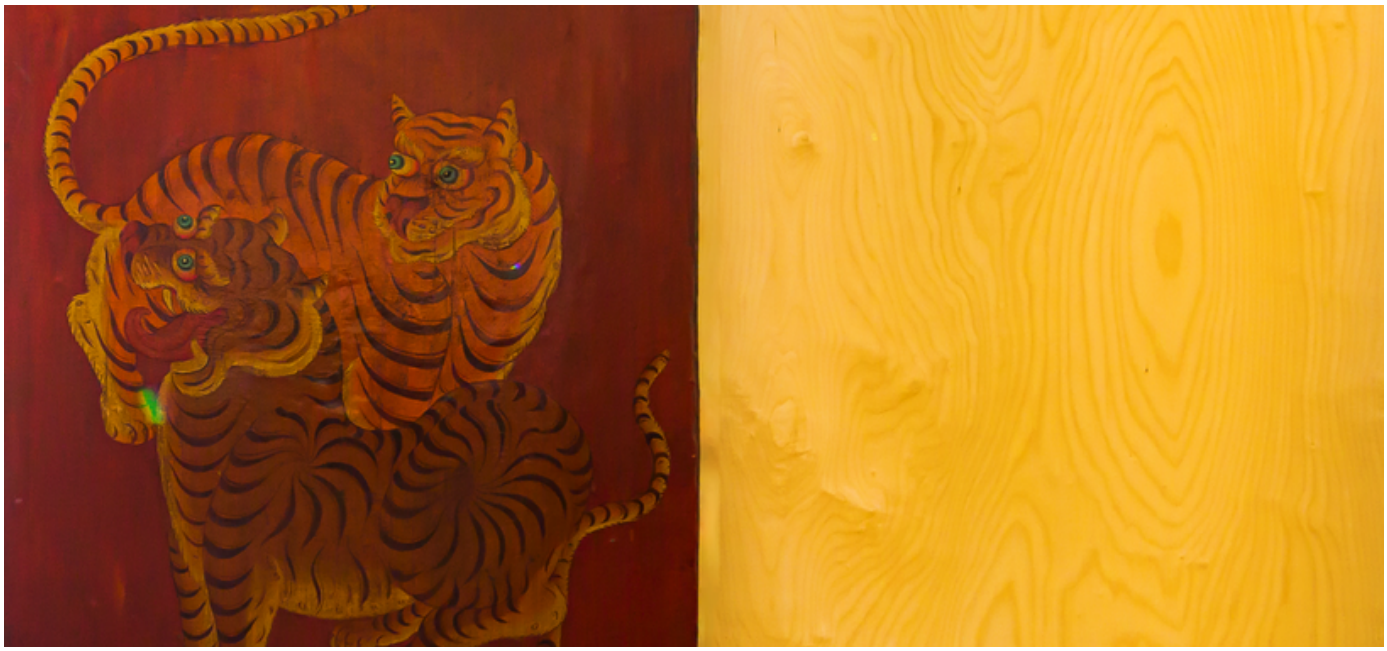
NEWSLETTER CVA



REGULAMENTO CIBERRESILIÊNCIA, UMA PROPOSTA DURADOURA?

Sumário Executivo

Em setembro de 2022, a Comissão Europeia apresentou uma proposta para complementar a já abrangente legislação europeia sobre a cibersegurança dos produtos que consistem em, ou contêm, elementos digitais.

Nesta newsletter, analisamos a proposta de regulamento, que se encontra em fase de negociações no "trílogo" entre o Parlamento Europeu (PE), o Conselho de Ministros da UE (CM) e a Comissão Europeia (CE), no âmbito do processo legislativo ordinário.

Trata-se de uma peça legislativa muito importante, especialmente tendo em conta as crescentes preocupações com a segurança no mercado interno. Ora, após uma análise mais profunda e na sua forma atual – após a 1ª leitura do PE –, a proposta parece poder resultar em prejuízo do funcionamento do mercado interno, cuja preservação e integridade são, contudo, o objetivo pretendido.

