

Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa

Católica Lisbon School of Business & Economics



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

DA INDEPENDÊNCIA DAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

JOÃO LUÍS MENDONÇA GONÇALVES

Orientação por:

PROFESSOR DOUTOR JOÃO CONFRARIA

PROFESSOR DOUTOR PEDRO MACHETE

Mestrado em Direito e Gestão

Junho de 2014

Regulation is both a constitutive element of capitalism (as the framework that enables markets) and the tool that moderates and socializes it (the regulation of risk¹)

¹ LEVI-FAUR, David, "The global diffusion of regulatory capitalism", in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, 2005, pág. 14.

AGRADECIMENTOS

A redacção da presente dissertação não teria lugar sem a estimulante e voluntariosa orientação dos Senhores Professores JOÃO CONFRARIA e PEDRO MACHETE. Devo-lhes uma palavra de enorme gratidão quer pelo tempo que os privei, quer pelos ensinamentos que me procuraram transmitir. É minha esperança que este estudo faça jus às lições que tão superiormente ministraram.

Um agradecimento especial é dirigido aos meus pais e à minha irmã. Estas linhas que agora se apresentam não teriam sido possíveis sem o extraordinário apoio que sempre me concederam. Este breve estudo é-lhes, por isso, dedicado.

LISTA DE ACRÓNIMOS

AdC	Autoridade da Concorrência
AR	Assembleia da República
ARI	Autoridade reguladora independente
art.	artigo
BdP	Banco de Portugal
CA	Conselho de administração
cap.	capítulo
CERRE	<i>Centre on Regulation in Europe</i>
cfr.	conferir
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRESAP	Comissão de Recrutamento e Selecção para a Administração Pública
CRP	Comissão da República Portuguesa
ERC	Entidade Reguladora para a Comunicação Social
ERS	Entidade Reguladora da Saúde
ERSAR	Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
i.e	isto é
<i>ibidem</i>	no mesmo lugar
ICP-ANACOM	Autoridade Nacional de Comunicações
IMT	Instituto da Mobilidade e dos Transportes
INAC	Instituto Nacional de Aviação Civil
<i>infra</i>	ver abaixo
IP	instituto público
ISP	Instituto de Seguros de Portugal
LQER	Lei-Quadro das Entidades Reguladoras aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto (Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo)
LQ-IP	Lei-Quadro dos Institutos Públicos
n.º	Número
<i>op. cit.</i>	obra já citada anteriormente do mesmo autor
<i>supra</i>	ver acima
vol.	Volume

ÍNDICE

I. Introdução	6
II. Regulação e as Autoridades Reguladoras Independentes	7
1. Enquadramento	7
2. Da nova regulação	9
3. Do conceito de regulação	10
4. Das autoridades reguladoras independentes	13
III. Independência	16
1. Enquadramento	16
2. Independência formal	17
3. Independência de facto	19
Quadro I - Vectores de independência das ARI's	22
IV. Autoridades Reguladoras Independentes no ordenamento jurídico português	23
1. Perspectiva histórica	23
2. Autoridades Reguladoras Independentes e a Constituição	24
3. Autoridades Reguladoras Independentes e a Administração Pública	26
4. Fragmentação jurídica e os estatutos anteriores ao novo regime das Autoridades Reguladoras Independentes	28
V. Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes	29
1. Introdução à nova Lei-Quadro e breve descrição do regime	29
2. A independência no novo regime	35
A. Membros do órgão de administração	43
B. Relações institucionais	47
C. Financiamento e organização interna	48
D. Regulação e supervisão	49
VI. Conclusão	51
VII. Bibliografia	53
1. Doutrina	53
2. Legislação	56
3. Outros	57

I. INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objecto um tema que ocupa, há muito, o nosso interesse. A regulação da actividade económica e, em particular, a regulação independente, não só tem sido alvo de uma crescente evolução à medida que a história do capitalismo tem progredido, como está, constantemente, no centro da discussão jurídico-filosófica sobre o papel do Estado nas nossas vidas.

O estudo que aqui fazemos parte de uma breve resenha histórica sobre os conceitos de regulação e culmina no que designamos por *nova regulação*, que é uma regulação exercida de forma independente face aos Governos e às empresas reguladas, dando origem às ARI's. A independência é debatida nas suas várias configurações e está suportada em dois pilares: na independência formal e na independência de facto.

Deslocamos o debate para o ordenamento jurídico português de forma a seguirmos o desenvolvimento que estas figuras tiveram ao longo das últimas décadas. Analisa-se a sua compatibilização com a CRP, com a Administração Pública e analisam-se as soluções consagradas nos estatutos de diferentes ARI's.

Com a publicação da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, define-se o enquadramento jurídico das ARI's nacionais, uniformizando um conjunto de soluções normativas que se encontravam dispersas. À breve descrição do novo regime, segue-se a discussão, em concreto, das opções que enformam ou mitigam as condições para o exercício de uma regulação independente. São testados os vectores que edificam a independência formal por comparação com os anteriores regimes, representados pelos estatutos da AdC e pela LQ-IP, retirando-se, desse teste, as respectivas ilações quanto ao maior ou menor grau de independência.

Este estudo tem um carácter não meramente expositivo e teve como importante limitação o facto de apenas o estatuto de uma ARI (ERSAR²) se encontrar conformado à nova LQER. Sem prejuízo disso, procura-se após a análise e discussão na generalidade, definir ideias e comprometer-nos com soluções. É esse o propósito que guiou o nosso pensamento ao longo de todas estas linhas.

² Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2014, de 6 de Março.

II. REGULAÇÃO E AS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

1. Enquadramento

O tema da regulação sempre fascinou os meios académicos, as instituições internacionais, governamentais e o espaço mediático. Especialmente em tempos de crise, como aquela que assistimos após a queda do banco de investimento *Lehman Brothers*, são frequentes as discussões sobre a falta de regulação ou falhas dos sistemas regulatórios³. O fenómeno regulatório vive configurações diferentes à medida que a academia e o papel do Estado têm evoluído.

Inicialmente, registava-se uma certa ideia, pugnada pela doutrina clássica liberal, de que o mercado se auto-regulava (cuja melhor imagem é a "mão invisível" de ADAM SMITH⁴, a que SALDANHA SANCHES contrapõe com o conceito de regulação⁵) sem necessidade de intervenção do Estado. Esta corrente viria, porém, a perder força, com os argumentos de ARTHUR PIGOU, na correcção de externalidades negativas, e de KEYNES que em 1926 publica a obra *The End of Laissez Faire*⁶: *The Economic Consequences of Peace*. O Estado assume uma função dirigista e ordenadora da vida económica não só através da produção de bens e da prestação de serviços, mas também através da "massa de leis e regulamentos que os poderes públicos, directamente ou através das suas agências, editavam para reger e condicionar a actividade das empresas"⁷. O "planeamento económico", como refere SHONFIELD, transformava-se na mais "característica expressão do novo capitalismo" do pós-guerra⁸.

³ STIGLITZ, George, "Regulation and Failure", in *New Perspectives on Regulation* (org. MOSS, DAVID e JOHN CISTERMINO), Cap. I, Cambridge, 2009.

⁴ ADAM SMITH, *A Riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, vol I e II, 4ª Edição, 2001.

⁵ Para SALDANHA SANCHES, José, "A regulação: breve história de um conceito", *Revista da Ordem dos Advogados, ano 60*, Lisboa, 2000, pág. 3: "regulação é a negação da mão invisível: a mão invisível, corporizando a auto-regulação do mercado, deveria operar uma involuntária reconciliação de vontades individuais com interesses pessoais. Uma reconciliação cujo automatismo reflectiria o mecanismo estóico: um Deus *ex machina* que será frequentemente designado por heterógenese dos fins".

⁶ *Laissez-faire (não interferir)*: a perspectiva de que o Estado deve interferir o menos possível na actividade económica e deixar as suas decisões para mercado. Tal como foi expressa por economistas clássicos como Adam Smith, esta opinião sustentava que o papel do Estado deveria ser limitado à manutenção da lei e da ordem, à defesa nacional e ao fornecimento de certos bens públicos que o sector privado não levaria a cabo (por exemplo, a saúde pública e o saneamento básico), in SAMUELSON, Paul, NORDHAUS, William, *Economia*, McGrawHill, 16ª Edição, Julho de 1999, pág. 749.

⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos, "O Estatuto híbrido das entidades reguladoras da Economia", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 189.

⁸ SHONFIELD, "Modern Capitalism", Oxford, Oxford University Press, 1965, citado por VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 19.

Este novo paradigma, contudo, não viria a vingar por muito tempo em virtude de, na década oitenta, se ter assistido à emergência de um novo movimento liberal que trazia um vasto programa de liberalizações que conduziria à chamada "desintervenção do Estado na economia"⁹. A liberalização de certos sectores anteriormente vedados à iniciativa económica viria a conduzir a uma tendência desreguladora, não no sentido liberal (*deregulation*), mas associada à emergência de uma nova regulação (*re-regulation*). Nos Estados Unidos já se havia desenvolvido a doutrina a propósito das *independent regulatory agencies*, como resposta à desconfiança do Congresso face ao Presidente ROOSEVELT, ao passo que no Reino Unido falava-se em *Quangos*, para designar organizações quasi-autónomas não governamentais¹⁰. Por seu turno, na Europa continental, a profética expressão *the rise of regulatory state*¹¹, de MAJONE, explicava os fundamentos da criação de um Estado regulador europeu (atendendo à progressiva *comunitarização* legislativa, *i.e.*, a transferência de competências legislativas para as instâncias europeias) em paralelo com a criação de um novo tipo de entidades integradas na Administração Pública: as ARI's.

Repare-se que a Comunidade Económica Europeia proporcionou, no espaço europeu, em nome de uma integração económica (e política), a abertura de fronteiras entre os Estados-Membros concretizada na livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais (*as quatro liberdades*). Para tal, era necessário assegurar o acesso de determinadas actividades à iniciativa privada e fomentar a concorrência. Quando não havia mercado, ou melhor, quando se verificava uma falha de mercado, como aquela que resulta da existência de monopólios naturais - caso das "indústrias de rede" (sector das águas, gás, electricidade) - essa regulação era especialmente importante porque visava assegurar que a prestação de serviços obedeça ao cumprimento das chamadas "obrigações de serviço público" por estar em causa aquilo que a doutrina define por "serviços de interesse económico geral"¹². A questão monopolista e a questão do serviço público demonstram as diversas preocupações do Estado na direcção das políticas

⁹ MAÇÃS, Fernanda, MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 9.

¹⁰ Sobre a perspectiva histórica de uma regulação embrionária veja-se LUCAS CARDOSO, José, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, Outubro de 2002, págs 42 e seguintes.

¹¹ MAJONE, Giandomenico, "The rise of the regulatory state in europe", *in West European Politics*, vol. 17, cap. III, 1994.

¹² GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação 8, Coimbra, Coimbra Editora, Junho de 2013, pág. 82

públicas: se, em relação ao primeiro aspecto, subjazem objectivos de "promoção de eficiência", no segundo caso, predomina uma lógica redistributiva de "promoção de equidade (...) e de garantia a todos os cidadãos de direito de acesso a um serviço considerado essencial", como é o caso do serviço universal postal ou de comunicações, de acordo com JOÃO CONFRARIA¹³.

2. Da nova regulação

Estes desenvolvimentos fizeram emergir uma nova forma de regulação: uma regulação mais exigente e complexa¹⁴, que abrange áreas que eram anteriormente exploradas por operadores públicos, onde se confundia o papel do Estado-Empresário com o de Estado-Regulador. Tal era incompatível com o investimento privado que exige um modelo regulatório com garantias de neutralidade e independência. Verifica-se, historicamente, uma relação inversa entre o peso do Estado na produção e prestação de serviços económicos e a regulação dessa mesma vida económica¹⁵. Se o Estado diminui a sua participação directa como produtor de bens e prestador de serviços, tem de estabelecer em consequência, nas palavras de PAZ FERREIRA, "um novo equilíbrio"¹⁶, já não feito com recurso à titularidade mas com recurso à *de-regulation*, dado que a regulação estava associada a um "sentido sombrio da normação dirigista de um poder público interventor"¹⁷.

A nova regulação continua a procurar resolver ou colmatar aquilo que a literatura económica designa por "falhas de mercado" e a salvaguardar os "serviços de interesse económico gerais", contrastando com a anterior regulação por não se verificar, com a mesma intensidade, a intervenção directa governamental: *regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled marketplace will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest. In some sectors or circumstances, there trolled marketplace will, for some reason, fail to*

¹³ JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011, 2ª Edição Revista e Actualizada, págs. 23-26.

¹⁴ WRIGHT, Vincent, "The Administrative System and Market Regulation - continuities, exceptionalism and convergence", in *Western Europe*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, vol. IV, 1992, págs. 1026-1042.

¹⁵ VITALMOREIRA, *ob. cit.*, pág. 38.

¹⁶ PAZ FERREIRA, Eduardo, "Em torno da regulação económica em tempos de mudança", in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, número 1, Almedina, 2010, pág. 37.

¹⁷ BLANCO DE MORAIS, *ob. cit.*, pág. 189.

produce behaviour or results in accordance with the public interest"¹⁸. Entre as principais falhas ou imperfeições de mercado podem considerar-se "(...) os bens públicos, monopólio naturais, externalidades, deficiências na informação acessível aos agentes económicos, casos específicos de risco e incerteza, problemas de concorrência imperfeita e custos de ajustamento"¹⁹.

De uma forma sintética, pode dizer-se que a regulação é necessária devido aos custos e benefícios sociais e privados que, tal como os incentivos, são desalinados²⁰. JOSEPH STIGLITZ, dando como exemplo a prática de arbitragem contabilística, fiscal e regulatória por parte dos bancos e seguradoras nos Estados Unidos, na recente crise, chama a atenção para o facto dos indicadores económicos nem sempre corresponderem a um bem-estar social, sendo necessário, para o equilíbrio de interesses em jogo, a intervenção regulatória. Embora reconheça que não existe um sistema regulador perfeito, o prémio Nobel afirma que uma economia com um sistema regulatório bem desenhado pode apresentar melhores resultados do que a que possui um sistema inadequado.²¹

Contudo, é legítimo perguntar: o que se entende por "regulação"?

3. *Do conceito de regulação*

O conceito de regulação tem registado múltiplas construções sem que nenhuma alcance a unanimidade da literatura. A economia privilegia, na noção reguladora, a intervenção do Estado na vida económica²², através do estabelecimento de regras²³. Não raras vezes se confunde regulação com regulamentação²⁴ e aquela com supervisão, confusão essa que, por vezes, se alastra ao universo jurídico.

¹⁸ BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2ª Edição, Oxford, 2013, pág. 15.

¹⁹ JOÃO CONFRARIA, *ob. cit.*, pág. 59.

²⁰ STIGLITZ, Joseph, *ob. cit.*, pág. 13.

²¹ *Ibidem*.

²² É a definição que PAZ FERREIRA atribui a CARLOS SANTOS, EDUARDA GONÇALVES E LEITÃO MARQUES, in, *Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001, pág. 38. Ademais, veja-se a ampla doutrina citada por VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, págs. 34 e 35.

²³ JOÃO CONFRARIA, *ob. cit.*, pág. 17.

²⁴ Antecipando-se, já, como regulamentação "o estabelecimento de regras de conduta para os regulados", in MOREIRA, Vital, MAÇAS, Fernanda, *ob. cit.*, pág. 316, e supervisão a "actividade administrativa de vigilância permanente de actos, pessoas e documentos, tendo em vista prevenir, detectar e perseguir ilícitos e remediar ou evitar perturbações (...)", in PAULO CÂMARA, *Direito dos Valores Mobiliários*, 2ª Edição, Almedina, 2011, págs. 261-262.

Recusamos uma noção ampla de regulação porque isso seria reconduzir a regulação a toda a actividade de controlo público, independentemente dos instrumentos (legislativos, coercitivos, por exemplo)²⁵ e dos fins (económico, social, laboral, ambiental, só para citar alguns). Parece-nos mais acertado, aqui, circunscrever a amplitude do conceito.

