

UMA ANÁLISE ECONÓMICA DA LEI-QUADRO DAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES¹

João Confraria²

ABSTRACT: This paper discusses Law 67/2013, a Framework Law for independent regulatory authorities. The need for independent regulation is discussed from the point of view of both the public interest and the private interest theories of regulation. It is argued that independent regulation is a response to state failures associated with representative government. Concepts of regulatory failure are discussed and it is suggested that the new legal framework lacks a clear hierarchy of regulatory objectives that may be the source of substantial difficulties identifying regulatory failures. Lack of clearly defined objectives may also increase government discretion when evaluating the need for the creation of independent regulatory objectives or when evaluating plans and budgets submitted by the independent regulatory authorities.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Poderes e objetivos. 3. A necessidade de regulação independente do Governo numa perspetiva de interesse público. 4. A regulação independente como resposta a falhas do Estado. 5. Falhas da regulação independente. 6. A Lei-quadro e os equilíbrios políticos. 7. Comentários finais.

1. INTRODUÇÃO

O exercício da atividade reguladora através de entidades com autonomia de decisão em relação ao Governo é talvez uma das inovações mais marcantes na administração pública portuguesa desde a adesão às Comunidades Económicas Europeias, em 1986. Essa autonomia envolve em primeiro lugar a existência de competências próprias de decisão, independentes do Governo, sendo o direito de recurso das decisões tomadas exercido através dos tribunais. Para

1 Este trabalho beneficiou de discussão com colegas do ICP-Anacom, designadamente com a Dra. Isabel Areia, a quem agradeço esclarecimentos jurídicos sobre alguns aspetos da Lei n.º 67/2013 e com o Prof. Helder Vasconcelos a quem agradeço também, assim como ao Dr. Carlos Costa, comentários a versões anteriores deste trabalho. No entanto, as opiniões aqui expressas, tal como eventuais erros ou omissões, são da exclusiva responsabilidade do autor.

2 Universidade Católica Portuguesa. Autoridade Nacional de Comunicações.

garantir o exercício adequado dessa autonomia de decisão, é necessária, naturalmente, a autonomia financeira e administrativa dessas entidades. A inamovibilidade dos cargos dirigentes, designadamente do Conselho de Administração, é um requisito complementar para o mesmo fim. Ao mesmo tempo, têm-se procurado estabelecer requisitos formais que reforcem a independência de atuação em relação às empresas reguladas, habitualmente relacionados com limitações aos cargos que podem ser exercidos nessas empresas pelos membros do Conselho de Administração das entidades reguladoras, por um período antes e depois da sua nomeação.

Tem sido utilizada a designação de autoridades reguladoras independentes para as entidades administrativas que reúnem todas estas condições – seja a essencial, de ter competências próprias de decisão em determinados assuntos e a autonomia financeira e administrativa para as exercer, sejam aquelas que podemos considerar complementares, embora estes requisitos não sejam sempre definidos do mesmo modo. Entidades com autonomia de decisão, mas sem esses requisitos complementares não têm sido consideradas como autoridades reguladoras independentes.

As autoridades reguladoras independentes exercem o poder regulador do Estado de forma independente do poder executivo e, em boa medida, dos processos democráticos de decisão habituais. Assim, na sua criação devem ser definidos com rigor os poderes que lhes são atribuídos, assim como devem ser claros os motivos que levam a que se considere necessário o exercício desses poderes por entidade independente. Ao mesmo tempo, devem ser estabelecidas as suas regras de funcionamento, para que a sua atividade corresponda aos fins para que foram criadas.

A Lei-quadro, em anexo à Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto, insere-se neste contexto. Define um quadro geral para a constituição e funcionamento de autoridades reguladoras independentes. Não é uma lei dirigida ao conjunto da atividade reguladora do Estado e, assim, não tem como objeto definir as condições que a justificam. Na Lei-quadro procura-se somente estabelecer as circunstâncias em que se justifica o exercício do poder regulador através de autoridades independentes assim como as regras mais adequadas ao seu funcionamento.

Neste trabalho, seguimos esta sequência de temas. Começamos por analisar na secção 2 os poderes e os objetivos da regulação independente e o modo como eles são consagrados na Lei-quadro. Nas secções 3 e 4, analisam-se os fundamentos da regulação independente, seguindo duas abordagens alternativas,

a teoria do interesse público e as teorias baseadas na análise da influência dos interesses privados na política e na regulação. Discute-se depois em que medida esses fundamentos são acolhidos pela Lei-quadro, através de disposições adequadas ao funcionamento das autoridades.

De acordo com esta análise um dos motivos que devem ser considerados para a regulação independente do Governo é a correção de falhas do Governo. Sendo assim, importa também considerar a possibilidade de falhas na regulação independente, e o modo como nesta mesma Lei-quadro se procuram evitar pelo menos algumas das falhas teoricamente previsíveis. Estes problemas são analisados na secção 5. Conclui-se discutindo a possibilidade de se analisar a criação desta Lei-quadro como parte dos equilíbrios políticos que na sociedade portuguesa se têm formado sobre a regulação independente.

2. PODERES E OBJETIVOS

Os poderes das autoridades reguladoras independentes são objeto dos artigos 3.º e 40.º da Lei-quadro, anexa à Lei n.º 67/2013. Entre os requisitos das autoridades reguladoras independentes conta-se a detenção de poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatório, de acordo com o estabelecido no art.º 3.º, n.º 2, e). Concretizando, na definição de poderes, a que se refere o art.º 40, no n.º 1 são atribuídas às autoridades reguladoras poderes de regulação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações, no n.º 2 de regulamentação, no n.º 3 de inspeção e auditoria, de fiscalização e sancionatório e no n.º 4 admite-se que lhes possam ser atribuídos poderes de mediação.

Esta definição é bastante alargada, atribuindo-se à atividade reguladora independente poderes que vão da definição de regras, à supervisão e fiscalização do seu cumprimento e à sanção de eventuais incumprimentos. No entanto é fonte de algumas dúvidas. Desde logo, no que diz respeito à definição dos poderes de regulação e de regulamentação. À primeira vista parece contribuir para esclarecer uma questão antiga, a de caracterizar o poder de regulamentação. Foi notado que a expressão regulamentação é muitas vezes usada com sentidos muito diferentes – seja no sentido do poder de fazer regulamentos, seja no sentido de participação no processo legislativo, por exemplo através de assessoria ao Governo na elaboração de propostas legislativas³. O art.º 40.º, n.º 2 da Lei-quadro parece considerar qualquer uma destas atividades no

³ Confraria, 2011.

âmbito do poder regulamentar, pois inclui no exercício dos poderes de regulamentação elaborar e aprovar regulamentos, assim como a pronúncia, a pedido do Governo ou da Assembleia, sobre iniciativas legislativas ou a formulação de sugestões com vista à reformulação do quadro legal e regulatório. Não é evidente que esta seja uma opção muito clarificadora. Juntam-se num mesmo conceito duas áreas a que correspondem capacidades de intervenção bem diferentes. Uma, a aprovação de regulamentos, que implica a tomada de decisões com competências e responsabilidades próprias em áreas que regra geral são muito técnicas⁴ e outra que corresponde a uma contribuição para o processo legislativo da responsabilidade final do Governo ou da Assembleia da República e que pode envolver orientação política do Governo.

Em segundo lugar não é evidente o que seja o poder regulador. No art.º 40.º, n.º 1 são descritas de forma agregada as competências inerentes aos poderes de regulação, de supervisão e sancionatórios. Por exclusão das competências de carácter sancionatório ou fiscalizador nele enumeradas, o poder de regulação incluiria estabelecer preços e regras de acesso à atividade económica regulada, assegurar, nas atividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório às mesmas por parte dos vários operadores, garantir obrigações de serviço público ou de serviço universal, ou emitir ordens e instruções, conceder autorizações e aprovações ou homologações nos casos legalmente previstos. Ora, em muitos casos o poder regulador assim caracterizado pode confundir-se com o poder de regulamentação, pois pode ou deve ser exercido através de regulamentos apropriados. Em qualquer caso trata-se de impor restrições a comportamentos de empresas. Neste sentido, poder de regulamentação e poder de regulação acabam por ser semelhantes.

No entanto, no art.º 48 *e*) parece ser adotada uma noção mais abrangente de atividade de regulação quando se estabelece a obrigação de informar sobre a “atividade regulatória e sancionatória”. Podemos admitir neste caso que as atividades de supervisão e de fiscalização estejam incluídas na reguladora, embora não seja evidente que isso aconteça com a atividade regulamentar que seria objeto de referência autónoma na alínea *a*) do mesmo artigo.

