

ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES: *SMOKE & MIRRORS*

Victor Calvete

ABSTRACT: *There are more things in the independent agencies' (IA) heaven than are dreamt of in their current philosophy. First of all – and unless one admits politicians are worse than everybody else – there's no reason for IA to behave differently than government controlled bodies (even more so if one finds ex-politicians in their driving seats). If one admits that public interest is paramount in government action, there might be a problem if special sectors, insulated by IA, stand in the way. On the other hand, if one thinks that governments are driven by special interests, there are no reasons to think differently of IA. The case in point is that governments can be ousted by people's vote – and independent agencies can not.*

SUMÁRIO: Introdução. I. *Tales of Topographic Oceans*: O lugar das entidades administrativas independentes no nosso Estado (ainda democrático). II. *The Great Divide*: Entidades administrativas independentes nos domínios político e económico. III. *Altered States*: Outros fundamentos para a criação de entidades administrativas independentes. IV. *The Grail Quest*: A legitimidade das entidades administrativas independentes. V. *Der Durchbruch*: Legitimidade constitucional da atividade das entidades administrativas independentes. Conclusões.

INTRODUÇÃO

A área da regulação económica, para efeitos diversos tratada em conjunto com a regulação não-económica (social e política), tem vindo a ser progressivamente sonogada aos mecanismos representativos com a criação de entidades ditas “independentes” (do poder político), que concentram em si os poderes tradicionais do Estado: “legislar” (i.e.: aprovam normas), executam políticas, julgam conflitos e punem o desvio aos seus comandos gerais ou individuais, sob controlo *formal* dos tribunais e sob o *indirizzo* – as mais das vezes opaco – do poder político do momento, ou de interesses supranacionais.

Além de apoiado numa tendência internacional, tal movimento de “desagregação sectorial do Estado” – um equivalente não-territorial do Federalismo¹ – beneficia de boa imprensa, que trata os reguladores como se fossem a “pedra filosofal” da eficiência económica. E – como se viu do *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, assinado por representantes nacionais, da Comissão Europeia, do Banco Central Europeu e do Fundo Monetário Internacional, para viabilizar o acesso de Portugal à ajuda externa – merece igualmente o empenho dos interesses supranacionais². Não

1 Como afirma Frison-Roche, 2006: 54

“Dès l’instant que l’on affirme, plus particulièrement pour certaines Autorités administratives indépendantes, notamment les Autorités en charge de la régulation d’un secteur économique, qu’elles exercent les trois pouvoirs, le pouvoir normatif (législatif), le pouvoir d’application particulière (administratif) et le pouvoir de sanction et de règlement des différends (juridictionnel), les Autorités sont instituées comme des sortes de petits Etats sectoriels, en quasi-lévitacion par rapport à l’Etat traditionnel à la fois unifié et conçu sur la séparation des pouvoirs.”

2 No ponto 7.21. da versão portuguesa do Memorando, dispõe-se o seguinte (entre parêntesis retos vai a indicação do trimestre e ano de verificação do cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado português):

“Garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades. [T1-2012] Nesse sentido:

i. Elaborar um relatório independente (por especialistas reconhecidos internacionalmente) sobre as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais ARN. O relatório indicará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. Abrangerá igualmente o âmbito da actividade dos reguladores sectoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência; [T4-2011]

ii. Com base no relatório, apresentar uma proposta para implementar as melhores práticas internacionais identificadas, a fim de reforçar a independência dos reguladores onde necessário e em plena observância da legislação comunitária.” [T4-2011]

Assumindo que o objetivo das medidas pactuadas é a melhor prestação da economia nacional, não é inteiramente evidente em que medida é que o reforço da independência dos reguladores pode contribuir para isso. Será porque se suspeita de proteção política governamental aos “campeões nacionais” (PT, EDP, Galp, etc)? E se for isso, porque é que os reguladores não farão o que é suposto o Governo fazer? Será que, por exemplo, a CGD é pior tratada pelo Banco de Portugal do que pelo Ministério da Economia? E como é que – supondo que assim se remove essa (suspeita de) proteção a essas empresas – se melhora a competitividade da nossa economia? A Grécia, por exemplo, era apontada como o país em que as nomeações para as autoridades independentes eram menos politizadas (cfr. *infra*, nota 18) – ao contrário do que acontece nos EUA, onde são claramente políticas. E no Japão, como lembrava Nazaré, 2004: 537, “*não há reguladores!*”. Será que os reguladores são necessariamente mais competentes, ou menos permeáveis a interesses privados, do que o Governo? E porquê, se – mesmo tirando a Grécia – há larga consonância entre o pessoal dirigente de uns e outro? Ou será porque, mesmo quando sob um (entre nós ilusório) manto da independência, os reguladores são a *longa manus* do Governo? E se for isso, porque é que deixando de ser essa *longa manus* a *performance* da economia nacional há-de melhorar? Serão os Governos um fator de atraso económico? Respostas adiante, mas conformes à advertência de Rodrik, 2011: “*a escolha entre um critério democrático nacional e uma restrição externa nem sempre corresponde a uma escolha entre boas e más políticas*” (cfr. *infra*, nota 127).

é uma surpresa: o “método funcionalista de integração” resulta ainda melhor quando os hodiernos equivalentes da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (nas telecomunicações, energia, transportes, e em outros sectores-chave da economia de cada Estado-membro) não têm existência formal. No que segue, meras pancadas de Molière para a reabertura de uma discussão sobre as “entidades administrativas independentes” (segundo a terminologia constitucional), equaciona-se o seu lugar na estrutura do Estado (Capítulo I), abordam-se os seus alegados fundamentos (Capítulo II) e enunciam-se justificações alternativas para a sua criação (Capítulo III). A seguir, ecoa-se uma tentativa de re-legitimação dessas entidades administrativas independentes – que, no entanto, se descobre maioritariamente inadequada para as criadas pelo nosso legislador (Capítulo IV), reconhecendo-se que estas, em contrapartida, estão dotadas de (uma quase singular) legitimidade constitucional expressa – sem embargo da subsistência de problemas constitucionais na sua atuação (Capítulo V).

As Conclusões, não refazendo abreviadamente o mesmo percurso, centram-se no sentido político da moda regulatória – e pretendem alertar para as suas menos evidentes implicações.

De resto, análogas interrogações poderiam ser dirigidas às prioridades definidas nos pontos 5.33. “Adoptar medidas destinadas a liberalizar o acesso e o exercício de profissões reguladas desempenhadas por profissionais qualificados e estabelecidos na União Europeia.”, e 7.19. “O Governo eliminará as golden shares e todos os outros direitos estabelecidos por Lei ou nos estatutos de empresas cotadas em bolsa, que confirmam direitos especiais ao Estado [final de Julho de 2011]” (Sobre estas, que Silva, 2008: 83, vê ao serviço do mesmo interesse público que justifica a criação das Autoridades Reguladoras Independentes, v. infra, nota 10). Parece, assim, ser possível distinguir dois tipos de medidas no Memorando: as que visam o reequilíbrio das contas públicas e reabilitação da economia nacional, e as que, não tendo efeitos, nem imediatos nem diferidos, nessas *performances*, visam compensar os “salvadores”. Já no sentido de que um programa de privatizações como o imposto pelo Memorando pode bem ser contraproducente (“*Privatisation can help when the problem is one of liquidity. If the problem is one of solvency, privatisation will only make matters worse, especially if it has to be done at distressed prices*”) alertara Gros, 2011. E no sentido de que corresponde essencialmente aos interesses dos credores, na medida em que, feito sob pressão, não permite lograr nenhuma das suas possíveis justificações – o aumento da eficiência económica e a maximização do encaixe financeiro – se pronunciaram já, na arena pública, numerosos políticos e comentadores. Já com o súbito *downgrade* da notação da dívida portuguesa para “lixo” (Julho 2011), o choque entre a soberania do mercado – traduzida nos critérios económicos (e não também “independentes”?) das agências de *rating* – e o valor político essencial da defesa dos interesses nacionais se tornara evidente.

I. TALES OF TOPOGRAPHIC OCEANS: O LUGAR DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NO NOSSO ESTADO (AINDA DEMOCRÁTICO)

A legitimidade democrática e constitucional dos poderes administrativos encontra-se na sua subordinação ao Governo – definido no artigo 182.º da Lei Fundamental como “*o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da Administração Pública*”.

Porém, as entidades administrativas independentes – que a lei ou decreto-lei podem criar (e têm vindo abundantemente a criar, tanto nos termos do atual n.º 3 do artigo 267.º da Constituição [CRP], como antes dessa credencial) – escapam *formalmente* ao controlo e direção do Governo³. Tendo em conta que tais entidades podem ter (e normalmente têm), a mais de poderes executivos, também poderes normativos e, ou, judiciais ou para-judiciais⁴, a questão da legitimidade do que nalguma doutrina e jurisprudência americana se designa o “quarto poder”, resultante da concentração dos três poderes do Estado em entidades que não respondem eficazmente nem perante o Parlamento nem perante o Governo, e só limitadamente respondem perante os

3 Se o critério da *administração direta* do Estado está no vínculo hierárquico, e o da *administração indireta* na relação de tutela, a verdadeira *administração independente* não é nem uma coisa nem outra: seria “*a Administração intraestadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na Administração direta do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à autodeterminação de quaisquer interesses organizados*” - Moreira, 1997: 127. Sublinhando que “*A independência em relação ao Governo significa independência face ao Parlamento e, por conseguinte, corte da relação de legitimidade democrática*”, e apontando o consequente “*deficit de legitimidade democrática e de accountability pública*” das AAI (Autoridades Administrativas Independentes), ver Maças, 2006: 25. Por seu lado, Ferreira & Morais, 2009: 29-30, levantam objeções à denominação por se posicionarem já no movimento de refluxo da “*independência*” face aos “*órgãos com legitimidade democrática directa*”, designadamente os Paramentos.

4 Neste exato sentido, Ferreira & Morais, 2009: 31. Como escreveu Frison-Roche, 2006: 102, louvando-se na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,

“C’est la forme, voire l’effet, du pouvoir exercé qui donne la qualification de l’organe qui le manie. Ce raisonnement à la fois trivial et téléologique, assez étranger à l’esprit français, mais qui s’impose désormais, conduit à considérer que les Autorités administratives indépendantes sont tantôt des organes d’administration, tantôt des organes de juridiction, suivant le type de pouvoir que, dans un cas concret, elles exercent. Cela engendre un certain désordre car la catégorie juridique devient par nature changeante, mais cette complexité nouvelle doit être intégrée. Ainsi, lorsque la matière civile ou la matière pénale sont en jeu, c’est en tant qu’elles sont des tribunaux, au sens européen du terme, que les Autorités administratives indépendantes doivent aménager les garanties liées au procès équitable et à la juridiction impartiale.”

A mesma A. refere adiante (2006: 102-103) que essa conceção foi *internalizada* na ordem jurídica francesa: “*La jurisprudence du Conseil d’Etat a évolué pour reconnaître que «au sens du droit européen», les Autorités administratives indépendantes constituent des tribunaux lorsque des sanctions sont prononcées*”. Recusando estatuto “*parajudicial*” ou “*quase-judicial*” à atividade das autoridades reguladoras, Pinto, 2005: 195-196 e 200.

tribunais (que só fazem um controle de legalidade da sua atuação), levanta, pelo menos, dois tipos de problemas⁵:

– por um lado, as ditas entidades administrativas independentes, justamente por se furtarem ao poder de direção formal do Governo, e embora mantendo a sua legitimidade constitucional, ficam destituídas de legitimidade democrática, só podendo invocar uma – de resto nem sempre efetiva – legitimidade técnica ou procedimental⁶;

– por outro lado, considerando a amplitude da transferência de poderes (normativos, executivos e para-judiciais) para essas entidades (e o inerente desvio de recursos), bem como o paralelo esvaziamento de poderes do Governo em benefício de entes supranacionais e regionais, o órgão supremo da Administração Pública – que a Constituição determina que o Governo seja – torna-se, de facto, cada vez mais supletivo.

Assim, um traço característico da regulação económica⁷ – que, muito curiosamente, não tem sido defendido pelos seus próceres – é o retorno ao modelo do Governo não-interventor, ou seja, ao *apartheid* das esferas do económico

5 Apontando essa concentração de poderes como um outro problema de legitimidade das ARI (Autoridades Reguladoras Independentes), ver Maçãs, 2006: 26. Num sentido algo diferente, Frison-Roche, 2006: 54

“La rupture peut s’analyser à deux niveaux. Le premier vise en soi cette alliance d’une unicité de tous les pouvoirs en attaque à l’unicité de l’Etat. Le second s’étudie par rapport au déséquilibre possible non plus en soi mais parce que d’une part les contrepoids démocratiques n’existent pas et que d’autre part les contrôles exercés hors du principe hiérarchique de l’exécutif sont trop faibles. C’est donc le fait d’indépendance, c’est-à-dire un fait institutionnel commun à toutes les Autorités, qui constitue la rupture politique. Cela justifie plus fortement de penser les Autorités administratives indépendantes comme une catégorie unifiée.”

6 No estudo que fundamentou a apresentação de um projeto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes, Moreira & Maçãs, 2003: 251-252, aconselhavam “densificar as formas de responsabilidade política, a fim de evitar que a pretexto de se tentar corrigir as deficiências da Administração democrática, estejamos a alimentar a criação de uma Administração “ademocrática”, assente na hipertrofia da legitimação técnico-profissional, das elites especializadas, que acaba por não responder perante ninguém”.

7 Uma definição substancial de regulação (económica, mas suficientemente genérica para englobar outro tipo de regulação) é a de Alan Stone, retomada por Viscusi, Vernon & Harrington, 2000: 298, “*Regulation is the use of [the power to coerce] for the purpose of restricting the decisions of economic agents.*” Entre nós, Ferreira & Morais, 2009: 22, cunharam uma definição igualmente indiferente à forma da intervenção do Estado: “*desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva (...) incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos.*”

Para a proposta de um conceito técnico (e formal) de “regulação”, entendida, na sua forma mais perfeita, como uma atividade de criação de normas com eficácia externa, adjudicação de conflitos na sua aplicação e sancionamento do seu incumprimento *quando a cargo de uma entidade desinserida da pirâmide administrativa* cujo vértice é o Governo, ver Calvete, 2009: 73-95. Aparentemente nesse mesmo exato sentido, Ferreira, 2001: 396-397, e 2010: 34-35.

e do político: a requerida independência e competência técnica das entidades reguladoras, a sua alegada blindagem aos ciclos eleitorais, a proclamada natureza neutra da sua intervenção, o próprio apelo a uma “co-regulação” ou “auto-regulação”⁸, ou, ao menos, a uma *gestação participada* das regras⁹, não são, afinal, mais do que novos argumentos para evitar (o que só pode ser visto como) *a ação perturbadora do Estado-político*. As invocadas características “técnicas”, “pactuadas” e “neutras” da regulação económica constituem veículos convenientes para o desgraduar das imposições de interesse público¹⁰. Como escrevia já em 1969 Rogério Soares, “*Partindo da sociedade despoliticizada por-*

8 Nos termos do artigo 9.º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, “*A ERC deve promover a co-regulação e incentivar a adopção de mecanismos de auto-regulação pelas entidades que prosseguem actividades de comunicação social e pelos sindicatos, associações e outras entidades do sector.*”

9 Nas disposições que consagram os poderes regulamentares das entidades administrativas independentes, há, por vezes, referência à submissão ao princípio “*da participação*”, como é o caso do artigo 11.º dos Estatutos do ICP – ANACOM (Autoridade Nacional das Telecomunicações), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, e do artigo 62.º dos Estatutos da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro. Ver também a previsão do “*Procedimento geral de consulta*” no artigo 8.º da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro), e o disposto no artigo 23.º dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril. Reconheça-se, porém, que em face de normas como as dos artigos 117.º e 118.º do Código do Procedimento Administrativo, a própria intervenção da administração pública – direta, indireta ou autónoma – está agora mais sensível à advocacia dos interesses tutelados. Nas palavras de Catarino, 2010: 82, teríamos “*relações normativadas decorrentes não de uma vertente política ou programática (top-down), mas de um sistema económico e social participado concreto (bottom-up)*”. Sobre o recurso pelas Autoridades Reguladoras Independentes a “*fórmulas informais informativas, assim como ao diálogo*”, que pela “*ausência de expressão jurídico-formal dessa actuação, além de constituir potencial fonte de agressão para os direitos e garantias dos administrados, tende a favorecer uma actuação pouco transparente e a facilitar a captura das ARI pelos interesses económicos instalados.*”, v. Maças, 2006: 39-44.

10 Em consonância com uma tendência generalizada de “desfiguramento” do Estado, como o notou entre nós Carreira, 2005: 126: “*A integração na UE, a adopção do euro, a liberalização mundial do comércio, a restante globalização e a transferência interna de poderes para as regiões, as autarquias e as entidades reguladoras, tornam-no uma pálda sombra do que foi noutros tempos.*”

A já consumada abdicação das *golden shares* nas poucas empresas estratégicas que restavam à economia nacional, por imposição do acordo com a *troika* referido na nota 2 (não imposta a Estados-membros menos necessitados – em 2005 estavam identificadas 141 empresas em que os Estados-membros mantinham esse tipo de direitos especiais, e a desconformidade destes com o Direito da União depende da sua específica configuração, sendo admissíveis quando sujeitos a um *quádruplo* teste de proporcionalidade: serem não-discriminatórios, visarem interesses legítimos dos Estados-membros, serem adequados à realização destes, e não excederem o necessário para os realizar), é mais um passo na capitulação do “político” (interno) perante o “económico” (externo). Uma recente avaliação equilibrada dos interesses em jogo nesta matéria encontra-se, entre nós, em Silva, 2008: 69-85.

De resto, o próprio legislador nacional entendeu, na 2.ª alteração à Lei n.º 11/90, de 5 de Abril (Lei-Quadro das Privatizações), que podia reintroduzir fatores de proteção limitadores do funcionamento livre do mercado, impondo ao Governo, no artigo 3.º da Lei n.º 50/2011, de 13 de Setembro, que, “*no prazo máximo de 90 dias, a partir da entrada em vigor*” dessa alteração, estabelecesse “*o regime extraordinário para salvaguarda de activos estratégicos em sectores fundamentais para o interesse nacional, em observância do direito comunitário.*”

que não quer ser tocada pela política, que é reserva do Estado, chega-se ao resultado da sociedade apolítica, porque não quer que os seus conflitos assumam através do Estado uma resultante política.”¹¹

A “despoliticização do Estado” – que Rogério Soares fazia equivaler, “segundo a aplicação dos esquemas tradicionais de contraposição do político ao económico”, à “economização da política”¹² – tem, então, nas entidades administrativas independentes¹³, uma “via rápida” especialmente eficaz. Uma tal evolução (ou involução) não passou despercebida aos cultores do Direito Constitucional: de um lado, para Canotilho¹⁴ “basta comparar o modelo clássico de legitimação com os padrões legitimatórios actuais para se concluir que, em último termo, a democracia representativo-parlamentar cede o passo a processos comunicativos, onde não

11 Soares, 2008: 108. O A. concluía aí que tal conduzia a um “novo totalitarismo”, e decorria da “crença, forjada na luta contra o sistema da «iluminação», de que o Estado é uma máquina de constrangimento e opressão ao serviço dum quadro de interesses que não são os da sociedade.”