Tomando como ponto de partida a delimitação feita por VITAL MOREIRA, diga-se que existem três formas de regulação estadual: a exercida pelo "i) Governo (incluindo Ministérios e departamentos governamentais das áreas económicas); ii) por organismos reguladores relativamente independentes; e iii) por organismos reguladores independentes"²⁶. É precisamente este terceiro ponto que merece ser sublinhado.

Se a regulação anteriormente se confundia com a intervenção directa do Estado, nas suas múltiplas acções, a "*nova regulação*" respeita à actividade de um corpo, de fundamento público, dotado de especiais características, *maxime*, a independência (face ao poder político e aos interesses empresariais) com uma determinada finalidade. É uma regulação "amiga" da concorrência (por força da privatização de empresas e da liberalização dos sectores económicos), voltada para a protecção do interesse geral (utentes ou consumidores) e que assegura, no exercício de actividades económicas privadas, a realização de certos fins de interesse público (responsabilidade de garantia). A delimitação conceptual é feita pela positiva e sintetiza-se na sua independência, natureza administrativa e autoridade²⁷. A natureza administrativa decorre da "aprovação de regulamentos ou na prática de actos administrativos"²⁸ e a noção de autoridade de uma autoridade moral ou poder de influência dominante a que a doutrina francesa fazia referência para projectar a ideia de uma influência inserida numa acção coerente e continuada²⁹.

CABRAL DE MONCADA, em termos semelhantes aos utilizados por SELZNICK³⁰, define a regulação como o "controlo estatal sobre a actividade económica privada (e pública), levada a cabo por entidades dotadas de acentuado grau de independência face

²⁵ É a noção que VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 34, atribui a JARASS.

²⁶ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 47.

²⁷ LUCAS CARDOSO, Luís, *ob. cit.*, pág. 217.

²⁸ LUCAS CARDOSO, Luís, *ob. cit.*, págs. 100 e 101.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ SELZNICK, "Focusing Organizational Research on Regulation", in R.G. Noll (editor), *Regulatory Policy and Social Sciences*, University of California Press, 1985, pág. 363, citado por PAZ FERREIRA, *ob. cit.*, pág. 399.

ao Governo e visando corrigir as deficiências do mercado"³¹. Contudo, salvo o devido respeito, não se compreende a tentação da doutrina em olhar os aspectos regulatórios exclusivamente pelo prisma económico³² (ignorando, nomeadamente, a regulação social) e definindo uma particular pré-finalidade (corrigir as deficiências do mercado) quando esta é plástica, susceptível de compressão e extensão consoante o progresso da vida em sociedade e da intenção do legislador em cada momento³³.

Em nossa opinião, os conceitos aglutinadores que melhor caracterizam a "nova regulação" são os elementos institucional³⁴ e coercivo. O primeiro porque, ao definir o produtor da actividade regulatória, projecta, genericamente, os destinatários e o sector a ser regulado (âmbitos subjectivo e objectivo, respectivamente); o segundo porque a actividade reguladora faz apelo a um exercício de poderes públicos, de *jus imperii*, tal como bem afirmam VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR: *the key resource of government is the power to coerce. Regulation is the use of this power for the purpose of restricting the decisions of economics agents*³⁵. Assim, a noção de regulação que propomos não poderia deixar de condensar os dois elementos referidos, consistindo esta *no controlo estatal levado a cabo por ARI's*. Controlo estatal aqui entendido em sentido amplo, como o exercício de três tipos de poderes públicos (normativo - como a aprovação de regulamentos - executivo - resultante das competências de investigação, inspecção, injunção e iniciativa processual e parajudicial - aplicação de coimas e de sanções acessórias)³⁶ e não pela acção do Governo como regulador. A expressão inclui não só a *hard regulation* mas também a *soft regulation*, que se traduz na actuação reguladora através da emissão de anúncios, campanhas e avisos ou recomendações. O outro elemento fundador da definição refere-se às ARI's porque partilhamos da opinião de PAZ FERREIRA ao afirmar que "fundamental é a existência de organismos autónomos

³¹ CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, 5.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 52.

³² Concordamos, por isso, com CALVETE, Vítor, "Regulação, concorrência, e all that jazz", in *Revista Julgar*, 2009, pág. 86, nota de rodapé n.º 59, ao fazer a mesma crítica a MANUEL DE SANTOS e GONÇALVES MARQUES, a CABRAL MONCADA e PAZ FERREIRA.

³³ CADETE, Vítor, *ob. cit.*, pág. 85 e 86.

³⁴ Partilhando - se bem entendemos - da posição de CAPITÃO FERREIRA, Marco, na sua tese de mestrado subordinada à *A regulação Económica como instrumento de (des)intervenção do Estado na Economia*, 2004, pág. 14.

³⁵ VISCUSI, Kip, VERNON, John, e HARRINGTON JR, Joseph, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3ª Edição, Cambridge, The Mit Press, 2000, pág. 297.

³⁶ Concordando com a leitura que PAZ FERREIRA e LUÍS MORAIS, fazem da regulação, em "A regulação sectorial da Economia - introdução e perspectiva geral", in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 31.

dotados de independência e de poderes para imporem os comportamentos pretendidos (os garantes de regras)"³⁷ e com MARTA NUNES VICENTE que afirma que o "modelo das autoridades reguladoras administrativas independentes é universalmente tido como a organização por excelência da função de regulação"³⁸.

Utilizar como sentido orientador o condicionamento da vida económica (VITAL MOREIRA³⁹), mesmo que "indirecto e visando o funcionamento equilibrado da mesma actividade [empresarial]" (PAZ FERREIRA e LUÍS MORAIS^{40,41}), é admitir que todos os actos normativos são actos regulatórios, desde a Lei, ao Decreto-Lei e aos Decretos-Legislativos Regionais às medidas administrativas ou outras formas de intervenção. Por não vermos utilidade num conceito tão alargado, defendemos, humildemente, uma noção mais restrita que ligue o elemento do poder público e a entidade que o exerce em termos contemporâneos: as ARI's.

4. *Das autoridades reguladoras independentes*

A emergência das ARI's resulta, não só da evolução económica e da reconfiguração do papel do Estado, mas também das próprias características destes entes, designadamente, da neutralidade (a "teoria do poder neutro" de CARL SCHMITT⁴² e posteriormente desenvolvida na doutrina italiana⁴³), da credibilidade e da *expertise* que a regulação independente vem oferecer aos agentes e entes regulados. O facto do poder político vir a desresponsabilizar-se de práticas que não são populares⁴⁴ - tanto junto dos

³⁷ PAZ FERREIRA, *ob. cit.*, pág. 394, nota 36, citado por Vítor CALVETE, *ob. cit.*, pág. 82.

³⁸ NUNES VICENTE, Marta, *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*, Coimbra Editora, 2012, pág. 19, nota de rodapé n.º 13.

³⁹ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 35.

⁴⁰ Cuja posição mostra-se incoerente com a crítica que PAZ FERREIRA faz a GEORGE STIGLER, a propósito do "*sentido muito amplo - impróprio - de regulação - como conceito que compreenderia toda a intervenção do Estado na actividade económica*" in CADETE, Vítor, *ob. cit.*, pág. 81-82, nota de rodapé n.º 36.

⁴¹ PAZ FERREIRA e LUÍS MORAIS, *ob. cit.*, pág. 33.

⁴² A que faz referência LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, págs. 85 e 198, acrescentando o Autor português a ideia de que a teoria do poder neutro veio a ser considerada pela restante doutrina como o "*ensaio da explicação das administrações independentes*".

⁴³ A ideia da neutralidade na doutrina italiana partia da separação da definição de objetivos e de estratégias, da sua operacionalização e implementação, cabendo às ARI's esta última. Traduz-se, na sua vertente jurídica, na consideração dos "interesses juridicamente presentes no caso"⁴³ e, nos casos de discricionariedade da Administração, de "prosecução de interesses públicos específicos predeterminados nas leis".

⁴⁴ Veja-se o que diz MARTIN LODGE, "*delegation to regulatory agencies has also been interpreted as a method of shifting blame away from politicians and toward defenceless regulators as well regulated companies*"

cidadãos como das empresas – mas que são necessárias (projectando o ónus da impopularidade para as ARI's), é um motivo adicional que explica, em parte, a opção do legislador em criar uma espécie de “conselho de sábios” ou de “quarto poder”⁴⁵. Por exemplo, em indústrias onde se exigem investimentos avultados, a pressão sobre quem regula é maior, pelo que não surpreende que a tarefa de regulação seja delegada em entidades extra-governamentais.⁴⁶ A delegação de poderes, do poder executivo nos reguladores representa, segundo MARK THATCHER, *a classic example of delegation to non-majoritarian institutions. They are created by legislation; hence elected officials are their principals. They are organisationally separate from governments and headed by unelected officials. They are given power over regulation, but are also subject to controls by elected politicians and judges*⁴⁷. O desenho do modelo regulatório é uma questão institucional que procura resolver ou minimizar os custos de decisão, de incerteza e de credibilidade, mas que não é imune a problemas associados à relação de agência, como o *shirking* (como a divergência de preferências entre a ARI e o principal) e o *slippage* (modelo que cria as ARI conduz a decisões regulatórias que diferem das que são desejadas pelo principal). Esse desenho institucional está, porém, condicionado às tradições de cada um dos países, das respectivas culturas, do ambiente social e político, do funcionamento das instituições e, inevitavelmente, do enquadramento normativo⁴⁸. Em países onde se regista a presença de um elevado número de *veto players* (empresas que exercem forte lóbi), ou em países historicamente propensos a intervenções políticas nas empresas, na vida económica em geral ou onde se registam alterações de política em resultado de promessas eleitorais ou de mudanças de governo, a credibilidade da regulação assume uma preponderância ainda maior⁴⁹. O desenho do modelo e das competências de cada um dos reguladores está também indissociavelmente ligado ao desenvolvimento tecnológico das empresas do sector, dos fóruns internacionais e da influência que organizações e autoridades internacionais (como a Autoridade Europeia de Valores Mobiliários e dos Mercados, ESMA, ou a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma, EIOPA, por exemplo) têm sobre os reguladores nacionais. O domínio da informação e de questões

⁴⁵ MAÇÃS, Fernanda, MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, pág. 30.

⁴⁶ THATCHER, *ob. cit.*, pág. 7.

⁴⁷ THATCHER, Mark, "Regulation after Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe", in *Journal of European Public Policy*, vol. 9, cap. VI, 2002, pág. 963.

⁴⁸ THATCHER, *ibidem*.

⁴⁹ A necessidade de credibilidade foi o motivo levou a que em França se tenha constituído o *Conséil des marchés financiers* em 1996 e no Reino Unido se tenha criado a *Food Standards Agency*.

técnicas de regulação tornou-se, segundo THATCHER, um assunto crescentemente *unsexy*⁵⁰ para os políticos e legisladores que são desprovidos de incentivos e de ferramentas necessárias para participarem activamente na formação das normas regulatórias. Questões como controlo de preços, custo de capital, taxas de rendibilidade ou custos incrementais de longo prazo são de elevada complexidade técnica a que só os profissionais do foro estão habilitados para as debater com autoridade.

Na ponderação das vantagens e desvantagens temos vindo a apontar apenas as primeiras. As segundas reconduzem-se, sobretudo, à questão da legitimidade democrática e da *accountability*.

A *accountability* ou *answerability* consiste na obrigação de prestação de informações ("uma autoridade com *auctoritas* não tem a tentação de esconder a sua actividade"⁵¹), na realização de consultas públicas sobre questões regulamentares, na publicitação de informações, de relatórios anuais e na promoção de conferências e seminários sobre questões regulatórias. Estas, entre outras iniciativas, acrescentam transparência e permitem exercer um controlo público sobre a actividade regulatória, controlo esse necessário atendendo ao facto das ARI's não estarem subordinadas ao poder de direcção do Governo que responde perante a AR (art. 191.º, nº 1 da CRP). Porém, havendo os devidos *checks and balances*, não vemos como o argumento da falta de *accountability* possa ferir fatalmente a regulação independente, tal como se exemplificaremos a propósito dos vectores da independência formal.

Em relação à legitimidade, a doutrina de inspiração francesa defende que o controlo jurisdicional é suficiente para travar as tentações regulatórias fora do seu mandato. De inspiração britânica, assiste-se ao controlo das ARI's directamente através do Parlamento, algo que tem vindo a acolher a simpatia de outras ordens jurídicas. Na ordem jurídica portuguesa assiste-se a um misto destes dois modelos: as decisões das ARI's são sindicáveis judicialmente e o controlo de mérito é exercido, sem prejuízo do que se dirá nos casos que identificamos como problemáticos (que designamos por "cavalos de Tróia governamentais"), pela prestação de informações obrigatórias e pelo escrutínio exercido na Comissão Parlamentar competente da AR.

⁵⁰ THATCHER, *ob. cit.*, pág. 7.

⁵¹ GUILHERME CATARINO, Luís, *O novo regime da administração independente: quis custodiet ipsos custodes?*, in *Estudos do Instituto de Valores Mobiliários*, pág. 36 (disponível em www.institutovaloresmobiliarios.pt)

Por último, parece-nos acertada a ideia de que a "neutralidade" como consequência da consagração constitucional do princípio da imparcialidade da actividade da Administração⁵² é fundamento bastante para afirmar a legitimidade da regulação separada do Governo. É doutrina que tem tido eco nos sistemas espanhóis e italianos.

Tudo isto permite afigurar que esta nova regulação é necessária, não só por razões relacionadas com o progresso da vida económica (credibilidade, neutralidade e *expertise*), mas também por questões de desresponsabilização política. Por estas razões, o modelo que se afigura mais próximo de responder aos apelos de hoje é um modelo construído e desenhado em torno de uma independência que permita aos reguladores exercerem a sua função de modo independente.

III. INDEPENDÊNCIA

1. Enquadramento

A principal característica das autoridades reguladoras, que corporizam a "nova regulação", reside na sua independência⁵³.

A questão, como bem sublinham GILARDI e MAGGETTI⁵⁴, não é puramente académica ou conceptual. Tem importantes implicações na regulação e nos destinatários da mesma, com um interessante debate doutrinário sobre o seu real significado, como bem disserta GUIDI.⁵⁵ Entre as várias acepções possíveis, adoptamos o do referido Autor, com a citação ilustrativa do seu exemplo: *A is independent from B, if A can carry out its activity without interference from B and without considering B's preferences*". Desta consideração, segundo a Autora, resulta que: i) *if A is independent from B, whenever A takes some decisions that B does not approve, B has no means to punish A*; ii) *if A is independent from B, whenever A takes some decisions that B does approve, B has no means to reward A*.⁵⁶

⁵² LUCAS CARDOSO, Luís, *ob. cit.*, pág. 198.

⁵³ GILARDI, Fabrizio, MAGGETTI, Martino, "The Independence of Regulatory Authorities", in *Handbook on the Politics of Regulation* (org. LEVI-FAUR, David), Cheltenham, Edward Elgar, 2011 (disponível em: http://www.maggetti.org/Sito/Publications_files/gilardi_maggetti_handbook.pdf; última consulta em 3 de Janeiro de 2014)

⁵⁴ GILARDI, Fabrizio, MAGGETTI, Martino, *ibidem*.

⁵⁵ GUIDI, Mattia, *A formal model of decision-making on independence and accountability of regulatory agencies*, 2012, (disponível em <http://www.carloalberto.org/assets/events/guidi6dic2012.pdf>).

⁵⁶ GUIDI, Mattia, *ob. cit.*, pág. 6.

Uma noção mais próxima da generalidade da doutrina é-nos dada por GILARDI e MAGGETTI para quem independência, no contexto das autoridades reguladoras, significa a tradução dos seus interesses e preferências em acções (enquanto autoridade reguladora), sem constrangimentos externos⁵⁷. Haverá sempre constrangimentos externos, seja os que derivam da lei (em sentido lato), seja aqueles que advêm da interacção com os entes que se relacionam com a ARI. Haverá que entender a noção em termos relativos e não absolutos. Neste sentido, é pacífico o desdobramento do conceito de independência em dois sentidos: em sentido formal e de facto.

