

FALHAS DO ESTADO E REGULAÇÃO INDEPENDENTE

*João Confraria**

ABSTRACT: Several sectors have been regulated by government, sometimes since they were created, as it happened with postal services, telecommunications, electricity, civil aviation, railroads, roads, ports and water and waste. However, for the last 20 years regulation independent from the government has become increasingly popular in Portugal in some of these sectors, as well as in antitrust. In this paper it is argued that independent regulation should be considered as a response to state failures created by former government regulation. It is shown that there are different degrees of independence in the Portuguese legal framework and that there are several inconsistencies, at least in some sectors, concerning the management autonomy of independent regulatory authorities as well as their supervision. It is argued that this legal framework may be the source of inefficiencies in regulation and creates serious problems of accountability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Estado na economia portuguesa e a regulação independente do governo. 3. Atributos de independência. 4. Competências próprias e flexibilidade de gestão. 5. Supervisão da regulação independente. 6. Comentários finais.

1. INTRODUÇÃO

A regulação independente tornou-se popular em Portugal nas duas últimas décadas. Foi uma alteração da forma de intervenção do Estado nalguns mercados que eram intervencionados praticamente desde a sua origem. Esta intervenção tradicional pode ser explicada como uma tentativa de resolver falhas de mercado relacionadas com o monopólio, a falta de concorrência e assimetrias de informação entre produtores e consumidores. A regulação

* Professor auxiliar da Universidade Católica Portuguesa e Vice-Presidente do Instituto Nacional de Aviação Civil. Este trabalho baseia-se numa apresentação feita no Seminário da Revista de Concorrência e Regulação, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 17 de Março de 2010. As opiniões expressas são da responsabilidade exclusiva do autor.

independente deve ser entendida como uma resposta a falhas do Estado verificadas com essa intervenção. Ou seja, através da regulação independente do governo procura-se evitar falhas e imperfeições associadas à regulação directamente dependente do governo. É este o argumento da secção 2 deste trabalho. Defende-se, depois, na secção 3, que a independência não é, na prática, um conceito bem delimitado, podendo ser considerados diferentes graus de independência na regulação em Portugal, tomando como exemplos os mercados de comunicações, de energia, de aviação civil e de águas, além das soluções encontradas em matéria de defesa da concorrência. Neste contexto, limitações e incoerências no quadro institucional português são identificadas e discutidas nas secções 4 e 5, tendo em conta, respectivamente, os problemas de supervisão de entidades reguladoras e os bloqueios que podem resultar da atribuição de competências próprias a uma entidade reguladora sem a flexibilidade de gestão necessária para o exercício dessas competências. Em síntese, sugere-se que o quadro institucional da regulação portuguesa necessita de ser pensado de forma sistemática em função das falhas do Estado que lhe estão associadas, escolhendo-se as configurações institucionais que as minimizem, numa abordagem coerente e integrada, que não tem sido evidente na evolução institucional da última década.

2. O ESTADO NA ECONOMIA PORTUGUESA E A REGULAÇÃO INDEPENDENTE DO GOVERNO

O Estado interveio profundamente na economia portuguesa ao longo de mais de cem anos. O Estado republicano procurou regular monopólios privados, dando continuidade às políticas das últimas décadas da monarquia, como sucedeu nos serviços telefónicos em Lisboa e no Porto e nos cabos submarinos. Noutros casos, organizações públicas forneceram serviços em regime de monopólio, de que foram exemplos os correios e telégrafos, ou os portos. O desenvolvimento das redes rodoviárias e ferroviárias também se verificou num quadro de profunda intervenção do Estado, não só através dos indispensáveis planos de desenvolvimento, mas também através de incentivos ao investimento, como a garantia de remuneração do capital, ou da regulação de preços. A promoção da actividade inovadora pela atribuição de monopólios de invenção ou de introdução de novas actividades na economia nacional é outro exemplo do intervencionismo estatal das últimas décadas do século XIX e dos primeiros anos do século XX.

O Estado Novo foi também um Estado regulador. Em certo sentido foi mesmo um Estado essencialmente regulador, pois privilegiou a empresa privada e o funcionamento dos mercados, desde que sujeitos a mecanismos apertados de regulação, como a regulação directa de preços e de investimentos, o condicionamento industrial e a organização corporativa, que alteraram os padrões de entrada e de saída, os investimentos das empresas instaladas e os preços. Investimentos foram apoiados pela atribuição de direitos de exclusivo, ou ainda por empréstimos públicos e por garantias públicas concedidas para a emissão de dívida privada. Manteve-se sempre a intervenção do Estado na regulação de monopólios privados, ou da exploração de indústrias em regime de monopólios através de organizações públicas. Energia, correios, telefones e telégrafos, portos, distribuição de águas e aeroportos fornecem exemplos específicos de regulação durante este período.

Reforçando-se o peso das empresas públicas, designadamente nos mercados em monopólio, continuou a intervenção do Estado na economia no quadro da Constituição de 1976, sem que se abandonassem completamente intervenções em matéria de preços ou de investimentos em mercados onde predominavam empresas privadas. E neste caso a tentativa de promoção do investimento teve novos instrumentos, designadamente a concessão de apoios financeiros directos a investimentos privados.