12 Soares, 2008: 106-107. A sua lição não se perdeu na Faculdade de Direito de Coimbra: Ainda recentemente Silva (2008: 286) escreveu: “os reguladores, nacionais e europeus, são o reflexo da moderna despoliticização*, vale dizer, do triunfo da economia sobre a política.” (*Nota suprimida).

13 Utilizamos preferencialmente a terminologia constitucional, mas, sobretudo na incorporação de outros discursos, usamos, também a referência a “reguladores” ou “autoridades reguladoras nacionais”, ainda que não com a mesma extensão conceptual. Em Calvete, 2009, já defendemos uma conceção estratégica da “regulação” e alertámos para a não correspondência biunívoca do perfil institucional “entidade administrativa independente” ao desempenho de tarefas de “regulação”, pelo que os dois círculos podem – mas não têm de – coincidir. Defendemos nessa ocasião duas evidências: i) há entidades administrativas independentes que não são reguladores; ii) a pertinência teórica da autonomização dos “reguladores” (em relação à Administração estadual, regional ou local) passa necessariamente pela sua natureza de entidades administrativas independentes – tal como, *et pour cause*, a autonomia da “regulação” em relação à atividade de normação, vigilância e controlo a cargo de unidades orgânicas dessa Administração (sejam, *vg*, Direções-Gerais ou Institutos Públicos) depende daquela específica origem orgânica: só sendo (organicamente) independente a regulação suscita problemas específicos, e só essa especificidade justifica a sua existência conceptual autónoma.

14 Canotilho, 2010: 101. Segundo este A. (Canotilho, 2010: 101-102), a legitimação democrática enquadrada pela ciência do Direito Constitucional tinha *sujeito* (o povo), *objecto* (o poder estatal), *modos* (institucional-funcional, organizatório-pessoal, material) e *níveis* (lugares de ajuste dos modos de legitimação e seus instrumentos) e a articulação desses modos com esses níveis “*permitia estruturar as dimensões básicas da democracia constitucional parlamentar: (1) a lei do parlamento, com as suas “reservas” e as suas “prioridades”; (2) o princípio da legalidade com vinculação da administração à lei; (3) o princípio da responsabilidade parlamentar do governo; (4) o princípio da estruturação hierárquica da administração e respectivos esquemas de direcção, superintendência e tutela.*”

Na “nova ciência do direito administrativo” o *sujeito* continua a ser o povo – mas é um “povo plural [que] tem como ponto de referência o indivíduo e a sua auto-determinação”, o *objeto* é agora o poder de uma “administração plural e diferenciada” (supranacional, nacional – estadual e não estadual – incluindo autoridades administrativas independentes e entidades privadas com poderes públicos), e há uma “abertura para outros pontos de vista legitimatoriamente relevantes*: *aceitação, efectividade, justeza, justiça material e procedimental, realização do bem comum e de interesses públicos.*” (Canotilho, 2010: 102, * Nota suprimida). Neste contexto, a Constituição representa, para o A., um “sistema aberto de democratização e de controlo”, um “sistema normativo de legitimação do poder.” (Canotilho, 2010: 103).

é a ciência do direito constitucional a responsável pela definição dos princípios básicos da legitimação democrática.” De outro lado, como também escreveu Otero¹⁵ – invocando Herbert Marcuse e remetendo para Jurgen Habermas – “*a técnica e a ciência desenvolvem hoje uma função legitimadora da dominação, dotadas de uma racionalidade política* e assumindo-se como ideologia de uma «sociedade totalitária de base racional» **.” Conjugando, e resumindo: o exercício do poder transfere-se da esfera do político para a esfera da técnica¹⁶ – ou, se se preferir, *a técnica é (um)a nova política.*¹⁷

Confrontando esse discurso-padrão da defesa dos mecanismos de regulação independente com a panóplia de autoridades administrativas independentes presentes nas diversas ordens jurídicas – mesmo considerando só as dos países mais desenvolvidos –, torna-se evidente, porém, que o leque das justificações dadas para a sua génese, sendo genericamente idêntico, dá lugar a diferentes valorações concretas, na medida em que, não obstante a *reação pavloviana* dos legisladores¹⁸ e a sabedoria convencional das opiniões públicas, a *zoologia regulatória independente* (uma metáfora adequada para os comumente designados *watchdogs*) difere significativamente de país para país¹⁹. Ou seja, avançando mais um passo: os argumentos convencem em

15 Otero, 2001: 178. (* Notas suprimidas).

16 Nada o ilustra melhor do que o processo de integração europeia, em que, face aos resultados dos referendos à Constituição Europeia, as opções da classe política já nem sequer são sujeitos a validação popular.

17 Para Catarino, 2010: 51, a criação de entidades administrativas independentes com funções de regulação deveu-se à necessidade de

“ [...] uma maior agilidade de actuação da Administração com a fuga aos controlos e procedimentos administrativos hierárquicos e de subordinação tradicionais, e pela partilha de poder correspondente à necessária mediação de interesses do novo Estado burguês complexizado e crescente. Finalmente, a salvaguarda da imagem dos Governos perante a opinião pública, em sectores sensíveis, promoveu a substituição de uma intervenção declaradamente política por uma intervenção supostamente “técnica”, o que determinou um mecanismo de criação de instituições que, não se afastando da órbita do Governo, ainda assim apareçam como sendo dele independentes.”

18 Na esteira de um artigo de Hood e Lodge de 2005, Catarino, 2010: 49-50, explica-a como resultado da “*falta de uma cultura regulatória geral nacional ou de comunidades epistémicas [que] leva ao mimetismo ‘transnacional’ ou cross-nationality das respostas a um determinado estímulo, embora raramente esta interação ou ‘olhar para o outro’ se manifeste entre reguladores internos ou nacionais (cross-domain)*” – uma passagem que já citámos em Calvete, 2009: 75, nota 3. Cfr. infra, nota 100, e, na mesma obra de Catarino, 2009:49 e 50 (notas 35 e 36) 82, 94, 165 (e nota 328), 236 (nota 91) e 243 (nota 108).

19 Por exemplo: não obstante as razões invocadas “para a existência de regulação pública (relativamente independente)” para “*as actividades do abastecimento de água às populações, do saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos*” (v. Silva, 2009: 578), no quadro da União Europeia só existem reguladores num terço dos países (Bélgica, Bulgária, Eslováquia, Itália, Letónia, Lituânia, Portugal,

todos os países, mas não convencem da mesma maneira nos diversos países. Assim, pode certamente presumir-se que *se a técnica é a nova política, é também, sempre, o argumento de uma certa política.*

E o mesmo se poderia dizer, *mutatis mutandis*, de dois outros processos que coexistem com o da “*independência regulatória*”, e que revelam a mesma aversão de fundo às especificidades da intervenção estadual: o da privatização de empresas públicas, ou de participações públicas em empresas privadas, por um lado – e, por outro, o da “*fuga para o Direito privado*”²⁰, que Garcia, com boas razões, teme seja movida “*consciente ou inconscientemente*”, pelo “*desejo de abandono do Direito pelo Estado e sua Administração*”²¹. No mesmo sentido,

Reino Unido e Roménia. Sobre o *Comitato per la Vigilanza sull'uso delle Risorse Idriche* italiano e o *Director General of Water Services* [OFWAT] britânico v. Moreira & Maças, 2003: 89-91 e 95-97. Um panorama internacional do sector pode ver-se agora em Marques, 2011, que refere [p. 301] que a regulação não depende da natureza pública ou privada dos operadores: “*O exemplo mais elucidativo diz respeito à Austrália, onde os SAS [Serviço de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais] são, por norma, públicos (propriedade e gestão) e, por lei, a implementação da regulação independente é obrigatória.*”)

De modo idêntico, a primeira (assim designada) autoridade administrativa independente francesa (a *Commission nationale de l'informatique et des libertés*) foi criada em 1977 por proposta do Senado quando “*le ministère de l'intérieur envisageait de centraliser les bases de données des services de police*”, e o *Conseil de prévention et de lutte contre le dopage*, criado em 1998 (e transformado em 2006 em *Agence Française de Lutte contre le Dopage*, tornando-se a quarta entidade dotada de personalidade jurídica própria – sob a designação genérica de “*autorités publiques indépendantes*” –, depois da *Autorité des Marchiers Financiers*, da *Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles* e da *Haute Autorité de Santé*, e depois de a *Commission de Régulation de l'Énergie* ter perdido, em 2005, esse estatuto, que obtivera em 2004), adquiriu esse figurino por causa da invocada “*nécessité de voir exercer un pouvoir disciplinaire en toute indépendance du pouvoir politique*” – preocupações que não pesaram de modo idêntico na generalidade dos restantes países da UE. Cfr. o relatório referido na nota 10, trechos acessíveis em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17> e <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-15.html>.

Na Grécia existem, entre as mais, uma autoridade para assegurar o segredo das comunicações, uma outra para escrutinar as nomeações para cargos públicos (uma das razões para a despolíticação das nomeações para a direção das entidades administrativas independentes, sendo a outra a obrigação constitucional de os nomeados serem reconhecidamente competentes na área – <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>), e uma outra para superintender os jogos de azar (sendo que para este último efeito também existem entidades análogas na Bélgica, Suíça e Lituânia) – Cfr. <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>.

Para um panorama das entidades administrativas independentes na Europa e América do Norte, v. os estudos sob a direção de Pontier, 2006.

20 Sobre a origem da expressão, Garcia, 2001: 345. Distinguindo essa “*fuga para o direito privado*” da regulação pública por entidades independentes, por nesta ir implicada, apenas, “*uma alteração na disciplina normativa da regulação que, continuando pública, já não é estadual*”, Pinto, 2005: 162 – no mesmo sentido, aliás, de Otero, 2001a: 38.

21 Garcia, 2001: 346, muito embora veja essa forma de intervenção do Estado como distinta da que opera dentro das balizas fixadas pelo Direito Público apenas por causa da “*ausência de norma expressa atributiva de competência e, porventura, [da] falta de um procedimento formal com vista à tomada de decisão.*” – Garcia, 2001: 352. O recurso do Estado ao Direito privado seria, então, uma forma de o “*libertar*”. No quadro das tendências paralelas que se identificaram, é provável que seja antes uma forma de mais e melhor o cercar.

aliás, concluiu Maçãs²² que o Direito das entidades reguladoras era “*caracterizado pelo apagamento da racionalidade jurídica em favor da racionalidade funcional e técnica, o que significa, em última instância, o privilegiar da eficácia em detrimento das garantias inerentes ao Estado de Direito.*”

II. THE GREAT DIVIDE: ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NOS DOMÍNIOS POLÍTICO E ECONÓMICO

É consensual a existência de dois tipos de entidades administrativas independentes nos “*sistemas administrativos fechados*”: as que são “*incumbidas da protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos*” e as “*reguladoras da economia de mercado*”²³. Quanto às primeiras, a independência em relação ao Executivo constitui o seu fundamento prioritário²⁴. De entre essas, as que mais facilmente se autonomizam são as que interferem no jogo político: de facto, dependendo a sua criação de uma decisão legislativa (se é que não constitucional) é

22 Maçãs, 2006: 48. A A. mencionara antes duas outras formas de atuação das autoridades reguladoras que caberiam no mesmo quadro coerente de *desjudicialização* e de *expropriação de competências jurisdicionais*: a atribuição de poderes arbitrais às autoridades administrativas independentes (que a A. admite que suscitem dúvidas sobre a “*violação da reserva constitucional dos tribunais quanto ao exercício da função jurisdicional.*” – p. 46), e “*A fuga para meios extrajudiciais de resolução de conflitos*”, em que o “*O tempo inevitável da tramitação do processo faz desejar outras soluções, eventualmente menos correctas do ponto de vista jurídico, mas mais eficientes no plano económico ou mesmo pessoal.*” – Maçãs, 2006: 47).

23 Cardoso, 2002: 540. (O A. refere os “*sistemas administrativos fechados*” por contraste com os “*sistemas administrativos abertos*”, anglo-saxónicos, “*mais acolhedor[es] de estruturas administrativas não integradas no poder executivo strictu-sensu.*” – idem, p. 539, sic.) No mesmo sentido, ver Maçãs, 2006: 24, e o Relatório do Senado francês referido na nota 14, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-13.html>.

24 Em rigor, só das que avaliam e decidem de pretensões de defesa de direitos fundamentais *dirigidas contra o Estado* (como é o caso da atividade da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – infra, nota 28; da Comissão Nacional de Objeção de Consciência - infra, nota 33; da Comissão Nacional de Proteção de Dados - infra, nota 29). Se a pretensão de tutela avançada dos direitos fundamentais for dirigida contra outras entidades, públicas ou privadas, a suspeita de parcialidade do Estado não tem razão de ser, não sendo álibi para a criação ou justificação de entidades independentes.

Na verdade, como se diz a seguir no texto, o argumento parece dever ser ainda mais delimitado: no núcleo duro da separação institucional e da atribuição de um estatuto de independência – até constitucional – a certas entidades, parece estar a intenção de garantir a imparcialidade no acesso aos mecanismos de controlo do Estado (evidentemente, para impedir que aquela fração política que num certo momento o controla, se perpetue no poder distorcendo tais mecanismos). Isto é: para evitar que os titulares do poder do Estado o possam mobilizar em desfavor dos seus rivais.

fácil reunir o consenso das forças políticas para as retirar da órbita das que momentaneamente exercem o poder. É indiscutivelmente assim para as entidades que organizam e superintendem nos processos eleitorais²⁵, para as que regulam o acesso à comunicação social e, ou, a sua imparcialidade²⁶, e para as que nomeiam e avaliam os titulares do poder judicial²⁷ – como também pode ser assim para as que controlam o acesso a documentos administrativos²⁸, ou a bases de dados²⁹, ou a cargos de nomeação política, ou à função pública³⁰. Exigências de imparcialidade podem concitar consenso entre as diferentes forças políticas, também, quando estejam em causa questões éticas³¹, ou o exercício de uma pretensão dirigida ao Estado (como quando se pretende o

25 Entre nós, a Comissão Nacional de Eleições (CNE), criada pela Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro.

26 Entre nós, a ERC, criada pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, com habilitação no artigo 39.º da CRP, alterado pela revisão constitucional de 2004. Sucedeu à Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACCS), introduzida na revisão constitucional de 1989.

27 Entre nós o Conselho Superior da Magistratura (CSM), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF) e o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), todos com previsão no texto constitucional (artigos 217.º, 218.º e 220.º, respetivamente).

28 Entre nós, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), prevista nos artigos 25.º e segs. da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, que regula o acesso a esses documentos.

29 Entre nós a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd – Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto), com habilitação constitucional expressa no n.º 2 do artigo 35.º da CRP.

30 Por vezes, até com consagração constitucional, como na Grécia: segundo o disposto no artigo 103.º, n.º 7, da Constituição helénica, introduzido pela revisão de 2001, *“Engagement of servants in the Public Administration and in the wider Public Sector, as this is defined each time, (...) shall take place either by competitive entry examination or by selection on basis of predefined and objective criteria, and shall be subject to the control of an independent authority, as specified by law.”* Em conformidade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Funcionários Públicos, aprovado pela Lei 2683/1999, “os procedimentos de contratação são realizados por uma autoridade administrativa independente”. O *Supreme Council for Civil Personnel Selection* foi instituído pela Lei 2190/1994 e está presente na internet em <http://www.asep.gr/asep/site/home/customEnglishVersion.csp>.

Um órgão com estas características (Conselho Superior da República) foi proposto no Projeto de Revisão Constitucional n.º 1/XI (2.ª) de iniciativa do PSD (*DAR II série A*, n.º 2/XI/2, Suplemento, de 17 de setembro de 2010, artigos 276.º-A e 276.º-B). Veio a concretizar-se na criação, pelo XIX Governo Constitucional, da Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública.

31 Criado pela Lei n.º 14/90, de 9 de junho, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida é um órgão consultivo independente que funciona junto da Assembleia da República, nos termos do regime jurídico aprovado pela Lei n.º 24/2009, de 29 de maio.

acesso a certos tratamentos médicos³²), ou contra o Estado (como quando se pretende a dispensa de certas obrigações de cidadania³³).

Pelo contrário, no domínio económico as necessidades de independência da entidade com poderes de supervisão ou regulação *não* são um imperativo endógeno, nem um fim em si. Trata-se antes, diz-se, de corrigir insuficiências do mercado ou de abrir caminho para a criação deste³⁴. Há aqui uma dimensão adicional porque, mesmo que o problema que origina a necessidade de “regulação” económica fosse sempre (e fosse só) a existência de *falhas de mercado* (ou a inexistência deste)³⁵, a criação de entidades administrativas independentes não seria a sua única solução. Se não há mercado, se o mercado não pode funcionar eficientemente – ou se o funcionamento do mercado, mesmo eficiente, não gera as soluções socialmente desejáveis³⁶ (o que

32 É assim no Reino Unido para o uso de terapêuticas mais caras. Algumas das atribuições deliberativas do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (previstas no artigo 30.º na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho) parecem relevar desta preocupação: é o caso da “*implementação das técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde*”, ou da “*utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave*.”

33 É o caso da Comissão Nacional de Objeção de Consciência (CNOc), prevista na Lei n.º 7/92, de 12 de maio, e no Decreto-Lei n.º 191/92, de 8 de setembro. Apesar de o Serviço Militar Obrigatório ter sido suspenso em 2004, a Comissão continua a funcionar (agora na orgânica do Instituto Português da Juventude).

34 Ferreira & Morais, 2009, p. 23, distinguem “*dois corpos normativos na regulação*”: um apostado em obter “*equilíbrios entre valores de mercado e outros valores correspondentes a interesses públicos*” e outro orientado “*para a promoção de valores de mercado e de abertura de determinados sectores económicos à concorrência*”. A “*regulação para a concorrência*” está associada em muitos casos, mas não necessariamente, à privatização de empresas públicas monopolísticas. Para os mesmos AA. (Ferreira & Morais, 2009: 23), trata-se do “*corpo no presente mais dinâmico*”.

35 Para ilustração, vejam-se as lições inaugurais dos dois primeiros cursos de pós-graduação em Regulação Pública do CEDIPRE, a cargo, respetivamente, de Leite (2004: 494-495) e de Nazaré (2004: 520). Como notou Sanches, 2008: 73, e nota 126, muito embora o conceito de falha de mercado possa ser “*utilizado a título de justificação da regulação como modo especial de intervenção do Estado na economia*”, elas “*servem, em termos gerais, para justificar a oferta de bens públicos*.”

O recurso prioritário ao argumento das “falhas de mercado” é, muito provavelmente, uma herança dos primeiros trabalhos sobre a matéria. Como escrevia Peltzman, 1993: 818, no início dos anos 60 do século passado “*the field derived its main energy from the normative economics of marginal cost pricing. The proper role of government was to correct the private market failures that prevented attainment of marginal cost pricing. Applied economic analysis of regulation was then largely descriptive, and its main tendency was to show how the regulatory institutions constrained departures from marginal cost pricing*.” A principal causa desse afastamento – a principal “falha de mercado”, portanto – era devida aos monopólios. Ora, como o A. referia (Peltzman, 1993: 818-819), “*The prime examples of natural monopoly were supposed to be the public utilities. The main role of utility regulators was held to be prevention of private exploitation of the market power that would inevitably flow from natural monopoly cost conditions*.”

36 No mercado de trabalho, por exemplo, ou nos mercados de produtos agrícolas, entende-se que a concorrência livre gera resultados socialmente desadequados.