O setor das telecomunicações (TELCO) caracteriza-se, na União Europeia (UE), por um mercado livre e competitivo, baseado no Estado de Direito. As questões de segurança nacional são, tal como estabelecido no artigo 4.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE),

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

da competência exclusiva dos Estados-membros, que têm uma parte importante da responsabilidade da reação contra as ameaças que afetem a sua segurança nacional.

Se faz sentido que a CE promova um certo grau de harmonização, em todo o mercado interno, das condições em que são admissíveis determinadas proibições ou restrições no setor das telecomunicações, essas medidas devem ser necessárias, adequadas e proporcionais, tendo em conta os objetivos por elas prosseguidos. Se assim não for, os seus efeitos podem ser exatamente os opostos.

Centraremos a nossa atenção, nomeadamente, nas disposições aplicáveis aos denominados "Fornecedores de Risco Elevado" (FRE). Neste domínio, o aspeto político das avaliações de segurança pode ser exacerbado e ultrapassar a proporcionalidade exigida pelas leis europeias e nacionais. A eficácia da proteção jurisdicional pode também ser comprometida.

Considerações idênticas aplicam-se à coexistência de restrições técnicas e não técnicas no que diz respeito à avaliação do risco para a segurança a que certos produtos específicos podem conduzir.

Além disso, a proposta dá à CE, a par dos Estados-membros, um conjunto de poderes que podem ameaçar o princípio da atribuição, isto é, o princípio fundamental relativo à repartição de competências entre Estados e União.

Com este pano de fundo, analisamos nesta newsletter aspetos como o facto de a concorrência poder ser prejudicada, a inovação reduzida e os preços aumentados. Sem esquecer eventuais efeitos negativos sobre a integridade do mercado interno europeu.

Introdução

A proposta de Regulamento apresentada pela CE em setembro de 2022, apelidada abreviadamente de Regulamento Ciber-Resiliência (RCR), apresenta o nome completo de "Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos requisitos horizontais de cibersegurança dos produtos com elementos digitais e que altera o Regulamento (UE) 2019/1020". A proposta foi aprovada pela Comissão ITRE do Parlamento Europeu (Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia), em primeira leitura, em julho de 2023, e foi confirmada na sessão plenária da instituição em setembro do mesmo ano. As negociações interinstitucionais entre o PE, o CM e a CE, conhecidas na gíria por "trílogo", terão lugar nos próximos meses.

Nesta newsletter, analisamos a proposta de RCR, a sua *raison d'être*, e o que consideramos ser os seus pontos fortes, as suas fraquezas e potenciais falhas. Destacamos ainda as dúvidas e questões polémicas que a proposta pode levantar.

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

Mas, antes de mais, é importante definir a questão em si: o que é a cibersegurança e por que razão é necessário este ato legislativo, de natureza horizontal, estabelecendo requisitos para toda a UE? E por que razão, como muitos acreditam, é muito aguardada por vários quadrantes institucionais, decisores políticos e partes interessadas de diferentes indústrias, setores políticos, meios de comunicação social especializados e líderes de opinião na Europa?

A Europa tem estado na vanguarda do desenvolvimento tecnológico, tentando fazer face, do ponto de vista regulamentar, a um ambiente digital em rápida mutação que afeta os mercados e as empresas.

O ritmo e a profundidade desta mudança deram origem, pelo menos na última década (se não antes), a um maior número de ameaças, cada vez mais frequentes e sofisticadas. Um exemplo é o roubo de dados de cartões de crédito com a finalidade de serem vendidos para fins criminosos no mercado negro digital.

De facto, as diferentes tecnologias, a falta de literacia digital ou o incumprimento das regras mínimas de segurança são responsáveis pelo aumento acentuado do custo global para as organizações das violações de dados. As estimativas apontam para que o custo da cibercriminalidade em 2021 seja de cerca de 6 mil milhões de euros – e estima-se que continue a aumentar. Um indicador do mercado da cibersegurança, denominado "*Estimated Cost of Cybercrime*", prevê um aumento constante entre 2023 e 2028 para um total de 5,7 biliões de dólares, o que significa um aumento de 70%.