2. *Independência formal*

A noção de independência formal (ou *de jure*) foi primariamente desenvolvida a propósito da teoria dos bancos centrais⁵⁸, atendendo à semelhança, em muitos aspectos, entre estas instituições e as ARI's. Na verdade, JORDANA e LEVI-FAUR consideram que os bancos centrais são os precursores das ARI's. Tanto um como outro são definidos, por THATCHER e SWEET, como *governmental entities that (a) possess and exercise some grant of specialized public authority, separate from that of other institutions, but (b) are neither directly elected by the people, nor directly managed by elected officials*⁵⁹. Embora discordemos dos Autores em considerar os bancos centrais e as ARI's como instituições governamentais - porque do ponto de vista jurídico não o são - a verdade é que, como autoridades dotadas de poderes públicos, regidas, sobretudo, pelo Direito Público, encontram similitudes ao nível da sua génese, modelo de independência e formas de actuação. Já, contudo, parece excessiva a comparação, sugerida pelo *Centre on Regulation in Europe* (doravante CERRE) entre o modelo de independência

⁵⁷ Assim GILARDI, Fabrizio, MAGGETTI, Martino, *ob. cit.*, pág. 3, recorrendo aos ensinamentos de ROBERT DAHL, *Democracy and Its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989, de SAMUEL HUNTINGTON, *Political Order in Changing Societies*, New Haven: Yale University Press, 1968, de ERIC NORDLINGER, *On the Autonomy of the Democratic State*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1981 e de MICHAEL WALZER, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

⁵⁸ JORDANA, Jacint, LEVI-FAUR, David, "Towards a latin american regulatory state?: the diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors", in *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 598, 2006, pág. 102-124; veja-se também sobre a matéria GILARDI, FABRIZIO, "The same but different: central banks, regulatory agencies, and the politics of delegation to independent authorities", in *Comparative European Politics*, 2007, pág. 303-327.

⁵⁹ THATCHER, Mark e SWEET, Stone, "Theory and Practice of delegation to non-majoritarian institutions", in *West European Politics*, vol. 25, cap. I, págs. 1-22.

construído em torno dos tribunais e as ARI's⁶⁰. Se é verdade que existem alguns aspectos em comum (regime de impedimentos e incompatibilidades, mandato, entre outras), a verdade é que não se pode firmar uma independência em termos homólogos entre um órgão de soberania e um corpo administrativo que advém da atribuição de poderes delegados e que, por mais que se afirme constituir uma espécie de "quarto poder", ou uma administração paralela, está sujeita a outros constrangimentos (que neste estudo procuramos aferir) correctores da sua indelével e menor legitimidade democrática.

Segundo o conceito adoptado pelo CERRE⁶¹, por *independência formal* entende-se "o nível de protecção conferido pelas normas legais ou estatutárias que regem a autoridade reguladora de forma a tornar quaisquer instruções, ameaças [e pressões] ou outros incentivos (*inducements*) impossíveis" (tradução livre).

Como se verá em relação às ARI's nacionais e em relação à nova Lei-Quadro, em nossa opinião a independência formal concretiza-se em diversas acepções, como a independência orgânica e funcional.

Por independência orgânica⁶² entende-se o *i*) modo de designação dos titulares dos órgãos de administração das ARI's; *ii*) as regras relativas ao mandato (fixo e inamovível); *iii*) modo de destituição ou dissolução; *iv*) regime de impedimentos e incompatibilidades.

Por independência funcional entende-se a "ausência de ordens e de instruções ou mesmo de directivas vinculantes; inexistência de controlo de mérito ou da obrigatoriedade da prestação de contas em relação à orientação definida"⁶³.

Não nos parece que se possa incluir nesta categorização uma eventual independência financeira e patrimonial. Trata-se de questões instrumentais para a prossecução das suas atribuições em condições de independência, pelo que devem ser relegadas para um outro plano, isto é, para o plano de autonomia, como se verá *infra*.

⁶⁰ CERRE, *Independence, accountability and perceived quality of regulators*, (org. HANRETTY, LAROCHE, REINDL) Bruxelas, 2012, pág. 25 (disponível em: http://www.cerre.eu/sites/default/files/report_container.pdf; última consulta em 18 de Maio de 2014).

⁶¹ CERRE, *ob. cit.*, pág. 26.

⁶² Seguindo de perto MAÇÃS, Fernanda, MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, pág. 28.

⁶³ MAÇÃS, Fernanda, MOREIRA, Vital, *ibidem*.

A independência não se confunde, como sucede em ELGIE, MCMENAMIN e GILARDI, sob a crítica de CHRISTENSEN, NIELSEN, HANRETTY e KOOP⁶⁴, com a exclusividade na regulação de determinado sector ou com o nível de competências e poderes de que dispõem. As reduzidas competências ou âmbito de intervenção não nos dizem nada acerca do grau de independência formal. Como HANRETTY e KOOP preferem (...) *the breadth of powers of an agency may affect its actual independence, and may in turn affect policy outcomes, it is analytically distinct from agencies' formal independence. Formal independence refers to the legal ability of an agency to make decisions without political interference. The powers or competence of an agency, by contrast, refer to the range of policy instruments the agency has to regulate an industry, and the range of activities which fall under the agency's authority. An agency may possess limited powers but exercise them independently; or it may possess a wide range of powers and exercise them with no independence*⁶⁵. Do que se conclui que pode uma autoridade reguladora estar dotada de poucos poderes e exercê-los de forma independente, como pode outra autoridade reguladora estar dotada de um vasto leque de poderes e exercê-los com pouca independência. Interessa, na busca pelo grau de independência formal, mais o modo e os procedimentos legais para o exercício dessas competências do que a sua existência *per se*. A nosso ver, a atribuição de competências próprias antecede, em termos lógicos, a independência. A prossecução de competências próprias justificará, por exemplo, que se constitua uma direcção-geral, uma empresa-pública ou um instituto público para a sua prossecução. Se se entender que é necessária a prossecução dessas competências em condições de independência (pela credibilidade, conhecimento técnico e neutralidade política), então deverá ser criada uma ARI, emancipando-se essas competências próprias da direcção ou superintendência face ao governo, mas também face às empresas reguladas.

3. *Independência de facto*

Além da independência formal há a considerar a *independência de facto* que é percebida pelo CERRE como a capacidade dos reguladores tomarem decisões sem receberem ou agirem com base em instruções, ameaças, pressões ou incentivos de políticos eleitos ou de empresas reguladas ou de, no processo de decisão, tomarem em

⁶⁴ A conclusão, com os Autores aqui citados, encontra-se na obra de HANRETTY e KOOP, "Measuring the formal independence of regulatory agencies", in *Journal of European Public Policy*, vol. 19, cap. II, 2012, pág. 202.

⁶⁵ HANRETTY e KOOP, *ibidem*.

consideração os interesses privados das entidades reguladas que saiam prejudicados por essas decisões⁶⁶. Uma outra noção é-nos dada por MAGGETTI, compreendendo dois elementos: i) *the self-determination of agencies' preferences*; e ii) *The agencies' autonomy throughout the use of regulatory competencies, that is, during the activity of regulation*.⁶⁷

O que se procura é aferir o grau de independência dos reguladores na gestão (diária) da acção reguladora⁶⁸ interessando, neste particular aspecto, analisar o relacionamento da autoridade reguladora em relação a políticos eleitos e em relação às empresas reguladas. Apesar da sua "autonomia operacional"⁶⁹, as ARI's têm de interagir frequentemente com as empresas reguladas (que, de acordo com GILARDI e MAGGETTI⁷⁰ citando THATCHER, constituem *the second force in regulation*), para recolherem informação - atendendo à necessidade de mitigar a assimetria de informação - e para assegurarem a implementação das suas decisões⁷¹. Ora, como se compreende, as empresas reguladas dispõem de elevados incentivos (e recursos) para influenciar a acção reguladora, como foi exposto pela teoria da captura da regulação de STIGLER⁷², ocupando os reguladores, muitas vezes, o papel de intermediário e mediador entre diferentes e heterogéneos conflitos de interesses entre políticos e empresas reguladas, tal como afirma a doutrina de BRAUN⁷³.

A independência de facto é aferida pelo modo como se desenvolvem as relações entre políticos (em particular o Governo, enquanto titular do poder executivo) e as empresas do mercado regulado. Incluí, em relação a ambos, a *i*) frequência de contactos, *ii*) de funcionarem em ambiente de "porta giratória"⁷⁴ (um regulador transitar para a empresa regulada ou o seu inverso), *iii*) a influência no orçamento do regulador, *iv*) pela influência na organização interna e a sua adequação e ainda *v*) na influência em matéria

⁶⁶ CERRE, *ob. cit.*, pág. 26.

⁶⁷ MAGGETTI, "Regulation in Practice: the de facto independence of regulatory agencies series", in *European Consortium for Political Research Press*, 2012, pág. 39.

⁶⁸ GILARDI, Fabrizio e MAGGETTI, Martino, "The Independence of Regulatory Authorities", in *Handbook on the Politics of Regulation* (org. LEVI-FAUR, David), Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pág. 201-214.

⁶⁹ A expressão é de MAGGETTI, *ibidem*.

⁷⁰ GILARDI, Fabrizio e MAGGETTI, Martino, *ob. cit.*, pág. 6, com as referências bibliográficas citadas.

⁷¹ MAGGETTI, *ibidem*.

⁷² STIGLER, George, "The Theory of Economic Regulation," in *Bell Journal of Economics*, vol. 2, 1971, págs. 3-21.

⁷³ BRAUN, Dietmar, "Who Governs Intermediary Agencies? Principal-Agent Relations in Research Policy-Making", in *Journal of Public Policy*, vol. 13, cap. II, 1993, pág. 135-162.

⁷⁴ No domínio financeiro, também conhecida como "Wall Street-Washington corridor".

de regulação (em especial em relação ao poder de regulamentação, de fiscalização e sancionatório). Em relação apenas ao Governo, pode-se aferir pela *vi*) partidarização ou politização das nomeações e *vii*) vulnerabilidade política da autoridade. Em relação às empresas reguladas, atente-se à *viii*) actividade profissional dos membros da administração e de titulares de cargo de direcção da autoridade reguladora. Sobre a eventual captura do regulador pelos regulados, THATCHER⁷⁵ aponta três indicadores: além da "porta giratória", sugere a verificação do número de sanções aplicáveis às empresas reguladas (que permitiria aferir o activismo do regulador) e do número de processos judiciais (cujo maior volume poderia ser um indicador de maior independência).

Existem diversos modelos, cada um com *inputs* diferentes e com pesos diferentes, que permitem *testar* o grau de independência de cada uma das autoridades reguladoras. Propomos o Quadro 1, adaptado de GILARDI e MAGGETI⁷⁶, que permite sintetizar os vectores que concretizam os conceitos de independência formal e de independência de facto. Na última parte deste estudo, procederemos a um teste às prescrições normativas (i.e, à independência formal) da LQER's, em comparação com os estatutos da AdC⁷⁷ e pela LQ-IP⁷⁸. Dada a inexistência de modelos e metodologias consolidadas doutrinariamente e de dados estatísticos sobre as ARI's, enunciaremos apenas os vectores relativos à independência de facto.

(final de página deixado propositadamente em branco)

⁷⁵ THATCHER, Mark, *ob. cit.*, pág. 9.

⁷⁶ GILARDI, Fabrizio e MAGGETTI, Martino, *ob. cit.*, pág. 5.

⁷⁷ Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de Janeiro.

⁷⁸ Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro⁷⁸, com última redacção dada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro

Quadro I - Vectores de independência das ARI's

Formal (orgânica e funcional)	Membros do órgão de Administração	Duração do mandato
		Mandato renovável
		Modo de designação
		Destituição/dissolução
		Regime de impedimentos
	Relações institucionais	Declaração expressa de independência
		Obrigações formais
		Anulação de decisões
	Financiamento e organização interna	Fonte de receitas (orçamento)
		Organização interna
		Gestão de recursos humanos
	Regulação e supervisão	Regulamentação
		Fiscalização
Poder sancionatório		
De facto	De políticos eleitos	Porta giratória
		Contactos
		Influência no orçamento
		Influência na organização interna
		Partidarização/politização das nomeações
		Vulnerabilidade política
		Influência sobre a regulamentação, fiscalização e poder sancionatório
	De regulados	Porta giratória
		Contactos
		Orçamento adequado
		Organização interna adequada
		Actividade profissional de membros do conselho de administração e titulares de cargo de direcção
		Assimetria de informação

IV. AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. *Perspectiva histórica*

O aparecimento, no plano jurídico nacional, de entidades separadas organicamente do Governo e com funções de regulação (sendo precursoras das actuais ARI's) tem início na década de oitenta. A título de exemplo, tanto o ICP (hoje ICP-ANACOM), criado em 1981 (mas com estatutos aprovados apenas em 1989⁷⁹), como o ISP, de 1982⁸⁰ foram estruturas constituídas sob a forma de institutos públicos, com a tarefa de regular os sectores das comunicações e dos seguros, respectivamente, embora com autonomia reforçada em termos administrativos, financeiros e com património próprio (veja-se o art. 1.º dos estatutos do ISP e do ICP). O recurso a institutos públicos com funções de regulação pressupõe o exercício das suas atribuições no respeito pela superintendência exercida pelo ministério da área do sector regulado. Em certos domínios, como no caso das comunicações, a liberalização do sector não deixou de suscitar algumas reservas⁸¹, pelo que só em 2001 (através do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro), se introduziu uma disposição relativa à independência nos estatutos do ICP-ANACOM (art. 4.º), algo inovador até então, face às demais entidades regulatórias em Portugal (com excepção do BdP e da ERC). O reconhecimento formal da independência não elimina, contudo, o progressivo reforço da autonomia destes institutos públicos, concretizado através do regime de cessação de funções (por incapacidade, incompatibilidade superveniente, renúncia ou falta grave, cfr. art. 15.º dos estatutos fundadores da CMVM⁸²) de impedimentos e, mesmo em termos regulamentares, com disposições não muito distintas das que enformam a independência das ARI's. A tutela a que diversos estatutos faziam (e, em alguns casos, continuam a fazer) referência era, não raras vezes, um poder sobre a aprovação de actos orçamentais, como os relatórios de actividades e as contas anuais (cfr. art. 33.º dos estatutos da AdC).

Os ventos europeus trouxeram a Portugal as sementes que fizeram nascer entidades com funções de regulação que se emanciparam das Direcções-Gerais e outras estruturas sujeitas à direcção do Governo, para darem lugar a ARI's com reconhecida

⁷⁹ Pelo Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de Agosto.

⁸⁰ Pelo Decreto-Lei n.º 302/82, de 30 de Julho.

⁸¹ JOÃO CONFRARIA, *Power and Discretion (...)* pág. 377.

⁸² Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de Novembro, apesar da AdC ter sido criada em 1991, no Decreto-Lei n.º 142.º-A/91, de 10 de Abril)

independência face ao poder executivo. Um marco neste processo evolutivo resulta na elevação constitucional em 1997 das ARI's.

2. *Autoridades Reguladoras Independentes e a Constituição*

Só em 1997, com a quarta revisão da Lei Fundamental, as ARI's passaram a beneficiar de consagração genérica na CRP⁸³. O art. 267.º, n.º 3 da CRP prescreve, sob a epígrafe "Estrutura da Administração" e sob o título IX relativo à "Administração Pública"⁸⁴ que "a lei pode criar entidades administrativas independentes" (não necessariamente de ARI's).

Tal não significa, contudo, que antes não existiam ARI's. A Alta Autoridade para a Comunicação Social (hoje ERC) colhia já desse estatuto constitucional (art. 39.º da CRP), ao passo que o BdP (também com previsão constitucional no art. 102.º), ICP-ANACOM, CMVM e a ERSE eram assim reconhecidos como autoridades ou entidades reguladoras independentes por lei ordinária.

As ARI's integram-se na Administração Pública, embora de modo distinto da sua forma tradicional de organização. A quarta revisão da CRP veio proceder à elevação, em termos constitucionais, dos actores fundamentais das funções regulatórias, reconhecendo o seu papel num Estado contemporâneo cujos apelos a uma maior eficiência, *expertise*, celeridade e independência são evidentes. A consagração constitucional vem, a nosso ver, resolver de certa forma a constante tensão e dialéctica entre a Administração Pública estadual com estruturação tradicional (Administração directa e indirecta) e o exercício da regulação por entes que não se integram, plenamente, na pirâmide hierarquizada que caracteriza aquela última e que é ocupada, no seu vértice superior, pelo Governo. "O Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública" (art. 182.º da CRP) surgindo, a norma prevista no art. 267º, n.º 3 da CRP, como que um desvio ao "princípio constitucional da responsabilidade governamental pela Administração Pública, [pelo que] as AAI [Autoridades Administrativas Independentes] carecem de justificação especial, não podendo banalizar-se como solução organizatória da Administração pública"⁸⁵. O preceito vem, segundo MAÇÃS e MOREIRA, "legitima[r] apenas compressões ao referido princípio [da responsabilidade governamental] na medida do

⁸³ Por via da quarta revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro).

