



**AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES:
ENTRE A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA
E A LEGITIMAÇÃO PROCEDIMENTAL**

Pedro Filipe Gonçalves da Rocha

www.cedipre.fd.uc.pt

 [/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)

**AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES:
ENTRE A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA
E A LEGITIMAÇÃO PROCEDIMENTAL**

Pedro Filipe Gonçalves da Rocha



TÍTULO	Autoridades Reguladoras Independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental
AUTOR(ES)	Pedro Filipe Gonçalves da Rocha
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA PORTUGAL Tel.: +351 916 205 574 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	Autoridades Reguladoras Independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental, Publicações CEDIPRE Online — 38, http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, abril de 2020

COIMBRA
ABRIL
2020

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra como requisito de aprovação à unidade curricular de Regulação Pública e Concorrência, respeitante ao 2º Ciclo de Estudos em Administração Público-Privada.

Docente: Natália de Almeida Moreno

Resumo: Num momento em que a regulação se assume como instrumento essencial da actuação do Estado, torna-se importante estudar o tema da legitimidade das Autoridades Reguladoras Independentes. Se por um lado se procura garantir a independência destas entidades face a ingerências do poder político, por outro lado levanta-se a questão da sua legitimidade e possível incompatibilidade com o princípio democrático constitucional. Não falta, a este respeito, quem sugira o abandonar da legitimidade democrática a favor de uma legitimidade procedimental caracterizada por notas de transparência, abertura, participação e prestação de contas. Propomos, com o nosso trabalho, um estudo das virtudes e perigos dos modelos de legitimação propostos para as ARI e apresentamos as nossas considerações sobre o assunto.

Palavras-chave: Regulação; Regulação Pública; Autoridades Reguladoras Independentes; Independência; Legitimidade; Legitimidade Procedimental; Legitimidade Democrática.

Independent Regulatory Agencies: between democratic and procedural legitimacy

Abstract: In a time where regulation assumes itself as a State's essential instrument of action, it becomes important to study the topic of Independent Regulatory Agencies' legitimacy. If on the one hand the aim is to guarantee the independence of these entities in the face of political power interference, on the other hand this raises the issue of their legitimacy and possible incompatibility with the constitutional democratic principle. With regard to this, there is no shortage of authors suggesting abandoning democratic legitimacy in favour of a procedural legitimacy characterized by notes of transparency, openness, participation and accountability. We propose, in this work, a study of both the virtues and dangers of the legitimacy models proposed for the IRA and present our considerations on the subject.

Keywords: Regulation; Public Regulation; Independent Regulatory Agencies; Independence; Legitimacy; Procedural Legitimacy; Democratic Legitimacy;

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	1
II. REGULAÇÃO E INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO: AS ARI	3
1. Origens.....	4
2. Regime Jurídico	7
2.1. Enquadramento na Administração Independente	9
2.2. Poderes das Autoridades Reguladoras Independentes (ARI)	12
2.3. A Questão da Separação de Poderes.....	13
2.4. A Independência das ARI como Agravante.....	16
a) autonomias como caminho para a independência.....	17
b) notas de independência das ARI	18
c) negação da independência e enquadramento na organização da administração pública portuguesa	19
III. A LEGITIMIDADE DAS ARI	23
1. Conceito de Legitimidade	24
2. As Hipóteses de Legitimação Das ARI	26
2.1 A Legitimação Democrática como Modelo Tradicional de Legitimação das ARI	30
2.2. A Proposta da Legitimação Procedimental das ARI.....	28

2.2.1 Críticas à legitimação procedimental das ARI	30
2.1.2 A legitimação procedimental como uma forma de legitimação democrática directa	31
2.3.Legitimação pelo Controlo Jurisdicional	32
2.4.Legitimação pela Lei Fundamental	33
2.5.Legitimação pela Criação	35
2.6.Legitimação pelos Resultados	35
IV. AS IMPLICAÇÕES DA DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DAS ARI	37
1.A Protecção da Legitimidade Democrática das ARI	37
2. “Legitimar a Legitimidade Democrática”	38
3. A Importância de Modelos Complementares de Legitimação	39
V. CONCLUSÃO	40

I. INTRODUÇÃO

Se alguns viram na emergência do Estado Regulador um regresso aos tempos liberais, a verdade é que face às alterações demográficas do final do século, ao abrandamento do crescimento económico e, consequentemente, à crise dos Estados Fiscais, não restava senão a opção por um “recoo estratégico” do Estado. Como refere Calvão da Silva, “na base da necessidade de reflexão sobre a dimensão do papel social e económico do Estado estão sobretudo razões concretas de índole económica, e não tanto factores de ordem ideológica, ligados à crença no mercado como melhor via de promoção do bem-estar da comunidade.”¹

Tanto este recoo inevitável do Estado não procurou constituir um regresso ao Estado Liberal, que nos parece antes mais correcto afirmar — e muito embora alguns tenham baptizado o Estado Regulador aí nascido de Estado Pós-Social² — que este surgiu como forma de concretização do Estado Social. Assim, mais correcto será dizer, talvez, que o Estado Regulador surge não como alternativa ao Estado Social³, procurando substituí-lo, sim em seu auxílio, como remendo que o procura salvar e concretizar⁴.

Assim, o agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para sustentar um Estado excessivamente pesado, a ineficiência económica

¹ Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, p. 39

² Vide Estorninho, M. J. (2009). *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, p. 47 e Silva, V. P. da. (1998). *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, p. 122 e ss.

³ Na mesma linha, vide Pedro Costa Gonçalves, para quem “o Estado Regulador não substituiu o Estado Social e de Serviço Público que cresceu ao longo do século XX. Na verdade, o Estado Regulador veio ocupar apenas algumas áreas correspondentes a antigos serviços públicos económicos.” — Gonçalves, P. C. (2013). *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 30.

⁴ Na perspectiva de Cabral de Moncada, o que morre não é necessariamente o Estado Social, mas a “sua formulação mais radical e despesista, o Estado Providência” (Vide Moncada, L. C. de (2012). *Direito Económico*. (6ª edição). Coimbra: Coimbra Editora, p. 43.

da sua intervenção, a sua falta de imparcialidade, um continuado abrandamento económico e inúmeros casos de corrupção, obrigaram o repensar do papel do Estado e das funções que este deveria ter a seu cargo.

Como observa Vasco Pereira da Silva, “o Direito (...) não poderia ficar imune a todas estas transformações de carácter político”⁵. Daí que, no nascido Estado Regulador, “o Direito Administrativo deixa de ser o direito de uma Administração toda-poderosa, para passar a ser o direito dos particulares nas suas relações com a Administração”⁶.

Além da adopção dos mecanismos do New Public Management, implementados numa onda de empresarialização da gestão pública, o repensar do Estado Social – que o transformou de um Estado essencialmente prestador para um Estado fundamentalmente garantidor – foi marcado por um fenómeno de desintervenção do Estado da economia, efectivado através de privatizações e liberalizações, bem como pela celebração de parcerias público-privadas para a realização de tarefas anteriormente de concretização típica pelo Estado apenas. Se casos houve em que se registou uma mera abertura do mercado a prestadores privados, que entrariam em competição com o prestador público, noutros casos registou-se uma verdadeira privatização do sector. A original responsabilidade do Estado dividiu-se, então, como nota Maria Eduarda Azevedo, em “responsabilidade pela execução, transferida para a iniciativa privada, e responsabilidade de garantia da prossecução dos fins públicos, mantida na órbita do sector público”⁷.

O fenómeno de desregulação dos mercados então encetado não significou, portanto, o desaparecer dos interesses económicos (e sociais) do Estado, que este continuou a ter de defender perante o mercado. Simplesmente, o Estado afirmou-se como garantidor, através da regulação dos mercados que desregulou.

A regulação passa, neste novo panorama, a ser a “mão visível” que garante, perante o mercado, os interesses económicos e sociais do Es-

⁵ Vide Silva, V. P. da. (1998). *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, p. 122 e ss.

⁶ Silva, V. P. da. (1998). *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*. Coimbra: Almedina, p. 9

⁷ Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia – O Trânsito para o Estado Regulador e de Garantia*. Quid Juris, p. 37

tado⁸. Assim, associada à ideia de Estado Regulador surge, no contexto europeu, a ideia de um Estado Garantidor — a regulação não visa unicamente colmatar as falhas de mercado e garantir uma concorrência mais perfeita (ou menos imperfeita), mas, também, procura salvaguardar uma série de interesses colectivos que um mercado desregulado coloca em causa.

Nomeadamente, sendo essencial a satisfação de determinadas necessidades fundamentais da comunidade, o Estado impõe “obrigações de serviço público” aos privados que operam no mercado. Na verdade, o conceito de “serviço público” deixa de ser entendido na sua forma original, que previa a natureza pública do prestador, sendo substituído pela ideia de “serviço de interesse geral”, em que deixa de ser essencial a natureza pública do prestador, relevando apenas a natureza geral (colectiva) do interesse a ser salvaguardado com a prestação do serviço em causa⁹.

Como adverte Cabral de Moncada, “A regulação distingue-se claramente do intervencionismo estatal próprio do Estado Providência. Neste, o Estado é parte da economia e dirige-a a partir de dentro. Ora, a regulação pressupõe a rigorosa distinção entre a economia e o Estado, muito embora se aceite certo nível de intervenção do segundo de modo a promover a concorrência e garantir certos serviços públicos”¹⁰.

II. REGULAÇÃO E INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO: AS ARI

A ideia de “regulação” aponta imediatamente quer para o estabelecimento de regras, quer para o garantir do equilíbrio de determinado sistema. Se traçarmos uma definição de regulação que se guie por essas ideias fundamentais, fica a nu que o Estado dispõe de diversos instrumentos para efectivar a sua tarefa de regulação. Num sentido mais lato, poderíamos dizer que estes instrumentos de regulação abrangem todas as acções capazes de fazer valer os interesses económicos e sociais do

⁸ Marques, M. M. L. & Moreira, V. (Reimp. 2008). *Economia de Mercado e Regulação*. In V. Moreira & M. M. L. Marques (Ed.), *A Mão Visível - Mercado e Regulação* (2008) (p. 15). Coimbra: Almedina.

⁹ Veja-se, a este respeito, Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, p. 215

¹⁰ Vide Moncada, L. C. de. (2012). *Direito Económico*. (6ª edição). Coimbra: Coimbra Editora, p. 51

Estado que o mercado mostra ser incapaz de satisfazer quando deixado a si próprio.

Os instrumentos de regulação incluiriam, nesse sentido, todas as leis, regulamentos, actos e contratos que condicionem a actividade económica e meios judiciais que possam, nesse âmbito, ser chamados à coacção, numa definição que se coaduna com as abrangentes palavras iniciais de Saldanha Sanches: “regulação é a negação da mão invisível”¹¹ e que chega a confundir a intervenção pública no mercado (independentemente da forma e do conteúdo que assuma) e regulação.

São inúmeras as perspectivas sobre a abrangência do fenómeno regulatório no que concerne às dimensões orgânico-subjectiva, funcional-instrumental e material-teleológica da regulação, permitindo um sem-fim de definições mais ou menos amplas ou restritas quanto aos promotores, conteúdo, método, objecto e fim da regulação. Quando pensamos em regulação, porém, somos imediatamente atraídos para a figura das Autoridades Reguladoras Independentes como o instrumento eleito da actuação do Estado no domínio económico.

1. Origens

Se, no panorama europeu, as autoridades reguladoras começaram a surgir apenas no pós-guerra, a sua origem remonta a muito antes, com a aprovação, pelo Governo Federal dos Estados Unidos da América do *Interstate Commerce Act*, em 1887, e com a instituição da *Interstate Commerce Commission*, que reunia importantes poderes no domínio ferroviário.

Coube a Thatcher a importação, para o panorama europeu, da experiência regulatória estadunidense. Daí, o fenómeno da regulação por autoridades reguladoras difundiu-se por toda a Europa, nomeadamente visando a abertura dos mercados. De facto, se nos EUA a criação das *Independent Regulatory Agencies* passou pela necessidade de controlar os excessos da concorrência num mercado tão aberto quanto o Estado Liberal americano permitia, na Europa esta figura foi resposta aos movimentos de liberalização e privatização prometidos pelo recuar de um Estado assoberbado (que quase chegara a ser um *stato salvatore*)¹².

¹¹ Vide Sanches, J. L. S. (2000). “A Regulação: História Breve de um Conceito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, p. 5

¹² Como nota Martin Lodge, apenas o reconhecimento da regulação como um meio profissional de controlo dos processos sociais une a experiência regulatória

Incluem-se as Autoridades Reguladoras Independentes que ora tratamos, segundo o legislador e segundo parte dos estudiosos, numa disputa que à frente analisaremos e da qual tomaremos parte, no conjunto das entidades tidas como “entidades administrativas independentes”. Aí distingue a doutrina aquelas “vocacionadas (...) para a protecção de direitos fundamentais dos cidadãos” daquelas “dirigidas primacialmente à regulação dos mercados”¹³. Assim temos, por um lado, entidades como a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) e a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD)¹⁴ – sem esquecer a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)¹⁵ ¹⁶ - que visam essencialmente a protecção do conjunto de Direitos, Liberdades e Garantias constitucionalmente previsto, e, por outro lado, entidades como a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), dos Serviços das Águas e Resíduos (ERSAR) e da Saúde (ERS), a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), a Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões (ASF), o Banco de Portugal (BP) e a Autoridade da Concorrência (AdC), que têm como escopo a regulação económica, promovendo a liberalização e a defesa da concorrência nos

americana e europeia. De resto, como o Autor dá conta, quer as razões para o surgir destas entidades no panorama europeu foram opostas às razões para o seu aparecimento, muito antes, nos Estados Unidos da América, quer as respostas regulatórias nos dois continentes foram distintas (*Vide* Lodge, M. (2008). Regulation, the Regulatory State and European Politics. *West European Politics*, 31: 1-2, p. 286.)