A cibersegurança consiste, portanto, na proteção das organizações, dos sistemas e das redes de informação contra ataques digitais. Se é verdade que as ameaças não param de aumentar, fruto do ritmo cada vez mais acelerado da inovação tecnológica e digital, também é verdade que o desenvolvimento de estratégias abrangentes, baseadas nas melhores práticas e na utilização da inteligência artificial, aliadas a um conhecimento profundo das questões em causa, à especialização e à analítica avançada, pode ser uma forma eficaz de prevenir, se possível, e mitigar os danos causados pelos ataques digitais.

A regulamentação é a outra face da moeda. Mas quando se olha para a regulamentação no contexto de um ambiente internacional multifacetado, multi-mercados, multinacional e muito complexo, há muitas questões a considerar. Podem ser de natureza política ou económica, mas levantam quase sempre questões jurídicas complexas.

Isto é ainda mais verdade no caso da UE, uma organização que combina a soberania nacional com uma capacidade jurídica e regulamentar supranacional.

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

I.O RCR – o que pretende alcançar e o que pode mudar

A Comissão Europeia apresenta o caso da seguinte forma: as falhas na regulamentação e no mercado no que diz respeito à cibersegurança efetiva dos produtos com elementos digitais ameaçam a integridade do mercado interno, que é o principal alicerce da integração europeia. Essas falhas podem também pôr em causa os direitos fundamentais e a segurança das pessoas.

O objetivo da proposta é, assim, colmatar estas lacunas e a falta de regulamentação, **estabelecendo critérios e obrigações horizontais no domínio da cibersegurança para os produtos com elementos digitais** (nomeadamente, a Internet das Coisas).

É também um instrumento fundamental para reforçar o potencial do mercado interno e as relações económicas (ainda) abertas a nível mundial (no quadro e no âmbito da Organização Mundial do Comércio), evitando simultaneamente os riscos de segurança que são, ou podem ser (a distinção subtil entre as duas formas verbais é uma das questões levantadas pela proposta de RCR), colocados por FRE.

Em suma, e como já foi referido, a proposta de Regulamento estabelece regras para a colocação no mercado destes produtos, incluindo requisitos para a sua conceção, desenvolvimento e produção.

Estabelece também as obrigações e responsabilidades dos operadores económicos, numa perspetiva de cibersegurança.

Define os requisitos essenciais e inclui a responsabilidade na abordagem das vulnerabilidades inerentes ao manuseamento de produtos com elementos digitais, bem como os processos envolvidos ao longo do ciclo de produção.

Estabelece igualmente as regras de controlo e de aplicação de todos estes requisitos e obrigações.

Idealmente, e em teoria, o RCR deveria centrar-se nos requisitos de uniformização dos diferentes produtos e no nível de risco de segurança que aqueles podem apresentar. De facto, é importante que as suas regras digam respeito a critérios técnicos, para garantir que são respeitados os princípios da legalidade, da segurança e da certeza jurídicas, tal como em qualquer outra regulamentação em matéria de conformidade.

A proposta de Regulamento, cuja base jurídica é o artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), foi aparentemente colocada na via rápida do processo legislativo da UE. Apresentada em meados de 2022, já está a ser discutida no "trílogo" e muitos intervenientes no processo manifestaram urgência em adotar esta

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

legislação.

A grande questão que agora se coloca é a de saber se será possível adotar o Regulamento antes do – inevitável – hiato em termos de execução a nível legislativo (e governamental) de decisões e ações, durante o período eleitoral: as eleições europeias estão previstas para junho de 2024 e haverá um período, entre essa data e janeiro de 2025, durante o qual terão de ser nomeados novos dirigentes, nomeadamente uma nova CE.