⁸⁴ Que integra a parte II da CRP que disciplina a "Organização Económica".

⁸⁵ MAÇÃS e MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 249.

estritamente necessário à independência que as AAI necessitam para o desempenho da sua missão"⁸⁶. A base da controvérsia e da necessidade de delimitação das funções das ARI's reside na crítica à qual já fizemos alusão *supra* sobre a falta de legitimidade democrática e falta de *accountability*. A par do reconhecimento constitucional, a "legitimação pelo procedimento", a que se refere GUILHERME CATARINO⁸⁷, "na sua versão mais estrita de cumprimento das garantias fundamentais inerentes a um processo devido em direito", vieram atribuir aos reguladores o reconhecimento que estes careciam no exercício da sua acção administrativa.

A norma constitucional é uma norma em branco na medida em que apenas abre espaço a que o legislador crie (e com isso defina o enquadramento jurídico) "entidades administrativas independentes", na expressão da CRP. É utilizada uma norma "permissiva", em resultado da utilização da expressão "pode" e não uma norma que represente uma "imposição constitucional", i.e, normas constitucionais que impõem, através de ordens, instruções e directivas, a realização de tarefas e a prossecução de fins"⁸⁸. Contudo, é importante compreender se o legislador pode constituir ARI's para a realização de qualquer tipo de função, ou se se torna necessário fazer uma leitura integrada dos preceitos constitucionais que permitam indagar de um parâmetro material constitucionalmente adequado para legitimar a criação de ARI's pelo legislador ordinário⁸⁹. A habilitação constitucional poderá entrar em colisão com a competência do Governo na direcção da Administração Pública, pelo que a criação de ARI's acaba, inevitavelmente, por subtrair esse poder de direcção ou superintendência, consoante o caso, ao Governo, provocando uma "alteração da função constitucional"⁹⁰. Estamos, por isso, de acordo com o pensamento de LUCAS CARDOSO que, numa busca hermenêutica de "harmonização entre os preceitos constitucionais positivantes de ambos os pólos de interesses constitucionais em conflito"⁹¹, recorre à "unidade da Constituição, do efeito integrador e da concordância prática"⁹² para se pronunciar a favor de uma necessária razão material que permita ao legislador criar ARI's se isso constituir, não só um meio adequado, mas o meio mais adequado para atingir um determinado propósito, função ou

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ GUILHERME CATARINO, Luís, *ob. cit.*, pág. 13.

⁸⁸ GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pág. 289.

⁸⁹ LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 443.

⁹⁰ LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 445.

⁹¹ LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 443.

⁹² *Ibidem*.

fim do Estado⁹³⁹⁴. Este parece ser o entendimento mais razoável que olha para além do puro plano lógico-formal que decorreria da leitura isolada do art. 267.º, n.º 3. Uma interpretação diferente da que aqui se apresenta correria o risco de admitir a emergência de entidades com funções de regulação que em nada se coadunam com a teleologia que orienta a criação das ARI's (meio mais adequado para a prossecução de um determinado propósito, função ou fim do Estado). E aí sim, os receios de uma pulverização de entidades fora da órbita governamental ou da criação - numa melhor expressão - de uma "República de Reguladores"⁹⁵, seriam bem superiores.

3. *Autoridades Reguladoras Independentes e a Administração Pública*

As ARI's distinguem-se da Administração directa, indirecta e autónoma pois não se integram em nenhuma destas realidades. As ARI's correspondem, na noção de VITAL MOREIRA, a "toda a administração infra-estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à autodeterminação de quaisquer interesses organizados"⁹⁶. A delimitação é feita pela negativa, por exclusão. E é feita, sobretudo, em resultado da opção jurídico-política pela independência das ARI's que se concretiza, precisamente, na sua independência formal e independência de facto (conceitos desenvolvidos *supra* e concretizados no Quadro 1).

As ARI's não se encontram subordinadas ao poder de direcção nem ao poder de superintendência e nem sequer correspondem à auto-organização de certos interesses. Não fazem parte da distinção operada no art. 199.º, alínea d) da CRP que opõe Administração directa, indirecta e autónoma. Segundo FREITAS DO AMARAL, a primeira corresponde à "actividade exercida por serviços integrados na pessoa colectiva Estado, ao passo que a administração indirecta do Estado é uma actividade que, embora desenvolvida para realização dos fins do Estado, é exercida por pessoas colectivas públicas distintas do Estado"⁹⁷. A Administração directa caracteriza-se pelo poder de

⁹³ LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 445.

⁹⁴ CAPITÃO FERREIRA, Marco, *ob. cit.*, pág. 82, fala numa tripla subsidiariedade que justifica a intervenção do Estado: *i.* só deve intervir quando o normal funcionamento do mercado não produza resultados satisfatórios; *ii.* a intervenção do Estado só deverá ser a regulação económica, na medida em que apresente vantagens sobre as demais (intervenção directa, por exemplo); e *iii.* a intervenção pública tem de suprir a perda de bem-estar social que se pretende colmatar.

⁹⁵ BLANCO DE MORAIS, *ob. cit.*, pág. 214.

⁹⁶ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 127.

⁹⁷ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição, vol. I, Lisboa, Almedina, 2006, pág. 228.

direcção, ou seja, o poder de dar ordens e emitir instruções; no segundo caso, o exercício da actividade administrativa é exercido por intermédio de outra entidade administrativa, "recorrendo aos meios, órgãos e actividades de outras pessoas jurídicas"⁹⁸, sempre sob a orientação do Estado, através de linhas gerais, fixação de objectivos ou apontar de direcções⁹⁹. Os exemplos típicos de Administração indirecta são os institutos públicos e as empresas públicas de direito público (ou entidades públicas empresariais). A Administração autónoma, por seu turno, "está confinada, em maior ou menor medida, aos próprios interessados que assim se auto-administram, em geral por intermédio de um órgão ou organismo representativo e que se baseia numa lógica territorial, profissional ou outra"¹⁰⁰. De acordo com VITAL MOREIRA, há, no seu abstracto, uma ideia de autodeterminação e de auto-responsabilidade: "a capacidade de definir a sua própria orientação administrativa, sem submissão a orientações superiores"¹⁰¹ e a "não submissão do mérito dos seus actos ao controlo da administração"¹⁰².

A administração independente não se confunde com nenhuma destas três realidades¹⁰³. Veja-se que a própria denominação, "independente", exclui a sua inclusão numa relação hierárquica que pressupõe dependência, como a exclui de um vínculo que pressupõe um poder de orientação. As diferenças fundamentais em relação à Administração autónoma são evidentes: se é verdade que nem uma nem outra se encontram subordinadas perante o Governo (sem prejuízo da tutela da Administração autónoma exercida pelo Governo¹⁰⁴, nos termos do art. 199.º, alínea d) da CRP), o traço distintivo essencial reside no abstracto sociológico ou comunitário titular de interesses extra-estaduais que corporizam a independência face ao Governo e que justificam que essa independência exista "para cima" mas não em relação à sua base sociológica, "para baixo"¹⁰⁵. Convive, na Administração autónoma, independência e dependência, sendo esta complexidade revestida de legitimidade democrática directa. Nas ARI's procura-se mitigar o poder do executivo (e o risco de captura por parte das entidades reguladas)

⁹⁸ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 105.

⁹⁹ *Idem*, pág. 108.

¹⁰⁰ *Idem*, pág. 46.

¹⁰¹ *Idem*, pág. 126.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Embora esta tese não colha junto de MARQUES, SANTOS e GONÇALVES, *ob. cit.*, pág. 145, que advogam pela integração das ARI's na Administração indirecta.

¹⁰⁴ Mais desenvolvimentos na obra de VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 206 e seguintes.

¹⁰⁵ LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 432.

sobre a actividade reguladora, através de uma ideia de independência ligada ao fenómeno da *nova regulação*.

4. Fragmentação jurídica e os estatutos anteriores ao novo regime das Autoridades Reguladoras Independentes

Partindo do âmbito subjectivo da LQER (art. 3.º, n.º 3 do Diploma Preambular), verificamos que o sistema regulatório português é composto por entidades diversas que assumem configurações diferentes, mas que têm em comum o facto de serem dotados de autonomia administrativa, financeira e património próprio. Sob a forma de institutos públicos, encontram-se o INAC, IMTT¹⁰⁶ e a ERSAR, sujeitos a superintendência¹⁰⁷. AdC, ANACOM, CMVM, ERS, ERSE e ISP são consagradas, nos respectivos estatutos, como entidades administrativas independentes que se distinguem das três primeiras pelo facto de prosseguirem as suas atribuições com independência.

A previsão expressa da independência em relação ao Governo - não obstante a definição por este dos princípios orientadores da política para determinado sector, como consta do art. 4.º dos estatutos da AdC¹⁰⁸, do ICP-ANACOM (já referido anteriormente) e da ERS¹⁰⁹ - ou o facto de constituir pré-requisito para integrar o órgão executivo das ARI's a independência de pessoa idónea (como resulta do art. 8.º dos estatutos da CMVM), do art. 29.º dos estatutos da ERSE¹¹⁰ ("ênfase no reforço da independência e dos poderes da autoridade reguladora nacional", segundo o 14.º parágrafo do Preâmbulo), e do art. 9.º dos estatutos do ISP¹¹¹, representa um passo significativo para a regulação independente. De igual modo, a destituição não discricionária dos membros do órgão de administração (embora suscitem alguns pontos de interrogação o que se entende por "falta grave", prevista nos arts. 23.º, n.º 1, alínea d) dos estatutos do ICP-ANACOM, 15.º, n.º 1, alínea d) e n.º 2 dos estatutos da CMVM, 13.º, n.º 2 dos estatutos da ERS, 22.º, n.º 1, alínea d) dos estatutos do ISP e art. 19.º, n.º 4 dos estatutos da ERSAR) e a dissolução do próprio órgão, bem como o facto de existir uma limitação à renovação de mandatos (renováveis apenas por uma vez), são outros elementos positivos que apresentam um apreciável grau de harmonização nos vários estatutos.

¹⁰⁶ Estatutos aprovados pela Portaria n.º545/2007, de 30 de Abril e respectiva lei orgânica pelo Decreto-Lei n.º145/2007 de 27 de Abril, respectivamente.

¹⁰⁷ Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 227/2009, de 2 de Outubro.

¹⁰⁸ Anexo ao Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de Janeiro.

¹⁰⁹ Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio.

¹¹⁰ Aprovados pelo Decreto-Lei 212/2012, de 25 de Setembro.

¹¹¹ Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de Novembro.

Porém, essa harmonização não é extensível a outras matérias tais como o tipo de poderes atribuídos, os mecanismos de transparência e *accountability*, regime de incompatibilidades e impedimentos, regime de financiamento e, não menos importante, do enquadramento institucional das ARI's na ordem jurídica portuguesa. A nova LQER vem responder, precisamente, a estes anseios, tendo sido antecedida de um estudo prévio realizado pela consultora internacional A.T.Kearney e de uma consulta pública que teve eco em diversos pareceres¹¹².

V. LEI-QUADRO DAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

1. *Introdução à nova Lei-Quadro e breve descrição do regime*

O novo regime jurídico das ARI's surgiu em consequência da assinatura do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica¹¹³ (subscrito pelo Governo português, pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional), depois de iniciativa legislativa semelhante ter fracassado¹¹⁴, em Fevereiro de 2002, em resultado da mudança de Governo entretanto realizada e depois de um certo movimento harmonizador da Administração, iniciado pouco antes desse período. Esse movimento deu origem à: i) criação do regime jurídico sobre o sector empresarial do Estado e Empresas Públicas (Decreto-Lei n° 558/99, de 17 de Dezembro), cuja aplicação não podia ser extensível às ARI's devido ao estatuto de independência e ao facto destas não prosseguirem fins comerciais ou empresariais e ii) em 2004, à publicação da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, cuja superintendência comprometia a sujeição das ARI's.

O novo diploma procede à definição de um quadro-geral que disciplina, "(...) de forma integrada e sistematizada, o conjunto de regras que deve compor o enquadramento jurídico referente à criação, organização e funcionamento das entidades públicas com atribuições de regulação económica (...)"¹¹⁵. A Exposição de Motivos

¹¹²

Disponíveis

em:

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=37580>

(última consulta a 5/4/2014)

¹¹³ Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf; última consulta em 12/04/2014)

¹¹⁴ Cujo estudo e projecto, por solicitação do Ministro da Reforma do Estado e da Administração Pública do XIV Governo, Alberto Martins, encontra-se vertido em MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, *ob. cit.*

¹¹⁵ Preâmbulo da Lei 67/2013, de 28 de Agosto.

permite-nos compreender os argumentos do legislador na tentativa de criação de um quadro favorável à independência das ARI's, como seja i) a não submissão destas à tutela ou superintendência (o que, neste último caso, significa que as entidades de regulação que revestissem a forma de instituto públicos deixariam de estar integradas na Administração indirecta); ii) o financiamento através de taxas e contribuições, ao invés de transferência de recursos do Orçamento de Estado; iii) a harmonização do regime de incompatibilidades e impedimentos; iv) alterações ao modelo de governo interno; v) os deveres de reporte; vi) a clarificação e determinação de regras sobre o mandato, incluindo a nomeação, exercício e cessação de funções.

A LQER, como temos vindo a referir, não tem valor reforçado, na medida em que só constituem leis de valor reforçado, nos termos da CRP, leis orgânicas, leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços ou leis que "sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que outras devam ser respeitadas" (art. 112.º, n.º 3 da CRP). A questão não é de semântica: atendendo ao facto de existir uma igualdade hierárquica entre Lei e Decreto-Lei (art. 112.º, n.º 2 da CRP), pode-se assistir à situação "bizarra" do Governo, através de Decreto-Lei de aprovação dos estatutos de uma ARI, poder afastar-se das soluções consagradas na Lei das ARI's. Duvidamos que tal venha a verificar por respeito institucional à Assembleia da República (autora formal da LQER) embora, do ponto de vista jurídico, não existam impedimentos a que tal venha a ocorrer.

Do ponto de vista sistemático, a LQER encontra-se em Anexo ao Diploma Preambular que define os destinatários do novo regime e um conjunto de disposições relativas à adaptação ao diploma. Em termos de estrutura interna, a nova Lei está estruturada em três títulos: o primeiro relativo ao objecto e âmbito de aplicação; o segundo incide sobre os princípios e regras gerais e o terceiro destinado à organização, serviços e gestão.

À consulta pública responderam as várias ARI's que deram, em geral, nota crítica às soluções apresentadas na (à altura) Proposta de Lei n.º 132/XII. Os pontos negativos identificados diziam respeito: à sistematização do Diploma Preambular e do Anexo; ao facto de ser subtraída a definição da organização interna e funcionamento da ARI's aos Conselhos de Administração (passando a estar definida nos estatutos que são aprovados por Decreto-Lei, ou seja, pelo Governo); à utilização indiferenciada, ao longo do articulado, dos conceitos de "atribuições", "funções" e "poderes"; ao desequilíbrio

institucional decorrente do facto da CMVM e ISP, enquanto membros (juntamente com o BdP - excluído do âmbito subjectivo da LQER) do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, serem sujeitos ao novo regime; ao facto da recusa da autorização do orçamento, planos plurianuais, balanço e contas suscitar uma certa "tutela de mérito" e não estar circunscrita a questões de legalidade; à apropriação ou cativação dos saldos de gerência das ARI's por parte do poder Executivo; à ampliação das causas de cessação do mandato; aos constrangimentos que a Proposta iria trazer em matéria de remunerações para a captação e retenção dos melhores quadros e ao facto do poder regulamentar pressupor a intervenção do Governo, entre outras.