¹³ Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, p. 145

¹⁴ Aliás com a sua existência prevista (ou melhor, exigida) constitucionalmente no art. 35º CRP quando este dispõe que “A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, *designadamente através de entidade administrativa independente*” (itálico nosso).

¹⁵ Também a Constituição da República Portuguesa fez prever (ou melhor, novamente, exige) a existência de uma entidade administrativa independente para a comunicação social (art. 49º CRP), numa disposição finalmente concretizada pela Lei 53/2005, de 8 de Novembro, responsável pela criação da ERC.

¹⁶ Apontamos uma natureza híbrida da Entidade Reguladora para a Comunicação Social. De facto, e como decorre das competências constitucionalmente estabelecidas para esta entidade administrativa independente no nº1 do art. 39º CRP, a ERC assume uma natureza dupla, de entidade administrativa independente vocacionada para a protecção de DLGs (direito à informação, direito de resposta e réplica política), e, em simultâneo, de entidade administrativa independente com funções de regulação, regulando o mercado audiovisual.

seus sectores de actuação, numa chamada “regulação da estrutura”¹⁷ e fazer valer o interesse público perante o mercado, nomeadamente garantindo a prestação dos chamados “serviços de interesse geral”, seja através da sua prestação pelos serviços do próprio Estado, seja pelo estabelecimento de “obrigações de serviço universal” aos privados que actuam no mercado¹⁸.

¹⁷ Leitão Marques, M., Simões Almeida, J. & Matos Forte, A. (2005). *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra Editora, p.10

¹⁸ Caso particular é o da AdC. Enquanto as ARI anteriormente mencionadas se ocupam de uma tarefa de regulação sectorial, a actividade da Autoridade da Concorrência, naturalmente tendente à protecção das regras da concorrência, é transversal à generalidade dos sectores da vida económica. Assim, actuam em simultâneo, em cada sector, a Autoridade Reguladoras Independente sectorial correspondente e a AdC.

Como fez notar Vital Moreira, “muitos acreditaram que a regulação sectorial e a existência de autoridades reguladoras específicas eram fenómenos transitórios, que naturalmente haveriam de se extinguir quando esses sectores tivessem passado a reger-se pelas regras comuns da economia de mercado, ficando então submetidas somente à jurisdição geral das autoridades de defesa da concorrência”. Como o mesmo adianta, no entanto, “a ideia de uma futura desnecessidade das mesmas assentava tanto num errado juízo sobre o ritmo da introdução da concorrência nesses sectores como numa imperdoável desconsideração das especificidades regulatórias que eles requerem”. Nomeadamente, “uma das tarefas das entidades de regulação sectorial não pode deixar de consistir justamente na garantia da observância das «obrigações de serviço público» legalmente estabelecidas”. Vide Moreira, V. (Reimp. 2008). *As Entidades de Regulação Sectorial*. In V. Moreira & M. M. L. Marques (Ed.), *A Mão Visível - Mercado e Regulação* (2008) (p. 179-181). Coimbra: Almedina.

De resto, a autonomização de uma Autoridade da Concorrência (ao invés da sua garantia, caso a caso, pelas ARI sectoriais) parece apontar para um receio de que a regulação, e, assim, uma actividade mais regulada, significasse, por natureza, uma menor concorrência, pelo que o responsável pela regulação não poderia ser, em simultâneo, responsável por promover a concorrência (e vice-versa). Porém, “a realidade não é tão linear”, ora porque há formas de regulação que não afectam a concorrência, ora porque a regulação também pode servir a promoção da concorrência (Vide Leitão Marques, M., Simões Almeida, J. & Matos Forte, A. (2005). *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra Editora, p.9, obra que explora aprofundadamente a relação entre a Autoridade da Concorrência e as autoridades de regulação sectoriais, debruçando-se nomeadamente sobre o tema da sobreposição (e, bem assim, da repartição) de competências entre esta autoridade transversal e as autoridades sectoriais). Vide ainda Leitão Marques, M., Simões Almeida, J. & Matos Forte, A., “Regulação Sectorial e Concorrência”, *Revista de Direito Público da Economia*, Editora Fórum, nº9 (Jan/Mar 2005), p. 187-205.

Fica, pois, a ideia de possíveis conflitos entre regulação sectorial e regulação da concorrência: seja porque a regulação sectorial pode ser anti-concorrencial, seja porque a defesa da concorrência ao nível da regulação transversal pode contrariar os objectivos da regulação sectorial, como desenvolvem as obras mencionadas.

A Constituição da República Portuguesa prevê actualmente — e a partir da quarta revisão constitucional, efectivada através da Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro — a possibilidade (não obrigatoriedade) da criação de entidades administrativas independentes¹⁹. Embora as entidades administrativas independentes não se resumam, como vimos, às entidades administrativas com poderes de regulação, esta disposição significa a previsão constitucional da possibilidade de criação de autoridades reguladoras independentes, o que, não obstante constituir um preceito constitucional muito vago²⁰, parece afastar de imediato a questão da admissibilidade constitucional destas entidades²¹.

2. Regime Jurídico

Com a aprovação da Lei nº 67/2013, a realidade portuguesa de uma panóplia de autoridades reguladoras independentes estabelecidas em diferentes momentos, com diferentes poderes e diferentes amplitudes de independência orgânica, funcional e económico-financeira²² deu lu-

¹⁹ Como dispõe o art. 267º/3 CRP. “A lei pode criar entidades administrativas independentes”.

²⁰ Neste âmbito, não deixa alguma doutrina de protestar a escolha do legislador constituinte derivado, alertando a falta de esclarecimento da disposição constitucional sobre os domínios onde se justificam ditas entidades e sobre os fins da actividade que devem desenvolver. A este respeito, *vide* Azevedo, M. E. (2015). *Temas de Direito da Economia*. (2ª Edição). Almedina, p. 235, segundo a qual “Pode, em consequência, o legislador parlamentar criar uma verdadeira constelação dessas autoridades, impermeabilizadas em relação ao poder de «*indirizzo*» do Governo”, e p. 183, onde se “censura o facto de se conceder ao legislador uma habilitação em branco, visto a norma constitucional não sinalizar nem os domínios onde, em abstracto, a instituição dessas autoridades pode ter um mínimo de justificação material, nem os fins por detrás da actividade desenvolvida”. A este respeito, defendia José Lucas Cardoso que o legislador deveria limitar a criação de entidades administrativas independentes aos casos em que tal fosse o modelo mais adequado (e não somente um dos modelos adequados) à função que a entidade vise prosseguir (Cardoso, J. L. (2002). *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, p. 468.).

²¹ Não significando, no entanto, como nota José Lucas Cardoso, o afastar da necessidade de realizar a concordância deste preceito com o do art. 182º CRP, que estabelece que: “O Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública.” (*Vide* Cardoso, J. L. (2002). *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, p. 36.)

²² Até à aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras a tarefa de regulação era levada a cabo por entidades mais ou menos independentes face ao Executivo, consoante os sectores, alguns mesmo sendo regulados por entidades pertencentes à administração directa do Estado.

gar a um regime homogéneo para as ARI abrangidas pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, à qual os estatutos das ARI existentes ao momento da sua aprovação deveriam ser adaptados no prazo de 90 dias após a sua entrada em vigor²³.

Depois de frustrada uma tentativa inicial de legislar, de forma integrada, as ARI nos seus poderes e garantias de independência²⁴, a aprovação em 2013, pela Lei 67/2013, de 28 de Agosto, da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras ofereceu um quadro único aplicável a todas as entidades reguladoras – não obstante a exclusão do seu âmbito de aplicação do Banco de Portugal e da ERC²⁵. Não faltou quem criticasse a lei

²³ Como nota Maria Eduarda Azevedo, o facto da lei em causa se autointitular “lei-quadro” não significa uma superioridade hierárquico-normativa sobre os decretos-leis aprovadores das entidades reguladoras. Antes, como faz notar, “tal significa apenas uma (auto)vinculação política do legislador” (Vide Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia*. Quid Juris, p. 191). Nota também Carlos Blanco de Moraes que “a Lei nº 67/2013, embora se auto-qualifique como uma lei-quadro (LQ), não integra a reserva parlamentar e, como tal, regula uma matéria da área concorrencial entre o Governo e o Parlamento” (vide Moraes, J. C. B. de. (2015). “A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência”, *Jurismat*, nº7, p. 160).

²⁴ Vital Moreira elaborou em 2002, a pedido do Ministro da Reforma do Estado, um projecto de lei-quadro para as entidades reguladoras independentes (Vide Moreira, V. & Maçãs, F. (2003). *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra Editora.) Para Vital Moreira, a questão da Lei-Quadro surgia da necessidade das diferentes ARI existentes na altura deverem “obedecer a um conjunto homogéneo de requisitos quanto à garantia da independência e reger-se por normas dotadas de um mínimo de uniformidade institucional” (Moreira, V. (Reimp. 2008). Uma Lei-Quadro da Regulação Independente?. In V. Moreira & M. M. L. Marques (Ed.), *A Mão Visível - Mercado e Regulação* (2008) (p. 120). Almedina). Assim defendia Vital Moreira à altura: “Tudo aconselha (...) a elaboração de uma lei-quadro (...) que homogeneíze as principais soluções e que estabeleça um parâmetro jurídico mínimo, susceptível de poupar “custos de transacção” institucionais, sempre que se tem de criar uma nova entidade reguladora independente ou reformar uma já existente” (Moreira, V. (Reimp. 2008). Uma Lei-Quadro da Regulação Independente?. In V. Moreira & M. M. L. Marques (Ed.), *A Mão Visível - Mercado e Regulação* (2008) p. 122. Almedina.).

²⁵ Atendendo às especiais exigências de independência, o Banco de Portugal, inserido no Eurossistema e no Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) presidido pelo Banco Central Europeu (BCE) não poderia nunca estar sujeito à LQER – situação que constituiria um inaceitável retrocesso das suas garantias de independência.

Por sua vez, a natureza dual da ERC impede-a de estar sujeita às disposições aplicáveis às restantes Autoridades Reguladoras Independentes, não obstante o Tribunal de Contas ter sugerido, em parecer relativo à Proposta de Lei 132/XII (<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhelIniciativa.aspx?BID=37580>) a sujeição da ERC à Lei-Quadro. De facto, porém, entendeu-se pela não sujeição da ERC

daí saída: uns pela extensão da sua regulamentação, que, ao sugerir modelos iguais para sectores tão distintos, parece pôr em causa a própria razão de ser das ARI como um todo, e outros sugerindo mesmo a falta de sentido da sua existência²⁶.

2.1. *Enquadramento na Administração Independente*

A par de uma abertura e desregulação dos mercados, e de uma consequente regulação dos mesmos, foi-se verificando, no evoluir de um Estado Regulador, um fenómeno de desgovernamentalização da regulação. Foi-se percebendo, nesse sentido, que a importância da actividade regulatória exigia a sua protecção não apenas face à força de *lobbying* dos agentes económicos, para evitar a captura do regulador pelos regulados, mas também face a ingerências governamentais, de modo a garantir uma regulação estável, eficiente e eficaz, já que livre da incerteza da política e da mobilidade dos governos²⁷.

à LQER, dado esta desenvolver não apenas uma actividade de regulação económica, mas antes existir também, em simultâneo, para a protecção de direitos fundamentais. No que toca às suas funções de protecção de direitos fundamentais, aliás, a ERC tem a sua existência constitucionalmente exigida (veja-se o art. 39º CRP).

²⁶ Para Calvão da Silva, ainda em 2008, “as ARI devem ser compreendidas enquanto realidade multifacetada, modos de acção do Estado abertos à evolução e dependentes da opção política, variável no tempo e no espaço, de cada comunidade” (Vide Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Almedina, p. 191), pelo que não se justificaria uma tentativa de codificação, e, assim, de uniformização, a não ser que, a existir, uma Lei-Quadro se limitasse ao mínimo essencial, contendo apenas um conjunto de princípios gerais aplicáveis aos vários sectores. De outra forma, toda a tentativa de codificar as ARI – não obstante a boa intenção de sistematizar uma área caótica – mostrar-se-ia desnecessária (senão mesmo inconveniente). Também a nós nos parece que, ponderando as realidades tão heterogéneas dos diferentes sectores sujeitos a regulação, surge danoso para os objectivos do Estado a imposição da aplicação das mesmas respostas regulatórias em sectores diferentes sem ponderação das suas naturezas concretas. Neste sentido, talvez a actual LQER se apresente demasiado evasiva.

