

**PODERES E INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS DAS ENTIDADES
REGULADORAS AO ABRIGO DA LEI-QUADRO DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS
INDEPENDENTES COM FUNÇÕES DE REGULAÇÃO DA ACTIVIDADE ECONÓMICA
DOS SECTORES PRIVADO, PÚBLICO E COOPERATIVO¹**

JOÃO NUNO CALVÃO²

Autor
convidado

1 NOTA PRELIMINAR

No âmbito do *Memorandum of Understanding* (MoU) assinado entre o Estado e a *troika* (BCE, CE e FMI) prevê-se o reforço da independência dos reguladores em Portugal,³ tendo nesse sentido sido definida a elaboração de um *estudo independente* sobre as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais autoridades reguladoras nacionais nos seguintes termos:

“7.13. Ensure that the national regulator authorities (NRA) have the necessary independence and resources to exercise their responsibilities by Q4-2012 for the main NRAs and by Q1-2013 for the others. In order to achieve this:

- i. provide an independent report (by internationally recognized specialists) on the responsibilities, resources and characteristics determining the level of independence of the

¹ Texto originalmente publicado no Livro Estudos de Regulação Pública - II CEDIPRE, Editora Coimbra, 2015.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito da União Europeia pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vice-Presidente da Associação de Estudos Europeus de Coimbra da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra desde fevereiro de 2017.

³ Na exposição de motivos da Proposta de Lei nº 132/XII, invoca-se: “a iniciativa referente à definição de um quadro jurídico comum às entidades públicas com atribuições de regulação económica encontra-se prevista no programa do Governo e, com idênticas preocupações, no ‘Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica’, que estipula um conjunto de ações tendentes à sua concretização, designadamente a realização de estudo por uma entidade independente acerca das responsabilidades, recursos e características de independência das entidades reguladoras, comparando com as melhores práticas internacionais, que deve servir de base à adaptação e implementação de novas regras, sempre orientadas para o reforço da independência das entidades reguladoras.

Assinala-se que o Governo garantiu a realização do estudo em apreço, sendo que deste resultou, como ação inicial desejável a desenvolver, a revisão do enquadramento institucional a que as entidades reguladoras se encontram sujeitas com a aprovação de um regime jurídico estruturante aplicável à generalidade destas entidades, que consagre princípios gerais de independência, modelos de governo, princípios de gestão administrativa e financeira e requisitos de transparência e prestação de contas.” Salienta-se ainda que “o quadro jurídico agora estabelecido, ao desencadear um processo de adaptação deste grupo de entidades a um contexto de novas normas de organização e funcionamento, representa ainda uma continuação do Plano de Redução e Melhoria da Administração Central (PREMAC), que não as havia abrangido completamente.”

- main NRAs. The report will benchmark nomination practices, responsibilities, independence and resources of each NRA with respect to best international practice. It will also cover scope of operation of sectorial regulators, their powers of intervention, as well as the mechanisms of coordination with the Competition Authority. The report will be completed by [Q2-2012];
- ii. based on the report, present a proposal to implement the best international practices identified to reinforce the independence of regulators where necessary, and in full compliance with EU law by mid-August 2012.”

Pelas informações dos *media*, sabemos que o referido estudo foi realizado pela A.T. Kearney, no quadro de um caderno de encargos definido pelo Governo, tendo-se produzido, afinal, um relatório com as conclusões da análise de *benchmarking* e as recomendações e medidas propostas para melhoria da configuração e reforço da independência das autoridades reguladoras nacionais.

Pela nossa parte, *não conseguimos compreender a razão de ser desta escolha de uma consultora internacional (e) de gestão*, a qual não presta serviços de assessoria jurídica, numa matéria em que a análise de elementos de direito nacional constitucional, administrativo, financeiro e laboral se equipara ou sobreleva em termos de relevância qualquer enfoque de cariz económico, organizacional ou de *governance*. Não estão assim tão longe os tempos em que empreitadas deste género eram deferidas a reconhecidos especialistas (jurídicos) de centros universitários nacionais, como sucedeu na única tentativa anterior de elaborar uma Lei-Quadro sobre reguladores em Portugal, tarefa então cometida a Vital Moreira e Fernanda Maçãs...⁴

Por outro lado, num tempo de transparência, abertura e de participação, numa matéria tão importante para a vida económico-social de Portugal e numa fase política em que mais do que nunca é indispensável comunicar e explicar aos cidadãos lusos as causas e as consequências de opções políticas (fundamentais), *não descortinamos nenhuma razão válida, rectius aceitável, para o estudo realizado pela A.T. Kearney não ser disponibilizado ao público.*

⁴ Vide 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. Trata-se do projecto de Lei-Quadro sobre autoridades reguladoras nacionais independentes abandonado no início deste milénio por razões de conjuntura política, mas cujas anotações e comentários se tornaram obra de referência na doutrina nacional.

2 DA NECESSIDADE DE UMA LEI-QUADRO

Sumariemos o argumentário a favor de uma Lei-Quadro (das entidades reguladoras independentes): aprofundar a coerência, eficácia, responsabilização e transparência das autoridades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo actualmente existentes.

Mutatis mutandis, com uma Lei-Quadro (das entidades reguladoras independentes) visa-se proceder a certa *harmonização* do quadro regulatório (destes organismos) sobre uma série de questões importantes, nomeadamente o papel e a posição dos reguladores no quadro constitucional português, a criação, a estrutura e o funcionamento dessas agências, bem como matérias relacionadas com o financiamento, o orçamento, a supervisão e a gestão.

Não obstante haver *vários exemplos europeus de leis-quadro das autoridades reguladoras independentes* (v.g. Espanha, Holanda, Suécia), justificadas em nome da *homogeneização* das soluções institucionais e enquadramento jurídico destas entidades e do seu alinhamento com as melhores práticas internacionais, uma regulamentação deste género neste âmbito não nos convence.

Considerando relevante um alinhamento do panorama regulatório das autoridades reguladoras nacionais, actualmente marcado pela (extrema) heterogeneidade, não julgamos, para isso, indispensável a consagração de uma Lei-Quadro.

Temos sérias *dúvidas sobre a utilidade de uma lei-quadro* das entidades administrativas independentes nacionais com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, porquanto cada um destes organismos é *sui generis*, serve necessidades específicas de diferentes sectores, devendo, por isso, dispor do tamanho, poderes e responsabilidades adequados ao respectivo contexto.

Na verdade, estamos perante fenómeno marcado indelevelmente pela *heterogeneidade*: as autoridades reguladoras são fruto do *pragmatismo*, melhor, do realismo das respostas do legislador às necessidades e circunstâncias específicas dos diversos sectores económico-sociais, apresentando-se, por isso, como uma *realidade multiforme*.

Desta forma, na tentativa de reconduzir as autoridades administrativas independentes a uma forma única, privá-las-emos, em nossa opinião, da sua razão de ser: comportar uma resposta adaptada a um problema específico, adaptar o Estado a cada sector.

Ao invés de tentativas de uniformização e codificação, as autoridades reguladoras independentes devem ser compreendidas enquanto *realidade multifacetada*, modos de acção do Estado abertos à evolução e dependentes da opção política, variável no tempo e no espaço, de cada comunidade.