Em todo o caso, e apesar de se tratar de um ato legislativo muito complexo, existe uma pressão considerável de vários quadrantes para acelerar o processo. Tudo dependerá também do grau de convergência que se conseguir alcançar no "trílogo", nomeadamente entre as delegações nacionais (sobretudo as maiores e mais influentes).

II.RCR – Considerações gerais, enquadramento, problemas potenciais

a) Considerações geopolíticas

É impossível subestimar a importância dos processos políticos que dizem respeito e influenciam o comportamento internacional das várias partes envolvidas na inovação digital, incluindo a cibersegurança, com o cruzamento das diferentes geoestratégias dos atores relevantes, sejam eles nacionais, políticos ou empresariais.

Neste sentido, parece haver uma ligação entre a atual proposta, particularmente reforçada num determinado sentido pelas alterações introduzidas pelo PE em primeira leitura, e as tensões geopolíticas mais amplas entre os países ocidentais, nomeadamente os Estados Unidos, e a China.

Estas tensões parecem estar a aumentar, com a guerra na Ucrânia a poder conduzir o mundo inteiro a uma nova divisão entre dois blocos políticos e económicos, com a UE ao lado dos seus aliados ocidentais – mas também com os seus próprios interesses geoestratégicos, dos quais o conceito (e a discussão em torno dele) de "autonomia estratégica" é particularmente ilustrativo.

Neste sentido, esta iniciativa, que é obviamente complexa, envolve outras considerações para além da segurança, sejam elas económicas, tecnológicas ou políticas. **É por isso conveniente que os parceiros europeus no âmbito da UE tentem conciliar as exigências de segurança com a salvaguarda do seu mercado interno e das suas infraestruturas.**

O debate está em curso e as futuras eleições, quer a nível nacional (como é habitual, vários países têm eleições nos próximos 12 meses e as atuais tendências políticas equilibram-se entre uma abordagem mais protecionista e securitária das relações internacionais e

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

mais liberais) quer da UE, como já referido, podem ser decisivas.

b) O mercado interno em causa

O facto de **o principal objetivo desta legislação ser expressamente a preservação da integridade do mercado interno** – artigo 114º TFUE – cria um paradoxo.

De acordo com a proposta de Regulamento, a exclusão de um determinado produto pode ser decidida por iniciativa da CE, quer sob as fórmulas diluídas de informar "as autoridades de fiscalização do mercado competentes" e emitir recomendações específicas aos operadores económicos, destinadas a garantir a aplicação das medidas corretivas adequadas (artigo 45.º, n.º 2 das alterações do PE à proposta da CE) quer, a nível da União, através de atos de execução (sujeitos a um procedimento de revisão por um comité composto por representantes dos Estados-membros, que decide por maioria qualificada - comité de controlo).

Até lá, a ENISA (Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação) pode ser consultada e efetuará a sua própria avaliação e análise de risco.

Os Estados-membros mantêm a prerrogativa de tomar medidas para salvaguardar a sua própria segurança nacional – em conformidade com a legislação da União – e podem também impor medidas adicionais aos produtos com elementos digitais utilizados para fins militares, de defesa ou de segurança nacional.

Nestes termos, a compatibilidade com os Tratados da intervenção da CE, tal como proposta, parece muito questionável e deve ser revista.

Para ilustrar a contradição entre os objetivos prosseguidos – em particular, a defesa do mercado interno – e a situação que poderia resultar da aplicação desta legislação, basta mencionar a possibilidade de a CE, ao abrigo dos novos poderes que lhe são propostos, impor uma proibição a determinados produtos, enquanto os Estados-membros, no exercício legítimo das suas competências, impõem proibições semelhantes a outros produtos, por razões de segurança nacional.

A cacofonia no mercado interno aumentará e a sua integridade e bom funcionamento poderão ser postos em causa, ao contrário do que se pretendia.

O facto de a CE, a ENISA, o Comité de Controlo, provavelmente o CM, os reguladores e as autoridades dos Estados-membros estarem todos envolvidos na decisão sobre o que deve ser considerado um risco, quem é um FER, que produtos devem ser excluídos e que fatores não técnicos são relevantes – sempre em casos específicos e concretos - criará inevitavelmente um desequilíbrio no mercado.