Entre os vários aspectos que poderiam ser destacados na LQER, cumpre-nos descrever brevemente o seu modelo institucional e o regime financeiro. A independência, que é transversal a todo o diploma, mas que será apreciada nas suas várias vertentes, será melhor desenvolvida no ponto 2 do capítulo V.

Como decorre do art. 3.º (natureza e requisitos) da LQER, as ARI's são pessoas colectivas de direito público, pelo que a sua criação, extinção e fusão depende de lei (arts. 7.º e 8.º), aqui entendida em sentido amplo porque a mesma não se encontra sob matéria de reserva da AR (arts. 164.º e 165.º da CRP *a contrario*). A norma em branco prevista no art. 267.º, n.º 3 da CRP, encontra concretização no art. 6.º da LQER, onde se determina que só podem ser criadas ARI's para a prossecução de "atribuições de regulação das actividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direcção do Governo" (art. 6.º, n.º 1). O Diploma Preambular da Lei n.º 67/2013 acaba por delimitar o seu âmbito subjectivo no art. 3.º do Diploma Preambular ao enumerar, taxativamente, as entidades reguladoras actualmente existentes sujeitas à nova Lei. Contudo, como se disse, nada impede o Governo de, por Decreto-Lei, afastar estas entidades da sujeição à nova LQER ou de criar soluções semelhantes para outras entidades de regulação por esta não identificadas.

Como é próprio das pessoas colectivas, as ARI's estão vinculadas ao princípio da especialidade, i.e., a prática de actos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as suas obrigações está condicionada a um princípio de necessidade relativo à prossecução das suas atribuições¹¹⁶ (art. 12.º, n.º 1). Na LQ das ARI's define-se, no art. 11.º, uma orientação genérica (não vemos como poderá esta disposição constituir um

¹¹⁶ MAÇÃS e MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 277.

dever normativo, i.e, uma obrigação) de cooperação entre as autoridades reguladoras, tendo em vista a resolução de problemas de interesses e a atribuições comuns. É o que já sucede, por exemplo, no domínio financeiro com o já referido Conselho Nacional de Supervisores Financeiros ou no quadro de relações institucionais ou de cooperação entre a AdC e os reguladores sectoriais.

O modelo institucional não fica completo sem se referir o modelo de organização estipulado na LQER (Capítulo I). Como órgãos obrigatórios, a LQER prevê um Conselho de Administração¹¹⁷ e uma Comissão de Fiscalização ou Fiscal Único (art. 15.º, n.º 1), existindo ainda, paralelamente, uma Comissão de Vencimentos (art. 26.º) que funciona junto da ARI. Em termos facultativos, poderão existir "órgãos de natureza consultiva"¹¹⁸ (art. 15.º, n.º 2). O Conselho de Administração é um órgão colegial, composto por um presidente e até três vogais (admitindo-se, ainda, a existência de um vice-presidente embora tenha de se assegurar, na globalidade, um número ímpar de membros - art.º 17.º, n.º 1). Porém, a colegialidade (art. 16.º) fica em crise, na medida em que a Lei confere ao presidente do órgão de administração um poder de veto sobre deliberações do órgão que sejam "contrárias à lei, aos estatutos ou ao interesse público" (art. 23.º, n.º 4). A disposição normativa não deixa de suscitar algumas interrogações, nomeadamente à opção do legislador na *presidencialização* do Conselho de Administração¹¹⁹. Questiona-se, nomeadamente, se o art. 14.º, n.º 4 do Código do Procedimento Administrativo¹²⁰ (preceito a que o art. 23.º, n.º 4 faz referência) não seria suficiente para "travar" deliberações contrárias à lei e aos estatutos. Trata-se de uma matéria de indiscutível interesse a ser desenvolvida pela jurisprudência e doutrina. Em relação aos titulares dos órgãos de Administração, façam-se ainda dois pontos de ordem: o mandato tem a duração de seis anos não renováveis (art. 20.º) e a remuneração dos membros do CA é definida pela Comissão de Vencimentos cuja composição provém de maioria governamental, i.e, dois membros nomeados pelo Governo e um pela ARI (art. 26.º, n.º 2) tendo-se, como referência na fixação de valores, entre outros

¹¹⁷ Diversamente de "Conselho Directivo", expressão utilizada no art. 17.º, n.º 1 da LQ-IP.

¹¹⁸ Diferentemente do Anteprojecto, da autoria de MAÇÃS e MOREIRA, onde se estipulavam, como obrigatórios, os Conselhos Consultivos - art. 14.º, alínea b), *in ob. cit.*, pág. 279.

¹¹⁹ A *presidencialização* na LQER surge em paralelo com o que já se verifica na LQ-IP, nos arts. 22.º e 23.º.

¹²⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, com última redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

elementos, o vencimento do Primeiro-Ministro (art. 26.º, n.º 3, alínea d))¹²¹. Atente-se também na norma do art. 18.º que, sob a epígrafe "dever de reserva", pode suscitar algumas dificuldades de execução em relação à desejada *accountability*. Como se comportarão, nomeadamente, os membros dos Conselhos de Administração quando forem chamados a uma Comissão Parlamentar da AR, ao abrigo do art. 49.º, n.º 3 da Lei das ARI's? Não está em causa, naturalmente, o dever de sigilo sobre o detalhe de questões como a identificação ou desenvolvimento de processos concretos, mas de questões de relevância que se podem qualificar de fronteira (por exemplo, a data de encerramento de determinado inquérito ou inspeção). Estamos de acordo com CUNHA RODRIGUES¹²² quando refere que o preceituado levará a que os reguladores optem por fazer uma leitura restritiva da lei, fazendo com que estes se remetam ao silêncio sempre que possa existir uma associação entre uma questão e um determinado processo, especialmente se este beneficiar de atenção mediática. Esta matéria não é de pouca relevância, pois poderá vir a ter importantes implicações em matéria de cessação de funções (cfr. art. 20.º, n.º 5, alínea b)).

Em relação ao regime orçamental, podem identificar-se, segundo GONÇALVES DO CABO¹²³, três regimes embora apenas dois sejam susceptíveis de aplicação às ARI's: o regime de autonomia orçamental plena (art. 33.º, n.º 1), o regime de autonomia orçamental semi-plena (art. 33.º, n.º 2) e o regime sem autonomia orçamental (totalmente dependente de verbas públicas). Estar-se-á perante o primeiro quando a ARI seja financiada, exclusivamente, por receitas próprias decorrentes da actividade reguladora, como são as que resultam de contribuições, taxas e tarifas (art. 36.º, n.º 1 e 2, com excepção, nesta última, da alínea d)). No segundo caso, haverá um *mix* de receitas próprias (sejam das que resultam da actividade reguladora, sejam das que resultam de transferências do Orçamento de Estado). Esta duplicidade acarreta consequências distintas porque, caso parte do orçamento da ARI provenha de financiamento público, haverá a sujeição desse montante às regras de contabilidade

¹²¹ A norma original da Proposta de Lei n.º 132/XII previa, ao invés, o seguinte critério a ser observado: "A conjuntura económica, a necessidade de ajustamento e de contenção remuneratória em que o país se encontra". Afastada, porém, ficou a hipótese de se fixar como tecto máximo remuneratório o vencimento do Primeiro-Ministro.

¹²² Em conferência organizada pelo Instituto de Direito Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, intitulada: "A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro", 2.º painel, 12 de novembro de 2013 (doravante, conferência IDEFF; disponível em: http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525; última consulta em 12/04/2014).

¹²³ Conferência IDEFF, 4.º painel.

pública e ao regime dos fundos e serviços autónomos do Estado, podendo implicar, por via disso, a cativação de verbas. O mesmo princípio aplica-se ao património: se for público, a ARI terá de se subordinar ao regime do património público, ao passo que ao património próprio aplicar-se-ão as regras de Direito privado.

O princípio e as regras da unidade de tesouraria, previstas no art. 38.º, n.º 3, suscitam, também, algumas perturbações. De acordo com o referido conferencista, poderá interpretar-se este princípio de duas formas: numa modalidade mínima, entendendo-se que apenas os depósitos excedentes e os saldos de tesouraria serão objecto de controlo pelo Instituto de Gestão de Crédito Público (IGCP); numa modalidade máxima, toda a gestão e controlo da tesouraria das ARI's caberá ao IGCP. Esta última versão, a ser assim entendida e aplicada, configuraria um inaceitável constrangimento à independência das ARI's, em particular da sua autonomia financeira. Na verdade, será difícil admitir que o Governo, através do IGCP, possa tornar-se proprietário das verbas excedentes dos reguladores, na medida em que o financiamento destes provém, se não todo, na sua grande maioria de contribuições, taxas e tarifas cobradas ao sector regulador (com excepção da AdC que, enquanto autoridade transversal, é financiada pelas autoridades sectoriais - art. 5.º, n.º 2 do regime jurídico da concorrência¹²⁴). Concordamos com GONÇALVES DO CABO¹²⁵ quando defende a existência, em matéria de financiamento das ARI's, de uma certa bilateralidade ou consignação relativa à receita gerado pelo custo da supervisão, sob pena do orçamento das ARI's servir de outros propósitos que não o exclusivo custeio da actividade regulatória. Apenas em relação ao financiamento público será defensável admitir o retorno de eventuais resultados líquidos ao erário público. Mas isso exigirá a repartição entre receitas próprias e receitas públicas com desagregação em termos contabilísticos. Além das receitas próprias das ARI's previstas no art. 36.º, n.º 2, alíneas a) a d), podem constituir receitas próprias, nos termos da alínea e) ("outras receitas, definidas nos termos da lei ou dos estatutos"), por exemplo, o produto da venda de bens e prestação de serviços, o rendimento decorrente de bens próprios e doações (embora sujeitos a autorização prévia, nos termos do art. 45.º, n.º 4), ou aplicações financeiras.

¹²⁴ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que revoga as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de Junho, e 39/2006, de 25 de Agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro

¹²⁵ *Ibidem*.

2. *A independência no novo regime*

No Memorando de Entendimento pode-se ler, no seu ponto 7.21¹²⁶, que o Governo português se compromete a garantir a independência e os recursos necessários para o funcionamento das ARI's, devendo com base no estudo prévio realizado pela consultora A.T. Kearney, seguir as melhores práticas internacionais¹²⁷ a fim de reforçar a independência dos reguladores.

Na Exposição de Motivos que acompanhava a Proposta de Lei n.º 132/XII, apresentava-se o "reforço da indispensável autonomia face ao Governo pela criação de condições para uma efectiva independência no exercício das suas atribuições".

Em nossa opinião o regime vem, de forma positiva, harmonizar um conjunto de disposições que careciam de um tratamento próprio e comum mas padece de soluções que minam a independência dos reguladores e que diz respeito a às causas de cessação do mandato e a uma deliberada tutela orçamental. Na sua grande maioria, as soluções que se encontram vertidas na LQER não diferem, significativamente, das que já se encontravam previstas nos estatutos da AdC, da CMVM, do ISP, da ERSE, do ICP-ANACOM, da ERS e da ERSE. Tanto na manutenção de soluções já existentes, como na adopção de novas soluções, verificam-se pontos positivos e negativos para a independência das ARI's, analisados os seus estatutos caso a caso e matéria a matéria. Em relação às entidades reguladoras sob a forma de institutos públicos (como a ERSAR - já com estatutos adaptados à nova Lei - o INAC e o IMTT), como se compreende, há uma melhoria nas condições de independência porque estas deixam de estar sujeitas à superintendência do Governo.

Todos os artigos citados sem mais têm como fonte o Anexo da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto designada, doravante, como Lei-Quadro ou LQER.

¹²⁶ 7.21. *Ensure that the national regulator authorities (NRA) have the necessary independence and resources to exercise their responsibilities. [Q1-2012] In order to achieve this: i. provide an independent report (by internationally recognised specialists) on the responsibilities, resources and characteristics determining the level of independence of the main NRAs. The report will benchmark nomination practices, responsibilities, independence and resources of each NRA with respect to best international practice. It will also cover scope of operation of sectoral regulators, their powers of intervention, as well as the mechanisms of coordination with the Competition Authority. [Q4-2011] ii. based on the report, present a proposal to implement the best international practices identified to reinforce the independence of regulators where necessary, and in full compliance with EU law. [Q4-2011]* (disponível em: http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf; última consulta em 12.04.2014, 14h30).

¹²⁷ Veja-se, a título de exemplo, o estudo já citado do CERRE ou *Principles for the Governance of Regulators*, OCDE, Paris, 21 Junho de 2013 (disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Governance%20of%20Regulators%20FN%202.docx>; última consulta em 12-14-2014).

Existem, em nossa opinião, duas questões na nova Lei que colocam as ARI's em posição de submissão jurídico-política face ao Governo, dada a utilização de conceitos indeterminados atinentes à destituição dos membros do Conselho de Administração ou dissolução do órgão (art. 20.º) e à recusa na autorização do orçamento, planos plurianuais, balanço e as contas (art. 45.º).

Se a designação dos membros do Conselho de Administração obedece a um processo que não nos oferece tanta discordância (mas que poderia ser aperfeiçoado, como desenvolveremos em termos comparados), já o processo de destituição afigura-se algo controverso¹²⁸, atendendo ao elevado grau de discricionariedade de que beneficia o Governo.

Entre as causas de cessação do mandato, encontra-se¹²⁹ a "dissolução do conselho de administração ou destituição dos seus membros, nos termos do art. 20.º, n.ºs 4 e 5.º (por remissão do art. 20.º, n.º 3, alínea f)), o que só poderá acontecer por resolução do Conselho de Ministros quando haja "motivo justificado" (art. 20.º, n.º 4). Haverá "motivo justificado", na letra da lei, "sempre que se verifique falta grave, responsabilidade individual ou colectiva, apurada em inquérito devidamente instruído, por entidade independente do Governo e precedendo de parecer do conselho consultivo, quando exista, da entidade reguladora em causa e da comissão parlamentar competente, nomeadamente em caso de: a) desrespeito grave ou reiterado das normas legais e estatutos, designadamente o não cumprimento das obrigações de transparência e informação no que respeita à actividade da entidade reguladora, bem como dos regulamentos e orientações da entidade reguladora; b) incumprimento do dever de exercício de funções em regime de exclusividade ou violação grave ou reiterada do dever de reserva; c) incumprimento substancial e injustificado do plano de actividades ou do orçamento da entidade reguladora" (art. 20.º, n.º 5).

"Falta grave", "responsabilidade individual" ou "responsabilidade colectiva" são conceitos que necessitam de concretização. Em relação à "responsabilidade individual ou colectiva", parece-nos que causa da cessação terá de ter suporte na responsabilidade

¹²⁸ Não para os Deputados presentes no dia de votação da Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública que votaram a favor (PSD e CDS) ou abstiveram-se (PS); PCP e BE estiveram ausentes. Cfr. *Relatório de Discussão e Votação na Especialidade da Proposta de Lei n.º 132/XII/2.ª (GOV)*, disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=37580>; última consulta em 06.04.2014.

¹²⁹ Em relação à renúncia, prevista na alínea b) do art. 20.º, n.º 3, deveria ser exigida a publicidade da declaração, a bem da transparência e da não ingerência do executivo nas ARI's.

definida no art. 46.º, i.e, responsabilidade civil, criminal, disciplinar e financeira (em relação aos titulares dos órgãos). Em relação à "falta grave" as dúvidas adensam-se. O normativo, ao utilizar a expressão "nomeadamente", no final do proémio do art. 20.º, n.º 5 e ao elencar, nas alíneas seguintes, diversas situações passíveis de "falta grave" ou "responsabilidade individual ou colectiva", mais não faz do que apresentar algumas situações indicativas do que poderá constituir cada um desses conceitos. Não há taxatividade, como se prevê nos estatutos da AdC (art. 15.º, n.º 3). Há, sim, um elevado risco de arbitrariedade¹³⁰. São apresentados alguns elementos indicativos do que poderá constituir "motivo justificado" mas a LQER não apresenta um catálogo fechado.