²⁷ Tendo sido, além disso, notados outros efeitos positivos da delegação da actividade reguladora em entidades especializadas, afastadas do poder político central. Nomeadamente, como afirma Giandomenico Majone, “Since legislators’ resources are limited, spending time and effort refining legislation reduces their ability to advance other legislation or to take other actions.” (Majone, G. (1998) “The Regulatory State and its Legitimacy Problems”. *IHS Political Science Series No. 56*, July 1998. [Working Paper]. p.3.), pelo que a delegação das tarefas de regulação a entidades especializadas apresenta também benefícios no que toca à redução dos custos da tomada de decisão, poupando à discussão política o tempo que seria investido nos

Foi-se entendendo, de facto, que a regulação deve estar livre do Estado e do poder político, protegida dos ventos ideológicos de quem governa a cada instante. Assim se promoveu uma separação entre a tarefa de orientação política da economia — que continuou a pertencer a Governo e Parlamento enquanto representantes da vontade política da população — e a tarefa de regulação propriamente dita — que, assumindo um cariz iminentemente técnico, passou a ser remetida para entidades especializadas tendencialmente independentes do poder político²⁸. É exactamente esta nota de independência, que geralmente se aponta às autoridades reguladoras, que enquadraria a sua criação na norma constitucional do art. 267º/3 CRP²⁹.

Se é verdade que o Governo é “o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da Administração Pública” (art. 182º CRP), é também verdade, no entanto, que a actividade administrativa se encontra partilhada pelos diversos níveis da Administração, não cabendo toda a responsabilidade de execução ao Governo.

Além da administração directa do Estado (sobre a qual o Governo dispõe, primacialmente, de poderes de direcção³⁰), da administração indirecta do Estado (sobre a qual, de modo a orientar e fiscalizar a sua actuação, o Governo dispõe de poderes de superintendência e tutela)

processos de tomada de decisão do legislador e Governo em relação aos pormenores das medidas a tomar no campo da regulação.

²⁸ Como refere Maria Fernanda Maçãs, “sobressai o reconhecimento de que a regulação tem uma lógica específica, que deve ser separada tanto quanto possível da lógica política propriamente dita, em especial a dos ciclos eleitorais, tornando-se necessário estabelecer adequada distância entre a política e o mercado, de modo a conferir-lhe a estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade.” (Maçãs, M. F. (2006). “O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, Julho/Agosto 2006. p. 23).

²⁹ “A lei, seguindo parte da doutrina, tende a identificar estas autoridades reguladoras como as “entidades administrativas independentes” a que se refere expressamente o art. 267º/3 CRP” (Andrade, J. C. V. de. (2018). *Lições de Direito Administrativo*. (5ª edição). Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 120)

³⁰ O poder de direcção é o mais relevante poder do Governo no âmbito da sua relação de hierarquia com a administração directa, consubstanciando-se na possibilidade de o Governo dar ordens — quando o comando vinculativo é emitido para uma situação concreta — e instruções — quando o comando vinculativo é emitido para aplicação generalizada e para situações futuras —, bem como, naturalmente, directivas, e no correspondente dever de obediência do subalterno, conforme decorre da Lei 4/2004, de 15 de Janeiro, que “estabelece os princípios e normas a que deve obedecer a organização da administração directa do Estado”.

e da administração autónoma (sobre a qual, devido à natureza própria dos interesses aí prosseguidos e à existência de eleições para os seus órgãos, o Governo dispõe apenas de poderes de tutela) surgiria uma administração independente, isenta de subordinação ao Governo, apesar de voltada à prossecução de interesses estaduais, em que se enquadrariam as ARI. Tal tem sido, pois, a perspectiva do legislador e parte da doutrina, ao considerarem as ARI como pertencendo a uma administração independente, caracterizada pela isenção de subordinação ao Governo³¹, mas que não se reconduz à administração autónoma³².

As especiais autonomias que oferecem às ARI a sua nota de independência colocariam estas entidades fora da administração indirecta do Estado, que se caracteriza pela sua dependência do Governo, que sobre ela dispõe de poderes de superintendência³³ e tutela³⁴, e numa administração independente, isenta de subordinação e controlo, mas distinta da

³¹ Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Almedina, p. 183

³² Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. (7ª edição). Almedina. p. 567.

³³ O poder de superintendência caracteriza-se pelo poder de “dirigir orientações, emitir directivas ou solicitar informações aos órgãos dirigentes dos institutos públicos sobre os objectivos a atingir na gestão do instituto e sobre as prioridades a adoptar na respectiva prossecução”, tal como decorre do art. 42º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos (aprovada pela Lei 3/2004, de 15 de Janeiro). É, enfim, o poder de definir objectivos e guiar a actuação da pessoa colectiva pública colocada na dependência da primeira (Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. (5ª edição). Coimbra: Almedina p. 92).

³⁴ O poder de tutela caracteriza-se, como decorre do art. 41º do mesmo diploma, pela necessidade de aprovação, pelo membro do Governo da tutela, nomeadamente, do plano de actividades, orçamento, relatório de actividades e contas da entidade, e pela necessidade de autorização prévia, pelo membro do Governo da tutela, para a aceitação de doações, heranças ou legados. Estabelecem Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias que a tutela consiste no “conjunto de poderes de intervenção de uma pessoa colectiva pública na gestão de outra pessoa colectiva pública, a fim de assegurar a legalidade e/ou o mérito da sua actuação” (Vide Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. (5ª edição). Coimbra: Almedina. p. 93). De facto, distingue muita doutrina, quanto ao seu fim, uma tutela de legalidade (quando esta visa controlar a legalidade das decisões tomadas pela entidade tutelada) de uma tutela de mérito (quando o objectivo é controlar a conveniência – administrativa, técnica ou financeira – e oportunidade das decisões tomadas pela entidade tutelada) – Vide novamente, a este respeito, Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. (5ª edição) p. 93.

administração autónoma, por, nomeadamente, prosseguir interesses do Estado, e não de uma colectividade específica.

Adiante na nossa exposição recuperaremos este tema e o enquadramento destas entidades no aparelho administrativo.

2.2. *Poderes das Autoridades Reguladoras Independentes (ARI)*

A questão da legitimação das Autoridades Reguladoras Independentes é especialmente chamada à colação no momento da discussão dos poderes – ou melhor, da vastidão dos poderes – das entidades reguladoras, chegando mesmo a falar-se das ARI como um “quarto poder”³⁵.

O art. 40º da LQER é o grande repositório dos poderes das entidades reguladoras que lhe estão sujeitas, através dos quais estas entidades prosseguem as suas atribuições de regulação da actividade económica e de promoção e defesa da concorrência. Além dos poderes de *soft law* que lhes estão cometidos (onde destacamos a emissão de recomendações e directivas genéricas e o propor e homologar códigos de condutas e manuais de boas práticas aos destinatários da sua actividade – art. 40º/2/b) e c)) – as ARI dispõem de poderes de regulamentação, supervisão, sancionatórios e de composição de litígios.

O poder de regulamentação das ARI compreende a definição de regras jurídicas e a orientação dos comportamentos dos visados pela sua actividade regulatória, passando pois, essencialmente, pela elaboração e aprovação de regulamentos – normas gerais e abstractas –, no âmbito da sua função administrativa (art. 40º/2 LQER), num processo em que, pelas exigências de transparência e abertura à participação, devem proporcionar a intervenção do Governo, destinatários da regulação e associações de utentes ou consumidores relevantes, bem como do público em geral (art. 41º LQER).

A fuga à necessidade de aprovação parlamentar destes regulamentos é operada pelo 2º deste artigo: “a entidade reguladora procede à divulgação do respectivo projecto na sua página electrónica, para fins de discussão pública”, para que os interessados apresentem comentários e sugestões.

Já no âmbito do seu poder de supervisão, cumpre às ARI, assegurar o acesso à rede (nas indústrias de rede), garantir as obrigações de servi-

³⁵ Vide Strauss, P. L. (1984). “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review*, vol. 84, nº3, p. 574 e ss.

ção universal nas actividades que prestam “serviços de interesse geral”, implementar as leis e regulamentos aplicáveis ao sector e verificar o cumprimento de deveres legais ou regulamentares a que se encontram sujeitos os destinatários das suas actividades (art. 40º/1 LQER). Daqui resultam os seus poderes de inspecção / fiscalização e auditoria. (nº3) numa disposição aprofundada no art. 42º LQER³⁶.

O poder sancionatório destas entidades encontra-se reflectido nas alíneas c), d), e) e f) do nº3 do art. 40º LQER. Segundo o aí disposto, cumpre às entidades reguladoras desencadear os procedimentos sancionatórios, e, adoptar medidas cautelares e aplicar as devidas sanções, quando as infracções respeitem a actividades sujeitas à sua regulação.

Esta disposição é explorada também no art. 43º, que estabelece competência às entidades reguladoras para “praticar todos os actos necessários ao processamento e punição das infracções às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhes compete, bem como do incumprimento das suas próprias determinações”.

Cabe ainda às ARI, neste âmbito, denunciar às entidades competentes as infracções cuja punição não caiba no âmbito das suas atribuições, e cobrar coimas (alíneas e) e f) do art. 40º/3 LQER).

Os poderes de composição de litígios destas entidades, por sua vez, surgem plasmados no art. 40º/4 da LQER, segundo o qual cumpre às ARI divulgar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos e disponibilizar serviços de mediação de conflitos, actuar na resolução de conflitos entre empresas sujeitas à sua jurisdição (bem como entre estas e os seus clientes ou terceiros), apreciar as reclamações dos consumidores e adoptar as providências necessárias e prestar informação, orientação e apoio aos utentes e consumidores dos respectivos sectores de actividade económica, bem como sobre as reclamações apresentadas.

2.3. A Questão da Separação de Poderes

Da exposição dos poderes das ARI brevemente ensaiada retiramos uma ideia – muito explorada pela doutrina – de que parece existir, por parte destas entidades, uma cobertura dos três poderes essenciais do Estado: legislativo, executivo e judicial. Há quem tenha argumentado,

³⁶ Nesta sua actividade, os trabalhadores mandatados pelas ARI para efectuar ditas inspecções e auditorias são equiparados a agentes da autoridade, por isso dispondo das prerrogativas identificadas no artigo 42º LQER.

a este respeito, que o regime estabelecido para as ARI colide com o princípio constitucional da separação de poderes e transforma estas entidades num enclave antidemocrático na Administração. Também aqui ressalta, de imediato, a possibilidade – apontada por alguns – de estarmos perante um “quarto poder”³⁷, tão diferente que é o fenómeno regulatório dos modelos tradicionais da administração, nomeadamente devido aos seus poderes e à especial nota de independência de que aparenta beneficiar³⁸.

A acusação de violação da separação de poderes por parte destas entidades surge-nos, porém, de imediato, como completamente insustentável.

Antes de mais, os regulamentos que as ARI têm poder de emitir pertencem ao exercício de uma função administrativa, e não verdadeiramente legislativa, como lembram Afonso Queiró e Freitas do Amaral³⁹. A este respeito, poder-se-á apenas discutir, face à reserva de lei, e dado que cumpre ao Governo, constitucionalmente, a emissão dos regulamentos para a boa execução das leis⁴⁰, a legitimidade das ARI emitirem regulamentos independentes⁴¹, já que a emissão de regulamentos de

³⁷ Majone, G. “Independence vs Accountability?: non-majoritarian institutions and democratic government in Europe”, *EUI SPS*, 1994/03, p. 16 e ss. a respeito do debate em torno da ideia de um “quarto poder”.

³⁸ Possibilidade essa logo negada, no entanto, por João Nuno Calvão da Silva, por exemplo, já que, como afirma, “as ARI desenvolvem tarefas materialmente administrativas” – vide Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, p. 205

³⁹ Vide Amaral, D. F. do. (2008). *Curso de Direito Administrativo (Vol. II)*. Almedina, p. 151: “os regulamentos administrativos são as normas jurídicas emanadas do exercício do poder administrativo por um órgão da Administração ou por uma entidade pública ou privada para tal habilitada por lei.”; e Queiró, A. (2000). “Teoria dos Regulamentos”, *Estudos de Direito Público, Vol. II*. Obra dispersa, Tomo I. Coimbra, p. 214: “os regulamentos, considerados numa perspectiva material, são normas jurídicas, dimanadas de órgãos administrativos, no desempenho da função administrativa”.

⁴⁰ Como estabelece o art. 199º CRP, na sua alínea c), cumpre ao Governo, no exercício de funções administrativas, “fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis”.

⁴¹ Como estabelece Andreia Manuel Oliveira Resende, os regulamentos independentes “são regulamentos administrativos que estabelecem a regulação primária de determinada matéria legal, tendo com a lei uma relação de menor dependência, já que não visam complementar ou desenvolver a lei, mas sim, definir pela primeira vez uma determinada matéria, para a qual a lei autorizou e delegou a respetiva regulamentação” – vide Resende, A. M. O. (2016). “*O Poder Regulamentar das Autoridades Reguladoras Independentes*”, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portu-

execução ou complementares⁴² é consensual entre a doutrina.

Além disso, vale notar a prevalência dos regulamentos do Governo sobre os regulamentos de outras entidades com poder regulamentar, como estabelece agora o art. 138º/1 CPA, depois da discussão na doutrina sobre os critérios para a resolução de contradições entre regulamentos governamentais e regulamentos emitidos pelas ARI⁴³. Também, cumpre lembrar que a atribuição do poder de composição de litígios às ARI não significa a assunção de uma verdadeira e pura função jurisdicional por parte de uma entidade administrativa, da mesma forma que a emissão de regulamentos por parte destas entidades, como vimos, não constitui a assunção de poderes legislativos.