Noutros termos: afigura-se-nos, no mínimo, *questionável* a relevância de uma estrutura geral do sistema de reguladores nacionais tendo em conta a inexistência de uma racionalidade transversal às várias agências; as missões e os sectores de intervenção dos reguladores são tão diferentes que nos parece *artificial e pouco eficaz impor uma uniformidade inutilmente redutora*.

Teria sido preferível, em nosso modo de ver, a adopção de um conjunto de *linhas directrizes* ou de *orientações gerais* inspiradoras da criação das entidades reguladoras nacionais, alternativa provavelmente mais eficaz em termos de enquadramento destes organismos do que a emissão de uma lei-quadro de cariz vinculativo... Neste sentido, acompanhamos Luís Morais, autor que, recentemente, além de outras importantes propostas para a reforma da regulação em Portugal, sugeriu o estabelecimento de “um conjunto de orientações gerais para o enquadramento dos reguladores sectoriais, o que não tem necessariamente de se traduzir numa Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras”.⁵

Na medida em que uma disciplina genérica de enquadramento não nos parece necessária num domínio marcado pela especificidade sectorial, temos por *supérflua* esta Lei-Quadro, porquanto um quadro horizontal não se revela superior à abordagem sectorial; *devia ter-se optado apenas por prosseguir e desenvolver, quando necessário e adequado, regras sectoriais que permitam ter em conta as necessidades e as situações específicas de cada sector*.

Adaptando a lição de Paz Ferreira, porquanto o autor se referia à indesejabilidade de regimes normativos gerais em matéria de parcerias público-privadas, podemos contestar “as vantagens desse tipo de legislação, uma vez 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 [*in casu*, aos reguladores], sendo suficiente e necessário que, em cada operação concreta, existisse um

⁵ Vide LUÍS SILVA MORAIS, “Que regulação para Portugal?”, in *caderno de economia do Expresso*, 24 de Março de 2012.



diploma legal, fixando os aspectos básicos da operação e as formas de salvaguarda do interesse público”.⁶

Na verdade, *na tentativa de garantir coerência ao modelo, corre-se, em nossa opinião, o sério risco de obrigar os reguladores a adotar soluções inconvenientes 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 confessado desiderato de superar a heterogeneidade reinante...*

In casu, conforme resulta claro dos pareceres emitidos por vários reguladores durante o processo legislativo,⁷ a *Lei-Quadro em análise apresenta-se, claramente, como excessivamente regulamentadora*, potencial fonte de dificuldades para o adequado funcionamento de entidades em mercados revestidos de especificidades extremamente relevantes (v.g., na saúde ou na aviação civil).

3 DA REGULAÇÃO INDEPENDENTE NA NOVA LEI-QUADRO

No contexto do denominado Estado Regulador, paralelamente à crescente *desintervenção estadual na economia*, cumpre destacar a *desgovernamentalização da regulação*⁸, com as autoridades reguladoras, dotadas de independência (embora relativa) do Governo, a assumir a regulação do mercado.

São várias 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.

⁶ Vide PAZ FERREIRA, *Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 244.

⁷Cfr. <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37580>.

⁸ Vide VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *ob. cit.*, pág. 10.



De origens norte-americanas, as autoridades reguladoras independentes constituem presentemente fenómeno corrente no panorama da União Europeia, em função não apenas da crença nas virtudes da regulação independente como forma de controlo do mercado, mas também das exigências comunitárias de abertura à concorrência em sectores económicos vários, *maxime* nas indústrias de rede.

Na verdade, se, inicialmente, o ordenamento comunitário deixava a organização administrativa reservada ao legislador nacional, progressivamente assiste-se a crescente *europeização da estrutura e do procedimento regulativo*, com várias Directivas a impor a instituição de organismos reguladores independentes na regulação dos mercados liberalizados, independência primeiramente limitada à influência dos regulados e rapidamente alargada a possíveis ingerências políticas.

Na nossa dissertação de mestrado, tivemos ocasião de deixar vincada a nossa opinião: a multiplicação de reguladores, nacionais e comunitários, transformando o Estado de actor em arena pública de autoridades reguladoras, no contexto de moda da *governança (europeia)*, gera nos cidadãos a perplexidade profunda de não saber onde pára o poder: encontram-se os centros de decisão nacionais nas mãos dos eleitos? Ou são, pelo contrário, peritos a comandar os nossos destinos? E, nesta hipótese, são os técnicos (tecnocratas?) nacionais ou europeus (eurocratas?) a decidir o interesse público?

Noutros termos, a *legitimação democrática* não pode dar lugar à legitimação tecnocrática: a falta de credibilidade dos políticos não é solucionada pela emergência de novos burocratas, nacionais ou comunitários, em quem os cidadãos não se revêem e aos quais não podem pedir contas... O fosso entre sociedade civil e Poder Público aprofunda-se e a proliferação de reguladores independentes (nacionais e europeus) contribui, ao contrário do que se faz crer, para esse perigoso caminho...⁹

Nas palavras de Martin Shapiro, a propósito das agências europeias, mas aplicáveis a todo o fenómeno da administração independente:

o facto de estas agências defenderem que o que fazem é na base da legitimação técnica mostra que é negada transparência à população. Se a linguagem usada pelos técnicos, que não pode ser entendida por outros, mas é ao mesmo tempo a grande base da legitimação reclamada, então a mensagem que certamente tem de ser dada à população em geral é a de que:

⁹ Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, em especial, pág. 119 e ss.

‘alguém me está a dizer que não é suposto eu entender e não posso mesmo entender o que se está a passar no governo.¹⁰

Entre nós, em bom rigor, as entidades reguladoras, via de regra, constituem verdadeiros e próprios *institutos públicos*, conquanto institutos de regime especial, sem sujeição à superintendência governamental,¹¹ e dotados de capacidade jurídica própria, de autonomia administrativa e financeira e de património próprio.¹²

Não obstante a inserção dos reguladores no domínio da *administração indirecta do Estado*, como o próprio nome indica, a *independência, rectius autonomia*, constitui traço fundamental da administração independente, não só *em relação ao poder executivo mas também quanto aos interesses regulados*.

Na Lei-Quadro em análise, o requisito da *independência* das autoridades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, é salientado, em termos gerais, no artigo 3º, nº 2, que dispõe:

“Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes:

- a) Dispor de autonomia administrativa e financeira;
- b) Dispor de autonomia de gestão;
- c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica;
- d) Possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio; (...)

Em matéria de *(autonomia da) gestão económico-financeira e patrimonial*, o artigo 33º da Lei-Quadro reitera: “As entidades reguladoras dispõem, quanto à gestão financeira e patrimonial, da autonomia própria prevista na presente lei -quadro, no que se refere ao seu orçamento.”

Percebe-se: para assegurar a independência relativamente ao poder público, é fundamental, do ponto de vista financeiro, a existência de recursos próprios das autoridades reguladoras independentes; *um financiamento destas entidades sustentado somente em taxas*

¹⁰ 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. 104.

¹¹ Cfr. artigo 48º, nº 1, alínea f), da Lei-Quadro dos Institutos Públicos e o que diremos *infra* (nº 11) sobre os poderes de tutela governamentais na Lei-Quadro em apreciação.