Talvez fosse mais claro, e mais compatível com a própria definição de autoridade “reguladora”, caracterizar o poder regulador de forma geral, constituído por poderes de regulamentação, de supervisão, fiscalização e sancionatório.

4 Regras técnicas em sentido lato, no sentido de regras de atuação estabelecidas com base em conhecimentos técnicos, que podem ser de natureza económica, contabilística, tecnológica, jurídica ou outra.

Questão diferente é saber se todos estes poderes devem ser exercidos pela mesma autoridade. Por exemplo, se por qualquer motivo se entender útil criar uma entidade administrativa com poderes regulamentares e de supervisão, mas sem poderes sancionatórios, parece razoável admitir que fica também sujeita a esta Lei-quadro. Se assim não fosse, tratar-se-ia de uma opção que bastante restritiva na escolha das instituições mais adequadas ao exercício de funções de Estado, tanto mais que, por vezes, pode haver vantagens em que estes poderes agora considerados por atacado atributos da regulação independente não sejam exercidos por uma única entidade.

Algumas destas ambiguidades presentes na definição dos poderes das autoridades independentes também estão presentes na definição dos seus objetivos. Desde logo, no art.º 3 n.º 1 refere-se que as autoridades reguladoras têm atribuições em matéria de regulação da atividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência. De novo, a redação não parece ser muito feliz. Em princípio a regulação da atividade económica inclui e muitas vezes fundamenta-se precisamente na defesa da concorrência, de direitos dos consumidores e de serviços de interesse geral.

Por outro lado, ainda no mesmo artigo 3.º, na alínea *f*) do n.º 2, assim como no n.º 3 do art.º 6.º, é estabelecido que é requisito das autoridades reguladoras garantir os direitos e interesses dos consumidores. A defesa dos direitos dos consumidores tem sido concretizada através de legislação que pode existir independentemente das autoridades reguladoras aqui em causa. Agora como no futuro, na base dessa legislação podemos encontrar ideias muito diferentes sobre os direitos dos consumidores, que tanto podem estar assentes nos conceitos tradicionais de soberania do consumidor como noutras ideias, por exemplo, de paternalismo do Estado. Nesta matéria permanece uma grande liberdade de escolha política e regulativa. E assim quando se diz que autoridades a constituir devem defender os interesses e direitos dos consumidores, introduz-se um conceito em aberto, que muitas vezes tem definições fora do quadro de intervenção da autoridade a constituir. Parece ser necessário que na constituição de uma autoridade sejam devidamente explicitados os direitos e interesses dos consumidores que ela deve proteger e seja definido o modo como se articula com outras entidades, independentes ou não, também com atribuições em matéria de defesa do consumidor. Para as autoridades agora constituídas pode ser problema a esclarecer através dos seus Estatutos.

Ainda assim, é claro que a defesa dos direitos dos consumidores é um objetivo essencial da regulação independente. Isto pode ser fonte de alguns problemas na conceção da intervenção reguladora, pelo menos numa perspectiva de análise económica. Desde logo, pode ser desvalorizada a defesa dos direitos de outros utilizadores dos serviços das empresas reguladas, como os utilizadores empresariais. Ora, há muitos casos em que o uso ou o abuso de poder de monopólio, por exemplo, afeta diretamente empresas e não consumidores, como sucede nos mercados de monopsonio e de oligopsonio. Ou seja, em que a maior parte das distorções concorrenciais se situam nos mercados de equipamentos e de consumos intermédios, em que como compradores e vendedores temos sobretudo empresas, e não nos de consumo final, em que do lado dos compradores temos em geral os consumidores. E o mesmo pode ser dito a propósito de alguns problemas de assimetria de informação entre vendedores e compradores. Ou seja, em muitas circunstâncias em que, numa perspectiva económica, se justifica uma intervenção reguladora porque há falhas de mercado, encontramos empresas e não consumidores nos dois lados do mercado. Numa interpretação limitada da Lei, poderia argumentar-se que nestes casos não estaria preenchido um requisito necessário para a regulação independente. Eventualmente o problema seria ultrapassado caso se provasse que distorções nos mercados de equipamentos e de consumos intermédios acabam por ter efeitos no consumidor final. No entanto essa é uma prova morosa, que pode ser difícil, caso a caso, e sempre desviaria a natureza da intervenção reguladora para mercados diferentes daqueles que, nas circunstâncias em apreço, mais justificassem intervenção reguladora.

Finalmente, pode argumentar-se que o peso dado ao conceito de defesa dos direitos dos consumidores pode levar à desvalorização da defesa da concorrência ou da procura de eficiência no mercado como objetivo da atividade reguladora, apesar da defesa da concorrência fazer parte do âmbito da atividade reguladora, nos termos do art.º 3.º, n.º 1. É certo que muitas vezes estes objetivos coincidem e na maior parte dos casos será difícil garantir uma defesa sustentada dos direitos dos consumidores sem que, ao mesmo tempo, se valorize a eficiência económica e se promova a concorrência. No entanto, podem não coincidir. Por exemplo, na defesa da concorrência existe o problema tradicional de escolha do critério de decisão a seguir pelo regulador, a maximização do excedente do consumidor ou a maximização do excedente do mercado. Pode também acontecer que a aparente diferença entre um objetivo de defesa dos consumidores e um objetivo de eficiência se reconduza a diferenças

entre critérios de eficiência de curto prazo, mais próximos eventualmente do que se entenda como direitos dos consumidores e critérios de eficiência de longo prazo, mais relacionados com a promoção de investimento eficiente. Ou podemos ter situações de conflito entre uma conceção paternalista dos direitos dos consumidores e a eficiência no mercado. Finalmente podemos ter ainda casos em que eficiência e defesa da concorrência não coincidam, como sucede nos monopólios naturais.

Em síntese, fica por saber em que medida os Estatutos das diferentes autoridades e a evolução futura do quadro regulamentar podem vir a resolver estas dúvidas e ambiguidades que se encontram na Lei-quadro. Parece essencial que, em cada caso, haja uma ponderação conjunta destes ou doutros objetivos, de uma forma clara e hierarquizada, que permita entender os principais fins a ser prosseguidos por cada autoridade em causa.

3. A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO INDEPENDENTE DO GOVERNO NUMA PERSPETIVA DE INTERESSE PÚBLICO

Na análise económica das origens da regulação são utilizadas habitualmente duas abordagens. Uma, de natureza normativa, centra-se na identificação dos casos em que deve haver regulação. Outra, no domínio da análise positiva, centra-se na identificação dos motivos que dão origem à regulação que se verifica nos mercados. Esta última será considerada a seguir, nas secções 4 e 5. A primeira, que agora nos ocupa, tem como objetivo identificar os casos em que uma intervenção é necessária, admitindo-se, naturalmente, que o objetivo da intervenção reguladora é o interesse público.

Tradicionalmente, nesta abordagem o interesse público é identificado com a promoção de eficiência económica. Numa versão simples do problema, partindo-se do princípio de que os mercados de concorrência perfeita são eficientes, a necessidade de regulação é identificada em cada mercado a partir dos desvios da estrutura desse mercado relativamente à de concorrência perfeita. Quando se verificam desvios diz-se que há falhas de mercado e correspondem a situações de ineficiência económica. A intervenção reguladora deve ter como objetivo conseguir resultados nesse mercado semelhantes aos que se verificariam se houvesse concorrência perfeita, ou seja, deve ser promover a eficiência económica.

As falhas de mercado normalmente consideradas são o monopólio, o oligopólio, as assimetrias de informação, externalidades e, nos mercados de seguros, a seleção adversa, a interdependência de riscos e o risco moral. Existe por

vezes a distinção entre regulação económica, relacionada com a promoção da concorrência e a regulação do poder de monopólio, e a regulação social, cuja necessidade é geralmente independente da estrutura de mercado, destinada a resolver problemas como os de assimetria de informação, de externalidades ou de falhas nos mercados de seguros. Não parece ser uma distinção muito interessante tanto mais que muitas vezes estas diferentes falhas coexistem no mesmo mercado. Nos mercados de telecomunicações, de energia, de água e resíduos, na aviação civil e nos transportes marítimos, coexistem falhas como o poder de monopólio, assimetrias de informação, externalidades ambientais e, por vezes, o problema dos bens públicos.⁵

Ora, nesta perspetiva, admitindo que o Estado prossegue sempre o interesse público, a pergunta a que importa responder, para justificar a existência de autoridades reguladoras independentes é: em que circunstâncias se justifica uma intervenção através de entidade independente do Governo?

Em geral a intervenção reguladora do Estado deve ser concretizada através da administração pública, direta ou indireta. Em muitos casos é para isso que administração pública existe. A adoção de outras formas organizacionais, como as autoridades reguladoras independentes, só se justifica quando a administração pública não é adequada para a resolução do problema em vista.

