

**Proposta de Lei nº 132/XII
que aprova a lei-quadro das entidades reguladoras**

O Grupo Parlamentar do Partido Socialista solicitou ao ICP-ANACOM em 11.4.2013, com carácter de urgência, parecer sobre a Proposta de Lei que aprova a lei-quadro das entidades reguladoras tendo em conta que o anterior parecer desta Autoridade se refere à versão preliminar da proposta em causa.

Com efeito, o ICP-ANACOM havia emitido parecer em de 8.11.2012, na sequência de solicitação do Senhor Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, e desde então o projecto de diploma sofreu algumas alterações.

Nestes termos, procede-se agora a uma actualização do parecer desta Autoridade.

A título de enquadramento importa ter presente que esta medida legislativa se insere no «*Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*», no âmbito do qual está previsto o *reforço* da concorrência e dos reguladores sectoriais e ainda que *a lei deverá garantir a independência das entidades reguladoras, bem como a autonomia financeira, administrativa e de gestão necessárias ao exercício das suas atribuições, em plena conformidade com a legislação europeia.*

Em termos genéricos, o ICP-ANACOM tinha expressado a sua preocupação em relação aos seguintes aspectos:

- O anteprojeto da lei-quadro das entidades reguladoras substancialmente configura um retrocesso face ao estatuto de independência já vigente para esta instituição, contendo em si ingredientes que podem inviabilizar ou tolher a capacidade de intervenção regulatória de forma adequada a responder aos desafios regulatórios de um mercado dinâmico e muito exigente.
- O anteprojeto estabelece um regime excessivamente detalhado para uma lei-quadro, o que retira flexibilidade na conformação dos Estatutos das entidades reguladoras independentes e, conseqüentemente, não permite captar as especificidades de cada entidade.
- Contém um conjunto significativo de normas que esvaziam ou limitam a autonomia e independência das entidades reguladoras independentes, afastando-as de especificidades decorrentes, em grande medida do direito comunitário e que, por essa razão e nessa medida, não admitem retrocesso - sob pena de violação do mesmo. Simultaneamente não cuida de preservar os regimes substantivos aplicáveis sectorialmente.
- Contém normas muito ligadas à actual situação económica e financeira do País. Dado que uma lei-quadro deve ter um horizonte temporal alargado, as normas mais ligadas ao processo de assistência económica e financeira deveriam ser expurgadas e tratadas em legislação própria, com carácter transversal, como a Lei do OE e outra legislação. Verifica-se assim que aspetos de natureza conjuntural excepcional contaminam um tipo de ato normativo/legislativo que, pela sua natureza, visa um fim de reforço da sua função de enquadramento e estabilidade normativa.

- A independência funcional e financeira não estão adequadamente salvaguardadas o que é motivo de séria preocupação atendendo ao seu carácter instrumental relativamente à independência com que devem ser exercidas as funções de regulação.
- A própria denominação da lei-quadro não capta a questão da independência, deixando mesmo cair o termo “independentes” numa expressão já firmada com significado e alcance próprio no Direito Administrativo português e que é a expressão “entidades reguladoras independentes”. Subtrair o que já constitui património do direito português só pode significar uma intencionalidade bem vincada e a considerar como mais um elemento interpretativo a associar aos demais, de retrocesso do estatuto de independência do ICP-ANACOM enquanto “entidade reguladora” e que deixa de ser também nominal e literalmente “independente”.
- A margem de liberdade à conformação, em concreto, de cada regulador, através da aprovação ou adaptação dos respetivos estatutos, se por um lado pode ser vista como positiva, na medida em que permitirá acomodar especificidades de cada regulador, por outro lado gera o risco - face à parametrização excessivamente apertada definida pela lei-quadro - de exigir uma concretização estatutária ainda mais densa e constituir, portanto, um retrocesso significativo e injustificado na independência e na operacionalidade de alguns reguladores. Este risco deveria desde já ser afastado em norma própria para esse fim.
- Prevê-se a criação de um regime de maior/grande exigência, ao nível de incompatibilidades, sobre o conselho de administração, sobre os cargos de direção e sobre os trabalhadores, o que só poderá não ser considerado desproporcionado na presença de garantia quanto à efetiva diferenciação do respetivo estatuto, que deve ser correspondente a essa exigência, e que está ausente do anteprojeto. Poder-se-á pensar que quanto maior a exigência, maior a garantia, mas se não existir uma adesão à realidade corre-se o risco de transformar algo que se quer normativo em meramente nominal ou semântico, porque o único efeito que terá será desqualificar a prazo uma capacidade regulatória verdadeiramente independente.

