

As agências reguladoras: uma problemática administrativista num contexto de escassez e de (pós) crise: o caso da ANACOM

Patrícia Pinto Alves (*)

Resumo: iremos focar-nos numa agência reguladora em específico – a ANACOM, referindo que a independência do BCE, tal como das autoridades nacionais de supervisão, está assegurada, sendo que os membros do Conselho de Supervisão agem de modo independente e de forma objetiva, no interesse da União Europeia no seu todo, não devendo, porém, procurar obter nem receber instruções das instituições ou órgãos da União Europeia, do Governo de qualquer Estado-Membro da União Europeia ou de qualquer organismo de cariz privado ou público. Existindo uma separação entre as funções de regulação e de supervisão, estão estas confinadas a dados operacionais.

Palavras-chave: ANACOM; LQER; regulação; supervisão; Tribunal de Contas.

Abstract: *in this paper we will explain the ANACOM regulatory function in Portugal. We also will refer the importance of the Law (LQER) to help us to resolve that problematic question, and we will give some solutions that in our perspective could be useful in that matter.*

Keywords: ANACOM; LQER; regulation; supervision; Audit Office.

* Doutoranda em Direito Público da Universidade de Coimbra. Docente de Direito Assistente Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto – pmpa@estg.ipp.pt / patriciapintoalves26@gmail.com.

Nota prévia

As agências reguladoras exercem um papel importantíssimo no nosso quotidiano. Cada vez mais se dá maior relevância ao chamado Direito Administrativo da Regulação. Porém, dotadas de autonomia decisória e até mesmo de poder sancionatório, estas agências reguladoras tomam verdadeiras decisões administrativistas, sendo que as variadas problemáticas que se lhes são apresentadas nem ao Tribunal chegam para serem decididas, salvo em situações de recurso das suas decisões, aí sim será feito recurso para o Tribunal.

No entanto, questionámo-nos se as decisões e imposições de sancionamento por parte destas agências reguladoras, por vezes, não poderão ser passíveis de uma responsabilidade civil por omissão. Conhecemos o RRCEE que tem competência própria quanto às matérias de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pontualmente pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho), quer contratual, quer objetiva, mas a nossa dúvida reside em sabermos se não será adequado vir a existir um diploma legal próprio que responsabilize as agências reguladoras pelas más decisões por si tomadas dentro do seu poder independente e, questionámo-nos se o RRCEE consegue em todos os casos colmatar tais lacunas legislativas, dando-lhes uma solução adequada.

A Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, alterada pontualmente pela Lei n.º 12/2017, de 02 de Maio. Trata-se da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER) é a Lei própria, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo. O artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o princípio da proteção do sector da economia social.

O artigo 5.º da LQER evidencia que as entidades reguladoras, também denominadas por ARI's (Autoridades Reguladoras nacionais Independentes), regem-se pelas normas constantes da LQER, pela legislação setorial aplicável, pelos respetivos estatutos e regulamentos internos (estando o Direito Administrativo

patente nestas matérias). De tal modo, têm aplicabilidade, embora de forma subsidiária, o Código de Procedimento Administrativo atualizado – CPA- Decreto-lei (DL) n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, e quaisquer das demais normas e princípios gerais concernentes aos atos administrativos do Estado; as leis do contencioso administrativo atualizadas – CPTA- Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterada pontualmente pelo DL n.º 214-G/2015, de 02/10, quando estejam em causa atos exercidos no exercício de funções públicas de autoridade e contratos de cariz administrativo. Nomeadamente, são ainda aplicáveis às entidades reguladoras independentes, o regime da contratação pública, o regime da responsabilidade civil do Estado, os deveres de informação decorrentes do Sistema de Informação da Organização do Estado (SIOE), o regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas e o regime de inspeção e auditoria dos serviços do Estado.

Criadas por lei (cfr., o artigo 7.º da LQER), as atividades económicas e sectores em que as entidades reguladoras exercem atuação são definidos nos próprios diplomas de criação, sendo que tais entidades apenas podem ser criadas com a finalidade da prossecução de atribuições de regulação de atividades económicas que recomendem, devido à necessidade de autonomia na sua desenvoltura, a não direção governamental. O Governo não tem aqui atuação. Apesar da sua independência, e sublinhando o disposto no artigo 9.º da LQER, cada entidade reguladora está adstrita a um ministério, em cuja lei orgânica deve ser mencionada (ministério responsável) e, a entidade reguladora também se considera adstrita ao ministério cujo membro do Governo seja o responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual recai a atuação da entidade reguladora em causa. A sua extinção, fusão ou cisão, previstas no artigo 8.º da LQER, são também reguladas por lei, sendo que em caso de extinção (precedida de estudo prévio) a lei determina os termos da liquidação e da reafectação do seu pessoal, devendo as entidades reguladoras ser extintas quando estivermos perante uma situação que não justificam as razões da sua criação ou então se tenha tornado

impossível o desempenho da missão ou a prossecução das atribuições para a qual foram criadas, ou seja, a sua existência é inútil.

Fazendo uma breve alusão a cada uma das entidades reguladoras existentes em Portugal, daremos uma maior ênfase à Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM (<https://www.anacom.pt/>). Ora, a ANACOM tem por missão a regulação do sector das comunicações, incluindo as comunicações eletrónicas e postais e, sem prejuízo da sua natureza enquanto entidade administrativa independente, a coadjuvação ao Governo nestas áreas.

Visando o real e efetivo cumprimento da sua missão principal, a ANACOM rege-se por valores de cariz institucional definidos por si mesma para apoio ao cumprimento da sua missão. Tais valores são quatro e são a *independência*, a *transparência*, a *excelência* e a *cultura de equipa*. Muito embora todos sejam relevantes, explicaremos em que consiste cada um. Assim, o valor da *independência* implica o cumprimento por parte da agência reguladora que é a ANACOM, em estudo, da sua missão de forma autónoma/independente, com isenção e rigor na relação com todas as partes interessadas presentes no mercado. Terá também de respeitar a imparcialidade aquando da sua atuação e na defesa dos consumidores e terá o dever de prestar informação com regularidade acerca da sua atuação.

Relativamente ao valor da *transparência* (artigo 21.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março), esta consiste numa atuação de forma transparente no âmbito do desempenho das suas funções e no desenvolvimento da sua atividade. A agência reguladora tem o dever de ser transparente na tomada de decisões, tem de haver esta lealdade, perante os agentes do mercado e perante o público em geral, em particular os consumidores de comunicações eletrónicas e serviços postais (CTT). Deve existir todo um envolvimento de todas as partes interessadas de modo ativo na atividade da regulação. As decisões tomadas pela agência reguladora são proporcionais ou proporcionadas (princípio da proporcionalidade em sentido amplo, isto é, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das decisões adotadas), consistentes e participadas. Quanto à *excelência*, pretende-se

que a entidade reguladora aqui retratada se vincule pela procura de excelência e do rigor técnico (a regulação técnica) no desempenho da respetiva missão. Deve procurar a excelência através da competência devida, da melhoria contínua e do profissionalismo, tendo em linha de conta uma antecipação evolutiva do setor e mercantil. No que respeita à *cultura de equipa*, a ANACOM prima pela promoção de uma atividade cooperativa e de entajuda permanente, potenciando sinergias, partilhando experiências, recursos e trocas de ideias.

Atrevemo-nos a referir que o espaço da economia está a ser invadido pelo Estado Administrativo. Há uma forte presença do Estado Administrativo nos sectores estratégicos da economia. O mercado é criado pelo Estado como um bem escasso.

1. As agências reguladoras e o poder regulatório

Para começar, importa sublinhar que tanto as agências reguladoras como as autoridades de defesa da concorrência têm o mesmo objectivo: ordenar a economia, salvaguardando que a produção económica aconteça em um ambiente livre e concorrencial, orientado no funcionamento eficiente mercantil, quer no que concerne à produção e à melhor alocação de recursos, quer no que respeita à melhor distribuição de riquezas e ao incremento dos níveis de bem-estar social¹.

No entanto, as formas de atuação das agências reguladoras diferem, de modo substancial, das formas de atuação das autoridades da concorrência. De facto, existe uma lei própria das Autoridades de Regulação Independentes nacionais (ARI's) que é a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, alterada pontualmente pela Lei n.º 12/2017, de 02 de Maio. Trata-se da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER). De mencionar que muitas críticas têm sido feitas relativamente ao poder regulatório, na medida em que, fundamentalmente em tempos de crise económico-financeira, como a que assistimos após a queda do

¹ Para mais desenvolvimentos *vd.*, CARLOS BAPTISTA LOBO, *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 155.

banco de investimento *Lehman Brothers*, são usuais os debates acerca da falta de regulação ou eventuais falhas dos denominados sistemas de regulação². A regulação tem vivido configurações diferentes à medida que as universidades e a função do poder regulatório estatal têm evoluído. Retrataremos com esta investigação a nova regulação em Portugal.