é coisa diversa da existência de falhas de mercado) –, daí não se segue que se tenham de criar tais entidades como um seu sucedâneo. No domínio económico, mesmo estando posta de parte a assunção pelo Estado da provisão dos bens em causa (como ocorreu em muitos casos no domínio dos designados “serviços de interesse económico geral”³⁷), resta ainda, pelo menos, a supervisão e controlo através de serviços integrados na hierarquia da administração direta ou indireta do Estado³⁸. Passar diretamente das falhas de mercado para

Alguns AA. pretendem ultrapassar a questão distinguindo “regulação económica” – cujo parâmetro seria a “eficiência” –, e “regulação social” – cujo parâmetro seria o “interesse público”, e que, na expressão de Gouveia, 2001: 51, serviria para “a correção dos desequilíbrios causados pelo funcionamento do mercado”. Enquanto a primeira poderia ser “delegada” em entidades administrativas independentes, esta deveria caber ao *Estado-ele-mesmo*. A ser assim, as falhas de mercado podiam ser, de facto, o fundamento da regulação económica (i.e.: da regulação independente), que teria como único objetivo a obtenção da eficiência económica. Além da, também aí referida, dificuldade *prática* em separar as duas, basta compulsar as “missões” atribuídas pelo legislador aos diversos reguladores para constatar que não é essa a sua única função: ao cometer a regulação de um sector a uma entidade administrativa independente, é para ele que, no seu domínio de competências, é transferida a realização do interesse público, quer na obtenção de objetivos económicos, quer sociais. Nesse mesmo sentido, cfr. o disposto no artigo 4.º do Projeto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes (Moreira & Maças, 2003: 272).

37 Para um inventário das conceções sobre esses serviços, assim designados no artigo 16.º e no n.º 2 do artigo 86.º do Tratado de Roma, na versão consolidada resultante do Tratado de Amsterdão, e no artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, v. Silva, 2008: 247-279; Cadete, 2005: 97-140; Moreira, 2004: 547-563. V. também Gouveia, 2001. A regulação independente fez carreira na esteira da privatização de alguns desses serviços – o que não deixa de ser curioso: tratando-se em muitos casos de monopólios públicos, a dimensão das empresas que lhes sucederam era enorme. Aparentemente, portanto, a transferência das responsabilidades de enquadramento normativo, supervisão e controlo, da esfera empresarial pública ou da Administração direta do Estado para uma entidade administrativa independente, ainda para mais criada *ex novo* e dependente de competências técnicas geradas nos incumbentes, só podia facilitar as condições da sua captura por tais empresas. Confraria, 2010: 47, ao avaliar a conjugação de interesses que determinou a adoção da regulação independente no mercado das telecomunicações na década de 1990, nota que as expectativas dos novos operadores e do operador histórico eram coincidentes: uns e outro esperavam influenciar mais facilmente um regulador independente. *A esta luz, e admitindo que havia um interesse público subjacente na opção do Governo* (o mesmo que justificou a reserva de *golden shares* do Estado nas ditas empresas), *pode ter-se por coerente a solução da “regulação independente” se esta tiver constituído um alibi para o prolongamento subreptício da proteção conferida aos incumbentes nacionais perante a concorrência de empresas estrangeiras* (e que seria mais difícil justificar se as mesmas soluções fossem adotadas por organismos dependentes do Estado). Fernandes Soares (2007: 408-413 e 438-464), dá um retrato da evolução do sector e denuncia acerbamente essa proteção.

38 O que se costuma invocar como argumento (aceitável no quadro das privatizações, mas desadequado no contexto da justificação da opção pela “independência regulatória”) *não é a ineficiência do Estado – é a ineficiência do Estado-produtor*: diz-se que, ainda que se impusesse uma equiparação do preço aos custos, “*que é uma das regras claras da aproximação de situações eficientes (...) não havia mecanismos endógenos de incentivação correcta do lado da gestão dessas empresas*”. – Leite, 2004: 500. Ora, mesmo aceitando que a gestão pública da produção económica implica um sobrecurso em relação à gestão privada, não há argumentário idêntico para justificar, com base na diferença nos custos de regulação por parte da administração direta e da administração independente do Estado, a preferência por esta. Nem poderia haver: por causa das restrições orçamentais que tolfem os serviços diretos do Estado, e das limitações às receitas que podem recolher, sempre se viria a concluir que a administração independente é substancialmente mais

os reguladores independentes, a mais de não explicar a regulação não-económica, envolve, no mínimo, um salto lógico³⁹.

Para a situação nacional, Confraria vai até mais longe: considerando, certamente, que “*A correcção de falhas de mercado era já objecto de diferentes modos de intervenção do Estado, designadamente a regulação da empresa pelo próprio Governo, geralmente através do Ministro com a tutela do sector em que se integrasse a empresa regulada*”⁴⁰, o A. conclui que “*a regulação independente é uma forma de dar resposta a um outro tipo de problemas: as falhas e imperfeições inevitáveis em qualquer intervenção do Estado.*”⁴¹ O problema, aqui, é que – como francamente reconhece – “*a regulação independente não elimina as falhas do Estado.*”⁴² Nem poderia fazê-lo, já que “*Nada há numa entidade reguladora independente que garanta que não se verificam falhas do Estado na sua actuação.*”⁴³

A justificação da criação dessas entidades administrativas independentes com funções de regulação económica devia então depender *não de um*, mas de *dois testes*: numa economia de mercado, o primeiro (que se poderia dizer “*de inclusão*”, e que é sempre invocado – mesmo quando o seu grau de persuasão permanece intestado) seria o da insuficiência ou inadequação do mercado (e que, normalmente, se reconduz ao diagnóstico abstrato das suas “*falhas*”); o segundo (que se poderia dizer “*de exclusão*”, e que poucas vezes é combinado

cará – se bem que, com diferentes formas de financiamento, possa economizar dinheiro ao Orçamento do Estado. E está por provar que ela seja também mais eficiente (é certo que pode ter mais qualidade, por ser assegurada com mais meios do que no quadro da Administração direta do Estado – quando for assegurada através de institutos públicos, a cobrança de taxas, de regulação e outras, e a consignação das receitas, proporciona desafoço comparável ao das entidades administrativas independentes –, mas não está demonstrado que o aumento dos custos de supervisão e regulação se repercute em ganhos líquidos. E onde se repercute, ou seja presumível que se repercute em tais ganhos, a administração indireta permite lograr esses benefícios e manter claramente no quadro do *Estado-político* o controlo dos sectores regulados).

39 A supressão desse passo intermédio do que seria uma cadeia lógica de raciocínios – quer no quadro das chamadas “*abordagens normativas, que prescrevem as condições de regulação eficiente*”, quer no âmbito das chamadas “*abordagens positivas, que descrevem o fenómeno regulador em si mesmo e as suas consequências*” (Fernandes Soares, 2007: 20) – é normalmente diluída num pano de fundo que apela para as tendências internacionais (globalização, integração europeia, privatização, crise do Estado-providência).

40 Confraria, 2010: 37.

41 Confraria, 2010: 38.

42 Confraria, 2010: 39.

43 Confraria, 2010: 39. Como escreve na página seguinte, desde que haja poder discricionário do regulador independente, “*embora com menos influência do processo eleitoral, podem verificar-se todas as falhas associadas à intervenção do Estado.*”

com o anterior⁴⁴) seria o da insuficiência ou inadequação da intervenção do *Estado-ele-próprio*⁴⁵.

Naturalmente, há uma situação em que as exigências de imparcialidade que originam a criação de entidades independentes no domínio político (ou social) se reproduzem no domínio económico: quando há interesses contraditórios do Estado, ou quando uma parte do Estado possa ser arregimentada contra outra – e daí que um dos principais argumentos gerais para se defender a criação ou reforço de entidades administrativas independentes no domínio económico seja a alegada obrigação⁴⁶ (ou, pelo menos, a conveniência) da

44 Uma exceção é Ferreira, 2001: 397, que – em consonância com a delimitação da regulação pela separação dos entes reguladores do Estado – refere: “*com a regulação [procurou-se] criar uma resposta para aquilo que, entretanto, se tinha apercebido serem as “falhas da intervenção pública”, em que eram especialmente sensíveis a excessiva dependência da gestão do poder político, a inexistência de estímulos significativos à produtividade e o desenvolvimento de burocracias*”.

Pela sua história, a justificação da emergência de autoridades administrativas independentes em França é facilmente reconduzida a uma “inconveniência” da intervenção do Estado-Administração: uma das primeiras foi criada em 1978 por causa da introdução de um número único que se receou poder colocar nas mãos do Governo o acesso restrito às informações sobre o cidadão – daí a criação da *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* (CNIL); outra foi a *Haute Autorité de l’Audiovisuelle*, em 1982, sendo a justificação a de que o poder político, mesmo democraticamente legitimado, não garantiria adequadamente o interesse geral; já por trás da criação da Comissão das Operações de Bolsa, transformada em 1996 em *Autorité des Marchés Financiers*, esteve a intenção de garantir um maior respeito pelas regras de Direito, que a indistinção entre os grandes interesses privados e a atuação da administração pública não salvaguardavam. Cfr. Rosanvallon, 2008:129-131.

45 A expressão (que mais não é do que uma forma mais cómoda de o distinguir do *Estado-na-veste-de-entidades-independentes*, que se lhe contrapõe) é análoga à de “*Estado-Pessoa*”, empregue por Morais, 2001: 148-149, ou à de Estado-Administração, utilizada na nota anterior.

46 Feita derivar do Direito da União Europeia. Na verdade, não apenas os “*Ministérios [são] admitidos como entidades reguladoras*” em certas Diretivas (Silva, 2008: 136), como os fundamentos jurídicos invocados para declinar essa suposta necessidade (quando alguns o são) têm uma *ratio* muito mais estreita, dizendo respeito: a situações *em que era o próprio operador no mercado que tinha poderes de regulação*, como no caso que opôs a República Francesa à Comissão, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 19 de março de 1991, processo C-202/88, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-1223; ou a uma norma da Diretiva 88/301/EEC que impunha que “*Member States are to ensure that, from 1 July 1989, responsibility for drawing up specifications, monitoring their application and granting type-approval is entrusted to a body independent of public or private undertakings offering goods and/or services in the telecommunications sector*”; ou, como no caso decidido em 13 de dezembro de 1991 que opunha a *Régie des télégraphes et des téléphones à GB-Inno-BM SA*, remetido pelo Tribunal de Comércio de Bruxelas ao Tribunal de Justiça para decisão de uma questão prejudicial, processo C-18/88, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-05941, a uma situação em que, como se escrevia no primeiro ponto do sumário:

“Articles 3(f), 86 and 90 of the EEC Treaty preclude a Member State from granting to the undertaking which operates the public telecommunications network the power to lay down standards for telephone equipment and to check that the economic operators meet those standards when it is itself competing with those companies on the market for that equipment.

To entrust to an undertaking which markets telephone equipment the task of drawing up specifications for such equipment, of monitoring their application and granting type-approval in respect thereof is tantamount to conferring on it the power to determine at will which equipment can be connected to

separação entre a função reguladora e a intervenção “regulada” do Estado. No plano da regulação económica – que é onde isso faz mais sentido – essa razão só poderia ser válida, porém, para aqueles sectores em que o Estado tem presença nesse mercado, e essa presença mimetiza a de um agente económico privado⁴⁷. Onde, porém, não haja (ou já não haja) presença do Estado, ou, havendo-a, não haja *sobreposição teleológica* de atividades públicas e privadas – quer dizer: onde o sector público não esteja presente ou, mesmo que esteja, não atue no mercado segundo a mesma lógica que pauta o sector privado –, ou onde não haja possíveis conflitos nos diferentes objetivos que cabem no mandato normativo e administrativo do Estado (onde não esteja em causa a credibilidade de longo prazo de compromissos assumidos ou a assumir), a transferência de uma parte desses poderes para uma entidade administrativa independente não pode ser justificada com este argumento⁴⁸.

De resto, em diversos países da Europa continental a desmobilização da Administração dependente do *Estado-central* é rodeada dos maiores cuidados⁴⁹, e a proliferação de entidades independentes minimizada:

the public network and thus gives it an obvious advantage over its competitors which is inimical to the equality of chances of traders, without which the existence of an undistorted system of competition cannot be guaranteed.”

47 De algum modo, este favorecimento do *Estado-empresário* pelo *Estado-“regulador-directo-ou-indirecto”* (afinal, uma “*relação de agência*” invertida) não se faria sentir se se interpusesse uma entidade reguladora independente entre o Estado e o *Estado-empresário* (entidade reguladora essa que, por sua vez, por razões não mencionadas, estaria convenientemente a salvo de qualquer “*relação de agência*” invertida com o tal inusitado “*principal*” que seria o *Estado-empresário*). Tal como Confraria, 2010: 39, acima citado, também Pinto, 2005: 195, notou o óbvio: “*As autoridades reguladoras, por si só, não separam o Estado regulador do Estado-accionista ou empresário.*”

48 Se a presença no sector se deve a razões diversas das dos restantes agentes económicos (vg., um serviço público de televisão sem receitas publicitárias e com um modelo de programação não-rival do dos operadores privados, um serviço de ensino ou de saúde gratuitos, serviços públicos de transporte vocacionados para compensar custos sociais [de congestionamento, de interioridade, de periferia]), a analogia do “*árbitro e jogador*” para descrever a situação em que havia uma empresa do Estado num mercado regulado por este – e que na origem da legislação e jurisprudência comunitária supunha antes a indissociação *na mesma empresa* das funções de operadora e reguladora – é evidentemente desadequada: a razão da existência de serviços do Estado em sectores que funcionam segundo uma lógica de mercado é – ou devia ser – a necessidade de evitar a exclusão pelo preço que é inerente a essa lógica. O problema que se coloca, então, não é de distorção na concorrência (que se pode admitir que possa caber preferentemente a uma entidade independente arbitrar), mas o da justificação e da delimitação dessa presença supletiva que encurta a dimensão do mercado (o que cabe a uma opção política da sociedade).

49 Apesar de tudo, não tão grandes quanto os que rodeiam a criação de “agências” europeias – cfr. infra, nota 62. Como escreve Scott, 2005: 71-72, “*EU agencies only represent decentralization in the very narrow sense relating to their locations and relationship with the Commission itself. In all other respects, and in particular vis-à-vis the member states, EU agencies are instruments of centralization.*”

– Em França, um relatório do Senado⁵⁰ – baseado em estudos dirigidos por Frison-Roche e por Pontier – debruçou-se sobre esse “*objet juridique non identifié*” que se arrisca a aumentar o mal-estar que leva à sua necessidade: “*la création des Autorités administratives indépendantes à la fois restaure la confiance, à l’égard d’un organisme «tout neuf» et sans lien avec un système mal-aimé, mais elle achève en même temps d’accréditer l’idée que ce dernier ne mérite plus considération*”⁵¹. Por outro lado, constatava que “*Le principe d’indépendance des AAI n’interdit pas qu’un commissaire du Gouvernement soit présent auprès de certaines d’entre elles, afin de permettre à l’Etat de faire valoir ses intérêts fondamentaux. Tel est le cas notamment pour le Bureau central de tarification*, le Conseil de la concurrence, l’AMF, la CNIL, la CRE, la Commission de sécurité des consommateurs et la CNEC.*”⁵² – em consonância, aliás, com a conceção de responsabilização do Governo por estas: “*Le juge constitutionnel range les AAI parmi les administrations de l’Etat dont le Gouvernement, conformément à la Constitution, est responsable devant le Parlement*”⁵³.

Mais: desde a lei orgânica relativa às leis de finanças, de 1 de agosto de 2001⁵⁴, “*les autorités administratives indépendantes apparaissent-elles soumises aux mêmes contraintes budgétaires que les services administratifs de l’Etat directement placés sous l’autorité d’un ministre.*”⁵⁵ E o Senado recomendava que a atribuição de personalidade jurídica a tais entidades fosse reservada “*aux seules instances dont l’activité se prête à la perception de taxes ou de droits et soumettre l’adoption de ce statut à une évaluation approfondie de ses avantages et inconvénients.*” e que a criação de qualquer nova autoridade fosse precedida “*d’une évaluation déterminant si les compétences qui seraient confiées à cette nouvelle entité ne pourraient être exercées par une autorité existante.*”⁵⁶

50 RAPPORT sur LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES, par M. Patrice GÉLARD, Sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006.

51 Frison-Roche, 2006: 25.

52 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>. Cfr. infra, nota 125 e texto correspondente.

53 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>.

54 Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

55 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-18.html>.

56 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-10.html>, recomendações 5 e 7, respetivamente.

– Em Espanha, onde a generalidade da doutrina “*afasta o conceito de independência (demasiado ligado ao inglês independent) em prol de uma noção de “autonomia reforçada” ou qualificada*”, como informa Catarino⁵⁷, “*A actualidade é de contenção na criação destes entes independentes (ou de autonomia reforçada). A sua criação, a partir de 1978, ter-se-á devido em parte à fraqueza do Governo que necessitando de apoio político nas Cortes para obter maiorias qualificadas nalgumas matérias, deixou que lhe retirassem certas matérias*”.

– Até na Alemanha, onde se poderia admitir que a transferência dos poderes de regulação da esfera do Estado-central (do político) para a esfera da sociedade (da economia) menos limitaria a prossecução dos seus interesses nacionais (por se poder admitir que a dominância dos seus interesses económicos manteria um idêntico nível de tutela), há limitações amplas à independência das entidades com poderes de regulação⁵⁸.

Um parâmetro a ter em linha de conta para a avaliação do argumento apresentado é o da “*relational distance between regulators and regulatees*”, uma vez que a criação de reguladores independentes no domínio económico importa normalmente a sua integração em redes formais ou informais de harmonização. Na medida em que a adoção de (do que na gíria se designa como) “*best practices*” implique a transferência do plano de gestão de normas para fora das fronteiras dos Estados, os agentes económicos nacionais perdem capaci-

57 Catarino, 2010: 156, e nota 308. No mesmo sentido, Salvador Martínez (2002: 321), que escreve: “*La «independencia» de las llamadas «autoridades independientes» es relativa.*”, fazendo referência ao exercício pelo Governo de “*una considerable influencia sobre la actividad de la mayoría de las «autoridades independientes»*”. A A. não perfilha, porém, a tese de que a transferência de poderes sensíveis do Governo para entidades independentes constituiu uma forma de os partidos com representação parlamentar centripetarem os poderes daquele (Salvador Martínez, 2002: 264).

58 Como se escreve em Pontier, 2006: 191, “*Au niveau fédéral, la forme juridique la plus courante est celle des Bundesoberbehörden de l’art. 87 al.3 de la Loi fondamentale. Ces autorités n’ont pas la personnalité morale et sont rattachées à l’un des ministères fédéraux, avec un budget particulier dans la nomenclature budgétaire. Le contrôle des actes est théoriquement exercé par le ministre de rattachement.*” (“*Les autres formes utilisées sont celles de l’établissement (Anstalt) de droit public ou de la collectivité (Körperschaft) de droit public.*”) Salvador Martínez, 2002: 169-170, inclui nestas últimas os colégios profissionais, as câmaras de comércio, as instituições gestoras da segurança social, as universidades (enquanto exerçam funções próprias) e as corporações, e nas primeiras as radiotelevisões públicas e as universidades (enquanto exerçam funções delegadas). Para um elenco das “*autoridades da Federação*”, subordinadas aos ministérios (entre as quais se conta o *Bundeskartellamt*), v. Stober, 2008: 352-353.