Se é certo, segundo REBELO DE SOUSA e SALGADO MATOS, que não é "possível sustentar que a utilização de quaisquer conceito indeterminados nas previsões das normais legais tem sempre como consequência a criação de uma margem de livre apreciação administrativa"¹³¹, subtraindo, *ab initio*, qualquer controlo pelos tribunais, a procura por um critério identificador poderá assentar em critérios materiais substanciais da própria margem de livre apreciação, nos quais se antepõem o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais dos particulares (cfr. arts. 20.º, n.º 5 e 268.º, n.º 4 da CRP), nomeadamente, do lesado pela actuação administrativa. A impugnabilidade de actos praticados ao abrigo da margem de livre decisão (no caso, do acto de destituição do membro do CA) não havendo vícios de incompetência, de forma e erros de facto, terá de estar fundamentada na violação da lei, designadamente, pela violação dos princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade¹³².

Como escrevem aqueles Autores, "existe, assim, uma tensão permanente entre a ausência de controlo jurisdicional do núcleo da margem de livre decisão, imposto pelo fundamento político, e a necessidade de tutela das situações jurídicas subjectivas dos particulares; isso implica que as fronteiras entre a legalidade e o mérito da acção administrativa nem sempre sejam fáceis de delimitar"¹³³. Mesmo que o juiz possa fazer o controlo do cumprimento ou incumprimentos dos princípios da justiça e de

¹³⁰ Adoptando-se o conceito de arbítrio que ROGÉRIO SOARES, Ehrhardt, utiliza: "arbítrio não significa a possibilidade de assumir quaisquer condutas, indiferentemente a fins, mas somente pode ter o significado de escolher livremente os fins e adequar-lhe, por isso mesmo, os bens segundo critérios incontroláveis" *in Interesse público, legalidade e mérito*, policopiado, Coimbra, 1955, pág. 226.

¹³¹ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, Lisboa, Dom Quixote, 2004, pág. 184.

¹³² FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, pág. 103.

¹³³ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *ob. cit.*, pág. 194 e 195.

proporcionalidade¹³⁴, este não poderá "substituir-se à Administração para o efeito de reponderação de juízos valorativos que integram materialmente a função administrativa"¹³⁵, estando, por isso excluído, da eleição dos pressupostos que sustentaram a decisão. E isso é especialmente importante pois declarada a ilegalidade do acto praticado e a Administração condenada à prática de novo acto, o juiz não pode determinar o conteúdo do novo acto a praticar embora possa "explicitar as vinculações a observar pela administração" o que, a ser mal utilizada, como refere SÉRVULO CORREIA, "poderá conduzir à transformação do juiz em agente da função administrativa"¹³⁶. "A explicitação de vinculações a observar apenas poderá consistir na identificação de limites inultrapassáveis, mas não na pretensa dedução do sentido da única decisão correcta a partir de tais parâmetros de juridicidade."¹³⁷ A abertura legal acarreta, em consequência do que se disse, riscos, em nossa opinião, demasiado elevados para a independência dos reguladores: seja porque o Governo poderá arguir estar a actuar no âmbito da sua margem de livre apreciação (e de terem sido respeitados os limites da margem de livre apreciação¹³⁸), seja nos limites que o juiz enfrenta na condenação à prática de novo acto, sem definição do seu conteúdo. Ter-se optado por uma lista fechada de critérios de cessação de funções teria sido, a nosso ver, uma solução que reforçaria a independência formal na sua vertente orgânica.

Em segunda medida e na mesma linha dos conceitos indeterminados, se atendermos aos elementos indicados nas alíneas a) a b) do art. 20.º, n.º 5 verificamos que as alíneas versam sobre questões de legalidade. De facto, não poderia manter-se em funções um titular do Conselho de Administração ou o próprio órgão em si, se existisse um "desrespeito grave ou reiterado de normas legais e estatutos" (art. 20.º, n.º 5, alínea a)), ou se verificasse um incumprimento dos deveres de exclusividade ou de reserva (art. 20.º, n.º 5, alínea b)). Quanto ao "incumprimento substancial e injustificado do plano de actividades ou do orçamento" (art. 20.º, n.º 5, alínea c)) nos suscita maiores interrogações. A solução, principalmente nas duas primeiras alíneas, acaba por recair em questões juridicamente sindicáveis - e bem - por eliminar ou restringir o pendor arbitrário do executivo. Já o mesmo dificilmente sucederá na alínea c), onde se revela

¹³⁴ SÉRVULO CORREIA, José, *Direito Contencioso Administrativo*, vol I, *Lex*, Lisboa, 2005, pág. 778.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ SÉRVULO CORREIA, José, *Direito Contencioso Administrativo*, vol I, *Lex*, Lisboa, 2005, pág. 779.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Como são as vinculações legais (por exemplo, os princípios constitucionais) e os que decorrem da auto-vinculação da Administração. Cfr. FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, pág. 94 a 97.

que o "incumprimento substancial e injustificado do plano de actividades ou do orçamento" da ARI é motivo para a cessação de funções. As questões que se colocam são: o que significa "incumprimento substancial e injustificado"? Se nem é o Governo a definir as "prioridades" das ARI's (art. 45.º, n.º 2), como poderá ser ele a sindicar do cumprimento ou incumprimento do plano de actividades? E em relação ao orçamento, substancial é não cumprir com as rubricas orçamentais, com os tectos de receitas e despesas, ou discordar da fundamentação que a ARI apresentou para o incumprir? Veja-se o seguinte exemplo: se a AdC necessitar de exceder o seu orçamento porque uma determinada operação de investigação sobre concertação de preços (art. 9.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência¹³⁹) se revelou mais complexa e demorada, justificando o recurso a *outsourcing* na prestação de serviços e se, por hipótese, existir uma captura do poder político por parte do sector bancário, suspeito de concertar as comissões e encargos bancários¹⁴⁰, não constituirá esta disposição normativa "um cavalo de Tróia governamental", susceptível de fazer cessar o mandato dos membros dos órgãos de administração, pelo "incómodo" provocado ao Governo pela investigação de tais práticas? A hipótese é meramente académica mas não podem deixar de ser exploradas as várias vicissitudes a que estes conteúdos normativos podem dar origem. E deve o incumprimento estar fundado nas razões de recusa de autorização do orçamento, planos plurianuais, balanço e contas, como seja a "ilegalidade" (por nós não contestado) ou "prejuízo para os fins da entidade reguladora ou interesse público" (art. 45.º, n.º 6)? São dúvidas que aumentam a inquietação dos reguladores face a potenciais ingerências do executivo. Se é verdade que o incumprimento configura uma ilegalidade, a dificuldade, tal como *supra* referimos, prender-se-á na sindicabilidade dessa mesma ilegalidade. E até que ponto a intervenção judicial não significará uma usurpação das competências da Administração (i.e., Governo) por parte do juiz, atendendo à prevalência judicial, nos termos do art. 205.º, n.º 2 da CRP, em que se define que "as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de

¹³⁹ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

¹⁴⁰ Uma eventual concertação de preços no sector bancário encontra-se a ser investigada pela Autoridade da Concorrência, após denúncia do banco Barclays, tal como revela o comunicado da AdC de 6 de Março de 2013 (*in* http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201309.aspx?lst=1&Cat=2013; última consulta em 27 de Abril de 2014, 14h20) e a audição parlamentar do presidente da AdC, em 13 de Março de 2013 (*in* <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=94769>; última consulta em 16.04.2014).

quaisquer outras autoridades"? Encerrando os conceitos "substancial" e "injustificado" de uma "incerteza semântica"¹⁴¹ própria de indeterminação, integrando, por isso, aquilo que a doutrina chama de "margem de livre apreciação administrativa" (que, juntamente com a "discricionariedade" fazem parte da "margem de livre decisão"¹⁴²), rapidamente se compreenderá que a fundamentação da Administração (i.e, ao Governo) terá importância determinante, mesmo cumpridos os já referidos limites da margem de livre apreciação.

Repare-se que a "margem de livre apreciação administrativa consiste num espaço de liberdade da actuação administrativa conferido por lei (...)"¹⁴³ embora não se confunda nem com critérios políticos nem com actuações ao abrigo da autonomia privada. O controlo da legalidade encontra-se confinado ao respeito "pelas vinculações normativas e pelos limites internos da margem de livre decisão"¹⁴⁴. Na verdade, se os tribunais controlassem o conteúdo do exercício da margem de livre decisão administrativa assumiriam a função do juiz administrativo, que substitui a Administração no seu legítimo espaço de intervenção, exercendo uma função materialmente administrativa e não jurisdicional. Sendo indiscutível, em abstracto, que a indeterminação conceitual tem uma amplitude muito variável, em termos concreto, "injustificado" e "substancial", podem integrar-se no conjunto de exemplo que REBELO DE SOUSA E SALGADO DE MATOS classifica como sendo dotados "do maior grau de determinação possível"¹⁴⁵, por contraposição a "conceitos altamente indeterminados, insusceptíveis de qualquer redução abstracta"¹⁴⁶ onde se incluem, entre outros, o "interesse público".

A segunda questão crítica¹⁴⁷ diz também respeito à intervenção do Governo em matéria de orçamento, planos plurianuais, balanço e as contas. É precisamente o artigo que tem por epígrafe "independência" (numa versão preliminar da Proposta de Lei, o mesmo adoptava como epígrafe "tutela de gestão"¹⁴⁸) – o artigo 45.º - que apresentam como motivos de recusa na autorização daqueles documentos, o "prejuízo para os fins

¹⁴¹ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *ob. cit.*, pág. 183.

¹⁴² Sobre o tema, por todos, com vasta bibliografia citada: REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, pág. 176 e seguintes.

¹⁴³ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *ob. cit.*, pág. 176.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *ob. cit.*, pág. 183 e 184.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Para nós, dada a unanimidade de que beneficiou a votação dos n.ºs 5 a 8 pelos Deputados da referida Comissão (cfr. *Relatório de Discussão...*, última consulta em 06/04/2014).

¹⁴⁸ Veja-se o Parecer do ICP-ANACOM, pág. 12.

da entidade reguladora ou para o interesse público". Ora, dificilmente poderia ter-se escolhido uma fórmula mais ambígua. O que são os "fins da entidade reguladora"? É aquilo que LUCAS CARDOSO define como tarefas fundamentais do Estado, como será no caso da AdC "a realização da democracia económica, social e cultural, mediante a vigilância pelo funcionamento eficiente dos mercados e a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores(...)"¹⁴⁹ É o mesmo que a "missão" da entidade reguladora? O único estatuto que, à data, se encontra adaptado à nova Lei define, no seu art. 1.º, n.º 2, que a "ERSAR tem por *missão* a regulação e a supervisão dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, abreviadamente designados por serviços de águas e resíduos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo" (itálico nosso).¹⁵⁰ E em nenhum dos restantes estatutos das ARI's estão definidos os fins das ARI's. Daí ser legítimo questionar o que se entende e o que se pretende com este dispositivo. Se o que se pretendia era atender às "atribuições" das ARI's, então a expressão empregue deveria ter sido essa mesma. Porque assim o intérprete estaria seguro do pensamento do legislador, através da leitura dos preceitos normativos que definem as atribuições das ARI's. Ao utilizar esta fórmula, deixa-se para a doutrina e para a jurisprudência a densificação de um conceito que é instrumental para a independência das ARI's, já que a recusa de um orçamento, por exemplo, disso depende. E, como será natural e previsível de observar, a recusa da autorização de um orçamento ou de um relatório de actividades terá como normal consequência a renúncia ao exercício do cargo por parte dos membros do Conselho de Administração, dada a perda de confiança entre o poder executivo e o regulador. A disponibilidade do mandato, por parte do regulador, é o maior garante da sua própria independência. E as questões orçamentais são fundamentais para o exercício da regulação independente, por isso devem estar reduzidas à definição de tectos de receitas e despesas, mas não à ingerência nas suas rubricas.

Mais nebuloso se afigura o recurso ao conceito de "interesse público". Não é a actividade reguladora uma actividade de interesse público? Ou haverá um interesse público segundo uma visão governamental diversa do prisma das ARI's? Recorde-se, na lição de SÉRVULO CORREIRA, que "o conceito de interesse público é daqueles cuja

¹⁴⁹ LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 417 e 418.

¹⁵⁰ Cfr. estatutos da ERSAR.

evidência intuitiva não facilita em muito a definição”¹⁵¹. O preceito só introduz instabilidade, pois caberá ao executivo a densificação do conceito. Teria sido preferível, em nossa opinião, evitar a utilização de conceitos de elevada indeterminação.

Mas também em relação ao poder regulamentar, devem ser feitos alguns reparos aos arts. 40.º e 41.º da LQER.

Não relativamente ao art. 40.º, n.º 1, alínea b) que determina que a ARI pode "fixar ou colaborar" na fixação de tarifas e preços praticados pelas entidades reguladas, o que nos parece equilibrado e flexível o suficiente para que, em cada momento, nos termos do art. 34.º, n.º 3, se determine que essa tarefa caiba ao Governo ou às ARI's, por delegação. Mas em relação ao art. 40.º, n.º 2, ("no exercício dos seus poderes de regulamentação"), que entra em contradição com a alínea a), onde se abre a possibilidade da ARI elaborar e aprovar normas "normas de carácter particular referidas a interesses, obrigações ou direitos das entidades ou actividades reguladas ou dos seus utilizadores". Segundo a lição de AFONSO QUEIRÓ, "os regulamentos são normas jurídicas, dimanadas de órgãos administrativos, no desempenho da função administrativa"¹⁵², formados, na esteira de MARCELLO CATEANO, "por normas de carácter geral e execução permanente"¹⁵³¹⁵⁴. O carácter da generalidade significa "que são regras de conduta, disposições que por natureza não têm destinatário ou destinatários determinados, concretamente mencionados ou mencionáveis"¹⁵⁵, ao passo que regras abstractas significa "que regulam ou disciplinam não um caso ou hipótese determinada, concreta ou particular, mas um número indeterminado de casos, uma pluralidade de hipóteses reais que venham a verificar-se no futuro"¹⁵⁶. Colocar sob a égide dos poderes de regulamentação uma cláusula habilitante para a aprovação de normas de carácter particular afigura-se incorrecto, atendendo às noções gerais do Direito Administrativo.

Quanto ao procedimento de regulamentação, previsto no art. 41.º da LQER, a participação dos interessados, como seja o Governo, empresas, outras entidades

¹⁵¹ SÉRVULO CORREIA, José, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Editora Danúbio, Lda, 1982, Lisboa, pág. 228.

¹⁵² AFONSO QUEIRÓ, Luís, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, policopiado, Coimbra, 1976, pág. 409.

¹⁵³ CAETANO, Marcello, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1976, pág. 81.

¹⁵⁴ Classificação da autoria do insigne administrativista, MARCELLO CAETANO, que, diferencia o regulamento do acto administrativo geral pela característica da permanência, visto estes se consumirem na aplicação a uma só oportunidade.

¹⁵⁵ AFONSO QUEIRÓ, *ob. cit.*, pág. 410.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

destinatárias, associações de utentes ou consumidores não carecia, em nosso entender, de previsão expressa no art. 41.º, n.º 1. No "âmbito do exercício de poderes públicos" (art. 5.º, n.º 2, alínea a)), é subsidiariamente aplicável o CPA¹⁵⁷ que estipula, no seu art. 7.º, o princípio da colaboração da Administração com os particulares e, no seu art. 8.º, o princípio da participação concretizando, assim, de forma infra-constitucional o que encontra-se vertido no art. 267.º, n.º 5 da CRP. A previsão de norma expressa (e específica) na LQER sinaliza e afasta qualquer dúvida que pudesse existir em relação à participação no processo de decisão dos vários actores abrangidos, em termos subjectivos, pelos regulamentos.

Fazendo um percurso comparativo entre a LQER, os estatutos da AdC (dada a impossibilidade de abranger todas as ARI's, seleccionou-se a ARI com competências transversais) e a LQ-IP encontramos, naturalmente, soluções diversas. Serão de registar maiores diferenças entre a LQ-IP e aqueles quadros normativos, pelas razões já expostas. Ainda assim, tendo o mote do presente estudo a independência das ARI's, à luz da nova LQER, importa analisar as suas diferentes complexidades, soluções e imperfeições.

