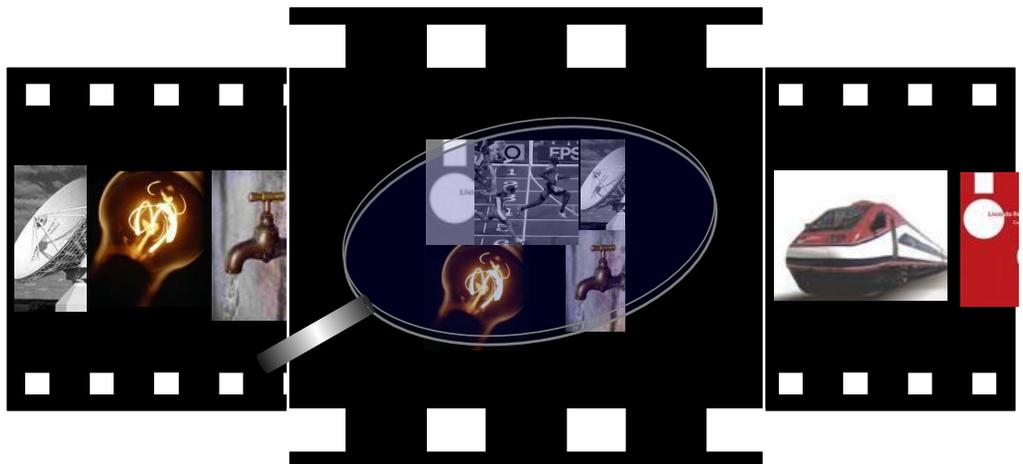


# Relatório Síntese sobre a Temática da Regulação





PROCESSO N.º 02/06 – AUDIT

**RELATÓRIO DE AUDITORIA  
N.º 18/2008 – 2ª SECÇÃO**

**Relatório Síntese  
sobre a Temática da Regulação**

**Abril 2008**

---

Este Relatório de Auditoria está disponível no sítio do Tribunal de Contas [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt)

Para mais informações sobre o Tribunal de Contas contacte:

TRIBUNAL DE CONTAS  
Av. Barbosa du Bocage, 61  
1069-045 LISBOA

*Tel:* 00 351 21 794 51 00  
*Fax:* 00 351 21 793 60 33  
*Linha Azul:* 00 351 21 793 60 08/9  
*Email:* [geral@tcontas.pt](mailto:geral@tcontas.pt)



## **ESTRUTURA GERAL DO RELATÓRIO**

**I  
INTRODUÇÃO**

**II  
CONCLUSÕES GERAIS**

**III  
SINTESES SECTORIAIS**

**IV  
DESTINATÁRIOS, PUBLICIDADE  
E EMOLUMENTOS**





## **FICHA TÉCNICA**

### **Equipa de Auditoria**

**Ana Dias**  
**Maria João Silveira**  
**Francisco Machado**

### **Coordenação Geral**

**Gabriela Ramos** (Auditora Coordenadora)  
**António Garcia** (Auditor Chefe)

### **Tratamento de texto, concepção e arranjo gráfico**

**Ana Salina**





## **COMPOSIÇÃO DA 2ª SECÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE APROVOU O RELATÓRIO**

### **Relator:**

**Conselheiro Dr. Carlos Moreno**

### **Adjuntos:**

**Conselheiro Dr. António José Avérous Mira Crespo  
Conselheiro Dr. José Manuel Monteiro da Silva**

---



## ÍNDICE

<b>I</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
1	OBJECTIVOS DO RELATÓRIO .....	5
2	CONTRADITÓRIO .....	5
3	ABORDAGEM E METODOLOGIAS .....	6
<b>II</b>	<b>CONCLUSÕES GERAIS .....</b>	<b>11</b>
4	OS TIPOS DE REGULAÇÃO ANALISADOS .....	11
5	A INDEPENDÊNCIA DOS ORGANISMOS REGULADORES .....	13
6	A NATUREZA E O ENQUADRAMENTO DAS REGULADORAS .....	16
7	A TRANSFORMAÇÃO DOS SISTEMAS REGULATÓRIOS .....	17
8	A NOMEAÇÃO PARA OS ÓRGÃOS EXECUTIVOS .....	18
9	A ARTICULAÇÃO ENTRE A AdC E AS ENTIDADES REGULADORAS SECTORIAIS .....	20
10	AS BASES PARA O ENQUADRAMENTO DAS ENTIDADES REGULADORAS .....	21
<b>III</b>	<b>SÍNTESES SECTORIAIS .....</b>	<b>23</b>
11	O SECTOR DA CONCORRÊNCIA .....	23
12	O SECTOR DA SAÚDE .....	24
13	O SECTOR DAS ÁGUAS E RESÍDUOS .....	25
14	O SECTOR DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO .....	27
15	O SECTOR DA ENERGIA .....	28
16	O SECTOR DAS COMUNICAÇÕES .....	32

---

<b>IV</b>	<b>DESTINATÁRIOS, PUBLICIDADE E EMOLUMENTOS .....</b>	<b>37</b>
17	DESTINATÁRIOS.....	37
18	PUBLICIDADE.....	37
19	EMOLUMENTOS .....	37



## SIGLA

<b>AdC</b>	Autoridade da Concorrência
<b>DGGE</b>	Direcção-Geral de Geologia e Energia
<b>ICP-ANACOM</b>	Autoridade Nacional das Comunicações
<b>ERI</b>	Entidades Reguladoras Independentes
<b>ERS</b>	Entidade Reguladora da Saúde
<b>ERSE</b>	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
<b>IMTT</b>	Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, I.P.
<b>INTF</b>	Instituto Nacional do Transporte Ferroviário
<b>IRAR</b>	Instituto Regulador de Águas e Resíduos
<b>OCDE</b>	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico





# I Introdução

## 1 OBJECTIVOS DO RELATÓRIO

Durante os anos de 2006 e 2007 foram realizadas seis auditorias temáticas subordinadas ao tema da **Actividade Regulatória**, com incidência específica nos sectores da **Água, da Energia, das Comunicações, do Transporte Ferroviário, da Saúde e ainda na área da Concorrência**, cujos relatórios foram oportunamente aprovados pelo Tribunal. As referidas auditorias incidiram, predominantemente, sobre o período de 2003 a 2006.

Dada a relevância da matéria, em termos horizontais, o Tribunal de Contas entendeu ser oportuno elaborar um **Relatório Síntese**, agrupando as conclusões comuns da actividade de regulação tanto de incidência transversal, como sucede com a Autoridade da Concorrência, como actuante em cada um dos diversos sectores de actividade económica (Água, Energia, Saúde, Telecomunicações e Transporte Ferroviário) e compreendendo, ainda, uma caracterização sucinta de cada um dos sectores, sua regulação e entidades reguladoras respectivas (Conclusões específicas). Este relatório síntese não abrange, como seria normal e desejável também os resultados de qualquer auditoria à **Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)**, não por a mesma não ter sido oportunamente programada pelo TC, mas, no essencial, pelo facto de tal auditoria não estar ainda concluída e não poder ter tido nem o âmbito nem a extensão das aqui consideradas, por deficiente colaboração daquela Entidade Reguladora para com o Tribunal. Isto não significa que não venha, proximamente, a ser produzido um relatório de auditoria sobre a ERC, com âmbito e extensão distintos, das das suas congéneres e contendo as explicações que conduziram a tal situação.

**Tendo sido identificada, como um aspecto crítico da temática da regulação, a sua tecnicidade, a qual obsta ao seu adequado conhecimento por públicos menos especializados, o presente texto foi simplificado e foram incluídas, ao longo do mesmo, algumas noções conceptuais sucintas, no sentido de poder alargar o público do presente relatório.**

O presente **Relatório Síntese** não substitui os relatórios oportunamente aprovados e divulgados, pois é neles que as matérias ora sumariadas encontram o desenvolvimento necessário à sua apreensão e esclarecimento e, sobretudo, é neles que se particularizam as conclusões específicas resultantes de cada uma dessas auditorias.

**Não obstante o facto de o presente relatório ter por base a matéria vertida em anteriores relatórios de auditoria, cujo âmbito temporal de análise foi delimitado, o TC considera importante que os diversos aspectos agora sublinhados sejam, a todo o tempo, tidos em conta para o aperfeiçoamento dos sistemas regulatórios nacionais.**

## 2 CONTRADITÓRIO

Dado, que no tocante a cada um dos seis relatórios de auditoria, de que o presente faz síntese, foi ampla e exaustivamente, dado cumprimento ao princípio do contraditório, ouvindo-se as entidades envolvidas e publicando-se, até, as suas respostas integrais, em anexo aos referidos relatórios, não há neste documento síntese, que repetir aquele procedimento, até porque não existe qualquer **juízo novo de mera apreciação ou censura** que não tenha já sido objecto de contraditório.

### 3 ABORDAGEM E METODOLOGIAS

A Regulação em Portugal tem sido objecto de enorme evolução, ao longo dos últimos anos, em grande parte na sequência da abertura dos mercados em diversos sectores, bem como da privatização de empresas que operam em indústrias de rede<sup>1</sup>.

Um impulso decisivo para as transformações institucionais nacionais foi dado pela transposição das Directivas Comunitárias aplicáveis aos diversos sectores de actividade e que, tendo como finalidade a construção de um mercado europeu, incluem disposições sobre a respectiva regulação a nível nacional.

Todas as entidades reguladoras, pertencentes ao conjunto dos sectores até hoje abrangidos pelas auditorias do TC, sofreram alterações profundas desde os anos noventa, tendo mesmo algumas sido criadas a partir de outras entidades administrativas de natureza diferente e com âmbitos e poderes de actuação substancialmente distintos.

A ERSE foi a primeira das entidades reguladoras, com características de independência, a surgir em **1995**, então ainda apenas com o âmbito de actuação circunscrito ao sector da electricidade.

Apenas em **1997** a Constituição da República viria a consagrar, expressamente, a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes.

O estudo da regulação viria a conhecer um primeiro impulso significativo com alguns trabalhos a nível universitário que, nomeadamente, versaram quer sobre os princípios subjacentes à regulação, quer sobre os aspectos institucionais do sistema regulatório português.

Em **2002**, um estudo sobre a configuração de uma **Lei-Quadro** das Autoridades Reguladoras Independentes viria a ser publicado pelo Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública<sup>2</sup>.

No mesmo ano, uma universidade portuguesa publicaria também um documento sobre os princípios subjacentes à regulação, bem como propostas de linhas de acção para o desenvolvimento institucional da regulação independente<sup>3</sup>.

À data dos trabalhos de auditoria -2.º semestre de 2007-, não havia sido publicado qualquer diploma legal que, genericamente, enquadrasse as características subjacentes às entidades reguladoras<sup>4</sup>.

A nível Comunitário, os designados serviços de interesse geral, que englobam, nomeadamente, as águas, a energia, os serviços postais, os transportes e telecomunicações, têm vindo a despertar debate e constituído a base de algumas importantes políticas europeias<sup>5</sup>, com reflexos importantes na legislação nacional.

Ao acompanhar esta evolução, o Tribunal de Contas detectou dois aspectos essenciais:

A necessidade de, nacionalmente, ser efectuado um ponto de situação sobre os mecanismos associados à regulação, não se detendo no seu aspecto formal, mas avaliando também a respectiva prática;

<sup>1</sup> Indústrias com forte componente infra-estrutural e cujas actividades dependem, intrinsecamente, da utilização de redes, como, por exemplo, as telecomunicações, os transportes, a água e o gás natural. Nestas indústrias verifica-se a presença de operadores dominantes com origem em monopólios históricos originalmente detentores das principais infra-estruturas. Entre outros aspectos, assume relevância a garantia de acesso às redes por parte da generosidade dos operadores, em condições não discriminatórias.

<sup>2</sup> “Autoridades Reguladoras Independentes” Estudo e Projecto de Lei-Quadro (Fevereiro de 2002) da autoria de Vital Moreira, com a colaboração de Maria Fernanda Maçãs, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública. Este estudo veio a ser reproduzido, com ligeiras alterações, “em Autoridades Reguladoras Independentes estudo e projecto de lei-quadro” obra publicada em 2003 pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito de Coimbra.

<sup>3</sup> Documento conhecido por “Declaração de Condeixa”, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Universidade de Coimbra.

<sup>4</sup> Ou seja, do tipo da Lei-Quadro atrás referida.

<sup>5</sup> Vd. Livro Verde da Comissão sobre serviços de interesse geral [COM(2003) 270 final] e Livro Branco sobre os serviços de interesse geral [COM(2004) 374 final].



- ◆ Por outro lado, a necessidade de efectuar auditorias que vão para além da mera análise da actividade das entidades reguladoras, para puderem abranger o controlo global da regulação, enquanto área de governação pública de crescente importância e com impacto nos serviços essenciais prestados aos cidadãos.

Foi neste contexto e tendo em conta a necessidade de inscrever, de uma forma nova, a acção do órgão de **controlo superior externo** no conjunto de **controles transversais** incidentes sobre a regulação que, **em 2004**, o TC decidiu **autonomizar uma área de controlo** para esta temática<sup>6</sup>.

A abordagem da regulação pressupunha efectuar auditorias a uma temática complexa e em ambientes institucionais vastos, com percepção de cada uma das sucessivas alterações, sem perder de vista a evolução das restantes variáveis.

Tal exigência levou à elaboração e operacionalização de uma estratégia de controlo própria, a qual passou pela definição de diversos aspectos, nomeadamente:

- ◆ **Desenvolvimento de massa crítica nos recursos humanos**

A actividade do Tribunal implicou um esforço no sentido de as acções a desenvolver serem enquadradas por bases de conhecimento adequadas, o que teve como consequência a produção de alguns pareceres internos, bem como o estudo dos aspectos teóricos das matérias em causa e a recolha das boas práticas aceites a nível nacional e internacional, como forma de balizar as análises a efectuar.