Na sequência da adesão à CEE a intervenção nos mercados através da concessão de subsídios ao investimento generalizou-se a vários sectores de actividade económica, em concorrência ou em monopólio, com empresas públicas ou privadas. Em finais dos anos 1980 o processo de privatizações de monopólios públicos evidenciava a necessidade de reforçar mecanismos de regulação de empresas privadas, em substituição da direcção que se esperava que o Governo imprimisse a empresas públicas. Foi o que sucedeu em actividades como o transporte e a distribuição de electricidade, as auto estradas ou as redes telefónicas. Noutras indústrias, como as de águas e resíduos e os aeroportos, as principais empresas permaneceram públicas. Com a adesão à CEE apareceu também um novo objectivo na intervenção do Estado na economia que foi a defesa e a promoção da concorrência. Objectivo que se tornou ainda mais importante do que normalmente seria, com a liberalização e abertura à concorrência nos anos 1990 de actividades tradicionalmente exploradas em regime de monopólio, como o fornecimento de electricidade, os serviços de telecomunicações ou os transportes aéreos.

Ao longo deste período de mais de cem anos, muitas das intervenções do Estado podem ser explicadas, adoptando-se uma perspectiva de interesse público, como uma tentativa de corrigir falhas no funcionamento dos mercados, relacionadas com monopólios, assimetrias de informação e promoção de uma concorrência saudável. Numa perspectiva de política económica nacional, por vezes nacionalista, algumas dessas intervenções podem também ser entendidas como tentativas de aumentar os benefícios que para a economia portuguesa poderiam resultar da participação das empresas residentes em Portugal nos mercados internacionais e, mais recentemente, no processo de globalização que se acelerou.

Nesta perspectiva de interesse público, as intervenções do Estado na economia baseadas na convicção de que o Estado poderia corrigir falhas de mercado foram naturalmente determinadas pela interpretação que em cada momento se teve do funcionamento de um mercado e, em consequência, do tipo de falhas que podiam ser detectadas. De facto, em diferentes épocas, as vantagens e inconvenientes do mercado foram interpretadas de forma diferente. Talvez que o exemplo mais simples possa ser dado pelo que se considerou serem os benefícios para a economia da propriedade privada, do mercado e da concorrência. Mantendo-nos na mesma perspectiva de interesse público na interpretação da intervenção do Estado, podemos dizer que no Estado Novo predominou uma visão do mercado que entendia os benefícios da propriedade privada mas considerava necessária uma intervenção sistemática do Estado para evitar a concorrência excessiva, desregrada, que seria o resultado normal do funcionamento de um mercado não regulado, com desperdício de investimentos e de emprego. Actualmente a perspectiva que temos do funcionamento do mercado é bem diferente. Privilegiamos a intervenção do Estado para corrigir situações de falta de concorrência, pela cartelização, pela monopolização ou pelo abuso de posições dominantes, valorizando as ineficiências produtivas e de mercado associadas a cada uma destas situações.

Para corrigir falhas de mercado, tal como interpretadas em cada circunstância histórica, foram adoptados diferentes modos de intervenção. Se nos limitarmos a um dos casos que temos vindo a ter como referência, a resolução do problema do monopólio, podemos falar da produção directa de bens e de serviços, no quadro geral da administração pública, de que foram exemplo os correios e telégrafos até ao início do século XX, ou através de entidades com maior autonomia financeira e administrativa, como sucedeu, depois da primeira década do século XX, com a Administração Geral de Correios e

Telégrafos, de forma semelhante ao que já acontecia com a administração do Porto de Lisboa. Noutros casos, como durante o Estado Novo, verificou-se a regulação de empresas privadas, na electricidade ou nos cabos submarinos. A partir dos anos 1990, com as privatizações na electricidade e nas telecomunicações, as novas empresas privadas, antigos monopólios públicos, ficaram sujeitas a um quadro regulativo que lhes impunha bastantes obrigações, na sequência, aliás, da legislação comunitária sobre o assunto. A constituição de empresas públicas, incluindo empresas municipais e regionais, por vezes através da transformação de serviços públicos, verificou-se um pouco ao longo de todo o século. Actualmente empresas e organizações públicas continuam com um papel fundamental em monopólios como as redes distribuição de águas e resíduos, nas estradas e nos aeroportos.

Nas duas últimas décadas ganhou popularidade uma forma específica de intervenção do Estado: a regulação de uma empresa ou de um mercado através de entidades reguladoras independentes.

A independência na regulação significa normalmente independência em relação aos interesses regulados e independência em relação ao governo. A independência em relação aos interesses regulados é uma ideia simples e intuitiva. Deve ser atributo fundamental da intervenção reguladora do Estado. Esta deve ser concretizada sempre num quadro legal que dê garantias dessa mesma independência. Problema mais complicado é o desenvolvimento da regulação independente do governo que se desenvolveu em Portugal de finais dos anos 1980 ao início do século XXI, iniciando-se nos sectores de comunicações e de energia.

Na economia portuguesa esta forma de regulação não é, na sua essência, uma resposta a falhas de mercado, como o monopólio e as assimetrias de informação significativas entre empresas e consumidores, com implicações na qualidade dos serviços e na segurança do consumo. 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. A opção pela regulação através de entidades independentes do governo foi sobretudo uma mudança na forma da intervenção do Estado.