Regista-se, em termos gerais, que a versão agora em análise contém algumas alterações que vão no sentido do proposto pelo ICP-ANACOM, nomeadamente:

- Em sede de disposições transitórias (**artigo 5.º do diploma preambular**) foram clarificados alguns aspectos relacionados com a aplicação do novo regime, sendo agora tratados especificamente os aspectos relacionados com a duração dos mandatos (no nº 2) e com incompatibilidades e impedimentos (nos nºs 3 e 4, aplicáveis aos titulares dos órgãos ou aos trabalhadores e titulares de cargos de direcção ou equiparados, respectivamente).
- Foi salvaguardada a possibilidade de participação na criação de entidades de direito privado (**artigo 4.º, n.º 4**) tendo sido aditado que essa proibição se refere a entidades de direito privado **com fins lucrativos**, alteração esta que o ICP-ANACOM considera correcta.
- Foi eliminada do **artigo 9.º** a regra que permitia excepções ao princípio da independência e de não sujeição a tutela ou superintendência nas funções de regulação e sancionatória.
- A organização interna e o funcionamento das entidades reguladoras passa, nesta Proposta de Lei, a ser competência dos respectivos conselhos de administração deixando assim de ser matéria prevista em decreto-lei, conforme resulta da redacção agora conferida aos **artigos 10.º e 21.º, n.º 1, alínea b)** da Proposta.

- A formulação da regra relativa às situações de incompatibilidades e impedimentos aplicáveis aos prestadores de serviços foi objecto de maior precisão (**artigo 32.º, n.º 5**).
- Foi consagrada no **artigo 46.º, n.º 3** a possibilidade de os titulares dos órgãos e os trabalhadores terem direito a apoio jurídico assegurado pela entidade reguladora em caso de serem demandados judicialmente, sem prejuízo do direito de regresso desta.

No entanto, o ICP-ANACOM considera que ainda existem aspectos relevantes que merecem adequada ponderação, alguns já constantes da versão que foi objecto de parecer desta Autoridade e outros que são novos, nomeadamente:

- Quanto à designação da lei-quadro, é entendimento do ICP-ANACOM que a mesma não está inteiramente clara já que de acordo com o **artigo 1.º do diploma preambular** o objecto do diploma é a “lei-quadro das entidades reguladoras” embora a iniciativa legislativa apresentada pelo Governo ao Parlamento seja intitulada “lei-quadro das **entidades administrativas independentes** com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo”. (sem realce no original)

Nestes termos, julga-se que a própria denominação da lei-quadro não capta a questão da independência, deixando mesmo cair o termo “independentes” numa expressão já firmada com significado e alcance próprio no Direito Administrativo português e que é a expressão “entidades reguladoras independentes”. Subtrair o que já constitui património do Direito português só pode significar uma intencionalidade bem vincada e a considerar como mais um elemento interpretativo a associar aos demais, de retrocesso do estatuto de independência do ICP-ANACOM enquanto “entidade reguladora” e que deixa de ser também nominal e literalmente “independente”.

- O **artigo 3.º, n.º 6 do diploma preambular**, embora tenha sofrido uma alteração de redacção no sentido de agora passar a referir “alteração geral **anual**” (realce nosso), é uma disposição que parece pretender consolidar, como critério legal novo, sobre situações constituídas e a constituir, uma situação conjuntural, excecional e transitória, constante dos três últimos Orçamentos do Estado, determinada e delimitada pelo exato contexto também conjuntural, excecional e transitório do Programa de Assistência Económica e Financeira.

Ora se, por um lado, não se afigura compatível ou apropriado face à natureza de uma lei-quadro, ser contaminada por medidas especificamente determinadas para socorrer num contexto circunstancial transitório e excecional, por outro lado, este constitui um retrocesso na autonomia de alguns reguladores independentes e elimina as suas especificidades determinadas pelas especiais exigências do mercado que visam regular.

É uma regra sem alcance de lei-quadro, na medida em que as Leis do Orçamento de Estado para 2011, 2012 e 2013 já determinaram alterações remuneratórias dos membros dos conselhos de administração e dos trabalhadores, bem como dos pagamentos efetuados a prestadores de serviços sem necessidade de lei-quadro que o previsse.