¹² Vide VITAL MOREIRA, “Entidades Reguladoras e Institutos Públicos”, in *A Mão visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 29.

cobradas pelos serviços prestados, em coimas aplicadas aos operadores e, eventual, embora não desejavelmente, em contribuições dos consumidores, garante maior independência face ao poder público do que o financiamento através de subvenções estatais. Contudo, muitas vezes tem de se recorrer ao Orçamento de Estado, sob pena de as receitas das autoridades reguladoras não serem suficientes para o desempenho do seu papel.

Nesta linha, dispõe o artigo 36º da Lei-Quadro:

1 — As entidades reguladoras dispõem de receitas próprias.

2 — Consideram -se receitas próprias das entidades reguladoras, nomeadamente:

a) As contribuições, taxas ou tarifas cobradas pelo exercício da atividade reguladora ou pelos serviços prestados ou pela remoção de um obstáculo jurídico;

b) Os montantes das coimas aplicadas pelas infracções que lhes compete sancionar, nos termos previstos nos respectivos regimes sancionatórios;

c) Outras contribuições, taxas ou tarifas legalmente impostas aos operadores sujeitos à sua regulação ou aos utilizadores finais;

d) Supletivamente, as dotações do orçamento do Estado;

e) Outras receitas definidas nos termos da lei ou dos estatutos.

No entanto, de um ponto de vista da auto-suficiência financeira,¹³ a *fixação por portaria governamental* (dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela principal área de actividade económica sobre a qual incide a actuação da entidade reguladora), *ouvida a entidade reguladora*,¹⁴ da incidência subjectiva e objectiva, do montante ou da alíquota, da periodicidade e, se for caso disso, das isenções e reduções, totais ou parciais, prazos de vigência e dos limites máximos e mínimos da colecta *da contribuição e de cada taxa ou tarifa a cobrar pelos reguladores às empresas e outras entidades destinatárias pela sua actividade e serviços prestados*¹⁵ constitui *rude golpe no sentido da criação de uma verdadeira administração independente*.

Apesar da salvaguarda dos estatutos e de legislação sectorial que estipule a competência dos reguladores na determinação (regulamentar) de tarifas ou preços regulados,¹⁶ como sucede actualmente em áreas como a aviação civil, *a solução da Lei-Quadro vai*

¹³ Importa referir que, nos termos do artigo 6º, nº 3, alínea c), da Lei-Quadro, um dos requisitos necessários no processo de criação de entidades reguladoras é a “capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência”.

¹⁴ Compete ainda à entidade reguladora estabelecer por regulamento os modos e prazos de liquidação e cobrança das contribuições, taxas e tarifas (cfr. artigo 34º, nº 5, da Lei-Quadro).

¹⁵ Cfr. artigo 34º, nº 3, da Lei-Quadro.

¹⁶ Cfr. artigo 34º, nº 4, da Lei-Quadro.

claramente no sentido do reforço da governamentalização da regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo.

Diversamente, parece-nos positivo em termos de incentivo da autonomia e da (boa) gestão económico-financeira e patrimonial, *a previsão de os resultados líquidos das entidades reguladoras transitarem para o ano seguinte, podendo ser utilizados, designadamente, em benefício dos consumidores ou do sector regulado, nos termos a definir nos estatutos de cada entidade reguladora*, salvo quando sejam provenientes da utilização de bens do domínio público ou tenham origem em transferências do Orçamento do Estado, casos em que para este podem reverter¹⁷.

Em nossa opinião, *seria mesmo muito duvidosa jurídico-constitucionalmente a admissibilidade da cativação para o erário público de contribuições e taxas tal qual fossem impostos; quando muito, a existência de resultados líquidos susceptíveis de trânsito para o ano seguinte pode é implicar uma reponderação das taxas, tarifas e contribuições cobradas pelas entidades reguladoras à luz do princípio da proporcionalidade...*

Por fim, não podemos deixar de reconhecer a importância da aplicabilidade aos reguladores do regime de jurisdição e controlo financeiro do *Tribunal de Contas*¹⁸; admitimos a susceptibilidade de esta forma *accountability* financeira entravar de algum modo a agilidade desejável na actuação regulatória, mas estão em causa dinheiros públicos...*Excessiva ou, no mínimo, (mais) um passo ao arrefio da propalada independência desejada para as autoridades reguladoras é a submissão destas ao regime de inspecção e auditoria dos serviços do Estado*¹⁹.

Em sede de *autonomia administrativa (organização, serviços e gestão)*, se não pode deixar de destacar-se o facto de a *Lei-Quadro* impor obrigatoriamente um conselho de administração e uma comissão de fiscalização ou um fiscal único, também não pode ser olvidada a possibilidade de os estatutos de cada regulador preverem outros órgãos de natureza consultiva, de regulação tarifária ou de participação dos destinatários da respectiva actividade.²⁰

¹⁷ Cfr. artigo 38º, nº 5, da Lei-Quadro.

¹⁸ Cfr. artigo 5º, nº 3, alínea d), da Lei-Quadro.

¹⁹ Cfr. artigo 5º, nº 3, alínea e), da Lei-Quadro.

²⁰ Cfr. artigo 15º, nºs 1 e 2, da Lei-Quadro.

Relevante para a *auto-organização dos serviços e flexibilidade de gestão* destes é também a previsão, não constante da proposta legislativa inicial, de as entidades reguladoras estabelecerem, *nos respectivos regulamentos internos e não nos estatutos*, regras em matérias de organização e disciplina do trabalho, regime do pessoal, incluindo avaliação de desempenho e mérito, regime de carreiras, estatuto remuneratório do pessoal e regime de protecção social aplicável ao pessoal.²¹

A independência das autoridades reguladoras independentes é assegurada tanto organicamente (através de regras de composição e de garantias estatutárias) como funcionalmente (não recebem, designadamente, ordens e instruções; elas não são sujeitas a qualquer poder hierárquico ou de tutela).

Em termos de *independência orgânica*, a nomeação dos membros dos reguladores, sujeita a escrutínio parlamentar prévio, *mantém-se na competência governamental*,²² na esteira, aliás, da solução propugnada no Projecto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes (artigo 16º, nº 3) elaborado por Vital Moreira e Fernanda Maçãs, tendo como inspiração os direitos espanhol, italiano e americano.²³

Reconhecemos não ser esta a solução preferível em termos de reforço da independência dos reguladores, mas, de entre as múltiplas formas de nomeação possíveis dos membros destas entidades, no caso português, em nossa opinião, a competência para a sua designação deve pertencer ao Governo e não ao Presidente da República, conforme proposto, por exemplo, pelo anterior Presidente da República, Dr. Jorge Sampaio, tendo em conta, o sistema semi-presidencial e a nossa tradição.

Por outro lado, *mandatos longos*, de duração superior à legislatura parlamentar garantem a estabilidade da actividade regulatória face às maiorias partidárias e alternâncias de poder, sobretudo quando *não renováveis e não revogáveis*, salvo casos excepcionais e

²¹ Cfr. artigos 10º, nº 2, e 21º, nº 1, alínea b), da Lei-Quadro.

²² Dispõe o artigo 17º da Lei-Quadro:

“3 — Os membros do conselho de administração são designados por resolução do Conselho de Ministros, após audição da comissão competente da Assembleia da República, a pedido do Governo que deve ser acompanhado de parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública relativa à adequação do perfil do indivíduo às funções a desempenhar, incluindo o cumprimento das regras de incompatibilidade e impedimento aplicáveis.

