3. Do erro manifesto de apreciação	731
91.1.4. Do controlo do princípio da proporcionalidade	735
91.1.5. Do poder discricionário, do controlo judicial moderado e do princípio da separação de poderes: conclusões	741
91.2. Do controlo judicial dos pareceres das agências	745
91.2.1. Da irrecorribilidade de actos preparatórios	745
91.2.2. Da sindicância dos pareceres das agências europeias pelos tribunais comunitários.....	749
91.2.3. Da recorribilidade judicial dos pareceres das agências europeias: algumas reflexões	756

Capítulo V

CONTROLO DO PROVIDOR DE JUSTIÇA EUROPEU

92. Breve referência	759
----------------------------	-----

TÍTULO VII

AGÊNCIAS E RELAÇÕES EXTERNAS DA UNIÃO EUROPEIA

Capítulo I

DA PERSONALIDADE JURÍDICA (INTERNACIONAL) DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E DA UNIÃO EUROPEIA

93. Da personalidade jurídica (internacional) das organizações internacionais	764
94. Da personalidade jurídica (internacional) da União Europeia	767
95. Reflexos da personalidade jurídica internacional da União Europeia	768
95.1. <i>Ius tractuum</i>	768
95.1.1. Do processo comum de celebração de convenções internacionais: simples alusão	771
95.1.2. Da competência (da Comissão) para a conclusão de acordos internacionais vinculativos da União	772
95.1.3. Dos processos especiais de celebração de convenções internacionais: breve referência	776
95.2. <i>Ius legationis</i>	777
95.3. Relações com outras organizações internacionais	778

Capítulo II

DA CAPACIDADE JURÍDICA (INTERNACIONAL) DAS AGÊNCIAS EUROPEIAS

96. Personalidade jurídica interna e personalidade jurídica internacional	780
97. Capacidade jurídica internacional limitada das agências	782
98. Participação de Estados terceiros (e organizações internacionais) e personalidade jurídica internacional das agências europeias	785
98.1. Participação de Estados terceiros nas agências europeias: intróito	785
98.2. Participação de Estados terceiros em agências europeias e vinculação da UE	787

TÍTULO VIII

UMA REGULAMENTAÇÃO-QUADRO?

Capítulo I

DA REGULAMENTAÇÃO *AD-HOC* DAS AGÊNCIAS E TENTATIVA DE SUA UNIFORMIZAÇÃO

99. Do casuísmo à Comunicação de 2002	792
100. Do projecto de acordo interinstitucional de 2005	794
100.1. Visão geral	794
100.2. Da realização de avaliações de impacto	796

Capítulo II**DO FRACASSO DO PROJECTO DE ACORDO INTERINSTITUCIONAL DE 2005 À COMUNICAÇÃO DA
COMISSÃO EM 2008**

101. Razões para o fracasso do projecto de acordo interinstitucional de 2005	802
102. Comunicação da Comissão de 2008	806

Capítulo III**DA DECLARAÇÃO CONJUNTA DO PARLAMENTO EUROPEU , DO CONSELHO E DA COMISSÃO SOBRE AS
AGÊNCIAS DESCENTRALIZADAS E DO (SUBSEQUENTE) ROTEIRO DA COMISSÃO PARA A
IMPLEMENTAÇÃO DA ABORDAGEM COMUM INTERINSTITUCIONAL**

103. Declaração Conjunta	809
104. Roteiro da Abordagem Comum	810
105. Opção final: preferência de “Orientações gerais” a uma “Lei-Quadro” de agências europeias	811
SÍNTESE CONCLUSIVA	813
BIBLIOGRAFIA	823
ÍNDICE	913