Traduz um alinhamento injustificado com a generalidade do regime da administração pública, esquecendo a situação dos reguladores independentes, que devem atender às especificidades e exigências dos mercados que visam regular, que não recebem dotações do OE e cuja diminuição de custos, por via de reduções salariais e pagamentos a prestadores de

serviços, não se reflete em redução da despesa pública porque não acarretam encargos para o Estado – isto é, promove-se um alinhamento injustificado que não se traduz em qualquer benefício para o Estado e que põe em causa a capacidade regulatória adequada ao respetivo mercado regulado.

Elimina a autonomia financeira e de gestão já que não permite aos reguladores independentes que não recebem dotações do OE a criação de medidas de efeito equivalente de redução de custos que não ponham em causa a prossecução das suas atribuições e que permitam dotar-se dos meios técnicos e humanos adequados às suas funções, conforme, no caso do ICP-ANACOM, é exigência do direito da União Europeia.

A pretender criar-se um compromisso dos reguladores independentes com reduções de custos impostas à generalidade das entidades públicas (o que sempre será possível através dos poderes de aprovação do orçamento de cada entidade por parte do ministro das finanças e do ministro sectorialmente competente) deveria ser prevista uma norma do tipo: *“As entidades reguladoras independentes que não recebam quaisquer verbas do OE estão obrigadas às alterações de custos que sejam determinadas ao nível geral das entidades públicas, devendo adequar os seus orçamentos a essas alterações através da adoção de medidas de efeito equivalente às que forem determinadas”*.

- Ainda no **artigo 3.º do diploma preambular** julga-se que deveria ser fixada uma norma que impedisse o retrocesso na independência das entidades reguladoras, na medida em que só assim se garante o cumprimento do previsto no MoU. Neste sentido, propõe-se uma norma com a seguinte redação: *“Do processo de adaptação a que se refere o n.º 1 não pode resultar, face à lei em vigor, diminuição do regime de independência das entidades nele referidas.”*
- No **n.º 2 do artigo 2.º** estabelece-se que *o disposto na presente lei-quadro não se aplica quando exista norma de direito da União Europeia ou internacional que disponha em sentido contrário e seja aplicável à entidade reguladora e respetiva atividade.*

Considera-se que esta redação é restritiva na medida em que apenas salvaguarda os casos de norma “que disponha em sentido contrário”, o que se afigura insuficiente uma vez que a norma de direito da União Europeia pode não dispor em sentido literalmente oposto e ainda assim ser claramente demonstrável que há incompatibilidade entre disposições da lei-quadro e a referida norma comunitária. Neste sentido propõe-se a seguinte redação: *“O disposto na presente lei-quadro não se aplica quando da sua aplicação resultar incompatibilidade com norma de direito da União Europeia ou internacional aplicável à entidade reguladora e respectiva actividade, devendo nesse caso os estatutos (...)”*.

- No **artigo 5.º, n.º 3 alínea e)** relativo ao controle financeiro do Tribunal de Contas é entendimento do ICP-ANACOM que se deveria adoptar regime específico análogo ao já vigente nos atuais Estatutos desta Autoridade, relativamente ao visto sobre atos e contratos, sob pena de ser um retrocesso que prejudica e pode paralisar a operacionalidade da entidade reguladora que tem de ser ágil na tomada de decisão e celebração de contratos no âmbito das suas competências.
- Ainda no **artigo 5.º** propomos a exclusão expressa das entidades reguladoras da alínea f) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei-quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, alterada e republicada pelo Decreto-Lei n.º 5/2012, de 17 de janeiro), porquanto o presente diploma passará a constituir o regime quadro aplicável às entidades administrativas

independentes com funções de regulação, supervisão e de promoção e defesa da concorrência (vd. artigo 1.º).

- O **artigo 18.º**, embora tenha sofrido alguma alteração passando agora a abranger processos **em curso**, continua a consagrar um dever de reserva sobre os membros do conselho de administração, os quais já estão sujeitos a um dever de sigilo nos termos do artigo 14.º da Proposta, o que torna a proibição numa limitação/inibição desproporcionada ou até injustificada e difícil de compreender numa entidade que, norteadada, entre outros princípios, pelo da transparência, deve estar disponível para dar explicações sobre a sua atividade.