Uma mudança destas justifica-se caso se considere que permite fazer melhor o que antes já se fazia. No fundo, admitiu-se que para melhor se corrigirem falhas de mercado a intervenção estatal através de uma entidade pública independente do governo seria mais adequada do que a intervenção

directa do próprio governo. Assim não está em causa a identificação de falhas de mercado, nem a utilidade da intervenção reguladora do Estado. Com a regulação independente discute-se sobretudo a configuração organizacional do Estado mais adequada para essa intervenção.

Neste contexto, 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. Procura-se evitar falhas e imperfeições do Estado que resultam da própria actividade governativa, e que se presume serem evitáveis, ou menos prováveis, se realizadas por entidades independentes.

Estas falhas e imperfeições do Estado tradicionalmente associadas à actividade governativa são múltiplas, e bem conhecidas.

Desde logo, as eleições não garantem resultados eficientes do ponto de vista económico. Como a cada eleitor é atribuído um voto, o resultado final é independente da intensidade das preferências de cada um. Como é bem sabido, nestes casos, os resultados de um processo eleitoral podem ser ineficientes no sentido de Pareto. Mas é também claro que nem sempre do resultado eleitoral se pode extrair uma interpretação inequívoca do que é o interesse público. O Teorema da Impossibilidade de Arrow evidencia o problema. Em abstracto, o poder discricionário dos governantes pode ser enorme. Não se sabendo identificar exactamente as preferências dos eleitores, satisfazer preferências dos governantes pode ser um objectivo da actividade governativa. Mas não se sabe em que medida esta se afasta do interesse público porque este se não conhece e, assim, não é viável uma supervisão adequada da actividade governativa.

De forma mais geral, deve ter-se presente que a supervisão da actividade dos eleitores pelos eleitos tem sempre custos muito elevados e por isso é sempre imperfeita. Não sendo possível supervisionar perfeitamente a actividade de deputados e de governantes, estes têm margem de actuação para desenvolver objectivos próprios, não coincidentes com o interesse dos eleitores, mesmo quando este é conhecido. Normalmente os objectivos próprios que se atribuem a políticos relacionam-se com a conquista e manutenção do poder.

Um problema semelhante tem-se com a própria função pública. A supervisão dos funcionários públicos é também imperfeita, pelo que estes têm também a possibilidade de ter objectivos próprios que se não confundem com o interesse público que em princípio deveriam defender. Normalmente admite-se que os interesses próprios dos funcionários públicos passam por ter mais

poder burocrático, ou ter uma vida descansada, ou ainda utilizar posições públicas para promover carreiras posteriores na política ou no sector privado.

Voltando à actividade governativa, se admitirmos que os objectivos dos políticos passam pela conquista e pela manutenção do poder, podemos esperar que os seus objectivos e políticas sejam definidos em função do calendário eleitoral. Assim, políticas cujos benefícios se façam sentir num prazo superior ao da legislatura tendem a ser desvalorizadas, relativamente a outras, eventualmente menos úteis, com benefícios que se façam sentir na própria legislatura. Em limite, podem acontecer resultados perversos. Por exemplo, políticas com pequenos benefícios de curto prazo e enormes custos de longo prazo podem vir a ser as políticas adoptadas, apesar de serem prejudiciais para a sociedade. Será esta, porventura, uma das razões para a crise da Segurança Social. Nas décadas de 1980 e de 1990 era mais vantajoso para as perspectivas eleitorais dos partidos políticos oferecer mais benefícios aos eleitores, sendo os custos pagos por gerações que na altura ainda não tinham nascido ou ainda não tinham direito de voto. Com a dívida pública é intuitiva uma hipótese semelhante. E o mesmo na área do ambiente.

Nas infra-estruturas de transportes e de comunicações, na energia e nas águas, também se verificaram situações destas no último século. Por exemplo, para tentar controlar pressões inflacionistas, e a impopularidade daí resultante, em várias circunstâncias os governos permitiram aumentos de preços às empresas reguladas inferiores aos que seriam justificados pelos seus custos, prejudicando decisões de investimento e de emprego. Também aconteceu o contrário. Pela prevalência de interesses concentrados relativamente a interesses dispersos, que num processo democrático é provável, os governos acabam por favorecer por vezes os interesses das empresas reguladas, concentrados, relativamente aos interesses dos consumidores, que tradicionalmente se consideram mais dispersos.

Estes exemplos ilustram as diferentes falhas a que a intervenção do Estado num mercado, através do Governo, pode estar sujeita. Com a regulação independente pretendeu-se evitar, ou reduzir, estas falhas e imperfeições do Estado. Pelo menos nos mercados a que se tem aplicado em Portugal, regra geral monopólios, ou indústrias em processo de liberalização e de abertura à concorrência, ou ainda na área de defesa da concorrência.

No entanto, a regulação independente não elimina as falhas do Estado. Nada há numa entidade reguladora independente que garanta que não se verifiquem falhas do Estado na sua actuação. Na génese do problema estão,

como sempre, os custos de supervisão da sua actividade. E mais ainda no caso português, onde essa supervisão não é sistemática, nem feita por entidades especializadas. Este problema de supervisão é tanto mais importante quanto se verificam possibilidades significativas de exercício de poder discricionário na regulação. Os objectivos das entidades reguladoras não são definidos de forma exaustiva. Há boas razões para isso. Porque não é possível prever todas as contingências futuras associadas à actividade reguladora, nem uma solução bem definida para cada uma delas. Sendo assim, pode haver também poder discricionário na regulação independente, pelo que, embora com menos influência do processo eleitoral, podem verificar-se todas as falhas associadas à intervenção do Estado.