Salvador Martínez, 2002: 158, refere também que “*Es opinión unánime que todas estos organismos deben someterse a control político para evitar una quiebra del principio democrático*” e que “*el único organismo que disfruta de régimen realmente excepcional es el Bundesbank, el Banco Central, así como alguna otra institución pública de crédito.*” A exposição da A. sobre as “*Funktionale Selbstverwaltungsträger*” – (“*literalmente, instituciones titulares de ‘autoadministración’*”), como refere na p. 141 – contempla cinco diferentes categorias (enunciadas a pp. 156-157), nenhuma das quais correspondente às entidades de hetero-regulação presentes nos outros ordenamentos.

dade de influência na sua determinação. Esse efeito positivo no plano interno – na medida em que esse distanciamento imuniza os reguladores contra a captura pelos interesses regulados puramente internos – tem um reverso menos positivo no plano externo – na medida em que a contrapartida do distanciamento dos agentes periféricos das instâncias de decisão é a aproximação dessas instâncias aos agentes com tendências hegemônicas, aumentando a possibilidade de captura pelos interesses regulados que mantêm as mesmas prioridades nos diferentes palcos nacionais, ou que, pela sua dimensão supranacional, pesam desproporcionadamente no processo compromissório da gestação dessas regras.

A transferência de poderes regulatórios dos *Estados-eles-próprios* para entidades independentes “federáveis”⁵⁹ reproduz assim, de um modo particularmente claro, o processo de substituição das agências estaduais americanas por agências federais – que ocorreu sob o impulso, justamente, dos maiores interesses a regular, cerceados que estavam nas suas ambições supraestaduais, não apenas por limitações territoriais de competência dos poderes dos estados federados, mas também por protecionismos e favoritismos locais⁶⁰.

E – como se esse eco do passado não fosse suficiente – Catarino⁶¹, evoca, na proliferação de reguladores independentes, uma outra (e paradoxal) reencarnação: a do Administrador-Juiz (resultante da concentração dos mesmos poderes que estavam unificados na Administração nacional) nesse novo *super-não-Estado-paralelo* (o *super-não-Estado* das entidades reguladoras independentes irmanadas através das fronteiras nacionais e filiadas pelas entidades políticas ou económicas de topo da União Europeia – um *não-Estado*, porque despolitizado e inapto para fazer prevalecer quaisquer valores que não os de mercado). Quando a evolução do Direito Administrativo consuma a separação e a independência do Jurisdicional em relação ao Executivo, de forma a controlar plenamente a subordinação daquele ao Direito, eis que surge um sucedâneo, no universo regulatório, em que de novo se reproduz aquele sincretismo primordial.

59 Remetendo para outros AA., Gonçalves, 2006: 551, fala de “*um certo “federalismo administrativo”* por via da conversão de estruturas nacionais em administrações desconcentradas da União Europeia e da instituição de sistemas que atribuem uma clara “supremacia funcional” à Comissão Europeia**” (* Notas suprimidas).

60 Sobre o ponto, aqui marginal, v. Croly, 1911: 352-356; Gordon, 2005: 237-238; e, entre nós, Catarino, 2010: 96-98.

61 Catarino, 2010: 835-838.

Aliás, tendo em atenção o fenómeno simétrico de criação de agências reguladoras ao nível da União Europeia (eram 29 em 2008), mais se singulariza, pelo absoluto contraste, este incontrolado processo de desarmamento de competências a nível dos Governos nacionais (um movimento descentralizador que, repetido sector a sector, os esvazia de competências, de instrumentos de intervenção e de receitas). É que a filosofia comunitária na matéria, ainda recentemente exposta⁶², é inteiramente avessa a um qualquer similar alijamento de poderes:

“Agencies cannot be given the power to adopt general regulatory measures. They are limited to taking individual decisions in specific areas where a defined technical expertise is required, under clearly and precisely defined conditions and without genuine discretionary power. In addition, the agencies cannot be entrusted with powers which may affect the responsibilities which the Treaty has explicitly conferred on the Commission.”

Ou seja: o que é bom para os Estados-membros, não é bom para a União Europeia – e o que é bom para a União Europeia não é bom para os Estados-membros.

III. ALTERED STATES: OUTROS FUNDAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

Um bom argumento para desaconselhar a entrega da regulação à hierarquia administrativa do Estado que, direta ou indiretamente, culmina no Governo, seria a necessidade de a isolar da teleologia do interesse comum (ou de serviço público) que competiria a este, em todas as circunstâncias, garantir⁶³. De

62 Tanto na COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL *European agencies – The way forward {SEC(2008) 323}* (Brussels, 11.3.2008 COM(2008) 135 final), p. 5, como no MEMO/08/159 datado de Brussels, 11 March 2008, p. 2 (este acessível em www.fsai.ie/uploadedFiles/Legislation/Legislation_Update/EU_PR_agencies_wayforward.pdf). Essa parcimónia quanto à transferência de poderes pode ser vista decorrer da jurisprudência firmada em 1958 pelo Tribunal de Justiça no caso *Meroni v. High Authority* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61956J0009:EN:PDF>), como defende Geradin, 2005: 219.

63 Entre nós, essa suposta vinculação está sob uma tal pressão de razões de eficiência e rentabilidade, na generalidade das políticas adotadas pelos decisores democraticamente legitimados, que dificilmente se pode continuar a considerar conatural ao Estado. Dá-se até o paradoxo de haver serviços de interesse público a cargo de entidades privadas (vg, telecomunicações, eletricidade, televisão) que são obrigatoriamente assegurados em regiões do País em que os serviços públicos diretamente prestados pelo Estado (vg, ensino básico e cuidados de saúde) deixaram de ser prestados.

Em contrapartida, quando, em dezembro de 2006, a ERSE, no cumprimento da sua missão, aprovou um regulamento tarifário com subidas de 15,7% para os 5,3 milhões de consumidores domésticos, o Governo

facto, não é de excluir que, por exemplo, uma regulação eficiente do mercado de capitais tenha de ser alheia aos valores do interesse público geral. Supondo que o *Estado-ele-próprio* não se pode deles apartar, faria sentido que definisse um conjunto mais limitado de objetivos (*vg*: segurança e sigilo das transações, estímulo da economia, atração de investimentos) e confiasse a sua prossecução a uma entidade imune às pressões contrárias desse interesse público (*vg*: transparência, equidade fiscal, controlo da licitude da origem e destino das movimentações financeiras, solidariedade social). Uma tal especialização funcional não é, contudo, uma justificação genérica – nem seria adequado que fosse, na medida em que faria prevalecer os valores definidos para o funcionamento de cada sector sobre os que estruturam a sociedade no seu todo⁶⁴.

É certo que, nalgumas matérias, esse *outsourcing* dos poderes governamentais tem uma justificação funcional: onde haja a possibilidade de a realização de objetivos económicos julgados ótimos (por exemplo: estabilidade monetária) poder entrar em conflito com outros objetivos igualmente confiados ao Governo (por exemplo: crescimento económico, ou manutenção de níveis de emprego), a transferência dos correspondentes poderes de direção e controlo para uma entidade fora da órbita do Governo resolve um problema de credibilidade⁶⁵. Com o reconhecimento da efetiva independência da entidade administrativa (normalmente testada em condições adversas), os agentes económicos podem reforçar a confiança quanto à consecução dos objetivos que a essa entidade foram confiados, com isso defendendo o Governo quer

intervio para fazer valer preocupações sociais (com a inflação e com o poder de compra das famílias), fixando um limite máximo de 6% para esse aumento, com isso provocando a demissão do primeiro presidente da ERSE, Jorge Vasconcelos (que contestou a decisão *por esta não ser sustentada em qualquer lógica económica interna ao sector eléctrico*).

64 Já em 1969 Soares (2008: 101) advertia para esse desfasamento: “*A solução sectorial, ainda quando justa, ou, ao menos, conveniente para o conflito entre dois parceiros sociais, é susceptível de comprometer o equilíbrio num domínio mais vasto ou no complexo do agregado social.*” Na nota anterior já se fez referência à divergência entre os interesses que cabia à ERSE salvaguardar e os interesses mais amplos a cargo do Governo, e ao modo como este fez prevalecer estes, embora à custa do seguinte juízo público do então presidente daquele regulador, que se demitiu em protesto: “*A intervenção governativa no processo de fixação de tarifas de electricidade para 2007 (...) significa, do meu ponto de vista, o fim da regulação independente do sector eléctrico português*” - Comunicado citado pela imprensa (*vg*: *Público* de 15 de dezembro de 2006).

65 Uma variante desta preocupação com a credibilidade é a que visa diminuir os riscos regulatórios – e os correspondentes prémios a conceder aos investidores – de certas atividades privadas: sobretudo onde estejam em causa poderes de alteração de tarifas (ou de outras contrapartidas para investimentos privados), ou a delimitação das condições de acesso do público a bens e serviços gerados por esses investimentos, a transferência de tais competências para entidades independentes visa assegurar aos investidores que não serão “expropriados” por Governos populistas, que imponham uma diminuição de ganhos, um aumento de custos ou ambos.

das pressões dos interesses conjunturais, quer de comportamentos oportunistas que, ainda que politicamente vantajosos no curto prazo, lhe trariam mais custos no longo prazo.

A criação de bancos centrais independentes, uma das raízes históricas das entidades administrativas independentes (e o melhor exemplo das recorrentes divergências entre opções de política económica dos decisores políticos e dos reguladores independentes⁶⁶), baseou-se justamente nesse afunilamento teleológico.

Também se alega que, na maior parte dos outros casos em que se criam autoridades reguladoras *nacionais*⁶⁷, independentes do poder político, não são diferentes opções políticas que estão em causa, mas a resolução de questões técnicas⁶⁸, a imunização face ao “*pork barrel*”⁶⁹, e a correção de uma possível miopia política⁷⁰. De igual modo, o apregoadamente necessário isolamento dessas entidades dos ciclos políticos é moeda corrente⁷¹, ainda que a lógica

66 A missão de que normalmente os bancos centrais são incumbidos é o controlo dos preços, ou seja a estabilidade do valor da moeda. Para evitar ou debelar a inflação, recorrem a políticas restritivas (vg, subida das taxas de juro, restrições ao crédito a conceder pela banca comercial, compra de moeda nacional através do mercado cambial, aumento da venda interna de títulos de dívida), com efeitos negativos no crescimento económico, no investimento e no emprego – variáveis que são normalmente mais prioritárias para os governos, sobretudo dos que dependem dos resultados eleitorais. Sobre a eventual não-acomodação destes a essas medidas, veja-se o que se escreve a seguir, em texto.

67 A criação de entidades supranacionais funda-se em considerações em grande medida diversas, mas esse ponto terá de ser aqui ignorado.

68 Neste sentido, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 714 (“*defende-se hoje que a regulação é essencialmente uma questão técnica, devendo estar tão afastada quanto possível da disputa política*”). Confraria, 2005: 138-141, desmistifica essa conveniente ficção.

69 Num recente artigo de Rodrik (2011), a tradução portuguesa empregou “*negociatas*” para verter o original “*log-rolling*”. O “*pork-barrel*” (que se poderia aporuguesar como “*voto limiano*”) é uma designação corrente, mesmo entre nós, para a troca de favores entre representantes do eleitorado, em benefício de interesses específicos. Porém, como nota Catarino, 2010: 79, “*Por muito desejável que seja retirar tais funções out of politics, seria ingenuidade pensar que estas tarefas são puramente técnicas não se prestando a fenómenos de corrupção ou de utilização em proveito próprio (tornando-se mesmo numa espécie de Club Med para alguns agentes político-governamentais).*”

70 No artigo referido na nota anterior estava em causa a limitação temporal das repercussões da atuação regulatória: decisões tomadas no horizonte dos ciclos eleitorais desconsideram os impactos futuros. Daí que se alegue – discutivelmente, para dizer o menos – haver ainda uma justificação de interesse público geral no sacrifício de metas de crescimento económico e emprego, se tal for necessário para garantir a estabilidade monetária. Para exemplos de “*políticas com pequenos benefícios de curto prazo e enormes custos de longo prazo*”, v. Confraria, 2010: 39.

71 Neste sentido, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 714, no pressuposto de que assim se favorece “*a confiança dos agentes económicos quanto à estabilidade do ambiente regulatório, que fica a coberto de mudanças imprevisíveis.*”

do argumento, pelo menos na sua configuração nacional⁷², seja muito duvidosa: as nomeações das entidades reguladoras são feitas segundo os mesmos critérios, políticos ou técnicos, que servem para as escolhas dos dirigentes máximos da administração pública e dos órgãos de soberania⁷³, e os ciclos políticos continuam a existir, ainda que desfasados da duração dos governos. Com um mandato (em geral) de cinco anos⁷⁴ e uma legislatura de quatro⁷⁵, a não-coincidência entre os ciclos dos responsáveis políticos e os dos reguladores independentes (e a possível divergência de opções determinadas pelas respetivas funções de preferência) pode acentuar-se, mas – tirando casos de renúncia ao mandato por parte do *elo mais fraco*⁷⁶ – não é evidente qual o ganho sistémico de o sistema consentir divergências duradouras de orientação na regulação que é alvo de *outsourcing* independente e na intervenção, geral ou sectorial, que o não é⁷⁷. Pelo contrário: a potencial esquizofrenia na utilização dos diferentes instrumentos de política económica constitui um custo adicional – embora *teoricamente* quase descon siderado⁷⁸ – da “*regulação independente*”.

72 Sem qualquer desprimor para os países do Terceiro Mundo (que, por influência internacional, também adotam esse modelo) menos se percebe neles esta fundamentação para a justificação da regulação independente. Com elites estreitas, o recrutamento possível para as entidades ditas independentes decalca necessariamente as escolhas que seriam feitas para os postos cimeiros da administração ou do Governo, não havendo razões para supor que as políticas seguidas numa e noutra veste difiram. Mas aí, sempre se dirá, também não difere o escrutínio público a que uns e outros são sujeitos.

73 O caso nacional mais publicamente evidente desta “circularidade” terá sido a eleição, em 4 de abril de 2007, pela Assembleia da República, de um juiz do Tribunal Constitucional – que renunciou ao mandato em 17 de maio seguinte para se tornar ministro. Sobre o fundamento comum destes Tribunais e das autoridades reguladoras, v. Rosanvallon, 2008: 16 e 22.

Fernandes Soares, 2007: 12, comparando os “*sistemas institucionais português e argentino*” é mais assertivo: “*em ambas as sociedades predominavam relações de mercado demasiado pessoalizadas, que promoviam o favoritismo pessoal, o amiguismo promíscuo. Em ambas, o partidarismo dominava as escolhas. Os agentes reguladores eram nomeados por critérios de lealdade política ou afinidades ideológicas e não por razões de competência ética.*”

74 Por simplicidade, cfr. Moreira & Maças, 2003: 184 (ANACOM), 189 (ERSE), 218 (Banco de Portugal), 223 (CMVM) e 229 (ISP); Cfr. Moreira, 2004: 559-560.

75 Cfr. artigo 171.º, n.º 1 da CRP.

76 Cfr. supra, nota 65.

77 Mesmo quando a independência do regulador não consente intervenção dos decisores políticos nos instrumentos controlados por estes (vg: uma política restritiva na oferta de moeda pelo Banco Central), o poder político tem normalmente meios alternativos de intervenção (vg: uma política orçamental expansionista). Naturalmente, a obstinação em tais desideratos contraditórios só obriga a um uso mais intensivo e extensivo dos respetivos instrumentos.

78 Confraria, 2010: 50, admite francamente que tendo os reguladores “*opções sobre a forma como exercem o seu poder discricionário (...) pode ser vantajoso, do ponto de vista da coordenação da política*

Fala-se igualmente da “Separação entre a política e a economia” e de uma “Blindagem’ contra a captura regulatória”⁷⁹, se bem que não seja evidente, no primeiro caso, porque é que, se o interesse público é apenas o económico, não se deixa funcionar o mercado⁸⁰, e se não é, porque é que se confia a defesa desse interesse público a entidades independentes; e, no segundo caso, porque é que a extensa hierarquia da Administração Pública (e do Governo) se haveria de revelar mais permeável à “*captura regulatória*” do que a escassa direção das entidades administrativas independentes – sobretudo se a transversalidade destas é tida como uma forma de imunização contra essa captura (por mais transversais que essas entidades sejam nunca o serão tanto quanto Governo ou, mesmo, o ministério, ou ministérios, a que reportam), e sobretudo se o perfil (alegradamente) mais técnico dos reguladores os aproxima mais (quer no prévio trajeto profissional, quer nas expectativas de atividade subsequente) dos interesses regulados.

Um argumento adicional para a defesa da criação de entidades reguladoras, que serviria plenamente para dar resposta ao problema do *segundo teste* (o da troca do Estado por uma entidade independente, para resolver as insuficiências do mercado que justificam a sua intervenção), poderia assentar numa denunciada ineficiência dos mecanismos democráticos para assegurar a prossecução de objetivos públicos. Face ao registo dos reiterados desvios da atuação do Estado a favor de interesses privados, poderia defender-se que o *design* deliberado de novas entidades, com mecanismos de responsabilização mais eficientes, seria preferível à tentativa de melhorar a *accountability* democrática

económica geral, promover a sua coerência com opções do Governo”. Já em 2005: 137, alertava para “situações potencialmente instáveis se as autoridades reguladoras tiverem funções políticas, quer ao nível da representação em organizações internacionais quer no que diz respeito à assessoria do governo na definição de políticas sectoriais para as áreas reguladas.”

Na prática, há indícios de que o potencial de incongruência não passa despercebida: no Brasil, a política dos governos de Fernando Henrique Cardoso, de recurso crescente a agências reguladoras, foi travada pelo seu sucessor. Torres, 2004: 186, escreveu a propósito: “*Outro sinal de que o governo Lula pretende alterar o sistema de regulação é o estrangulamento orçamentário a que foram submetidas as agências reguladoras, diminuindo ou mesmo inviabilizando toda a sua capacidade operacional, principalmente as que dependem mais fortemente dos recursos orçamentários do Tesouro Nacional.*” Em Espanha, a mais da já referida reponderação da criação de novas entidades “independentes”, desapossou-se a *Comission del Mercado de las Telecomunicaciones* do “*poder de controlo das obrigações de serviço público*”, transferindo-o para o *Ministério de Ciencia y Tecnología* – segundo informação colhida em Silva, 2008: 126, nota 319.

79 Neste sentido, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 713 e 715, respetivamente.

80 Como refere Ferreira, 2010: 48, se já há um paradoxo na defesa do mercado através da intervenção nele, “*a adoção de mecanismos regulatórios vai muito mais longe condicionando, por vezes pesadamente, o funcionamento e até o próprio acesso ao mercado.*”

na consecução do interesse público (os interesses instalados tornariam mais difícil a obtenção de acordos para limitar a margem de discricionariedade dos titulares dos cargos políticos, do que a dos seus congêneres numa entidade a criar). Essa via argumentativa alternativa não tem tido grande curso⁸¹.

O outro argumento corrente a favor da regulação independente – o da extrema complexidade e mutabilidade das soluções técnicas a adotar e a necessidade de as subtrair aos mecanismos burocráticos de governação, incapazes de gerar respostas adequadas em tempo útil – também não se afigura particularmente persuasivo. Se o nível de intervenção das entidades reguladoras é essencialmente administrativo, e se a sua produção normativa, exigente que seja, está subordinada a leis genéricas, então *não estaria fora dos recursos da administração direta ou indireta do Estado desempenhar essas funções em condições equivalentes*⁸². Exceto por três “*pormenores*”, da maior relevância para a compreensão dos atrativos da proliferação de entidades reguladoras:

a) *são custeadas pelos regulados*, ao contrário dos serviços públicos, que são sobretudo custeados pelos contribuintes⁸³;

81 A partir de Vasconcelos, 2006: 83-84, podia construir-se um argumento próximo: o de que a transferência do controlo democrático das entidades reguladoras dos plenários parlamentares para as comissões ou subcomissões especializadas, melhora a relação de controlo político:

“– por um lado, promove o aparecimento e valoriza o papel dos especialistas chamados a intervir nas várias fases do processo de regulação;

– por outro lado, difunde o uso de uma linguagem técnica que tem a ver, não só com a matéria tratada, mas também com a própria ‘ciência da regulação’;

– finalmente, desloca o eixo comunicativo do campo da retórica (típico dos grandes debates políticos generalistas) para o campo da argumentação”.