Pelo contrário, a reserva jurisdicional dos tribunais — órgãos de soberania com competência para administrar a justiça — é garantida pela ga-

guesa. Como estabelece o art. 136º/3 do Código do Procedimento Administrativo, “consideram-se independentes os regulamentos que visam introduzir uma disciplina jurídica inovadora no âmbito das atribuições das entidades que os emitam”. Discute-se na doutrina a legitimidade para a emissão deste tipo de regulamentos, nomeadamente a sua relação com o princípio da legalidade, nas suas facetas do princípio da precedência de lei e do princípio da reserva de lei. Para João Nuno Calvão da Silva, deve-se recusar às ARI a emissão de regulamentos independentes, sempre recorrendo à escassa possibilidade de responsabilização destas entidades — dadas as suas notas de autonomia — como justificação para a negação destes poderes àquelas — *vide* Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, p. 161-163.

⁴² Correspondem, na divisão promovida pela doutrina, aos regulamentos que visam ora “obviar deficiências involuntárias de expressão do legislador”, simplesmente clarificando a lei anterior, nada lhe acrescentando de novo (regulamentos de execução) ora “completar as leis”, nomeadamente as que se limitam a “estabelecer um quadro legal amplo” — *vide* Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. (5ª edição). Coimbra: Almedina. p. 166-167.

⁴³ Se, por um lado, Gomes Canotilho defendia, com base no princípio *lex specialis*, a prevalência dos regulamentos das autoridades reguladoras sobre os regulamentos do Governo, Barbosa de Melo e João Nuno Calvão da Silva defendiam, em sentido contrário, o critério hierárquico, e, assim, a prevalência dos regulamentos do Governo sobre os regulamentos das ARI, sob pena de, vingando a posição contrária, se verificar um esvaziamento da competência genérica constitucionalmente outorgada ao Governo para emitir os regulamentos necessários à boa execução das leis (art. 199º/c) CRP). Argumentava este lado da doutrina, ainda, que, se o poder regulamentar autárquico — que tem base constitucional e fonte de legitimação democrática própria — tem de respeitar os regulamentos emitidos pelo Governo (art. 241º CRP), não se compreenderia como poderiam as ARI, que não têm base constitucional ou fonte democrática própria, comprimir a competência regulamentar do Governo de uma forma não acessível ao próprio poder autárquico.

rantia de recurso para os tribunais das decisões tomadas pelas ARI no âmbito dos seus poderes de composição de litígios e dos seus poderes sancionatórios, sendo assim assegurada sempre a palavra final sobre a questão dirimida aos tribunais⁴⁴.

Ademais, lembra José Lucas Cardoso que “o princípio da separação de poderes, pelo menos na sua vertente liberal, tem na respectiva génese uma ideia de equilíbrio entre os vários centros de poder como mecanismo adequado a promover a sua limitação recíproca”^{45 46}. De facto, a Constituição da República Portuguesa consagra a separação de poderes no seu art. 2º, quando dispõe que “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democrática, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na *separação e interdependência de poderes*, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa” (itálico nosso).

Uma visão menos estrita e formal – e assim mais material – do princípio da separação de poderes, que o encarasse como o mero “arranjo técnico que permite uma mais adequada realização das tarefas do Estado”⁴⁷ permitiria compreender a atribuição de competências dos vários poderes típicos do Estado a uma mesma entidade sem perigo de inconstitucionalidade.

2.4. A Independência das ARI como Agravante

As preocupações manifestadas com a vastidão dos poderes concedidos às ARI – acompanhadas com a acusação de que estará em

⁴⁴ Como refere Maria Eduarda Azevedo, as ARI encontram-se sujeitas, no exercício dos respectivos poderes, a três ordens de jurisdição: Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, tribunais administrativos, e tribunais comuns – *vide* Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia*. Quid Juris, p. 198

⁴⁵ Cardoso, J. L. (2002). *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora. p. 222

⁴⁶ Pelo que, se no caso concreto se justificar a atribuição de poderes típicos de mais do que um dos poderes do Estado como a forma mais adequada de obter esse equilíbrio, não estaria a ser colocado em causa, verdadeiramente, o princípio da separação de poderes.

⁴⁷ Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. Almedina. p. 45

causa a separação de poderes – em nada são sossegadas (mas antes reanimadas e intensificadas) pela tal natureza independente que lhes é geralmente reconhecida pela doutrina⁴⁸, que não raro as enquadra na administração independente, e que foi reconhecida, como vimos, pelo legislador português.

De facto, como vimos, e apesar de o Governo ser “o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da Administração Pública” (art. 182º CRP), a actividade administrativa encontra-se dispersa pelos vários níveis da Administração. A revisão constitucional de 1997 veio introduzir o preceito do art. 267º/3 CRP, segundo o qual “a lei pode criar *entidades administrativas independentes*” (itálico nosso) e que parece ser a base da criação das autoridades reguladoras. Da mesma forma, a LQER trata as autoridades reguladoras por “*entidades administrativas independentes* com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado público e cooperativo” (itálico nosso).

a) autonomias como caminho para a independência

O garante da independência assim consagrada para estas entidades encontrar-se-ia nas autonomias com que a LQER as beneficia no art. 3º/2 da LQER.

A autonomia económico-financeira e patrimonial – característica essencial das ARI – é assegurada logo à partida, quando se estabelece que estas só podem ser criadas quando esteja garantida a capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência das mesmas (art. 6º/3/c) LQER) – assim, consequentemente, exige-se para a criação das autoridades reguladoras a capacidade de as mesmas gerarem receitas próprias.

Também, é-lhes garantida autonomia no que se refere ao seu orçamento (art. 33º LQER), e estatui o art. 36º da LQER as receitas próprias das entidades reguladoras. De facto, as dotações do orçamento do Estado só supletivamente surgem como modo de financiamento das entidades reguladoras (art. 36º/1/d) LQER), o que novamente garante a sua independência, já que só em última instância se encontrará financeiramente dependente do Governo. Uma última garantia desta autonomia

⁴⁸ Vide Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia*. Quid Juris, p. 193; Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. (5ª edição). Coimbra: Almedina. p. 45.

surge pelo nº5 do art. 38º LQER, com o trânsito para o ano seguinte dos resultados líquidos das entidades reguladoras, conquanto estes não sejam provenientes da utilização de bens do domínio público ou tenham origem em transferências do Orçamento de Estado.

Ora, se por um lado se estabelece esta autonomia, por outro lado, não deixa de se sujeitar estas entidades reguladoras a controlo. E se autonomia não pode significar ausência de controlo, pelo que se justifica a sujeição das ARI ao regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas (art. 5º/3/d) LQER), mais controversa surge a sua sujeição, ao regime de inspecção e auditoria dos serviços do Estado (art. 5º/3/e) LQER), equiparando as ARI, a este nível, a toda a Administração do Estado.

Parece-nos, alinhando com o parecer da AdC à Proposta de Lei 132/XII/2⁴⁹, que bastaria a sujeição das ARI ao regime de jurisdição e controlo financeiro do TC, evitando-se uma dupla fiscalização desnecessária.

A garantia da autonomia administrativa das ARI, afirmada no art. 3º/2/a) LQER, por sua vez, encontra reflexo na alínea d) do mesmo número, que estabelece que as ARI devem possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprios. A este nível, remete o art. 10º LQER para os estatutos das ARI as disposições relativas aos seus órgãos e ao seu funcionamento, muito embora lhes estabeleça, logo de imediato, dois órgãos obrigatórios: conselho de administração e comissão de fiscalização ou fiscal único (art. 15º LQER).

b) notas de independência das ARI

Ora, da análise da Lei-Quadro resulta o reconhecimento de notas orgânicas, funcionais e técnicas de independência das ARI face ao poder político.

A nível orgânico, a independência destas entidades é garantida pela escolha, para o órgão do conselho de administração destas entidades, de indivíduos de reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas (art. 17º/1 LQER), não obstante a sua designação por resolução do Conselho de Ministros conforme o procedimento estabelecido no mesmo artigo. Além disso, um mandato de seis anos – portanto mais longo do que a legislatura – (art.

⁴⁹ Parecer da Autoridade da Concorrência relativo à Proposta de Lei 132/XII/2 (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37580>)

20º/1 LQER), irrenovável e, em princípio, irrevogável⁵⁰, garante aos titulares destes cargos a independência necessária para o exercício das suas funções.

A nível funcional, estabelece o art. 6º/1 LQER que “As entidades reguladoras só podem ser criadas para a prossecução de atribuições de regulação de actividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direcção do Governo”, com a alínea a) do nº2 a dispor que as entidades reguladoras não podem ser criadas para “desenvolver actividades que (...) devam ser desempenhadas por serviços e organismos da administração directa ou indirecta do Estado”. No nº1 do art. 45º LQER, por sua vez, o legislador enquadra as ARI na administração independente, dispondo que as mesmas não se encontram sujeitas a superintendência ou tutela governamental – controlos típicos sobre as entidades da administração indirecta. Voltando a afastar a superintendência, o nº2 estabelece que “Os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir directivas aos órgãos dirigentes das entidades reguladoras (...)”.

c) negação da independência e enquadramento na organização da administração pública portuguesa

Apesar deste conjunto de normas parecer oferecer a estas entidades uma impenetrável independência face ao poder político, de imediato surge, no entanto, na própria lei-quadro, a sua negação. De facto, não obstante o legislador estabelecer a independência das autoridades reguladoras, logo o art. 9º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras estabelece a ideia de um “ministério responsável”, a que cada entidade reguladora se encontra adstrita⁵¹.

⁵⁰ Excepto quando verificada alguma das situações do art. 20º/3 LQER, com especial atenção para o caso da alínea f) do nº3, onde se prevê a possibilidade de dissolução do conselho de administração com fundamento em “motivo justificado” (nº4), conforme definido no nº5 do mesmo artigo.

⁵¹ A relevância desta disposição para a discussão da extensão da independência das ARI parece-nos manifestamente discutível. Embora Vieira de Andrade – que coloca as ARI numa “administração indirecta independente” – leve a ideia de um “ministério responsável” mais a sério (*vide* Andrade, J. C. V. de. (2018). *Lições de Direito Administrativo*. (5ª edição) Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 119), para Maria Eduarda Azevedo tal expressão (“ministério responsável”) e sucessiva afectação de cada uma das ARI a estes não constitui o reflexo de “um desejo explícito de interferir na actividade do regulador”, mas antes uma necessidade decorrente de “um princí-

Por sua vez, o nº3 do art. 45º LQER estabelece a possibilidade do membro do Governo responsável (conforme definido no art. 9º/2 LQER) “solicitar informações aos órgãos das entidades reguladoras sobre a execução dos planos de actividades, anuais e plurianuais, bem como dos orçamentos e respectivos planos plurianuais”, além do dever dos membros dos órgãos das entidades reguladoras para, sempre que tal seja solicitado, se apresentarem perante a comissão parlamentar competente, com vista a prestarem informações e esclarecimentos sobre a sua actividade (art. 49º/3 LQER) – disposições que se alinham na necessária prestação de contas perante o órgão maior da Administração Pública, naturalmente devida por entidades com poderes públicos, de forma especial numa área tão essencial da actuação do Estado como é a regulação da economia.

As disposições que, no entanto, realmente parecem pôr em causa a independência destas autoridades, são as dos nºs 4 e 5 do mesmo art. 45º LQER, que estabelecem a necessidade de “aprovação prévia” dos orçamentos e respectivos planos plurianuais, balanço e contas pelo membro do Governo responsável pela área das finanças e pelo membro do Governo responsável pela principal área de actividade económica sobre a qual incide a actuação da entidade reguladora (nº4), e de outros actos de incidência financeira cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos pelo membro do Governo responsável pela principal área de actividade económica sobre a qual incide a actuação da entidade (nº5), a que se somam ainda as autorizações prévias do nº8.

Ora, estabelece o nº6 deste artigo que tais autorizações só podem ser rejeitadas mediante decisão fundamentada em ilegalidade ou em prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público. Assim, o poder de tutela do Governo sobre as ARI que a um momento se negava vê-se agora em toda a força.

O que resulta deste artigo é não apenas uma tutela de legalidade – que pode ser compreendida – mas, mais do que isso, uma tutela de mérito⁵² sobre orçamento, planos plurianuais, balanço, contas, e outros

pio geral de organização administrativa e financeira do Estado” (vide Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia – O Trânsito para o Estado Regulador e de Garantia*. Quid Juris, p. 196)

⁵² Esta ideia é partilhada por Licínio Lopes Martins e Pedro Costa Gonçalves. Segundo os Autores, “sempre existirá o risco de o Governo (...) substituir os planos financeiros e de actividade das entidades reguladoras pelo seu juízo político (...), pas-

actos de incidência financeira das entidades reguladoras, que atira as entidades reguladoras para o âmbito da administração indirecta.

De facto, a negação destas autorizações com base em ilegalidade constitui uma nítida tutela de legalidade do Governo sobre as ARI a nível financeiro, pelo que não compete apenas aos tribunais, mas agora também ao Governo, julgar a legalidade dos documentos financeiros e actos de incidência financeira das ARI.