De facto, numa entidade independente do governo, porque há poder discricionário dos seus responsáveis, pode haver objectivos próprios. Em abstracto, estes objectivos podem ser muito diversificados, e sem nenhuma relação com nenhum conceito operacional de interesse público. Por exemplo, podem estar ligados ao crescimento do poder regulador. Ou pode haver de facto uma gestão em função do termo do mandato e, em função do que se entendam ser perspectivas futuras de carreira, criando-se objectivos, por vezes contraditórios, como a procura de popularidade junto da comunicação social, de consumidores e de eleitores ou a defesa de interesses dos regulados.

3. ATRIBUTOS DE INDEPENDÊNCIA

À independência de uma entidade reguladora estão normalmente associados vários requisitos: a existência de competências próprias e de autonomia administrativa, a existência de autonomia financeira e de flexibilidade de gestão, restrições ao desempenho de cargos dirigentes por parte de antigos ou actuais dirigentes das entidades reguladas, restrições à possibilidade de demissão dos dirigentes por iniciativa do governo e limitações às actividades que podem ser exercidas pelos responsáveis em período seguinte ao termo dos seus mandatos.

Destes, o requisito fundamental da regulação independente, a sua base, é a existência de uma entidade pública com competências próprias. Isto é, as suas decisões não dependem de orientações ministeriais. Os interessados podem recorrer, mas para os tribunais competentes. Não há recursos para a Tutela.

Este requisito de independência não é definido de forma completa e inequívoca em cada entidade reguladora portuguesa. Há uma grande diversidade de situações. Por exemplo, pode uma entidade reguladora ter uma competên-

cia regulamentar geral em matérias de taxas, mas não ter o poder de regular efectivamente as taxas praticadas pelas empresas reguladas, mantendo-se esse poder no domínio das competências ministeriais. A decisão final sobre taxas pode então ser tomada pelo membro do Governo com a Tutela do sector, mediante parecer prévio da entidade reguladora. É o que sucede, por exemplo, com o sector das águas. Mas pode também acontecer que uma entidade reguladora tenha poder regulador em matéria de preços, sem intervenção directa do Governo, mas deva acordar esses preços com a empresa regulada. Aconteceu com preços relacionados com os serviços universais de telecomunicações e de correios. O caso mais típico de competências próprias em matéria de regulação é termos uma entidade com o poder legal de regular preços com autonomia do Governo, como sucede nas telecomunicações, na energia e nos aeroportos. Mas, ainda aqui, o quadro legal pode estabelecer restrições quanto aos modelos e técnicas de regulação de preços a utilizar e nestes três sectores há de facto diferenças significativas nos meios de actuação que o legislador atribuiu à entidade reguladora.

Noutra questão, a das eventuais relações com o Governo quando existem competências próprias, há também no quadro legal português uma grande diversidade de situações. Pode uma entidade reguladora ter competências próprias de decisão, sem que isso exclua a possibilidade de haver orientações do Governo num caso concreto. Fica a entidade livre de acatar, ou não, as orientações do Governo, suportando os seus responsáveis eventuais consequências. É o que sucede em algumas matérias de regulação aeroportuária. Noutros casos pode estar totalmente vedada ao Governo a possibilidade de dar orientações num caso concreto em decisão por entidade com competências próprias para o efeito, como acontece no domínio das competências próprias das entidades reguladoras das telecomunicações e da energia, assim como na actuação da Autoridade de Concorrência.

Além disto, pode também acontecer que, no conjunto das atribuições de uma entidade, haja um subconjunto em que essa entidade tenha competências próprias de actuação e outro em que desempenhe funções de assessoria ao Governo, como as que são típicas de uma Direcção Geral, ou ainda, que noutras áreas deva coordenar a sua actuação com a do Governo. Ou seja, pode acontecer num sector que nalguns domínios a intervenção do Estado seja exercida pelo Governo e noutros por entidade com competências próprias para o efeito, independentes das do Governo. O grau de independência de uma entidade depende das relações que existam entre estas diferentes áreas.

As opções que no âmbito das suas competências próprias são tomadas por uma entidade reguladora pelo Governo condicionam-se mutuamente, em função da intensidade de relações que existam nas áreas em causa.

Neste domínio tem também interesse distinguir entre poder de influenciar o mercado e competências próprias. Uma entidade reguladora pode ter, por exemplo, um poder muito superior ao que, aparentemente, resultaria de uma avaliação das suas competências próprias. Para isto pode contribuir, por exemplo, a posição dessa entidade na criação de consensos na indústria, entre empresas e entre estas e consumidores, na definição de normas técnicas, na elaboração de cenários de desenvolvimento. No mesmo sentido, o poder real de uma entidade administrativa aumenta caso a decisão final do Governo dependa de parecer prévio dessa entidade, e não haja mais nenhuma entidade administrativa no processo. O sector das águas e resíduos pode ser um bom sector para teste destas hipóteses.

Dos outros atributos acima referidos, que podem ser entendidos como úteis, ou necessários, para o melhor exercício das competências próprias que estão na génese da regulação independente, os mais importantes serão a autonomia financeira e a existência de alguma flexibilidade de gestão, designadamente em matéria de contratação de serviços especializados e na definição de um regime próprio de carreiras para os seus profissionais. Se em cada caso de exercício das suas competências próprias uma entidade reguladora necessitar de recursos que dependem de autorização do Governo, é claro que este pode condicionar decisivamente o resultado. Mas, como veremos a seguir, o problema é bem maior. É o exercício dessas competências que pode estar em causa, com consequências bem mais graves do que a simples perda de autonomia ou de independência.