Se admitirmos, na linha desta abordagem teórica, que a intervenção do Estado é sempre orientada pela procura do interesse público, e que este é bem conhecido, correspondendo por exemplo a um conceito inequívoco de eficiência económica, o problema de criação de autoridades reguladoras independentes não tem a ver com os objetivos, tem a ver com a forma organizacional mais adequada a adotar. Mas, sendo assim, só existe quando as regras de funcionamento da administração pública, direta e indireta, concebidas em função de necessidades gerais e que podem não poder ter em conta especificidades setoriais, não permitem o desempenho adequado da função reguladora num determinado setor ou numa determinada área de atuação. Algumas dessas especificidades radicarão nos mercados de trabalho. Regras gerais salariais e de progressão na carreira na administração pública podem dar origem a condições salariais muito diferentes nas que prevalecem no mercado e nas empresas objeto de regulação. Se forem piores pode não ser possível ao Estado contratar as pessoas com as qualificações adequadas no quadro das regras gerais de funcionamento da administração pública. Assim,

5 No mesmo sentido, Ferreira & Morais, 2009.

pode justificar-se uma situação excecional que pode ser a criação de autoridades reguladoras independentes. Seriam necessárias naqueles setores onde se exige uma especialização técnica para corresponder ao interesse público em causa que, por razões várias, não se consegue no âmbito da administração pública. De facto, foi sugerido que as exigências técnicas crescentes sobre os Governos nacionais que resultaram dos desenvolvimentos técnicos, dos processos de privatização e do quadro institucional europeu terão estado nas origens de autoridades reguladoras independentes do Governo em vários países europeus (por exemplo, Thatcher, 2002).

Será esta uma primeira interpretação do princípio estabelecido no art.º 6, n.º 1, nos termos do qual as entidades reguladoras só podem ser criadas para a prossecução de atribuições de regulação de atividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo.

É importante não desvalorizar o carácter específico ou setorial da opção por regular através de uma autoridade independente. É uma opção excecional para responder a necessidades do setor a regular. E assim, é de reear que regras gerais acabem por impor demasiadas restrições na escolha das formas organizacionais mais adequadas. Em limite, não é evidente a necessidade da Lei-quadro. No entanto, sendo aceite que não é uma lei de valor reforçado, e tendo presente o grau de generalidade de algumas das suas opções, será possível ao nível dos Estatutos de cada autoridade garantir essa diversidade institucional e organizacional que sempre tem estado presente, porque necessária, nas origens e no desenvolvimento da regulação independente.

Finalmente, aceitando-se que o essencial em cada caso é a criação de uma organização eficiente e com capacidade técnica de intervenção importa ter presente que a qualidade de uma organização é global. Não basta ter alguns profissionais excelentes. É necessário, mas não é suficiente, nomear pessoas qualificadas para os conselhos de administração.⁶ Importa garantir nos níveis de atuação relevantes um nível técnico que traduza um profundo conhecimento dos problemas de mercado, nas suas vertentes tecnológicas, jurídicas, económicas ou sociais. Na prática isto significa que os reguladores devem ter um nível técnico pelo menos igual ao das empresas reguladas. E assim importa garantir ao nível de cada setor competitividade salarial entre a autoridade

⁶ Embora não seja evidente que isto sempre tenha acontecido entre nós, ao longo dos últimos 20 anos, em autoridades independentes ou em institutos públicos com algumas características de independência.

reguladora e as empresas reguladas, para especialidades técnicas e para níveis de direção ou de chefia de serviços equivalentes. Se esta competitividade salarial não for conseguida fica em causa a competitividade técnica e fica prejudicado, nesta perspetiva de interesse público, o fim para o qual a autoridade em causa foi criada. O custo de eficiência que isto implica é seguramente maior do que o custo incremental que garante a competitividade salarial de quadros técnicos especializados de uma autoridade reguladora independente.

Este problema pode ainda ser mais agravado se entendido numa perspetiva europeia. Para algumas qualificações técnicas o mercado de trabalho é europeu. Sem capacidade de ajustamento a condições específicas dos mercados de trabalho pode uma autoridade nacional não ser capaz de reter quadros qualificados, e muito menos de os contratar, não só porque os perde para a indústria mas porque os perde para outras autoridades de outros países europeus ou para organizações da União Europeia.

Em síntese, numa perspetiva de interesse público a principal razão para que a intervenção reguladora do Estado se verifique através de autoridades independentes relaciona-se com a necessidade de poder contratar pessoal qualificado e com a flexibilidade de gestão necessária para responder mais rapidamente a problemas de mercado. No entanto, estas razões não se encontram explicitamente afirmadas na Lei-quadro, quando se define um quadro de criação e extinção de autoridades reguladoras, objeto dos artigos 6.º a 8.º. É certo que se prevê o regime de contrato individual de trabalho para os trabalhadores das autoridades reguladoras (art.º 32.º). Este regime pode contribuir para a viabilização da contratação de pessoal qualificado, mas o resultado final acabará por depender do quadro geral de contratação e de carreiras e das condições para a sua aplicação que venham a ser viabilizados, designadamente ao nível dos Estatutos. E isto, admitindo, evidentemente, que o normal funcionamento das autoridades reguladoras que venha a resultar da Lei-quadro e dos Estatutos, não seja suspenso por leis excecionais, como se tem verificado nos últimos anos, em que através da Lei do Orçamento se tem procurado limitar a autonomia financeira e administrativa de algumas entidades independentes, na sequência da crise económica e da intervenção externa a que o país tem estado sujeito.

Noutro sentido, o enquadramento que resulta da nova lei tem algumas vantagens. Aqui se estabelece o carácter excecional da regulação independente (art.º 6.º n.º 1). Determina-se que a criação de autoridade reguladora deve ser precedida de estudo que a fundamente, em bom rigor de uma análise

institucional (art.º 6.º, n.º 4). Aceitam-se as características dinâmicas deste processo de criação de autoridades reguladoras, pois admite-se a sua extinção (art.º 8.º).

No entanto, estas ideias deveriam ser mais bem concretizadas, seja no que diz respeito aos princípios, seja no que diz respeito à sua aplicação. Desde logo, não é evidente que uma análise institucional da necessidade de autoridade reguladora independente tenha sido feita para todos os casos em que já existe atividade reguladora do Estado, neste momento executada no quadro da administração direta e indireta, e se pode discutir a utilidade da regulação através de uma autoridade independente. Seria útil fazê-la.

Por outro lado, uma análise institucional deste tipo, entre diferentes modelos organizacionais, ganha em ter uma metodologia bem definida e geralmente reconhecida, o que não sucede com a Lei-quadro. Existe alguma ambiguidade nos critérios a seguir para a criação de uma nova autoridade, designadamente no que diz respeito ao critério de interesse público estabelecido no art.º 6.º, n.º 3 a), que é neste caso um conceito indeterminado. A análise económica tem um instrumento aplicável, a análise custos-benefícios. A sua adoção neste caso teria como resultado centrar o conceito de interesse público no aumento da eficiência económica que seja consequência da intervenção reguladora da autoridade cuja criação se discuta, relativamente a uma situação em que essa intervenção se fizesse no âmbito da administração pública tradicional. É um exercício feito no pressuposto de que a regulação se destina a aumentar a eficiência económica. No entanto, não é invalidado pela existência de outros objetivos. Pode ser sempre complementado por outras técnicas utilizadas em análise de impacto regulatório.⁷

Finalmente, como as circunstâncias mudam, seria de prever um período, de cinco anos, por exemplo, ao fim do qual cada autoridade reguladora deveria, através de análise adequada apresentar os argumentos a favor da sua continuação como tal ou da sua transformação nos moldes que se revelassem mais adequados.

Em sentido diferente dos comentários anteriores, fica a dúvida sobre se, para a constituição de autoridades reguladoras, se dá importância desnecessária a um requisito que em última análise depende sempre da vontade do Governo que é a capacidade de ter meios financeiros próprios (art.º 6.º, n.º 3, c)). Há autoridades em que isto é natural, por exemplo aquelas em que é

7 Para uma síntese e referências, OCDE, 2009.

fácil estabelecer taxas de regulação porque é fácil identificar os sujeitos dessas taxas, o que acontecerá na maior parte dos casos de regulação setorial. Nestes casos é fácil ao Governo definir taxas de regulação como receitas próprias das autoridades independentes. No entanto, mesmo quando é difícil identificar os sujeitos das taxas, o Governo, querendo, sempre arranja formas imaginativas de resolver o problema, como ficou bem ilustrada com o modo de financiamento escolhido para a Autoridade da Concorrência. Interpretada estritamente, esta disposição introduz um elemento arbitrário no processo de constituição de uma autoridade independente. Se o Governo quiser constituir essa autoridade cria um quadro legal que permita a obtenção de receitas próprias. Se não o quiser fazer, não cria esse quadro legal. Seria talvez mais lógico, estabelecer que, caso se justificasse por razões de interesse público a constituição de uma autoridade independente, o Governo ficava obrigado à constituição de um quadro legal que permitisse a essa autoridade ter receitas próprias.