Releva aqui mencionarmos que o Direito da concorrência³, por sua vez, baseia-se na ideia de liberdade de mercado e pela competitividade, incidindo apenas nas situações em que estes tenham sido de modo artificial falseados ou distorcidos, salvo a situação do controle de concentrações, que se dá *ex ante* e procura evitar o surgimento destas situações de falta de equilíbrio. Tendo em consideração o Direito antitrust, depreendemos que o mercado se regula a si próprio, pelo que a autoridade da concorrência apenas zela pelo mecanismo mercantil, assim garantindo, na prática, o respeito devido pelas regras da concorrência⁴.

Continuando em busca de solucionar ou colmatar as “falhas de mercado” e a proteger os “serviços de interesses económicos gerais”, atualmente verifica-se que a denominada nova regulação contrasta com a anterior regulação, uma vez que, não se verifica, com igual intensidade, a intervenção directa do Governo⁵. Atrevemo-nos a referir que o espaço da economia está a ser invadido pelo Estado Administrativo. Há uma forte presença do Estado Administrativo nos sectores estratégicos da economia. O mercado é criado pelo Estado como um bem escasso. Contemplando os principais erros de mercado, podem considerar-se “(...) os bens públicos, monopólio naturais, externalidades, deficiências na informação acessível

² Cfr. GEORGE STIGLITZ, “Regulation and Failure”, in *New Perspectives on Regulation* (org. MOSS, DAVID e JOHN CISTERMINO), Cap. I, Cambridge, 2009.

³ A Lei da concorrência atualizada é a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁴ Para mais informações *vd.*, ANNE PERROT, “Les Frontières entre Régulation Sectorielle et Politique de la Concurrence” in *Problèmes Économiques*, n.º 2.797, Fevereiro/2013, p. 28, e NATÁLIA DE ALMEIDA MORENO, “Defesa de conduta regulada em procedimentos antitruste: a interface entre Agências Reguladoras e Autoridades da Concorrência”, in *Cedipre Online*, nº 15, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Abril /2013, p. 4.

⁵ Cfr. ROBERT BALDWIN/ MARTIN CAVE/ MARTIN LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2.ª Edição, Oxford, 2013, p. 15.

aos agentes económicos, casos específicos de risco e incerteza, problemas de concorrência imperfeita e custos de ajustamento⁶⁻⁷.

De mencionar que o artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) alude ao princípio da proteção do sector da economia social⁸.

Ora, de acordo com o preâmbulo da Lei-quadro n.º 67/2013, de 28 de Agosto, alterada pontualmente pela Lei n.º 12/2017, de 02 de Maio, no artigo 3.º preambular, mais propriamente no seu n.º 3, são reconhecidas como entidades (administrativas) reguladoras independentes:

- a. Institutos de Seguros de Portugal;
- b. Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM);
- c. Autoridade da Concorrência;
- d. Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos;
- e. Autoridade Nacional de Comunicações (ICP – ANACOM), que sendo objeto de redenominação passa a denominar-se Autoridade Nacional de Comunicações⁹⁻¹⁰;

⁶ Cfr. JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011, 2ª Edição Revista e Atualizada, p. 59.

⁷ Para mais desenvolvimentos *vd.*, JOÃO LUÍS MENDONÇA GONÇALVES, *Da Independência das Autoridades Reguladoras Independentes*, (Orientadores: Professor Doutor JOÃO CONFRARIA e Professor Doutor PEDRO MACHETE), Mestrado em Direito e Gestão, Faculdade de Direito da Universidade Católica (Portuguesa) de Lisboa – UCP – Católica Lisbon School of Business & Economics, junho de 2014, p. 10 e ss.

⁸ Transcrevendo o disposto na Constituição da República Portuguesa (CRP), respetivamente: “1. É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção”; “2. O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas”; “3. O sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte”; “4. O sector cooperativo e social compreende especificamente:

- a) Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza;
- b) Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais;
- c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores;
- d) Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista”.

⁹ Cfr., artigo 4.º, n.º 3, 1.ª parte do preâmbulo da Lei-quadro das entidades administrativas independentes.

¹⁰ *Vd.* LCE (Lei das Comunicações Eletrónicas) – Lei n.º 15/2016, de 17 de Junho, que alterou a Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

- f. Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P. (INAC, I. P.), que passa a denominar-se Autoridade Nacional da Aviação Civil¹¹;
- g. Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P. (IMT, I. P.), nas suas atribuições regulatórias, de promoção e defesa concorrencial no âmbito dos transportes terrestres, fluviais e marítimos, que é reestruturado, sucedendo-lhe a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes nas suas atribuições em matéria regulatória, de promoção e defesa da concorrência no âmbito dos transportes terrestres, fluviais e marítimos¹²⁻¹³;
- h. Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos¹⁴;
- i. Entidade Reguladora da Saúde.

De notar que existe uma exceção à regra destas entidades, dado que o Banco de Portugal (cfr., o artigo 102.º da CRP¹⁵) e a Entidade Reguladora para a

¹¹ Cfr., artigo 4.º, n.º 3, 2.ª parte do preâmbulo da Lei-quadro das entidades administrativas independentes.

¹² Cfr., artigo 4.º, n.º 1 do preâmbulo da Lei-quadro das entidades administrativas independentes.

¹³ A Autoridade de Mobilidade e dos Transportes (AMT) passou a existir com o DL n.º 126-C/2011, de 29 de Dezembro, que por sua vez, procedeu à aprovação da Lei Orgânica do Ministério da Economia e do Emprego, modificou a denominação para Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. (IMT, I.P.), que sucedeu nas suas atribuições do Instituto de Infraestruturas Rodoviárias, I.P., assim como nas atribuições e competências da Comissão de Planeamento de Emergência dos Transportes Terrestres. Porém, o DL n.º 7/2012, de 7 de Janeiro, que aprovou a Lei Orgânica do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, veio estabelecer que as atribuições do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM, I.P.), no domínio da supervisão e regulação da atividade económica dos portos comerciais e dos transportes marítimos, tal como da navegação da via navegável do Douro, seriam incluídas no IMT, I.P. A Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, veio dar reconhecimento ao IMT, I.P., enquanto entidade reguladora, nas suas atribuições em matéria regulatória, de promoção e defesa da concorrência no âmbito dos transportes terrestres, fluviais e marítimos, mas também procedeu ao estabelecimento da reestruturação daquele organismo, acrescentando que, em tais matérias evidenciadas, sucede-lhe a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT). Tendo em conta o preâmbulo do DL n.º 77/2014, de 14 de Maio (- diploma - que procede à segunda alteração ao DL n.º 236/2012, de 31 de Outubro, que aprova a orgânica do IMT, I.P., fazendo a reestruturação consagrada nos arts. 3.º e 4.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto).

¹⁴ Lei n.º 10/2014, de 6 de Março, também denominada por estatutos da ERSAR, e que veio proceder à alteração do estatuto jurídico da ERSAR, tendo procedido à revogação do DL n.º 277/2009, de 2 de Outubro, tendo como finalidade o cumprimento das exigências de adaptação à LQER.

¹⁵ “O Banco de Portugal é o banco central nacional e exerce as suas funções nos termos da lei e das normas internacionais a que o Estado Português se vincule”.

Comunicação Social têm legislação própria, não se enquadrando no contexto da Lei-quadro das entidades administrativas independentes.

Ora, muito embora não seja unânime, a definição de regulação assume uma amplitude, isto é, não sendo dada em sentido amplo pode ter significados diversos.

Dotadas de autonomia, as entidades reguladoras definem-se como pessoas coletivas de direito público, com o cariz de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da atividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa concorrencial dos setores privado, público, cooperativo e social. Doravante, com o intuito de darem continuidade com as respetivas atribuições de forma independente, tais entidades supra mencionadas tem a obrigação de observar os pressupostos de dispor de autonomia administrativa e financeira; dispor de autonomia de gestão; possuir independência orgânica, funcional e técnica; possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio; ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção infraccional e assegurar a proteção dos direitos e interesses dos consumidores. Enunciados os pressupostos das entidades reguladoras e de forma taxativa, cabe-nos agora, delinear-mos e referirmos os princípios de gestão.

Assim, e nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da LQER, estas ARI's têm o dever de observação dos princípios de gestão que são: o exercício da respetiva atividade de acordo com elevados padrões de qualidade; a garantia de eficiência económica no que concerne à sua gestão e soluções adotadas nas suas atividades; a gestão por objetivos devidamente determinados e quantificados e avaliação periódica em função dos resultados; transparência na atuação mediante discussão pública de projetos de documentos que detenham normas regulamentares e da disponibilização pública de documentação importante acerca das suas tarefas e funcionamento com impacto sobre as entidades reguladas e os consumidores, inclusive sobre o custo da sua atividade para o setor regulado; a transparência no funcionamento dos órgãos e na gestão do pessoal e o respeito dos princípios da

prévia cabimentação e programação da elaboração das despesas subjacentes à assunção de compromissos e aos pagamentos atrasados das entidades do setor público.