Ora, neste domínio há também grandes variações no quadro institucional da regulação portuguesa de monopólios e de promoção da concorrência. Há entidades que combinam competências próprias com apreciável flexibilidade de gestão, outras sem grandes competências próprias e nenhuma flexibilidade de gestão, e ainda outras em que a uma alargada gama de competências próprias não corresponde nenhuma flexibilidade de gestão, encontrando-se, neste aspecto, em situação semelhante à da função pública em geral (figura 1, a título indicativo). Haverá ainda possibilidade de distinguir entre casos em que não há autonomia financeira significativa, de outros em que ela existe, baseada em receitas próprias.

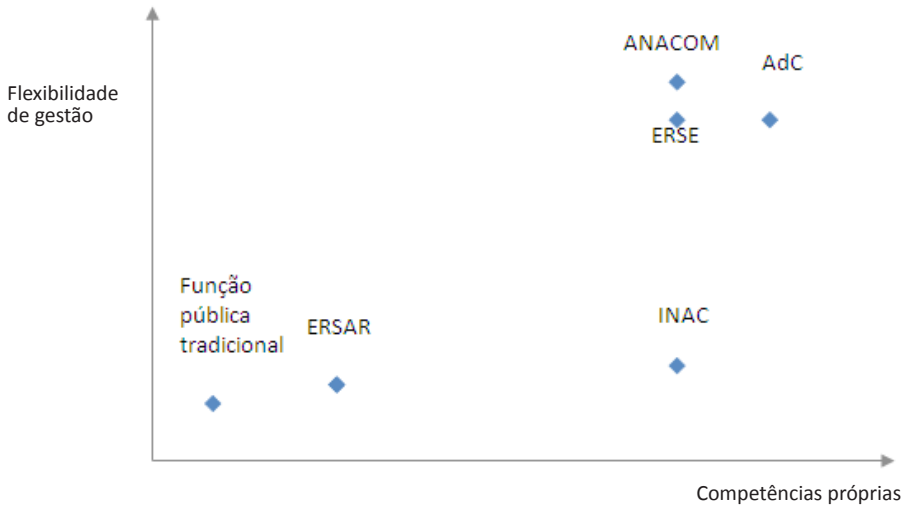


FIGURA 1: Competências próprias e flexibilidade de gestão

Diferenças há também entre as várias entidades portuguesas no que diz respeito a restrições ao poder do Governo em matéria de nomeação e de demissão dos responsáveis pelas entidades reguladoras. Nalguns casos existem restrições às possibilidades de nomeação, procurando-se evitar que pessoas que tenham trabalhado para entidades reguladas integrem os conselhos de administração ou directivos de entidades reguladoras. Pode também acontecer que, terminados os seus mandatos, os membros desses conselhos estejam impedidos de trabalhar em empresa do sector durante algum tempo, recebendo para o efeito uma compensação monetária. E, finalmente, pode ser consagrado o princípio da inamovibilidade dos responsáveis pelas entidades reguladoras. Normalmente considera-se que regras deste tipo são úteis para garantir maior independência do Governo e das entidades reguladas no exercício de competências próprias pela entidade reguladora. No caso português, regras deste tipo aplicam-se à ANACOM, à ERSE e à Autoridade da Concorrência, mas não se aplicam a outras entidades como o INAC.

Finalmente, também a supervisão da actividade reguladora tem diferentes quadros sectoriais. A supervisão do exercício de competências próprias pode dar-se a diferentes níveis. O da legalidade das decisões, o do cumprimento dos objectivos de regulação, assim como o próprio mérito de cumprimento

desses objectivos. Centrando-nos na avaliação do cumprimento das decisões, temos, na prática, três possibilidades: a supervisão pelo Governo, pela Assembleia da República e por organizações internacionais, no âmbito das suas missões e das responsabilidades assumidas pelo Estado português na adesão a essas organizações. Aqui também há diferentes casos entre as entidades com competências próprias, designadamente no que diz respeito à supervisão por organizações internacionais, incluindo-se aqui a supervisão do cumprimento de regulamentos e procedimentos de carácter obrigatório, assim como a supervisão da adesão a recomendações e a regras informais de comportamento (figura 2, para ilustrar o argumento, a título simplesmente indicativo).



FIGURA 2: Competências próprias e supervisão internacional

4. COMPETÊNCIAS PRÓPRIAS E FLEXIBILIDADE DE GESTÃO

Numa perspectiva integrada de análise económica da regulação, que integre o problema de correcção das falhas que num mercado se identifiquem com a definição de um quadro institucional que minimize as falhas do Estado inerentes à actividade reguladora, o actual quadro institucional português não se entende bem. O nível de competências próprias varia bastante segundo os sectores e, sobretudo, há enormes diferenças entre a flexibilidade de gestão e a autonomia financeira que é permitida a entidades com fins e competências próprias semelhantes. Como já se mencionou, a flexibilidade de gestão está relacionada sobretudo com a capacidade de uma entidade com competências

próprias para gerir o seu orçamento em função das necessidades de regulação, designadamente em matéria de pessoal e de contratação de serviços especializados.