4 — A Assembleia da República, através da comissão competente, elabora e aprova relatório referente à audição a que se refere o número anterior, de que dá conhecimento ao Governo.”

²³ Vide VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Ob. cit.*, pág. 257 e ss., em especial, págs. 280-281.

configuradores de faltas graves. Neste sentido, a Lei-Quadro em análise, consagra soluções razoáveis²⁴ e há muito conhecidas²⁵.

Em sede de *independência funcional*, parecem claras as *declarações de princípio no sentido de se avançar para a criação de uma verdadeira administração independente*.

Para além de só poderem ser criadas entidades reguladoras “para a prossecução de atribuições de regulação de actividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direcção do Governo”²⁶, proíbe-se a criação destas para “desenvolver actividades que, nos termos da Constituição, devam ser desempenhadas por serviços e organismos da administração directa ou indirecta do Estado”²⁷.

Mais inequivocamente, dispõe o artigo 42º da Lei-Quadro:

1 — As entidades reguladoras são independentes no exercício das suas funções e não se encontram sujeitas a superintendência ou tutela governamental, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

2 — Os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes das entidades reguladoras sobre a sua actividade reguladora nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução.

Não obstante estas proclamações legislativas, o mesmo diploma acaba noutros preceitos por prever um “ministério responsável” por cada entidade reguladora²⁸, o qual

²⁴ O artigo 20º da Lei-Quadro estabelece:

“1 — O mandato dos membros do conselho de administração tem a duração de seis anos, não sendo renovável, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 — Os membros do conselho de administração podem ser providos nos órgãos da respetiva entidade reguladora decorridos seis anos após a cessação do mandato anterior.

3 — O mandato dos membros do conselho de administração cessa pelo decurso do respetivo prazo e ainda por:

a) Morte ou incapacidade física ou psíquica permanente ou com uma duração que se preveja ultrapassar a data do termo da comissão de serviço ou do período para o qual foram designados;

b) Renúncia, através de declaração escrita apresentada ao membro do Governo responsável pela principal área de actividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora;

c) Incompatibilidade superveniente;

d) Condenação, por sentença transitada em julgado, em crime doloso que ponha em causa a idoneidade para o exercício do cargo;

e) Cumprimento de pena de prisão;

f) Dissolução do conselho de administração ou destituição dos seus membros nos termos dos n.os 4 e 5;

g) A extinção da entidade reguladora.

4 — A dissolução do conselho de administração e a destituição de qualquer dos seus membros só pode ocorrer mediante resolução do Conselho de Ministros fundamentada em motivo justificado.”

²⁵ Exemplificativamente, o Projecto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes (artigo 18º) elaborado por Vital Moreira e Fernanda Maças propunha mandatos de 6 anos, não renováveis, para os membros dos conselhos directivos. *Vide* VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇAS, *Ob. cit.*, págs. 282-283.

²⁶ Cfr. artigo 6º, nº 1, da Lei-Quadro.

²⁷ Cfr. artigo 6º, nº 2, alínea a), da Lei-Quadro.

²⁸ Cfr. artigo 9º da Lei-Quadro.

dispõe de *poderes de tutela* impressivos, destacando-se, por exemplo, a necessidade de *aprovação prévia* de orçamentos e respectivos planos plurianuais, balanço e contas, e de outros actos de incidência financeira cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos²⁹, aprovação que pode ser recusada não apenas com base em ilegalidade mas também por decisão fundamentada em “prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público”,³⁰ isto é, existe verdadeira *tutela de mérito*.

Diferentemente do que sucedia na versão inicial proposta, o artigo 45º da Lei-Quadro não fala em *tutela (de gestão)*, mas, *sob a epígrafe de independência (!)*, *alarga efectivamente os poderes de tutela dos Ministros* do sector económico em causa e das Finanças a actos como a aceitação de doações, heranças ou legados, e a aquisição ou alienação de bens imóveis, nos termos da lei, agora carentes de autorização prévia. Trata-se de *solução que vai em sentido contrário ao reforço da independência dos reguladores, mas compreensível no quadro da crise económica vivida no nosso país e do correspondente (e inevitável...) imperativo de centralização de prerrogativas de controlo das contas públicas pelo Governo*.

Por outro lado, a *independência* das autoridades reguladoras deve ser garantida não só em relação ao poder executivo mas também *quanto aos interesses regulados*, porquanto “um dos maiores perigos da regulação consiste na possibilidade de o regulador ser ‘capturado’ pelos regulados, de modo a transformar-se numa forma de auto-regulação por meio de entreposto regulador”³¹.

Deste modo, os *membros dos reguladores devem ser pessoas idóneas e de capacidade técnica reconhecida*,³² sem interesses pessoais nas actividades reguladas que possam comprometer a sua imparcialidade e honorabilidade; compreende-se assim a necessidade de apertados *regimes de incompatibilidades e impedimentos* para evitar situações configuradoras de conflitos de interesses com os interesses regulados, obrigando-se ainda ao cumprimento de

²⁹ Cfr. artigo 45º, nºs 4 e 5, da Lei-Quadro.

³⁰ Cfr. artigo 45º, nº 6, da Lei-Quadro.

³¹ Vide “Economia de Mercado e Interesse Público – Declaração de Condeixa”, in *Estudos de Regulação Pública – I*, (organização de Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 715. A “Declaração de Condeixa” (2002), redigida por Vital Moreira, é um texto jurídico de considerável importância na realidade nacional e resulta de um conjunto de discussões sobre a regulação entre diversos académicos e membros de autoridades reguladoras.

³² Cfr. artigo 17º, nº 2, da Lei-Quadro.

um período de nojo após a cessação do mandato (v.g., interdição do exercício de profissão em empresas reguladas).

Em geral, na Lei-Quadro em apreciação, as soluções não são inovadoras e parecem-nos proporcionadas, atendendo às limitações nacionais de recursos humanos em domínios de elevada especialização técnica e às limitações financeiras actuais do país. Dispõe, com efeito, o artigo 19º:

1 — Os membros do conselho de administração exercem as suas funções em regime de exclusividade não podendo, designadamente:

b) Manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora ou deter quaisquer participações sociais ou interesses nas mesmas;

c) Manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências.

2 — Depois da cessação do seu mandato e durante um período de dois anos os membros do conselho de administração não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora, tendo direito no referido período a uma compensação equivalente a 1/2 do vencimento mensal.³³

Também compreendemos a razão de ser das exceções para os membros do conselho de administração da Entidade Reguladora da Saúde³⁴ e da Autoridade da Concorrência³⁵, mas julgamos que, tendo em conta a amplitude do perímetro dos sectores regulados, regime idêntico ao vertido para o regulador transversal podia ter sido pensado para outros casos (v.g. CMVM), sob pena de assim se poder violar desproporcionalmente a liberdade de

³³ No artigo 17º, nº 4, da proposta de Lei-Quadro desenhada por Vital Moreira e Fernanda Maçãs estipulava-se para os membros do conselho directivo das Autoridades Reguladoras Independentes um período de dois anos de proibição de “estabelecer qualquer vínculo ou entrar em qualquer relação com as entidades sujeitas à jurisdição da respectiva ARI, tendo direito a uma *indemnização equivalente a 2/3 da respectiva remuneração* se e enquanto não desempenharem qualquer outra função remunerada”. (itálico nosso)

³⁴ Nos termos do artigo 19º, nº 4, da Lei-Quadro, “no caso da entidade reguladora com competência na área da saúde, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1, os profissionais do sistema nacional de saúde devem suspender o respetivo vínculo ou relação contratual, não lhes sendo aplicável o disposto no n.º 2 quando regressem ao lugar de origem.”