Para PEDRO COSTA GONÇALVES: «Com fundamento numa previsão do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigo 127.º, n.º 6), o Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, veio conferir ao Banco Central Europeu *atribuições específicas* no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito. Com esta nova missão, o BCE deixará de ser apenas “banco central” e assumirá funções operacionais, de *administração ativa*, no âmbito da supervisão das instituições de crédito. Neste novo papel, o BCE surgirá, efetivamente, como um sujeito de Administração Pública (europeia), que toma decisões de natureza administrativa destinadas às instituições de crédito supervisionadas, bem como a pessoas singulares, as quais, umas e outras, assumem, portanto, o estatuto de “administrados” no quadro de relações jurídico-administrativas com o BCE¹⁶”.

Ademais, estamos perante um envolvimento jurídico-administrativo no âmbito de uma instância europeia.

A regulação diz respeito, regra geral, a uma intervenção pública sobre uma atividade privada, baseando-se por um lado, no estabelecimento de regras gerais e abstratas, que dão a definição das condições normativas de desenvolvimento das atividades reguladas e que dão cumprimento a uma função de orientação de sistema, e, por outro lado, na aplicação de tais regras, no plano de uma função de implementação, que abarca uma tarefa contínua de acompanhamento assim como a fiscalização das atividades reguladas no que concerne ao cumprimento das regras definidas e a adoção de sanções quando se tenham cometido infrações, havendo aqui um certo poder sancionatório. Constituindo, em regra, a regulação uma

¹⁶ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Supervisão bancária pelo BCE – Uma leitura jurídico-administrativa do mecanismo único de supervisão”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. Pedro Costa Gonçalves), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015, p. 10.

missão pública que se desdobra em momentos ou fases de intervenção legislativa e administrativa e normativa ou concreta, esta também, em termos generalistas, desenvolve-se mediante o recurso a poderes de supervisão, sancionatórios e de regulamentação. Porém, tal não tem aplicabilidade direta e total no que respeita à regulação financeira em geral, nem quanto à regulação bancária em específico. Houve uma imposição nestes últimos dois campos, no sentido de uma nomenclatura divergente, no plano internacional, a pressupor uma distinção entre os conceitos de regulação e supervisão, conceitos que em conjunto, correspondem ao âmbito da noção de regulação *supra* mencionada.

Ora, quanto à repartição pública no setor bancário, por um lado, a regulação é feita pela função ou missão de estabelecimento de regras dirigentes, condicionadoras e influentes de condutas das instituições reguladas e a supervisão ou *supervision* por uma função de acompanhamento, de vigilância e de sancionamento das instituições reguladas. Falando em supervisão, o seu processo tem quatro fases:

- i. A de licenciamento ou autorização de acesso à atividade regulada;
- ii. A de supervisão em sentido estrito, isto é, de acompanhamento, vigilância e fiscalização;
- iii. A sancionatória ou de sancionamento, ou seja, a imposição de penalizações nas situações de não cumprimento pelas instituições reguladas das regras e deveres a que estão oneradas;
- iv. Por último, a de gestão de crises, abrangendo as medidas garantísticas dos depósitos e de recuperação e resolução de instituições.

Tendo conhecimento de que a supervisão bancária coincide com a denominada regulamentação, no campo financeiro em geral e no campo bancário em particular, a diferenciação está plasmada na lei, sendo que o modelo de estruturação da União Bancária adotado visa a promoção do *splitting* (*da divisão*) entre a regulamentação e as funções de supervisão.

Não podemos avançar na escrita do presente trabalho sem antes nos debruçarmos um pouco acerca do instituto que é o Mecanismo Único de Supervisão (MUS) na União Europeia (EU) de que Portugal é Estado-Membro. Desta feita, na medida em que o MUS não abrange todos os Estados-Membros da EU, o Regulamento do MUS¹⁷ apenas se aplica na zona Euro, só aí havendo lugar ao processo centralizador de supervisão. Mas, este último processo também tem lugar nos Estados-Membros da EU que sejam abarcados pela cooperação estreita, sendo que o MUS apenas é obrigatório na zona Euro, e nenhum dos seus Estados-Membros pode abandonar/sair do sistema MUS. Contudo, o BCE (Banco Central Europeu), tendo em linha de conta o novo sistema de supervisão, é a autoridade que, de uma maneira centralizada, assume a responsabilidade pelo (bom) funcionamento da supervisão bancária nos Estados-Membros da EU participantes *supra* referidos.

Tendo em consideração o disposto no artigo 127.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), entende-se que o BCE é o banco central do euro e responsável, no quadro do Sistema Europeu de Bancos Centrais, pela política monetária e pela manutenção da estabilidade dos preços. Sendo tal a função primordial do BCE, é a função principal que o TFUE lhe confere. De acordo com o n.º 6 do artigo 127.º do TFUE, este também permitiu a entrega ao BCE da responsabilidade de desenvolver atribuições próprias no que concerne às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito e outras instituições de natureza financeira.

Porém, e uma vez que nos focaremos numa agência reguladora em específico no presente trabalho que é a ANACOM, resta-nos referir que a independência do BCE, tal como das autoridades nacionais de supervisão, está assegurada, sendo que os membros do Conselho de Supervisão agem de modo independente e de forma objetiva, no interesse da EU no seu todo, não devendo,

¹⁷ Sendo que o novo modelo de supervisão assenta na criação do MUS, tal aconteceu com a chegada do Regulamento do MUS (EU) n.º 1024/2013.

porém, procurar obter nem receber instruções das instituições ou órgãos da EU, do Governo de qualquer Estado-Membro da EU ou de qualquer organismo de cariz privado ou público. É de sublinhar a existência de uma separação entre as funções de regulamentação (regulação) e de supervisão, estando estas últimas confinadas a aspetos de cariz operacional. Como refere PEDRO COSTA GONÇALVES: “O que aqui está em causa, sublinhe-se, é «apenas» a ausência de um poder do BCE para a emissão de regulamentos externos (para as entidades supervisionadas), *que contenham regras ou standards prudenciais*”¹⁸.

Quanto aos órgãos e funcionamento das entidades reguladoras em causa, as entidades reguladoras independentes estabelecem, nos seus regulamentos internos, regras acerca da organização e disciplina do trabalho; o regime do pessoal, incluindo avaliação de mérito e desempenho; o regime de carreiras; o estatuto remuneratório do pessoal; o regime de proteção social aplicável ao pessoal e o regime de prevenção de conflitos de interesses. Mediante a intervenção da comissão de trabalhadores, ou na sua preterição, das comissões intersindicais, das comissões sindicais ou dos delegados sindicais, é salvaguardada aos trabalhadores, a participação e audição na realização dos regulamentos internos.

As entidades reguladoras independentes estabelecem formas de cooperação: formas de cooperação e associação com outras entidades de direito privado ou público, designadamente com outras agências reguladoras, num âmbito comunitário ou internacional, quando tal se mostre conveniente ou necessário para a prossecução das suas atribuições; estabelecem entre si, maneiras cooperativas e de associação nas matérias relativas à prática de funções e nos assuntos de interesse comum, tendo sempre respeito devido pelas atribuições, assim como os poderes de regulação e de sancionamento próprios e têm a obrigação de cooperação e de colaboração com a entidade reguladora competente para a aplicação das regras de defesa da concorrência nos moldes do regime jurídico da concorrência, sem prejuízo do estabelecimento, por protocolo, entre

¹⁸ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, ob. cit., p. 37.

aquela, as restantes entidades reguladoras e outras entidades públicas importantes, de outras formas de cooperação que se revelem adequadas a assegurar a sua aplicação.

Na medida em que vai uma distância significativa do conhecido Estado regulador à LQER, nos saberes de JOÃO CONFRARIA: “a (...) Lei-quadro tem um âmbito muito bem delimitado. Procura definir um método para criar e extinguir autoridades independentes a quem são atribuídas determinadas funções de regulação e estabelece um quadro legal para o funcionamento, designadamente para a sua articulação com o Governo. Em perspectiva, e independentemente dos seus méritos e limitações, é um passo na reforma do Estado regulador, mas, pelo próprio caso particular a que se dirige, a regulação independente, não é a reforma do Estado regulador”¹⁹.

Num contexto de escassez de recursos e de (pós) crise, as agências reguladoras podem mesmo configurar uma problemática Administrativista na nossa atualidade.

Se não vejamos: Num prisma de Estado Regulador ou de poder regulatório do Estado, entendendo a regulação como uma intervenção Estatal na economia, compreendendo-se como economia o conjunto de atividades considerado de forma convencional no cálculo do Produto Interno Bruto do país (PIB), que consiste na medida de atividade económica mais utilizada, existem variadíssimas regras impostas pelo Estado condicionadoras da economia Portuguesa.

No âmbito da atividade reguladora, devemos centralizar uma noção de regulação nas intervenções Estaduais que se constatarem mediante a tomada de decisões, quer estas últimas incorporem a forma de Lei, regulamentos ou atos administrativos, que oneram os seus destinatários. A regulação, em regra, corresponde assim à intervenção do Estado na economia de um determinado país, no ramo do Direito Público, caracterizado pelos poderes decisórios vinculativos, de

¹⁹ Cfr. JOÃO CONFRARIA, “Estado regulador, regulação independente e a Lei-quadro”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015, p. 353.

supervisão e de fiscalização do seu cumprimento, tal como de sancionamento nas situações em que se incorra em incumprimento, sendo que tal sancionamento será feito através da aplicação de sanções penais ou administrativas conforme o caso o exija. De acordo com a área da economia, havendo circunstâncias impeditivas da eficiência do mercado entende-se que estamos perante falhas de mercado e a finalidade da regulação em cada mercado deve ser a de proceder à correção das falhas ou erros de mercado que existam. No entanto, pode falar-se em distinção entre os conceitos de regulação económica, relacionada com a promoção da concorrência e a regulação do poder de monopólio, e a regulação social, cuja necessidade é em geral autónoma da estrutura mercantil, que visa a resolução de dificuldades/problemas tais como os de assimetria de informação, de externalidades ou de falhas nos mercados de seguros. Contudo, por vezes, estas diferentes falhas/erros coexistem no mesmo mercado.