É claro que há diferenças substanciais entre uma entidade com competências próprias sem flexibilidade de gestão e outra entidade sem competências próprias nem flexibilidade de gestão. Neste segundo caso, o Governo mantém os poderes de decisão fundamentais. Não se tem realmente uma entidade reguladora e é mais transparente um modelo tradicional explícito de regulação directa pelo Governo. O segundo caso é o mais interessante. Se uma entidade tem competências próprias significativas mas não tem flexibilidade de gestão cria-se uma situação contraditória, com desequilíbrios fundamentais na dinâmica regulativa, podendo comprometer os próprios objectivos de interesse público que se pretendem atingir. É o que se discute a seguir.

Em abstracto, o que deve estar em causa é o controlo orçamental, da receita e da despesa, de uma entidade com competências próprias. Outras hipóteses que se apresentem neste contexto não parecem muito interessantes e acabam por ter solução bem prosaica. Por exemplo, admitir que através da falta de flexibilidade de gestão se pretende continuar a controlar a actividade reguladora é uma contradição básica. Nesse caso as competências próprias não existem de facto e, de novo, é mais transparente definir um modelo de regulação tradicional pelo governo.

O que interessa numa entidade reguladora com competências próprias é definir um orçamento, as receitas e as despesas, sujeitando-os, obviamente, ao controlo de um órgão com legitimidade democrática. Por vezes diz-se que isto põe em causa a independência. O comentário não faz sentido. Os recursos de funcionamento das entidades reguladoras são recursos públicos, muitas vezes resultantes da cobrança de taxas, e o montante de receita e de despesa necessitam obviamente de estar sujeitos a formas efectivas de controlo democrático.

O orçamento de uma entidade reguladora deve ser estabelecido para que essa entidade tenha os recursos necessários às suas atribuições. A forma mais adequada de concretizar este objectivo é realizar uma análise desagregada das necessidades de recursos humanos, técnicos e de contratação de serviços, indispensáveis dadas essas atribuições. Aqui haveria sempre que discutir opções de gestão da entidade reguladora, que podem ou não ser validadas pelo Governo ou pelo Parlamento. Por exemplo, pode prever-se um orçamento que inclua a fiscalização exaustiva de todo o universo de empresas fis-

calizáveis, ou, em alternativa, por motivos de controlo de custos, optar-se pela fiscalização de uma amostra, havendo aqui ainda que decidir a dimensão da amostra: cinquenta, vinte e cinco ou dez por cento do Universo? Da mesma forma, os prazos inerentes à função reguladora também devem ficar definidos neste processo. Quando se pretende licenciar ou certificar uma empresa rapidamente, as necessidades de recursos serão maiores do que quando se admite que esse processo pode levar meses, ou anos. É o mesmo para a resolução de conflitos entre empresas reguladas ou entre empresas e consumidores. Em função das opções que se tomem nestas áreas, opções conjuntas da entidade reguladora e do Governo ou do parlamento, fica identificada a necessidade de despesa. Pode proceder-se então à definição das fontes de receita necessária para o funcionamento da entidade. A flexibilidade de gestão, tal como a entendemos acima, deveria concretizar-se com respeito pelas regras orçamentais e com a sujeição a auditorias periódicas por parte de organismos competentes para o efeito.

Na prática, a maior parte das entidades com competências próprias de regulação vê os seus orçamentos previamente aprovados, embora não seja evidente que todas as despesas estejam devidamente fundamentadas a partir de uma análise desagregada do seu processo produtivo. O que distingue as várias entidades é a flexibilidade de gestão de um orçamento. Algumas têm alguma flexibilidade, por exemplo em matéria de contratação de pessoal e de serviços e ainda pela definição de um regime de carreiras próprio.

Contudo, nos últimos anos, as reformas administrativas portuguesas têm vindo a reduzir a flexibilidade de gestão de entidades reguladoras com competências próprias. Em vários casos essa flexibilidade de gestão desapareceu, dependendo de autorização prévia do Governo, designadamente do Ministério das Finanças, simples actos de contratação de recursos previamente aprovados por via orçamental. Ao mesmo tempo, 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. No fundo, em muitos casos não é possível entender a atribuição de competências próprias sem a atribuição da capacidade de mobilizar e gerir os recursos para as exercer, no quadro de um orçamento previamente aprovado.

Esta situação, que afecta vários sectores em Portugal, cria problemas fundamentais. Na ausência de flexibilidade de gestão, o principal problema é o da

imputação de responsabilidades em caso de não cumprimento das atribuições das entidades reguladoras nessas circunstâncias. Se há competências que não são exercidas porque um Governo não autorizou, em tempo, a contratação de recursos indispensáveis para o efeito (e já aprovados no orçamento), a responsabilidade política e legal deveria ser naturalmente imputada ao Governo. Mas nesse caso importaria esclarecer completamente o problema em termos legais, para garantir a transparência institucional que deve estar subjacente a qualquer intervenção do Estado.