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

A legislação destinada a proteger o mercado interno pode, assim, e simplesmente por seguir as suas próprias regras, pô-lo em perigo.

Tanto mais se considerarmos que a eventual exclusão de alguns fornecedores com uma atividade estabelecida e legal no mercado interno – ou dos seus produtos, considerados de alto risco, sem uma garantia jurisdicional adequada (ver ponto II.d) – pode levar à violação de princípios e regras constitucionais, como a não discriminação, a concorrência e a proporcionalidade (ver ponto II.c).

Em suma, a proibição restringe a concorrência no mercado da UE. A exclusão dos principais fornecedores de produtos digitais pode reduzir a concorrência, conduzindo potencialmente a preços mais elevados para os consumidores e limitando a inovação no mercado.

Tal prejudicará, evidentemente, o potencial e o bom funcionamento do mercado interno, pondo assim em causa o próprio objetivo prosseguido.

c) Princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade

No exercício (ou utilização) das competências que lhes são conferidas pelos Tratados, as instituições europeias devem igualmente respeitar as regras e os princípios destinados a evitar uma utilização abusiva, desproporcionada ou desprovida de sentido dessas mesmas competências. Os princípios fundamentais do direito da UE aplicam-se ao exercício das competências da União, nomeadamente os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

Em termos simples, o **princípio da subsidiariedade** significa que as regras só devem ser adotadas a nível da UE se os seus objetivos não puderem ser melhor (ou igualmente bem) alcançados por meio de decisões a nível nacional. Pode argumentar-se que, no caso da proposta de Regulamento em análise, e tendo em conta a natureza da matéria em causa, não podem ser melhor alcançados a nível nacional – mas há uma razão para a existência do artigo 4.º TUE, e a multiplicidade de intervenientes prevista nesta legislação pode mesmo pôr em causa o objetivo principal, ou seja, a integridade do mercado interno (como se viu no ponto II.b).

Considerando que a subsidiariedade se aplica (embora o momento legal para a intervenção dos parlamentos nacionais possa já ter sido ultrapassado), devolver-se-ia aos Estados-membros o poder exclusivo de atuar, mesmo que no âmbito de programas, relatórios, conjunto de instrumentos legais, incentivos e objetivos harmonizados no contexto das instituições da UE e da cooperação entre os Estados-membros.

A **proporcionalidade**, constitucionalizada no artigo 5.º TUE, é provavelmente a questão mais importante no que diz respeito ao RCR. As autoridades públicas, se tiverem

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

para agir, não podem fazê-lo de forma a exceder os limites do que é necessário para atingir os objetivos de interesse público que prosseguem. Este princípio, que se aplica aos Estados-membros quando estes apliquem o direito da União, é de importância primordial quando estão em causa direitos fundamentais, princípios ou políticas da UE (por exemplo, o mercado interno ou a segurança pública).

Comentando a decisão da Comissão Portuguesa de Avaliação de Segurança de excluir potencialmente alguns fornecedores e fabricantes de equipamentos 5G – ainda ao abrigo do anterior conjunto de instrumentos 5G da CE –, Thierry Breton, Comissário Europeu para o Mercado Interno, afirmou recentemente que não haveria qualquer problema se as autoridades portuguesas seguissem as regras e, referindo-se ao caso de um fabricante específico, disse que há alguns equipamentos que não têm quaisquer problemas, mas outros podem tê-lo, cabendo aos Estados-membros decidir e cumprir o compromisso que todos assumiram de respeitar o conjunto de instrumentos 5G.