A agência reguladora que aqui estamos a esmiuçar é a ANACOM, e a título exemplar, no caso das telecomunicações, a atividade reguladora dirige-se a falhas de mercado que derivam de estruturas de monopólio ou com poder mercantil acentuado, de problemas de assimetria de informação nomeadamente na área dos equipamentos terminais ou de problemas de externalidades no quadro das radiações não ionizantes ou da compatibilidade electromagnética. O serviço universal de telecomunicações e de serviços postais, é um exemplo importante de finalidade de equidade e de cidadania tratado no domínio de regulação e, a EU tem sido a maior fonte de mudança quanto à regulação em Portugal. Como é sabido, Portugal aderiu às ainda Comunidades Económicas Europeias (CEE) há 31 anos, ou seja, no ano de 1986, importando vincar que a origem a um nível internacional regulatório pode trazer problemas. Estando Portugal perante o fenómeno regulatório de origem internacional pode existir uma diferenciação entre a avaliação de uma falha de mercado a nível de um entendimento Português e a avaliação da mesma falha de mercado num entendimento internacional. Uma vez que a atividade económica não tem uma distribuição homogénea na geografia e

deste modo, as medidas a serem aplicadas para impulsionar a atividade económica têm efeitos divergentes ao longo do território geográfico em que tenham aplicação. Eis aqui um problema para Portugal, que sendo Estado-Membro da EU (na qualidade de organização supranacional), é um país geograficamente pequeno e uma vez que a intervenção reguladora do Estado pode ter origem em jurisdições políticas nacionais, como os Governos quer nacional quer regionais, mas também nas denominadas organizações internacionais como é o caso da (Organização das Nações Unidas) ONU.

Contudo, devemos ter sempre em consideração a capacidade técnica do Estado no que respeita ao seu nível intervencionista de regulação²⁰.

Citando JOÃO CONFRARIA, “(...) é a combinação de falhas de mercado com a existência de custos de transacção que torna necessária a intervenção do Estado, pois na ausência de custos de transacção os mercados poderiam corrigir as suas próprias falhas, como evidenciado pelo teorema de Coase²¹”.

Importa referir que os serviços postais e telegráficos começaram por ser realizados sob administração direta do Estado. Depois, foram empresas, privadas ou públicas que, de forma progressiva, ganharam relevância na prestação de tais serviços, tendo sido preciso em todas estas situações, de em diferentes momentos ponderar a forma de intervenção do Estado (da produção de um serviço sob administração direta à produção do mesmo serviço por empresa particular regulada). Casos há, como problemas de assimetria de informação que têm a possibilidade de serem solucionados por regimes de responsabilidade civil, em regra, considerados de natureza diferente de regulação, isto é, uma finalidade de interesse público pode em certas condições ser prosseguida pela litigância privada, no quadro do contencioso, sem ser precisa sequer outra intervenção senão a do regime da responsabilidade referido.

²⁰ Para mais desenvolvimento, *vd.* JOÃO CONFRARIA, “Estado regulador, regulação independente e a Lei-quadro”, ... *cit.*, p. 358.

²¹ *Cfr.* JOÃO CONFRARIA, “Estado regulador, regulação independente e a Lei-quadro”, ... *cit.*, p. 359.

Uma vez que existem limites de cariz informacional do Estado, também devemos ter em conta o nível de competência técnica do mesmo. Deve-se evitar que se estabeleçam de formal legal intervenções de regulação do Estado, caso o mesmo não tenha capacidade de as realizar com a eficácia devida, ponderando os custos em causa para o efeito. Dado que também devemos considerar os custos administrativos, além dos custos informacionais, é de mencionar também que tais custos sendo financiados com recurso à cobrança de taxas e de contribuições (cfr., o artigo 34.º da LQER) incidentes sobre o sector regulado, a perda de eficiência que a imposição de tais taxas impõe ao sector regulado, também esta configura um custo da regulação. Como frisa JOÃO CONFRARIA, há que referir ainda que quanto aos mercados de comunicações eletrónicas, “com o progresso tecnológico foi possível aumentar a concorrência, reduzindo o âmbito da tradicional regulação de monopólios. Ao mesmo tempo, discute-se a eventual necessidade de regular oligopólios e o desenvolvimento da Internet suscita novas questões de natureza regulativa como as de neutralidade da rede²²”. Doravante, apenas devemos adotar outras formas organizacionais interventivas quando se afigure mesmo necessário, quando a administração direta ou indireta do Estado não é adequada para resolver os problemas que emergem. A alternativa a adotar é a regulação ser feita através das denominadas autoridades administrativas independentes, entrando em ação a LQER. A LQER procura apenas a criação de um quadro para identificar os casos em que se justifica que a atividade reguladora do Estado seja elaborada através de autoridades independentes.

Referindo-nos agora à **necessidade de regulação independente**, em regra, as entidades reguladoras independentes, constituem autênticos e próprios institutos públicos, na qualidade de institutos de regime especial, sem sujeição à superintendência do Governo²³, e com dotação de capacidade jurídica própria, de

²² JOÃO CONFRARIA, “Estado regulador, regulação independente e a Lei-quadro”, ... cit., p. 361.

²³ *Vd.*, o artigo 6.º, n.º 1 da LQER.

autonomia administrativa e financeira e de património próprio²⁴. Todavia, tendo em consideração o disposto nos artigos 6.º a 8.º da LQER, há uma tentativa de definir um quadro legal de criação e extinção de ARI's, parecendo-nos uma inovação, estabelecendo-se o carácter excecional da regulação independente e também a devida aceitação das suas características dinâmicas. A finalidade da atividade reguladora é a de aumentar a eficiência da vida económica, aceitando-se, no entanto, a existência de outros fins. Pode haver uma complementariedade por outras técnicas utilizadas em análise de regulação.

O critério do interesse público é um conceito indeterminado, previsto no artigo 6.º, n.º 3, al. a) da LQER: “A criação de entidades reguladoras obedece cumulativamente à verificação dos requisitos constantes do n.º 2 do artigo 3.º e dos seguintes:

- a) Necessidade efetiva e interesse público na criação de uma nova pessoa coletiva para prossecução dos objetivos visados;
- b) Necessidade de independência para a prossecução das atribuições em causa;
- c) Capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência” (em última análise depende sempre da vontade Governamental, existindo autoridades, porém, em que tal é visto como sendo natural, a nível exemplar as que é fácil estabelecer taxas reguladoras na medida em que é fácil saber quem são os sujeitos dessas taxas, o que se verificará na maioria das situações regulatórias sectoriais). Aqui é fácil ao Governo definir taxas de regulação como receitas próprias das ARI's.

Enquanto exceção que é uma autoridade reguladora independente deve ter uma configuração tendo em vista as necessidades do sector objeto de regulação em causa. Ora, a qualidade de uma organização é global e, como tal assegura-se nos

²⁴ Cfr. VITAL MOREIRA, “Entidades Reguladoras e Institutos Públicos”, in *A Mão visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 29.

necessário garantir um nível técnico pelo menos de forma igualitária ao das empresas reguladas, nos níveis de atuação importantes, assim como importa garantir o mesmo aos de congéneres europeus. Convém salvaguardar também ao nível de cada sector uma certa competitividade salarial entre a autoridade reguladora e as empresas reguladas, para especialidades técnicas correspondentes. Como explicita JOÃO CONFRARIA: “Em particular nos níveis mais qualificados das carreiras técnicas e dos cargos de direcção de serviços e, em geral, dos cargos intermédios de direcção²⁵”, sob pena de se tal não acontecer ficar em causa a competitividade técnica, ficando também prejudicado, nesta perspectiva de interesse público, o objetivo para o qual a autoridade reguladora teve a sua respetiva criação.

Quanto aos poderes e procedimentos²⁶ regulatórios das entidades reguladoras independentes, o artigo 40.º e seguintes da LQER, respetivamente, assim os prevê e, estamos com VITAL MOREIRA quando este autor 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”. Ainda nas palavras de VITAL MOREIRA: “É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina

²⁵Cfr. JOÃO CONFRARIA, “Estado regulador, regulação independente e a Lei-quadro”, ... cit., p. 365.