Tal disposição, em acréscimo ao natural dever de sigilo, não parece ter paralelo noutras regimes jurídicos – veja-se a propósito a lei orgânica do Banco de Portugal, na qual se impõe, tanto os membros do conselho de administração, como a todos os trabalhadores, um dever de segredo (artigo 60.º).

- Em matéria de incompatibilidades previstas na **parte final do art. 19.º, n.º 1, alínea a)**, aplicável aos membros do conselho de administração, nota-se que o regime vai mais além do que o regime de incompatibilidades de titulares de altos cargos públicos ou do que o do Banco de Portugal e da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), ambos excluídos do âmbito de aplicação da presente lei-quadro. Julgamos também questionável que, estabelecendo esta lei-quadro um regime específico de incompatibilidades para os membros do conselho de administração, seja ainda aplicável o regime de incompatibilidades e impedimentos de altos cargos públicos, conforme previsto no **n.º 8 deste artigo 19.º**.
- A **segunda parte do n.º 4 do artigo 32.º** prevê a aplicação aos trabalhadores das entidades reguladoras independentes do regime de incompatibilidades e impedimentos dos trabalhadores em funções públicas, o que implica intervenções/autorizações do Governo e sujeição às respectivas orientações, desvirtuando a capacidade de autogestão e a independência, devendo como tal ser eliminada. Com efeito, nos termos do n.º 5 deste artigo 32.º está já previsto um regime de incompatibilidades aplicável aos trabalhadores (por remissão para as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 19.º).
- No **n.º 6 do artigo 32.º** estabelece-se, em caso de cessação de funções, um regime de incompatibilidades para os titulares de cargos de direção ou equiparados das entidades reguladoras especialmente exigente e que apenas poderia ser considerado não desproporcionado na presença de garantia suficiente e efetiva quanto ao estatuto específico dos trabalhadores das entidades reguladoras, garantia essa que está ausente da presente lei-quadro. Acresce que esta disposição não tem paralelo noutras entidades, como é o caso do Banco de Portugal ou a ERC, ambos excluídos do âmbito de aplicação desta lei-quadro.
- A aplicação ao ICP-ANACOM do regime de Tesouraria do Estado, conforme previsto no **artigo 38.º, n.º 3**, é um aspecto decisivo e fonte das maiores preocupações dado que retira a autonomia financeira às entidades reguladoras independentes na medida em que transfere competências críticas da gestão financeira (e de tesouraria) para organismos do Ministério das Finanças, subordinando os órgãos próprios das entidades que se reputam independentes a esses organismos¹.

¹ Conforme referem Eduardo Paz Ferreira e Sérgio Gonçalves do Cabo em *A Regra da Unidade de Tesouraria e a boa gestão financeira do sector público*, V volume dos Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge Miranda (FDL, 2012), pp. 649-690, «Ao utilizar a unidade de tesouraria como instrumento de financiamento através da mobilização de receitas provenientes de tributos bilaterais, o Estado põe em causa o auto-financiamento ou a independência de determinadas entidades dotadas de um estatuto especial no quadro dos serviços e fundos autónomos.» E referem ainda os mesmos autores

Com efeito:

- i) é incompatível com o n.º 1 do mesmo artigo que refere que as entidades reguladoras aplicam o Sistema de Normalização Contabilística (SNC), dado que o regime de Tesouraria do Estado aplica os princípios da Contabilidade Pública para o respetivo registo das operações de tesouraria;
 - ii) é inaceitável do ponto de vista da independência administrativa e financeira da entidade reguladora, dada a subordinação do conselho de administração das entidades reguladoras à Direção Geral do Tesouro/IGCP em matéria de autorização, movimentação e controlo da tesouraria da própria entidade reguladora – o que, na prática, subordina uma série de atos instrumentais da atividade regulatória à condição de atuação de uma outra entidade. Considerando o histórico de outras entidades e o das necessidades do mercado regulado, facilmente se infere que tal se pode traduzir na inoperacionalização em absoluto da capacidade de intervir em tempo útil às solicitações regulatórias desse mesmo mercado regulado;
 - iii) é, assim, inviável, porque paralisa a operacionalidade da entidade reguladora, que se pretende ágil para responder aos desafios e solicitações da regulação, uma vez que o IGCP/DGT não estão em condições (nem têm vocação) para fornecer a variedade/complexidade de serviços de tesouraria e os níveis de serviço que uma instituição bancária disponibiliza e uma entidade reguladora necessita.
- Ainda em matéria financeira, constitui igualmente motivo da maior preocupação a regra agora constante do **artigo 33.º, n.º 3** da Proposta de Lei, e ausente da versão comentada pelo ICP-ANACOM em 8.11.2012, segundo a qual **às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado é aplicável o regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos, designadamente, em matéria de autorização de despesas, transição e utilização dos resultados líquidos e cativações de verbas.**