- ◆ **Princípios essenciais para o controlo da temática em causa**

A auditoria seguiu o estipulado pelo Manual de Auditoria do Tribunal de Contas.

O TC aplicou, também, as linhas de orientação gerais de auditoria da INTOSAI, bem como as suas linhas de orientação específicas para a auditoria à temática da regulação, com origem no debate efectuado por várias Instituições Superiores de Controlo sobre as suas diversas experiências nacionais.

- ◆ **Avaliação de riscos e contextualização do controlo**

No sentido de detalhar os aspectos subjacentes às já referidas linhas de orientação, foram consultadas metodologias internacionais de controlo já existentes.

A respectiva transposição, para a auditoria temática à regulação, teve em conta a realidade específica nacional, tendo sido seleccionados diversos sectores nos quais a regulação veio a ser auditada, de forma autónoma, com base:

- ✿ Na importância dos serviços prestados aos cidadãos;
- ✿ Na relevância das transformações operadas, nos últimos anos, nos diversos sectores, bem como nos respectivos quadros institucionais;
- ✿ Na transposição de importantes Directivas Comunitárias.
- ✿ No facto de as auditorias a realizar implicarem a abordagem de soluções institucionais diferenciadas que permitissem a evolução, em termos de massa crítica, conduzindo a um leque de conclusões representativas.

- ◆ **Definição de vertentes de análise e integração da abordagem**

Com base nas boas práticas, internacionalmente aceites, foi concebido um conjunto de vertentes de análise, posteriormente adaptado à auditoria de cada sector de regulação. A operacionalização veio a iniciar-se pela elaboração de questionários que foram remetidos às principais entidades públicas intervenientes em cada sector e posteriormente desenvolvida ao longo do trabalho de campo.

Sucintamente, as vertentes de análise constam no quadro seguinte:

<sup>6</sup> Resolução nº 3/04 da 2ª Secção, que definindo as áreas de responsabilidade para o triénio de 2005 a 2007, atribuiu o controlo de tal matéria ao Departamento de Apoio Técnico Operativo DA IX, da Direcção-Geral do Tribunal de Contas.

Teoria e doutrina	Identificação de práticas para contextualização	Evolução estrutural e conjuntural geral	Estratégia sectorial	Quadro Institucional	Evolução Sectorial	Articulação institucional	Recursos	Práticas	Resultados incluindo comparação internacional	Vectores de avaliação
Fundamentos de teoria económica	Boas práticas de controlo	Enquadramento internacional	União europeia	Princípios de organização decorrentes das Directivas sectoriais da UE	interacção de actividades	Comissão europeia	Recursos humanos	Mecanismos e meios de consulta	Tarifas e preços	Importância económica e social do sector
Tipos de regulação e suas zonas de fronteira	Boas práticas de governação regulatória	Enquadramento macroeconómico do sector	Governo Português	Organização sectorial	abertura dos mercados e processos de liberalização	Congéneres das reguladoras nacionais	Recursos financeiros	Mecanismos e meios de publicidade	Acesso a redes e instalações	Alinhamento estratégico
Princípios gerais de regulação	Más práticas de governação identificadas	Dependência externa	Entidades com responsabilidades de regulação	Entidades reguladoras - Definição da configuração orgânica, âmbito de actuação, intervenção e instrumentos de actuação	Influência e estádios dos mercados transnacionais	Governo	Meios técnicos	Mecanismos e meios de reporte	Qualidade de serviço	Tendências dos mercados
Metodologias de regulação	Zona cinzenta de práticas de governação regulatória	Evolução de factores de custo	Estratégias e factores de estímulo das entidades publicas	tipificação de actividades	Caracterização do tecido empresarial	Diversas entidades administrativas com intervenção sectorial	Definição da organização interna	Mecanismos e meios de decisão	Consumidores vulneráveis	Factores críticos sectoriais
Enquadramento administrativo		Alteração dos mercados internacionais relevantes	Estratégias e factores de estímulo dos operadores	regimes de acesso e exercício	Intervenção do Estado	Serviços de controlo interno	Autonomia de planeamento	Mecanismos e meios sancionatórios	Concorrência e posições dominantes	Tendências do sistema regulatório
Estudos legislativos interpretativos e de comparação formal		Estratégias de desenvolvimento	Estratégias e factores de estímulo dos consumidores	Definição de obrigações de serviço público	Participação do Estado no meio empresarial	Entidades reguladoras tuteladas		Outros mecanismos e meios de actuação	Obrigações de serviço público diversas	Configuração institucional e distribuição de poderes
Tipificação de modelos nacionais de regulação sectorial		Políticas económicas e sociais			intervenção dos operadores	CA das entidades reguladores independentes		Metodologias de regulação e sua aplicação	Queixas e reclamações	Clareza de papéis e objectivos
Análises de casos nacionais		Harmonização regulatória internacional				Órgãos de consulta e controlo das entidades reguladoras			Actividade de arbitragem e resolução de litígios	Adequação de normas de funcionamento
Análises comparativas internacionais		Garantia de abastecimento				Autoridade da Concorrência			Actividade de fiscalização	Articulação inter-institucional
		Investimento sectorial				Efectividade de âmbito e de poderes de actuação das entidades reguladoras			Processos sancionatórios	Controlos transversais
						Influência do âmbito territorial de actuação das reguladoras			Análises de mercados	Independência e Autonomia
						Operadores			Monitorização dos mercados	Previsibilidade
						Consumidores individuais e institucionais			Actividade regulamentar	Estabilidade
									Pareceres emitidos	Responsabilização
									Imposições aos operadores	Participação
									Análise do impacto regulatório	Consistência
									Controlo da actividade dos operadores	Proporcionalidade
									Informação ao consumidor e tratamento da informação de retorno	Objectividade
									Eficiência sectorial	Desempenho
									Eficiência organizativa	Observação de direitos e obrigações dos operadores
										Observação de direitos e obrigações dos consumidores
										Transparência
										Credibilidade e legitimidade
										Gestão de quadros de transição



## ◆ Alocação de recursos

Implementaram-se soluções, ao nível da alocação de recursos humanos, que passaram genericamente pela manutenção da mesma composição das equipas ao longo das auditorias efectuadas à regulação e pela atribuição da responsabilidade de primeira linha a técnicos diferentes, em auditorias diferentes, sem comprometer o papel de controlo desempenhado pelos níveis hierárquicos previamente estabelecidos. Esta óptica permitiu:

- ◆ Criar nos recursos envolvidos algum grau de especialização sectorial;
- ◆ Proporcionar, ao mesmo tempo, uma troca de experiências que serviu de base à análise comparativa na abordagem da regulação dos diversos sectores, mantendo um tronco comum de análise;
- ◆ Reforçar o papel da equipa, enquanto primeiro nível de controlo de qualidade;
- ◆ Incentivar e reforçar a criatividade e a autonomia, nomeadamente com reflexos nas propostas de ajuste do planeamento;
- ◆ Agilizar a intervenção dos níveis hierárquicos;
- ◆ Como resultado final chegou-se à realização de um conjunto alargado de auditorias, sobre um mesmo tema, o qual, pela sua complexidade e abrangência, não poderia ter sido efectuado de outra forma, pelo menos com a mesma eficiência, em termos de dispêndio de tempo e de recursos<sup>7</sup>.

Refira-se que, parte dos trabalhos de auditoria viria a decorrer num ambiente de transformação sectorial e institucional, o que se considerou positivo, para a prossecução dos objectivos da auditoria, uma vez que foi, assim, possível:

- ◆ Acompanhar, mais de perto, as alterações operadas, bem como o respectivo impacto ao nível dos diversos intervenientes e nas questões específicas da regulação;
- ◆ Confirmar riscos emergentes;
- ◆ Aferir, a tempo e relativamente a matérias sensíveis, a constância argumentativa das entidades reguladoras.

Os resultados alcançados devem-se também à colaboração das entidades reguladoras referidas no presente relatório. Quanto a este aspecto pode-se observar que:

- ◆ Desde a primeira hora, implícita, ou mesmo explicitamente, aquelas entidades manifestaram o entendimento de que a transparência e a qualidade da regulação passam, também, pelos controlos transversais externos que sobre ela incidem;
- ◆ As mesmas entidades manifestaram um claro e inequívoco comprometimento não só institucional, mas também pessoal, dos respectivos Presidentes, na boa e célere concretização do controlo externo, além do mais pelas detalhadas e contextualizadas respostas que, tempestivamente, forneceram ao TC.

Como resultado, o TC aprovou os seguintes **relatórios de auditoria**, cuja consulta pode ser efectuada **no sítio do TC, na Internet**<sup>8</sup>:

- ◆ Relatório n.º 29/06 – 2.ª Secção, Auditoria à Regulação no Sector do Transporte Ferroviário;
- ◆ Relatório n.º 37/06 – 2.ª Secção, Auditoria à Regulação no Sector das Comunicações;
- ◆ Relatório n.º 9/07 – 2.ª Secção, Auditoria à Regulação no Sector das Águas;
- ◆ Relatório n.º 7/07 – 2.ª Secção, Auditoria à Regulação na Área da Concorrência;
- ◆ Relatório n.º 21/07 – 2.ª Secção, Auditoria à Regulação no Sector Energético;
- ◆ Relatório n.º 1/08 – 2.ª Secção, Auditoria à Regulação na Área da Saúde.

<sup>7</sup> Aliás os mesmos recursos humanos estiveram envolvidos, concomitantemente, em auditorias realizadas a outras temáticas que não a regulação.

<sup>8</sup> [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt)





## II Conclusões Gerais

### 4 OS TIPOS DE REGULAÇÃO ANALISADOS

#### Síntese

O panorama nacional comporta um leque diferenciado de soluções no que diz respeito ao âmbito das entidades reguladoras.

A prazo, de acordo com factores como a evolução dos mercados, o tipo de regulação empreendido pelas entidades reguladoras poderá vir a modificar-se, nomeadamente por imposição comunitária.

A regulação implica o estabelecimento e a implementação de um conjunto de regras, com o objectivo de promover o **funcionamento equilibrado de um determinado sector**, em função do **interesse público**.

Tais regras implicam um controlo, directo ou indirecto, sobre as decisões ou acções das empresas, de acordo com as regras gerais de funcionamento de um sector, bem como de princípios e metodologias próprias, sendo-lhe, ainda, indispensável um adequado enquadramento institucional.

A Constituição da República Portuguesa considera essencial “assegurar o **funcionamento eficiente dos mercados**, de modo a garantir a **equilibrada concorrência** entre as empresas, a **contrariar as formas de organização monopolistas** e a **reprimir os abusos de posição dominante** e **outras práticas lesivas do interesse geral**”<sup>9</sup>.

**A regulação cuida não só dos direitos dos consumidores, mas também dos direitos e deveres dos operadores.**

De entre as diversas formas de classificar a regulação, o TC indica apenas, de seguida, aquelas que se mostram mais essenciais à compreensão do conteúdo dos seus relatórios sobre a respectiva temática:

◆ De acordo com o respectivo **âmbito**:

✦ A regulação pode ter como âmbito diversos sectores denominando-se, então, **transversal**.

Por exemplo, a de que é responsável a Autoridade da Concorrência.

✦ Ou respeitar a um único sector, ou grupo de sectores com características análogas, passando, então, a designar-se por regulação **sectorial**.

Encontra-se neste caso a regulação que está a cargo das entidades reguladoras com competências específicas nos sectores da água, energia, transportes, saúde e comunicações: IRAR, INTF<sup>10</sup>, ICP-ANACOM e ERSE.

◆ De acordo com o respectivo regime de **tutela**:

✦ **Independente**, quando desenvolvida por entidades que, na sua actividade, genericamente, apenas respondem perante a lei, pressupondo a estrita observância de critérios técnicos<sup>11</sup>, sendo, para isso, dotadas de determinadas características formais.

<sup>9</sup> Alínea f), do artigo 81º.

<sup>10</sup> Na sequência da aprovação do PRACE – Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado e da Lei Orgânica do Ministério das Obras Públicas, Transporte e Comunicações, o INTF foi extinto passando a integrar o novo Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, I. P..

<sup>11</sup> A questão da independência será retomada, mais adiante, em ponto próprio.

De entre as entidades reguladoras já auditadas pelo TC são considerados estatutariamente independentes a AdC, a ERS, a ERSE e o ICP-ANACOM.

- ✿ **Tutelada**, quando, pelo contrário, a regulação é empreendida directamente por entidades governamentais, ou através de entidades na sua directa dependência, as quais prestam concomitantemente apoio directo ao Governo na formulação e execução de políticas públicas (caso, por exemplo da DGGE no sector energético).

Na prática, para além destes tipos de regulação, o TC tem vindo a considerar, ainda, a necessidade de contemplar, na sua abordagem, as situações de semi-independência, nos casos em que falta às entidades reguladoras algumas das características que estão formalmente associadas às ERI, mas em que se verificam enquadramentos sectoriais, atribuições e práticas próximas das que aquelas cabem. Estão, neste caso, o INTF e o IRAR.

#### ◆ De acordo com a respectiva **finalidade**

- ✿ **Regulação técnica**, nomeadamente a que tem como finalidade a compatibilidade ou interoperabilidade de equipamentos e de sistemas, para o que procede à formulação, aplicação e fiscalização de determinadas normas.

De entre as entidades reguladoras abordadas pelo TC foram enquadradas essencialmente na regulação técnica o IRAR<sup>12</sup> e o INTF, embora algumas das suas atribuições possam configurar já uma regulação económica mitigada. Também a DGGE foi enquadrada neste tipo de regulação.

- ✿ **Regulação económica**, que se traduz na preparação e adopção de medidas destinadas a controlar o monopólio de preços, assegurar níveis apropriados de investimento, garantir a protecção do consumidor e o acesso não discriminatório a redes e instalações básicas.