Similar previsão devia ter sido expressamente prevista em matéria de incompatibilidades e impedimentos de *trabalhadores e prestadores de serviços* (cfr. artigo 32º, nº 5, da Lei-Quadro) da Entidade Reguladora da Saúde, podendo gerar-se, na prática, grandes dificuldades para esta entidade ao nível do recrutamento de (bons) especialistas, em especial tendo em conta que os estatutos de cada entidade reguladora podem definir, e não afastar, (outras) incompatibilidades e (outros) impedimentos aplicáveis aos trabalhadores e prestadores de serviços (e aos titulares de cargos de direcção ou equiparados) (cfr. artigo 32º, nº 9, da Lei-Quadro).

³⁵ Nos termos do artigo 19º, nº 3, da Lei-Quadro, “no caso da entidade reguladora com competência para a aplicação das regras de defesa da concorrência, a proibição prevista no número anterior respeita às empresas ou entidades que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou deliberações daquela entidade, durante o período em que os membros do conselho de administração em causa tenham exercido funções.”

*exercício da profissão e a dificultar o recrutamento dos melhores experts para as tarefas da regulação pública.*³⁶

Mais coerente com a ideia de recrutar os melhores e, assim, salvaguardar a independência, é a solução encontrada para o estatuto remuneratório dos membros do conselho de administração dos reguladores nacionais, “prevendo-se um vencimento mensal e, para despesas de representação, um abono mensal pago 12 vezes ao ano, o qual não pode ultrapassar 40 % do respetivo vencimento mensal”,³⁷ sem haver plafonamento obrigatório indexado ao salário auferido pelo Primeiro-Ministro.

No âmbito dos critérios de determinação das remunerações não deixam, porém, de ser referidas “a conjuntura económica, a necessidade de ajustamento e de contenção remuneratória em que o País se encontre e o vencimento mensal do Primeiro –Ministro como valor de referência” como elementos que *devem* ser tidos em conta pela *comissão de vencimentos*,³⁸ entidade *maioritariamente dominada por membros do Governo* e responsável pela fixação do vencimento mensal e abono mensal para despesas de representação dos membros do conselho de administração das autoridades reguladoras³⁹.

De entre as incompatibilidades e impedimentos previstos do artigo 19º da Lei-Quadro, *não consideramos razoável a impossibilidade de remuneração por exercício de funções docentes ou de investigação*,⁴⁰ regime discriminatório face a outros cargos públicos e solução, de certa forma, lesiva para os próprios interesses da educação nacional.

4 PODERES REGULATÓRIOS DOS REGULADORES INDEPENDENTES NA NOVA LEI-QUADRO

Para assegurar a regulação dos mercados, as autoridades reguladoras independentes têm de ser dotadas de poderes adequados, os quais variam em função do sector em causa.

³⁶ As mesmas observações podem ser feitas quanto ao período de nojo fixado para os *titulares de cargos de direcção ou equiparados das entidades reguladoras* e a prever-se apenas a especificidade destes elementos quando pertencentes à Autoridade da Concorrência (cfr. artigo 35º, nºs 6 e7, da Lei-Quadro).

³⁷ Cfr. artigo 25º, nº 2, da Lei-Quadro.

³⁸ Cfr. artigo 26º, nº 3, alínea d), da Lei-Quadro.

³⁹ Cfr. artigos 25º, nº 3, e 26º, nº 2, alínea d), da Lei-Quadro.

⁴⁰ Cfr. artigo 19º, nº 2, da Lei-Quadro.

Genericamente, Vital Moreira resume os poderes regulatórios “em três etapas essenciais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação correcta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infracções”. Conclui, por isso, o autor:

É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte-americana refere as ‘comissões reguladoras independentes’ como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial).⁴¹

Assim, importa proceder a breve síntese dos principais poderes regulatórios das autoridades reguladoras independentes à luz da recente Lei-Quadro: os poderes regulamentares, os poderes de supervisão e os poderes sancionatórios e de resolução de litígios⁴².

No âmbito dos *poderes regulamentares* dos reguladores, o preceito fundamental na Lei-Quadro é o artigo 40º, nº 2, alínea a), que reza:

Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete ainda às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de regulamentação, designadamente:

a) Elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular referidas a interesses, obrigações ou direitos das entidades ou atividades reguladas ou dos seus utilizadores;

Não obstante a redacção infeliz (o que são normas de carácter particular?!), o preceito acabado de transcrever não reflecte qualquer novidade: trata-se apenas da *consagração legal da possibilidade, constitucionalmente permitida, de os reguladores exercerem poder regulamentar*, à semelhança do que sucede ao abrigo da generalidade dos actuais estatutos.

Naturalmente, os *regulamentos dos reguladores*, para além do *respeito da Constituição e da legislação comunitária*, devem obediência ao *princípio da reserva de lei*, sob pena de subversão do princípio da separação de poderes; pelas mesmas razões não temos também dúvidas em acompanhar Paulo Otero quando este afirma a *impossibilidade de as entidades reguladoras exercerem “uma competência regulamentar de execução directa da lei*

⁴¹ Vide VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 36-37.

⁴² No texto que se segue guiamo-nos por esta sistematização e não pela arrumação legal de poderes, a qual padece de graves imprecisões terminológicas, não distinguindo, por exemplo, poderes de regulação e de regulamentação (cfr. artigo 40º, nº 1), mediação de arbitragem (cfr. artigo 40º, nº 4), ou incluindo as prerrogativas de emitir recomendações ou de elaborar manuais de boas práticas no âmbito dos poderes de regulamentação (cfr. artigo 40º, nº 2)!

que se traduza numa intervenção substitutiva da competência constitucional do Governo ou das assembleias legislativas regionais”⁴³(itálico nosso).

Tendo em conta a *falta de título habilitante na Lei Fundamental*, também consideramos *não poder haver emissão de regulamentos independentes pelos reguladores*. Com bom fundamento: enquanto o Governo, mesmo agindo através de regulamento independente⁴⁴, com base em lei prévia ou em execução directa da Constituição⁴⁵, responde sempre perante a Assembleia da República, os mecanismos de responsabilização parlamentar das entidades reguladoras são bastante escassos.

Ora, conferir poderes de normação primária ou inicial aos reguladores seria *susceptível de afectar o equilíbrio da relação entre Legislativo e Executivo*, mesmo em domínios fora da reserva da lei e com base em lei prévia, porquanto esta apenas define “a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão”⁴⁶, funcionaria, assim, como uma espécie de *cheque em branco* passado às entidades reguladoras, sem (adequado) controlo *a posteriori* do destino dado por estas àquele; *às autoridades reguladoras independentes competem, pois, somente poderes de regulamentação secundária*. Na prática, porém, é frequente a emissão de regulamentos independentes por estas entidades...