4. A REGULAÇÃO INDEPENDENTE COMO RESPOSTA A FALHAS DO ESTADO

Um problema que sempre existe quando se admite que o interesse público é o objetivo da função reguladora do Estado é identificar o interesse público. Na secção anterior admitiu-se que correspondia à procura de eficiência económica, correspondendo à ideia tradicional de que o objetivo da regulação é corrigir falhas de mercado.

Em geral, não tem de ser este o conceito de interesse público a utilizar na intervenção do Estado na economia. Para definir o interesse público, o ideal seria agregar as preferências individuais para obter as preferências coletivas, que são muitas vezes designadas como função de bem-estar social. Esta função descreveria o interesse público a ser prosseguido na atividade política e regulativa. No entanto, como é bem sabido, pelo teorema geral da possibilidade de Arrow (1961) ficou demonstrada a impossibilidade de construir uma função de bem-estar social coerente e democrática que permita sempre determinar objetivamente que para a sociedade um determinado resultado é superior a outro. Esta é uma fonte de poder discricionário dos políticos pois será difícil defender, com toda a generalidade que, em resultado de um processo eleitoral, se encontram comprometidos com uma função de bem-estar social que inequivocamente traduza o interesse público.

A estes problemas de identificação do interesse público inerentes ao processo democrático de decisão, há que acrescentar os que resultam do

funcionamento do Governo representativo. Na sua origem está o custo de supervisão dos deputados e dos Governos pelos eleitores, assim como os custos de supervisão da função pública pelo Governo. Como estes custos são muito elevados a supervisão da atividade política e administrativa é sempre imperfeita e pode nem existir realmente nalgumas decisões políticas. Assim, os políticos têm poder discricionário na sua atuação corrente. Isso significa que podem ter objetivos próprios diferentes do interesse público, que pode nem ser conhecido pelos motivos acima referidos.⁸ Admite-se muitas vezes que o objetivo dos políticos é conquistar e manter o poder. Os funcionários públicos também têm poder discricionário, que, admite-se, muitas vezes se traduz na procura de objetivos de natureza corporativa e, a nível individual, pela procura de poder face ao exterior e de poder e de regalias dentro da administração pública.

Nestas circunstâncias pode haver falhas do Estado. A sua definição não é pacífica. Em bom rigor corresponderiam a casos em que as decisões públicas se afastam do interesse público. No entanto, não resultando do processo eleitoral um conjunto de preferências coletivas bem definidas para cada opção política, isto é, não resultando do processo eleitoral uma expressão inequívoca e detalhada do interesse público, há um problema prático neste conceito. Em alternativa podemos definir falhas do Estado por analogia com a definição de falhas de mercado, e dizer que há falhas do Estado quando as decisões coletivas levam a situações de ineficiência económica.⁹

Entre as falhas do Estado associadas ao Governo representativo contam-se a sensibilidade das escolhas públicas a ciclos eleitorais e a influência dos meios de comunicação social no processo político¹⁰. A primeira está na origem de decisões como as que dão origem a benefícios concentrados na legislatura em que são tomadas e a custos dispersos ao longo das legislaturas seguintes, sendo os custos maiores do que os benefícios. Ou seja, políticas que não deveriam ser adotadas mas que são fonte de ganhos eleitorais imediatos. É um problema relativamente frequente nas democracias ocidentais. Por exemplo, na

8 Note-se que assim seria mesmo que do processo democrático resultasse sempre uma definição inequívoca do interesse público. O poder discricionário neste caso tem origem nos custos de supervisão dos deputados pelos eleitores, do Governo pelos deputados ou da função pública pelo Governo.

9 Outra definição, de aplicação talvez um pouco mais difícil, seria estabelecer que há falhas de Estado quando uma decisão pública dá origem a um resultado que não é superior, no sentido de Pareto, ao que se teria sem essa decisão pública (Beesley, 2006)

10 Weimer e Vining, 2011.

regulação de preços isto deu por vezes origem a políticas que inviabilizaram programas de investimento das empresas reguladas, quando os preços eram mantidos artificialmente baixos por razões eleitorais. Também pode acontecer o contrário. Por exemplo, em processos de privatização por vezes opta-se por atribuir vantagens de diversa ordem às empresas a privatizar para maximizar a receita da privatização, ainda que à custa de preços mais elevados nos anos seguintes. Noutras áreas de regulação há problemas semelhantes. A resolução de problemas ambientais foi muitas vezes atrasada pelos custos imediatos que implicava. Um pouco por todo o lado, a criação de condições de sustentabilidade das reformas foi adiada por sucessivos governos, que assim transferiram para legislaturas posteriores os custos dos benefícios que concederam aos reformados.

Alguns dos efeitos negativos da comunicação social no processo político manifestam-se na agenda do debate público. Resultam das diferenças entre os objetivos dos políticos e os da comunicação social. Os políticos procuram conquistar manter o poder. Para o efeito precisam de ser eleitos. Para isso é necessário que os eleitores os conheçam. Não o conseguem se não tiverem espaço na comunicação social. Para obterem este espaço têm de se manifestar sobre os assuntos que interessam à comunicação social. Ora a agenda da comunicação social é determinada pela necessidade de ganhar audiências. Não corresponde necessariamente à agenda de temas de interesse público. E assim os eleitores acabam por conhecer os políticos em que votam sobretudo em função das suas posições em matérias que podem não ser relevantes em termos de interesse público mas são essenciais para ganhar audiências.

De forma geral, importa ver o processo político também como uma manifestação de conflitos entre grupos de interesses. Estes interesses podem estar mais ou menos organizados. Os benefícios e os custos de diferentes decisões podem estar concentrados num ou noutra grupo, ou dispersos pela generalidade dos interessados. Um resultado possível é a prevalência de interesses concentrados sobre interesses difusos à custa de eficiência económica. Por vezes designa-se isto como política clientelar. Em alternativa, podem estar os benefícios e os custos concentrados em grupos de interesse específicos e o problema é arbitrar a sua distribuição entre eles, o que por vezes se designa como política dos grupos de interesse. Mas também pode acontecer que políticas que promovam a eficiência económica sejam sacrificadas a políticas populistas, para agradar à maioria dos eleitores. O resultado final depende evidentemente das escolhas que os políticos façam em função dos seus próprios objetivos. Admite-se que

estes passam pela manutenção do poder, podendo dar origem a decisões que são fonte de ineficiência económica¹¹.

Uma forma de procurar evitar estas falhas associadas ao Governo representativo é delegar o poder de tomar decisões em autoridades independentes do Governo. Na medida em que estas autoridades possam agir de forma independente das circunstâncias políticas, dos ciclos eleitorais e da comunicação social, podem, em teoria, ser evitadas falhas do Estado como as referidas. Ou seja, podemos entender a regulação independente do Governo como uma tentativa de eliminar, ou reduzir, falhas do Estado. Sendo assim, haveria que explicar os motivos pelos quais um Governo aceita criar autoridades reguladoras independentes, abdicando de um substancial poder discricionário que sempre poderia ser utilizado para obter ganhos políticos. O problema é importante tanto mais que tem sido essa a prática dos governos europeus nos últimos 20 anos. Uma resposta global a esta pergunta envolveria uma análise da formação dos equilíbrios políticos que, em cada setor, deram origem a autoridades independentes. De forma simples, e coerente com a teoria económica da regulação, podemos admitir que os Governos foram de algum modo forçados a isso, por vários dos interessados, que vão desde associações de consumidores, a empresas candidatas à entrada em mercados liberalizados, aos antigos monopolistas ou a Comissão Europeia e que estaria em causa, sobretudo, a potencial ineficiência criadas por falhas de Estado na atuação dos governos, suscetível de prejudicar o investimento e a concorrência.¹² Alguma evidência empírica sobre a evolução da regulação independente nos países europeus é compatível com esta ideia¹³. Analisada a criação de autoridades reguladoras independentes nesta perspetiva há vários problemas a resolver, que não são identificados numa análise, como a da secção anterior, baseada na teoria do interesse público. Desde logo quanto às razões para a criação de autoridades reguladoras independentes. Já antes se referiu que a Lei-quadro obriga a uma análise institucional para a sua criação, que deve resultar de uma demonstração de necessidade que resulta do desenvolvimento das atribuições de regulação num determinado setor de atividade (art.º 6 n.º1). Ora, nesta demonstração o poder discricionário do Governo permanece significativo. Em primeiro lugar,

11 Baldwin, Cave & Lodge, 2012.

12 Este é um tema a ser tratado no domínio da teoria das escolhas públicas. Para uma sistematização de possibilidades de investigação neste sentido, veja-se a secção 6.