Note-se, porém, que o desenho legal das entidades administrativas independentes no domínio económico não previu, em caso algum, uma ligação à Assembleia da República (exceto pelo envio do Relatório anual, em certos casos), e muito menos às suas comissões. A sua presença nestas faz-se nos termos previstos no seu regimento – tal como a do Procurador-Geral da República, dos membros do Governo ou dos dirigentes máximos da Administração Pública.

82 É de admitir que se possa conceber um bom argumento nessa base, assumindo que as opiniões públicas estarão mais dispostos a aceitar como “tecnicamente pura” a decisão de uma entidade rodeada de um aparato de independência, do que idêntica decisão emanada de um ente da administração pública – desconsiderada esta por servir objetivos “políticos”. O problema da descodificação deste raciocínio implícito nas opções dos decisores políticos é o seu cinismo: assenta no reconhecimento, por eles, da descredibilização do Estado, e na intenção de reagir a tal descrédito com “*smoke & mirrors*”. A razão pela qual certos objetivos económicos (digamos: na gestão aeronáutica ou ferroviária) precisariam dessa “*patine*” tecnocrática, ao passo que os grandes investimentos (designadamente nesses sectores) continuariam a ser consideradas “decisões políticas”, também não fortalecem a lógica dessa leitura.

83 Neste sentido, mas referindo-se antes a “*Facilitar o autofinanciamento*”, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 715. O argumento é aí causal do reforço da independência das “*autoridades reguladoras*” – mas prova de menos: o que realmente importa é encontrar fundamentos para essa sua independência e para esse autofinanciamento. Aliás, prova também de mais: os expedientes de autofinanciamento são usados de modo idêntico no caso dos Institutos Públicos.

b) não estão condicionados à contenção de custos que afeta, em geral, os serviços da Administração direta do Estado e *podem, assim, aumentar as suas despesas*; e, mesmo sujeitando-se a *plafonds* de despesa, podem fixar as taxas que cobram em valores superiores, arriscando menos que, pela divergência entre custos e receitas, estas se qualifiquem como impostos⁸⁴. E, também por isso, enquanto os serviços públicos estão sujeitos às regras e limites salariais da função pública, as entidades reguladoras...

c) ... *sintonizam naturalmente os seus pacotes remuneratórios pelos dos sectores que supervisionam*⁸⁵.

Quer dizer que as entidades independentes constituíram um expediente atrativo para transferir para o sector privado os custos crescentes da administração estadual especializada⁸⁶ e, ao mesmo tempo (na interpretação mais benévola), para aumentar a capacidade técnica dos seus serviços, alargando o campo de recrutamento dos seus quadros mais especializados – embora, eventualmente, à custa da transferência para fora do *Estado-ele-próprio* de um

84 Está estabelecido que, mesmo *não* tendo de existir uma equivalência económica entre a taxa e o benefício obtido, é necessária a existência de uma equivalência jurídica: v. a recapitulação da doutrina e da jurisprudência no Acórdão n.º 258/2008 do Tribunal Constitucional, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080258.html>.

Note-se que as “taxas de regulação e supervisão” pertencem, desde a revisão de 1997, a uma categoria constitucional autónoma e distinta das dos impostos e das taxas (a das “*contribuições financeiras a favor das entidades públicas*”).

85 Confraria, 2005: 136, dizia que “*Neste sentido, o desenvolvimento da regulação independente em Portugal pode também ser visto como uma experiência de reforma da função pública.*” Em 2010: 46-48, já com uma perspetiva do arco de consequências, responsabiliza, de algum modo, a harmonização estatutária pela criação de sucessivas respostas inadequadas: num primeiro momento, “*a integração de carreiras de pessoal no quadro geral da função pública inviabilizou o desenvolvimento de carreiras especializadas, amputando entidades reguladoras de capacidades técnicas essenciais e pondo em causa, eventualmente, a possibilidade de cumprirem as suas atribuições legais.*” Num segundo momento, a necessária flexibilização do enquadramento laboral fez-se através do recurso a entidades administrativas independentes ou institutos públicos. Num terceiro momento, quando, “*por reacção política e administrativa, ou por simples bom senso*”, se reagiu contra os “*artifícios administrativos com os quais se pretendia evitar alguma rigidez de funcionamento da administração pública*”, “*entidades com competências próprias em matéria de regulação económica acabaram por ter o mesmo tratamento do que outras entidades que actuavam em domínios que se deviam integrar na organização do Estado tradicional.*”

86 O argumento é diverso do inúmeras vezes exposto a propósito da transferência da responsabilidade direta pela prestação de bens e serviços para entidades diversas do Estado, dito decorrente da necessidade de desonerar o seu orçamento (mesmo quando tais atividades são lucrativas e, portanto, quando geram um fluxo de receitas para o Estado) – e que muitas vezes é invocado aquando da exposição da trajetória evolutiva do Estado para a sua configuração de Estado-regulador ou Estado-garantidor. É que, evidentemente, uma coisa é privatizar (ou reprivatizar) atividades produtivas, que podem legitimamente ser arrumadas na esfera do económico – onde se admite que o Estado não tem vantagem comparativa em estar presente –, e outra coisa bem diversa é fazer o *outsourcing* da regulação – que sempre se deveria situar na esfera do político e onde é de presumir que a vantagem comparativa para a defesa do interesse público esteja naquela parcela do Estado que está sujeita a mecanismos de controlo.

certo núcleo de competências especializadas⁸⁷. De facto, até à aplicação aos institutos públicos do Regime de Vínculos, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores em Funções Públicas (Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro) e à agora anunciada alteração da Lei-Quadro dos Institutos Públicos para a uniformização das remunerações (e outras regalias) dos seus Conselhos Diretivos com as do pessoal dirigente da Função Pública (Conselho de Ministros de 9 de novembro de 2011), os “reguladores”, mesmo os menos independentes, *constituíam a aristocracia do serviço público* – discutindo-se apenas se esse *ethos* podia ainda ser cultivado sobre o desmantelamento dos equivalentes serviços públicos do Estado⁸⁸. Com o completar dessa harmonização, o acréscimo de regalias (supostamente retributivo de competências acrescidas) confinou-se às entidades administrativas independentes, restringindo-se a estas as vantagens competitivas na contratação para o Estado.

Em contrapartida, e em sentido inverso ao destas razões (que ainda se poderiam dizer de interesse público), a criação de entidades administrativas independentes pode implicar uma punção nas receitas de que o Estado pode dispor para o cumprimento da generalidade das suas funções, caso se atribua a essas entidades a totalidade (ou uma parte substancial) das taxas e

87 De facto, em muitos casos, a renúncia ao exercício de poderes por parte da Administração Pública tem ainda uma explicação funcional, mas bem prosaica: o que acontece é que, para o nível de competências exigido para o desempenho de certas funções, a grelha salarial oferecida pela Administração direta ou indireta do Estado – ou o congelamento de contratações – inibe o recrutamento dos necessários especialistas para o desempenho de uma atividade inadiável, ou tida como tal. Nesses casos, a criação de uma entidade administrativa independente pode ser um expediente para contornar a rigidez dos quadros de contratação de pessoal – se esta não vier a ser colocada perante os mesmos constrangimentos, o que não é invulgar.

88 Sobre a ética de serviço público que importa introduzir no “*trabalho de regulação*”, v. Confraria, 2005: 111-112. Não deixa de ser difícil conciliar esse desiderato – que convoca um ideal de *salus publica* – com a formatação técnica (e a-valorativa) na preferência pelas soluções de mercado, não por acaso decorrente da insistência na correção das “falhas de mercado” como fundamento das autoridades reguladoras independentes. Como também notou Silva, 2008: 286, “*Não obstante a regulação social se incluir nos objectivos daquelas entidades, uma leitura global, política, da realidade não é sua incumbência, constituindo mesmo factor indesejável de distorção nos mercados.*”

Há, naturalmente, mais justificações para o recurso a entidades independentes com funções de regulação do que as que foram abordadas em texto: a renúncia ao exercício de competências politicamente incómodas para o Executivo, ou a possibilidade de concentrar numa única instância competências disseminadas por diferentes ramos da administração pública, por exemplo. Para “*a exigência de garantia de cumprimento das obrigações de serviço público e a prevenção de riscos*” como fundamentos da regulação, v. Silva, 2008: 122-130.

Historicamente, a criação de entidades reguladoras nos EUA fundou-se na desconfiança em relação ao Executivo, visto como incapaz de servir o bem comum – sobretudo por causa da sua dependência das máquinas partidárias, reconhecidamente corruptas (v. Salvador Martínez, 2002: 106, e Gordon, 2005: 207 e 222, *vg*). Essa é uma raiz que, ao menos em certos países, volta a ser pertinente.

coimas que lhes cabe aplicar⁸⁹. A ser assim, a consignação da nata das funções geradoras de receitas (e destas) a entidades administrativas independentes corresponde a mais uma peça no cerco objetivo às capacidades de intervenção da administração pública sujeita ao Governo e, nessa medida, é mais um instrumento para a neutralização deste.

Finalmente, há casos em que é a criação de uma entidade autónoma a nível da União Europeia que constitui fundamento para a criação ou consolidação de certas entidades reguladoras nos Estados-membros, mesmo quando a criação dessa entidade europeia é já um efeito reflexo da opção por entidades administrativas independentes a nível nacional: como se escrevia no Relatório dirigido por Pontier⁹⁰,

“Certaines agences ont en effet été créées afin de devenir coordinatrices d’agences nationales. Ce fut le cas par exemple de l’Autorité européenne de sécurité alimentaire, dont le règlement portant création indique clairement que l’Autorité a été mise en place afin de favoriser le fonctionnement en réseaux européens des organismes nationaux.”* Ainsi, la création d’agences au sein de l’Union aboutit pour les États membres à une consolidation du principe de l’article 10 TCE (coopération loyale), soit par incorporation des tâches, soit par la mise en gravitation des agences nationales autour d’elle. Dans ce cas, la création communautaire correspond bien, comme pour l’Autorité européenne de sécurité des aliments à une mise en réseau ou à une européanisation des régulateurs nationaux.”*

89 É isso que acontece com as chamadas “taxas de regulação”, previstas, por exemplo, no artigo 25.º-A dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (alterados e republicados pelo Decreto-Lei n.º 169/2008, de 26 de agosto), na alínea *b*) do artigo 50.º dos Estatutos da ERC (aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro), nas alíneas *a*) e *b*) do artigo 43.º dos Estatutos do ICP-ANACOM (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro), no n.º 3 do artigo 50.º dos Estatutos da ERSE (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril), e na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 30.º do Estatuto do Instituto de Seguros de Portugal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro) – mas também com uma parcela (geralmente 40%) do montante das coimas cobradas por cada entidade reguladora (cfr. *vg.*, a alínea *b*) do artigo 31.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro). Em termos comparativos, segundo o Relatório do Senado francês citado na nota 50 (trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-18.html>), o *Conseil de la Concurrence* francês teve, em 2005, um orçamento de 11 milhões de euros, e determinou a aplicação de sanções pecuniárias que fizeram entrar 754 milhões de euros nos cofres do Estado. Com uma regra similar, o seu orçamento teria crescido para 301,6 milhões de euros. Note-se que, entre nós, a Autoridade da Concorrência, além dessa participação nas receitas das coimas ainda é alimentada pelas “taxas” impostas aos reguladores sectoriais nos termos do Decreto-Lei n.º 30/2004, de 6 de fevereiro (um mal disfarçado imposto, como referimos em Calvete, 2010: 1028, nota 6).

90 Pontier, 2006: 445-446. (* Notas suprimidas).

Há, todavia, um paradoxo adicional na criação de entidades administrativas independentes para resolver uma questão de credibilidade ou de imparcialidade na atuação direta do *Estado-político*: é que ao transferir para estas o desempenho de uma missão, este, o “principal”, cria também, necessariamente, as condições para deixar de poder controlar o desempenho dessa missão. E cria um vazio de responsabilização, na medida em que se não pode sancionar quem quer que seja pelas “*falhas regulatórias*”. O recente descalabro nos mercados financeiros tornou particularmente evidente que o problema da falta de “*mecanismos endógenos de incentivação correcta*” do lado dos reguladores – para transferir para outro contexto a citada expressão de Leite⁹¹ – coloca um problema adicional à regulação independente. Assim, a sua adoção, ou o desenho institucional das entidades independentes, devia ser dotada das maiores cautelas.

IV. THE GRAIL QUEST: A LEGITIMIDADE DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

A partir da experiência francesa, Rosanvallon ensaiou uma reelaboração da legitimidade das entidades reguladoras como “*instituições de consenso*” (por oposição às tradicionais “*instituições de conflito*”, que se legitimariam por eleições adversariais)⁹². Para o referido A., o principal mecanismo de legitimação democrática (ou, por outras palavras, de “*economia de coerção*”⁹³ e de “*apropriação*”

91 Supra, nota 38.

92 Rosanvallon, 2008: 27.

Em obras anteriores, o mesmo A. sublinhara a tendência “*impolítica*” da regulação (“*le caractère impolitique de l'économie va encore plus loin. Il correspond aussi au fait que l'on peut imaginer des entreprises et des marchés qui soient de plus en plus régulés, contrôlés, surveillés, sans que la question politique en économie, c'est-à-dire celle de la répartition des richesses, soit pour autant jamais posée. Il est ainsi frappant de constater que l'écart croissant des revenus entre le travail et le capital, tout comme l'explosion des inégalités de rémunération entre le management et les salariés ordinaires dans les entreprises se sont produits au moment même ou se multipliaient les instances de contrôle et de régulation. Le capitalisme peut ainsi être à la fois plus encadré et plus injuste, plus transparent et plus inégalitaire, pour dire les choses autrement.*” – 2006: 292-293), bem como o “*déclin de la volonté politique*” (“*Un système complexe d'intérêts et de volontés s'est substitué à l'ancien type idéal de la volonté politique, qui présupposait l'unité de l'acteur. Il en est résulté un type de régulation économique et sociale beaucoup plus disséminé et diffracté. Les régulations n'ont donc pas disparu, mais elles ont perdu leur globalité et surtout leur lisibilité. La société n'en a pas cessé de «vouloir», mais elle n'exprime ce voeu qu'en sourdine, prétendant même parfois s'être fait imposer par des forces innommées les choix implicites dont elle n'était pas fière*. La société civile mène bien une «politique», mais une politique discrète et silencieuse, résultant d'une multitude de délibérations à voix basse et de choix discrets, jamais ouvertement raccordés.*” [* Notas suprimidas] – Rosanvallon, 2000: 418).

93 No sentido de que essa “*institution invisible*” que é a legitimidade é, em termos gerais, um “*simple économiseur de coercion*”, v. Rosanvallon, 2008: 21.

*social do poder*⁹⁴) ainda é a eleição dos legisladores e governantes⁹⁵. Mas a uma fase de ascensão histórica do *princípio aritmético*⁹⁶ – por oposição a mecanismos de legitimação *histórica* (dinástica ou tradicional), ou *carismática* –, seguiu-se a fase da sua decadência, resultante do encurtamento da participação popular, da apropriação partidária da função de representação, e da flexibilização do sentido do mandato popular conferido às “maiorias”. Em contrapartida, a emergência paralela da Administração Pública como encarnação de um ideal de serviço público, serviu de complemento ao ideal democrático de realização da vontade geral, elevando o “concurso público” a mecanismo legitimador⁹⁷. Na sua fórmula⁹⁸, “*Ces deux formes croisées de légitimité – procédurale et subs-*

94 No sentido de que a “*variante démocratique*” da legitimidade “*produit un mouvement d’adhésion des citoyens indissociable d’un sentiment de valorisation d’eux-mêmes*”, e “*a pour fonction plus exigeante de tisser des liens constructifs entre le pouvoir et la société*”, v. Rosanvallon, 2008: 21.

95 Nos regimes presidencialistas a eleição do Parlamento (uni ou bicameral) é autónoma da eleição que determina a formação do executivo, sendo diferente, mas homogênea, a legitimidade de ambos os legisladores. Já nos regimes parlamentaristas, essa eleição, concentrando ambas as legitimidades (o Governo é uma emanção da maioria parlamentar), coexiste com uma outra, sem poderes legislativos, do chefe de Estado: democrática, quando este é eleito (direta ou indiretamente), hereditária, quando há uma monarquia. A legitimação democrática através de sufrágio universal pode ser replicada para os diferentes planos da organização política do Estado: federal, estadual, regional e local.

96 “*La notion de gouvernement se simplifie: le nombre seul fait la loi et le droit. Toute la politique se réduit à une question d’arithmétique.*” Alexis de Tocqueville, *Considérations sur la Révolution*, cit. por Rosanvallon, 2008: 26.

97 Martins, 2009: 163-164, faz remontar essa característica da função pública a uma sobrevivência da revolução francesa e ao Estado Liberal: “*numa função pública necessariamente exígua, a garantia da separação da mesma relativamente à política, e da sua sujeição exclusiva a interesses gerais da comunidade, prosseguidos com objectividade e neutralidade, é assegurada através do seu estatuto definidor de direitos e deveres, em que ressaltam a segurança de emprego, a estruturação do trabalho em carreiras, a promoção em função da antiguidade, a remuneração segundo o posicionamento hierárquico em cada carreira e o ingresso mediante concurso público baseado no mérito.*”

Não deixa de ser significativo que, entre nós, o regime de contratação de pessoal na generalidade das entidades administrativas independentes (e, designadamente, nas que têm funções de regulação económica), seja o do contrato individual de trabalho – a esta luz, menos apto a salvaguardar o interesse público. Em contrapartida, leia-se o que se escreve no estudo sobre as AAI alemãs incluído em Pontier, 2006: 196 (a propósito do *Bundeskartellamt*): “*La présence majoritaire dans ces sous structures de membres ayant le statut de fonctionnaires sans limitation de durée (fonctionnaires «auf Lebenszeit», restant en activité jusqu’à leur retraite) est l’élément qui garantit l’indépendance de l’institution.*”

Também em França a regra é a da utilização de funcionários, em regime de destacamento provisório ou definitivo: como se refere no Relatório do Senado citado na nota 50 (trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-18.html>), “*On observe que la majorité du personnel est constituée d’agents de droit public*”, havendo limites para o recurso a outros tipos de vínculo: “*La plupart des autorités peuvent en outre recruter des agents contractuels, dans la limite du nombre d’emplois temps plein travaillés fixé chaque année par la loi de finances. Seules les plus petites ont des services composés exclusivement de fonctionnaires (détachés ou mis à disposition).*”

98 Rosanvallon, 2008: 14.

tantielle – avaient donné a partir du début du XXe siècle, une certaine assise aux régimes démocratiques.”⁹⁹

Nesta sua análise, a emergência de autoridades independentes de supervisão e regulação (e de Tribunais Constitucionais), a partir dos anos 80 do século passado, assinalou a ascensão de formas de “*democracia indirecta*”¹⁰⁰ e, *ipso facto*, a primeira modificação da conceptualização da democracia em duzentos anos. Poderiam ser agora convocadas novas fontes de legitimidade: o que chama a “*legitimidade de imparcialidade*” – ligada a “*une variable de structure qui en est le support (le fait d’être indépendant), et à une variable de comportement (le maintien de la distance ou de l’équilibre)*” –, a “*legitimidade de reflexividade*” – ligada a “*un travail de pluralisation des expressions de la souveraineté sociale*” – e a “*legitimidade de proximidade*” – ligada a “*prise en considération de la multiplicité des situations, par la reconnaissance de toutes les singularités sociales*”¹⁰¹.