A ERSE, ERI do sector energético empreende, essencialmente, a regulação de tipo económico. No entanto, a mesma ERI tem tido também actuação no desenvolvimento de condições mais favoráveis no que diz respeito aos mercados organizados e na evolução do grau de desenvolvimento da concorrência nos mercados com abertura recente ou a abrir.

- ✿ **Regulação da concorrência**, que envolve, por um lado, o desenvolvimento da concorrência, quando estejam em causa medidas directamente destinadas a promover a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado e, por outro, a adopção de medidas preventivas ou reactivas a restrições da concorrência, neste caso, incluindo o controlo comportamental e o controlo estrutural<sup>13</sup>.

O caso do ICP-ANACOM abrange a regulação económica e de concorrência, no que diz respeito ao sector das comunicações electrónicas.

Nos diversos sectores de actividade, a regulação da concorrência é sobretudo incumbência da AdC.

- ✍ Em particular, no que diz respeito a esta última forma de classificar a regulação, o TC faz notar que algumas instituições internacionais<sup>14</sup> têm utilizado, nos respectivos estudos comparativos, uma categorização semelhante, mas com contornos um pouco mais difusos, de forma a poderem enquadrar as diversas experiências internacionais. **A formulação apresentada afigura-se ao TC como a mais apropriada para operacionalizar o presente relatório de auditoria, em face do panorama institucional português e dos objectivos traçados, embora, como se viu, existam, ainda assim, situações que podem fugir às classificações gerais.**

**De facto o panorama nacional comporta já um leque alargado de soluções, no que toca ao âmbito das entidades reguladoras.**

<sup>12</sup> A sua intervenção no campo da regulação económica é reduzida e passa pela emissão de pareceres sobre propostas de tarifas e preços.

<sup>13</sup> Tarefa da AdC. No campo da promoção da concorrência, os respectivos limites de actuação, relativamente as ERI sectoriais, nem sempre são claros.

<sup>14</sup> OCDE, por exemplo.



Outra das características da regulação analisada é o facto de incidir sobre as designadas indústrias de rede, de que são exemplo as dos transportes, das comunicações, da água, da electricidade e do gás natural. Nestas indústrias, a regulação sectorial tem como alguns dos seus principais objectivos não só promover a não discriminação no acesso às redes detidas e maioritariamente utilizadas por entidades originárias de monopólios históricos, como, também, promover o bom funcionamento de mercados organizados<sup>15</sup>.

Desta forma, as condições especiais destas indústrias fazem com que o desenvolvimento da concorrência, pela respectiva regulação na esfera da AdC, não assegure, por si só, a existência de mercados concorrenciais, pelo que a possibilidade de efectiva articulação entre a AdC e as ERI sectoriais assume grande importância.

A prazo, de acordo com, entre outros factores, a evolução dos mercados de cada sector, o tipo de regulação empreendido pelas entidades reguladoras poderá vir a modificar-se. À data dos trabalhos de auditoria -2.º semestre de 2007-, verificava-se a existência, para o sector das comunicações electrónicas, de um quadro-piloto a nível comunitário, o qual se previa vir a ser aplicado a outras indústrias de rede.

## 5 A INDEPENDÊNCIA DOS ORGANISMOS REGULADORES

### Síntese

*A regulação independente, em sectores que produzem serviços essenciais, sofria, à data dos trabalhos de auditoria -2.º semestre de 2007-, de vários constrangimentos:*

- ❖ Falta de coerência, estabilidade e previsibilidade dos quadros legislativos sectoriais;

- ❖ Ausência de revisões estatutárias que haviam já sido identificadas como necessárias, por conterem erros e omissões evidentes;
- ❖ Desadequação da definição de poderes;
- ❖ Falta de recursos financeiros;
- ❖ Ambiguidade de termos estatutários das ERI;
- ❖ Ambiguidade de enquadramento das ERI na orgânica ministerial;
- ❖ Alterações legislativas em desarticulação com as ERI;
- ❖ Falta de resolução, a nível legislativo, de aspectos importantes para a transparência dos mercados.

As auditorias efectuadas pelo TC à temática da regulação vieram sublinhar a necessidade de **análise do desempenho** não só das entidades reguladoras previstas em Lei, mas, também, do sistema de governação regulatória<sup>16</sup>, o que quer dizer o conjunto de entidades com intervenção na regulação, independentes ou não, a respectiva articulação, bem como a adequação ao estágio e características dos mercados, entre outros aspectos.

Deste modo, a análise da regulação, exige a distinção entre a actividade que, globalmente, decorre do **sistema regulatório** e a actividade das **entidades reguladoras**, nomeadamente as que possuem características de independência.

Tal distinção é particularmente importante no que diz respeito à possibilidade de uma adequada **responsabilização sobre a actuação de cada interveniente**.

Um conceito essencial, no âmbito da presente temática, é o da **independência**, que surge, muitas vezes, entendido como a “**equidistância aos interesses dos sectores regulados**”, no sentido de o regulador poder efectuar uma avaliação dos factores e dinâmicas presentes num determinado sector, decidindo apenas com base em **critérios técnicos**.

**Formalmente**, as entidades reguladoras analisadas apresentam diferentes soluções para concretizar a independência, nos seus aspectos mais basilares:

<sup>15</sup> Veja-se, em particular, o caso do sector energético, no qual, a ERSE, tendo essencialmente por base a regulação de tipo económico, tem tido também actuação no desenvolvimento de condições mais favoráveis em relação aos mercados organizados, cuja regulação tem impacto na evolução do desenvolvimento da concorrência nos mercados com abertura recente ou a abrir.

<sup>16</sup> Tenha-se em mente *Regulatory Governance*.

◆ A **independência orgânica**, que, na doutrina portuguesa, decorre essencialmente:

- Dos requisitos pessoais de designação;
- Do regime de incompatibilidades;
- Do mandato fixo e respectiva inamovibilidade dos titulares.

A independência orgânica é conferida pela inamovibilidade dos seus membros, ou seja, estes são designados por um período fixo e suficientemente longo, sendo difícil a sua destituição, excepto nos casos especiais previstos na lei.

◆ A **independência funcional**, que, também na doutrina portuguesa, assenta, basicamente, em dispositivos e salvaguardas legais que tendam para:

- ◆ A ausência de ordens, instruções e mesmo de directivas vinculativas ao regulador;
- ◆ A inexistência de controlo de mérito ou mesmo da obrigatoriedade de reporte em relação à orientação definida pelo regulador.

No fundo, a independência funcional significa que a entidade reguladora está apenas sujeita à lei e ao controlo dos tribunais, com respeito pelos aspectos técnicos da respectiva actividade.

◆ E, ainda, **independência financeira**, a qual possibilita um acesso aos recursos necessários, bem como a uma efectiva capacidade de planeamento da actividade, não sujeita a interferências ou pressões externas. Este tipo de independência surge associado, também, ao conceito de autonomia.

Por seu lado, a **independência** manifesta-se relativamente:

◆ Aos **operadores**;

◆ Às instâncias de **decisão política**, nomeadamente no que diz respeito:

- ◆ Ao **Estado, enquanto accionista de empresas operadoras**

**Existe um risco objectivo, comum, aliás, no panorama europeu, que decorre da dupla qualidade do Estado, enquanto legislador e accionista privilegiado de empresas detentoras de monopólios históricos.**

Os dois aspectos acabados de referir podem, objectivamente, ser considerados como conflituantes, no campo do desenvolvimento da concorrência e da diminuição de posições dominantes.

Como o TC fez notar nos seus vários relatórios de auditoria sobre a regulação, neste aspecto há que ter em conta que os **mercados europeus e transnacionais**, bem como a **harmonização entre os mercados nacionais**, são aspectos que podem ser considerados, ainda, **em fase de desenvolvimento** e, por isso, sujeitos a **alterações estruturais frequentes**, ditadas pelas instâncias políticas nacionais. Neste ambiente, a **mudança de estratégias empresariais**, nomeadamente de internacionalização das empresas, é considerada mais rápida do que as adaptações ao nível dos quadros institucionais.

À data dos trabalhos de auditoria -2.º semestre de 2007-, em diversos sectores, **não eram esperadas alterações substanciais à posição de empresas dominantes com ligações ao Estado.**

Finalmente, não podemos deixar de referir que **o Estado possui, ainda, por vezes até em concomitância, uma terceira dimensão: a de concessionário.**

- ◆ **No que diz respeito a outras influências, nomeadamente as de curto-prazo<sup>17</sup> e que, portanto, não decorram da estratégia geral definida para o sector, pelo Governo.**

**A independência assenta, assim, num conjunto de factores e mecanismos que têm em vista garantir protecção do regulador contra actuações externas que desvirtuem o respectivo carácter técnico.**

<sup>17</sup> Note-se que a regulação trata de promover a obtenção de benefícios através da promoção da eficiência do funcionamento dos mercados, o que pode contrariar a necessidade de gerir, no curto prazo, a promoção de objectivos, por exemplo, de redução de preços ou de custos.



## Tribunal de Contas

Note-se que o carácter técnico da regulação não pode ser visto unicamente numa perspectiva de mera de aplicação mecanicista de métodos de regulação, mas carece de ser avaliado no que diz respeito à respectiva finalidade.

O TC considerou, por isso, que não bastava a existência de uma “independência” em abstracto<sup>18</sup>, ou mesmo de direito, mas que havia a necessidade de a poder avaliar também de facto, ou seja no contexto do agir concreto.

Assim, o TC concluiu que a presença de determinadas imperfeições nos sistemas regulatórios em diversos sectores responsáveis por serviços essenciais, interferiam, na prática, com o exercício da regulação independente.

Entre os aspectos que podem afectar o resultado das decisões de regulação, contam-se:

- ◆ A falta de **estabilidade e previsibilidade** dos quadros legislativos sectoriais<sup>19</sup>;
- ◆ A falta de **coerência** dos quadros legislativos,
  - ◆ por não estarem regulamentados<sup>20</sup>,
  - ◆ por serem alvo de alterações sucessivas<sup>21</sup>,
  - ◆ por introduzirem rigidez na actuação das reguladoras<sup>22</sup>.
- ◆ **Ausência das necessárias revisões estatutárias**, há muito identificadas como necessárias, persistindo os mesmos estatutos em vigor, com erros limitações e omissões graves, mesmo depois de ter já avançado a revisão da legislação sectorial substancial<sup>23</sup>.
- ◆ **Desadequação de poderes** das entidades reguladoras, nomeadamente no âmbito sancionatório<sup>24</sup>;

<sup>18</sup> De facto poderia correr-se o risco de confundir independência com integridade. Por outro lado, a formulação de independência pressupõe a adequada configuração e eficácia do sistema regulatório.

<sup>19</sup> Vd. o caso do sector energético.

<sup>20</sup> Vd. o caso do sector energético.

<sup>21</sup> Vd. o caso do sector energético, anteriormente a 2006.

<sup>22</sup> Vd. o caso do sector das comunicações - critério de distinção entre o que, na lei, deve balizar a actuação da regulação, sendo da responsabilidade governativa, ou deve caber à decisão das entidades reguladoras.

<sup>23</sup> Vd. o caso do sector energético.

<sup>24</sup> No que diz respeito às entidades reguladoras que não as ERI, verificou-se também relativamente ao âmbito regulamentar, tarifário e da qualidade de serviço.

◆ A **falta de autonomia**, por falta de recursos financeiros<sup>25</sup>, ou devido a tramites administrativos de sanção obrigatoriamente ministerial<sup>26</sup>, ou, ainda, de dificuldades na admissão de recursos humanos essenciais;

◆ **Excessivo protagonismo e possibilidade de intervenção do Executivo nos órgãos da entidades reguladoras**, nomeadamente no Conselho Consultivo. Num caso analisado, o conselho Consultivo esteve inactivo por ausência de presidente, cuja nomeação era da competência governamental;

◆ **Ambiguidade dos termos legais estatutários**, nomeadamente considerando a obrigatoriedade de coadjuvação ao Governo, bem como de representação internacional, não existindo consenso dos envolvidos relativamente à sua aplicação a casos concretos e possibilitando a utilização pelo Governo de recursos humanos da ERI<sup>27</sup>;

◆ Ambiguidade de enquadramento da entidade reguladora independente na **orgânica ministerial**<sup>28</sup>, implicando:

- ◆ Ausência, na estrutura orgânica ministerial, de outras entidades responsáveis pela implementação das políticas do sector ou que, em especial, possuam funções de apoio geral ao Governo, na definição das respectivas políticas sectoriais;
- ◆ Concentração de funções consultivas na entidade reguladora independente.

◆ **Junção na mesma entidade reguladora independente de sectores distintos e com regulação com práticas diferenciadas**, motivando diferentes tipos de relacionamento com o Governo<sup>29</sup>;

◆ **Desarticulação entre regulador e Governo, patente, entre outros aspectos, na existência e forma de alterações legislativas, com impacto em mercados já liberalizados**<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Vd. o caso do sector energético

<sup>26</sup> Caso da AdC.

<sup>27</sup> Vd. o caso do sector das comunicações.

<sup>28</sup> Vd o caso do sector das comunicações.

<sup>29</sup> Vd o caso do sector das comunicações.

<sup>30</sup> Vd. o caso do sector energético.

 Outra face do mesmo problema foi o que se verificou quando a legitimidade das entidades reguladoras independentes foi posta em causa pela actuação mais directa do próprio Governo. Dois exemplos:

◆ Em 2006, o Ministro da Economia autorizou a compra de 40% da Auto-estradas do Atlântico pela Brisa, tendo, no entanto, esta operação sido previamente proibida pela AdC;

◆ Em 2006, procede-se à alteração administrativa, por diversas vezes, de regras para o estabelecimento de tarifas eléctricas pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), levando à fixação de tarifas substancialmente diferentes das inicialmente divulgadas por aquela entidade, acção que, segundo publicamente anunciado, levou ao pedido de demissão do então presidente da ERSE<sup>31</sup>.