13 Gilardi, 2002, 2005; Thatcher, 2002.

note-se que a lei refere que as autoridades independentes só podem ser criadas em determinadas circunstâncias que recomendem a independência em relação ao Governo. Não refere explicitamente que sempre que essas circunstâncias se verificarem deve ser criada uma autoridade independente. A decisão final de criação de autoridades independentes pertence ao Governo, ainda que condicionada pelo resultado da análise institucional – sendo certo que a iniciativa para a análise institucional pertence também ao Governo. Em segundo lugar, há o problema do critério de decisão. Formalmente é o interesse público nos termos do art.º 6.º, n.º 3 a). O problema é definir o interesse público, como se viu. Neste domínio admitir um critério de eficiência na análise institucional a fazer, ou seja, obrigar a uma análise custos benefícios, poderia introduzir limites à discricionariedade da decisão política. Seria também o critério mais adequado, caso se definam falhas do Estado como situações em que decisões coletivas dão origem a afetações de recursos ineficientes do ponto de vista económico. Tem sido esta a definição utilizada neste trabalho. Mas, não se aceitando esta perspetiva e pretendendo-se outro critério de interesse público, o aspeto a salientar é que, partindo do princípio de que a regulação independente serve para reduzir ou eliminar falhas do Estado, o critério de avaliação da necessidade de uma autoridade reguladora independente exige uma definição prévia das falhas do Estado a corrigir.

Ora, entre as falhas do Estado que podem ser reduzidas por regulação independente contam-se aquelas associadas ao Governo representativo e acima referidas, como a influência do ciclo eleitoral e da comunicação social no processo de decisão política. Isto evidencia um problema fundamental que não é abordado numa perspetiva de interesse público: como garantir a independência em relação ao Governo, não só numa perspetiva organizacional, de natureza financeira e administrativa, mas sobretudo, numa perspetiva fundamentalmente reguladora. Essa independência passa a ser necessária para garantir o objetivo desejado, a correção das falhas do Estado originadas pela excessiva sensibilidade dos governos a fatores como a conjuntura política e os ciclos eleitorais.

Este problema é objeto das disposições sobre a independência das autoridades reguladoras que se encontra definida no art.º 45.º. No n.º 1 e no n.º 2 fica estabelecido que as autoridades são independentes no exercício das suas funções e não se encontram sujeitas a superintendência ou tutela governamental, e que os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes sobre a sua atividade reguladora nem

sobre as prioridades a adotar. O Governo tem o poder de pedir informação sobre a atividade reguladora, nos termos do n.º 3.

No entanto os números 4 a 6 do mesmo art.º 45.º delimitam e condicionam essa independência. Nos termos do n.º 4 e n.º 5, carecem de aprovação prévia por parte dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, os orçamentos e respetivos planos plurianuais, o balanço e as contas, assim como carecem de aprovação prévia pelo membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, outros atos de incidência financeira cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos. Nos termos do n.º 6, estas aprovações apenas podem ser recusadas mediante decisão fundamentada em ilegalidade ou prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público ou ainda em parecer desfavorável emitido pelo conselho consultivo, caso este exista. Isto é, sem prejuízo do disposto no art.º 45.º, n.º 1 e n.º 2, ao Governo é atribuído um poder substancial na aprovação de orçamentos, planos de atividades e contas, pois na prática o conceito de interesse público aqui, de novo, um conceito indeterminado. Por esta via pode haver lugar a uma intervenção significativa do Governo na definição das grandes opções regulativas, em matéria de plano e de orçamento. Além disto, a aplicação às autoridades reguladoras do regime de tesouraria do Estado, em particular os princípios e as regras da unidade de tesouraria, prevista no art.º 38.º, n.º 3, pode criar um risco adicional para a independência de gestão e de decisão das autoridades reguladoras.

Note-se que não está em causa a necessidade de aprovação dos planos, orçamentos e contas das autoridades reguladoras independentes por uma entidade com legitimidade democrática. É indiscutível a necessidade de supervisão democrática da atividade reguladora. Dir-se-ia que esta pode ser feita no âmbito parlamentar, de modo em princípio desgovernamentalizado. Mas essa maior independência em relação ao Governo não seria necessariamente melhor. O objetivo da independência em relação ao Governo é reduzir ou eliminar o impacto das circunstâncias políticas e dos ciclos eleitorais nas decisões regulativas. Não é evidente que a intervenção parlamentar na aprovação de planos, contas e orçamentos, contribuísse para isto.

De facto, é problema que não se pode evitar. Num contexto democrático, há um limite para a independência regulativa do poder político, dado pela necessidade de supervisão democrática dos orçamentos, pois os recursos das

autoridades reguladoras, ainda que recursos próprios nos termos em cada caso legalmente aplicáveis, são em regra recursos públicos. A melhor forma de evitar influências das circunstâncias políticas e eleitorais na aprovação dos planos orçamentos e contas que contrariasse os próprios fins para que são criadas as autoridades reguladoras seria densificar o conceito de interesse público aplicável neste caso. Talvez seja matéria que possa ser objeto de legislação setorial ou dos próprios estatutos ou que venha a ser aperfeiçoada pela própria dinâmica criada por este diploma.

Problema semelhante, mas de solução mais fácil, diz respeito à nomeação dos membros do Conselho de Administração. Nos termos do art.º 17.º os membros do Conselho de Administração são nomeados pelo Governo, após audição por comissão competente da Assembleia da República. De novo, há aqui uma intervenção política que é indispensável. A designação pelo Governo parece ser uma solução prática.¹⁴ A audição na Assembleia República deveria ter um duplo objetivo. Em primeiro lugar, eliminar a possibilidade de nomeação para os cargos de pessoas pouco conhecedoras dos assuntos de regulação, que em princípio ficam mais expostas numa audição pública. Em segundo conhecer as suas opiniões sobre grandes opções regulativas que seja pertinente considerar no setor em causa. No entanto, em sentido contrário, pode haver o risco de uma maior politização do processo de nomeação, por exemplo, se um processo de audição vier a estar integrado num conjunto de medidas sujeitas a negociação entre Governo e Assembleia.

De qualquer forma a previsão de um mandato de seis anos, não renovável, como previsto no art.º 20.º, n.º 1, pode contribuir para alguma desgovernamentalização da atividade reguladora. Em sentido contrário pode criar tensões em áreas não regulativas, nomeadamente em matéria de assessoria ao Governo e de apoio à Assembleia da República no processo legislativo.

5. FALHAS DA REGULAÇÃO INDEPENDENTE

Num quadro em que admitimos falhas do Estado associadas ao funcionamento do Governo representativo é natural que se discuta a possibilidade de haver também falhas na regulação independente. Esta possibilidade tem uma história longa. Começou por estar identificada com situações em que se

¹⁴ E provavelmente mais isolada da conjuntura política do que se a nomeação fosse feita pela Assembleia da República. Por vezes entre nós também se sugere uma intervenção Presidente da República na nomeação dos Conselhos de Administração. Como é óbvio, também aqui haveria interferência política na nomeação.

admitia que o regulador estivesse a defender os interesses das empresas que deveria regular, e não os interesses dos consumidores, presumivelmente mais próximos do interesse público. Isto poderia acontecer por vários motivos. Por exemplo, em relação com o ciclo de normal de vida das autoridades reguladoras que formam a sua opinião de acordo com as informações fornecidas pelas empresas reguladas e que à medida que exercem a sua atividade desenvolvem relações mais estreitas com as empresas reguladas e acabam por interiorizar como seus alguns dos objetivos dessas empresas que deviam regular. Também pode acontecer por haver distorções nas decisões regulativas, na medida em que os reguladores antecipem oportunidades de emprego nas empresas reguladas, ou outras vantagens como o apoio de empresas reguladas a uma carreira política ou qualquer outra, e isso afete as suas decisões. Esta possibilidade foi designada muitas vezes como a captura do regulador pelos regulados e estudada no domínio daquelas que por vezes são chamadas como teorias da captura. Implícita nesta ideia tem estado uma ideia de interesse público correspondente a eficiência económica. Porque atua no sentido dos interesses das empresas reguladas e não no dos consumidores, o regulador acaba por ter decisões ineficientes no sentido económico¹⁵.