Generalizando, o A. pôde concluir que “*Implications « techniques » de formes de régulation affectant des domaines complexes et aspirations « démocratiques » à plus de justification des décisions, à plus de publicité, mais surtout à plus d’impartialité,*

99 Na sua obra de 2000, Rosanvallon (2000: 431) trabalhara com um outro entendimento dessas legitimidades:

“Les représentants du peuple sont certes d’abord ceux qu’il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident « au nom du peuple ». C’est notamment le cas des juges, qu’ils soient judiciaires ou constitutionnels; mais c’est aussi, par extension, le caractère que revêtent de multiples autorités de régulation. La représentativité est en effet une qualité qui peut avoir deux origines: fonctionnelle ou procédurale*. La représentativité fonctionnelle est celle qui est organisée et reconnue par les textes organisant la vie publique, qu’il s’agisse des lois ou surtout de la Constitution, alors que la représentativité procédurale est directement constatée par le corps électoral.”*

100 Canotilho, 2009: 105-106, fala antes da “*crescente importância de uma “república de reguladores” (desde entidades independentes no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, até às entidades reguladoras da concorrência e do mercado de valores mobiliários).*” A nosso juízo, o “*herding behavior*” dos decisores políticos que permitiu a rápida difusão de entidades reguladoras na paisagem institucional do Continente europeu da viragem para o Século XXI está repleta de equívocos, misturando boas e más razões. Na definição de Daughety & Reinganum, 1999: 159, o “*comportamento de rebanho*” (*herding*) – ou “*cascatas informacionais*” (*informational cascades*) – “*occurs among agents when their decisions are decreasingly determined by their own information and increasingly determined by the actions of others*”. Claro que, como sublinha a literatura aí brevemente revista, “*when an agent’s decision is not a perfect signal of his private information, it is eminently possible for the agents to end up coordinating on the “wrong” outcome.*” (Daughety & Reinganum, 1999: 160-161).

101 Rosanvallon, 2008: 17.

ont donc convergé, même si cela n'a pas été sans susciter des tensions entre ces deux impératifs, pour développer ce type d'institutions sur tous les continents."¹⁰²

É mais do que duvidoso, porém, que a adesão ao modelo das entidades administrativas independentes se possa reconduzir, pelo menos entre nós, a essa matriz de “*mais democracia*” e “*mais imparcialidade*”¹⁰³. De facto, para assegurar simultaneamente essas exigências e salvaguardar a independência das entidades administrativas independentes, há basicamente três modelos: *o plural* (nascido nos EUA, e adaptado ao seu sistema bipartidário), que exige que em cada órgão colegial de cada agência não haja mais do que uma maioria simples de um partido; *o pessoal*, que exige que a nomeação para os seus órgãos preencha requisitos estritos de competência e qualidades pessoais; e *o representativo*, que faz participar neles representantes dos diferentes sectores e interesses envolvidos, ou de poderes imparciais do Estado¹⁰⁴. Ora, cometendo certamente injustiças, pode dizer-se que nenhuma dessas variáveis é especialmente prioritária na constituição das direções das nossas entidades administrativas independentes. Um dos seus traços mais característicos é, aliás, a sua progressiva *autonomização teórica* em relação ao *poder político*¹⁰⁵ ir de par com

102 Rosanvallon, 2008: 132.

103 Entre nós, veja-se a visão desencantada de Fernandes Soares, 2007. Em sentido aparentemente oposto, Catarino, 2010: 77 (* notas suprimidas), que defende que as “*autoridades que fogem da Administração*” se enquadram

“[...] numa variante da administração burocrática* que não busca a sua legitimidade democrática e responsabilidade política num circuito Governo-Parlamento. Rompendo com o circuito top-down* permite uma maior simbiose e adesão à realidade e necessidade social e uma nova forma institucional de auctoritas (participada, transparente, autónoma, neutral ou imparcial.”

104 Nas primeiras experiências nacionais com entidades administrativas independentes, a presidência era legalmente atribuída a um magistrado. Cfr. infra, nota 113.

105 Afinal, é isso que em larga medida fundamenta a sua justificação *teórica* e – pelo menos para um observador exterior – isso é levado a sério em outras ordens jurídicas. Não é de excluir, porém, que um conhecimento detalhado dos procedimentos de nomeação e funcionamento das autoridades reguladoras nacionais de outros países revelasse que, ao menos em alguns, a “lealdade institucional” continua a ser mais para com o poder político nacional (e o que nele vai implicado em termos de carreira) do que para com o centro de regulação supranacional (e o que nele vai implicado em termos de carreira). O enquadramento teórico pode ser o fornecido por Thatcher, 2005: 48-49 (que aponta as duas origens das “*agency losses*”: “*shirking*”, because the agent follows its own preferences which diverge from those of its principal(s) and “*slippage*”, due to institutional incentives causing the agent to behave contrary to the wishes of its principal”, e explora as soluções de “*formal institutional design*” e de “*post-delegation behaviour*” votadas a minimizar tais “*agency losses*”), ou o proposto por Viscusi, Vernon & Harrington, 2000: 311 (que, seguindo a taxonomia de James Wilson, distinguem, entre os quadros e dirigentes das entidades reguladoras, três tipos: o “*careerist*”, o “*politician*” e o “*professional*”). O sistema de incentivos pessoais difere de uns para outros e o que ressalta claramente do extrato do Memorando reproduzido na nota 2 – e que teria certamente correspondência em outros países, se também eles tivessem de se sujeitar à imposição de

a sua progressiva *submissão prática ao Governo* (exemplos infra). A convicção firmada na opinião pública – que levou, de resto, a diversas iniciativas legislativas dos partidos de direita, então na oposição¹⁰⁶ –, é ainda a de que *as entidades administrativas independentes são realmente um pseudônimo do Governo*¹⁰⁷.

No nosso palco político-jurídico assoma, portanto, a mesma duplicidade da linguagem que George Orwell ficcionou¹⁰⁸ e que Serens repetidamente identificou na evolução do sistema capitalista¹⁰⁹. Assim:

- num dos *únicos casos* em que a lei salvaguardava, a prazo, uma composição politicamente plural para a direção de uma autoridade administrativa

condições externas – é assegurar a conversão dos “políticos” em “profissionais”, de modo a que a gestão das próprias carreiras vise o alinhamento das decisões nacionais com os padrões internacionais – mesmo que em desalinhamento com os interesses nacionais. Para exemplos, cfr. infra, nota 159).

106 Quer no Projeto de Lei n.º 49/XI, apresentado na Assembleia da República por iniciativa do PSD (*DAR*, II Série A, n.º 7/XI/1, de 21 de novembro de 2009, retomando o anterior Projeto de Lei n.º 344/X, *DAR*, II Série A, n.º 40/X/2, de 1 de fevereiro de 2007), quer no Projeto de Lei n.º 55/XI, de iniciativa do CDS (*DAR*, II Série A, n.º 7/XI/1, de 21 de novembro de 2009) propunha-se que a nomeação dos membros dos órgãos de direção das entidades reguladoras fosse feita “*pelo Presidente da República, sob proposta do Governo e após (a respectiva) audição pública na Assembleia da República.*”

107 Entre nós, o expediente para conciliar a independência dessas instituições com o controlo governamental (ou, o que é bem pior, partidário) da sua atuação traduziu-se amiúde na constituição de laços informais e paralelos de dependência, mantidos pela nomeação de “*gente de confiança*”, em muitos casos sem qualquer ligação à área, e destituídos da competência técnica que é suposto ser apanágio dessas entidades. Estas comezinhas evidências práticas não costumam ter espaço na nossa literatura teórica, mas são alvo de atenção lá fora (v., por exemplo, Thatcher, 2005: 53-61, que conclui que “*informal relationships and wider networks are equally if not more important for the relationship between IRAs and elected politicians*” do que a mera nomeação de “*individuals with clear party links*”). Recentemente, Confraria, 2010: 50, admitiu que já assomou à discussão pública a tentação de “*tentar reduzir a independência dos reguladores escolhendo para seus dirigentes pessoas que já estão dispostas a alinhar as suas opções com as opções do Governo, subordinando a actuação reguladora a objectivos políticos de circunstância.*”

Numa visão mais cínica, isso até pode ser visto como uma vantagem, face à alternativa da captura pelos interesses regulados (um regulador é mais fácil de capturar do que uma parte do Governo, e um regulador especializado é mais fácil de capturar do que um regulador transversal). Ainda para mais, atravessar a “*revolving door*” é um comportamento mais aceitável para os “*técnicos*” das entidades reguladoras do que para os “*políticos*” dos Governos. Para Fernandes Soares, 2007: 436, “*Porta giratória é uma metáfora para planeamento burocrático do mandato regulador de modo a obter no final um emprego remunerado da indústria regulada*” – e parece não haver dúvidas de que a *porta* gira tanto mais eficazmente quanto mais especializada for a autoridade pública – muito embora também afunile mais as oportunidades “*de negócio*” (ou até por isso).

108 As *entidades independentes que não são independentes* podiam ter servido ao autor de *Mil novecentos e oitenta e quatro* para ilustrar as virtualidades de uma mesma palavra englobar dois sentidos mutuamente contraditórios, como na Novílingua vigente na Oceania. Referindo-se a um “*oxímoro jurídico*”, v. o Relatório do Senado francês citado supra, nota 50, no trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>.

109 Serens, 2007: *maxime* 699, 765, 783, 789 e 1079-1080.

- independente¹¹⁰, a gestão do tempo pelos decisores políticos permitiu, *contra legem*, a uniformização dos mandatos¹¹¹;
- a obrigação legal da seleção dos trabalhadores por concurso público e algumas das garantias da sua independência no exercício de funções de autoridade (que historicamente serviram para os furtar às pressões das chefias e continuam a ser requeridas em outros ordenamentos como parte da blindagem de imparcialidade das entidades administrativas independentes) não vinculam as nossas¹¹²;
 - na substituição do Conselho da Concorrência pela Autoridade da Concorrência, como na da Alta Autoridade para a Comunicação Social pela Entidade Reguladora da Comunicação, suprimiu-se a, até então necessária, participação do poder judicial¹¹³;

110 Nos termos do artigo 8.º dos Estatutos da ERSE, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, os mandatos do presidente (5 anos) e dos vogais (2 e 3 anos na primeira nomeação, 5 nas subsequentes) geravam um desfasamento contínuo.

De modo análogo, embora a nomeação dos membros do Conselho da AdC se faça para mandatos de cinco anos, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 13.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, o seu n.º 2 previa (e prevê) que “na primeira nomeação do conselho, ou após dissolução” se operasse a divisão dos membros em dois grupos, um nomeado por três anos (renovável por cinco) e outro por cinco anos (cfr. a Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2003, de 20 de fevereiro de 2003, DR, II Série). O sentido da norma era, portanto, garantir diferentes datas de nomeação dos seus membros em todas as subsequentes nomeações, por força da continuidade desse desfasamento inicial, garantindo o legislador, a partir da primeira recomposição daquele Conselho, a *intervenção de diferentes maiorias governamentais na nomeação dos seus membros*.

111 Protelando, desde fevereiro de 2006, a substituição da vogal cujo mandato cessara, pôde o Governo, em 2008, fazer coincidir a sua substituição com a dos restantes membros, frustrando a intenção do legislador de, através da previsão de prazos de substituição diferenciados e das previsíveis alternâncias no Governo, fazer coexistir no seu Conselho membros com orientações políticas diversas. Ao substituir por inteiro o Conselho da AdC, *atribuiu-se, para futuro, a uma única maioria governamental a nomeação da totalidade dos seus membros*.

112 Cfr. supra, nota 97. É certo que, mesmo na administração pública, a regra passou a ser o contrato de trabalho para o exercício de funções públicas: cfr. a Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro. No que é um depoimento de um *insider*, escreve Catarino, 2010: 81

“O novo modelo público segue novos métodos ou modelos administrativos de grande liberdade de gestão financeira, orçamental e de recursos humanos (segundo uma lógica privada baseada no mérito e sistemas internos de avaliação), de flexibilização, simplificação e desburocratização administrativa com base numa lógica de mercado (análise custo-benefício das suas ações) e de participação e contratualização com organizações e grupos de interesses (diálogo da Administração e do Legislativo com a sociedade civil num triângulo que os politólogos norte-americanos designam de iron triangle).”

113 O Conselho da Concorrência – que, na vigência dos Decretos-Leis n.ºs. 422/83, de 3 de dezembro, e 431/93, de 29 de outubro, era o órgão decisor em matéria de aplicação dessas leis de defesa da concorrência – era necessariamente presidido por um magistrado judicial ou do Ministério Público, mas já não assim a Autoridade da Concorrência, que o substituiu (Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro). Também presidida por um magistrado judicial era a Alta Autoridade para a Comunicação Social – esta substituída pela Entidade Reguladora da Comunicação Social, de composição puramente parlamentar (ainda que com

- a interferência do Governo na fixação, em 2006, das tarifas da energia elétrica pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, levou à demissão do Presidente desta¹¹⁴;
- no momento em que estava em curso a apreciação da mais importante operação de concentração de sempre no seu sector, a ANACOM viu o seu presidente ser substituído em pleno mandato¹¹⁵.

Com um tal historial¹¹⁶, dificilmente as nossas entidades administrativas independentes *com intervenção no domínio económico*¹¹⁷ se podem considerar

um elemento cooptado pelos eleitos pela Assembleia da República). O mesmo teria ocorrido na (nunca constituída) Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado, não tivesse o veto presidencial de 5 de julho de 2009 atalhado as alterações introduzidas pelo Parlamento à Lei n.º 6/94, de 7 de abril.

A presença de um representante do poder judicial evoca(va) a participação dos vários poderes do Estado no desempenho de funções que, nalguma medida, lhes poderiam ser sonegadas, reforçando a natureza “consensual” e “imparcial” das instituições e a sua legitimidade *representativa*. Com a voracidade do político, esse suplemento de legitimidade perdeu-se nessas entidades, não se ganhou nas novas, mas manteve-se em algumas: é o caso da Comissão Nacional de Eleições (um magistrado do STJ), membros designados pela AR, três membros designados por ministérios – artigo 2.º da Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro), da Comissão Nacional de Proteção de Dados (três membros eleitos pela AR, dois magistrados, dois membros designados pelo Governo – artigo 25.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro), da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (um magistrado, dois deputados eleitos pela AR, um professor de Direito designado pelo PR, dois membros designados pelo Governo, um representante de cada Região Autónoma, e três outros membros – um designado pela Associação Nacional de Municípios, outro pela Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Informatizados, e outro pela Ordem dos Advogados – artigo 19.º da Lei n.º 65/93, de 26 de agosto), e da Comissão Nacional de Objeção de Consciência (um magistrado judicial, um membro designado pelo Provedor de Justiça e o diretor do Gabinete do Serviço Cívico dos Objetoires de Consciência – artigo 28.º da Lei n.º 7/92, de 12 de maio).

114 Supra, nota 65.

115 Em 28 de setembro de 2004, a Resolução do CM n.º 96/2004 nomeou o presidente da ANACOM. A Resolução do CM n.º 52/2006, de 11 de maio, aprovou a sua exoneração a pedido (para ocupar o lugar de Vice-Governador do Banco de Portugal, nomeado pelo Governo). A OPA da Sonaecom sobre a PT foi apresentada em Fevereiro de 2006, tendo sido aprovada pela AdC (sem a oposição, mas também sem a concordância da ANACOM), em dezembro de 2006.

116 Os conhecedores de cada sector facilmente dão conta de outras interferências governamentais nas decisões dos reguladores. Para a atuação do ICP-ANACOM, v. Fernandes Soares, 2007. Aí se relata, por exemplo (Fernandes Soares, 2007: 446-447), que o então presidente da ANACOM confessou ao *Expresso* (caderno de Economia, de 26 de Outubro de 2002) que “*havia sido o ministro da Economia que lhe dissera (...) para não sancionar os operadores prevaricadores*” (a Optimus e a Vodafone, que recusando proceder à interligação da Oniway às suas redes “*mesmo após cinco recomendações nesse sentido*”, conseguiram afastá-la do mercado).

Muito embora muito se tenha falado da “desautorização” da AdC quando, em Junho de 2006, o ministro da Economia decidiu dar provimento ao recurso extraordinário (artigo 34.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro) contra a decisão de proibição da aquisição da Auto-Estradas do Atlântico pela Brisa, *formalmente* não se tratou de nada disso. Sobre o ponto já escrevemos em 2010: 1041-1044, maxime nota 46.

um exemplo de independência¹¹⁸ ou transparência¹¹⁹. Ao que acresce, como referido, um factor adicional de problematização da legitimidade dessas entidades: a confluência nelas de todos os tradicionais poderes do Estado (normativo, executivo e adjudicativo¹²⁰), ainda para mais sem que os poderes despossuados – mormente o Parlamento – tenham intervenção na sua criação¹²¹, ou, sequer, na sua composição¹²².

A essa luz, pode entender-se que a avaliação dos procedimentos de nomeação dos corpos dirigentes das autoridades administrativas independentes

Mais preocupante, se bem que menos mediática, é a sujeição das entidades reguladoras aos interesses dos regulados como um todo (caso do Instituto de Seguros de Portugal), ou aos interesses de algum, ou alguns, desses regulados.

117 E, poder-se-ia dizer, não apenas destas: a insatisfação que levou à substituição da Alta Autoridade para a Comunicação Social pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social, e as queixas veiculadas quanto à sua sucessora, revelam que as deficiências estatutárias não são exclusivo das entidades administrativas independentes com funções de regulação especificamente económica.

118 Diga-se que a ideia de independência dos “reguladores” em relação ao Executivo também não está em alta nos EUA – pelo menos a avaliar pelas declarações do Presidente Barack Obama ao anunciar a nomeação de Julie Brill e Edith Ramirez para a *Federal Trade Commission*: “*These individuals bring a depth of experience to their respective roles, and I am confident they will serve my administration and the American people well*” (segundo um despacho da *Reuters* de 16 de Novembro de 2009, destaque aditado). De facto, referindo-se à *Federal Communications Commission*, Geradin, 2005: 236, já dizia que “*over the last couple of years, politicization has reached new heights.*”

119 A publicidade das suas reuniões, obrigatória nos EUA nos termos do *Government in the Sunshine Act*, de 1976, não ocorre a ninguém entre nós, passados trinta e cinco anos; e mau grado quase todas dispõem de plataformas virtuais de acesso, nominalmente postas ao serviço do cidadão (ou do cliente do sector regulado), os seus resultados são muito variáveis. No caso da substituição do Conselho da Concorrência pela Autoridade da Concorrência, perdeu-se até o acesso ao texto das decisões (que eram publicadas com o relatório daquele na II Série do *Diário da República* e em edição autónoma, e de que agora só se conhecem os comunicados de imprensa).