Isto tem diretamente a ver com a questão da proporcionalidade, que é um princípio fundamental do direito da União, vinculativo dos Estados-membros quando aplicam o direito da UE. Tal como estabelecido no artigo 5.º TUE, referido acima, quaisquer medidas destinadas a cumprir um objetivo legítimo devem ser necessárias e adequadas a esse mesmo fim e (proporcionalidade *stricto sensu*) não podem impor um custo ou um encargo que seja excessivo em relação ao objetivo prosseguido. Ora, a seleção e a discriminação de determinados prestadores, ou de todo o conjunto de produtos de um prestador, não só ultrapassa o necessário para atingir os objetivos do Regulamento proposto, como também lhes impõe um encargo excessivo e desproporcionado.

Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade no direito da UE dizem respeito à forma como uma determinada competência é exercida – e não à sua existência (que é uma questão de conflito de competências, abaixo referido).

d) Proteção jurisdicional

A nosso ver, um dos principais problemas da proposta de RCR é a ausência – ou inadequação – de disposições que garantam que as decisões das autoridades competentes (seja a CE, nomeadamente no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelos artigos 45º e 46º da proposta de Regulamento, na versão do PE, seja a ENISA, uma agência europeia, ou mesmo as autoridades nacionais) se baseiem em procedimentos transparentes e informados que garantam os direitos das partes envolvidas.

A proposta de Regulamento não parece conter disposições adequadas sobre o direito a uma proteção jurisdicional efetiva.

Seria por isso aconselhável que tais disposições fossem devidamente adotadas, tendo em

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

conta sobretudo os direitos garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

e) As lacunas de competência

Na organização constitucional da UE, as competências relativas ao poder de legislar estão repartidas entre a própria UE e os seus Estados-membros. Algumas competências continuam a ser nacionais, outras foram (ou podem ser) transferidas para a UE, de acordo com o princípio da atribuição.

Atualmente, após o Tratado de Lisboa, a lei fundamental da UE, confirmando uma doutrina bem estabelecida e jurisprudência constante, estabelece explicitamente três tipos de competências: as exclusivas da UE, as partilhadas entre a UE e os Estados-membros, e as que apoiam, coordenam ou complementam a ação nacional.

Relevante para o caso do RCR sobre a segurança nacional, o n.º 2 do artigo 4.º TUE afirma claramente que "*a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-membro*". Se assim for, coloca-se a seguinte questão: com que base pode a UE legislar sobre essas matérias, com o âmbito e a intensidade previstos nos artigos 45º e 46º da proposta de Regulamento?

Isto também levanta a questão da base jurídica adequada (ver ponto II.i).

Um segundo nível de lacunas de competência, desta vez no âmbito do processo de tomada de decisão a nível UE, diz respeito ao nível de poder concedido à CE pelos artigos 45º e 46º da proposta, na versão do PE.

Este facto parece particularmente preocupante, quando um tal poder – mencionado, nomeadamente, nos pontos II.b) e II.f) – chega ao ponto de conferir à CE o direito de aplicar a legislação através de regulamentos de execução quando os produtos digitais cumprem as especificações técnicas do RCR, mas apresentam riscos de cibersegurança (n.º 4 do artigo 46.º da proposta de RCR).

Quais são os riscos a que se alude? Em última análise, trata-se de avaliações subjetivas, análogas às considerações sobre as especificações não técnicas (ver ponto seguinte, II.f). Deve reconhecer-se que tais decisões também afetam diretamente a segurança nacional, levantando assim a questão da competência da UE.

f) Os fatores não técnicos levantam sérios problemas de responsabilização

A menção a fatores não técnicos como um risco que pode levar à exclusão de fornecedores – incluída na versão que será submetida às negociações do "trílogo" – é muito preocupante,

especialmente devido à natureza subjetiva destes fatores.

Por exemplo, o que significa a referência a "*influência indevida de um país terceiro sobre os fornecedores*" (considerando 33)? Que critérios são aplicáveis? A quem cabe o ónus da prova? Como podem estes critérios – se é que podem ser minimamente objetivados – ser harmonizados em toda a UE? Como é que a utilização de justificações não técnicas (para a exclusão) pode ser avaliada à luz de princípios como a legalidade e a proporcionalidade? Como evitar a contaminação "política"?