Saliente-se que o Presidente da República, numa conferência sobre Direito e Economia da Concorrência, em Lisboa<sup>32</sup>, apelou ao respeito pelas decisões dos reguladores dos mercados. Na mesma conferência, o presidente da AdC classificou a possibilidade do Ministro da Economia inverter uma decisão da AdC como uma limitação à independência da entidade reguladora.

## 6 A NATUREZA E O ENQUADRAMENTO DAS REGULADORAS

### Síntese

A transposição de Directivas Comunitárias, implicando transformações profundas nos sistemas regulatórios, tem exigido um grande esforço legislativo nos sectores regulados.

<sup>31</sup> A demissão, por iniciativa dos reguladores é um dos aspectos internacionalmente identificados como denunciadores de problemas na regulação sectorial. Note-se que não está em causa a legitimidade legal das medidas tomadas.

<sup>32</sup> Novembro de 2007.

Verificaram-se importantes desafios colocados à governação, no que diz respeito a aspectos económicos e sociais, em áreas conexas ao sistema regulatório, com impacto nos consumidores.

Os estatutos das ERI são estruturalmente marcados pelas boas práticas conhecidas à data da respectiva elaboração.

A actuação dos órgãos com funções de consulta e controlo tem contribuído decisivamente para a melhoria da regulação nos respectivos sectores.

 As funções reguladoras são desempenhadas por **instâncias de regulação distintas** que incluem o Governo (e.g. ministros e direcções-gerais), os organismos com algum tipo de autonomia, mas reduzida independência (vg. institutos públicos), as entidades reguladoras independentes (ERI) e as ordens profissionais. Nos sectores analisados, verificou-se que predomina o terceiro tipo de instância reguladora (ERI)<sup>33</sup>.

As instâncias de regulação são entidades cujos estatutos lhes conferem, formalmente, um vasto poder de intervenção<sup>34</sup>, embora caracterizado por graus variáveis de autonomia face ao Governo.

Existem elementos divulgados por instituições internacionais, como o Banco Mundial, que referem que a evolução de grande parte dos sistemas regulatórios tem tido como modelo a regulação independente<sup>35</sup>, sendo também mencionado que existe alguma informação, embora, em parte, empírica, segundo a qual, quando o modelo de governação com base no regulador independente é adoptado, tanto legalmente como na prática, poderão existir melhores resultados sectoriais.

Assim, a opção pela regulação independente ou pela “tutelada” é uma opção de gestão pública que tem que ver com o tipo de regulação a desenvolver, a existência de um efectivo mercado ou de condições para o seu desenvolvimento, bem como a existência de monopólios históricos decorrentes de processos de privatização, entre outros factores.

<sup>33</sup> Englobando também nestas as que padecem de mitigação da sua autonomia.

<sup>34</sup> Nomeadamente, funções regulamentares, de fiscalização e sancionatórias.

<sup>35</sup> *Benchmarking*.



No caso dos países da UE, as opções nacionais são, ainda, limitadas pela necessidade de transposição de directivas comunitárias.

O TC comprovou que, nos últimos anos, a transposição de directivas comunitárias tem exigido, por parte dos Governos, um esforço legislativo considerável.

Este esforço tem tido como desafio compatibilizar, entre outros, os seguintes aspectos:

- ◆ A configuração de estruturas sectoriais, a definição de actividades e de normas gerais de relacionamento entre operadores;
- ◆ A redefinição de tipo e âmbito de actuação das entidades dos sistemas regulatórios, bem como a atribuição e configuração dos respectivos poderes;
- ◆ A configuração de mecanismos de controlo e de articulação institucional;
- ◆ A compatibilização da construção de mercados comunitários e a abertura dos mercados nacionais;
- ◆ A necessidade de reformulação do tecido empresarial;
- ◆ Os objectivos e meios de prossecução de importantes políticas económicas e sociais, que constituem âmbito de actuação directa do Estado, por intermédio do Governo.

Em especial, no que diz respeito à configuração estatutária das ERI, o TC concluiu, ainda, que, não obstante alguns desajustamentos, nomeadamente de poder e âmbito, apontados nos seus diversos relatórios de auditoria, **os estatutos analisados, nomeadamente os da ERSE, ANACOM e AdC, revelavam diversas boas práticas conhecidas à data da respectiva elaboração**, manifestando, nessa medida, um evidente esforço legislativo no sentido de configurar adequadamente tais entidades.

Em tal configuração destacou-se a existência de órgãos como os **Conselhos Consultivos** e **Conselho Tarifário**, com competências consultivas relativamente aos Conselhos de Administração, mas que, ao mesmo tempo, prosseguiram objectivos de participação, controlo e transparência. Apesar de alguns constrangimentos detectados, foi possível confirmar, na prática, **o papel de grande relevo destes órgãos para a melhoria de desempenho das entidades reguladoras.**

Uma maior atenção à análise proporcionada pela actuação dos órgãos de controlo e consulta das reguladoras, nos quais participam os diversos intervenientes sectoriais, incluindo representantes governamentais, pode ser decisivo para a antecipação de riscos à regulação no sector, útil para empreender, atempadamente, as alterações legislativas necessárias.

## 7 A TRANSFORMAÇÃO DOS SISTEMAS REGULATÓRIOS

### Síntese

Um aspecto crítico dos sistemas regulatórios analisados prende-se com a gestão da sua própria transformação, o que exige a atenção e articulação dos diversos intervenientes

A natureza de parte importante da informação prestada ao TC pelas entidades reguladoras, bem como das conclusões e recomendações dos seus relatórios indica a necessidade de um reforço no domínio da articulação institucional.

As imperfeições dos sistemas regulatórios podem agravar o problema da legitimação de acção das entidades reguladoras, uma vez que diminuem aos olhos dos cidadãos a clareza do funcionamento do sector, das decisões e dos objectivos dos intervenientes.

As funções estatutárias de cada entidade reguladora são, essencialmente, concretizadas em diplomas legais, de carácter sectorial. A mudança desse enquadramento acaba por tornar as **funções estatutárias voláteis**, motivando o **desenquadramento prático** das mesmas, num caso constatou-se, até, **desajustamento de âmbito de actuação**<sup>36</sup>. Noutro caso, a evolução dos **quadros regulatórios comunitários e a sua transposição** para a legislação nacional vieram motivar o **desequilíbrio** nas funções estatutárias da entidade reguladora<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Estatutos da ERSE.

<sup>37</sup> ICP-ANACOM.

 Do já exposto conclui-se que a obtenção de resultados, a partir da regulação, vai para além da configuração das entidades reguladoras e dos seus poderes. **Neste sentido, factores como uma correcta organização e articulação institucional, adequadas à realidade sectorial, influem decisivamente nos resultados da regulação.**

 Outra conclusão é a de que a regulação, em Portugal, não só tem vivido alterações profundas, como, de futuro, com grande probabilidade, as continuará a sofrer, em função da transformação do enquadramento comunitário. À data dos trabalhos de auditoria -2.º semestre de 2007- previa-se que o quadro comunitário aplicável ao sector das comunicações electrónicas viesse a ser aplicável a outras indústrias de rede. Em diversos sectores, também, muitas das disposições comunitárias já transpostas, para as legislações nacionais, referem-se, ainda, a questões de princípio, nomeadamente face à diversidade de situações nacionais relativas à organização dos mercados, quadros institucionais, bem como à gradualidade da harmonização regulatória.

 Deste modo, **um aspecto essencial para o sucesso dos sistemas regulatórios analisados prende-se com a gestão da sua própria transformação**, o que exige a respectiva avaliação de desempenho, a identificação e valoração dos correspondentes aspectos críticos, bem como a articulação dos seus diversos intervenientes.

**Porém, como se viu, a natureza de parte importante da informação prestada ao TC pelas entidades reguladoras, bem como das conclusões e recomendações dos seus relatórios<sup>38</sup> indica a necessidade de um reforço, neste domínio, nomeadamente no que diz respeito à articulação do Executivo com as ERI.**

 A regulação inclui mecanismos de participação e de publicidade que podem minimizar o problema referido<sup>39</sup>. Estes por vezes são utilizados, mesmo para além do legalmente exigível, como, por exemplo, no que diz respeito à publicidade de actos e informações pelas ERI, nos respectivos sítios da Internet, ou, então e pelo contrário, apresentam-se como inoperantes<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> De forma genérica e resumida representados no ponto 3.2.

<sup>39</sup> Entre outros, mecanismos de consulta, participação nos órgãos consultivos, publicação de pareceres e decisões.

<sup>40</sup> Vd. o caso já referido da falta, até 2004, de constituição do Conselho Consultivo do ICP-ANACOM, por falta de nomeação do respectivo presidente, pelo Governo.

**Como é conhecido, existem sectores, nos quais a transparência, em sentido estrito, da regulação empreendida pelas ERI não é suficiente para proporcionar a respectiva legitimação, nomeadamente aos olhos dos cidadãos. Entre os factores que para tal concorrem estão a tecnicidade das matérias envolvidas e a complexidade do quadro de responsabilidades institucional.**

Neste contexto, **as imperfeições dos sistemas regulatórios, podem agravar o problema da legitimação de acção das entidades reguladoras, uma vez que diminuam, aos olhos dos cidadãos, a clareza do funcionamento do sector, bem como das decisões e dos objectivos dos respectivos intervenientes<sup>41</sup>.**

## 8 A NOMEAÇÃO PARA OS ÓRGÃOS EXECUTIVOS

### Síntese

Verifica-se alguma uniformidade, no que respeita à forma de nomeação dos membros dos órgãos executivos, bem como relativamente aos impedimentos e incompatibilidades associados aos respectivos cargos.

Algumas das entidades reguladoras apresentam nos seus estatutos disposições adicionais, relativamente à nomeação para órgãos de direcção, susceptíveis de reforçar o respectivo estatuto de independência.

 A designação dos membros dos órgãos de direcção das entidades reguladoras **é da responsabilidade do Governo**, sem a intervenção de qualquer outro órgão de soberania, conforme se pode constatar no seguinte quadro:

### AdC

**Os membros do conselho são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do ministro responsável pela área da economia, ouvidos os ministros responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça, de entre pessoas de reconhecida competência, com experiência em domínios relevantes para o desempenho das atribuições cometidas à Autoridade.**

<sup>41</sup> Vd., por significativo, o ocorrido no sector energético, relativamente às tarifas de electricidade, no decorrer de 2006.



## Tribunal de Contas

### ERS

Os membros do conselho são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro da Saúde, de entre pessoas de reconhecidas idoneidade, autoridade e competência técnica e profissional.

### IRAR

Os membros do conselho directivo são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro do Ambiente.

### INTF

Os membros do conselho de administração são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro da tutela (Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território).

### ERSE

Os membros do conselho de administração são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro da Economia, de entre pessoas que possuam qualificações adequadas e reconhecida competência técnica e profissional.

### ICP/ANACOM

Os membros do conselho de administração são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área das comunicações.

No direito comparado e quanto à escolha dos membros das Entidades Reguladoras, encontram-se diversas soluções, que vão desde a responsabilidade exclusiva dos Governos à dos Parlamentos nacionais ou dos Presidentes da República, passando por sistemas de nomeação mista que implicam a intervenção de diferentes órgãos de soberania. A título de exemplo, refira-se a nomeação de reguladores pelo parlamento (Itália) ou pelos presidentes das câmaras parlamentares (França).

Para a nomeação dos membros dos órgãos de direcção dos organismos reguladores existe um conjunto de impedimentos, incompatibilidades, requisitos, bem como a definição de períodos de duração dos mandatos respectivos. Estes proporcionam, em princípio um desfazamento dos mandatos relativamente aos ciclos políticos.

Note-se, por exemplo que os membros dos órgãos reguladores exercem as suas funções em regime de exclusividade, não incluindo as actividades docentes; estão sujeitos ao regime de incompatibilidades e impedimentos estabelecidos na lei para os titulares de altos cargos públicos e não podem deter participações ou interesses nas empresas reguladas. Após o termo das suas funções, os membros ficam impedidos, pelo período de dois anos, de desempenhar qualquer função ou prestar qualquer serviço às empresas dos sectores regulados.

No entanto, como se sabe, nem os ciclos eleitorais, nem os mandatos dos membros dos órgãos das entidades reguladoras cumprem sempre os períodos inicialmente previstos<sup>42</sup>.

Neste sentido, recorde-se que, **para o caso da AdC e da ERS, os respectivos estatutos incluem salvaguardas no sentido de não poder haver nomeação dos membros dos órgãos depois da demissão do Governo ou da convocação de eleições para a Assembleia da República, nem antes da confirmação parlamentar do Governo recém-nomeado.**

Assim, para o conjunto das entidades reguladoras independentes, verifica-se a existência de alguma uniformidade, no que respeita à forma de nomeação dos membros dos órgãos executivos, bem como relativamente aos impedimentos e incompatibilidades associados aos respectivos cargos.

No entanto, algumas das entidades reguladoras apresentam nos seus estatutos disposições adicionais relativamente à nomeação para órgãos de direcção, susceptíveis de reforçar o respectivo estatuto de independência.

<sup>42</sup> Nomeadamente, para além do caso já referido relativamente à demissão do Presidente da ERSE, também os mandatos do Presidente e do segundo vogal da ERS cessaram, igualmente, por renúncia, respectivamente em Julho e Agosto de 2005, o que tornou necessário a nomeação de um novo Conselho Directivo.