²⁶ Quanto aos procedimentos de regulamentação, estão plasmados no artigo 41.º da LQER. Importa salientar neste prisma que antes da aprovação ou modificação de qualquer regulamento que contenha normas de eficácia externa as entidades reguladoras devem proporcionar a intervenção Governamental, das empresas, de outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora, das associações de utentes ou consumidores relevantes e do público em geral. A entidade reguladora procede à divulgação do seu projeto na sua página eletrónica, para finalidades de discussão pública, tendo os interessados a faculdade de exporem sugestões e comentários. Salvo em situações de urgência devidamente fundamentadas ou se outro prazo for definido nos estatutos, a consulta pública deve ser feita num período não inferior a 30 dias (ou seja, a regra, é a do prazo de 30 dias). De frisar ainda que no relatório preambular dos regulamentos, a ARI tem o dever de fundamentação das suas escolhas, nomeadamente com menção às sugestões e comentários apresentados durante o período de discussão pública. Os regulamentos que contenham normas que produzam efeitos externos são publicados no Diário da República (DR) e ficam, de forma imediata, disponibilizados na página eletrónica/site/sítio da internet da ARI.

norte-americana refere as «comissões reguladoras independentes» como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)²⁷.

Os mais importantes poderes regulatórios das ARI's, de acordo com a LQER, são os poderes regulamentares²⁸ (artigo 40.º, n.º 2 da LQER), os poderes de supervisão e os poderes de sancionamento e de resolução de litígios. Assim, outra crítica a apontar é a de se saber o que são normas de carácter particular, expressando nós aqui que este n.º 2 do artigo 40.º, al. a) da LQER não traz qualquer inovação legislativa. Porém, teremos sempre de respeitar a CRP e a legislação comunitária, sendo que os regulamentos dos reguladores devem obediência ao princípio da reserva de lei (cfr. o artigo 112.º, n.ºs 6 e 7 da CRP). Ora, autores há, como VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, que defendem que os regulamentos dos reguladores podem ser modificados não apenas por lei, mas também mediante regulamento governamental, numa interpretação que, reforça a influência do Governo, limitando também a independência das ARI's²⁹. Numa perspetiva diferente, GOMES CANOTILHO defende «que, no caso, de se tratar de verdadeiras

²⁷ Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 36-37 *apud* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “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 cooperativo”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. Pedro Costa Gonçalves), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015, p. 402.

²⁸ Cfr., o artigo 40.º, n.º 2 da LQER: “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;”. Ora, passaremos a transcrever aqui a crítica feita por JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA: “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 40.º, n.º 1), mediação de arbitragem (cfr. artigo 40.º, n.º 4), ou incluindo as prerrogativas de emitir recomendações ou de elaborar manuais de boas práticas no âmbito dos poderes de regulamentação (cfr. artigo 40.º, n.º 2)”, in JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “A nova Lei-quadro das entidades reguladoras: poderes e instrumentos regulatórios”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015, nota de rodapé n.º 40, p. 402.

²⁹ *Vd.* VITAL MOREIRA/ FERNANDA MAÇÃS, “Autoridades Reguladoras Independentes (Estudo e Projecto de Lei-Quadro)”, in *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE)* – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, págs. 34-35.

entidades reguladoras, os seus “regulamentos” não podem ser revogados ou “anulados” por regulamentos do Governo»³⁰.

Na medida em que entendemos os regulamentos como regras gerais e abstratas, exercidas por um órgão da Administração Pública, no desempenho da sua função e que tem por finalidade a prossecução do interesse público, as entidades reguladoras também tomam decisões individuais e concretas quando estão a exercer poderes de supervisão, mais precisamente no que concerne aos poderes de supervisão económica, ou seja, aquando da sua fiscalização da atuação dos operadores económicos e dos mecanismos mercantis. Todavia, nos termos do disposto no artigo 40.º, n.º 1, alíneas d) a i) da LQER: “Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de:

(...) de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções respeitantes às actividades económicas dos sectores privado, público, cooperativo e social, designadamente:

- d) Assegurar, nas actividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório às mesmas por parte dos vários operadores, nos termos previstos na lei;
- e) Garantir, nas actividades que prestam «serviços de interesse geral», as competentes «obrigações de serviço público» ou «obrigações de serviço universal»;
- f) Implementar as leis e demais regulamentos aplicáveis ao respectivo sector de actividade;
- g) Verificar o cumprimento de deveres legais ou regulamentares a que se encontram sujeitos os destinatários das suas actividades;

³⁰ Vd. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 845.

- h) Verificar o cumprimento de qualquer orientação ou determinação emitida pela entidade reguladora ou de qualquer outra obrigação relacionada com o respetivo setor de atividade;
- i) Emitir ordens e instruções, conceder autorizações e aprovações ou homologações nos casos legalmente previstos”.

Nos termos do artigo 40.º, n.º 3, alíneas a) e b) da LQER:

“3 - Nos termos e limites dos respetivos estatutos ou do regime sancionatório aplicável, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes em matéria de inspeção e auditoria, de fiscalização e sancionatórios, designadamente:

- a) Fiscalizar e auditar a aplicação das leis e regulamentos, e demais normas aplicáveis, bem como as obrigações contraídas pelos concessionários ou prestadores de serviços nos respetivos contratos para a prestação de serviço público ou de serviço universal, quando respeitem a atividades sujeitas à sua regulação;
- b) Fiscalizar e auditar a aplicação das leis e regulamentos, e demais normas aplicáveis às atividades sujeitas à sua jurisdição e proceder às necessárias inspeções, inquéritos e auditorias”.

No entanto, quanto aos poderes em matéria de inspeção e auditoria, as ARI's têm a obrigação de efetuar inspeções e auditorias de forma pontual, em execução de planos de inspeções com aprovação prévia dos mesmos e sempre que estejam perante situações que indiquem anomalias no respetivo sector da actividade³¹. De relatar que os trabalhadores das ARI's que desempenham funções

³¹ Cfr. Artigo 42.º, n.º 2 da LQER: “Os trabalhadores mandatados pelas respetivas entidades reguladoras para efetuar uma inspeção ou auditoria são equiparados a agentes da autoridade, podendo:

- a) Aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas e outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora e a quem colabore com aquelas;
- b) Inspeccionar os livros e outros registos relativos às empresas e outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora e a quem colabore com aquelas, independentemente do seu suporte;
- c) Obter, por qualquer forma, cópias ou extratos dos documentos controlados;
- d) Solicitar a qualquer representante legal, trabalhador ou colaborador da empresa ou de outra

de inspeção e de auditoria devem ser portadores de um cartão de identificação para o efeito, isto é, de uma cédula profissional que os credencie e certifique. É necessário também, que os colaboradores das pessoas mandatadas para prosseguirem o acompanhamento de uma determinada inspeção ou auditoria devem ser portadores de credencial, de acordo com a LQER, no seu n.º 3 do respetivo artigo 42.º.

De acordo com o consagrado no artigo 44.º da LQER, cuja epígrafe é «Obrigação de colaboração», para efeitos do disposto na LQER, os representantes legais das empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da ARI e as pessoas que colaborem com aquelas têm o dever de prestação de colaboração total que lhes seja pedida pela ARI para o cabal exercício das suas funções, nomeadamente as informações e documentos que lhe sejam solicitados, os quais devem ser fornecidos no prazo estabelecido pelas ARI's, não podendo a sua duração ultrapassar os 30 dias. Não nos podemos descurar, de fazermos aqui alusão à figura da responsabilidade. Deste modo, nos termos da CRP e restante legislação aplicável, os titulares dos órgãos das ARI's e os seus trabalhadores respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos atos e omissões que cometam no exercício das suas funções, sendo certo que a responsabilidade financeira é efetivada pelo Tribunal de Contas, nos termos da sua devida legislação. Nos termos do n.º 3, do artigo 46.º da LQER, “Quando sejam demandados judicialmente por terceiros nos termos do n.º 1, os titulares dos órgãos das entidades reguladoras e os seus trabalhadores têm direito a apoio jurídico assegurado pela entidade reguladora, sem prejuízo do direito de regresso desta nos termos gerais”.

Quanto aos poderes sancionatórios ou de sancionamento das ARI's, é da competência destas nos termos dos respetivos regimes sancionatórios, exercer

entidade destinatária da atividade da entidade reguladora e a quem colabore com aquelas, esclarecimentos sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da inspeção ou auditoria e registar as suas respostas; e) Identificar, para posterior atuação, as entidades e pessoas que infrinjam as leis e regulamentos sujeitos à fiscalização da entidade reguladora; f) Reclamar o auxílio de autoridades policiais e administrativas quando o julguem necessário para o cabal desempenho das suas funções”.

todos os atos necessários ao processamento e punição das infrações às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão seja da sua competência, assim como do não cumprimento das suas próprias determinações. Assim, verificamos que as ARI's têm mesmo poder sancionatório. Ora, devido à forte necessidade de celeridade na tomada de certas decisões, com vista à resolução de problemas, e à tecnicidade dos problemas regulatórios, as ARI's têm um importante papel e adequado para repelir as infrações cometidas, sempre que assegurem as garantias legais de cumprimento dos direitos de defesa e, que salvaguardem também o recurso judicial das decisões dessas entidades. É possível apresentar recurso judicial das decisões tomadas pelas ARI's.