Por fim, *quanto às relações entre os regulamentos emanados pelos reguladores e os regulamentos governamentais, defendemos o critério hierárquico em detrimento do princípio da competência*. Noutros termos: *recusamos a ideia de que, em razão da especialização técnica, os regulamentos das autoridades reguladoras emitidos nos domínios específicos de regulação sectorial atribuídos por lei a estas entidades devem prevalecer sobre a*

⁴³ Vide PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 454. Gomes Canotilho considera esta hipótese como “questionável”. Vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 845.

⁴⁴ Dispõe o artigo 112.º, n.º 6, da Lei Fundamental:

“6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja de-terminado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes”.

⁴⁵ Sumariamente, há autores que defendem a possibilidade de regulamentos independentes apenas com base numa lei prévia, em cumprimento do princípio da precedência da lei, enquanto outra parte da doutrina admite aqueles regulamentos em execução directa da Constituição, em virtude da evolução do princípio da legalidade no sentido do princípio da juridicidade (a incluir o bloco da constitucionalidade...) e da exigência de decreto-regulamentar (artigo 112.º, n.º 6, da Constituição). No primeiro sentido, vide GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, págs. 513-514 e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, 2.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1984, págs. 115-116; adoptando a segunda interpretação, vide AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, policopiado, Coimbra, 1976, pág. 423 e ss.

⁴⁶ Cfr. artigo 112.º, n.º 7, parte final, da Constituição.

competência genérica do Governo, sob pena de “esvaziamento indevido”⁴⁷ da competência genérica constitucionalmente outorgada ao Governo para emitir os regulamentos necessários à boa execução das leis⁴⁸.

Mais, se nos termos do artigo 241.º da CRP, o poder regulamentar autárquico, fundado directamente na Lei Fundamental, tem de respeitar os regulamentos das autoridades com poder tutelar (v.g. do Governo), não nos parece aceitável defender-se a possibilidade de compressão da competência regulamentar governamental pelos regulamentos das autoridades reguladoras independentes.

Numa palavra: os *regulamentos dos reguladores podem, em nossa opinião, ser modificados não apenas por lei mas também através de regulamento governamental*,⁴⁹ numa interpretação que, admitimos, reforça a influência do Governo e limita a independência destas entidades.⁵⁰

Em face da posição acabada de expor, *não nos choca a previsão da possibilidade de intervenção do Governo antes da aprovação ou alteração pelas entidades reguladoras de qualquer regulamento que contenha normas de eficácia externa*,⁵¹ embora tenhamos de reconhecer que tal prerrogativa (mais outra...!) não aponta para o (desejado?) reforço da independência dos reguladores.

Por outro lado, não pode deixar de salientar-se a *intervenção das empresas, de outras entidades destinatárias da actividade da entidade reguladora, das associações de utentes ou consumidores relevantes e do público em geral*, bem como as exigências de *fundamentação e de publicitação* no procedimento de regulamentação com eficácia externa dos reguladores, descrito no artigo 41º da Lei-Quadro.

⁴⁷ Vide PAREJO ALFONSO, “Las potestades normativas de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”, in *Administración instrumental – Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Avévalo*, (coordenação de Alfonso Pérez Moreno), vol. I, Civitas, Madrid, 1994, em especial, pág. 651.

⁴⁸ Cfr. artigo 199.º, alínea c), da Constituição.

⁴⁹ Vital Moreira e Fernanda Maçãs, reconhecendo que a subordinação dos regulamentos das ARI aos regulamentos do Governo pode “traduzir uma influência significativa dos executivos nas AAI”, parecem acolher esta interpretação, ao afirmarem: “O exercício do poder normativo [das autoridades reguladoras independentes], quando exista, pode estar sujeito a diversas limitações, começando pelas que decorrem da Constituição e incluem o respeito pelos regulamentos de hierarquia superior, em especial os do Governo” (parêntesis nossos). Vide VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Ob. cit.*, págs. 34-35.

⁵⁰ Em sentido diferente, Gomes Canotilho entende “que, no caso de se tratar de verdadeiras entidades reguladoras, os seus ‘regulamentos’ não podem ser revogados ou ‘anulados’ por regulamentos do Governo”. Vide GOMES CANOTILHO, *Ob. cit.*, pág. 845.

⁵¹ Cfr. artigo 41º, nº 1, da Lei-Quadro.

Na gênese desta *legitimação procedimental* encontra-se o funcionamento das *independent regulatory commissions* norte-americanas, assente, essencialmente, na *participação dos interessados* na tomada de decisões e em *amplos deveres de fundamentação e publicitação* destas (*due process of law*).

À falta de uma legitimidade baseada na representatividade política, as autoridades reguladoras independentes tentam compensar o afastamento do circuito democrático pela racionalidade e correção formal das suas decisões, pela adopção de procedimentos transparentes⁵², participados e controlados directamente pela comunidade social, numa abertura do processo decisório à sociedade civil, em concretização da *democracia participativa*⁵³.

Pela nossa parte, *consideramos importante a adopção de procedimentos transparentes e participados pelos reguladores, mas não podemos admitir a superação da legitimidade político-representativa*, chave dos sistemas democráticos ocidentais, por pretensões de autoreferencialidade ancoradas em valores como a imparcialidade e a eficiência.⁵⁴

Nesta linha, *preferimos a elaboração e envio à Assembleia da República do plano de actividades e da programação do seu desenvolvimento, de relatórios anuais com a descrição das actividades desenvolvidas e dos progressos feitos em termos de regulação em cada sector, bem como a exigência de presença regular dos membros dos órgãos das entidades reguladoras nas comissões parlamentares competentes sempre que seja relevante a prestação de esclarecimentos*⁵⁵ como importantes formas de *responsabilização e legitimação democrática* das autoridades reguladoras.

⁵² Para algumas exigências de *transparência* relativas à actividade das entidades reguladoras, cfr. artigo 48º da Lei-Quadro.

⁵³ A propósito da *protecção dos consumidores* é nítida a *importância especial conferida pela Lei-Quadro à participação dos interessados nos procedimentos decisórios dos reguladores*, estipulando-se que “os estatutos das entidades reguladoras devem prever a representação das associações de consumidores nos respetivos órgãos de natureza consultiva, de regulação tarifária ou de participação dos destinatários da respectiva actividade, bem como a participação dessas associações em processos de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisões suscetíveis de afetar os direitos e interesses dos consumidores.” (cfr. artigo 47º, nº 2, da Lei-Quadro).

⁵⁴ Vide JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 192 e ss.

⁵⁵ Cfr. artigo 49º da Lei-Quadro.

No nº 2 do artigo 49º da Lei-Quadro, prevê-se igualmente o *envio do relatório detalhado sobre a actividade e funcionamento do regulador ao Governo*, em (mais) uma clara *governamentalização da accountability das autoridades reguladoras independentes*...

Para além da criação de regras gerais e abstractas (regulamentos), os reguladores também tomam *decisões individuais e concretas* no âmbito dos seus *poderes de supervisão*, especialmente de supervisão económica (*Wirtschaftsaufsicht*), vale dizer, do controlo da actuação dos operadores económicos e dos mecanismos dos mercados.

Por forma a cumprirem as tarefas de supervisão, a Lei-Quadro prevê que as autoridades reguladoras independentes são titulares de poderes de *autorização, aprovação e registo*, bem como de prerrogativas de *inspecção e de investigação* de elementos relevantes para aferir do funcionamento dos respectivos sectores no quadro das regras definidas.⁵⁶

No âmbito da *missão de vigilância* sobre os mercados, há também a salientar os extensos *deveres de informação e de colaboração das entidades supervisionadas com os respectivos reguladores*,⁵⁷ aos quais incumbem, correspondentemente, *deveres de sigilo*,⁵⁸ muitas vezes conflituantes com os *deveres de cooperação entre entidades reguladoras*⁵⁹.