## 9 A ARTICULAÇÃO ENTRE A AdC E AS ENTIDADES REGULADORAS SECTORIAIS

### Síntese

Existem situações em que a lei não é explícita quanto ao papel a desempenhar pela AdC e pelas entidades reguladoras sectoriais.

Os protocolos de cooperação, entre AdC e as reguladoras sectoriais, têm tido como finalidade obstar a dificuldades decorrentes da existência de termos legais genéricos ou, mesmo, da sobreposição de competências no campo da concorrência.

 A AdC colabora com as entidades reguladoras sectoriais na aplicação da legislação da concorrência, competindo-lhe a aplicação da Lei da Concorrência (regulação *ex-post*). Às reguladoras sectoriais cabe a regulação dos aspectos técnicos e económicos (regulação *ex-ante*).

 Contudo, as auditorias do TC às várias reguladoras apontam para a **existência de situações em que a lei não é explícita** quanto ao papel a desempenhar pela AdC e pelas entidades reguladoras sectoriais.

Assim, no caso do **sector da saúde** existe, num plano conceptual, uma sobreposição de competências entre a ERS e a ADC, na medida em que, a primeira, tem igualmente como atribuição legal a defesa da concorrência entre operadores, que não deve ser confundida como mera articulação com a AdC na prossecução das atribuições desta. **Pode, pois concluir-se que a ERS tem competências e atribuições semelhantes às consagradas para a AdC, em sede de defesa da concorrência e a título transversal.**

Também, no **sector das comunicações**, a fronteira entre o campo de acção da reguladora sectorial e da entidade reguladora da concorrência de carácter transversal nem sempre apresenta contornos nítidos, ou critérios definidos. Como exemplo, pode referir-se que um dos critérios que, na teoria, surge referido é o que aponta para a intervenção da entidade reguladora da concorrência a partir do momento em que determinado mercado seja considerado concorrencial. Ora não sendo desejável a sobreposição de medidas da autoridade sectorial e da autoridade da concorrência, o carácter pouco delimitado da acção para cada uma destas entidades é susceptível de constituir um **controlo adicional**,

não só no que respeita a cada uma das medidas implementadas em cada mercado, mas, também, do designado **risco de captura**. Este risco decorre de uma eventual permeabilidade e alinhamento do regulador, relativamente a particulares interesses presentes nos sectores regulados.

 No intuito de prever conflitos e de garantir uma articulação eficaz com os reguladores sectoriais, a AdC tem vindo a celebrar com estes acordos de cooperação, nomeadamente no **sector da energia e das comunicações**.

**Sobre este assunto, as entidades reguladoras têm referido ao Tribunal que alguns mecanismos previstos na Lei da Concorrência poderiam ser aperfeiçoados, no que respeita ao relacionamento com os reguladores sectoriais, dada a sua formulação genérica poder conduzir a interpretações diversas com impacto na respectiva aplicação. Por outro lado, a celebração de acordos bilaterais com a AdC tenta suprir este aspecto, sendo, aliás, um mecanismo de relacionamento comum noutros países europeus.**

 Apesar do exposto, o facto de a referida articulação não se encontrar exaustivamente tipificada em lei tem sido entendido, também, como um factor positivo, na medida em que proporciona aos intervenientes **autonomia e flexibilidade** para definir o modo de **relacionamento mais eficaz** em cada momento.

À data dos trabalhos de auditoria –ou seja no 2.º semestre de 2007–, estavam a ser desenvolvidos contactos no sentido de ser celebrado um protocolo entre a AdC e a ERS que **identificasse, com clareza, o âmbito de actuação** de cada uma das entidades e respectiva articulação e que estabelecesse os mecanismos procedimentais necessários à **não existência de situações de conflito**.



## 10 AS BASES PARA O ENQUADRAMENTO DAS ENTIDADES REGULADORAS

### Síntese

Persiste a necessidade de definir, clarificar e aperfeiçoar aspectos essenciais dos sistemas regulatórios.

A actividade regulatória prosseguida por outras entidades, que não o Governo, trouxe consigo alguma heterogeneidade de modelos regulatórios, seja por intermédio de institutos públicos ditos «clássicos», seja através das denominadas autoridades administrativas independentes. Mesmo dentro destas últimas, mais vulgares, as disparidades nos próprios sectores regulados resultaram em modelos organizatórios dissemelhantes.

Neste contexto, os trabalhos desenvolvidos pelo Tribunal permitiram constatar alguma receptividade, por parte das entidades reguladoras, quanto à necessidade de publicação de uma Lei-Quadro para as Autoridades Reguladoras Independentes.

Foi entendimento destas entidades, que a adopção, na nossa ordem jurídica, de uma lei-quadro iria, nomeadamente:

- ◆ Clarificar o grau de independência e autonomia das entidades reguladoras;
- ◆ Esclarecer os mecanismos de controlo e de fiscalização por parte do Governo;
- ◆ Contribuir para a transparência na actividade de regulação;
- ◆ Uniformizar o âmbito, princípios e limites da actividade regulatória;
- ◆ Especificar as regras de gestão pública e de controlo orçamental;
- ◆ Clarificar a articulação da actividade dos reguladores sectoriais com a da AdC.

Assim sendo, a principal virtude de uma futura Lei-Quadro para a actividade regulatória passa, em geral, por uniformizar e disciplinar a actuação das reguladoras num diploma base que institua os traços e os limites gerais da actividade regulatória.

Independentemente do instrumento que sirva de base aos objectivos de uniformização já descritos, as auditorias do TC mostraram a necessidade de, na formulação do enquadramento dos sistemas regulatórios e, nomeadamente das entidades reguladoras, ser prestada atenção a vários aspectos, dos quais se destacam:

- ◆ A salvaguarda de instrumentos e recursos que possibilitem às entidades reguladoras adaptarem-se à evolução sectorial e dos mercados;
- ◆ A necessidade de abranger a existência simultânea de modelos de regulação diferentes nos diversos sectores;
- ◆ A necessidade de contemplar a evolução da legislação nacional, nomeadamente em função da transposição de Directivas Comunitárias;
- ◆ O aperfeiçoamento dos mecanismos de articulação entre Governos e ERI, particularmente em situações de alteração dos quadros legais sectoriais, da configuração dos sistemas regulatórios, ou de liberalização dos mercados;
- ◆ A promoção de uma maior estabilidade de atribuições, nomeadamente pela limitação da volatilidade das funções estatutárias decorrente da legislação sectorial;
- ◆ A definição de mecanismos de revisão estatutária;
- ◆ A distinção mais clara do âmbito de actuação normativa governamental e das ERI;
- ◆ A melhoria da definição de mecanismos de transparência, nomeadamente pela exigência de uma maior divulgação pública de pareceres e propostas, nomeadamente os que têm como destinatário o Governo;
- ◆ O claro enquadramento das entidades reguladoras nas orgânicas ministeriais;

- 
- ◆ O aperfeiçoamento das disposições estatutárias relativas à elaboração dos regulamentos internos dos órgãos das entidades reguladoras;
  - ◆ **A maior uniformização de mecanismos de nomeação, impedimentos e incompatibilidades, nomeadamente dos órgãos executivos das ERI;**
  - ◆ A clarificação de conceitos já utilizados nos estatutos das ERI como os de coadjuvação e representação internacional dos sectores regulados.



## III Sínteses Sectoriais

### 11 O SECTOR DA CONCORRÊNCIA

Em Portugal, o regime jurídico de defesa da concorrência está, actualmente, contido na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, **cabendo à Autoridade da Concorrência (AdC) assegurar o cumprimento das regras da concorrência nacionais e comunitárias, no respeito pelo princípio da economia de mercado e da livre concorrência.** A AdC possui poderes transversais sobre todos os sectores da actividade económica para aplicação das regras de concorrência.

A AdC é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira. **É independente no desempenho das suas atribuições,** sem prejuízo dos princípios orientadores de política da concorrência fixados pelo Governo, bem como dos actos sujeitos a tutela ministerial.

A AdC é **dotada de vastos poderes de actuação:** sancionatórios, de supervisão e de regulamentação para o desenvolvimento e concretização das suas atribuições.

Os seus órgãos são o conselho e o fiscal único. Os membros do conselho, órgão máximo da AdC, são nomeados por Resolução do Conselho de Ministros, por um período de cinco anos, renovável por uma vez. Não pode haver nomeação de membros do conselho depois da demissão do Governo ou da convocação de eleições para a Assembleia da República nem antes da confirmação parlamentar do Governo recém-nomeado.

A actividade da AdC é suportada pelas taxas cobradas e coimas aplicadas, pelas transferências das entidades reguladoras sectoriais e pelo fornecimento supletivo de dotações do Orçamento de Estado, caso se revele necessário.

O **modelo de regulação da concorrência português** reúne características similares às de outros modelos implantados na Europa e apresenta-se, em termos gerais, como equilibrado. Na área do controlo de operações de concentrações, o modelo inspira-se no modelo alemão, ou seja, uma autoridade independente, cuja decisão negativa (oposição), relativamente a uma operação de concentração, conhece recurso extraordinário para o Ministro da Economia, o qual pode revogar a decisão de oposição da autoridade, com fundamento na prevalência dos interesses da economia nacional.

**Constata-se, porém, uma diferença no regime português, face ao regime alemão, que pode dotar o regime nacional de um desequilíbrio inexistente no seu modelo original.** Com efeito, enquanto a lei alemã da concorrência prevê, expressamente, que, em tal circunstância, o Ministro da Economia só pode decidir, em sede de recurso extraordinário, uma vez ouvido um órgão consultivo independente, a lei portuguesa não prevê, expressamente, a audição de nenhuma outra entidade, nem sequer da AdC, em circunstâncias equivalentes. A ausência de tal previsão na lei portuguesa tem dado origem a dúvidas quanto ao papel da AdC neste domínio.

A **banalização do recurso para contrariar as decisões da AdC,** a ocorrer, **poderá conduzir, naturalmente, ao enfraquecimento da capacidade de negociação de compromissos em operações de concentração por parte da AdC, pelo que a intervenção do Governo nas decisões da AdC deverá ser administrada, tal como referido nos Estatutos da AdC, com manifesta excepcionalidade e especial rigor.**

Das decisões da AdC, independentemente de serem proferidas em sede de contra-ordenação ou de procedimentos administrativos, bem como da decisão do Ministro, em sede de recurso extraordinário, cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa.

 A AdC e as autoridades reguladoras sectoriais colaboram na aplicação da legislação da concorrência, sendo que, à primeira, compete a aplicação da lei da concorrência (regulação *ex-post*) e, às segundas, a regulação dos aspectos técnicos e económicos (regulação *ex-ante*). Com vista à prevenção de conflitos, a AdC tem vindo a celebrar, com estas últimas, acordos de cooperação que identifiquem com clareza o âmbito de actuação de cada uma e estabeleçam os mecanismos procedimentais necessários à concretização de tal articulação.

 Apesar de ser um regulador jovem<sup>43</sup>, a AdC tem vindo a desempenhar as suas funções de uma forma dinâmica, contribuindo de forma significativa para a afirmação da cultura da concorrência na economia portuguesa, nomeadamente através da representação activa em importantes organismos nacionais e estrangeiros.

## 12 O SECTOR DA SAÚDE

 Do ponto de vista da organização dos mercados, a saúde, em Portugal, é tradicionalmente composta por mercados de concorrência imperfeita, uma vez que existem barreiras à entrada (licenciamento e convenções) e existe uma posição dominante por parte do sector público.

A legislação sobre o licenciamento de unidades privadas de saúde é muito extensa e dispersa, não existindo um diploma comum; o licenciamento dos estabelecimentos privados prestadores de cuidados de saúde apresenta problemas graves, dado que, vários anos após a publicação dos respectivos regimes jurídicos, ainda existe uma grande percentagem de unidades sem licença atribuída.

As convenções encontram-se, na generalidade das valências onde a contratação foi prevista, fechadas, não sendo possível a celebração de convenções com novos prestadores, independentemente de estes reunirem todas as condições exigíveis e desejáveis para celebrarem acordo com o Serviço Nacional de Saúde.

 Até à publicação do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro<sup>44</sup>, não existia em Portugal a experiência de regulação independente dedicada ao sector da saúde. No passado, a regulação da saúde estava limitada à actuação de entidades administrativas, na dependência directa ou indirecta do Ministério da Saúde e das ordens profissionais.

Ao contrário do que acontece com outras formas institucionais de regulação, a existência de um organismo regulador “dedicado” e independente permite que a regulação se exerça sobre todo o sistema de saúde e não apenas sobre algumas das suas dimensões. **Esta visão global e sistémica permite uma melhor coordenação e maior eficácia na regulação.**

O modelo de regulação da saúde português escolhido foi o da autoridade administrativa independente<sup>45</sup>, dotada de personalidade jurídica, muito embora exista uma tutela administrativa ministerial, traduzida em actos acrescidos de aprovação ou de autorização por parte do Ministro da Saúde e, em alguns casos, do Ministro das Finanças. **Tem por objecto** a regulação, a supervisão e o acompanhamento da actividade dos estabelecimentos, instituições e serviços que prestam cuidados de saúde, quer se situem no subsistema público, quer no privado ou cooperativo e social. Como é próprio das instâncias reguladoras, **dispõe de poderes** regulamentares, de supervisão e sancionatórios, para além de incumbências em matéria de registo público.

O modelo de regulação de saúde português assemelha-se aos modelos de regulação do Reino Unido e da Holanda, onde a regulação realizada por entidades independentes do Governo tem um papel central e se apresenta, em termos gerais, equilibrado.

<sup>43</sup> A AdC iniciou a actividade a 24 de Março de 2003.

<sup>44</sup> Diploma que criou a Entidade Reguladora da Saúde.

<sup>45</sup> Exercida pela Entidade Reguladora da Saúde (ERS).