As teorias da captura não serão teorias no sentido próprio do termo. Será talvez mais adequado considerá-las como hipóteses de comportamento, sem grande desenvolvimento teórico. Por outro lado, são refutadas pela evidência empírica, pois não explicam, por exemplo, a existência de regulação contra os interesses regulados, que acaba por corresponder a boa parte da atividade regulativa¹⁶. E mesmo como hipóteses, são incompletas. Quando, tendo presente a realidade dos mercados, se pondera a possibilidade de haver um comportamento regulador que acolha diretamente interesses privados, as situações a analisar são bem mais complexas. Por exemplo, pode um regulador ter políticas populistas e determinar preços abaixo de custo às empresas reguladas, aumentando os benefícios dos consumidores no curto prazo mas prejudicando os consumidores no longo prazo porque as empresas deixam de investir dados os prejuízos que esses preços lhes impõem. Nestes casos pode dizer-se que a regulação não é credível para os investidores, que existe um problema de credibilidade regulativa e um problema de eficiência económica. Mas normalmente não se diz que há aqui captura. Para o regulador

15 Posner, 1971.

16 Hertog, 2012.

este comportamento pode ser vantajoso se lhe der boa imagem na imprensa, criando popularidade e uma boa hipótese de carreira política posterior. Pode haver muitos outros casos. Com os processos de liberalização nas indústrias que tradicionalmente eram consideradas como monopólios naturais apareceram novas empresas nos mercados, normalmente com interesses diferentes dos do antigo monopolista e dos consumidores. Nestes casos, pode haver também distorções nas decisões do regulador quando as toma correspondendo diretamente aos interesses destas empresas que entraram no mercado. Como se disse, este comportamento pode resultar de expectativas de emprego, ou de apoios esperados a atividade política ou a quaisquer outras atividades profissionais futuras dos reguladores. Ou seja problema análogo ao que se admitia existir nas relações entre reguladores e os monopólios regulados. Mas pode também acontecer que essas decisões de que resultam ineficiência económica e benefícios para interesses privados resultem somente do melhor julgamento de quem as tomou, de acordo com as suas convicções ideológicas, num contexto que é sempre de informação imperfeita sobre o mercado. E, na prática, será muito difícil determinar as razões para as decisões.

Acolhendo a diversidade destas situações, a teoria económica da regulação parte do princípio de que existem diferentes procuras por regulação originadas nos diferentes grupos de interessados, com diferentes capacidades de influenciar o regulador, e de que existe uma oferta de regulação da parte do Estado, através dos que detém funções reguladoras.¹⁷ Em equilíbrio pode acontecer que o nível de regulação assim determinado em resposta direta a interesses privados contribua para aumentar a eficiência económica. Interesses privados procuram regulação que gere um aumento de eficiência se virem oportunidade de se apropriarem de uma parte dos ganhos daí resultantes¹⁸.

Um desenvolvimento natural desta abordagem foi a análise integrada dos objetivos dos reguladores e legisladores e das interações entre os vários interessados ao longo do processo regulativo. Com isto a teoria da regulação aproximou-se dos problemas tradicionalmente analisados pela teoria das escolhas públicas¹⁹.

17 Estes podem ter objetivos próprios pois têm poder discricionário que resulta da ambiguidade na definição legal do interesse público e da vantagem de informação que têm sobre o público, os membros do Governo ou os deputados.

18 Peltzman, 1989.

19 Hertog, 2011.

Tal como sucede com a identificação de falhas do Estado em geral, a identificação de falhas de regulação implica identificar desvios no comportamento regulativo face a um objetivo de referência. Há várias possibilidades. Uma é considerar desvios em relação aos preços e quantidades dos serviços regulados que resultariam da maximização de uma função de bem-estar social admitida à partida e que, por hipótese, traduziria as preferências da sociedade. Nos casos mais simples, admite-se que esta função se reconduz à procura da eficiência económica, havendo que distinguir, como acima se referiu, entre eficiência económica no curto prazo e no longo prazo. Outra hipótese poderia ser comparar a atuação do regulador num determinado assunto com a que resultaria do prosseguimento do “interesse geral”, definido como a decisão que seria tomada sobre o mesmo assunto com base nos processos democráticos de decisão pública em vigor na sociedade em causa²⁰.

Uma alternativa prática para resolver o problema seria partir dos objetivos estabelecidos para a regulação através do processo político. Considerando-se como “boa regulação” a que segue os objetivos legalmente estabelecidos para o regulador e atua com base em regras de transparência, também se pode considerar que há falhas de regulação quando o regulador se afasta dos objetivos legais que deve prosseguir e tem formas de atuação não transparentes. Isto é as falhas de regulação dizem respeito à falta de cumprimento de objetivos e de procedimentos.²¹ No entanto permanece um problema para definir a situação de referência para a avaliação de falhas na regulação se alguns desses objetivos não forem facilmente compatíveis entre si, o que pode suceder com facilidade quando se misturam objetivos de eficiência com objetivos de equidade, ou quando os objetivos são consagrados na lei através de conceitos indeterminados. Neste domínio já vimos que a Lei-quadro estabelece aos reguladores objetivos que necessitam ser densificados, e não é evidente que os Estatutos das diferentes autoridades sejam mais claros. É matéria que importaria aperfeiçoar, para bem identificar e corrigir falhas de regulação.

É claro que para evitar falhas de regulação uma alternativa radical é eliminar o poder discricionário do regulador. Neste caso, uma autoridade

20 Levine, 1998.

21 Baldwin, Cave & Lodge, 2012. Por vezes, como nestes casos, os autores não utilizam a expressão “interesse público” para identificar a opção que se considera socialmente mais desejável. Isto corresponde a uma tradição na literatura económica de identificar interesse público com uma função de bem-estar social; no caso mais simples com a procura de eficiência. Esta tradição afasta-se da literatura jurídica e da linguagem comum, em que muitas vezes se considera como interesse público o que está na Lei.

reguladora limitar-se-ia a aplicar a lei, suficientemente detalhada para não permitir poder discricionário. No fundo transfere-se o poder regulador para a lei. Em Portugal foi defendida por vezes uma abordagem deste género, no quadro dos contratos de concessão, chamada regulação contratual, para a regulação de algumas infraestruturas de transportes. Neste caso procura-se redigir contratos de concessão tão completos quanto possível, com todas as regras necessárias para ajustamento de preços e para novos investimentos, sem qualquer intervenção discricionária de uma autoridade reguladora, que tem, sobretudo, um papel de supervisão, garantindo que os contratos são cumpridos. No Chile na regulação do setor elétrico nos anos 1980 seguiu-se uma abordagem que vai no mesmo sentido. Pretendia-se atrair investimento e para garantir aos investidores credibilidade na regulação, isto é, na prática para impedir o estabelecimento de preços abaixo de custo, criou-se um quadro regulativo complexo através do qual todas as decisões fundamentais ficaram definidas na lei, não sendo tomadas pelo regulador. O objetivo foi conseguido. No entanto este quadro revelou-se demasiado rígido para permitir respostas adequadas em situação de crise energética, como a que se verificou em finais dos anos 1990²². Os custos de ineficiência que a rigidez deste tipo de solução pode provocar levam a que não deva ser adotada em muitos casos em que se possam esperar alterações significativas na procura, na tecnologia ou nos mercados dos fatores de produção.

Parece adequado assim que numa Lei-quadro esta opção radical não tenha sido seguida e se tenha viabilizado poder discricionário ao regulador. Neste caso o problema é saber quais as regras adequadas à redução de falhas na regulação e verificar em que medida a Lei-quadro as acolhe. De uma forma geral, e sem se ter como referência um conceito específico de falhas de regulação, parece haver algum consenso sobre as regras a estabelecer para o que se tem considerado um “bom” funcionamento de uma autoridade reguladora. Incluem²³: a) A definição estatutária de direitos e responsabilidades de cada autoridade reguladora e quando existem vários objetivos hierarquizar esses objetivos pelo menos em objetivos primários e secundários.

b) Estabelecer o princípio de que as decisões das autoridades reguladoras podem ser objeto de recurso para os tribunais.

22 Fischer & Serra, 2000.

23 Kessides, 2004.

- c) Exigir que os reguladores produzam relatórios anuais das suas atividades, submetendo-os a revisão por auditores independentes ou comissões legislativas.
- d) Assegurar que os interessados participam no processo de decisão.
- e) Assegurar transparência no processo de decisão, divulgando adequadamente os seus regulamentos e decisões, assim como os seus fundamentos.