Neste domínio, parece-nos *excessiva a obrigação de “prestar toda a colaboração que lhes seja solicitada pela entidade reguladora para o cabal desempenho das suas funções, designadamente as informações e documentos que lhe sejam solicitados” imposta, sem mais, ao “trabalhador ou colaborador da empresa ou de outra entidade destinatária da actividade da entidade reguladora”, atendendo aos deveres de obediência e à relação de confiança com a entidade patronal, à eventual vinculação ao sigilo profissional ou a segredos de comércio. No mínimo, a Lei-Quadro deveria ter previsto a necessidade de ponderação judicial entre estes valores e a obrigação de cooperação vazada no artigo 44º.*

Por fim, como a actividade de supervisão, em especial face às amplas prerrogativas de inspecção e investigação dos reguladores, pode envolver a violação de direitos e interesses legalmente protegidos das entidades supervisionadas regulados (v.g., direitos de personalidade) e, conseqüentemente, a *responsabilidade civil* (criminal, disciplinar e

⁵⁶ Cfr., designadamente, artigos 40º, nº 1, alíneas d) a i), nº 3, alíneas a) e b), e 42º da Lei-Quadro.

⁵⁷ Cfr. artigos 42º, nº 2, alínea d), e 44º da Lei-Quadro.

⁵⁸ Cfr. artigo 14º da Lei-Quadro.

⁵⁹ Cfr. artigo 11º da Lei-Quadro.

financeira) daquelas autoridades, *é de aplaudir, pela tranquilidade que pode conferir-se no exercício daquelas prerrogativas, a previsão expressa do direito a apoio jurídico assegurado pela entidade reguladora aos titulares dos órgãos das entidades reguladoras e aos seus trabalhadores quando sejam demandados judicialmente por terceiros, sem prejuízo do direito de regresso nos termos gerais.*⁶⁰

Em caso de incumprimento do quadro regulatório, as autoridades reguladoras independentes podem aplicar sanções, prolongamento natural das prerrogativas de supervisão e fiscalização; a tecnicidade dos problemas da regulação e a celeridade exigida na sua resolução tornam mesmo os reguladores as entidades adequadas à repressão das infracções cometidas, conquanto sejam asseguradas as garantias legais de cumprimento dos direitos de defesa e, sobretudo, o recurso judicial das decisões dessas entidades.

Na Lei-Quadro, são previstos *poderes sancionatórios* a favor das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo,⁶¹ especificando-se, porém, apenas um tipo de sanções, as coimas⁶², podendo, naturalmente, os estatutos prever outras sanções de carácter punitivo e instrumentos de índole essencialmente persuasiva (v.g. advertências, admoestações).

Neste domínio do *ilícito de mera ordenação social*, discordamos da inexistência de separação entre as actividades de investigação/acusação das infracções (meramente administrativas) e da conseqüente aplicação da sanção, parecendo-nos verdadeiramente *inquisitória* a solução de competir “às entidades reguladoras, nos termos dos respetivos regimes sancionatórios, *praticar todos os atos necessários ao processamento e punição das infracções às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhes compete, bem como do incumprimento das suas próprias determinações.*”⁶³ (itálico nosso)

A atribuição do *poder de composição de litígios* às autoridades reguladoras independentes é constitucionalmente admissível desde que garantido o recurso para os

⁶⁰ Cfr. artigo 46º, nº 3, da Lei-Quadro.

⁶¹ Cfr. artigo 40º, nº 3, alínea c), da Lei-Quadro.

⁶² Cfr. artigo 40º, nº 3, alínea f), da Lei-Quadro.

⁶³ Cfr. artigo 43º da Lei-Quadro.

tribunais e não se invada o núcleo duro da função jurisdicional⁶⁴, falando-se, por isso, na *natureza parajudicial ou quase-jurisdicional* destas entidades.

Na Lei-Quadro, é de realçar, nesta matéria, o artigo 40º, nº 4, que estabelece:

Nos termos e limites dos respetivos estatutos, quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação, compete às entidades reguladoras, designadamente:

- a) Divulgar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos e disponibilizar serviços de mediação de conflitos;
- b) Atuar na resolução de conflitos entre as empresas e outras entidades sujeitas à sua jurisdição, ou entre estas e os seus clientes ou terceiros, reconhecendo ou não os direitos alegados e invocados;
- c) Apreciar das reclamações dos consumidores ou terceiros e adotar as providências necessárias, nos termos previstos na lei;
- d) Prestar informação, orientação e apoio aos utentes e consumidores dos respetivos setores de atividade económica, bem como sobre as reclamações apresentadas.

Para além da *confusão conceptual entre mediação e arbitragem*⁶⁵ e da má redação legislativa (“apreciar das”), *continua a ficar para os estatutos a definição dos tribunais competentes para julgar recursos da decisão de composição dos litígios pelos reguladores*, o que depende de estarmos perante *acto administrativo de resolução de conflitos*, recorrível para a jurisdição administrativa, ou *sentença arbitral*, recorrível para os tribunais judiciais⁶⁶.

Last but not least, entre outros poderes conferidos às entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, destacamos os denominados *poderes de soft law*.

Dispõe o artigo 40º, nº 2, alíneas b) e c), da Lei-Quadro:

Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete ainda às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de regulamentação, designadamente:

- b) Emitir recomendações e diretivas genéricas;
- c) Propor e homologar códigos de conduta e manuais de boas práticas dos destinatários da respetiva atividade;”

⁶⁴ Para uma distinção entre reserva (jurisdicional) absoluta e relativa, *vide* VIEIRA DE ANDRADE, “A reserva de juiz e a intervenção ministerial em matéria de fixação de indemnizações por nacionalizações”, in *Scientia Iuridica*, tomo XLVII, n.º 274-276, 1998, pág. 21 e ss.

⁶⁵ Sobre os diversos modelos da solução dos conflitos jurídicos em geral, *vide* BARBOSA DE MELO, *Direito Constitucional e Administrativo da Banca, da Bolsa e dos Seguros*, apontamentos policopiados, Coimbra, 2004/2005, pág. 46 e ss.; sobre a arbitragem em especial, *idem*, *Direito Administrativo II (a protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública)*, policopiado, Coimbra, 1987, pág. 21 e ss.

⁶⁶ Sobre as dificuldades desta distinção, *cfr.*, por exemplo, a crítica de Pedro Gonçalves ao artigo 18.º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 415/98, onde se estabelecia o recurso aos tribunais judiciais das decisões do ICP sobre as controvérsias entre os operadores das redes públicas de telecomunicações e prestadores de serviços, solução legal modificada pelo artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2004, preceito que remete o recurso das decisões de litígios pelo ICP-ANACOM para a jurisdição administrativa. *Vide* PEDRO GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 152-153.