☞ São Órgãos da ERS o conselho directivo e o fiscal único. O conselho directivo, órgão colegial responsável pela definição da actuação da ERS, é nomeado por Resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro da Saúde<sup>46</sup>. Não pode haver nomeação dos membros do conselho directivo depois da demissão do Governo ou da convocação de eleições para a Assembleia da república nem antes da confirmação parlamentara do Governo recém-nomeado.

**Actualmente, a ERS vive de receitas próprias geradas pelo pagamento das taxas de registo dos regulados, o que lhe garante independência financeira.**

☞ De entre o trabalho que tem vindo a ser desenvolvido pela ERS, destaca-se a actividade de registo obrigatório das entidades prestadoras de cuidados de saúde, como sendo a actividade basilar para o funcionamento da ERS, na medida em que o conhecimento do universo dos regulados é condição imprescindível para que a ERS possa exercer devidamente as suas funções de regulação, supervisão e acompanhamento da actividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde.

**Simultaneamente, o tratamento estatístico das participações, queixas e reclamações tem-se revelado um instrumento fundamental para conhecer os pontos fracos do sistema de saúde e identificar as áreas que exigem uma análise mais aprofundada,** tendo sido possível detectar padrões indiciadores de problemas sistémicos, que foram já analisados por esta entidade, ou que serão no futuro próximo.

☞ **O Programa do XVII Governo Constitucional prevê a alteração no âmbito de actuação da ERS,** tornando-o mais consentâneo com a reforma administrativa em geral e, mais especificamente, com a reforma da saúde, prevista pelo actual Governo. A concretização desse objectivo exige uma revisão do quadro legal e regulamentar que, actualmente, emoldura a actuação da entidade reguladora, encontrando-se para breve a publicação de tal revisão.

<sup>46</sup> O presidente do conselho directivo é nomeado por um período de cinco anos, renovável uma vez e por igual período. Os vogais do conselho directivo são nomeados por um período inicial de dois anos, sendo as nomeações subsequentes efectuadas por períodos de cinco anos, com renovação do mandato por uma vez.

## 13 O SECTOR DAS ÁGUAS E RESÍDUOS

☞ Em Portugal, o sector das águas, das águas residuais e dos resíduos sólidos urbanos apresenta um conjunto de serviços que são essenciais ao bem estar geral, à saúde pública e à segurança colectiva das populações, às actividades económicas e à protecção do ambiente. Os serviços que o sector das águas e resíduos fornecem constituem, em Portugal, monopólios naturais estatais locais ou regionais.

☞ **O modelo organizatório português para o sector das águas e dos resíduos assenta no modelo francês caracterizado pela atribuição do serviço de água e do serviço de águas residuais aos municípios, que podem delegar a sua gestão e exploração aos privados. Contudo, a sua configuração apresenta as seguintes particularidades:**

◆ **Separação dos serviços em “alta” e em “baixa”,** consoante a actividade desenvolvida pelas diversas entidades gestoras<sup>47</sup>. Assim, os sistemas multimunicipais operam em “alta” ou seja desde a captação, distribuição e tratamento de águas a nível grossista e os sistemas municipais aparecem como responsáveis em “baixa”, ou seja, pelo fornecimento a utilizadores e pelo saneamento ao mesmo nível<sup>48</sup>.

◆ **Predomínio do Estado, que surge como o principal accionista a operar em “alta”, na maior parte do território nacional,** em detrimento das atarquias, detendo uma posição dominante nos sistemas em “baixa”, no que concerne às concessões dos serviços municipais<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> O XVII Governo Constitucional apresentou uma estratégia para o sector, ainda em fase de discussão pública, que tem como grande desafio a integração dos sistemas em “alta” com os sistemas em “baixa”.

<sup>48</sup> Os sistemas multimunicipais são aqueles que servem em “alta”, que abrangem a área de pelo menos dois municípios e que exigem um investimento predominante a efectuar pelo Estado, em função de razões de interesse nacional. Todos os restantes são denominados de sistemas municipais, ainda que sejam geridos por associações de municípios.

<sup>49</sup> Em França, o modelo institucional privilegia a entrada e participação do sector privado e não do Estado empresário, ao contrário do que ocorre em Portugal.

 Nos **sistemas multimunicipais**, **constata-se a inexistência de situações concorrenciais**, na medida em que a gestão dos sistemas é efectuada pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidades onde o Estado detém obrigatoriamente a maioria do capital social dessas empresas<sup>50</sup>. Nos **sistemas municipais** podem verificar-se **situações concorrenciais quando os municípios decidem atribuir, por concurso público, a gestão e exploração dos mesmos a entidades privadas, através de contratos de concessão**.

 O Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR), criado pelo Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto<sup>51</sup>, é a entidade reguladora do sector das águas e dos resíduos portugueses.

Os seus objectivos são assegurar a qualidade dos serviços prestados pelos sistemas multimunicipais e municipais de água de abastecimento público, de águas residuais urbanas e de resíduos sólidos urbanos, supervisionando a concepção, execução, gestão e exploração dos sistemas, bem como garantir o equilíbrio do sector e a sustentabilidade económica desses sistemas.

O IRAR possui as seguintes características:

- ◆ É uma **entidade reguladora semi-independente, uma vez que** se encontra sujeito à tutela e superintendência do Ministério do Ambiente **Assim, as decisões do Presidente, bem como as decisões do Conselho Directivo são susceptíveis de recurso para o Ministro do ambiente;**
- ◆ É uma pessoa colectiva de direito público, dotada de **personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira e património próprio; A independência financeira decorre de auferir receitas próprias, cobradas às entidades gestoras, em resultado da sua actividade.**

◆ Relativamente à nomeação de membros para o respectivo Conselho Directivo é, aquela feita por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro do Ambiente, tendo o mandato dos órgãos directivos e de fiscalização duração inferior à do mandato do Governo, sendo os seus membros destituíveis e renováveis;

 De entre as limitações à actividade do IRAR, identificadas durante a auditoria do TC, contam-se:

◆ É dotado de **fracos poderes regulamentares**, que se limitam à execução de regulamentos respeitantes à sua organização e funcionamento, já que não dispõe de competência regulamentar externa, excepto no que respeita à elaboração do regulamento tarifário, que é previsto no respectivo Estatuto<sup>52</sup>;

◆ Tem uma **actuação diminuta no estabelecimento de tarifas e na qualidade do serviço**<sup>53</sup>;

◆ **Não dispõe de competências sancionatórias** para o eventual mau desempenho das entidades sujeitas à sua intervenção;

◆ Os **pareceres emitidos não são vinculativos;**

◆ Estatutariamente foi-lhe atribuído um leque de **atribuições e de competências apenas repartidas pelas entidades gestoras concessionárias, escapando as demais ao seu âmbito de intervenção.**

<sup>50</sup> Poderá existir apenas concorrência, nos casos específicos de subcontratação de serviços de exploração, manutenção e conservação da ETA (Estação de Tratamento de Águas) e ETAR (Estação de Tratamento de Águas Residuais).

<sup>51</sup> O seu Estatuto foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro e alterado pelo Decreto-Lei n.º 151/2002, de 23 de Maio.

<sup>52</sup> Com a entrada em vigor da Lei da Água – Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, encontra-se em elaboração o tão esperado regulamento tarifário que deveria ter sido aprovado no prazo de um ano após a entrada em vigor da referida Lei, com o objectivo de acabar com a disparidade tarifária existente em todo o território nacional.

<sup>53</sup> O IRAR não tem poderes para estabelecer o valor das tarifas. Porém, os tarifários a praticar pelos sistemas multimunicipais, aprovados pelo concedente Ministro, são os recomendados pelo IRAR. Quanto à qualidade do serviço, o IRAR publicou, pela primeira vez, em 2006, os resultados do sistema de avaliação da qualidade de serviço de todas as concessões.



- ◆ As entidades de administração local autárquica (serviços municipais, serviços municipalizados e empresas municipais)<sup>54</sup> não estão sujeitas à intervenção do IRAR em tudo quanto respeite à gestão dos sistemas, com excepção do controlo de qualidade de água para consumo humano<sup>55</sup>.

Por último, refira-se que urge consagrar no quadro legal nacional uma Entidade Reguladora forte e independente, com o âmbito de intervenção alargado a todas as entidades gestoras dos serviços do sector das águas e dos resíduos<sup>56</sup>.

## 14 O SECTOR DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO

- ✎ O sector do transporte ferroviário **apresenta especificidades próprias**, nomeadamente, a existência de um monopolista natural (a REFER<sup>57</sup>) e o predomínio de empresas públicas deficitárias a operarem na área do transporte, que funcionam, na prática, como obstáculos à captação para o mercado de novos operadores.

- ✎ No âmbito da actividade de regulação do sector dos transportes **não existe uma entidade única e independente**, que congregue os diversos subsectores de regulação na área dos transportes. A área dos transportes, nomeadamente, nas várias vertentes do transporte aéreo e do transporte ferroviário é **regulada por institutos públicos**, dotados de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, **que apresentam fortes limitações no tocante à independência objectiva e institucionalmente considerada**.

Com efeito, o sector dos transportes, apresenta, no essencial, três entidades com funções de regulação: o Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (regulador do transporte ferroviário), a Direcção-Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais

(regulador dos transportes terrestres e fluviais) e o Instituto Nacional de Aviação Civil (entidade com funções de regulação no âmbito do transporte aéreo).

- ✎ O modelo institucional no subsector do transporte ferroviário vigente em Portugal assenta numa **separação das actividades de gestão de infra-estrutura e de operação do transporte ferroviário**, cabendo ao INTF (Instituto Nacional do Transporte Ferroviário), regular, fiscalizar e supervisionar as actividades do subsector ferroviário<sup>58</sup>, bem como intervir em matéria de concessões de serviço público.

Com a entrada em vigor do Pacote Ferroviário 1<sup>59</sup> verificou-se um reforço das competências do INTF, com destaque particular para a complementaridade da regulação e fiscalização dos caminhos de ferro e ainda uma competência especial de apreciação de recursos de decisões do gestor da infra-estrutura ferroviária – a REFER<sup>60</sup>. **Estatutariamente, foi atribuído ao INTF um pesado leque de atribuições e de competências legais repartidas por todos os modos de transporte ferroviário.**

Assim, no âmbito da regulação, **compete ao INTF regular as regras de mercado, os comportamentos dos operadores, garantir e controlar o acesso à rede, cooperar com a autoridade da concorrência e elaborar normas técnicas e de segurança.**

- ✎ Nesta sequência, a **densidade e complexidade das actividades objecto de regulação, que não são certamente compagináveis com a estrutura de meios técnicos e humanos afecta ao INTF.**

- ✎ Acresce, ainda, que, para além do **Conselho de Administração ser nomeado por Resolução de Conselho de Ministros, o mandato dos órgãos de administração e de fiscalização têm uma duração inferior à do mandato do governo, sendo, até, destituíveis e renováveis, o que não encaixa obviamente nas premissas essenciais de uma regulação independente.**

<sup>54</sup> O IRAR apenas pode actuar sobre as entidades gestoras concessionárias multimunicipais e municipais, escapando as demais ao seu âmbito de intervenção.

<sup>55</sup> Foi atribuído ao IRAR o estatuto de autoridade competente para a qualidade de água para o consumo humano, nos termos do Decreto-Lei n.º 151/2002, de 23 de Maio, encontrando-se todas as entidades intervenientes no sector sujeitas à sua intervenção

<sup>56</sup> O novo estatuto do IRAR encontra-se, actualmente, em fase de projecto, na posse da tutela.

<sup>57</sup> Rede Ferroviária Nacional, E.P..

<sup>58</sup> As actividades do sector ferroviário integram os Caminhos-de-ferro, os Metropolitanos (o convencional e o de superfície), as instalações por cabo e, ainda, a monitorização das concessões de serviço público.

<sup>59</sup> O Pacote ferroviário 1, transposto pelo Decreto-Lei n.º 270/03, introduziu a liberalização do mercado do transporte ferroviário internacional de mercadorias.

<sup>60</sup> Rede Ferroviária Nacional, E.P..

Apesar de o **INTF ser dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e ainda dispor de independência técnica, o mesmo não dispõe de independência funcional no exercício das suas funções, acrescentando ainda o facto do mandato dos órgãos de administração e de fiscalização ser curto e inferior ao mandato do governo**, como já se referiu.

Constata-se, assim, que o actual modelo de regulação do subsector ferroviário instituído em Portugal, **apresenta algumas limitações** que se prendem também com a **falta de independência orgânica e funcional da entidade reguladora - o INTF**, que se encontra sujeito à **tutela e superintendência do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações**.

Por outro lado, não obstante o INTF possuir poderes de regulação, de supervisão e de fiscalização de todas as actividades do sector ferroviário, para além dos poderes sancionatórios e dos relacionados com a apreciação de recursos de decisões do gestor da infra-estrutura – A REFER –, a verdade é que **esta entidade reguladora carece de independência institucional face ao Governo, ao contrário do que já se encontra previsto em normativo legal, para outras entidades reguladoras**, por exemplo, para a ERS.

Por último, sublinhe-se que algumas competências atribuídas a esta entidade, como sejam as do **processamento de participações financeiras da administração central e as de representação do Estado nos contratos de concessão de serviço público, não se integram seguramente numa actividade regulatória stricto sensu**. Por outro lado, verifica-se que **nas atribuições do INTF não está incluída a fixação de preços, uma vez que estes são estabelecidos através dos contratos de concessão ou pelo governo directamente**.

Em suma, constata-se que **o modelo de regulação do transporte ferroviário, que norteia a actuação do INTF, não se enquadra num modelo - tipo característico de uma ERI, o que revela, aliás objectivamente, a forte dependência do subsector dos transportes ferroviários em relação ao poder político**.