A Lei-quadro acolhe alguns destes princípios, mas não todos. Talvez seja nos casos da alínea *c)* e da alínea *a)* que a Lei-quadro mais se afasta destas práticas. Não existe a revisão obrigatória dos relatórios dos reguladores e os princípios e objetivos das autoridades reguladoras não estão definidos com clareza nem hierarquizados. É certo que se observa na Lei-quadro um grande número de medidas relacionadas com a gestão financeira e com o controlo financeiro das autoridades reguladoras. Por exemplo, no art.º 4.º detalham-se cuidadosamente princípios de gestão interna. Contudo, não há um detalhe semelhante para a definição dos objetivos fundamentais a prosseguir na regulação dos mercados, além da referência genérica à defesa dos consumidores e ainda mais genérica à defesa da concorrência (art.ºs 3.º e 4.º). Estes objetivos são de facto conceitos em aberto. Fica por ver se na legislação setorial ou nos Estatutos são convenientemente densificados e, na presença de outros objetivos adicionais, se haverá uma hierarquização que de forma geral tem estado ausente da definição de objetivos regulativos.

Neste domínio também se tem dado importância entre nós ao regime de incompatibilidades e impedimentos, considerando-o como um aspeto essencial do enquadramento legal da atividade reguladora²⁴. A Lei-quadro acolhe preocupações deste tipo, procurando que se manifeste *ex ante* que os titulares de cargos de administração reúnem condições de independência face aos regulados e impondo algumas restrições à atividade profissional nos dois anos seguintes ao fim do mandato (art.º 19.º). Trata-se de uma abordagem que parece corresponder ao senso comum e a algum consenso interno. No entanto, a análise económica sugere por vezes a utilidade de uma abordagem mais complexa, em que as relações entre empresas, regulador, governo e outros grupos de interesse sejam abordadas de forma integrada. Por exemplo, as relações entre reguladores e empresas não devem ser consideradas isoladamente, porque têm efeitos nas relações entre os reguladores e o Governo, cujos objetivos não têm de coincidir com os dos reguladores²⁵.

24 Moreira & Maças, 2003.

25 Martimort, 1999.

É matéria que, apesar de aparentemente consensual, ganharia muito com investigação adicional.

Também se considera muitas vezes que nestas áreas a melhor garantia de independência face aos regulados e de competência no exercício das funções deve ser dada pelo reforço da transparência nas decisões e na fundamentação dessas mesmas decisões. Não tem que se tratar de matéria a ser coberta por esta Lei. É algo que pode naturalmente vir a ser definido no âmbito dos estatutos e de acordo com as práticas de cada setor. Mas parece possível sugerir que esta lei não trata esta matéria com o cuidado com que aborda outras de importância equivalente. E que assim pode ser entendida como fonte de algum desequilíbrio, surpreendente dado o interesse público em causa. O argumento pode ser ilustrado comparando o dever de reserva com o dever de transparência. O dever de reserva está definido de um modo que pode (mas certamente não deve) ter uma leitura restritiva (art.º 18.º, n.º 1), ao passo que a transparência se reconduz ao dever de disponibilizar em página eletrónica um conjunto de elementos de natureza organizacional e quanto à essência da atividade reguladora se refere somente a publicação de regulamentos e informação sobre a “atividade regulatória e sancionatória” (art.º 48.º).²⁶

Este grau de generalidade sobre a informação a disponibilizar, sem referência por exemplo, aos fundamentos das decisões tomadas, é atenuado com a referência à prestação de informação à Assembleia da República e ao Governo, presumindo que a atividade regulativa seja destacada, designadamente no que diz respeito à informação a prestar no âmbito da Comissão parlamentar competente (art.º 49.º, n.º 3). Para tornar mais efetivo este processo seria útil que os assuntos de regulação pudessem ser acompanhados por Comissão parlamentar constituída para o efeito e especializada em temas de regulação através de um procedimento regular e devidamente publicitado.

Dito isto, pode talvez interpretar-se a importância dada ao dever de reserva dos reguladores como tentativa de evitar falhas de regulação que resultem da interação entre autoridades reguladoras e a comunicação social, de algum modo análogas às falhas de Estado com origem na influência dos meios de

26 No entanto sempre se refere a transparência como princípio de gestão, através da discussão pública de projetos de documentos que contenham normas regulamentares e da disponibilização pública de documentação relevante sobre as suas atividades e funcionamento com impacto sobre os consumidores e entidades reguladas, incluindo sobre o custo da sua atividade para o setor regulado (art.º 4, n.º 1). Este princípio parece mais orientado para a gestão interna e o controlo dos custos do que para a discussão pública das opções regulativas.

comunicação social no processo político. Embora na atividade reguladora não esteja em causa uma eleição, a interação de uma autoridade reguladora com a comunicação social pode ter uma dimensão meta regulativa, por exemplo mediática ou populista, por interesse próprio dos reguladores, sem que do seu mediatismo resulte nenhum benefício para o mercado regulado. Não significa que com este comportamento se ponha necessariamente em causa a independência em relação ao governo. A interação com a comunicação social pode ser independente de uma agenda política ou eleitoral, mas também não se pode excluir essa possibilidade. De qualquer modo o problema essencial acontece quando se criam condições de interação entre a comunicação social e o regulador que levam a uma distorção da discussão pública da agenda regulativa. E se assim for tem-se um resultado contrário aos fins para que foi criada a própria regulação independente: o regulador cai na falha do Estado que se pretendia evitar. Assim, talvez se possa admitir que, com este conceito de dever de reserva o legislador procure evitar ocorrências deste tipo, limitando a expressão pública de algumas posições, eventualmente mais delicadas, ou pelo menos em momentos mais delicados. É uma possibilidade a considerar. No entanto a Lei-quadro só se dirige a aspetos muito limitados da interação entre autoridades reguladoras e comunicação social. E dirige-se precisamente aos aspetos da atividade reguladora que podem justificar mais divulgação e discussão pública, deixando em aberto situações para as quais é possível admitir um comportamento populista dos reguladores. Por estes motivos, não é evidente que o dever de reserva, tal como definido na Lei-quadro, contribua para evitar falhas regulativas com origem na interação com a comunicação social. Em sentido diferente, haverá que tomar os cuidados necessários para que não seja prejudicada a desejável transparência na decisão.

Finalmente, é de considerar que evitar falhas regulativas, ou falhas do Estado em geral, envolve um conjunto de questões mais vastas do que as que resultam de uma Lei-quadro. Levy & Spiller (1996) consideram cinco elementos fundamentais para a dotação institucional de um país:

- a) As instituições legislativas e executivas, incluindo os mecanismos de nomear legisladores e reguladores, de fazer leis e regulamentos e para determinar as relações entre estas duas instituições.
- b) Os tribunais, incluindo os mecanismos de nomeação dos juizes e a estrutura interna do poder judicial.
- c) As normas e procedimentos informais geralmente aceites que tacitamente impõem limites às ações de indivíduos e de instituições.

d) A natureza dos interesses sociais em conflito e os equilíbrios entre eles.

e) As capacidades administrativas existentes no país.

A Lei-quadro contribui para definir as relações entre legisladores, governantes e reguladores. Situa-se assim sobretudo no domínio da alínea *a*). Teria sido útil que mencionasse explicitamente a necessidade de garantir capacidades técnicas elevadas, reforçando as capacidades administrativas do país e dando uma contribuição para o preenchimento da última condição. Não o tendo feito, fica por ver o tratamento que se dá ao tema nos estatutos das autoridades reguladoras e na prática legislativa que se venha a seguir.

6. COMENTÁRIOS FINAIS

A Lei-quadro estabelece um quadro legal comum para a criação e funcionamento de autoridades reguladoras independentes. À partida não seria evidente a necessidade deste quadro comum, dada a importância das condições específicas de cada setor para determinar a necessidade de regulação independente. Publicada a Lei, essa necessidade também não parece ter ficado demonstrada. O principal resultado foi a introdução de regras gerais no relacionamento entre governo e as autoridades reguladoras independentes mencionadas no diploma, sobretudo em matéria de gestão financeira, permanecendo muitos problemas e ambiguidades. Teria sido útil estabelecer mais claramente a necessidade da regulação independente com base na necessidade de deter capacidade técnica que seria difícil manter no quadro da administração pública tradicional, assim como na necessidade de tornar a atividade reguladora independente da conjuntura política e dos ciclos eleitorais, como forma de reforçar a credibilidade dessa mesma atividade e evitar algumas das falhas do Estado associadas ao Governo representativo. Uma hierarquização de objetivos também seria útil para melhorar o quadro legal, na medida em que permitiria mais facilmente definir situações de referência para a identificação de objetivos de regulação, por um lado, e de falhas regulativas, por outro. No mesmo sentido, também se pode dizer que ficou por estabelecer um processo sistemático de análise institucional sobre os benefícios sociais da atividade reguladora independente. Os novos Estatutos das entidades reguladoras a publicar na sequência da Lei-quadro e o desenvolvimento que sempre se verifica da legislação setorial serão talvez oportunidades para resolver e esclarecer alguns dos problemas e ambiguidades existentes.