Tomando como referência o Quadro 1 e restringindo-nos à independência formal (a análise *de facto* pressupõe um exercício guiado por uma metodologia, modelo e dados estatísticos sobre as ARI's que não se encontram consolidados na doutrina ou que não existem em Portugal), testamos a solução dos três enquadramentos normativos apontados em relação a quatro blocos de matérias: A. membros do órgão de administração; B. relação com políticos eleitos; C. financiamento e organização interna; D. regulação e supervisão.

A. Membros do órgão de administração

a. *duração do mandato e possibilidade ou não de renovação*: 6 anos (não renováveis) no caso dos reguladores (art. 20.º, n.º 1), ao passo que os estatutos da AdC (art. 13.º, n.º 1) prevêm um mandato de 5 anos (também não renovável) tal como os institutos públicos (embora renovável por uma vez, art. 20.º, n.º 1). Existe alguma divergência na doutrina, nomeadamente no estudo realizado pelo CERRE¹⁵⁸ sobre se a solução ideal é um mandato de 4, 5 ou 6 anos, embora mais do que isso seja um indício de menor grau de independência. A solução adoptada não nos parece incorrecta por ter

¹⁵⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro com última redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro (atualmente em revisão).

¹⁵⁸ CERRE, *in Estudo cit.*, pág. 31.

uma duração superior à legislatura (mitigando, em parte, o risco de captura por parte do poder político em resultado dos ciclos eleitorais) conferindo, assim, uma certa estabilidade na matéria e procedimentos regulatórios.

b. *modo de designação*: os membros do CA são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, depois de ouvida a Comissão competente da AR e de parecer da Comissão de Recrutamento e Selecção da Administração Pública (cfr. art. 17.º, n.º 3)), enquanto a composição do Conselho da AdC é definida, simplesmente, por resolução do Conselho de Ministros (art. 13.º, n.º 2). Já os membros do Conselho Diretivo dos IP's são nomeados por despacho do membro do Governo da tutela, após concurso público e parecer da CRESAP (art. 19.º, n.º 4). Por comparação com a AdC, o modelo de nomeação proposto pela LQER parece-nos mais adequado por exigir um procedimento mais completo e em que há maior escrutínio (pela CRESAP e, fundamentalmente, pela AR). Porém, o modelo poderia ser aperfeiçoado com a introdução, nas etapas previstas, de um concurso público. A ideia que figura na LQ-IP merece ser ponderada para eventual aplicação (em direito a constituir) às autoridades reguladoras. Em vez de ser o Governo a definir, *a priori*, os candidatos que se submetiriam a parecer da CRESAP e da Comissão Parlamentar competente da AR, abrir-se-ia um concurso público aberto a quem pretendesse concorrer ao Conselho de Administração da ARI. Os candidatos, que cumprissem os requisitos do concurso público, seriam submetidos a audição na AR. O Governo manteria, naturalmente, o poder de nomeação dos membros do CA mas o processo de selecção iria além dos gabinetes ministeriais. A abertura de procedimento concursal (à semelhança também do que já se prevê o cargo de Director-Geral) permitiria que se evitasse a captura dos reguladores pelo poder político e tornava mais transparente e menos nebuloso um processo que, não raras vezes, está envolto em polémica face à proximidade entre os membros dos órgãos dos reguladores e o Governo¹⁵⁹. O verdadeiro escrutínio verifica-se, a nosso ver, na audição da Comissão Parlamentar competente da AR onde estão reunidas as diferentes sensibilidades políticas. Aí será possível verificar dos conhecimentos e das competências, sujeitar o candidato a questões e perceber do seu alinhamento (excessivo ou não) em relação ao poder executivo e às empresas reguladas do candidato a membro do CA (eventuais conflitos de interesses, já que a LQER não obriga à declaração dos mesmos). A

¹⁵⁹ Em termos ilustrativos, veja-se a polémica resultante da nomeação de um ex-Secretário de Estado para a ERSE, em 2010 e, em sentido contrário, a ida de um membro da ERSE para Secretário de Estado da Energia.

vantagem que teria um concurso público seria o de não excluir ninguém à partida, sem direito a uma fundamentação que poderia ser tornada pública (se o candidato que se considere injustiçado assim o pretendesse). O modelo não subtraía o poder de escolha ao Governo, mas obrigava o poder executivo a ponderar e fundamentar a escolha ou não dos candidatos que se sujeitassem ao concurso público e à audição e parecer da AR. A proposta que aqui fazemos alusão não é, de todo, inovadora. Foi esse o procedimento adotado para a substituição de MARVYN KING, em 2012, como Governador do Banco de Inglaterra¹⁶⁰, o que revela que, mesmo para cargos de elevada responsabilidade, esta prática apresenta os seus méritos.

Embora tentador, um modelo alternativo de nomeação que passasse pelo nomeação pelo Presidente da República, sob proposta do Governo e audição em Comissão Parlamentar da AR¹⁶¹, encerra um desequilíbrio institucional que não podemos ignorar. Tenha-se em consideração que esse modelo é utilizado para a nomeação do Presidente do Tribunal de Contas e para o Procurador Geral da República (art. 133.º, alínea m) da CRP) cuja dignidade, constitucional e institucional, difere em muito das ARI's. O mesmo se diga em relação a uma nomeação que exigisse maioria de dois terços dos deputados da AR, que é reservada à nomeação dos membros da ERC, Provedor de Justiça, dez juizes do Tribunal Constitucional, sete vogais do Conselho Superior da Magistratura e ao Presidente do Conselho Económico e Social. Esta última proposta, embora acrescentasse maior credibilidade ao processo de nomeação, iria banalizar a intervenção da AR no nosso sistema constitucional pelo que, em nossa opinião, a intervenção da AR deve circunscrever-se à audição dos candidatos propostos pelo Governo. Isso garante o escrutínio suficiente e conseqüente publicidade necessária em relação ao candidato: seja no domínio das questões técnicas seja na descoberta de eventuais conflitos de interesse ou incompatibilidades.

c. *destituição ou dissolução*: em relação à LQER e aos estatutos da AdC, contraponha-se a taxatividade do que se entende por "falta grave" (embora conceptualmente construída com recurso a conceitos indeterminados), prevista no art. 15.º, n.º 3 dos estatutos com a não taxatividade, prevista na LQER, de que beneficia o

¹⁶⁰ Como se pode extrair de: <http://publicappointments.cabinetoffice.gov.uk/appointments/download/5052e765e4b0746aa1e7e352> (última consulta em 18/05/2014).

¹⁶¹ Como é aquele que propõe para a Autoridade da Concorrência, GORJÃO-HENRIQUES, Cunha, *Comentário Conimbricense à Lei da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 69. GUILHERME CATARINO defende a existência de um "controlo-autorização" em que o Parlamento teria a última na nomeação e teria o poder de iniciativa para a destituição, *in ob. cit.*, pág. 40.

Governo no preenchimento dos motivos de cessação do mandato dos membros do CA. Remetemos para maior desenvolvimento deste ponto o que se disse *supra*. Quanto à LQ-IP, refira-se que os motivos para destituição ou dissolução do Conselho Directivo são mais extensos, o que não é de surpreender face à superintendência a que os institutos públicos estão sujeitos.

d. *regime de impedimentos e incompatibilidades*: o regime de impedimentos e incompatibilidades é mais reforçado no caso dos reguladores do que no caso da AdC e dos institutos públicos. No primeiro caso, existem como que três níveis de impedimentos e incompatibilidades (art. 19.º): o que se encontra descrito na LQER (art. 19.º, n.º 1), o que está desenvolvido nos estatutos de cada ARI (art. 19.º, n.º 7) e o que decorre, supletivamente, do regime para os titulares de altos cargos públicos (art. 19.º, n.º 8). Além destes, existe um período de nojo (*cooling off*) de dois anos, no qual um membro do CA se encontra impedido de "estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da actividade da respectiva entidade reguladora" tendo direito, por isso, a metade da remuneração mensal (art. 19.º, n.º 2). Em caso de incumprimento, haverá a devolução da totalidade dos montantes auferidos até o início do vínculo (art. 19.º, n.º 6) No caso da AdC, dada a actuação transversal, torna-se difícil aplicar o normativo sem se cair em situações fronteira, pelo que será de fazer uma interpretação restritiva do art. 19.º, n.º 3. Em comparação os estatutos da AdC (art. 14.º), a compensação pelo período de inactividade corresponde a dois terços e não tem carácter retroactivo. Por seu turno, a LQ-IP remete esta matéria para o regime de incompatibilidades de altos cargos públicos (art. 6.º, alínea f)), não havendo nenhum período de inactividade, o que facilmente se compreende. Em nossa opinião, este período de *cooling-off* favorece a diminuição do risco de captura dos reguladores por parte das entidades reguladas. Do ponto de vista da independência formal e de facto, dificilmente se poderá obter uma maior independência face às entidades reguladas do que impedir a transição, pelo menos por certo período, dos reguladores para o mercado. Se a autonomia financeira é instrumental para o exercício independente das ARI's, a independência financeira dos membros dos órgãos de administração das ARI's é crucial para evitar tentações que vão para além da legalidade, transbordando para o campo da ética e da moral. Já dificilmente nos parece meritória a solução legal que pende no art. 19.º, n.º 1, alínea a), ao impedir que os membros do CA exerçam funções de docência com remuneração. Por uma simples razão: a fórmula para evitar a descapitalização técnica dos reguladores, dos mais

qualificados e preparados, face aos critérios que a Comissão de Vencimentos terá de observar na fixação das remunerações, (art. 26.º, n.º 3) poderia ser mitigada se os reguladores pudessem exercer funções de docência e investigação compensando, com isso, uma remuneração inferior ao desejável e adequada (atendendo ao sector a regular e interesses em presença - sob pena de fuga destes para o sector privado). Se o período de *cooling off*, cuja consagração aplaudimos, poderá desviar certos recursos humanos dos reguladores em favor das entidades reguladas (um risco necessário, a nosso ver), já a interdição do exercício de funções de docência e investigação sem correspondente remuneração parece-nos de um evitável excesso de zelo. Até por não existir paralelo, por exemplo, com a Magistratura, o BdP ou a ERC. Opinião diferente temos em relação a um eventual período de inactividade *ex ante*. i.e, um impedimento que resultasse do facto do candidato ter assumido funções numa entidade regulada, antes de transitar para uma ARI. Uma solução desta natureza comprometeria a captação de quadros qualificados e com experiência no sector regulado, restringindo, na sua maioria, o recrutamento à academia. Poderia ser indicadora de um maior grau de independência. Mas o critério não pode ser visto de forma absoluta (ou no mero plano dos princípios), sob pena de se criarem situações pouco razoáveis e pouco proporcionais.

B. Relações institucionais

a. *declaração expressa de independência*: a designação da LQER, enquanto "entidades administrativas independentes" e os art. 3.º e 45.º da mesma, à semelhança do art. 4.º da AdC, demonstra a intenção do legislador em afastar estas entidades da tradicional organização da Administração Pública. Já o mesmo não sucede, evidentemente, com o caso dos institutos públicos. Porém, a redacção da lei teria sido mais feliz com a utilização do termo "autoridade" e não "entidade", atendendo à consolidação da terminologia na doutrina administrativista portuguesa¹⁶², à maior associação do termo autoridade ao *ius imperii* e ao facto destes entes serem dotados de personalidade jurídica.

b. *obrigações formais*: de acordo com o art. 4.º, n.º 3, alíneas e) e d) da Lei do controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos [e de titulares de altos cargos públicos]¹⁶³, os membros dos órgãos das ARI's e dos institutos públicos têm o dever de entregar, ao Tribunal Constitucional, uma declaração do seu rendimento,

¹⁶² Em linha com o Parecer do ICP-ANACOM, pág. 2 e no seguimento da exposição de LUCAS CARDOSO, *ob. cit.*, pág. 402 a 405.

¹⁶³ Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, com última redacção dada pela Lei n.º 28/2010, de 28 de Setembro.

património e cargos sociais (art. 1.º da referida Lei). Aplaudimos a decisão por razões de transparência, pois permite que se faça uma comparação, em caso de dúvida, dos ganhos obtidos antes e após o mandato, o que se revela instrumental para aferir da eventual captura do regulador, designadamente, pelas entidades reguladas.

c. *anulação de decisões*: não se encontra previsto tal mecanismo no caso da LQER (o que seria perturbador para a independência funcional das ARI's) nem no caso da LQ-IP (sem prejuízo dos institutos públicos estarem sujeito a superintendência e orientações governamentais - art. 42.º). No caso de proibição de uma operação de concentração, decidida pela AdC, pode a entidade que não viu provimento ao seu pedido interpor recurso para o Ministro da área da economia (art. 34.º), o que se compreende atendendo à política económica a ser seguida. A manutenção desta solução, nos estatutos da AdC a serem conformados à nova lei, não nos suscita preocupação por existir, neste caso, uma opção de conveniência ou oportunidade político-económica que se deve sobrepor. Este exemplo é demonstrativo de como a independência não deve ser um valor por si próprio. Deve estar articulado de forma equilibrada e de harmonia com os restantes poderes existentes.

C. Financiamento e organização interna

a. *regime orçamental e fonte de receitas*: em relação ao regime orçamental, já se referiu *supra* que as ARI's podem estar sujeitas a dois tipos de enquadramentos: o da autonomia orçamental plena (art. 33.º, n.º 2) e o da autonomia orçamental semi-plena (art. 33.º, n.º 3). Já o mesmo não se pode dizer da AdC e dos institutos públicos (com autonomia financeira) que estão sujeitos ao regime dos fundos e serviços autónomos (arts. 30.º e 35.º dos respectivos diplomas). Em relação ao financiamento, tanto a LQER como a AdC são financiadas por contribuições, taxas, tarifas, coimas (no caso da AdC, apenas 40% das coimas reverte para o seu orçamento, cfr. art. 31.º, alínea b)), produto da venda de estudos, publicações, por outras receitas a serem definidas por lei ou contrato e, supletivamente, por transferências do Orçamento de Estado (arts. 34.º e 36.º da LQER e 31.º dos estatutos da AdC). Os institutos públicos dotados de autonomia administrativa e financeira são financiados com as receitas previstas no regime dos serviços e fundos autónomos (art. 37.º, n.º 1 da LQ-IP).

b. *organização interna*: a definição da organização interna cabe, tanto na LQER como nos estatutos da AdC, nas competências do órgão executivo (arts. 21.º, n.º 1, alínea b) e 17.º, n.º 2, respectivamente), o que afigurava-se positivo para a flexibilidade de gestão da ARI e que contrasta com a situação dos institutos públicos cuja

organização interna é definida nos estatutos (art. 12.º, n.º 1), independentemente de serem elaborados, ou não, pelo próprio instituto (art. 12.º, n.º 1). Não estando esta competência atribuída ao CA das ARI's, dificilmente se poderia dizer que existiria autonomia administrativa.

c. *gestão de recursos humanos*: o art. 10.º, n.º 2 encarrega a ARI da definição da organização, regime de carreiras, estatuto remuneratório do pessoal e protecção social dos seus trabalhadores, o que não é muito diferente do que se encontra definido para a AdC, nos arts. 17.º, n.º 2, alínea b), 26.º e 27.º, com excepção do art. 27.º, n.º 4 dos estatutos da AdC que determina que o regime de carreiras e o regime retributivo dos colaboradores da AdC está sujeito a homologação pelos ministérios de cada uma das áreas das Finanças, Economia e da Administração Pública. Os institutos públicos estão obrigados a observar as orientações governamentais estabelecidas em relação à gestão financeira e do pessoal (art. 42.º, n.º 2).