Numa perspectiva de teoria económica da regulação, podemos sugerir que este problema tem origem na forma casuística como se desenvolveu o quadro da regulação independente em Portugal. Cada sector tem a sua história. E a participação dos partidos políticos e da administração pública tradicional também. Por exemplo, nos mercados de telecomunicações a regulação independente desenvolveu-se gradualmente nos anos 1990, com o apoio da principal empresa regulada, o operador histórico, das empresas que entraram para o mercado e do próprio Governo. Cada um deles tinha as suas próprias motivações para o efeito. O operador histórico, ou pelo menos alguns dos seus accionistas, porque, sobretudo depois da privatização, queria evitar uma regulação em função de objectivos políticos de circunstância, repetindo-se erros de décadas anteriores. Os novos operadores porque não confiavam no exercício da função reguladora do Governo. Admitiam que o operador histórico poderia ter uma influência excessiva no Governo, por razões de relacionamento histórico e porque o Estado ainda era seu accionista. Admitiam também que poderiam influenciar mais facilmente um regulador independente do Governo. O Governo também estaria interessado porque na circunstância histórica do sector de comunicações em final dos anos 1990, a regulação independente era popular e, além disso, respondia também a algumas recomendações externas, designadamente a nível da União Europeia. Na energia e no domínio da defesa da concorrência circunstâncias económicas e políticas sectoriais concorreram para o mesmo fim.

Noutros sectores, entidades com competências próprias de regulação apareceram mais tarde. Inicialmente tiveram também alguma flexibilidade de gestão. Mas o seu desenvolvimento verificou-se numa altura em que já era menor a popularidade da regulação independente a nível político e, além disso, havia uma reacção adversa da administração pública tradicional.

Os políticos passaram a ter dúvidas sobre a generalização da regulação independente, em parte porque isso acabaria por reduzir o papel do Governo,

mesmo em áreas que tradicionalmente eram consideradas de maior sensibilidade política. Independentemente de interesses próprios, para esta atitude dos políticos também contribuiu a definição do âmbito de competências de alguns reguladores, com frequência demasiado gerais, e por vezes contraditórias com atribuições do Governo. Na prática a gestão destas competências nem sempre foi harmoniosa.

Do lado da administração pública tradicional houve uma reacção naturalmente adversa ao aparecimento de entidades com competências próprias e flexibilidade de gestão, actuando muitas vezes nos sectores mais dinâmicos da economia portuguesa. Reduzia o seu poder, e porque nalgumas entidades reguladoras as remunerações eram superiores às da função pública, criava situações que eram entendidas como injustas, quase nunca se discutindo se a especialização técnica necessária as justificava, pelo menos para algumas categorias técnicas. Assim, no sector público aumentou a pressão para reduzir a flexibilidade de gestão que tinha sido atribuída a várias entidades reguladoras.

Este movimento foi facilitado outros factores, relacionados com o comportamento dos governos face à administração pública tradicional. Multiplicaram-se no sector público português, designadamente nos anos 1990, entidades com alguma flexibilidade de gestão, muitas vezes sob a forma de institutos públicos. Não tinham funções reguladoras, mas gerou-se alguma confusão porque várias entidades reguladoras eram também institutos públicos. Tratou-se sobretudo de artifícios administrativos com os quais se pretendia evitar alguma rigidez de funcionamento da administração pública, mas que não tinham nada a ver com regulação. Como não se fez em bom rigor uma separação clara entre os vários tipos de institutos públicos, gerou-se um quadro institucional confuso em que 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. E para as quais não se encontravam bons motivos para terem competências próprias nem autonomia financeira e flexibilidade de gestão. Quando, por reacção política e administrativa, ou por simples bom senso, se pretendeu acabar com as autonomias de alguns institutos públicos que não tinham funções reguladoras, os que as tinham acabaram por ser afectados, comprometendo-se a própria função.

O resultado final é um quadro pouco coerente, relativamente ao qual há basicamente duas alternativas. A primeira é uma abordagem selectiva, iden-

tificando-se as entidades reguladoras que devem ter, fundamentadamente, competências próprias e dotando-as da indispensável flexibilidade de gestão, justificada em função da natureza do sector em que actuam. A outra é ignorar o problema das falhas do Estado com origem na actuação governativa e reconduzir a função reguladora ao modelo que predominou no século XX, dependente do Governo com apoio da administração pública tradicional, assumindo todas as consequências políticas e legais que daí resultem.

5. SUPERVISÃO DA REGULAÇÃO INDEPENDENTE

A regulação independente é uma forma de tentar resolver algumas falhas do Estado, mas não as elimina. Como acima foi referido, isto acontece porque não é possível uma definição legal exaustiva de todas as contingências futuras associadas ao exercício das competências próprias da entidade reguladora. Assim, as entidades reguladoras têm poder discricionário, reforçado pelos custos de supervisão das suas actividades, normalmente elevados como consequência da especialização técnica que lhes é inerente. Nalguns casos o problema é mais complexo porque a supervisão é feita por entidades internacionais, quer a nível da Comissão Europeia, quer ao nível de outras organizações internacionais especializadas, designadamente no âmbito das Nações Unidas. Para maior simplicidade, vamos aqui centrar a discussão na supervisão a nível nacional.

A supervisão nacional da actividade reguladora independente deve ter como objectivo garantir um exercício eficaz das competências próprias de uma entidade e evitar a multiplicação de falhas do Estado, como aquelas que muitas vezes se associam à actividade governativa e à actividade política.