Já a negação destas autorizações mediante decisão fundamentada em “prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público” constitui uma verdadeira e inegável tutela de mérito sobre estas entidades a nível financeiro, alinhando as ARI com a administração indirecta, caracterizada pela sujeição a estes poderes.

Além disso, afirma-se igualmente o perigo desta tutela do Governo sobre as ARI ao nível dos orçamentos, planos plurianuais, balanço, contas e outros actos de incidência financeira, se transformar num mecanismo de controlo do Governo sobre a actuação das ARI tal que signifique o afastar por completo dos orçamentos e planos plurianuais das entidades reguladoras a favor de um Governo que guie a actuação das mesmas, o que consubstanciaria, para todos os efeitos, um poder de superintendência⁵³ disfarçado.

O reconhecimento, por parte de diversos autores⁵⁴ (bem como do le-

sando o Governo a “marcar a agenda” das entidades reguladoras, por via do exercício de uma genuína *tutela de mérito*”. De facto, como lembram os Autores, “essa é uma possibilidade que a Lei-Quadro não exclui, não se percebendo sequer qualquer exigência específica no sentido de uma leitura cautelosa e ponderada daquelas cláusulas, que, por exemplo, limite a recusa de aprovação governamental quando seja manifesto ou patente que, por exemplo, o orçamento proposto, ainda que legal, seja irrealista ou que o plano de actividades contenha visíveis desvios em relação às orientações de política geral para o sector económico ou para a área de actividade em que a entidade reguladora actua.” (vide Gonçalves, P. C. & Martins, L. L. (2014). *Nó-tulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*. In *Textos de Regulação da Saúde: Ano 2013*. (2014). (p. 19). Porto: Entidade Reguladora da Saúde.)

⁵³ Conforme definido por Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias como o poder de definir objectivos e guiar a actuação da pessoa colectiva pública colocada na dependência da primeira (Vide Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. (5ª edição). Coimbra: Almedina. p. 92).

⁵⁴ Veja-se, nomeadamente, a opinião de João Nuno Calvão da Silva (Vide Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, p. 184), de João Luís Mendonça Gonçalves (vide Gonçalves, J. L. M. (2014). *“Da Independência das Autoridades Reguladoras Independentes”*, Dissertação de Mes-

gislador⁵⁵), de uma natureza independente das Autoridades Reguladoras Independentes suscitou a discussão da legitimidade destas entidades na sua actuação, dada a impossibilidade da sua responsabilização pela sua actuação, e, bem assim, da responsabilização do Governo, perante a Assembleia da República, pela actividade administrativa desenvolvida por estas entidades, assim quebrando a tradicional cadeira de democraticidade, legitimação e responsabilização típica das tradicionais formas da Administração Pública.

A independência das ARI atrás apregoada sofre, no entanto, às mãos dos argumentos apresentados. De facto, torna-se clara a existência de um poder de tutela (de legalidade e de mérito) do Governo sobre as entidades reguladoras, com a possibilidade de aquele poder negar as aprovações prévias exigidas ao abrigo dos números 4 e 5 do art. 45º LQER, com base em argumentos de legalidade ou de prejuízo para os fins ou da entidade reguladora ou do interesse público (nº6). Este poder de tutela nega a independência anunciada pela epígrafe do próprio artigo em causa, e obriga-nos a afastar as ARI da pertença a uma verdadeira administração independente e a enquadrar as entidades reguladoras numa administração indirecta especial do Estado, caracterizada pela sujeição aos poderes de tutela e superintendência do Governo (como aliás demos conta na alínea a) do Capítulo II).

Quanto a nós, cremos mais adequado reconhecer a natureza *sui generis* das entidades reguladoras em Portugal. Ao invés de forçarmos o enquadramento destas entidades nos típicos moldes da Administração Pública Portuguesa, vestindo-lhes uma roupa que não lhes serve, preferimos reconhecer, com Vieira de Andrade, as autoridades reguladoras “independentes” como um fenómeno próprio, decorrente de circunstâncias e objectivos específicos que as obrigam quer, por um lado, a um grau de independência especial, quer, por outro lado, à sujeição a deter-

trado, Universidade Católica Portuguesa) e de Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, que, considerando que “também se podem considerar entidades independentes as que detêm poderes reguladores”, reconhecem em nota de rodapé a opinião contrária de alguma doutrina (*vide* Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. (5ª edição). Coimbra: Almedina. p. 87)

⁵⁵ Manifestação visível na própria Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, onde se lê, no seu sumário, ser a “lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo”, e onde se dedica o Capítulo V à independência (aliás epígrafe ao artigo 45º da LQER).

minados controlos. Assim, alinhamos com a ideia das ARI como pertencentes a uma administração indirecta independente^{56 57}.

III. A Legitimidade das ARI

O debate sobre a legitimidade — palavra que urge definir — das ARI encontrou a sua razão de ser nas preocupações com a democraticidade de entidades que a generalidade da doutrina, à qual se juntou o legislador, consideraram independentes.

De facto, a independência das ARI significaria o quebrar da democraticidade destas entidades, já que as mesmas não se encontrariam sob o controlo de qualquer entidade com legitimidade democrática directa ou indirecta — nomeadamente, o Governo, órgão central da administração pública e primeiro órgão com legitimidade democrática indirecta, já que directamente responsável perante a Assembleia da República. Se estas entidades eram independentes do Governo, então a responsabilização deste pela sua actuação daquelas tornar-se-ia impossível, pelo que nem indirectamente estas entidades disporiam de legitimidade democrática. Ora, punha-se então a questão da legitimação das ARI, ainda mais quando se acusavam estas entidades de disporem de poderes excessivos, capazes de desafiar a separação de poderes.

Embora, no nosso trabalho, reconheçamos as ARI como entidades *sui generis* pertencentes a uma administração indirecta especial, e não à administração independente, a “semi-independência” destas entidades convoca a discussão sobre a sua legitimidade. Nesta discussão, que constitui o cerne do nosso trabalho, não podemos deixar de ponderar o valor da independência das autoridades reguladoras independentes — sucessivamente defendida em nome de uma actividade regulatória de melhor qualidade, já que menos sujeita aos ciclos e interesses políticos e crescentemente assente na *expertise* do seu quadro funcional, com a técnica a sobrepor-se ao jogo político — e, ao mesmo tempo, o valor da responsabilização do poder público pela sua actuação na economia — função base e central do Estado, na sua relação com a realidade.

⁵⁶ Vide Andrade, J. C. V. de. (2018). *Lições de Direito Administrativo*. (5ª edição). Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 119

⁵⁷ Também com esta ideia alinha Carlos Blanco de Moraes, que trata estas entidades como “autoridades semi-independentes” (vide Moraes, J. C. B. de. (2015). “A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência”, *Jurismat*, nº7, p. 164).

1. Conceito de Legitimidade

Falar em legitimidade é falar em poder, sociedade política e direito. Explicar a legitimidade implica explicar a existência do poder⁵⁸. E a explicação do poder surge, fundamentalmente, pelas ultrapassadas teorias transcendentais, que procuraram o fundamento do poder fora da sociedade (em Deus) e pelas teorias imanentes, que procuraram o fundamento do poder dentro da sociedade (de entre as explicações as quais se destaca a oferecida pela ideia do contrato social, de Rousseau)⁵⁹.

Num sentido diferente surge o positivismo, que, “sem propriamente renunciar a uma justificação do poder, desiste de encontrar tal justificação fora do poder: o direito é direito por representar a vontade do Estado; o Estado tem o poder de editar o direito porque é o Estado. O fundamento do direito é o Estado; o fundamento do Estado é um facto: o facto da sua existência”⁶⁰.

Colocar-se-ia então a discussão sobre o surgir do Estado. Fugindo a tão magna e absorvente discussão, cumpre apenas reconhecer a evolução do poder, numa sucessiva institucionalização que trouxe o exercício do poder para as mãos de instituições permanentes e regras jurídicas fixas, que conferiram a estabilidade na *peregrinatio* do Direito e do poder político até aos dias de hoje.

O que é, então, a legitimidade? A definição deste conceito não se afirma simples, mas facilmente se compreende a sua ligação ao conceito de “validade”. É legítima a decisão que é respeitada e à qual é reconhecida validade pela comunidade que lhe está submetida. Contrariamente, a opressão corresponde ao poder não legitimado, ao qual não é reconhecido validade. O que é, então, esta validade, que percorre as decisões e órgãos, e que lhes confere legitimidade, devemos perguntar. Que critérios conferem validade?

⁵⁸ Ao questionar-se como se explica a existência do poder, reconhece José Hermano Saraiva que tal pergunta constituiu um tema clássico da filosofia ocidental, ocupando juristas, políticos e filósofos: “A importância atribuída ao problema vinha das implicações políticas da resposta que se lhe encontrasse. Explicar o poder era o mesmo que justificá-lo, descobrir-lhe o fundamento e, portanto, legitimar as condições (...) em que ele poderia ser exercido.” (Vide Saraiva, J. H. (2009). *O que é o Direito?*. Gradiva. p. 19.)

⁵⁹ Vide Saraiva, J. H. (2009). *O que é o Direito?*. Gradiva. p. 19-20.

⁶⁰ Vide Saraiva, J. H. (2009). *O que é o Direito?*. Gradiva. p. 22.

Como observa Marcello Caetano, “em todos os Estados o modelo pelo qual os indivíduos são investidos na qualidade de governantes é matéria de leis ou de costumes que consagram certas crenças ou ideologias dominantes”, acrescentando que “em geral a legitimidade dos governantes é aceite sem discussão só quando resulta da convicção generalizada do valor de certos princípios que se não discutem no plano racional”⁶¹.

De facto, um poder que se afirme com base na iluminação divina do titular do poder pode ser tão ou mais legítimo que um poder conferido com respeito pelos mecanismos democráticos modernos, bastando para tal que a generalidade da comunidade política, nas suas crenças e convicções dominantes, confie que o poder de que o governante dispõe foi de facto concedido por mão divina. Assim, “se os princípios legalmente estabelecidos deixarem de corresponder às crenças ou convicções generalizadas, abre-se a crise”, o que é dizer que “quando a esmagadora maioria dos membros da colectividade professa a crença, ou aceita a ideologia, consagradas pelo costume ou expressas nas leis, tudo vai bem; mas se nasce a divisão e uma parte considerável dos indivíduos já não partilha a crença oficializada, então pode dar-se a revolução e operar-se a investidura de governantes por meios violentos”⁶².

Ora, Max Weber, no seu trabalho “*Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft*”⁶³, distingue três tipos de legitimidade, baseados, cada um, em lógicas diferentes sobre o poder e sobre a forma deste adquirir a validade que lhe confere legitimidade. Assim, distinguiu Max Weber legitimidade tradicional – baseada nas crenças, costumes e normas tradicionais de sucessão do poder, e não raro associada a crenças religiosas – , legitimidade carismática – baseada no “apelo” provocado pelas particulares qualidades de um indivíduo, que lhe permitem exercer uma certa autoridade sobre a totalidade ou parte da sociedade – e legitimidade legal-racional – imagem de marca do mundo moderno, e que se baseia em instrumentos jurídicos gerais e abstractos (constituição e leis), na igualdade formal dos membros da comunidade perante o poder e na legitimação dos titulares do poder pelos governados, segundo esque-

⁶¹ Caetano, M. (1983). *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tomo I*. Coimbra: Almedina. p. 253 e 269.

⁶² Caetano, M. (1983). *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tomo I*. Coimbra: Almedina. p. 277 e, de seguida, p. 253-254.

⁶³ Republicado na revista *Berkeley Publications in Society and Institutions* 4(1): 1-11, 1958, com a tradução de Hans Gerth: “The Three Types of Legitimate Rule”

mas eleitorais convencionados. Com os séculos, de facto, foi-se dando, sucessivamente, a institucionalização do poder e do exercício do poder, pelo que, nas sociedades modernas, a validade do poder, que lhe confere legitimidade, é aferida pela obediência ao Direito. Hoje, pois, as marcas que definem a validade do poder e do seu exercício encontram reflexo nas leis fundamentais dos Estados⁶⁴, que estabelecem, nomeadamente, os princípios democrático e da separação de poderes, bem como as necessárias garantias para o poder executivo e judicial⁶⁵.

2. As Hipóteses de Legitimação das ARI

Ora, se assim é, e se a forma de legitimação do Estado democrático actual é a legitimação racional, que pressupõe a realização de eleições (excepto para os poderes executivo e judicial, cuja legitimidade democrática é garantida indirectamente, através de um sistema composto pelo princípio da legalidade, pelo instituto do júri ou pela fiscalização parlamentar da actividade administrativa), a questão levantada por aqueles que consideram as ARI como entidades pertencentes a uma administração independente — e que, apesar de discordarmos de tal arrumo organizatório, levantaremos aqui também — passa por encontrar justificação para a independência das entidades reguladoras face ao Governo — órgão central do poder político, constitucionalmente consagrado com “o órgão da condução da política geral do país e o órgão superior da Administração Pública” (art. 182º CRP) —, quando estas visam a prossecução de interesses tão centrais ao Estado, através das suas atribuições de regulação da economia e promoção e defesa da concorrência. Para outros ainda, dos quais já demos conta, a questão passava por justificar a independência destas entidades que, ainda mais, parecem colocar em causa a separação de poderes. São estas, pois, as questões que nos propusemos a responder.