Note-se que o INTF foi criado através do Decreto-Lei n.º 299-B/98, de 29 de Setembro. Actualmente, o INTF encontra-se extinto, tendo sido criado, em sua substituição, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, I.P. (IMTT).

## 15 O SECTOR DA ENERGIA

O sector da energia abrange os sectores da electricidade, do gás natural e petrolífero.

No **sector petrolífero** não vigora o mesmo nível de dependência das diversas actividades relativamente às infra-estruturas de transporte e distribuição, verificado nos sectores da electricidade e do gás natural. De facto, a distribuição e transporte são essencialmente efectuadas por via marítima, rodoviária e mesmo ferroviária, sendo-lhe aplicável a legislação do sector dos transportes.

Já os **sectores da electricidade, do gás natural** são muito marcados por **características de rede**, o que motiva, a nível legal, a definição do que constitui a rede pública de infra-estruturas, nomeadamente de transporte e distribuição. Tanto num caso como noutro, existem actividades exercidas em concessão, em regime de serviço público, bem como outras sujeitas à obtenção de licença, em regime de livre concorrência. Assim, a problemática do acesso e uso das redes é um aspecto essencial da actividade de regulação.

A estrutura de actividades nos três sectores é diferenciada. De entre as particularidades de organização sectorial, são de destacar as seguintes:

No sector eléctrico, a existência da **actividade de gestão de mercados organizados**. O designado Mercado Ibérico da Electricidade – MIBEL, é constituído por um pólo português que possui um operador gestor do mercado a prazo e um pólo espanhol cujo operador actua como entidade gestora do mercado diário;



- ◆ Nos sectores do gás natural e da electricidade, a **existência dos designados comercializadores de último recurso** – entidades que devem assegurar o fornecimento de energia a todos os consumidores que o requeiram, com submissão ao regime de tarifas e preços regulados. A respectiva actividade fica sujeita à **prestação de obrigações de serviço universal** de fornecimento de energia.

Nos sectores da electricidade e do gás natural, vigoram ainda outras características marcantes:

- ◆ Um domínio de **operadores históricos**, com fortes ligações ao Estado, presentes em diversas das actividades de cada um dos sectores. Esta questão não exclusiva do caso português tem dado relevo à questão da eficácia da separação de actividades (*unbundling*).
- ◆ Movimentos de **liberalização** dos mercados, com marcos impostos pelas directivas comunitárias, com o intuito de aumento de eficiência dos mercados através de um aumento da concorrência<sup>61</sup>.
- ◆ A **internacionalização dos mercados**, nomeadamente a nível comunitário e comunitário-regional.

Com relevância mais directa para o caso português temos o já referido **MIBEL** e o **mercado intracomunitário sudoeste** (Portugal, Espanha e França). A construção destes mercados tem dado relevo a questões como a **harmonização regulatória** e o incremento e gestão da **capacidade de interligação** entre espaços nacionais. À data dos trabalhos de auditoria, o impacto positivo destes mercados e nomeadamente do MIBEL, sofria, ainda de constrangimentos significativos que lhe não permitiam assumir-se como mercado de referência.

<sup>61</sup> O mercado de energia eléctrica encontrava-se liberalizado desde 2000, para os consumidores empresariais, os quais, progressivamente, passaram a relacionar-se com os comercializadores (quer nacionais, quer espanhóis) em regime de mercado. Para os consumidores domésticos, a elegibilidade foi possível a partir de 4 de Setembro de 2006. No que respeita ao sector do gás natural, previa-se a progressiva liberalização a partir de 2007, por segmentos de mercado, até à liberalização plena (elegibilidade de todos os clientes), em 1 de Janeiro de 2010.

- ◆ A necessidade de promover a obtenção de energia a partir de **fontes renováveis**, tanto por questões ambientais, como para diminuir a dependência externa relativamente às fontes fósseis.

- ◆ O facto de a energia se tratar de um **bem essencial**, tanto na perspectiva dos consumidores domésticos, como dos consumidores institucionais públicos e privados, revestindo-se de grande importância social e económica o factor preço.

- ◆ O facto de o território português ser caracterizado por **descontinuidades geográficas**, levando à existência de **três subsistemas**, de características próprias, um no Continente e um em cada uma das Regiões Autónomas, relativamente aos quais existe necessidade de efectuar esforços de convergência, nomeadamente a nível tarifário.

Em conjunto, os factores referidos têm afectado a forma como legalmente tanto a definição das actividades, como a tipificação dos intervenientes têm sido fixadas. Os princípios orientadores de política energética emanados pelo Governo, tomam essencialmente corpo **num único documento** designado Estratégia Nacional para a Energia. Na sua sequência, a **reformulação dos quadros legais dos três sectores foi iniciada em 2006**.

No sector da energia verifica-se a intervenção de três entidades reguladoras:

- ◆ **Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)**<sup>62</sup>.

A ERSE é **independente no exercício das suas funções**, no quadro da lei, **sem prejuízo dos princípios orientadores da política energética fixados pelo governo**, nos termos constitucionais e legais e dos actos sujeitos a tutela ministerial.

<sup>62</sup> A articulação entre a ERSE e a DGGE encontra-se, na maioria dos casos, tipificada na letra da lei.

Já em 1995 a legislação sectorial previa que a relação entre duas componentes do sistema eléctrico nacional<sup>63</sup>, coubesse a uma entidade reguladora, pelas suas características independente. Só **mais tarde a a Constituição da República**, na sua revisão de 1997, viria a contemplar a possibilidade expressa de criação de “entidades administrativas independentes”.

Tal legislação previa já a possibilidade de **desfasamento dos mandatos** dos membros do Conselho de Administração relativamente aos ciclos eleitorais, a sua **sujeição ao regime de exclusividade e a incompatibilidades**, bem como, antes do final do prazo de nomeação, **limitações à respectiva exoneração**<sup>64</sup>.

**O seu âmbito de actuação, inicialmente restrito ao sector eléctrico veio a ser alargado ao sector do gás natural em 2001 e ao sector petrolífero em 2006**, embora neste caso cingido ao acesso de terceiros a instalações e ao armazenamento, distribuição e comercialização de gases de petróleo liquefeitos (GPL) integrados na definição de serviços públicos essenciais.

No conjunto dos seus órgãos, para além do Conselho de Administração, bem como do Fiscal Único, sobressaem o Conselho Consultivo e o Conselho Tarifário, que se comprovou terem contribuído positivamente para o desempenho da regulação. **Estes, identificaram e sublinharam riscos e ao assumirão compromissos de actuação manifestando um entendimento pró-activo das respectivas das funções.**

Do articulado dos Estatutos da ERSE **salientam-se as seguintes características:**

- - Poder regulamentar (emissão e aprovação de regulamentos internos e externos);
- - Poder consultivo em matérias específicas;
- - Poder de fiscalização de normas contratuais e legais;
- - Funções de monitorização da actividade dos operadores;

- - Poderes sancionatórios: cabe à ERSE processar as contra-ordenações e aplicar as devidas coimas e sanções acessórias, podendo decidir, nomeadamente, pela suspensão de licenças.

À ERSE cabe também a aplicação de mecanismos que **“permitam evitar qualquer abuso de posição dominante e qualquer comportamento predatório”**. No entanto estes **não passam por imposições directas aos operadores**, mas referem-se à aplicação dos mecanismos definidos nos diversos regulamentos. Por outro lado, não deve esquecer-se, também, que as normas nacionais transpõem mecanismos, princípios e requisitos constantes da legislação comunitária.

Assim, a acção da entidade reguladora independente, no campo da concorrência, decorre principalmente do cumprimento de determinados princípios, **no âmbito da prossecução do seu papel de regulação económica**. Nesse sentido, práticas anti-concorrenciais são prevenidas através da exigência de separação entre as actividades exercidas em regime de monopólio e as actividades exercidas em regime de concorrência, ou através dos princípios da não-discriminação, da repercussão dos custos nas tarifas e da aditividade tarifária, com o objectivo de evitar a subsidiação cruzada entre actividades ou segmentos de clientes. Importante é, também, a divulgação de informação, pelas reguladoras e, em especial, pela ERSE, sobre os sectores regulados, já que promove condições de não discriminação e de igualdade de tratamento.

◆ **Autoridade da Concorrência (AdC)** - entidade que transversalmente regula a concorrência

A articulação da autoridade da concorrência com as restantes entidades reguladoras do sector opera-se essencialmente no âmbito da Lei da Concorrência, sendo particularizadas as suas condições em protocolos de cooperação.

De entre os mecanismos de cooperação instituídos destacavam-se à data dos trabalhos de auditoria, o envio semanal pela DGGE do levantamento dos preços dos combustíveis nos pontos de venda e, na existência de dúvidas sobre a existência de práticas anti-concorrenciais, a remessa pela ERSE dos processos de reclamação recebidos.

<sup>63</sup> Então designadas de sistema eléctrico de serviço público e sistema eléctrico independente.

<sup>64</sup> Apenas possível por incapacidade ou incompatibilidade superveniente, falta grave comprovadamente cometida, ou desvios tidos como injustificados entre os custos orçamentados e os efectivamente suportados.



A ERSE destacava, ainda a elaboração de pareceres a solicitação da AdC sobre operações com eventual impacto no nível de concorrência do sector energético, casos em que poderá também intervir a CMVM.

- ◆ **Direcção-Geral de Geologia e Energia (DGGE)** – essencialmente no âmbito da regulação técnica.

Organismo do Ministério da Economia **com funções de apoio à decisão e à execução da política energética preparando, ainda, a legislação quadro do sector energético, bem como a regulamentação técnica de segurança. Paralelamente, procede ao acompanhamento das cláusulas contratuais das concessões.**

O respectivo **poder regulamentar autónomo é formalmente restrito**, na medida em que passa pela apresentação de **propostas de regulamentos para aprovação do Ministro da área da energia**, em alguns casos precedidos de parecer da ERSE e de propostas das entidades concessionárias.

- ✍ **A actuação das entidades reguladoras sectoriais foi considerada positiva pelo TC, tendo em conta os seus âmbitos de actuação e efectivas competências e poderes.**

- ✍ **Ao longo do período de análise, a regulação no sector enferrou de limitações em resultado directo, ou indirecto de diversos factores:**

- ◆ **Desde logo é de referir que os Estatutos da ERSE enfermavam de erros, omissões e limitações graves, em alguns aspectos, desde 2002.**

Assim, no que toca ao exercício do **poder sancionatório, a ERSE sofre diversas limitações**. Desde logo, o seu poder sancionatório para o sector do gás natural tem como referência os seus estatutos de 2002, na secção II designada “Competências relativas ao sector do gás natural”, que remete para os Decretos-Lei n.º 183/95, 184/95 e 185/95, todos de 27 de Julho. Estes diplomas dizem respeito ao sector eléctrico, pelo que o mesmo diploma inviabiliza o exercício do poder sancionatório no sector do gás natural. A ERSE atribuía tal facto a “manifesto erro legislativo”, nunca corrigido.

Já relativamente ao **sector da electricidade o regime sancionatório era, no quadro legal vigente até Agosto de 2006, marcado pela baixa capacidade de dissuasão**, uma vez que os montantes em causa eram relativamente baixos (no máximo cerca de 30 000€), tendo em conta a dimensão das empresas reguladas. A partir da publicação do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 23 de Agosto **a situação agravou-se**, uma vez que o anterior regime “foi revogado e, em sua substituição, ainda não foi aprovado outro regime sancionatório.

Quanto ao **sector petrolífero, o seu poder sancionatório não consta dos seus actuais Estatutos**, uma vez que o âmbito de regulação da ERSE não incluía, à data da sua publicação este sector. Por outro lado, este poder também não se encontrava, ainda definido noutra legislação que deveria ter surgido, na sequência da nova organização sectorial<sup>65</sup>.

- ◆ **A ausência de um completo quadro legal para o sector da energia, durante 2006 e princípio de 2007, marcou, tal período, pela falta, em domínios fundamentais, de estabilidade e de previsibilidade, factores indispensáveis ao bom funcionamento dos mercados e ao desempenho eficaz da regulação.**

As dificuldades reflectiram-se:

- Ao nível dos operadores em **paragem de investimentos**,
- Ao nível da actividade da ERSE em **dificuldades de desenvolvimento de projectos e acções previamente calendarizadas** e, ainda em
- No que diz respeito aos próprios mercados **dificultando aumento de concorrência** no sector da electricidade, através da não entrada de novos incumbentes.
- Na definição do sistema regulatório, uma vez que a própria **distribuição de responsabilidades de regulação** se encontrou prejudicada porque no final dos trabalhos de auditoria, cerca de um ano após a publicação do diploma de base relativamente ao sistema petrolífero nacional, não se encontrava publicada legislação complementar que definiria, em concreto, as atribuições da ERSE e da DGGE.

<sup>65</sup> Surgida com o Decreto-Lei n.º 31/2006, de 15 de Fevereiro.

◆ **Falta de poder de decisão sobre os próprios recursos, num cenário de acréscimo de funções.**

◆ A articulação existente entre prerrogativas legais do Governo e da entidade reguladora independente não proporcionava adequadas **condições de transparência e de percepção, por parte dos consumidores, sobre o papel da entidade reguladora, num mercado liberalizado.** Na base destes factos estavam:

- A complexidade das matérias em causa;
- A repercussão pública que teve a opção governamental de, em finais de 2006, as tarifas de venda a clientes finais não virem a repercutir, integralmente, todas as componentes de custos e não se verificasse o aumento de tarifas<sup>66</sup>, anunciado pela ERI;
- O sistema tarifário de electricidade ter sido crescentemente marcado por questões parafiscais que, tendo importantíssimos objectivos na perspectiva social e económica, extravasavam o âmbito estrito do sector regulado e eram determinadas a montante da entidade reguladora independente, dando origem aos Custos de Interesse Económico Geral<sup>67</sup>.