Com efeito:

- i) a regra é incompatível com o disposto no artigo 38.º, n.º 1 da Proposta que estabelece, e bem, que às entidades reguladoras se aplica o SNC, o que de resto já acontece hoje no caso do ICP-ANACOM;
- ii) o artigo 33.º, n.º 3, ao prever a aplicação do regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público terá, no caso do ICP-ANACOM (que a título de receitas próprias arrecada taxas pela utilização do espectro radioelétrico), o efeito de obrigar à implementação de dois regimes orçamentais e financeiros (o do SNC e o Público), o que representa um custo acrescido de funcionamento;
- iii) além do mais, a introdução desta regra pode revelar-se completamente incompatível com a regra fixada no artigo 38.º, n.º 5 segundo a qual *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 reverter, os resultados líquidos das*

que «A aplicação da regra da unidade de tesouraria a serviços e fundos autónomos integralmente financiados por receitas próprias implica a apropriação pelo Estado dos juros das aplicações financeiras que fazem parte das suas receitas próprias, pondo em causa o respetivo modo de legitimação e a autonomia patrimonial e de tesouraria inerente ao princípio do auto-financiamento e à independência financeira dos serviços e fundos autónomos integralmente financiados por receitas próprias».

entidades reguladoras transitam para o ano seguinte, podendo ser utilizados, designadamente, em benefício dos consumidores ou do setor regulado, nos termos a definir nos estatutos de cada entidade reguladora (sem realce no original);

- iv) na verdade, se às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público se aplicarem as regras orçamentais e financeiras públicas, como se compatibiliza tal com o apuramento (através de SNC) de *resultados* que se destinam a ser posteriormente transferidos para o Estado? O n.º 3 do artigo 33.º (que tanto quanto é do nosso conhecimento só se aplicará ao ICP-ANACOM) parece-nos vir a criar uma substancial confusão e entropia face à prática atualmente existente, e a que o artigo 38.º, n.º5 dá cobertura. Atualmente a distribuição de resultados (quando e quanto) é decidida por Portaria dos Ministros das Finanças e da Economia, estando portanto o ICP-ANACOM já sujeito às decisões do Governo quanto à aplicação das receitas do espectro radioelétrico (que constituem a maior parte dos resultados da ANACOM);
 - v) por outro lado, ao sujeitar uma entidade reguladora, de forma parcial – porque apenas quanto à parte das suas receitas proveniente da gestão de bens do domínio público – ao regime aplicável aos serviços e fundos autónomos em matéria de autorização de despesas, transição e utilização dos resultados líquidos e cativações de verbas, introduz-se um regime de dualismo orçamental e de funcionamento que irá sobrecarregar os reguladores com condicionamentos de funcionamento totalmente injustificados, agravando os custos da atividade reguladora e, sobretudo, a carga burocrática do seu funcionamento, em contradição com as exigências de uma regulação ágil e eficiente.
- No **artigo 34.º, n.º 3** julga-se que a portaria que fixa as taxas deve apenas ser aprovada pelo ministro sectorial, que conhece as prioridades do sector, e não pelo Ministro das Finanças. A portaria conjunta é contrária ao regime previsto na legislação setorial [*vide* a título exemplificativo Lei 5/2004, de 10 de fevereiro (artigo 105.º), Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio (artigos 56.º e 86.º), Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho (artigo 19.º) e Lei n.º 17/2012, de 26 de abril (artigo 44.º)].
 - No **artigo 45.º, n.º 6** a recusa das aprovações previstas nos n.ºs 4 e 5 com fundamento em «*prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público ou ainda em parecer desfavorável emitido pelo conselho consultivo*», parece-nos excessiva já que traduz uma tutela de mérito sobre a entidade reguladora. Nestes termos, julga-se que o único motivo de recusa de aprovação deve ter por fundamento a invocação da ilegalidade, sob pena de termos uma atividade regulatória independente, mas sujeita a uma condição.