120 A criação de *independent agencies* levantou “*questões de legitimidade desde logo por entrosar num só corpo três poderes que os framers da Constituição queriam separados, e que tende a ser mimética e acriticamente transplantado para os reguladores nacionais.*” “*Em 1937, Roosevelt mandou elaborar um estudo sobre as [independent agencies] (o President’s Committee on Administrative Management que criou a tão famosa ideia-chave do Fourth Branch of the Government), tendo em vista a sua futura integração nos Departamentos governamentais.*” – Catarino, 2010: 104. Sobre a definição das “*independent agencies*” como “*fourth branch*” v. o voto do *Justice Jackson* no acórdão do *Supreme Court* de 26 de maio de 1952 no caso *FTC v. Ruberoid Co.*, acessível em <http://supreme.justia.com/us/343/470/case.html>.

121 Ao contrário do que era típico no berço destas entidades, consideradas como a “*longa manus*” do Congresso norte-americano, e criadas por este como trincheiras de resistência às orientações “políticas” do Executivo: cfr. Geradin, 2005: 226 e 230, e Salvador Martínez, 2002: 95 e 105-106. Sobre o esvaziamento da presença do poder judicial nas entidades administrativas independentes, cfr. supra, nota 113.

122 No Projeto de Lei-Quadro das Autoridades Administrativas Independentes (Moreira & Maças, 2003: 280-281), previa-se que a nomeação dos membros dos seus conselhos diretivos fosse “*precedida pela apresentação dos indigitados pelo ministro da tutela à comissão competente da Assembleia da República, acompanhada do seu currículo e de uma justificação da respectiva escolha.*”

concitassem o interesse dos representantes das instituições internacionais que negociaram o pacote de ajuda financeira a Portugal¹²³. O que, como se advertiu, não fica claro é *qual o benefício que um efetivo desligamento dessas entidades do Governo proporciona à recuperação da economia nacional*. Em França, por contraste, a primeira recomendação do *Office parlementaire d'évaluation de la législation*¹²⁴ – visando melhorar as condições de exercício dos poderes das Autoridades Administrativas Independentes – era a de reforçar a presença do Estado nessas entidades, generalizando a solução, já adotada¹²⁵, de *“Assurer la présence d'un commissaire du Gouvernement auprès des autorités de régulation et, de façon générale, des AAI dotées d'un pouvoir réglementaire.”*¹²⁶

Sendo esse caminho inverso do que seria indicado, *ceteris paribus*, numa hipotética negociação do poder político francês com a *troika*, a discussão que conviria ter é sobre qual o modelo que, presumivelmente, melhor serve os interesses nacionais – se o do reforço *transparente* dos poderes do *Estado-ele-próprio* na regulação independente, se o do maior afastamento do *Estado-ele-próprio* da regulação independente, sendo certo que os interesses de um pequeno país não coincidem necessariamente com os de um grande país. Em qualquer caso, é fácil concordar com Rodrik¹²⁷, *“the choice between democratic discretion at home and external restraint is not always a choice between good and bad policies.”*

123 Cfr. supra, notas 2, 105 e 116.

124 Relatório senatorial referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>.

125 Cfr. supra, nota 53. Segundo o relatório mencionado na nota anterior, havia comissários do Governo em sete dessas entidades: *“le Bureau central de tarification*, le Conseil de la concurrence, l'AMF [Autorité des Marchés Financiers], la CNIL [Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés], la CRE [Commission de Régulation de l'Énergie], la Commission de sécurité des consommateurs et la CNEC [Commission Nationale d'Équipement Commercial].”* (* Nota suprimida).

No Brasil existe nalgumas agências o chamado “ouvidor”, nomeado pelo Presidente da República para um mandato de dois anos, renovável uma vez, com acesso a todos os assuntos dessa autarquia.

126 Relatório senatorial referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-10.html>.

127 Rodrik, 2011, versão original (a tradução portuguesa, transcrita na nota 2, verte “*discretion*” em “critério”).

V. DER DURCHBRUCH: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

Como já em 2003 referiam Moreira & Maçãs¹²⁸, “*Na generalidade dos países europeus com sistemas administrativos próximos do nosso a emergência e desenvolvimento das AAI verificou-se sem apoio constitucional e até em contradição com a própria Constituição, na opinião de muitos autores.*” O já referido “*oxymore juridique*” – mas não apenas jurídico – era assim formulado no Relatório do Senado francês de 2006¹²⁹: “*les AAI portent-elles une contradiction fondamentale: la Constitution plaçant l’administration sous l’autorité du Gouvernement, comment une autorité administrative pourrait-elle en être indépendante ?*”

Na própria doutrina americana, a longa coexistência com as *independent regulatory agencies* (desde a *Interstate Commerce Commission*, de 1889¹³⁰) não desvaneceu as reservas contra o (que alguns designam como) “*quarto poder*”, nem as dúvidas sobre a sua conformidade constitucional¹³¹. Por outro lado, o núcleo duro dessa incompatibilidade não é sempre coincidente: nos EUA tem sido sublinhado que a “*causa próxima da criação de cada uma das agências consistiu sempre numa atitude de desconfiança do Congresso relativamente*

128 Moreira & Maçãs, 2003: 248. Cfr. também 41-48. Os autores seguiam a terminologia então vigente em França, desconsiderando duas subtilezas:

– que se utilizavam em França duas “*appellations juridiques différentes: les autorités indépendantes (Médiateur de la République, CSA [Conseil Supérieur de l’Audiovisuel], Défenseur des enfants), les autorités administratives indépendantes (CNIL [Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés], CNDP [Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité], HALDE [Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l’Égalité], ARCEP [Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes]...)*” – a que se juntou posteriormente uma terceira: “*autorités publiques indépendantes (AMF [Autorité des Marchés Financiers], ACAM [Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles], HAS [Haute Autorité de Santé], AFLD [Agence Française de Lutte contre le Dopage])*.” - Relatório do Senado referido na nota 50 (no trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>);

– que tais *autorités administratives indépendantes* não eram aí dotadas, em princípio, de personalidade jurídica autónoma: cfr. supra, nota 19. Como se explica no Relatório do Senado referido na nota 50 (no trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-11.html>), a primeira referência a uma Autoridade Administrativa Independente surgiu em Novembro de 1977, por iniciativa do Senado, na discussão do que viria a ser a “*loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*”, a propósito da *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés*, que “*l’Assemblée nationale proposait d’en faire un service du ministère de la justice.*”

129 Supra, nota 108.

130 Tendo embora sido criada em 1887, foi-o no âmbito de um Departamento governamental. A desconfiança em relação à política de transportes da Administração do Presidente Harrison, anteriormente advogado ao serviço de interesses das companhias de caminhos-de-ferro, levou o Congresso, nesse ano, a destacá-la do ministério do interior e a dar-lhe independência.

131 Vg, Catarino, 2010: 104-106; Rosanvallon, 2008: 132-133; Moreira & Maçãs, 2003: 19-20; Cardoso, 2002: 63-67.

ao Presidente.”¹³², ou seja, do Legislativo em relação ao Executivo – ao passo que, entre nós, a proliferação de “reguladores independentes” (maioritariamente em resultado de uma iniciativa governamental sufragada pela maioria parlamentar, se é que não mesmo por decisão exclusiva do Governo) tende a erodir o espaço de atuação do executivo – e, *et pour cause*, do Parlamento e do Presidente da República enquanto vigilantes deste¹³³ –, sem ganhos para o legislativo (e, ao contrário do que acontece na América, tende a contrair o espaço de atuação nacional, em benefício dos poderes internacionais). Já em 2001 Morais¹³⁴ advertia para a agressão ao princípio da separação de poderes implicada na possibilidade de que “*leis desprovidas de um largo consenso parlamentar possam expropriar, sem mais, a esfera material de competência do Governo, como órgão superior da Administração (art. 182.º da Constituição), em benefício de instituições imunes a um poder mínimo de “indivizço”, e potencialmente blindadas contra formas adequadas de responsabilização democrática.*”

Em França, um dos poderes desapossados foi o jurisdicional, na medida em que uma parte das suas entidades independentes surgiu vocacionada para o exercício sistemático de competências sancionatórias que só pontualmente eram efetivadas através dos tribunais¹³⁵. Em qualquer caso, o já referido relatório do Senado francês¹³⁶ incluiu nas suas recomendações “*Affirmer dans*

132 Cardoso, 2002: 42. Nos anos 80 do Século XX, a “engenharia social” imputada às agências norte-americanas e a interferência destas nas livres escolhas dos cidadãos alterou as raízes políticas da sua contestação.

133 A responsabilidade do Executivo perante ambos os órgãos está constitucionalmente prevista (artigos 190.º e ss. da Constituição). Uma das conclusões tiradas por Cardoso (2002: 558) é a de que “*a criação de autoridades administrativas independentes consubstancia um modo de o “bloco político maioria parlamentar/Governo” restringir ao Presidente da República o exercício da sua função de “polícia do Governo”, visto que o impede de chamar este órgão de soberania a responder politicamente pela actuação das autoridades administrativas independentes.*”

134 Morais, 2001: 112.

135 No já referido Relatório do Senado francês (supra, nota 12, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>), escreveu-se (AMF são as iniciais de *Autorité des Marchés Financiers*, HALDE significa *Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité*, e ARCEP remete para a *Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes*):

“Dans un entretien avec Mme Marie-Anne Frison-Roche, M. Renaud Chazal de Mauriac, premier président de la Cour d’appel de Paris, a considéré que ‘d’une part, la création de certaines AAI correspond à une défiance à l’égard du judiciaire. D’autre part, il peut y avoir une appréciation négative sur la capacité technique du judiciaire à intervenir dans certains secteurs. Si l’on prend l’AMF ou la HALDE, on constate des différences significatives. La HALDE est née d’un échec du judiciaire, tandis que l’AMF, comme l’ARCEP()’, sont liées au caractère très spécifique des matières traitées: il faut un dispositif extrajudiciaire pour traiter celles-ci ‘.”*

136 Citado na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-10.html>.

la Constitution, ou dans une loi organique complétant l'article 34 de la Constitution, la compétence du législateur pour fixer les règles concernant la création et l'organisation des autorités administratives et publiques indépendantes.”, e “Assurer la présence d'un commissaire du Gouvernement auprès des autorités dotées d'un pouvoir réglementaire.”

Entre nós, mesmo que, desde a 4ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro), tais entidades tenham indiscutível arrimo na Lei Fundamental (n.º 3 do artigo 267.º da CRP), Canotilho adverte que se mantém um défice de “*equilíbrio entre a legitimação democrática e o limite jurídico da política*”, desde logo porque tal “*equilíbrio pressupõe o respeito pela separação e interdependência dos órgãos de soberania, o que nem sempre acontece*”¹³⁷. E conclui: “*Em último termo, volta a colocar-se a questão de saber se o fundamento normativo de qualquer poder é, em si suficiente, para garantir a juridicidade material no exercício do político.*”¹³⁸

Morais¹³⁹ criticou tal solução por, entre o mais¹⁴⁰, se traduzir numa “*habilitação em branco*”, por não referenciar nem os “*domínios onde, em abstracto, a instituição dessas autoridades poderá ter um mínimo de justificação material*”, nem o “*fim que preside à actividade que desenvolvem*”. Também Moreira & Maçãs¹⁴¹ consideraram aquela previsão “*uma norma em branco*”, na medida em que “*nada adianta sobre os critérios que hão-de presidir à sua instituição, funções que podem desempenhar, limitações e grau de independência.*” No mesmo sentido, escreveram Miranda & Medeiros¹⁴² que o que o legislador da revisão constitucional de 1997 fez, ao introduzir o n.º 3 no artigo 267.º da CRP, foi

137 Canotilho 2009: 104, que continua: “*no bojo da constituição e das leis votadas pelos órgãos próprios, foram-se alojando entidades, actividades e parâmetros de regulação cuja bondade democrática não é visível a olho nu (entidades administrativas independentes, formas de exercício de actividades públicas por entidades privadas, adoção de esquemas regulativos ‘standards’, ‘boas práticas’, ‘regras técnicas’). Além deste desvio, há os de carácter – que reconduz à “neutralização” dos chamados “princípios republicanos vinculativos do exercício de poderes e funções públicas” – “corrupção”, “partidarização”, “mercantilização”, “captura pelos regulados”.*”

138 Canotilho, 2009: 103-104.

139 Morais, 2001. Cfr. especialmente o que escreve nas pp. 111-114 e 148-152.

140 Além dessa objeção “*político-legislativa*”, apontava duas outras: uma “*técnica*” (o emprego da expressão “*entidade*”, o que pressupõe “*um sujeito dotado de personalidade jurídica, natureza que não envolve a totalidade das autoridades independentes existentes*”) e outra “*competencial*” (por se não ter logrado a alegadamente visada “*reserva de competência parlamentar relativamente aos actos legislativos criadores destas autoridades.*”) – cfr. Morais, 2001: 111-114.

141 Moreira & Maçãs, 2003: 249.

142 Miranda & Medeiros, 2007: 586-587.

insuficiente, pois não fixou “*quaisquer critérios ou limites à criação e à actuação de tais entes. Remeteu assim para o legislador ordinário a tarefa delicada, que parcialmente lhe competia, de definir a este propósito o ponto de equilíbrio entre o princípio da imparcialidade e o princípio democrático.*”

De facto, a essas insuficiências, digamos, “*estatutárias*”¹⁴³, acrescem insuficiências, digamos, “*procedimentais*”, que se colocam, ou podem colocar, na atuação externa das entidades administrativas independentes – e para as quais já Catarino chamou demoradamente a atenção¹⁴⁴: compromissos assumidos diretamente por estas no âmbito da cooperação internacional, seja em termos de coordenação de intervenções (para evitar conflitos positivos ou negativos de competência), seja em termos de interferência com direitos constitu-

143 Tendo reentrado na agenda da discussão política com o projeto de revisão constitucional apresentado pelo PSD em setembro de 2010 (supra, nota 30), que caducou com a dissolução da Assembleia da República, a questão será naturalmente retomada no próximo processo de revisão constitucional.

144 Catarino, 2010: 181-182 (* Notas Suprimidas, parêntesis retos aditados):

“Estas normas de cooperação e assistência ou entreaajuda, quer se traduzam em meros “módulos procedimentais”; quer se traduzam em verdadeiras “normas comunitárias distributivas de competência administrativa”, têm limites que decorrem do “pecado original” da natureza jurídica da autoridade que os celebra:

a) na sua “imperatividade”, atenta a inexistência de personalidade ou capacidade jurídica internacional do regulador para vincular o Estado português (art. 8.º da Constituição);*
b) na sua “normatividade”, pois estes acordos administrativos não são objecto do especial regime de Direito Internacional Público, vg. da Convenção de Viena sobre os Tratados e responsabilidade internacional nem podem buscar a sua legitimidade a uma norma programática (como a vertida no art. 2.º do Tratado da União e art. 3.º, n.º 3 CRP);*
c) na sua “coercibilidade”, a consideração dos acordos como essencialmente técnicos e não jurídicos não afasta o problema da licitude ou ilicitude do seu incumprimento (arts. 112.º, n.º 8 e 119.º, n.º 1, b) da CRP);*
d) na sua admissibilidade constitucional: (i) pelo facto de estes acordos não serem assinados pelo Executivo e ratificados pela Assembleia (cfr. art. 8.º, n.ºs 2 a 4 da CRP); (ii) quando respeitarem a matéria de direitos, liberdades e garantias, como o regime contra-ordenacional em que muitas das investigações se inserirão, existir reserva relativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, b) a d) e p) da CRP); (iii) por decorrerem de uma “delegação de competências administrativas internacionais” directamente nas autoridades reguladoras (arts. 197.º, n.º 1, b) e c) e 199.º da CRP, art. 35.º, n.º 1 do CPA, n.º 4 do art. 144.º). Se um regulador não cumpre uma recomendação emanada de um Grupo internacional de que faz parte, ou se não cumpre as obrigações decorrentes de um MoU [Memorandum of Understanding] que assinou com uma entidade pública ou privada estrangeira, para além dos efeitos previstos na lei civil (arts. 405.º e 798.º e ss Código Civil) podem a(s) contraparte(s) retaliar pela adoção de medidas “moles”, como a recusa recíproca de cumprimento (que coloca em causa os objectivos de todo o Grupo) ou a pública indicação do incumprimento (fenómeno do naming and shaming que, por exemplo, no âmbito GAFI [Grupo (intergovernamental) de Ação Financeira contra o Branqueamento de Capitais] se repercute na criação e divulgação de uma “lista negra” que contém a indicação dos “Estados não cooperantes”).”

cionais, colocam, no diagnóstico daquele A., problemas de “imperatividade”, “normatividade”, “coercibilidade” e “constitucionalidade”¹⁴⁵.

E, o que é mais, revelam um *Leitmotiv* para o empenho internacional no *Federalismo Regulatório*. Ainda nas palavras de Catarino¹⁴⁶: “*A soft law corresponde um soft power que aproveita aos agentes mais fortes.*”

Rodrik¹⁴⁷ concretiza esse enviesamento a favor dos atores mais poderosos (“*os requisitos da adequação de capital criados pelo Comité de Basileia reflectem tremendamente a influência dos grandes bancos.*”; “*As normas internacionais sobre patentes e direitos de autor traduzem a capacidade das empresas farmacêuticas e de Hollywood – para referir apenas dois exemplos – de conseguirem o que querem.*”) e revela o pano de fundo da tendência internacional para transferir para entidades independentes, ligadas em rede, a regulação dos mercados: permitir que as suas regras sejam geradas à escala mais adequada às maiores empresas, ou seja, aos maiores interesses.

Não se trata de mais do que uma atualização do que já referira Stigler no seu clássico artigo¹⁴⁸: “*as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit*”.

Como Rodrik conclui¹⁴⁹: “*Quero realmente tornar o mundo seguro para os políticos democráticos. E, honestamente, interrogo-me sobre aqueles que não querem.*”

V. CONCLUSÕES

1. *A arquitetura regulatória do Estado é uma questão de Poder*¹⁵⁰ – e, portanto, eminentemente política: na sua configuração, na sua legitimidade e na sua eficiência.

145 Cfr. nota anterior. O A. acrescenta (Catarino, 2010: 182, nota 369):

“Também nada se prevê para o caso de incumprimento das obrigações de cooperação decorrentes para os signatários do estabelecido nos acordos de cooperação - é possível exigí-las judicialmente, vg. no âmbito das obrigações assumidas no quadro da União? Em caso negativo, é possível obter uma indemnização por incumprimento pelo Estado português de obrigações internacionalmente assumidas pela CMVM (vg. junto do TJCE)? Ou utilizar as “contra-medidas” duras usualmente utilizadas em Direito Internacional Público, seja retorsão, represálias, direito de indemnização?”

146 Catarino, 2010: 182.

147 Rodrik, 2011.

148 Stigler, 1971: 3. Está reproduzido, por exemplo, em Ekelund, Jr., 1998: 81-120.

149 Rodrik, 2011.

150 É por isso que Nicolas Jabko fala de “*bring the state back in*” – o que, como referido por Catarino, 2010: 185, nota 378, que o cita, “*pretende salientar a necessidade de voltar a trazer a política para dentro do Estado regulador e da sua compreensão no pressuposto de que o estado regulador é um fenómeno de*

2. Não surpreende, portanto, que essa arquitetura regulatória difira de Estado para Estado, não obstante a *reação pavloviana*¹⁵¹ dos legisladores (e os interesses envolvidos) na difusão transfronteiriça de esquemas institucionais que proporcionem imunidades à defesa dos interesses nacionais no domínio económico.