Numa perspectiva geral, podemos entender o quadro legal da regulação como resultado de um equilíbrio político entre os vários interessados: empresas de

diferente dimensão, grupos de consumidores, administração pública, sindicatos, quadros das entidades reguladoras, a Comissão Europeia, entre outros. Neste contexto, numa perspetiva de investigação futura, importaria analisar em que medida a Lei-quadro traduz uma mudança nos equilíbrios políticos sobre a regulação independente na sociedade portuguesa. Entre nós, a regulação independente do Governo começou por diferentes vias e deu origem a um cenário regulador muito diversificado e por vezes pouco coerente. Nas comunicações, por exemplo, começou pela formação de um instituto público, em 1989, com algumas competências próprias embora sem garantias de independência formal. Com o tempo essas competências alargaram-se e levaram à formação de uma autoridade independente. Mais lentamente e iniciando-se o processo muito depois, deu-se uma evolução semelhante no setor das águas e resíduos, com a constituição da entidade reguladora do setor. Na eletricidade, desde a organização do sistema elétrico nacional, em 1995, que se constituiu uma autoridade independente para regular um setor em vias de liberalização e de privatização. Na área da defesa da concorrência, em 2003, uma autoridade independente sucedeu a um quadro regulador assente na Direção Geral e no Conselho da Concorrência. Noutros casos, a constituição inicial de um instituto com competências próprias não teve uma evolução no sentido de se constituir uma autoridade independente, tendo havido uma progressiva redução da autonomia financeira e administrativa original, ainda que simultânea com o reforço das suas competências próprias, depois da sua constituição, como sucedeu na aviação civil.

No fundo, em cada setor regulado formaram-se equilíbrios políticos específicos sobre este assunto, que geraram diferentes graus de autonomia financeira e de gestão e de independência em relação ao Governo. Com os riscos inerentes a qualquer generalização poderemos talvez admitir que a regulação independente começou por ser desejada pelos Governos para credibilizar o quadro de investimento, garantindo segurança na remuneração do capital, e como forma de reformar e dinamizar o setor público. Foi apoiada pelas associações de consumidores que recebiam proteções dos Governos aos antigos monopólios, pelas novas empresas que iam entrar nos mercados também porque recebiam essas proteções e porque admitiam ter maior capacidade de influência no processo regulativo se conduzido por uma autoridade independente do que se fosse conduzido pelo Governo. Foi também incentivada pela Comissão Europeia que rapidamente introduziu regras de supervisão da atuação dos reguladores nacionais, sobrepondo-se na prática aos Governos

nacionais e podendo estar na origem de outros tipos de falhas do Estado. As empresas reguladas, antigos monopolistas, também defendiam a regulação independente porque esperavam maior certeza regulativa e confiavam na sua capacidade de fazer valer os seus pontos de vista.²⁷

Este consenso português a favor da regulação independente talvez tenha atingido a sua maior expressão em 2001-2003 quando foram criadas a Autoridade Nacional de Comunicações e a Autoridade da Concorrência. Desde então foi sujeito a vários choques e parece razoável admitir que se alterou significativamente. Em primeiro lugar, com o desenvolvimento da concorrência formas tradicionais de regulação assimétrica tornaram-se menos importantes para as empresas que entraram no mercado, tornando para elas menos importante a regulação. Além disto estas empresas podem ter conseguido aumentar a sua capacidade de intervenção no processo político, deixando de ver tantas vantagens na regulação independente. A crise económica centrou as atenções entre tanto nos custos administrativos da regulação e na eficiência interna das autoridades reguladoras. Por outro lado, o argumento da regulação independente como um dos instrumentos de reforma do setor público deu lugar a alguma reação negativa da administração pública tradicional, na medida em que se observaram diferenças significativas entre as remunerações no setor público e nas autoridades independentes. Talvez por isto, se observe na Lei-quadro um grande peso de medidas relacionadas com a gestão financeira e com o controlo financeiro das autoridades reguladoras. Como se referiu, pode haver dúvidas de que algumas das medidas sejam inteiramente coerentes com os princípios de independência em relação ao Governo.

No mesmo sentido se podem entender as medidas Lei-quadro para regulamentar a criação de autoridades reguladoras independentes. Tratar-se-á também de reação contra o que se podem entender como comportamentos excessivos no passado de criação de entidades com autonomia financeira e administrativa, racionalizados com argumentos de celeridade de processos e de modernização da administração. De facto, ao longo das três últimas décadas foram criadas várias organizações com algum grau de independência em relação ao Governo, sobretudo em matéria de autonomia financeira e administrativa, por vezes sob a forma de institutos públicos. Ora, nem sempre foi evidente que essa independência se justificasse face aos objetivos formalmente enunciados. Mas o contrário também se verificou, em setores

27 Nesta linha de argumentação, sobre o setor de comunicações, Confraria, 2004.

diferentes, havendo falta de capacidade de atuação e de autonomia de gestão quando ela era necessária. Designadamente nalguns institutos públicos com funções reguladoras gerando-se um quadro regulativo incoerente.²⁸ Ou seja, o Estado poderá ter falhado por defeito ou por excesso. Por não criar autoridades reguladoras independentes quando se justificavam, ou por criar entidades independentes com autonomia e flexibilidade de gestão que não se justificavam face aos fins em vista.

Em síntese, a Lei-quadro parece traduzir uma nova posição política em relação à regulação independente. Analisar as características do equilíbrio político na origem desta Lei, e a dinâmica política em cada um dos setores regulados é matéria para investigações adicionais futuras.

28 Para uma síntese da situação na regulação, nos vários setores de atividade, Ferreira, Morais & Anastácio, 2009. A questão da incoerência entre responsabilidades e autonomia de gestão é discutida em Confraria, 2010.

BIBLIOGRAFIA

ARROW, K.

1961 *Social Choice and Individual Values*, New York: Wiley.

BALDWIN, R., CAVE, M. & LODGE, M.

2012 *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford: Oxford University Press.

BESLEY, T.

2006 *Principled Agents? The Political Economy of Good Government*, Oxford: Oxford University Press.

CONFRARIA, J.

2004 “Power and Discretion in Independent Regulation. The Case of Portuguese Communications Markets”, in M. Crew & P. Kleindorfer, *Regulatory and Economic Changes in the Postal and Delivery Sector*, Boston/Dordrecht/London: Kluwer Academic Publishers, 2004.

2010 “Falhas do Estado e Regulação Independente”, *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano 1, n.º 3, pp. 33-52.

2011 *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, Lisboa: Lisboa Universidade Católica Editora.

FERREIRA, E.P. & MORAIS, L.

2009 “A regulação Sectorial da Economia. Introdução e Perspetiva Geral”, in Ferreira, Morais & Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

FERREIRA, E. P., MORAIS, L. & ANASTÁCIO, G. (coord.)

2009 *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina.

FISHER, R. & SERRA, P.

2000 “Regulating the Electricity Sector in Latin America”, *Serie Economia 86*, Universidade do Chile.

GILARDI, F.

2002 “Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis”, *Journal of European Public Policy*, 9:6, pp. 873-893.

2005 “The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598: 84.

HERTOG, J. den

2012 “Economic Theories of Regulation” in R.J. van den Bergh & A.M. Paccos, *Regulation and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar.

- KESSIDES, I.
 2004 *Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition*, Washington: IBRD/World Bank.
- LEVINE, M.
 1998 “Regulatory Capture”, in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London: Macmillan.
- LEVY, B. & SPILLER, P.
 1996 “A framework for resolving the regulatory problem”, in B. Levy e P. Spiller (eds.), *Regulations, Institutions and Commitments*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PELTZMAN, S.
 1989 “The Economic Theory of Regulation After a Decade of Deregulation”, *Brookings Papers on Economic Activity*, pp. 1-41.
- MOREIRA V. & MAÇÃS, F.
 2003 *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTIMORT, D.
 1999 “The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs”, *Review of Economic Studies*, 66, pp. 929-947.
- OCDE
 2009 *L'Analyse d'Impact de la Réglementation*, Paris: OCDE.
- POSNER, R.
 1971 “Taxation by Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2 (1) Spring, pp. 22-50.
- THATCHER, M.
 2002 “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”, *West European Politics*, 25:1, pp. 125-147.
- WEIMER, D. & VINING, A.
 2011 *Policy Analysis*, London: Longman.