O artigo 40.º, n.º 4 da LQER dá-nos a saber que nos termos e limitações dos respetivos estatutos das ARI's, compete-lhes designadamente a divulgação da arbitragem voluntária para a resolução (alternativa) de litígios e a disponibilização de serviços de mediação de conflitos; a atuação 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; a apreciação das reclamações feitas pelos consumidores ou terceiros e a adoção das providências necessárias, nos termos legais e, a prestação informativa, orientadora e de apoio aos utentes e consumidores dos respetivos setores de atividade económica, tal como acerca das reclamações prestadas. Cabe-nos explicitar que a atribuição do poder de composição de litígios às ARI's admite-se constitucionalmente quando seja assegurado o recurso para os tribunais (de 1.ª instância) e não haja uma invasão do núcleo duro da função jurisdicional, referindo-se, no cariz parajudicial ou quase-jurisdicional das ARI's. Destacando JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Para além da *confusão conceptual entre mediação e arbitragem* e da má redacção 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 judiciais³². Ainda neste contexto da atribuição do *poder de composição de litígios* às ARI's, releva o disposto no artigo 40.º, n.º 2, alíneas b) e c) da LQER, na medida em que estes são considerados os poderes de *soft law* das ARI's:

“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;”

Uma crítica que é aqui feita é a de que atos emitidos pelas entidades reguladoras como recomendações, códigos de conduta e manuais de boas práticas estão inseridos, de modo erróneo, nos poderes de regulamentação, mesmo não estando providos de vinculatividade jurídica e de ter de ser feita, neste sentido, uma interpretação conforme à letra e ao espírito das previsões de *hard law*, sendo que estas, em caso de incompatibilidade, têm prevalência relativamente ao *soft law*. As fontes de *soft law*, tendo como fim assegurar a transparência, a certeza jurídica da ação jurisdicional e a previsibilidade, funcionam apenas como base referencial útil à apreciação do caso concreto, pois não vinculam juridicamente os tribunais.

³² *Vd.*, acerca da arbitragem, em especial, BARBOSA DE MELO, *Direito Administrativo II (a protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública)*, policopiado, Coimbra, 1987, p. 21 e ss., *apud* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “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 cooperativo”, *in Estudos de Regulação Pública -II* (org. Pedro Costa Gonçalves), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015, p. 411.

2. O caso específico da ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações): alguns aspectos considerados no DL n.º 39/2015, de 16 de Março

De acordo com o disposto no artigo 13.º da LQER, as entidades reguladoras têm âmbito nacional, via de regra, e têm a faculdade de dispor de serviços territorialmente desconcentrados, sempre que haja justificação para o efeito, nos termos consagrados nos seus estatutos (que podem alargar o âmbito daquelas, para além do nacional). No exercício das suas funções, os titulares de órgãos das entidades reguladoras, assim como o pessoal e os prestadores de serviços e respetivos colaboradores, têm obrigatoriedade de segredo profissional. Porém, existem órgãos obrigatórios das entidades reguladoras que são o conselho de administração e a comissão de fiscalização ou fiscal único (no caso da ANACOM, em análise, existe a figura do fiscal único). “O fiscal único é o órgão responsável pelo controlo da legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira e patrimonial da ANACOM e de consulta do conselho de administração nesses domínios” (artigo 32.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março).

Havendo ainda a possibilidade de previsão de outros órgãos de natureza consultiva, de regulação tarifária ou de participação dos destinatários da respetiva atividade, também importa retratar aqui que o exercício dos cargos nos órgãos referidos pode ser remunerado, de acordo com os respetivos estatutos, exclusivamente mediante senhas de presença, em valor a ser definido no regulamento interno da entidade reguladora, não podendo tal valor ser superior ao limite de dois abonos correspondentes ao valor do abono de ajudas de custo concedidas pela entidade reguladora por deslocação em território Português. Nos termos do artigo 16.º da LQER, “o conselho de administração é o órgão colegial responsável pela definição da atuação da entidade reguladora, bem como pela direção dos respetivos serviços”.

Importa sublinhar que a ANACOM, por decisões de 17 de Março de 2017, adotadas ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 48.º – A da Lei das Comunicações

Eletrónicas³³ determinou a adoção, por quatro prestadores de serviços, de medidas corretivas que envolvem o envio de novos avisos aos assinantes, informando sobre a concessão de novo prazo de rescisão sem encargos ou, em alternativa, a reposição das condições contratuais existentes antes daquelas alterações³⁴. Aqui fica evidentemente demonstrada a independência para a tomada de decisões de que a ANACOM tem competência.

Devido à importância que o setor das telecomunicações tem no nosso quotidiano, trata-se de um setor especial do ordenamento jurídico que se sujeita a princípios e regras especiais. Estamos perante uma autonomia científica, em certa medida, do direito das telecomunicações. Genericamente falando, visa-se disciplinar e regular o mercado das telecomunicações, tendo em consideração, inclusive, as normas que fixam as condições de acesso a tal mercado ou os deveres que impendem sobre os operadores ou as que indicam as autoridades com competência para procederem à intervenção no setor e às suas atribuições respeitantes. O direito à liberdade de expressão plasmado no artigo 37.º, n.º 1 da CRP, releva aqui na medida em que existe a liberdade de comunicação através de meios de telecomunicação, dado que cada um tem o direito de exprimir e divulgar o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, havendo aqui tal consagração constitucional. Como sublinha VIEIRA DE ANDRADE, “a liberdade de expressão, embora dirigida em primeira linha às telecomunicações de difusão, inclui a liberdade de expressão através de todos os meios técnicos disponíveis, e, portanto, também através das telecomunicações privadas; de resto,

³³ *Vd.*, o DL n.º 39/2015, de 16 de março.

³⁴ “Estas decisões resultam:

- da receção, por parte da ANACOM, nos últimos meses, de um número significativo de reclamações sobre a alteração das condições dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, levada a cabo após a entrada em vigor da última alteração à LCE, em meados de 2016, envolvendo a forma e os termos em que foram comunicadas aquelas alterações, na sua maioria referentes ao preço dos serviços;

- das diligências de investigação desencadeadas, com base nas quais a ANACOM apurou que, quando realizaram as referidas alterações contratuais, que abrangeram um elevado número de assinantes, os operadores não os informaram sobre o direito de rescindir os contratos sem qualquer encargo, ainda que estivessem sujeitos a períodos de fidelização, caso não aceitassem aquelas alterações”, in <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1409201>.

o mesmo Autor entende que a existência obrigatória de um serviço público de telecomunicações deve mesmo ser considerada uma *garantia institucional* da liberdade de comunicação privada³⁵.

Quanto à criação do ICP, o DL n.º 188/81, de 2 de julho foi revogado, com exceção do artigo 7.º e, o DL n.º 283/89, de 23 de agosto também foi objeto de revogação, com exceção do artigo 28.º, n.º 3). Uma vez que já referimos anteriormente no presente trabalho que as ARI's são dotadas de estatutos próprios, caso diferente não se passa com a ANACOM, sendo esta entidade reguladora possuidora do seu próprio estatuto jurídico. Neste sentido, torna-se necessário informar que o DL n.º 309/2001, de 7 de dezembro, revogado pelo DL n.º 39/2015, de 16 de março, à exceção dos artigos 3.º e 5.º, este último na parte em que mantém em vigor o n.º 3 do artigo 28.º do DL n.º 283/89, de 23 de agosto. O estatuto da ANACOM atualizado é o DL n.º 39/2015, de 16 de março – entrada em vigor a 01 de abril de 2015 e tem 52 artigos.

Ademais, podemos considerar o atual modelo de organização do setor das telecomunicações, um setor objeto de uma regulação económica, ou seja, que visa um controlo de mercado, uma limitação do número de operadores, um controlo da qualidade dos serviços e afixação de alguns preços, mas também trata-se de um setor regulatório de incidência social, isto é, que visa garantir a prestação de um serviço universal das telecomunicações. Note-se que o artigo 7.º do DL n.º 415/98, de 31 de Dezembro reflete sobre o conceito de poder de mercado significativo, isto é, sabendo nós que a regulação não incide da mesma forma sobre todos os operadores, tendo em linha de conta o retratado em várias diretivas europeias, existe uma regulação reforçada sobre os operadores com poder de mercado significativo³⁶.

³⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Comunicação e Direitos Fundamentais* (polic.), Coimbra, 1997, p. 32, *apud* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Instituto Jurídico da Comunicação – ICJ- Faculdade de Direito- Universidade de Coimbra, Coimbra, Almedina, 1999, p. 85.

³⁶ Neste sentido e para mais desenvolvimentos acerca da regulação do setor das telecomunicações, *vd.*, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações ... cit.*, p. 108 e ss.

O DL n.º 39/2015, de 16 de março, aprova os estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), cuja designação transata era a de ICP – Autoridade Nacional de Comunicações, em conformidade com o regime estabelecido na LQER (aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto).