⁶⁴ O que, por si só, em nada afasta a possibilidade de o tempo, através da mudança das crenças e valores da generalidade da população dos Estados, vir a ditar outros mecanismos (novos ou antigos) de conferir validade — e, assim, legitimar — o poder e as decisões daqueles que o detêm. A democratização de diversos países e o recuo das garantias democráticas noutros reflectem a natureza em mudança, por todo o Mundo, dos critérios definidores da legitimidade do poder.

⁶⁵ Ainda sobre o conceito de “legitimidade”, ver a análise de Julia Black (Black, J. (2008). “Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes”. *Regulation & Governance*, 2, p. 137-164).

2.1. ***A Legitimação Democrática como Modelo Tradicional de Legitimação das ARI***

A resposta tradicional à legitimação da actuação pública sempre foi a sua sujeição ao Governo (órgão central da actuação administrativa), através dos poderes de direcção, ou, então, dos poderes de supervisão e de tutela sobre as entidades integrantes do esquema organizativo da Administração Pública. A dependência destas entidades face ao Governo, a sua sujeição ao Governo, e o poder do Governo sobre elas, garantiriam a responsabilização do mesmo pelas decisões por elas tomadas.

É que o Governo, apesar de não gozar de legitimidade democrática directa (essa cabe, ao nível do poder central, ao Presidente da República, por um lado, e à Assembleia da República, por outro, cujos membros são directamente eleitos pela população, que neles verte a sua confiança e representação), é o primeiro órgão com legitimidade democrática indirecta, sendo nomeado na primeira sessão da AR, ao escrutínio da qual ficará sujeito. A legitimidade democrática que no acto eleitoral é depositada nos deputados da Assembleia da República é então vertida sobre o Governo, e, subsequentemente, sobre os órgãos que a ele estão sujeitos.

O problema da legitimidade das ARI foi levantado por aqueles que as colocaram no âmbito de uma administração independente, não sujeita a qualquer controlo, nomeadamente através de poderes de superintendência e de tutela (quanto mais poderes de direcção), do Governo e pela qual este, portanto, não se poderia responsabilizar. Impossível seria, pois, para essa parte da doutrina, deixar de pôr em causa a atribuição de tão vastos poderes a estas entidades, quando estão em causa funções essenciais do Estado.

Se é verdade que não concordamos com a inserção das ARI no nicho da administração independente, antes reconhecendo-as como entidades verdadeiramente *sui generis*, já que semi-independentes, não deixa de ser também verdade que podemos estar perante uma potencial racha no tradicional edifício da legitimidade democrática, e que, paralelamente, vão surgindo métodos alternativos — quanto a nós, esperamos que complementares — de legitimação da actuação destas entidades, sobre as quais cumpre exprimir algumas considerações.

2.2. *A Proposta da Legitimação Procedimental das ARI*

A ideia de muitos tem sido a de aceitar as superiores garantias de independência das entidades reguladoras face ao Governo, e, assim, largar a tentativa de legitimação das mesmas pela via democrática, procurando métodos alternativos de legitimação da sua actividade⁶⁶.

Nesse sentido, os cultores das entidades reguladoras têm defendido a convocação de um sucedâneo da democracia representativa: a democracia procedimental⁶⁷. De tal modo, ao invés de tentar legitimar as autoridades reguladoras através da sua democraticidade (seja através da democraticidade dos seus órgãos, seja através da sua sujeição ao controlo ou intervenção de órgãos mais democráticos), tem-se proposto legitimar as autoridades reguladoras e a sua actuação através dos seus procedimentos, informando-os de notas de transparência, abertura à participação dos interessados e, em geral, uma maior *accountability*.

Esta preocupação⁶⁸ encontra-se plasmada na própria Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. Impõe, pois, o art. 48º LQER, nessa linha, a disponibilização, por parte da entidade reguladora, de uma página electrónica com um vasto leque de dados relevantes.

Por sua vez, o art. 49º LQER coloca sobre a entidade reguladora responsabilidades de prestação de contas perante a Assembleia da República e o Governo, e, além disso, como vimos anteriormente, os procedimentos de regulamentação da entidade reguladora (art. 41º LQER)

⁶⁶ Como afirma Maggetti, “the political «principle» can transfer his powers to the independent delegate, but not his legitimacy” (Maggetti, M. (2010). *Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: a Critical Review. Living Reviews in Democracy*. p.3.), pelo que se torna necessário encontrar outras formas de legitimação – conforme a entendemos acima – destas entidades. Maggetti prossegue, então, propondo a possibilidade de legitimação procedimental das autoridades reguladoras.

⁶⁷ *Vide*, a este respeito, as considerações de Mark Thatcher sobre algumas das práticas associadas a esta democracia procedimental e o seu sucesso enquanto forma de legitimação das autoridades reguladoras (Thatcher, M. (2011). *Regulation after Delegation: independent regulatory agencies in Europe. Journal of European Public Policy*, 9:6. pp. 954-972.)

⁶⁸ A preocupação com a democracia procedimental é particularmente demonstrada na revisão da LQER operada em 2017, pela Lei 12/2017, de 02 de Maio, que reforça a obrigação de disponibilização de dados, pela entidade reguladora, na sua página electrónica.

devem contemplar a divulgação do projecto na sua página electrónica, para fins de discussão pública, sendo que os interessados podem, aí, apresentar comentários e sugestões (nº2), exigindo-se ainda que, nos termos no nº4 do mesmo artigo, a entidade reguladora fundamente as suas opções, com referência aos comentários e sugestões apresentadas durante o período de discussão pública referido no nº 2.

A legitimação procedimental decorrente desta abertura das ARI à participação externa encontra o seu fundamento numa ideia de democracia procedimental, sendo a actuação das ARI, nesse sentido, legitimada pelo cumprimento de critérios procedimentais que demonstram competência na actuação, e no cumprimento de garantias procedimentais reforçadas (efectivadas pelo reforço da participação dos interessados na tomada de decisões, por amplos deveres de fundamentação e pela devida publicitação de ditas decisões – *due process of law*).

De certo modo, poderíamos olhar para a legitimação procedimental assim considerada não como uma negação da legitimação democrática, mas como o transferir do mecanismo concedente da democraticidade dos tradicionais poderes do Governo sobre a Administração (poderes de direcção ou poderes de superintendência e tutela, conforme os casos concretos) para mecanismos novos que encontram o procedimento como seu ponto de acção. A ideia é a de que uma actividade mais transparente, com uma fiel prestação de contas e procedimentos mais abertos e participados significa uma mais fácil aceitação – e, portanto, uma maior legitimação – das decisões tomadas pelas ARI, cuja sujeição ao Governo como forma de legitimação é impensável⁶⁹.

A falta de uma legitimidade baseada na representatividade política – ou a insuficiência dos controlos dos órgãos democraticamente legitimados sobre as ARI – seria suprida pela racionalidade e correcção formal das decisões e pela adopção de um justo e participado procedimento, controlado pela comunidade.

⁶⁹ Nas palavras de Baldwin, Cave e Lodge, “the underlying rationale (...) is that proper democratic influence over regulation is ensured by due process being observed and that this influence has a legitimating effect” (*vide* Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. (2ª edição). Oxford University Press. p. 29.)

2.2.1 *Críticas à legitimação procedimental das ARI*

Não têm faltado, no entanto, vozes críticas à alternativa oferecida pela legitimação procedimental⁷⁰. De facto, têm sido lembrados os perigos desta forma de legitimação. É que a realidade anunciada de um procedimento aberto e participado e de actuação com transparência através da disponibilização de informação *online* parece ter sido frustrada, tendo tais mecanismos (como o da abertura dos processos de regulamentação das ARI à participação, nomeadamente, das empresas – art. 41º LQER) sido sequestrados pelos agentes económicos, que os passaram a utilizar como ferramenta de *lobbying*, para benefício próprio.

Outras vezes, a actuação dos agentes económicos passa, em sentido contrário, pela não participação nestes procedimentos de regulamentação abertos das ARI, de modo a que, produzidos resultados regulatórios de inferior qualidade, possam estas entidades impugnar as decisões regulatórias e obter decisões judiciais favoráveis aos seus interesses⁷¹.

Assim, a faceta da abertura e transparência da actuação das autoridades reguladoras como mecanismo de legitimação procedimental das mesmas parece ter falhado, e transformado a legitimação procedimental numa falsa legitimação, da qual se retira unicamente a necessidade de reforçar as medidas destinadas a evitar a captura dos reguladores pelos regulados.

⁷⁰ Entre outros, *vide* na doutrina nacional João Nuno Calvão da Silva, numa crítica feroz à legitimação procedimental enquanto veículo principal de legitimação da actuação das ARI (Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina, p. 191-195)

⁷¹ Esta realidade chama-nos a atenção para a importância da teoria dos jogos na percepção da relação do regulador para o regulado. Sobre a teoria dos jogos (*game theory*) na relação regulador-regulado, *vide* as obras de Albino, D., Hu, A. & Bar-Yam, Y. (2013). *Corporations and Regulators: The Game of Influence in Regulatory Capture.*, de Ayres, I & Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press. p. 60., e de Scholz, J. T. (1984). *Voluntary Compliance and Regulatory Policy*. *Law & Policy*, 6: 385-404. E, ainda, numa perspectiva mais abrangente, da teoria da captura regulatória (*regulatory capture theory*) *vide* a obra de George Stigler (nomeadamente Stigler, G. (1971). "The Theory of Economic Regulation". *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, nº1, pp. 3-21), essencial nesta matéria.

2.1.2 *A legitimação procedimental como uma forma de legitimação democrática directa*

Não obstante as críticas apresentadas à ideia de uma legitimação procedimental das autoridades reguladoras, pelo perigo dos agentes económicos capturarem os seus mecanismos caracterizadores com o fim de desenvolver uma actividade de lobbying, não podemos deixar de pensar na legitimação procedimental – nomeadamente no seu reflexo de consulta e participação dos interessados – como uma forma de legitimação democrática⁷². Mais do que isso, aliás, como uma forma de legitimação democrática directa.

Dissertando sobre as etapas da Análise de Impacto Regulatório (AIR), lembra Natália de Almeida Moreno a essencialidade de recorrer a uma etapa de consulta e participação dos interessados, defendendo “a imperatividade de a governança dos sectores regulados pautar-se em processos abertos e recetivos das manifestações dos agentes interessados”⁷³.

De facto, para a autora, “quanto mais cedo for permeabilizado o processo regulatório à participação dos agentes interessados, maior o potencial de as diversas variáveis e pontos de vista poderem ser considerados e sopesados e de as impressões/apreciações erradas ou inexatas do regulador serem revisadas e corrigidas”⁷⁴, daí resultando, como a mesma nota, necessárias vantagens para a regulação, que se podem resumir numa “melhor qualidade da regulação” e, bem assim, para o que aqui nos interessa, numa “maior legitimação das conclusões atingidas”⁷⁵.

⁷² Para Colin Scott, por exemplo, podemos falar numa democracia pós-representativa (*post-representative democracy*), onde a procura de mecanismos que garantam uma *accountability* das autoridades reguladoras não significa o fim da tradicional legitimação democrática, mas sim o seu redesenhar, com a entrada da democracia nos procedimentos (Scott, C. (2015). *Regulatory Capitalism, Accountability and Democracy*. In A. C. Bianculli, X. Fernández-i-Marín & J. Jordana. (Ed.), *Accountability and Regulatory Governance*. (2015). (p. 198). Palgrave MacMillan.)

⁷³ Moreno, N. de A. (2015). Análise de Impacto Regulatório. *Revista dos Tribunais*, vol. 951, pp. 19-55.

⁷⁴ Moreno, N. de A. (2015). Análise de Impacto Regulatório. *Revista dos Tribunais*, vol. 951, pp. 19-55.

⁷⁵ Moreno, N. de A. (2015). Análise de Impacto Regulatório. *Revista dos Tribunais*, vol. 951, pp. 19-55.

Este processo de consulta e participação dos interessados — corolário natural da democracia procedimental — oferece à actividade regulatória uma fonte de legitimidade particularmente interessante. Uma participação directa dos interessados (agentes económicos, utilizadores e demais interessados, como outras entidades reguladoras que se relacionem o objecto da regulação) na (re)definição do problema, na consideração da sua relevância, no estabelecer dos objectivos da regulação, e em que estes se manifestem, igualmente, sobre “se há já ações por parte da iniciativa privada para endereçar os problemas indicados ou se as proporções e urgência do problema foram correctamente valorados”⁷⁶, configura uma verdadeira fonte de legitimidade democrática directa. De facto, se dos poderes do Governo (primeiro órgão com legitimidade democrática indirecta, já que nomeado na primeira sessão da AR⁷⁷) sobre as autoridades reguladoras resulta para estas uma determinada legitimidade democrática indirecta, a participação directa dos interessados na actividade das entidades reguladoras através da abertura procedimental do processo regulatório confere às ARI uma especial legitimidade democrática, que não encontra o Governo como intermediário.

Na dinâmica assim estabelecida, a legitimidade procedimental — nomeadamente através do reflexo que encontra na consulta e participação dos interessados — surge não como um modelo de legitimação diametralmente oposto à legitimação democrática, mas como uma forma alternativa de a concretizar. Aliás, a consulta e participação dos interessados no procedimento surge como forma de legitimação democrática directa, assumindo, pois, uma força especial. A legitimação democrática, deste modo, não desaparece, mas antes move-se para o campo da legitimação procedimental.