Impõe-se, antes de mais considerações, uma *crítica preliminar*: *actos emitidos pelos reguladores como recomendações, códigos de conduta e manuais de boas práticas encontram-se incluídos, de forma patentemente errada, nos poderes de regulamentação, apesar de desprovidos de vinculatividade jurídica e de terem 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.*

Caracterizados pela *informalidade e flexibilidade*, os actos de *soft law* não deixam, porém, de assumir relevo jurídico, *maxime* pelo facto de as orientações expressas condicionarem a actuação do autor das orientações aí vertidas, ao inspirarem nos respectivos destinatários (v.g. empresas) uma *confiança legítima* na aplicação dos critérios enunciados.

Neste sentido, *da adopção de orientações pelo regulador 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 protecção da confiança, a sancionar jurisdicionalmente e, eventualmente, a levar os tribunais a aplicar as previsões de soft law relevantes no caso.*

Mantendo o poder de modificar ou mesmo de revogar as regras indicativas por si emanadas anteriormente, *o regulador, todavia, apenas pode delas apartar-se quando as circunstâncias o impuserem e mediante apresentação precisa das razões subjacentes a tal afastamento, sob pena de invalidação do acto adoptado por desconformidade com as regras de conduta vertidas nos instrumentos de soft law.*

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.

Numa palavra: não constituindo os múltiplos instrumentos de *soft law* autênticas fontes produtoras de efeitos jurídicos imperativos,⁶⁷ elas constituem, todavia, *em princípio, normas de referência vinculativas para a instituição emissora*, assegurando, assim, uma maior coerência na sua aplicação, mais segurança jurídica aos seus destinatários e facilitando o próprio controlo judicial do conteúdo e dos motivos das medidas adoptadas.

⁶⁷ 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.

No entanto, estas fontes de *soft law*, embora procurem contribuir para garantir a transparência, a previsibilidade e a certeza jurídica da acção jurisdicional, *não vinculam (juridicamente) os tribunais*, funcionando apenas como *base de referência útil* ao exame do caso concreto.

5 (OUTRAS) NOTAS GERAIS

Aplaudimos a norma transitória segundo a qual “a remuneração dos membros do conselho de administração, dos trabalhadores e os pagamentos efectuados a prestadores de serviços de entidades reguladoras acompanham a alteração geral anual que vier a ser aplicada, de modo transversal, à globalidade das entidades públicas”⁶⁸, pelos *motivos de emergência financeira e de solidariedade nacional* a ela subjacentes.

No entanto, atendendo à existência de outras situações em que foram permitidas *medidas de efeito equivalente de redução de custos* para evitar cortes remuneratórios e à autonomia de gestão e financeira destas entidades, *compreenderíamos que idêntico regime especial fosse previsto a favor dos reguladores, em especial, daqueles que não recebem verbas do Orçamento de Estado* (v.g. ANACOM).

A reestruturação do IMT, I. P., sucedendo -lhe a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes nas suas atribuições em matéria de regulação, de promoção e defesa da concorrência no âmbito dos transportes terrestres, fluviais e marítimos,⁶⁹ parece reflectir uma *tendência geral (europeia) de integração multi-sectorial*, destinada, entre outras razões, a *limitar as possibilidades de captura e obter maior nível de sinergias e eficiência de custos*.

Ao exigir-se a realização de *estudos prévios* sobre a necessidade e interesse público na criação/extinção dos reguladores,⁷⁰ a Lei-Quadro alinha, também aqui, com a tendência geral europeia, onde se impõe a realização de *avaliações de impacto relativas a todas as grandes*

⁶⁸ Cfr. artigo 3º, nº 6, da Lei nº 67/2013, de 28 de Agosto.

⁶⁹ Cfr. artigo 4º, nº 1, da Lei nº 67/2013, de 28 de Agosto.

⁷⁰ Cfr. artigos 6º, nº 4, e 8º, nº 3, da Lei-Quadro.

*iniciativas orçamentais, legislativas e políticas comunitárias com um impacto significativo provável*⁷¹.

Reconhecemos que, ao fornecer dados objectivos e precisos, o processo de avaliação de impacto impede a arbitrariedade e impõe-se como contributo essencial para a tomada de medidas de maior qualidade, coerência e transparência; *os estudos prévios, porém, em nossa opinião, não podem substituir o juízo político, o qual implica considerações complexas que vão muito para além do impacto previsto de uma determinada proposta.*

O artigo 7º da Lei-Quadro, ao estabelecer que “as entidades reguladoras são criadas por lei”, não clarificou se o termo “lei” é usado em sentido amplo, incluindo Decretos-Lei governamentais, ou em sentido estrito, de lei parlamentar.

Em nossa opinião, embora a competência de criação de reguladores continue a não estar, assim, expressamente reservada à Assembleia da República, pensamos que só uma lei parlamentar pode criar entidades administrativas independentes, delimitando o mais rigorosamente possível o seu mandato.

Na verdade, admitir a criação de autoridades reguladoras independentes por Decreto-Lei, ao abrigo da competência legislativa concorrente entre a Assembleia da República e o Governo, significa colocar em causa os alicerces da democracia representativa: o Executivo demite-se da responsabilidade política pela acção administrativa e evita a fiscalização parlamentar de parte da Administração Pública.⁷²

⁷¹ Cfr. Linhas directrizes sobre a avaliação de impacto, de 15 de Junho de 2005, SEC (2005) 791.

⁷² Acolhemos, portanto, o entendimento de Barbosa de Melo relativamente ao artigo 267.º, n.º 3, da Constituição: “O preceito suscita a questão de saber se a lei que refere é a lei no sentido constitucional (lei votada pela Assembleia da República, lei parlamentar) ou a lei no sentido amplo de acto legislativo (lei, decreto-lei, decreto legislativo regional). A letra aponta claramente no primeiro sentido. O elemento racional parece confirmá-lo: pela criação de uma autoridade administrativa independente, o Governo exonerar-se-ia de responder perante a Assembleia da República pela actividade desenvolvida por tal autoridade, comprometendo a razão de ser do princípio da subordinação ministerial da actividade administrativa. Uma ponderação deste alcance deve entender-se como constitucionalmente reservada à Assembleia da República (*a pari* do art. 165.º, alíneas q), s) t) e u))” (negrito nosso). *Vide* BARBOSA DE MELO, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 20. Em sentido contrário, Vital Moreira e Fernanda Maçãs consideram não existir uma exigência constitucional de reserva absoluta da lei parlamentar, embora admitam ser essa a via preferencial de criação dos reguladores, “pelas implicações” destes. Por isso, o artigo 7.º do projecto de Lei-Quadro das autoridades reguladoras independentes estabelecia o diploma legislativo como forma de instituição destas entidades. *Vide* VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Ob. cit.*, págs. 274-275.



Por último, a Lei-Quadro acompanha também as ideias de reforma e modernização administrativas (*New Public Management*)⁷³, com a adopção de modelos de gestão tipicamente privados (v.g. gestão por objectivos, preocupação com a satisfação do cidadão-utente) como forma de melhorar o desempenho e a qualidade da Administração Pública.

Exemplificativamente, esta *empresarialização* das entidades reguladoras resulta de modo claro do dever de utilização de um *sistema coerente de indicadores de desempenho*, que reflecta o conjunto das actividades prosseguidas e dos resultados obtidos, englobando indicadores de eficiência, eficácia e qualidade.⁷⁴

⁷³ Vide VASCO MOURA RAMOS, *Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais*, (dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002.

⁷⁴ Cfr. artigo 39º, nºs 1 e 2, da Lei-Quadro.