É de enaltecer que a natureza da ANACOM, na qualidade de entidade administrativa independente (ARI) com funções regulatórias do setor das comunicações, estando há bastante tempo devidamente consolidada, sendo relevante adaptar os seus estatutos às exigências que decorrem da LQER, garantindo a manutenção da independência e a eficiência exigíveis à ANACOM, de modo a não comprometer a sua atuação, torna-se relevante, quer nas suas funções de coadjuvação ao Governo quer enquanto ARI. Tendo em conta o direito da EU, este concede às ARI's a prossecução de outras finalidades e o devido desempenho das funções que lhes são atribuídas. Assim, procede-se, também, à plena integração nas atribuições desta ARI da matéria concernente ao planeamento civil de emergência no setor das comunicações em virtude da extinção, por fusão, da comissão de Planeamento de Emergência das Comunicações (CPEC) determinada pelo DL n.º 11/2014, de 22 de janeiro, sendo que é aplicável à ANACOM o regime que consta dos artigos 4.º a 8.º do DL n.º 73/2012, de 26 de março, assim como o que vier a ser consagrado em leis especiais. Todas as referências feitas ao ICP – Autoridade Nacional de Comunicações presentes de lei ou contrato consideram-se feitas à ANACOM.

Quanto à resolução extrajudicial de conflitos/litígios, compete à ANACOM desenvolver as diligências que se afigurem necessárias ao estabelecimento de acordos de cooperação com entidades que tenham por objeto asseverar mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos ou, em alternativa, à constituição de entidades que tenham por objeto a resolução extrajudicial de conflitos/litígios de carácter especializado no setor das comunicações, tendo por objetivo promover a resolução de conflitos entre as entidades sujeitas à sua regulação e os consumidores e restantes utilizadores finais de comunicações

eletrónicas e postais (CTT). Porém, na aplicação destes mecanismos deve a resolução de conflitos ser feita com imparcialidade e equidade em termos processuais simples, tendencialmente gratuitos (graciosos) e expeditos. É ainda da competência da ANACOM a definição do apoio logístico, técnico, financeiro e humano a ser prestado neste sentido supra mencionado e, compete-lhe ainda a divulgação dos mecanismos de resolução de conflitos em causa e a promoção da adesão das entidades sujeitas à sua regulação a tais mecanismos referidos. Nos termos do disposto no artigo 2.º do Estatuto da ANACOM, “A ANACOM tem sede em Lisboa, podendo instalar delegações, agências ou qualquer outra forma de representação no território nacional, sempre que o conselho de administração o considerar adequado à prossecução das respetivas atribuições”. O âmbito da sua atuação abrange a totalidade do território nacional (português). Com o seu carácter independente (cfr. o artigo 5.º do Estatuto da ANACOM), é sabido que esta entidade reguladora é orgânica, funcional e tecnicamente independente na prática das suas funções, não se encontrando sujeita à tutela ou superintendência do Governo no exercício das suas funções, não sendo assim possível aos membros do Governo dirigir recomendações ou emitir diretivas aos seus órgãos ou a qualquer trabalhador sobre a sua atividade reguladora, nem sobre as prioridades a adotar na respectiva prossecução³⁷⁻³⁸.

Na sua gestão financeira e patrimonial a ANACOM rege-se pelos seus estatutos próprios, pela LQER, e de forma supletiva, pelo regime aplicável às entidades públicas empresariais (EPE's). Esta ARI está impedida de criar ou participar na criação de entidades de direito privado com fins lucrativos, nem pode adquirir, em tais entidades, participações.

³⁷ Para mais desenvolvimentos, *vd.*, os n.ºs 2 e 3, respetivamente, do artigo 5.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março.

³⁸ O princípio da especialidade, consagrado no artigo 6.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março refere no seu n.º 1 que: “1. A capacidade jurídica da ANACOM abrange a prática de todos os atos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as obrigações necessárias à prossecução das suas atribuições”.

No concernente às suas atribuições, na qualidade de autoridade reguladora nacional (ARN), a ANACOM deve, de entre muitas atribuições ³⁹:

- i. Salvar o acesso a redes, infraestruturas, recursos e serviços;
- ii. Promover a concorrência (livre) na oferta de redes e serviços;
- iii. Garantir o acesso ao serviço universal de comunicações eletrónicas e postal, designadamente assegurando o cumprimento dos deveres de serviço universal e,
- iv. Assegurar a manutenção ao acesso aos serviços de emergência.

No devido cumprimento da sua missão, a ANACOM⁴⁰ tem de exercer funções consultivas à Assembleia da República (AR), a pedido desta, no domínio das comunicações; contribuir para a definição e permanente atualização das políticas de planeamento civil de emergência quanto ao sector das comunicações e, de entre outras atribuições que referiremos mais adiante, no cumprimento da sua missão deve ainda dar apoio técnico aos organismos e serviços aos quais cabe o acompanhamento do processo de estabelecimento e gestão da rede integrada de comunicações de emergência⁴¹.

Importa, por fim, enaltecer que a ANACOM, para além de algumas atribuições supra referenciadas, desempenha funções de entidade de *supervisão central*, com atribuições em todos os domínios regulamentados do Decreto-Lei (DL) n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que disciplina certos aspetos legais dos serviços

³⁹ Para mais desenvolvimentos *vd.*, o artigo 8.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março.

⁴⁰ *Vd.* o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/2016-26.JAN-1.S/PL, Recurso n.º 12/2015, Processo n.º 2078/2015 (Relator: Conselheiro José Mouraz Lopes), transitado em julgado em 09-11-2016, pesquisável in: <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2016/1spl/aco01-2016-1spl.pdf>, no qual: “Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1ª Secção, do Acórdão n.º 15/2015, de 9 de novembro, proferido pela 1ª Secção, em Subsecção, que recusou o visto ao contrato de prestação de serviços de seguros do ramo “Saúde”, celebrado em 29 de setembro de 2015, entre a ANACOM e a Fidelidade – Companhia de Seguros, S.A., pelo período de dois anos (1 de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2017) e pelo valor global de €935.733,21 (novecentos e trinta e cinco mil, setecentos e trinta e três euros e vinte e um cêntimos)”, tendo vindo este douto Tribunal concluído pela improcedência do recurso interposto pela ANACOM, mantendo-se em consequentemente a recusa de visto ao contrato outorgado pela ANACOM com a Fidelidade-Companhia de Seguros, SA.

⁴¹ Para mais desenvolvimentos *vd.*, o n.º 2 do artigo 8.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março.

da sociedade da informação, em evidência do comércio eletrónico muito em voga na atualidade, transpondo para o ordenamento jurídico Português a Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, exceto nas matérias em que legislação especial conceda competência sectorial a outra entidade reguladora.

Com o intuito de proceder à prossecução das suas atribuições, a ANACOM tem ao seu dispor poderes de regulamentação, supervisão, fiscalização e de aplicação de sanções pelo cumprimento de infrações a todos os que as pratiquem. Neste domínio ressalta o disposto no artigo 9.º, n.º 1 do DL n.º 39/2015, de 16 de março:

- “a) Impor obrigações específicas, designadamente às empresas que declare com poder de mercado significativo e impor obrigações aos prestadores de serviço universal;
- b) Atribuir, alterar e revogar direitos de utilização de frequências e de números;
- c) Emitir declarações e títulos de exercício da atividade, efetuar registos de prestadores de serviços e manter, atualizar e divulgar os registos das entidades sujeitas à sua regulação;
- d) Emitir, no âmbito das infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios (ITUR) e edifícios (ITED), títulos profissionais de projetista e instalador, bem como certificar entidades formadoras de projetistas e instaladores;
- e) Prestar informação, orientação e apoio aos consumidores e demais utilizadores finais, cooperando reciprocamente com a Direção-Geral do Consumidor e com outras entidades relevantes no âmbito da proteção dos consumidores, na promoção dos seus direitos e interesses no setor das comunicações;
- f) Implementar as leis e os regulamentos, bem como os atos da União Europeia aplicáveis ao setor das comunicações;

- g) Verificar o cumprimento das leis, dos regulamentos e dos demais atos a que se encontram sujeitos os destinatários da sua atividade;
- h) Verificar o cumprimento de qualquer orientação ou determinação por si emitida, ou de qualquer outra obrigação relacionada com o setor das comunicações;
- i) Monitorizar a atividade das entidades sujeitas à sua supervisão e o funcionamento dos mercados das comunicações;
- j) Inspeccionar, regularmente, os registos das queixas e reclamações dos consumidores e demais utilizadores finais apresentadas às entidades destinatárias da sua atividade, as quais devem preservar adequados registos das mesmas;
- k) Apreciar as queixas ou reclamações dos consumidores e demais utilizadores finais de que tome conhecimento no exercício das suas funções e, nos casos em que esteja em causa o incumprimento de disposições cuja observância lhe caiba supervisionar, emitir recomendações ou determinar a adoção de medidas corretivas;
- l) Determinar ou promover a realização de auditorias e proceder a inspeções e inquéritos;
- m) Solicitar as informações que considere necessárias ao exercício das suas atribuições, nos termos da lei;
- n) Fiscalizar o cumprimento das obrigações a que, nos termos da lei, regulamentos, demais normas aplicáveis e determinações por si emitidas, os destinatários da sua atividade se encontrem sujeitos;
- o) Fiscalizar o cumprimento dos contratos que respeitem a obrigações de serviço universal ou de serviço público, quando aplicável;
- p) Praticar todos os atos necessários ao processamento e punição das infrações às leis e os regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe compete, bem como as resultantes do incumprimento das suas determinações, incluindo, quando aplicável, adotar medidas cautelares,

aplicar sanções, nomeadamente sanções pecuniárias compulsórias, e cobrar coimas”.