2.3. Legitimação pelo Controlo Jurisdicional

Quanto à legitimação das ARI pelo controlo jurisdicional, torna-se claro que recusar, com base na suposta independência destas entidades, o controlo dos tribunais sobre as mesmas implicaria uma violação gros-

⁷⁶ Moreno, N. de A. (2015). Análise de Impacto Regulatório. *Revista dos Tribunais*, vol. 951, pp. 19-55.

⁷⁷ Essa sim agraciada com a legitimidade democrática directa decorrente do voto popular.

seira do Estado de Direito⁷⁸. Como autoridades administrativas, pertencentes ao aparelho estadual, as ARI têm de estar – como estão⁷⁹ – sujeitas a tal controlo.

Ora, se tal controlo é necessário, é também certo que não é suficiente⁸⁰. O controlo jurisdicional dos tribunais sobre as ARI, pois, não podendo, nunca, constituir a sua fonte primária de legitimação – não o é para nenhuma outra entidade administrativa – contribuirá sempre, complementarmente, para a legitimação destas entidades.

2.4. *Legitimação pela Lei Fundamental*

Nas palavras de Calvão da Silva, “outra das tentativas de legitimação das autoridades reguladoras independentes passa pela inserção, no texto constitucional, de disposições que expressamente autorizem aquelas entidades”⁸¹. Ora, a inovação da revisão constitucional de 1997 ofereceu à Lei Fundamental a norma do art. 267º/3 CRP, segundo o qual “A lei pode criar entidades administrativas independentes”. Embora o

⁷⁸ Seguimos aqui, de perto, Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina. p. 195. A este respeito, lembra também Maria Fernanda Maças que, “estando nós perante autoridades de natureza administrativa, qualquer que seja o seu grau de independência, a sua subordinação à lei e ao controlo dos tribunais constitui um dado irrefutável, por exigências do princípio do Estado de direito e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos eventualmente afectados com as suas decisões.” (Maças, M. F. (2006). “O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, Julho/Agosto 2006. p. 26).

⁷⁹ De facto, as autoridades reguladoras estão hoje sujeitas, consoante os casos concretos, a três ordens de jurisdição: i) Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão; ii) tribunais administrativos; e iii) tribunais comuns.

⁸⁰ A visão de Maria Fernanda Maças a este respeito é particularmente negra. Para a Autora, “a complexidade técnica e a indeterminação das normas e actos das ARI associadas à falta de preparação técnica dos magistrados contribui para que o controlo judicial dos seus actos de autoridade se torne uma questão delicada e difícil, não permitindo em muitas situações senão um controlo limitado ou atenuado”, pelo que “as ARI constituem (...) um desafio para o controlo jurisdicional da actuação da Administração, garantia básica de um Estado de direito”. (Maças, M. F. (2006). “O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, Julho/Agosto 2006. p. 49).

⁸¹ Novamente aqui, desta vez a respeito da legitimação das autoridades reguladoras pelo texto constitucional, seguimos de perto as considerações da dedicada obra de João Nuno Calvão da Silva (Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina. p. 197.)

preceito em causa seja manifestamente abstracto — razão pela qual merece (e tem merecido) críticas⁸² — a verdade é que afasta a questão da admissibilidade constitucional destas entidades.

Como vimos a respeito da ideia de democracia procedimental, a legitimação democrática da Administração não tem que se limitar aos poderes que o Governo detém sobre as entidades pertencentes ao aparelho administrativo do Estado, antes podendo encontrar outros veículos para a sua concretização. Assim sendo, também a legitimação pela Constituição constitui, em certa medida, uma forma de administrar legitimação democrática às entidades reguladoras, porquanto a permissão expressa, na CRP, para a criação de entidades administrativas independentes — cujo conceito, como vimos, não se confunde com aquele de autoridades reguladoras — constitui um aval da Lei Fundamental do Estado português — fonte superior do direito a nível interno e repositório das normas que regulam os aspectos fundamentais da estrutura do Estado e da sociedade — a estas entidades.

A legitimação pela Lei Fundamental enquanto forma de legitimação democrática torna-se particularmente relevante quando considerado o facto de o acto eleitoral para a Assembleia Constituinte de 1975 ter obtido a participação de 90% dos eleitores recenseados e de as sucessivas alterações ao texto constitucional — como aquela (Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro) que passou a prever a possibilidade da criação de entidades administrativas independentes (art. 267º/3 CRP) — exigirem, para a sua aprovação, uma maioria de dois terços dos deputados em funções (art. 286º/1 CRP), assim conferindo uma particular legitimação democrática às autoridades reguladoras.

Esta realidade, no entanto, não nos pode fazer esquecer que, apesar de tudo, a legitimação assim conseguida é, enquanto manifestação de legitimidade democrática, manifestamente residual, já que o art. 267º/3 CRP constitui, como já explorámos⁸³ uma mera permissão para a criação de entidades administrativas independentes, portanto não se referindo, em particular, às autoridades reguladoras, e, ainda menos, às áreas e actividades económicas onde estas devem existir e operar.

⁸² Vide notas de rodapé nº 19 e 20 (página 12).

⁸³ Vide nota de rodapé nº 19 (página 12).

2.5. *Legitimação pela Criação*

De resto, não podemos ignorar a legitimidade de que estas entidades beneficiam desde a sua nascença, através das leis que as instituem e dos estatutos que regem o seu funcionamento. Sendo criadas por lei (art. 7º/1 LQER), e por decreto-lei tendo os seus estatutos aprovados (art. 7º/3 LQER), estas entidades encontram-se legitimadas *ab initio*, já que a sua criação (com as características e poderes aí atribuídos) se dá pelo instrumento típico da actividade legislativa, cuja aprovação necessita de uma votação favorável da Assembleia da República — órgão maior do mecanismo democrático, cujos membros são eleitos por sufrágio universal, em círculos eleitorais, com o encargo de representar os interesses da população eleitora.

Além dos seus estatutos, também a aprovação por lei emanada da Assembleia da República e promulgada pelo Presidente da República da LQER confere às ARI uma legitimidade reconduzível à legitimidade democrática que ainda há pouco parecíamos ver ameaçada.

2.6. *Legitimação pelos Resultados*

Por fim, podemos ainda considerar uma legitimidade pelos resultados. De facto, a opção pela desgovernamentalização da regulação e a atribuição desta tarefa a entidades administrativas que parecem querer escapar dos tradicionais modelos da administração, encontrou a sua razão de ser na procura de escudar a actividade de regulação do poder político, com a convicção de que os resultados regulatórios assim produzidos apresentariam uma melhor qualidade.

Não há como ignorar que uma actividade regulatória que produza melhores resultados se encontra mais legitimada⁸⁴, já que cumpre os objectivos propostos, não colocando em causa o interesse público e, assim, não gerando contestação pela sua ineficácia ou ineficiência. A legitimação das ARI pelos seus resultados requer no entanto, naturalmente, a análise dos mesmos de uma forma séria, através de mecanismos de análise

⁸⁴ Consulte-se, a este respeito, Maggetti, que discorre criticamente sobre a possibilidade de uma legitimação das autoridades reguladoras (Maggetti, M. (2010). *Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: a Critical Review. Living Reviews in Democracy.* p.3-4).

de impacto regulatório⁸⁵, e a implementação de mecanismos regulatórios mais adequados à realidade actual do mercado e da regulação⁸⁶.

De igual modo, cumpre fazer compreender que um exercício de julgamento governamental que resultasse num entendimento de que a entidade reguladora não estaria a obter os melhores resultados não poderia nunca resultar na destituição dos membros do conselho de administração da mesma. Além dos mandatos destes serem irrevogáveis, a possibilidade da sua substituição por via de uma análise negativa dos resultados por estas entidades obtidos significaria a possibilidade de o Executivo impor às entidades reguladoras a sua visão sobre o que constitui uma “boa regulação”, assim infestando de ponderações políticas a actividade de regulação.

Daqui resulta que, ao falarmos numa legitimação pelos resultados, não queremos significar, nunca, que resultados menos positivos se possam traduzir, através de uma suposta deslegitimação das autoridades reguladoras independentes, na destituição, por resolução do Conselho de Ministros, dos membros do conselho de administração destas entidades. Tal destituição está reservada, na realidade, para casos de falta grave, como desenvolvem os números 4 e 5 do art. 20º LQER.

⁸⁵ Ao mesmo tempo, por outro lado, têm sido apresentadas dificuldades aos modelos de análise benefício-custo promovidos, entre as quais os argumentos de que este tipo de análises tende a produzir não uma melhor regulação, mas um peso extra e atrasos para os reguladores (*Vide* Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. (2ª edição). Oxford University Press. p. 321). Estas críticas somam-se àquelas desde logo apontadas à legitimação pelos resultados considerada em si mesma (*vide*, novamente, Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. (2ª edição). Oxford University Press. p. 30-31.)

⁸⁶ Falamos, aqui, das tecnologias regulatórias piramidais da *smart regulation* e da *responsive regulation*. Para Natália de Almeida Moreno, estas “pautam-se fortemente na superação de polarizações ideológicas para buscar as estruturas e combinações com maiores potenciais de, *na prática*, assegurar os bons resultados da regulação, estabelecendo métodos piramidais de combinação e escalonamento de meios e estratégias regulatórios para melhor responderem aos tipos de agentes regulados e de problemas colocados à solução do regulador” (Moreno, N. de A. (2015). *Tecnologias Regulatórias Piramidais: responsive regulation e smart regulation*. *Revista de Direito Público da Economia*, nº49. p. 133.)

IV. As Implicações da Discussão sobre a Legitimidade das ARI

1. A Protecção da Legitimidade Democrática das ARI

A discussão em torno da legitimidade da actuação das ARI não pode deixar de nos chamar à atenção para outras questões de âmbito mais alargado, concernentes à própria sobrevivência da política e do Estado, cujo âmbito do nosso estudo não compreende. Quanto a nós, parecem-nos indesejável o fim da legitimidade democrática como forma preferida de legitimação da actuação pública, sob pena de a responsabilização se tornar impossível e a “culpa morrer solteira”.

Creemos, nesse sentido, que as actuais garantias de que o Governo dispõe sobre as ARI — seja na designação dos membros do conselho de administração (art. 17º/2, /3 e /4 LQER), seja na dissolução, em casos extraordinários, do conselho de administração ou destituição dos seus membros por resolução do Conselho de Ministros (art. 20º/4 LQER), seja, de forma especial, nas autorizações previstas no art. 45º LQER — protegem a necessária legitimação democrática destas, sem ainda assim assumirem tamanho tal que signifiquem um verdadeiro controlo daquele sobre estas, assim se conseguindo o equilíbrio entre as necessidades de independência e de democraticidade destas entidades^{87 88}.

⁸⁷ Para José Manuel Sala Arquer, “La posición jurídica de las administraciones independientes va a quedar, pues, definida, por una tensión entre principios favorecedores de su inmunidad frente al control y dirección del Gobierno, y principios destinados a salvaguardar la unidad de la acción del Estado”, assim reconhecendo que o resultado desta tensão entre a necessidade de independência destas entidades e a necessidade de garantia da sua democraticidade resultará sempre numa solução de compromisso. Como o próprio acrescenta: “De ahí que el resultado de essa tensión consista sempre en una solución de compromiso: no todos los medios de control son legítimos; tan sólo cabe una «influencia limitada” (Arquer, J. M. S. (1984). “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº42, p. 410).

⁸⁸ Para Sala Arquer “los organismos independientes por razones técnicas o económicas suponen una quiebra del principio democrático” (*Vide* Arquer, J. M. S. (1984). “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº42, p. 421). Creemos, certamente, que, se as entidades em estudo não supõem uma quebra do princípio democrático, supõem pelo menos, certamente, a sua reconfiguração.

Se é verdade que a superior independência das ARI protege a qualidade da actividade regulatória, não deixa de ser também verdade que o Governo “é o órgão de condução da política geral e o órgão superior da Administração Pública” (art. 182º CRP), e que a regulação visa a prossecução de tarefas essenciais do Estado⁸⁹. Qualquer tentativa de afastar a legitimação democrática das ARI surge diante nós como um perigoso passo, capaz de, a qualquer momento, descredibilizar o mecanismo regulatório, e, com ele, todo o aparelho administrativo.

2. “Legitimar a Legitimidade Democrática”

Se queremos defender a legitimação democrática das autoridades reguladoras, no entanto, devemos pensar em formas de “legitimar a legitimidade democrática”, e de a recuperar do estado de descrença em que se encontra.

Não basta a fiscalização parlamentar, embora esta surja como exigência natural para a responsabilização do poder público.

É importante pensar, com Jorge Miranda, a institucionalização dos *lobbies*. A defesa de interesses próprios pelos corredores escuros parece-nos mais lesiva ao “bom nome” da legitimação democrática do poder público do que a sua defesa à luz do dia. Esta, antes, permite-nos apontar dedos, numa disputa aberta com regras transparentes.