E assim por diante. Estas e outras dúvidas, apesar dos esforços da CE e do PE nas suas exposições de motivos e em parte dos considerandos, devem necessariamente ser abordadas e resolvidas para evitar uma grave violação do Estado de Direito, pilar da construção europeia.

De facto, as considerações não técnicas não devem ser da competência da CE. As decisões de exclusão de fornecedores com base em fatores não técnicos devem continuar a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-membro, sujeitas a revisão pelos tribunais nacionais e europeu. Neste contexto, o princípio da atribuição, que rege os limites das competências da União (n.º 1 do artigo 5.º TUE) deve, em qualquer caso, ser respeitado.

g) Inadequação das referências a "Fornecedores de Elevado Risco"

A qualificação de uma empresa como FER levanta várias questões jurídicas relevantes, que devem ser consideradas na versão final do RCR. Na versão da proposta após a primeira leitura do PE, foi introduzida uma referência ao RCR nos seguintes termos:

"*A União deve maximizar os benefícios da sua abertura económica, minimizando simultaneamente os riscos decorrentes da dependência económica em relação a fornecedores de elevado risco, através de um quadro estratégico comum para a segurança económica da União*" (considerando 34-A).

Esta referência é, no mínimo, inadequada, por várias razões:

Em primeiro lugar há, naturalmente, a importante questão de saber quem decide se um fornecedor é m fornecedor de elevado risco. Existe uma diferença jurídica relevante entre o facto de a decisão ser tomada pela CE ou por um Estado-membro. De facto, é altamente questionável se a CE tem o direito de tomar esta decisão, dada a lacuna de competência elencada no ponto II.e, supra.

Em segundo lugar, tendo em conta as consequências relevantes desta decisão, a designação de um prestador como sendo de elevado risco só deve ser aceitável se forem estabelecidos factos muito claros e coerentes, se o ónus da prova for muito bem definido, se o processo

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

de decisão for, pelo menos, transparente para os interessados, e se for garantido o direito a uma proteção jurisdicional efetiva.

Por outro lado, não faz sentido que a referência a uma dependência de fornecedores de elevado risco seja feita apenas nos considerandos, numa única instância, sem qualquer operacionalização consequente (a qual, em qualquer caso, seria altamente questionável, como explicado acima neste ponto).

De facto, qualificar qualquer fornecedor como sendo de elevado risco através de simples atos administrativos e regulamentares, exceto em casos muito bem estabelecidos e comprovados (que são abrangidos por outras disposições legais – espionagem, interferência, agressão, todas elas de natureza criminal), criaria um estigma muito forte que poderia prejudicar permanentemente a reputação de uma empresa. As considerações meramente políticas têm outra natureza e como tal devem ser tratadas.

h) Confusão entre objetivos

Para além do paradoxo específico do mercado interno acima referido (na alínea b) do ponto II), uma proibição que afete determinados prestadores pode ser contraproducente. Considerações simples, impossíveis de aprofundar no presente caso, podem ilustrar este facto:

- *Economia*. Poderá ter repercussões económicas, perturbando os contratos existentes e os investimentos feitos pelos operadores de telecomunicações europeus com esses fornecedores, bem como afetar os interesses comerciais das empresas europeias que operam noutros países, podendo conduzir a medidas de retaliação. A proibição de as empresas abastecerem o mercado europeu pode ter graves custos económicos a longo prazo.

- *Diversidade da oferta*. Excluir um grupo de importantes fornecedores de serviços de telecomunicações pode resultar num maior grau de dependência em relação a um pequeno número de fornecedores, de outras regiões geográficas, menos eficazes ou mais caros, tornando a UE mais vulnerável a perturbações na cadeia de abastecimento, flutuações de preços e escolhas limitadas. São poucos os fornecedores que produzem equipamentos essenciais. A exclusão de alguns deles abrandará necessariamente a implantação das redes na UE, por falta de fornecedores alternativos ou porque a substituição das infraestruturas existentes pode ser morosa e dispendiosa.