D. Regulação e supervisão

a. *regulamentação*: as competências em matéria de regulamentação encontram-se previstas no art. 40.º, n.º 2 da LQER e nos arts. 7.º, n.º 4 dos estatutos da AdC. Compreendem, em geral, a aprovação de regulamentos, emissão de orientações e directivas genéricas e a formulação de boas práticas dirigidas às empresas. A LQER acrescenta um pouco mais do que os estatutos da AdC, embora o facto de se propor alterações legislativas ou a apreciação das mesmas não seja, em rigor, uma competência com necessidade de consagração expressa. Já criticamente nos referimos à competência de, no âmbito dos poderes de regulamentação, se elaborarem e aprovarem normas de carácter particular, pelo que remetemos maiores desenvolvimentos para o que aí se disse. Em relação ao procedimento de regulamentar, a LQER define uma determinada tramitação (art. 41.º), com a participação do Governo, entidades reguladas e outras e dever de publicitação no sítio da internet, o que se afigura positivo face à omissão, nesta matéria, dos estatutos da AdC.

b. *fiscalização, inspecção e auditoria*: estes atributos operacionalizadores da competência de supervisão das ARI's encontram-se definidos nos arts. 40.º, n.º 3 e 42.º e no art. 7.º, n.º 3 da LQER e dos estatutos da AdC, respectivamente, não havendo diferenças significativas a assinalar.

c. *poder sancionatório*: um dos mecanismos mais relevantes das ARI's é, precisamente, o seu poder sancionatório, o *enforcement*, na execução da lei (em sentido lato) em caso de incumprimento ou eventual incumprimento por parte das entidades

reguladas. A competência para iniciar inquéritos, proceder à instrução, aplicação de medidas cautelares ou de coimas reforçam a credibilidade da ARI junto das entidades reguladas e no auxílio técnico das questões regulatórias junto do Ministério Público que é, recorde-se, responsável pela acção penal (art. 219.º, n.º 1 da CRP). Naturalmente que os estatutos das ARI's permitirão definir a maior ou menor amplitude dos seus poderes sancionatórios, i.e, do seu "poder de fogo", em consequência da relevância do setor, dos comportamentos históricos das entidades reguladas e da influência europeia nesta matéria. Esses poderes encontram-se, genericamente, previstos nos arts. 40.º, n.º 3 e 43.º da LQER e no art. 7.º, n.º 2 da AdC.¹⁶⁴

Em relação a este último bloco de matérias, regulação e supervisão, diga-se que a LQ-IP não prevê que os IP sejam dotados de competências regulamentares, de fiscalização, inspecção, auditoria e de poder sancionatório. Porém, nos estatutos do INAC, IMTT (embora não de forma clara) e da ERSAR de 2009, é possível extrair algumas dessas competências, com particular desenvolvimento no caso do INAC (cujo capítulo IV tem como epígrafe “Actividade de regulação” que se desdobra em poderes regulamentares (art. 15.º), poderes de supervisão (art. 16.º), poderes de fiscalização (art. 17.º), poderes de inspecção e auditoria (art. 18.º), poderes sancionatórios e medidas cautelares (art. 19.º) e poderes de autoridade (art. 20.º), entre outros). O novo enquadramento jurídico afigura-se mais favorável à independência da ERSAR tendo em conta que anteriormente (art. 19.º dos estatutos de 2009) a produção de efeitos com carácter externo dos regulamentos estava condicionado à homologação por parte do ministro da tutela, o que difere da norma prevista no art. 12.º, n.º 1 dos estatutos da ERSAR de 2014, que deixa essa competência para o CA da entidade seguindo, portanto, a disposição do art. 41.º, n.º 1 da LQER.

Desta análise e em termos gerais, verifica-se que muitas soluções que estão previstas na LQER já colhiam de consagração nos estatutos da AdC (e, em termos gerais, nos estatutos das restantes ARI's). Os institutos públicos com funções de regulação que são promovidos a ARI's emancipam-se da superintendência do Governo, transitando de uma autonomia, ainda que em sentido muito próprio, para uma independência com as características e vectores que aqui fomos apontando.

¹⁶⁴ Como pequena referência, refira-se a superior técnica legislativa utilizada no caso dos estatutos da AdC em contraposição com o da LQER. No primeiro caso, as competências em matéria de regulação e supervisão encontram-se claramente definidas em cada um dos números do art. 7.º. A LQER, submete, sob o número 3 (do art. 40.º), coisas diversas: fiscalização, inspecção e auditoria ("supervisão" na acertada expressão dos estatutos da AdC) conjuntamente com o poder sancionatório.

VI. CONCLUSÃO

De uma regulação governamental transitou-se para uma regulação exercida por autoridades que não dependem do Governo (nem das entidades reguladas): as autoridades reguladoras independentes. A transformação do papel do Estado na vida contemporânea criou a necessidade de um novo modelo de regulação que reunisse competência técnica, neutralidade política e independência. O conceito de independência assenta em dois pilares: formal, relativo ao conjunto de prescrições normativas (lei em sentido lato) e de facto, relativo ao modo como os reguladores se relacionam com o poder executivo e com os interesses regulados.

Da apreciação ao novo enquadramento jurídico das ARI's concluímos que:

- i. o novo diploma não tem carácter inovatório face às soluções já existentes nos estatutos das ARI's, tendo-se perdido uma oportunidade para o reforço das condições de independência;
- ii. subsistem duas questões especialmente problemáticas para a independência das ARI's, a que designámos por "cavalos de Tróia governamentais":
 - a primeira diz respeito às causas de cessação do mandato (art. 20.º, n.º 4 da LQER): a apresentação de causas exemplificativas, ao invés da previsão de um catálogo fechado (taxativo) e a utilização de conceitos indeterminados como "substancial" e "injustificado", significam, a nosso ver, uma ingerência preocupante para a independência dos reguladores.
 - a segunda refere-se à tutela orçamental (art. 45.º, n.º 4 da LQER): a recusa na autorização do orçamento, plano plurianual, balanço e as contas com fundamento em "prejuízo para os fins da entidade reguladora", ou para o "interesse público" recorre, uma vez mais, à utilização de conceitos indeterminados, de difícil controlo judicial, que mitigam a independência dos reguladores face ao Governo. Caberá a este justificar a recusa, o que só pode ser entendido como uma tutela de mérito. Teria sido preferível circunscrever a recusa destes documentos apenas a questões de legalidade, critério que a LQER chega a prever.
 - iii. o procedimento de designação dos membros dos órgãos da ARI's (art. 17.º da LQER) revela-se mais completo que o anterior (mera nomeação por parte do Governo, ao passo que o procedimento de agora passa por escrutínio da CRESAP, audição e parecer não vinculativo da AR e nomeação pelo Governo), embora pudesse ser aperfeiçoado através da realização de um

concurso público. O Governo manteria a definição dos critérios dos candidatos que seriam avaliados pela CRESAP e seguiriam, preenchidos os requisitos, para audição na AR que continuaria a dar um parecer não vinculativo. A nomeação manter-se-ia na esfera de poderes do Governo, mas o procedimento seria mais transparente e escrutinado.

- iv. a qualificação como "Lei-Quadro" não implica que se esteja perante uma lei de valor reforçado, mas sim, se se quiser, de uma lei com valor político acrescido. Tal significa que o Governo poderá, na aprovação dos estatutos da ARI, afastar-se das soluções aí previstas.
- v. é positivo o espírito harmonizador da LQER, para evitar discrepâncias evitáveis entre as ARI's: as condições de exercício do mandato (expurgadas das questões problemáticas indicadas), onde se inclui o impedimento de um regulador transitar directamente para uma empresa regulada (por um período de dois anos - *cooling off period*), as questões orçamentais e os poderes de regulação e supervisão (regulamentação, fiscalização e sancionatório), para citar alguns dos pontos mais relevantes, devem obedecer a um regime comum por darem resposta a problemas típicos da regulação independente.

Na comparação entre as diversas entidades abrangidas pela LQER (art. 3.º do Diploma Preambular), verifica-se que os únicos entes que beneficiam, na globalidade, com o novo enquadramento jurídico, são os que revestiam a forma de instituto público: a ERSAR, INAC e IMT, deixam de integrar a Administração indirecta do Estado, i.e, deixam de estar sujeitos à superintendência do Governo. São "promovidos" a ARI's. As restantes ARI's, AdC, CMVM, ICP-ANACOM, ISP, ERS e ERSE, já reconhecidas como tal na ordem jurídica portuguesa, não registam alterações substanciais face a cada um dos seus estatutos, à data, em vigor. Testados os vectores da independência, tal e como a concebemos, pode-se afirmar que o enquadramento jurídico confere um grau de independência equivalente ao que já beneficiavam e que só não é superior por subsistirem cavalos de Tróia governamentais.

VII. BIBLIOGRAFIA

I. Doutrina

- ADAM SMITH, *A Riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, vol I e II, 4ª Edição, 2001.
- AFONSO QUEIRÓ, Luís, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, policopiado, Coimbra, 1976.
- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2ª Edição, Oxford, 2013.
- BLANCO DE MORAIS, Carlos, "O estatuto híbrido das entidades reguladoras da Economia", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- BRAUN, Dietmar, "Who Governs Intermediary Agencies? Principal-Agent Relations in Research Policy-Making", in *Journal of Public Policy*, vol. 13, cap. II, 1993.
- CAETANO, Marcello, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1976.
- CALVETE, Vítor, "Regulação, concorrência, e all that jazz", in *Revista Julgar*, 2009.
- CAPITÃO FERREIRA, Marco, *A regulação Económica como instrumento de (des)intervenção do Estado na Economia*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, 2004, pág. 14.
- CERRE, *Independence, accountability and perceived quality of regulators*, (org. HANRETTY, LAROCHE, REINDL) Bruxelas, 2012, pág. 25 (disponível em: http://www.cerre.eu/sites/default/files/report_container.pdf; última consulta em 18 de Maio de 2014).
- FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição, vol. I, Lisboa, Almedina, 2006.
- GILARDI, Fabrizio e MAGGETTI, Martino, "The Independence of Regulatory Authorities", in *Handbook on the Politics of Regulation* (org. LEVI-FAUR, David), Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- GILARDI, FABRIZIO, "The same but different: central banks, regulatory agencies, and the politics of delegation to independent authorities", in *Comparative European Politics*, 2007.

- GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação 8, Coimbra, Coimbra Editora, Junho de 2013.
- GORJÃO-HENRIQUES, Cunha, *Comentário Conimbricense à Lei da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2013.
- GUILHERME CATARINO, Luís, *O novo regime da administração independente: quis custodiet ipsos custodes?*, in *Estudos do Instituto de Valores Mobiliários* (disponível em www.institutovaloresmobiliarios.pt).
- HANRETTY e KOOP, "Measuring the formal independence of regulatory agencies", in *Journal of European Public Policy*, vol. 19, cap. II, 2012.
- HAWKINS, e HUTTER, "The Response of Business to Social Regulation in England and Wales: An Enforcement Perspective", in *Law & Policy*, vol. 15, cap. III, 1993.
- JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011, 2ª Edição Revista e Actualizada
- JOÃO CONFRARIA, "Power and Discretion in Independent Regulation: the case of portuguese communications markets", in *Regulatory and Economic Challenges in the Postal and Delivery Sector* (org. MICHAEL CREW e PAUL KLEINDORFER), vol. 48, 2005 págs., 375-394.
- JORDANA, Jacint, LEVI-FAUR, David, "Towards a latin american regulatory state?: the diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors", in *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 598, 2006.
- KEYNES, John Maynard, lição proferida Novembro de 1924 em Oxford, e em Berlim, dois anos depois (disponível em <http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>).
- LEVI-FAUR, David, "The global diffusion of regulatory capitalism", in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, 2005.
- LUCAS CARDOSO, José, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, Outubro de 2002.

- MAÇÃS, Fernanda, MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MAGGETTI, "Regulation in Practice : the de facto independence of regulatory agencies series", in *European Consortium for Political Research Press*, 2012.
- MAJONE, Giandomenico, "The rise of the regulatory state in europe", in *West European Politics*, vol. 17, cap. III, 1994.
- MOE, Terry, "Control and Feedback in Economic Regulation: The Case of the NLRB", in *American Political Science Review*, vol. 79, 1985, págs. 1094–1116.
- VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997.
- NUNES VICENTE, Marta, *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*, Coimbra Editora, 2012.
- PAULO CÂMARA, *Direito dos Valores Mobiliários*, 2ª Edição, Almedina, 2011.
- PAZ FERREIRA e LUÍS MORAIS, "A regulação sectorial da Economia - introdução e perspectiva geral", in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009.
- PAZ FERREIRA, Eduardo, "Em torno da regulação económica em tempos de mudança", in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, número 1, Lisboa, Almedina, 2010.
- PAZ FERREIRA, Eduardo *Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, Lisboa, Dom Quixote, 2004.
- ROGÉRIO SOARES, Ehrhardt, *Interesse público, legalidade e mérito*, policopiado, Coimbra, 1955.
- SALDANHA SANCHES, José, "A regulação: breve história de um conceito", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, Lisboa, 2000.
- SAMUELSON, Paul, NORDHAUS, William, *Economia*, McGrawHill, 16ª Edição, Julho de 1999.
- SÉRVULO CORREIA, José, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Editora Danúbio, Lda, 1982, Lisboa.
- SÉRVULO CORREIA, José, *Direito Contencioso Administrativo*, vol I, *Lex*, Lisboa, 2005.
- SÉRVULO CORREIA, José, "Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, (1ª

Secção)", de 17.1.200., P.1068/06, *in* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 70, 2008.

- STIGLER, George, "The Theory of Economic Regulation," *in* *Bell Journal of Economics*, vol. 2, 1971.
- STIGLITZ, George, "Regulation and Failure", *in* *New Perspectives on Regulation* (org. MOSS, DAVID e JOHN CISTERMINO), Cap. I, Cambridge, 2009.
- THATCHER, Mark, SWEET, Stone, "Theory and Practice of delegation to non-majoritarian institutions", *in* *West European Politics*, vol. 25, cap. I, 2002.
- THATCHER, Mark, "Regulation after Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe", *in* *Journal of European Public Policy*, vol. 9, cap. VI, 2002.
- VISCUSI, Kip, VERNON, John, e HARRINGTON JR, Joseph, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3ª Edição, Cambridge, The Mit Press, 2000.
- WRIGHT, Vincent, "The Administrative System and Market Regulation - continuities, exceptionalism and convergence", *in* *Western Europe*, *in* *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. IV, 1992.

2. Legislação

- Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de Janeiro (aprova os estatutos da AdC).
- Decreto-Lei 212/2012, de 25 de Setembro (aprova os estatutos da ERSE).
- Decreto-Lei n.º 10/2014, de 6 de Março (aprova os novos estatutos da ERSAR).
- Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio (aprova os estatutos da ERS).
- Decreto-Lei n.º 142.º-A/91, de 10 de Abril, com última redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 63.º-A/2013, de 10 de Maio (aprova o Código dos Valores Mobiliários)
- Decreto-Lei n.º 227/2009, de 2 de Outubro (aprova os antigos estatutos da ERSAR).
- Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de Agosto (aprova os antigos estatutos do ICP-ANACOM).
- Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de Novembro (aprova os antigos estatutos do ISP).
- Decreto-Lei n.º 302/82, de 30 de Julho (cria o ISP)
- Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, com última redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (aprova o CPA)

- Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de Novembro (aprova os antigos estatutos da CMVM).
- Decreto-Lei n.º 145/2007 de 27 de Abril (aprova a lei orgânica do INAC)
- Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro (procede à quarta revisão constitucional).
- Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (aprova o novo regime jurídico da concorrência)
- Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, com última redacção dada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro (aprova a LQ-IP).
- Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, com última redacção dada pela Lei n.º 38/2010, de 8 de Setembro (controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos).
- Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro, com última redacção dada pela Lei n.º 142/2013, de 18 de Outubro (aprova a lei orgânica do Banco de Portugal).
- Portaria n.º 543/2007, de 30 de Abril (aprova os estatutos do INAC).
- Portaria n.º 545/2007, de 30 de Abril (aprova os estatutos do IMTT).

3. Outros

- A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Primeiras Reflexões e Perspectivas para o Futuro", 2.º painel, 12 de Novembro de 2013 (http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525).
- Audição parlamentar do presidente da AdC, em 13 de Março de 2013 (<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=94769>).
- Comunicado da AdC de 6 de Março de 2013 (http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201309.aspx?lst=1&Cat=2013)
- <http://publicappointments.cabinetoffice.gov.uk/appointments/download/5052e765e4b0746aa1e7e352>.
- Actividade parlamentar relativa à Proposta de Lei n.º 132/XII, que viria a dar origem à Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto de 2013: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?ID=37580>
- Memorando de Entendimento disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf.

- *Principles for the Governance of Regulators, OCDE, Paris, 21 Junho de 2013* (disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Governance%20of%20Regulators%20FN%202.docx>).
- *Relatório de Discussão e Votação na Especialidade da Proposta de Lei n.º 132/XII/2.^a (GOV)*, disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=37580>