Em bom rigor, a supervisão deve iniciar-se com as nomeações dos titulares dos órgãos dirigentes das entidades reguladoras. Aqui importa ter uma ideia precisa do que se pretende. Julgo que a supervisão se deve centrar em dois requisitos básicos. A competência técnica em primeiro lugar. Assegurada esta, em função de uma ponderação do currículo do candidato, que não tem que ser restringida a uma simples avaliação de saber teórico e prático sobre o sector em causa, importa sobretudo perceber a interpretação que cada candidato proposto tenha da dinâmica do mercado, da concorrência, do interesse público a salvaguardar e das técnicas a utilizar para o efeito. Isto é necessário para se saber como vai o candidato ao cargo, uma vez nomeado, utilizar o poder discricionário que lhe está associado, e que, como se viu, é inevitável na actividade reguladora, em geral. No fundo importa

conhecer a “ideologia” reguladora dos candidatos aos cargos dirigentes das entidades reguladoras.

Uma forma adequada de garantir estes objectivos é, antes da nomeação, submeter a uma audição parlamentar pública os candidatos ao cargo, propostos pelo Governo. A nomeação só se verificaria depois desta audição. É claro que em casos desastrosos, de incompetência técnica evidente, ou de manifesta falta de senso demonstrada numa audição pública, poderia o Governo ter de retirar a proposta de nomeação. Não é cenário provável. Conhecendo as regras, poderíamos esperar que um Governo seleccionasse candidatos aos órgãos dirigentes de entidades reguladoras que evitassem situações desse tipo.

Tem sido admitido na discussão pública destes problemas que um Governo pode 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. E para resolver este problema tem sido sugerido que os titulares de cargos dirigentes nalgumas entidades reguladoras deveriam ser designados por consenso partidário, ou, pelo menos em parte, por partidos que em cada momento estejam na oposição.

Aqui importa distinguir entre opções ideológicas no exercício de competências próprias e a subordinação da actuação reguladora a objectivos políticos de circunstância.

As primeiras são legítimas e inevitáveis. Os reguladores têm opções sobre a forma como exercem o seu poder discricionário e pode ser vantajoso, do ponto de vista da coordenação da política económica geral, promover a sua coerência com opções do Governo, tanto mais que, como se referiu, há em várias entidades reguladoras a conjugação de atribuições em que têm competências próprias, com outras em que exercem funções de assessoria ao Governo, ou com ele devem coordenar a sua actuação. Assim, embora a regulação independente do Governo deva privilegiar a análise técnica e a decisão em função de critérios técnicos, dados os objectivos legais estabelecidos, é útil que não haja incompatibilidades de fundo entre a entidade reguladora e o governo, sobretudo em matérias em que as respectivas atribuições sejam adjacentes, ou se sobreponham.

Pelo contrário, a subordinação da actuação reguladora ao jogo político é a falha do Estado que se pretende evitar.

Ora, nomear os dirigentes de entidades reguladoras por consenso entre Governo e oposição não garante a resolução da falha de Estado que está

em causa. Caso se admita que um Governo procure designar pessoas que subordinem o exercício de competências próprias a objectivos de conjuntura política, ou quaisquer outros que sejam úteis ao Governo, então também tem de se admitir que partidos da oposição podem também utilizar a possibilidade de designação de dirigentes de entidades reguladoras para criarem dificuldades a um Governo, em função dos seus objectivos políticos. Um argumento semelhante pode ser utilizado para uma proposta alternativa que seria de nomeação de dirigentes pelo Presidente da República por proposta do Governo. Também aqui não seria garantida a eliminação de falhas do Estado. O resultado final dependeria do alinhamento, ou da falta de alinhamento político, entre o Presidente da República e o Governo em cada momento em funções.

Importa reconhecer que nesta matéria não se pode garantir o resultado final. Pode haver pessoas politicamente alinhadas com um Governo que, uma vez nomeadas para uma entidade independente, exercem as suas competências com independência e sólida base técnica. Em alternativa pode haver independentes que tendam a alinhar o seu comportamento com o Governo ou com a oposição. E isto sem excluir que haja pessoas ligadas à oposição que exerçam as suas competências com rigor, sem criar conflitos artificiais com o Governo em funções.

Também por estes motivos, procurando-se garantir ao nível da nomeação a competência técnica e a transparência nas opções fundamentais de regulação, é fundamental assegurar uma supervisão adequada da função reguladora à medida que ela se vai exercendo. Pretendendo-se evitar a governamentalização da actividade reguladora, a solução mais natural é assegurar a supervisão através de comissões parlamentares especializadas. Não significa isto obviamente que os deputados tenham de ser especialistas na regulação de um sector específico, basta que tenham acesso ao conhecimento especializado necessário para uma supervisão efectiva.

6. COMENTÁRIOS FINAIS

O quadro institucional português de regulação de mercados monopolistas e de defesa da concorrência tem diferenças significativas segundo os sectores de actividade. O resultado final não é coerente e pode ser melhorado em diferentes níveis. Desde logo ao nível da supervisão, quer das nomeações, quer da prática reguladora. Além disto há incoerências fundamentais entre a atribuição de competências próprias a uma entidade e a falta de instrumen-

tos de gestão adequados ao exercício dessas competências. Neste contexto, importa pensar o quadro regulativo português em função das falhas a que a intervenção do Estado sempre pode dar origem, procurando a configuração institucional mais adequada ao seu controlo e redução. A existência de instituições internacionais, de capacidade de supervisão da actividade regulativa interna por parte de organizações internacionais, designadamente no âmbito da União Europeia e das Nações Unidas, é um factor externo que não pode deixar de ser tido em conta nessa análise interna.