- *Avanço tecnológico*. A exclusão de fornecedores específicos pode dificultar o acesso da UE a tecnologias de ponta e atrasar a implementação de aplicações avançadas, nomeadamente no que respeita à Internet das Coisas e aos veículos autónomos, que dependem de redes 5G robustas. Muitas vezes, a inovação e a investigação são uma via

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

de dois sentidos que pode ser corroída por decisões radicais.

- *Desequilíbrio político*. A ideia de que a segurança europeia depende desta regulamentação implica um alinhamento estreito com os interesses estratégicos dos parceiros de além-mar. O que garante à Europa que um ou mais deles, na prossecução dos seus interesses nacionais, não desrespeite proibições ou estabeleça os seus próprios acordos com vista a ganhos económicos, comerciais ou tecnológicos? Não é nada que não tenha acontecido antes.

i) Base jurídica

Este é um aspeto crucial. A escolha da via jurídica no quadro jurídico da UE baseia-se no conteúdo. **A principal base do RCR é o mercado interno e a sua proteção**:

"*A base jurídica da presente proposta é o artigo 114.º do TFUE, que prevê a adoção de medidas destinadas a garantir o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. O objetivo da proposta é harmonizar os requisitos de cibersegurança para os produtos com elementos digitais em todos os Estados-Membros e eliminar os obstáculos à livre circulação de mercadorias*" (exposição de motivos, CE, 15/09/2022).

A base jurídica dos atos legislativos no direito europeu assenta no seu conteúdo, no âmbito do já referido princípio da atribuição. Há propostas – e pode ser esse o caso aqui – em que se **exige uma dupla ou tripla base jurídica**, o que pode implicar a conjugação de procedimentos diferentes, quer seja o processo legislativo ordinário mais habitual (como na presente proposta), baseado numa dupla maioria e na participação das três instituições no processo de decisão, quer procedimentos especiais, em que a regra é a unanimidade. Os problemas surgem quando as diferentes bases jurídicas exigem processos legislativos diferentes e incompatíveis entre si. Nesse caso, a única solução legítima consiste em dividir a proposta única em tantas propostas quantas as bases jurídicas específicas.

Como já foi referido, existe uma razão jurídica para que as questões de segurança nacional sejam mantidas na esfera nacional. A presente proposta parece ir longe demais ao utilizar exclusivamente o artigo 114º TFUE como base jurídica para aprovar todas as medidas que contém – apesar das explicações da CE e da exposição de motivos das outras instituições envolvidas.

O facto é que a atual escolha da base jurídica tem como consequência inevitável que qualquer decisão final sobre o processo legislativo seja tomada por maioria qualificada, evitando assim a necessidade de assegurar a unanimidade entre os Estados-membros.

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524

III.Conclusão

É inegável que a segurança é essencial e que as ameaças à integridade dos Estados, das empresas e dos indivíduos têm vindo a aumentar constantemente.

Parece também óbvio que o mercado interno europeu é uma das potenciais vítimas da concretização dessas ameaças, pelo que deve ser protegido.

A CE, enquanto guardiã dos Tratados, tem, em primeiro lugar, a responsabilidade de o preservar e defender.

Uma avaliação cuidadosa da atual proposta legislativa revela uma série de incoerências que podem, em última análise, reduzir a sua eficácia ou mesmo contribuir para o exato oposto do seu objetivo declarado: a integridade do mercado interno.

Além disso, na sua forma atual, a proposta pode violar uma série de princípios e regras fundamentais da ordem jurídica da UE.

No entanto, ainda é tempo de mudar o que precisa de ser mudado, especialmente no que diz respeito aos excessos de intervenção a nível da CE, à falta de garantias judiciais e à falta de transparência.

Como diz o velho ditado, é importante não "deitar fora o bebé com a água do banho".

Av. Duque de Ávila, 141-4Dto
Edifício OMNI
1050-081 Lisboa-Portugal

info@cruzvilaca.eu
+351 211 609 524