3. A opção pela *regulação independente* de um sector económico – ie, pela criação de um centro de poder, sobre a atividade desse sector, diferente do que tem o seu vértice no Governo¹⁵² – pode ter vários álbis (técnicos, económicos, políticos), mas recupera a velha ideia liberal da *desintervenção política na economia* (o argumento da transferência dos poderes de intervenção públicos para entidades independentes reconduz-se ao apagamento do *político* face ao *económico*) e corresponde, em termos de distribuição do Poder, a uma *opção descentralizadora no plano interno* e a uma *opção centralizadora no plano externo*¹⁵³ (alimentada sistematicamente pelas instituições internacionais).

4. Essa opção descentralizadora interna tem consequências *diretas e indiretas*: diretas, na *diminuição de poderes do centro de direção política interna democraticamente legitimado* (o Governo) *em relação aos sectores transferidos para a órbita da regulação independente*¹⁵⁴; indiretas, através da (maior ou menor) sonegação das receitas que, sendo geradas pela intervenção administrativa nos sectores mais progressivos (ou mais concentrados) das economias (telecomunicações, energia, banca, seguros, comunicação social, fármacos, transportes,...), podiam reverter para o financiamento das restantes atividades da administração direta ou indireta do Estado – ou seja, *pela redução da capaci-*

poder e não de mero desenvolvimento de eficiência económica.” No mesmo sentido, escrevia Silva (2008: 285): “Porque o primado da Economia cria, ou pelo menos não resolve, problemas graves como a exclusão ou a desordem urbana, impõe-se devolver o protagonismo da acção pública à política”.

151 Cfr. supra, nota 18. O “*herding behavior*” referido na nota 100 também explicaria – até com vantagens, tendo em atenção as especificidades nacionais – a “clonagem regulatória”, internacionalmente detetável.

152 A expressão “*regulação independente*”, aqui usada por comodidade (na sequência da expressão “*arquitectura regulatória*”, que pretende recobrir a distribuição de poderes do Estado), é, a nosso aviso, pleonástica: como concluímos em 2009: 94, “*mesmo que a actividade de “regulação” fosse, num primeiro momento, apenas funcionalmente determinada (...) a sua existência conceptual só é útil se estiver ligada a um particular sujeito: um ente autónomo – i.e., desinserido, por um lado, da pirâmide administrativa cujo vértice é o Governo*, e, por outro, da auto-administração dos interesses envolvidos*”. Cfr. supra, nota 7.

153 Cfr. supra, nota 49.

154 Não apenas na perda do controlo sobre as competências exercidas pela entidade administrativa independente, mas até em outras com elas relacionadas, se perder *expertise* e informação direta sobre a área, como é normal que perca se não houver duplicação de estruturas, dentro e fora do *Estado-ele-próprio*. Cfr. supra, nota 87, e o texto correspondente.

dade financeira desse órgão de direção política nacional para intervir em outros sectores.

5. A descentralização dos poderes governamentais torna mais difícil o cumprimento das missões que o Governo, em cada momento, se propõe – mais que não seja por diminuir o leque de instrumentos à sua disposição¹⁵⁵, os meios financeiros à sua disposição¹⁵⁶, e, mesmo (o que a recente crise financeira internacional evidenciou), os mecanismos de responsabilização pelas falhas de regulação “independente”¹⁵⁷. Um dos objetivos – e, mesmo que não explicitamente, um dos argumentos – da agenda regulatória é, aliás, a prevenção, ou limitação, dessa intervenção estadual. A medida do Estado-Regulador é a medida de um Governo não-interventor.

6. Essa *neutralização* do Governo inscreve-se na “*economização da política*”, na “*despolitização do Estado*”, na “*sua redução a uma aparelhagem técnica, instrumental em face da sociedade*”, como já escrevia em 1969 Rogério Soares¹⁵⁸. *With a vengeance*: com a interpenetração das esferas interna e externa, o “*anarquismo de grupos*” que ele via a estabelecer o “*equilíbrio*” ou a “*composição de*

155 A mais do exemplo das políticas potencialmente contraditórias adotadas pelas autoridades monetárias e orçamentais, não poucas vezes os serviços da administração direta ou indireta do Estado atuam de modo a defender o que se entende ser o interesse nacional – tal como definido pelo membro do Governo com a sua tutela. Os pequenos episódios ilustram sempre a grande História: por entre protestos de ser vítima de uma “*justiça governamental*”, o selecionador nacional de futebol foi afastado das suas funções, com fundamento na suspensão por seis meses aplicada, em 30 de agosto de 2010, pela Autoridade Antidopagem de Portugal (AdoP, I.P.), que avocou o processo que previamente lhe fora instaurado pela Federação Portuguesa de Futebol e de que resultara, em 19 de agosto, uma suspensão por um mês – mas com absolvição do ilícito disciplinar de obstrução à realização dos controlos *antidoping* a jogadores da seleção. A decisão condenatória da AdoP veio depois a ser revogada pelo Tribunal Arbitral do Desporto, sediado em Lausana, mas, na altura, serviu a vontade do Governo – e da opinião pública – de substituir o treinador. Tendo em conta que os factos remontavam a 16 de maio, pode admitir-se, se não um diferente desfecho, pelo menos um diferente calendário no processo e na decisão, se a AdoP fosse imune a tais pressões, como em França se tentou que fosse (cfr. supra, notas 19 e 128). E pode igualmente admitir-se que, sem alterações no comando da seleção, esta não se qualificaria para o Europeu de 2012 – seja qual for o interesse nacional envolvido nisso.

156 Quanto mais um sector económico gere ganhos significativos, mais razões depõem a favor da sua transferência da esfera da concorrência para a da regulação: lucros exagerados duradouros são um índice de insuficiências do mercado. Ora, na medida em que as receitas geradas pela intervenção administrativa nesses sectores regulados sejam consignadas – no todo, ou em parte significativa – a entidades administrativas independentes, mais se diminuem as fontes de receita disponíveis para custear as restantes funções do Estado.

157 Confraria, 2005: 141, já tinha notado que “*nas áreas onde existe regulação independente se verificou, regra geral, uma desvalorização ou eliminação de outras entidades que na administração pública pudessem acumular conhecimento e capacidade de análise sobre os assuntos.*”

158 Soares, 2008: 106-107.

interesses” transfere-se para os maiores palcos, marginalizando os grupos das sociedades periféricas.

7. Qualquer que seja o álibi para a opção pela *regulação económica*, ao incentivar a troca de lealdade interna por uma lealdade externa (ao substituir a cultura *política* simbólica do interesse nacional pela cultura *in-política* igualmente simbólica¹⁵⁹ das *best practices*, definidas em função de interesses alheios aos – ou, pelo menos, desfasados dos – internos¹⁶⁰), tal opção opera uma efetiva transferência de poderes dos Estados para um plano a-estadual, mesmo que não supraestadual.

8. No discurso corrente, em vez de se formular tal opção como um *paradoxo de poder* (descentralizar para dentro e centralizar para fora¹⁶¹), a opção pela regulação faz-se corresponder a uma (alegada, mas já muito desacreditada) *preferência pela eficiência*¹⁶² – normalmente silenciando que tal opção se faz em detrimento da legitimidade democrática.

9. Porém, como ainda agora alertou Rodrik¹⁶³, “*a criação de regras raramente tem que ver só com eficiência; ela pode implicar contrabalançar objetivos sociais concorrentes – estabilidade versus inovação, por exemplo – ou fazer escolhas de distribuição.*”

10. O problema, como Rodrik¹⁶⁴ também nota, é que “*quanto menor for a transparência, a representatividade e a responsabilidade de um sistema político,*

159 Naturalmente, em ambos os casos é possível que esse discurso ostensivo sirva de disfarce de interesses inconfessados, e que as decisões que o invocam sirvam interesses ocultos muito particulares. Por isso se acentuou o lado ostensivo do móbil legitimador invocado.

160 Basta pensar nas opções de política monetária a cargo do BCE e do Sistema Europeu de Bancos Centrais: não custa admitir que, no seu seio, o Banco de Portugal tenha defendido (ou, pelo menos, aceite) medidas contra cíclicas para a economia nacional.

Do mesmo modo, em *países pequenos*, os obstáculos ao ganho de quota de mercado via operações de concentração (por vezes em direta oposição aos incentivos de política industrial para o efeito) podem servir para evitar o desenvolvimento de *challengers* internacionais (como foi o caso da inviabilização, em finais de 2004, da aquisição pela EDP de 51% da GDP-Gás de Portugal, detida pela Galp).

161 Gonçalves, 2006: 551, dá como exemplo “*no sector das comunicações electrónicas, [o] poder de veto que a Comissão detém sobre medidas adoptadas pelas autoridades nacionais.*”, concluindo que “*a Comissão encontra-se investida de uma maior capacidade administrativa de influenciar a regulação da ANACOM do que o Governo português!*”

162 Como referia Peltzman, 1993: 824, graças ao contributo fundamental de Stigler, 1971, “*Arguments that regulation enhances efficiency now must show what is “in it” for the political actors when they move in that direction.*” Como aí também refere, “*economists now understand that regulation and tariffs share a common political susceptibility to the influence of organized interests.*”

163 Rodrik, 2011.

164 Rodrik, 2011.

mais provável é que sejam os interesses especiais a controlar as regras". Ora, por mais desacreditadas que estejam as democracias, elas "*continuam a ser a nossa melhor salvaguarda contra regras arbitrárias.*"¹⁶⁵

11. O Estado-Regulador é, na medida em que o Governo se desresponsabilize pelo (efetivo) *outsourcing* da regulação, uma mera substituição de uma imagem do poder por outra (as entidades de si "*independentes*" são ainda Estado¹⁶⁶ – se bem que *outro Estado*: mais opaco, menos escrutinado, menos transparente, mais permeável aos fenómenos de captura pelos interesses regulados¹⁶⁷, e, ou, reduzido à irrelevância de mero transpositor de opções tomadas em outra sede) – e, na medida em que não se alheie desse efetivo *outsourcing*, uma mera redundância (se as atividades "regulatórias" continuarem a ser determinadas pela *longa manus* do Governo, a criação dessas entidades é uma mera cortina de fumo para fazer valer os mesmos valores e os mesmos critérios decisórios). A opção é, portanto, como na clássica explicação dos truques de magia, entre *Mirrors* e *Smoke*.

12. Se a preferência política interna é (tem sido) pelo *fumo*¹⁶⁸, a preferência externa é pelos *espelhos* (como se percebe da lógica da integração europeia¹⁶⁹, e se viu pelo Memorando assinado com a *troika*¹⁷⁰ – naturalmente porque

165 Como já em 1969 avisava Rogério Soares (2008: 109), a "*substituição da engrenagem política por uma auto-organização económica*" era a meta final de Georges Sorel.

166 E nem poderiam cumprir as suas funções se não comungassem dos poderes do Estado, mas é facto que (até porque o Estado é a expressão política da sociedade e os reguladores se querem apolíticos) há tendência para ver a regulação independente como pública, mas "*não estadual*". Neste sentido, Pinto, 2005: 161-162.

167 Pinto, 2005: 188 (* nota suprimida), dá uma síntese adequada:

o que se passa de facto é a transferência de poderes públicos do Estado para outras entidades que, no seu exercício, dão menos garantias, são menos independentes e conhecem limites mais ténues que o próprio Estado. São uma imitação do Estado, sujeita a um conjunto de normas de criação autista e com margens de discricionariedade e opacidade eventualmente superiores às instituições e organismos especializados, integrados na Administração Pública. As imitações são sempre piores que os modelos imitados.*

168 Por boas e más razões: se para alguns políticos o que está em causa é manter capacidade de intervenção para defender os interesses nacionais, o sonho de outros políticos – que, aliás, vários têm conseguido concretizar – parece ser transitarem para o conforto discreto e bem remunerado da direção de uma entidade administrativa independente. E, como se nota no Relatório referido na nota 50 (trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>) não se trata de uma especificidade nacional: "*Dans de nombreux pays continentaux (...) les nominations, sans être nécessairement franchement «partisanes», se portent sur des personnalités politiques, anciens ministres ou parlementaires.*"

169 Silva, 2008: 207, cita uma observação certa de Martin Shapiro (em 1996): "*Para aqueles que querem que a União Europeia cresça, não parece plausível no momento que a Comissão cresça. E se não se consegue fazer a Comissão crescer, distribuem-se agências europeias por toda a União e vemos se a fazem crescer.*"

170 Supra, nota 2.

quanto maior for a lealdade dos reguladores aos decisores políticos internos, ou mais sensíveis forem os reguladores aos interesses nacionais, menor será a conformação à cultura do sector, sendo que esta acaba sempre por ser determinada pelos maiores interesses em presença¹⁷¹). Certamente pelas mesmas razões, tal preferência externa não é aplicada à arquitetura institucional da União Europeia, onde a criação de entes especializados e independentes *no âmbito dos poderes conferidos pelos Tratados* tem sido minimizada.

BIBLIOGRAFIA

CADETE, Maia

2005 *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, Cascais: Principia.

CALVETE, Victor

2009 “As semelhanças e as diferenças: regulação, concorrência e *all that jazz*”, *JULGAR*, n.º 9, pp. 73-95.

2010 “O Controlo Jurisdicional da Actividade da Autoridade da Concorrência”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. II, *Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, pp. 1025-1068.

CONFRARIA, João

2005 *Regulação e Concorrência – Desafios do Século XXI*, Lisboa: Universidade Católica Ed.

2010 “Falhas do Estado e Regulação Independente”, *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, pp. 33-52.

CANOTILHO, Gomes

2009 “O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, pp. 99-108.

CARDOSO, Lucas

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARREIRA, Medina (e Ricardo Costa)

2007 *O Dever da Verdade*, Lisboa: Dom Quixote.

171 Até pelo fenómeno do *forum-shifting*, descrito entre nós por Catarino, 2010: 42-45, onde o processo negocial não conduza aos resultados pretendidos pelos interesses dominantes, congela-se ou abandona-se o processo nesse *forum* e reabre-se em outro, até à obtenção desses resultados.

CATARINO, Luís

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Coimbra: Almedina.

CROLY, Herbert

1911 *The Promise of American Life*, New York: Macmillan.

EKELUND JR., Robert (ed.)

1998 *The Foundations of Regulatory Economics - Vol. II - Modern Approaches to Regulatory Economics*, Cheltenham: Edward Elgar.

FERREIRA, Eduardo Paz

2001 *Direito da Economia*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

2010 “Em torno da Regulação Económica em Tempos de Mudança”, *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, pp. 31-54.

FERREIRA, Eduardo Paz & MORAIS, Luís Silva

2009 “A Regulação Sectorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

FERNANDES, Soares

2007 *Teorias Económicas da Regulação – Grupos de Interesse, Procura de Renda e Apri-
sionamento*, Lisboa: Instituto Piaget.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne

2006 “Lignes Directrices du Bilan des Autorités Administratives Indépendantes”, in *Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes, par M. Patrice Gélard, Sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, Tome II: Annexes*, pp. 9-167.

GARCIA, Maria da Glória

2001 “As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões Sobre o Lugar do Direito no Estado”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, BFD – Studia Iuridica 60, Coimbra: Coimbra Editora.

GERADIN, Damien

2005 “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”, *Regulation through Agencies in the UE – A New Paradigm of European Governance*, ed. by Damien Geradin, Rodolphe Munõz & Nicolas Petit, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 215-245.

GONÇALVES, Pedro

2006 “Direito Administrativo da Regulação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 535-573.

GORDON, J. Steel

2005 *An Empire of Wealth – The Epic History of American Economic Power*, New York: Harper Perennial.

GOUVEIA, Rodrigo (com a colaboração de Raquel Santos e Patrícia Gomes)

2001 *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora.

GROS, Daniel

2011 “Privatisation is no salvation”, disponível em <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/6670>.

LEITE, Nogueira

2004 “Lição Inaugural do I Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública”, *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 493-515.

MAÇÃS, Fernanda

2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, pp. 21-49.

MARQUES, Rui (com Pedro Simões, João Simão Pires, João Almeida e Tiago Neves)

2011 *A Regulação dos Serviços de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais – Uma perspectiva internacional*, Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) – Centro de Sistemas Urbanos e Regionais (CESUR).

MARTINS, Alda

2009 “A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, *JULGAR*, n.º 7, pp. 163-184.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui

2007 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

MORAIS, Blanco de

2001 “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, n.º 1, pp. 101-154.

MOREIRA, Vital

1997 *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra.

2004 “Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral”, *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 547-563.

2004 *Estudos de Regulação Pública – I (org.)*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.

NAZARÉ, Luís

2004 “Lição Inaugural do II Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública”, *Estudos de Regulação Pública - I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 517-545.

OTERO, Paulo

2001 *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Cascais: Principia.

2001a “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, BFD – Studia Iuridica 60, Coimbra: Coimbra Editora.

PELTZMAN, Sam

1993 “George Stigler’s Contribution to the Economic Analysis of Regulation”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 101, n.º 5, pp. 818-832.

PINTO, Vera-Cruz

2005 “A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do Século XXI”, *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina.

PONTIER, Jean-Marie

2006 “Étude de Droit Comparé sur les Autorités Administratives Indépendantes”, in *Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes, par M. Patrice Gélard, Sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, Tome II: Annexes*, pp. 171-449.

RODRIK, Dani

2011 “Economistas e Democracia”, *Público* de 22 de maio de 2011, tradução de “*Economists and Democracy*”, publicado online em 11 de maio de 2011 (<http://www.project-syndicate.org/commentary/rodrik56/English>).

ROSANVALLON, Pierre

2000 *La démocratie inachevée – Histoire de la souveraineté du peuple en France*, s/l., Gallimard.

2006 *La contre-démocratie – La politique à l’âge de la défiance*, Paris: Seuil.

2008 *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris: Seuil.

SALVADOR MARTINEZ, María

2002 *Autoridades Independientes*, Barcelona: Ariel Derecho.

- SANCHES, Saldanha
 2008 *Direito económico – Um Projecto de Reconstrução*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SERENS, Nogueira
 2007 *A Monopolização da Concorrência e (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra: Almedina.
- SCOTT, Colin
 2005 “Agencies for European Regulatory Governance: A Regimes Approach”, *Regulation through Agencies in the UE – A New Paradigm of European Governance*, ed. by Damien Geradin, Rodolphe Munõz & Nicolas Petit, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 67-87.
- SILVA, Nuno Calvão da
 2008 *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.
 2009 “Regulação das Águas e dos Resíduos em Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXV, pp. 565-620.
- SOARES, Rogério
 2008 *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra: Tenacitas (a 1.^a edição é de 1969).
- STIGLER, George
 1971 “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, n.º 1, pp. 3-21.
- STOBER, Rolf
 2008 *Direito Administrativo Económico Geral – Fundamentos e Princípios – Direito Constitucional Económico*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora.
- THATCHER, Mark
 2005 “Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Regulation through Agencies in the UE – A New Paradigm of European Governance*, ed. by Damien Geradin, Rodolphe Munõz & Nicolas Petit, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 47-66.
- TORRES, M. D. F.
 2004 *Estado, Democracia e Administração Pública no Brasil*, Rio de Janeiro: FGV.
- VASCONCELOS, Jorge
 2006 “O Estado Regulador: Principais características e perspectivas de evolução”, *Anos-Luz – A regulação da energia em Portugal*, Lisboa: Entrelinhas, pp. 67-89.
- VISCUSI, Kip, VERNON, John & HARRINGTON, Joseph
 2000 *Economics of Regulation and Antitrust*, 3.^a ed., Cambridge: The MIT Press.