A par desta medida concreta, não pode ser ignorada a já tão badalada reforma do sistema eleitoral, que o jogo político tem adiado (da mesma maneira que vem adiando a reforma do sistema eleitoral dos municípios), para um sistema que — ao invés do actual (cujo desenho parece desconhecer as noções básicas de Ciência Política) — garanta uma verdadeira representação não só de população, mas também de território, em prol de uma maior coesão nacional e territorial, de modo a beneficiarmos de uma AR e de um Governo democraticamente melhor legitimados.

⁸⁹ Destaca Lodge que se pode argumentar que até as decisões que parecem dizer respeito apenas à actividade económica — como o estabelecimento de preços — requerem escolhas com grandes implicações sociais — portanto, escolhas que, à partida, apenas uma entidade democraticamente legitimada poderia tomar. Acrescenta o Autor que “regulatory agencies have become policy-making departments in all but name, but without the «normal» legitimating devices associated with liberal democracy.” (*vide* Lodge, M. (2008). Regulation, the Regulatory State and European Politics. *West European Politics*, 31: 1-2. pp. 292-293.)

De facto, é nossa opinião a de que atribuir mais poderes ao Governo sobre as ARI não é condição necessária para uma acrescida *accountability* destas. Antes, a pretendida prestação de contas pode ser conseguida garantindo que o Governo (primeiro órgão com legitimidade indirecta e que dispõe ainda, como vimos, de certos controlos sobre as ARI) disponha também ele de uma sólida legitimação democrática. Esta é, no entanto, uma discussão que ultrapassa o âmbito do nosso estudo e cujo debate, a ser tido, pertence ao campo da política, que muito beneficiaria do *input* dos estudiosos da Ciência Política.

3. A Importância de Modelos Complementares de Legitimação

Por fim, devemos reconhecer que a opção por uma legitimação democrática da actuação das entidades reguladoras em nada implica com a necessidade de adoptar medidas que seriam típicas de outros mecanismos de legitimação das mesmas. Assim, afigura-se essencial a abertura de uma maior margem à avaliação das políticas de regulação e da actividade reguladora.

A nível da avaliação da regulação, é de destacar o exemplo da Análise de Impacto Regulatório (AIR), que olha para a actividade regulatória como um conjunto de etapas ordenadas, de modo a sistematizar o processo regulatório e assim permitir um estudo mais científico da regulação⁹⁰. Ciente de que os recursos são escassos, esta ferramenta tem procurado auxiliar o regulador não só quanto à análise custo-benefício da actividade de regulação, mas, também, quanto à procura de decisões regulatórias de melhor qualidade.

A inclusão de práticas gestionárias e da *governance* na actividade de regulação afigura-se como mais uma forma de criar uma melhor regulação, e, assim, logicamente, uma regulação melhor legitimada e à qual seja reconhecida validade. Neste sentido, não podemos deixar de apontar a necessidade de implementar práticas de regulação que reflectam a

⁹⁰ Assim é, de facto, para Natália de Almeida Moreno, para quem a Análise de Impacto Regulatório tem como desiderato “tornar mais racionais, eficientes, legítimas e de melhor qualidade as decisões regulatórias” (Moreno, N. de A. (2015). Análise de Impacto Regulatório: que percurso adotar. *Revista dos Tribunais*, vol. 951, pp. 19-55.)

lógica subjacente à *smart regulation*⁹¹ e à *responsive regulation*^{92 93}.

V. Conclusão

Na procura da garantia da independência das autoridades reguladoras levanta-se-nos o desafio da responsabilização das mesmas, encontrando-se o dilema na procura do equilíbrio que permita manter a independência destas entidades sem abandonar a sua democraticidade – pilar essencial da construção política ocidental.

Embora não alinhemos com aqueles que enquadram as autoridades reguladoras na chamada “administração independente” – antes as compreendendo como entidades *sui generis*, às quais melhor será reconhecida uma natureza semi-independente – compreendemos as preocupações suscitadas pela atribuição de tão vastos poderes a entidades que apesar de sujeitas a determinados controlos não se encontram de forma alguma, igualmente, no campo da administração indirecta.

Depois de trazido do nevoeiro um conceito de “legitimidade”, e de levantada a questão da legitimidade democrática destas entidades, amplamente discutida na doutrina, impunha-se a análise de outros mecanismos de legitimação das autoridades reguladoras.

⁹¹ Expressão inicialmente cunhada por Neil Gunningham no seu livro “Smart Regulation: Designing Environment Policy” (vide Gunningham, N. & Grabovski, P. (1998). *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Clarendon Press., reflecte uma visão da regulação que entende que, de forma geral, o uso de múltiplos instrumentos de regulação (em vez de um só) e a intervenção de diversos agentes regulatórios promovem uma melhor regulação.

⁹² Indissociável da *smart regulation* surge o fenómeno da *responsive regulation*. Como estabelecem Ian Ayres e John Braithwaite, “responsiveness implies not only a new view of what triggers regulatory intervention, but leads to innovative notions of what the response should be”. Para estes autores, “responsive regulation is not a clearly defined program or a set of prescriptions concerning the best way to regulate. On the contrary, the best strategy is shown to depend on context, regulatory culture, and history. Responsiveness is rather an attitude that enables the blossoming of a wide variety of regulatory approaches (...)” – vide Ayres, I & Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press. p. 4-5. Ainda sobre a ideia de *responsive regulation*, vide Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. (2ª edição). Oxford University Press. p. 259 e ss.

⁹³ Sobre as tecnologias regulatórias piramidais da *responsive regulation* e da *smart regulation*, suas características e suas contribuições para uma regulação de melhor qualidade, vide, entre outros, Moreno, N. de A. (2015). Tecnologias Regulatórias Piramidais: responsive regulation e smart regulation. *Revista de Direito Público da Economia*, nº49. pp. 125-158.

Para uns alternativos, para outros complementares à tradicional legitimação democrática, o estudo destes diferentes mecanismos legitimadores revelou, por um lado, a complexidade e variedade dos mecanismos democráticos — que, como nomeadamente demonstrou a ideia de legitimação procedimental, vão muito além da mera dependência de órgãos directamente eleitos através da escadaria da legitimação eleitoral — e, por outro lado, a relevância do grau de alcance dos fins propostos para a regulação como mecanismo de legitimação da actividade reguladora.

Os interesses a garantir pela actividade de regulação, e a sua essencialidade neste novo panorama em que se redesenhou o papel do Estado, que se viu passar de prestador a garantidor, justificam a relevância da ponderação dos valores da independência e da responsabilização na construção do regime aplicável às autoridades reguladoras.

O objectivo, nesta difícil tarefa de balanceamento e ponderação, passa por garantir, entre independência e responsabilização, um equilíbrio tal que permita manter a tendencial independência das autoridades reguladoras sem prejudicar a representação do interesse público na regulação, num cômputo do qual resulte, por consequência natural, uma actividade regulatória legitimada.

Nesta dinâmica, uma nova concepção de legitimação democrática, que a reconheça para lá da participação em eleições — seja na sua criação por acto legislativo, seja nas garantias procedimentais oferecidas por estas entidades e que se traduzem numa verdadeira legitimidade democrática directa — afigura-se útil para contornar os problemas que originariam da subordinação directa das ARI ao Governo, garantindo por igual a representação do interesse público, sem no entanto sujeitar estas entidades ao controlo e captura pelo poder político.

Do estudo realizado em torno dos modelos propostos de legitimação das ARI não poderia deixar de se retirar uma conclusão pela necessidade de proteger a legitimidade democrática das autoridades reguladoras, porquanto os mecanismos democráticos permanecem a base fundamental do sistema político português e o Governo continua a ser “o órgão de condução da política geral e o órgão superior da Administração Pública” (art. 182º CRP), de tal modo que uma quebra abrupta com a tradição democrática poderia significar a descredibilização do mecanismo regulatório.

A manutenção da crença nos mecanismos tradicionais de legitimação democrática exige também, no entanto, o reforço da democraticidade dos mesmos. Nesse sentido, o reforço da legitimidade democrática

das autoridades reguladoras não tem que passar necessariamente pela atribuição, ao Governo, de mais poderes sobre as ARI, de modo a beneficiar estas com uma maior *accountability*, podendo antes materializar-se garantindo que o Governo dispõe, ele próprio, de uma mais sólida legitimação democrática, redesenhando o sistema eleitoral ou institucionalizando os *lobbies*, a título de exemplo.

Por fim, o respeito pela legitimação democrática tradicional não surge, como já demos conta, como impedimento ao reforço de outros mecanismos de legitimação das autoridades reguladoras, que assim surgem não em alternativa à legitimação democrática, mas como seu complemento, na construção de uma melhor actividade de regulação, mais capaz de servir o interesse público.

Referências Bibliográficas

- Albino, D., Hu, A. & Bar-Yam, Y. (2013). *Corporations and Regulators: The Game of Influence in Regulatory Capture*.
- Amaral, D. F. do. (2008). *Curso de Direito Administrativo (Vol. II)*. Almedina
- Andrade, J. C. V. de. (2018). *Lições de Direito Administrativo*. (5ª edição). Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Arquer, J. M. S. (1984). “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº42. p. 401-422.
- Ayres, I & Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press.
- Azevedo, M. E. (2017). *Direito da Regulação da Economia – O Trânsito para o Estado Regulador e de Garantia*. Quid Juris.
- Azevedo, M. E. (2015). *Temas de Direito da Economia*. (2ª Edição). Coimbra: Almedina
- Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. (2ª edição). Oxford University Press.
- Black, J. (2008). “Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes”. *Regulation & Governance*, 2, p. 137-164.
- Caetano, M. (1983). *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina.
- Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. (7ª edição). Coimbra: Almedina.
- Canotilho, J. J. G. & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada: Volume I*. (4ª edição). Coimbra Editora
- Canotilho, J. J. G. & Moreira, V. (1991). *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora
- Cardoso, J. L. (2002). *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição - Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Estorninho, M. J. (2009). *A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina.
- Gonçalves, J. L. M. (2014). *Da Independência das Autoridades Reguladoras Independentes*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa.
- Gonçalves, P. C. (2013). *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora.

- Gonçalves, P. C. & Martins, L. L. (2014). Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica. In *Textos de Regulação da Saúde: Ano 2013*. (2014). (p. 19). Porto: Entidade Reguladora da Saúde.
- Gunningham, N. & Grabovski, P. (1998). *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Clarendon Press.
- Leitão Marques, M., Simões Almeida, J. & Matos Forte, A. (2005). *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra Editora
- Leitão Marques, M., Simões Almeida, J. & Matos Forte, A., “Regulação Sectorial e Concorrência”, *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Editora Fórum, Belo Horizonte, nº9 (Jan/Mar 2005), p. 187-205.
- Lodge, M. (2008). Regulation, the Regulatory State and European Politics. *West European Politics*, 31: 1-2. pp. 280-301.
- Maçãs, M. F. (2006). “O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, Julho/Agosto 2006. p. 21-49.
- Maggetti, M. (2010). Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: a Critical Review. *Living Reviews in Democracy*. p. 1-9
- Majone, G. (1994) “Independence vs Accountability?: non-majoritarian institutions and democratic government in Europe”, *EUI SPS*, 1994/03
- Majone, G. (1998) “The Regulatory State and its Legitimacy Problems”. *IHS Political Science Series No. 56, July 1998*. [Working Paper]
- Moncada, L. C. de. (2012). *Direito Económico*. (6ª edição). Coimbra: Coimbra Editora
- Morais, J. C. B. de. (2015). “A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência”, *Jurismat*, nº7. p. 155-167.
- Moreira, V. & Maçãs, F. (2003). *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora
- Moreira, V. & Marques, M. M. L. (2008). *A Mão Visível - Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina
- Moreno, N. de A. (2015). Análise de Impacto Regulatório: que percurso adotar. *Revista dos Tribunais*, vol. 951, pp. 19-55.
- Moreno, N. de A. (2015). Tecnologias Regulatórias Piramidais: responsive regulation e smart regulation. *Revista de Direito Público da Economia*, nº49. pp. 125-158.
- Oliveira, F. P. & Dias, J. E. F. (2017). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. (5ª edição). Coimbra: Almedina.
- Queiró, A. (2000). “Teoria dos Regulamentos”, *Estudos de Direito Público, Vol. II*. Obra dispersa, Tomo I. Coimbra
- Resende, A. M. O. (2016). *O Poder Regulamentar das Autoridades Reguladoras Independentes*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa.

- Sanches, J. L. S. (2000). "A Regulação: História Breve de um Conceito", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60
- Saraiva, J. H. (2009). *O que é o Direito?*. Gradiva.
- Scholz, J. T. (1984). "Voluntary Compliance and Regulatory Policy". *Law & Policy*, 6: 385-404.
- Scott, C. (2015). Regulatory Capitalism, Accountability and Democracy. In A. C. Bianculli, X. Fernández-i-Marín & J. Jordana. (Ed.), *Accountability and Regulatory Governance*. (2015). (p. 189-208). Palgrave MacMillan.
- Silva, J. N. C. da. (2008). *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*. Coimbra: Almedina
- Silva, V. P. da. (1998). *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina
- Silva, V. P. da. (1998). *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*. Coimbra: Almedina.
- Stigler, G. (1971). "The Theory of Economic Regulation". *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, nº1, pp. 3-21
- Strauss, P. L. (1984). "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review*, vol. 84, nº3
- Thatcher, M. (2011). "Regulation after Delegation: independent regulatory agencies in Europe". *Journal of European Public Policy*, 9:6. pp. 954-972.