◆ **À data de encerramento dos trabalhos de auditoria, em princípios de 2007, importantes questões que respeitavam ao relacionamento com os operadores do mercado de produção, como a cessação dos contratos de aquisição de energia e dos custos de manutenção do equilíbrio contratual, não estavam ainda resolvidas.** Ora a interdependência entre a actividade de produção e as actividades reguladas, contribuía para limitar os efeitos da regulação empreendida pela ERI.

◆ **Uma constatação importantíssima refere-se ao facto de, ao longo de 2006, se terem verificado problemas de relacionamento entre o Governo e a Entidade Reguladora Independente. Neste sentido:**

- A ERSE manifestou, ao longo de 2006, desconhecimento sobre o estado do processo da imprescindível revisão dos seus Estatutos<sup>68</sup>;
- Versões finais de relatórios de órgãos de controlo interno não recebidas pela ERI;
- No mercado da electricidade, a indefinição tarifária, ao longo de 2006, e a mitigação da importância da fixação de tarifas em baixa tensão normal, veio reduzir o papel de definição do mercado a ser desempenhado pela entidade reguladora independente.

✎ **Por último, há que referir que, na sequência dos acontecimentos de 2006, ocorreu o pedido de demissão do Presidente do Conselho de Administração da ERSE, a pouco mais de um mês de terminar o respectivo mandato, invocando terem deixado de se verificar as condições que permitissem o exercício da regulação independente e, nas suas palavras, o respeito pelos colaboradores, consumidores, operadores e instituições a quem estatutariamente prestou contas e com quem cooperou. Situações como esta são internacionalmente consideradas como sinal inequívoco de problemas nos sistemas regulatórios.**

## 16 O SECTOR DAS COMUNICAÇÕES

✎ O sector nacional das Comunicações engloba as **comunicações electrónicas** e os **serviços postais**.

✎ Neste sector são entidades reguladoras independentes:

◆ O ICP-ANACOM, que desenvolve regulação económica e de concorrência, e é caracterizado, essencialmente, por:

- ✦ **Independência orgânica e funcional;**
- ✦ **Autonomia administrativa e financeira;**

<sup>66</sup> Para a electricidade em baixa tensão normal.

<sup>67</sup> Esta matéria, nos últimos anos, tem sido tema de alerta quer por parte dos órgãos consultivos da ERSE, bem como do seu Conselho de Administração, cujos pareceres e comunicados são, em tempo, públicos e disponíveis.

<sup>68</sup> Contendo estes, como se viu, limitações graves para a regulação. Ao contrário do que aconteceu com a ERSE, a DGGE conhecia estar em curso a revisão da sua respectiva orgânica.



- ✦ Exercício de **funções de regulação**, com poderes:
  - **Normativos**: emissão de regulamentos internos e externos, de acordo com as suas necessidades e em conformidade com o seu Estatuto;
  - **Impositivos**: imposição de obrigações aos operadores;
  - **Sancionatórios**: aplicação de multas, coimas e sanções acessórias;
  - **De recomendação**, em casos concretos.
- ✦ Funções de **monitorização dos mercados**;
- ✦ **Representação**, a nível internacional, dos sectores regulados.

Na sua globalidade, os Estatutos do ICP-ANACOM mostram-se coincidentes com a informação, disponível à data da sua elaboração, sobre as melhores práticas aplicáveis à configuração das entidades administrativas independentes. Dos seus órgãos fazem parte o Conselho de Administração, o Conselho Fiscal e o Conselho Consultivo, o qual tem tido um papel activo, produzindo pareceres e recomendações que se têm progressivamente mostrado adoptadas pelo Conselho de Administração.

Tendo em conta as suas atribuições e instrumentos a actividade de regulação do ICP-ANACOM mereceu uma apreciação positiva, por parte do TC.

- ✦ A AdC, também no domínio da concorrência. A articulação entre estas duas entidades é efectuada através de protocolos formais, nomeadamente no âmbito da Lei da Concorrência.
- ✦ Um facto da maior importância para a análise da regulação no sector é a existência de uma diferenciação marcada entre o enquadramento das **comunicações electrónicas** e dos **serviços postais**. Assim:
  - ✦ A regulação do sector, no que toca às **comunicações electrónicas**, insere-se num **quadro piloto, a nível comunitário**, que poderá servir de modelo para aplicação aos serviços postais e a outros sectores caracterizados por indústrias de rede, como a dos transportes e energia.
  - ✦ **Entidades reguladoras independentes, ao nível nacional** e, portanto, equidistantes de todos os interesses regulados, inclusivamente do Estado accionista;
  - ✦ **Tipificação dos mercados abrangidos pelo sector** podendo esta tipificação ser adaptada a cada realidade nacional;
  - ✦ **Existência de orientações para a análise de mercados** consentâneas com o direito da concorrência e com carácter prospectivo;
  - ✦ **Cabaz de obrigações passíveis de serem impostas pelas reguladoras** aos operadores com Poder de Mercado Significativo, isto é, que exerçam, em determinado mercado, um domínio limitador da concorrência;
  - ✦ **Existência de um mecanismo de consulta à Comissão Europeia** que implica a possibilidade de a Comissão Europeia rejeitar determinados projectos de decisão (identificação de mercados relevantes e designação ou não de empresas com poder de mercado significativo) ou comentar as propostas de imposições aos operadores;
  - ✦ **Regulação incidindo apenas sobre os mercados não concorrenciais.**

Assim, no caso das comunicações electrónicas verifica-se a existência de mecanismos que sublinham fortemente uma relação entre a autoridade reguladora independente e a Comissão Europeia. O sistema implementado tem como consequências, entre outras:

- ✿ A exigibilidade de conhecimento prévio à Comissão das medidas de regulação (definição de mercados e designação ou não de empresas com Poder de Mercado Significativo).
- ✿ O poder da Comissão, para comentar ou mesmo rejeitar medidas de regulação, em nome da harmonização comunitária da regulação e dos mercados;
- ✿ A possibilidade de a Comissão Europeia poderá, ainda, comentar os “remédios” (imposição aos operadores) definidos pela entidade reguladora.

Este enquadramento implica, a nível dos Estados-Membros, grande exigência na análise e monitorização dos mercados. **Os mercados das comunicações possuem grande dinamismo, pelo que a capacidade de antecipação é um factor fundamental para o sucesso da decisão de imposição, revisão ou até eliminação de imposições aos operadores.**

Neste âmbito, o papel da ERI sectorial, ou seja do ICP-ANACOM, toma corpo essencialmente na Lei das Comunicações Electrónicas<sup>69</sup>.

O ICP-ANACOM dispõe, **quanto às comunicações electrónicas, de um largo leque de instrumentos para a prossecução dos objectivos de regulação**, bem como, também, de responsabilidades de monitorização, o que lhe permite avaliar a necessidade de impor, alterar ou suprimir obrigações aos operadores.

- ◆ **No caso dos serviços postais, o enquadramento diverge substancialmente**, desde logo, pela possibilidade dada aos Estados Membros de manterem uma área reservada e, portanto, para já, fora de liberalização.

Neste sector constata-se a existência de regulação por convénio. A concessionária está essencialmente obrigada, por contrato, ao Estado e não directamente à entidade reguladora. Ao contrário, os convénios são estabelecidos por via negocial, entre entidade reguladora e concessionária.

Outro facto importante é o de os regulamentos serem da responsabilidade governamental e não do ICP-ANACOM.

- ✿ **Ainda no que diz respeito à diferenciação do sector das comunicações electrónicas e dos serviços postais, convém sublinhar que a própria noção de independência da reguladora, decorrente das directivas comunitárias, difere para um caso e para outro. Enquanto que para as comunicações electrónicas está associada à equidistância de todas as partes envolvidas no sector, incluindo o Estado (entenda-se Executivo), no caso dos serviços postais, no actual estágio comunitário, refere-se essencialmente à posição face aos operadores.**

- ✿ Para além dos aspectos já descritos, merecem destaque outras características do **sector das Comunicações que se repercutiram na regulação:**

- ◆ **Existência histórica de monopólios de raiz estatal** tanto nas comunicações electrónicas, como nos serviços postais, resultando daqueles, ainda, grande influência. As concessionárias ou os grupos em que se incluem (CTT e PT) **exerciam domínio em quase todos os mercados em que intervêm;**
- ◆ **Progressiva liberalização**, no sector das comunicações electrónicas vigorava já o regime de acesso através de autorização geral (preconizado pelas directivas comunitárias), No caso dos serviços postais não só subsistia o regime de acesso através de licença individual, como se verificava a presença de uma área reservada à Concessionária. A existência de uma área reservada era, à data dos trabalhos de auditoria, para os serviços postais, permitida pela legislação comunitária em vigor;
- ◆ **Rapidez e profusão da inovação tecnológica e comercial;**

<sup>69</sup> Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro.



- ◆ Concentração na mesma entidade reguladora de responsabilidades relativas às comunicações electrónicas e aos serviços postais, com diferentes enquadramentos. Aliás, até a evolução dos quadros regulatórios comunitários e a sua transposição para a legislação nacional veio provocar desequilíbrio no conjunto das atribuições estatutárias da entidade reguladora, uma vez que lhe passaram a estar atribuídos dois sectores com diferentes enquadramentos regulatórios<sup>70</sup>, **incluindo diferentes referenciais de independência**;
- ◆ A entidade reguladora desempenhava ainda funções de coadjuvação ao Governo “a pedido deste ou por iniciativa própria, na definição das linhas estratégicas e das políticas gerais das comunicações e da actividade dos operadores de comunicações, incluindo a emissão de pareceres e elaboração de projectos de legislação do domínio das comunicações. Este aspecto, por si só não seria digno de registo especial, não fosse a **concentração na entidade reguladora de funções consultivas ao mais poderoso dos intervenientes com interesses nos sectores regulados. Acresce que assume também importância a ausência de clarificação do conteúdo de coadjuvação e da sua extensão, no âmbito do apoio prestado ao Governo. Aliás o exercício independente da função de regulação, conceptualmente, pressupõe equidistância de todos os interesses no sector**;
- ◆ **Ausência, na estrutura orgânica do MOPTC, de outra entidade responsável pela implementação dos normativos relativos ao sector ou que, em especial, possua funções de apoio geral ao Governo, na definição das respectivas políticas para as comunicações**;
- ◆ A configuração e as funções do Conselho Consultivo e do Conselho Fiscal, garantiam ao **Governo, por intermédio dos seus representantes, a possibilidade de exercício de grande protagonismo, pela excessiva concentração de prerrogativas** de que gozavam<sup>71</sup>;
- ◆ **Discrepâncias entre o exposto no regulamento interno do Conselho Consultivo, da sua própria responsabilidade, e exposto nos Estatutos do ICP-ANACOM**;
- ◆ Atribuição à ERI de **funções desenquadradas da sua actividade de regulação**, nomeadamente tendo em conta a exigência do enquadramento nacional e comunitário, então vivido e a respectiva necessidade de alocação de recursos;
- ◆ **Inclusão na legislação sectorial de normas que impedem directamente a prossecução de objectivos de regulação**, por disporem sobre matérias que deveriam ser da responsabilidade da entidade reguladora<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Cujas diferenças, sucintamente já atrás foram descritas.

<sup>71</sup> De notar que, entre outros aspectos apurados pelo TC, o Conselho consultivo esteve inactivo até 2004 por via de governamentalmente não ter sido nomeado o respectivo Presidente.

<sup>72</sup> Estão, neste caso as disposições legais que, sendo demasiado específicas, implicam dificuldades em fazer cumprir parâmetros de qualidade, bem como em responsabilizar os respectivos operadores.





## IV Destinatários, Publicidade e Emolumentos

### 17 DESTINATÁRIOS

Deste Relatório são remetidos exemplares:

- À Presidência da República;
- À Assembleia da República, com a seguinte distribuição:
  - Ao Presidente da Assembleia da República;
  - À Comissão da Saúde;
  - À Comissão de Assuntos Económicos, Inovação e Desenvolvimento Regional;
  - À Comissão de Obras Públicas, Transportes e Comunicações;
  - Aos líderes dos Grupos Parlamentares.
- Ao Governo, com a distribuição que se segue:
  - Ao Primeiro-Ministro;
  - Ao Ministro da Economia e da Inovação;
  - Ao Ministro das Finanças e da Administração Pública;
  - Ao Ministro da Saúde;
  - Ao Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações;
  - Ao Ministro do Ambiente, do Território e do Desenvolvimento Regional.
- Às entidades reguladoras, com a distribuição que se indica:
  - Ao Conselho da AdC;
  - Ao Conselho de Administração da ERSE;
  - Ao Conselho de Administração do INTF;
  - Ao Conselho de Administração do ICP-ANACOM;
  - Ao Conselho Directivo da ERS;
  - Ao Conselho Directivo do IRAR.

- Ao representante do Procurador-Geral da República junto do Tribunal, nos termos do disposto pelo n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

### 18 PUBLICIDADE

Após entregues exemplares deste Relatório às entidades antes enumeradas, será o mesmo, em tempo oportuno e pela forma mais adequada, divulgado pelos meios de Comunicação Social e, bem assim, inserido no sítio do Tribunal de Contas.

### 19 EMOLUMENTOS

Não são devidos emolumentos pelo presente Relatório Síntese, uma vez que o Tribunal já os fixou, nos relatórios específicos aprovados.

---

Tribunal de Contas, em 3 de Abril de 2008

O Conselheiro Relator



(Carlos Moreno)

Os Conselheiros Adjuntos

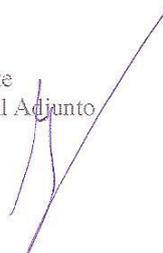


(António José Avérous Mira Crespo)



(José Manuel Monteiro da Silva)

Fui presente  
O Procurador-Geral Adjunto



(António Cluny)