Relativamente aos regulamentos da ANACOM que contenham normas de eficácia externa, estes são publicados no Diário da República e imediatamente disponibilizados na página eletrónica da ANACOM (<https://www.anacom.pt/>), não prejudicando a sua publicitação por outros meios considerados adequados à situação. O artigo 12.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março, respeita ao procedimento de fiscalização que a ANACOM tem a obrigação de efetuar. Quanto aos procedimentos de sancionamento, estes respeitam o princípio da audiência dos interessados, do contraditório, e restantes princípios incluídos no CPA. “Os processos de contraordenação respeitam as normas do regime-quadro das contraordenações do setor das comunicações, aprovado pela Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro, e demais disposições aplicáveis às contraordenações do setor das comunicações e, subsidiariamente, as normas do regime geral das contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (cfr., os n.ºs 2 e 3 do artigo 13.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março)”. Sendo que os órgãos da ANACOM são o conselho de administração e o fiscal único, os membros do conselho de administração são responsáveis de forma solidária pelos atos cometidos no exercício das suas funções, exceto as situações em que tendo estado presentes na reunião em que foi tomada a deliberação e tiverem votado contra, em declaração registada na respetiva ata, tal como os membros ausentes que tenham declarado por escrito o seu desacordo, que igualmente é registado na ata, tais membros ficam isentos de responsabilidade (artigo 30.º, n.ºs 1 e 2, respetivamente, do DL n.º 39/2015, de 16 de março).

3. Possíveis soluções a apontar à ANACOM

No que concerne à responsabilidade jurídica (artigo 50.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março), é de explanar que os titulares dos órgãos da ANACOM e os seus trabalhadores e agentes têm responsabilidade civil, criminal, disciplinar e

financeira pelos atos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, respeitando a CRP e a restante legislação aplicável, mas quando sejam demandados judicialmente por terceiros, a ANACOM tem que garantir apoio jurídico aos seus titulares dos órgãos, trabalhadores e agentes, podendo posteriormente recorrer ao direito de regresso que lhe assista. Porém, suscita-se a dúvida do motivo de não existir no nosso ordenamento jurídico um diploma legal próprio para os casos de responsabilização, sem ser o RRCEE, havendo aqui uma lacuna legislativa na nossa perspetiva, na medida em que parece haver esta omissão legislativa quanto às ARI's, devido à sua independência regulatória técnica e económica. Ora, em termos de responsabilidade financeira, esta é efetivada pelo Tribunal de Contas. A ANACOM tem a possibilidade de garantir a cobertura de riscos profissionais associados ao desempenho das funções dos titulares dos seus órgãos, dos seus trabalhadores e dos titulares de cargos diretivos ou similares. Relativamente ao controlo judicial plasmado no artigo 51.º do DL n.º 39/2015, de 16 de março, há uma sujeição à jurisdição administrativa quanto à atividade de natureza administrativa dos órgãos e agentes da ANACOM. É possível aos regulados recorrerem para o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão nas situações em que a ANACOM tenha aplicado aos regulados sanções por infrações contraordenacionais. A lei permite ainda que das decisões proferidas pela ANACOM em caso de resolução de litígios cabe recurso para os tribunais (administrativos) de 1.ª instância.

4. Breves considerações finais

1. O artigo 267.º, n.º 3 da CRP refere que: “A lei pode criar entidades administrativas independentes”. Ora, a ANACOM é uma entidade administrativa independente ou uma autoridade de regulação independente nacional (ARI); o artigo 82.º da CRP consagra o princípio da proteção do sector da economia social.

2. As entidades administrativas independentes são independentes relativamente ao Governo (incluindo-se aqui a ANACOM), na medida em que esta

independência em relação ao Governo apenas tem justificação para limitar as falhas de um governo representativo, que muitas vezes, nos domínios tradicionalmente objeto de regulação, têm sido consideradas suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento da concorrência, a defesa sustentada dos interesses dos consumidores e a eficiência do mercado (vd., o artigo 6.º, n.º 1 da LQER); Há esta necessidade, também, uma vez que a intervenção do Estado é ineficiente, e atrevemo-nos a expô-lo que até é, por vezes, ineficaz, porque poderia tomar decisões políticas muito sensíveis à conjuntura política, havendo a necessidade de regulação independente do Governo, com o intuito de se tornar a atividade reguladora mais independente da política (portuguesa), importando a imparcialidade da tomada de decisões;

3. A questão do desafio regulatório é o de sabermos se é possível existir responsabilidade civil por inércia/omissão regulativa, estando todos nós neste momento com um problema que é o da omissão da regulação.

4. Outra crítica que apontamos é a que respeita à idoneidade financeira, ou seja, a ideia da discricionariedade obrigatória, dado que as opções das decisões a serem tomadas são tomadas com as opções que as leis dão, dado que, não há uma lei especial que regule a responsabilidade financeira das entidades administrativas independentes. Apenas temos o RRCEE (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas); na nossa perspetiva, teria utilidade reduzir a discricionariedade na interpretação dos pressupostos necessários para a criação e extinção de ARI's.

5. Os poderes regulatórios das ARI's, de acordo com a LQER, são os poderes regulamentares, os poderes de supervisão e os poderes de sancionamento e de resolução de litígios. Criaram-se entidades com independência e flexibilidade de gestão em excesso porque a sua existência não se justifica face aos fins em que incidem, o que gera com que, em Portugal, nalguns setores haja falta de regulação independente, havendo excesso de autonomia noutros setores, ou havendo excesso de autonomia relativamente ao Governo, sendo que a LQER visa solucionar este

problema porque define um quadro de criação e extinção das ARI's (cfr., os artigos 6.º, 7.º e 8.º da LQER).

BIBLIOGRAFIA

Doutrina:

BARBOSA DE MELO, *Direito Administrativo II (a protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública)*, policopiado, Coimbra, 1987.

CONFRARIA, João, “Estado regulador, regulação independente e a Lei-quadro”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. Pedro Costa Gonçalves), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015;

___ *Regulação e Concorrência, Desafios do século XX*, 12ª Edição Revista e Actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011;

GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

GONÇALVES, João Luís Mendonça, *Da Independência das Autoridades Reguladoras Independentes*, (Orientadores: Professor Doutor JOÃO CONFRARIA e Professor Doutor PEDRO MACHETE), Mestrado em Direito e Gestão, Faculdade de Direito da Universidade Católica (Portuguesa) de Lisboa – UCP – Católica Lisbon School of Business & Economics, junho de 2014.

GONÇALVES, Pedro Costa, “Supervisão bancária pelo BCE – Uma leitura jurídico-administrativa do mecanismo único de supervisão”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. Pedro Costa Gonçalves), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015;

___ *Direito das Telecomunicações*, Instituto Jurídico da Comunicação – ICJ- Faculdade de Direito- Universidade de Coimbra, Coimbra, Almedina, 1999;

LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2009.

MORENO, Natália de Almeida – “Defesa de conduta regulada em procedimentos antitruste: a interface entre Agências Reguladoras e Autoridades da Concorrência”, in *Cedipre Online*, nº 15, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Abril /2013.

PERROT, Anne – “Les Frontières entre Régulation Sectorielle et Politique de la Concurrence” in *Problèmes Économiques*, n.º 2.797, Fevereiro/2013.

ROBERT BALDWIN/ MARTIN CAVE/ MARTIN LODGE – *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2.ª Edição, Oxford, 2013.

SILVA, João Nuno Calvão da – “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 cooperativo”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. Pedro Costa Gonçalves), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015;

___ “A nova Lei-quadro das entidades reguladoras: poderes e instrumentos regulatórios”, in *Estudos de Regulação Pública –II* (org. Pedro Costa Gonçalves), 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2015;

STIGLITZ, George – “Regulation and Failure”, in *New Perspectives on Regulation* (org. MOSS, DAVID e JOHN CISTERNINO), Cap. I, Cambridge, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE – *Comunicação e Direitos Fundamentais* (polic.), Coimbra, 1997.

VITAL MOREIRA – *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997;

___ “Entidades Reguladoras e Institutos Públicos”, in *A Mão visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003;

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.

Legislação relevante:

- Constituição da República Portuguesa;
- Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março;
- Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, alterada pontualmente pela Lei n.º 12/2017, de 02 de Maio;
- LCE (Lei das Comunicações Eletrónicas) – Lei n.º 15/2016, de 17 de Junho, que alterou a Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

Jurisprudência:

- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/2016-26.JAN-1.S/PL, Recurso n.º 12/2015, Processo n.º 2078/2015 (Relator: Conselheiro José Mouraz Lopes), transitado em julgado em 09-11-2016: in <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2016/1spl/acoo1-2016-1spl.pdf>

Sítios da internet:

<https://www.anacom.pt/>

<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1409201>.

<http://www.pgdlisboa.pt/>