

Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes

Maria João Lourenço (*)

1. Notas introdutórias

A emergência de orientações privatísticas e o movimento de liberalização da economia a que assistimos na década de 80 do séc. XX tiveram como consequência uma alteração radical do papel do Estado nesse domínio.

Uma das manifestações mais claras da nova configuração do Estado como ente regulador traduziu-se na devolução¹ das tarefas que tradicionalmente lhe estavam confiadas a autoridades administrativas independentes, dotadas de independência e autonomia do poder político. Algumas destas, concentrado em si poderes de regulação (as denominadas entidades reguladoras independentes), concorrem verdadeiramente com o poder legislativo, historicamente confiado a entidades democraticamente eleitas.

* Doutoranda em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Assistente convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigadora júnior do JUSLAB.

¹ Adotamos a posição de acordo com a qual a natureza do ato de deslegalização está mais próxima da devolução de poderes do que da descentralização ou desconcentração, já que estamos perante um “*sistema em que alguns interesses públicos do Estado, ou de pessoas coletivas ou de população e território, são postos por lei a cargo de pessoas coletivas públicas de fins singulares*”. Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 895. Itálico no original. A este respeito, importa lembrar que a doutrina considera haver descentralização quando a função administrativa está confiada ao Estado e a pessoas coletivas territoriais e desconcentração quando “*o poder decisório se reparte entre o superior e um ou vários órgãos subalternos, os quais, todavia, permanecem, em regra, sujeitos à direção e supervisão daquele*”, situações que não refletem a relação entre Estado e autoridades administrativas independentes. Sobre os conceitos, leia-se ainda Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações públicas*, reimp., Coimbra, Coimbra editora, 2003, pp. 142 e ss. e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, pp. 833 e ss. e 873 e ss.

Sucedem que este fenómeno de deslegalização, ao abrigo do qual se admite que certas matérias possam ser preceituadas por regulamentos emanados por estas entidades, sem que sejam democraticamente eleitas ou sequer sujeitas ao escrutínio público, tem suscitado algumas inquietações. Referimo-nos, designadamente, à eventual falta de legitimidade democrática e à possível configuração de uma desvirtuação ao sistema tradicional da hierarquia da normatividade interna infraconstitucional.

Pretendemos, neste artigo, analisar se a deslegalização a que temos assistido a favor destas autoridades pode refletir um retrocesso no seio das garantias constitucionais, e se, a existirem tais riscos, atentas as especificidades e finalidades que lhes estão atribuídas, a deslegalização será ainda assim justificável. Voltaremos também a nossa atenção para a relação entre os regulamentos emanados por estas entidades e pelo Governo, entidades que partilham o poder regulamentar, analisando se os princípios da reserva e precedência de lei estão postos em causa nesta nova configuração de norma e que tipo de controlo judicial poderá ser exercido.

Para tanto, após a análise das razões que motivaram o surgimento das aludidas autoridades, refletiremos acerca do fenómeno da deslegalização e da concessão de prerrogativas regulamentares a entidades técnicas, independentes e sem substrato de representatividade democrática, de maneira a indagar se outros valores há que compensem tal carência. Sem esquecer uma reflexão sobre o tipo de controlo judicial que poderá ser feito do exercício do poder regulamentar, constataremos, a final, se estaremos verdadeiramente perante um “quarto poder” na nossa estrutura organizacional.

2. Do Estado social à afirmação da regulação independente

Não será novidade afirmar que da revolução francesa resultaram os princípios norteadores no domínio político-social das sociedades, designadamente pela dimensão assumida pelo liberalismo no plano económico do séc. XIX e grande parte do XX.

Sucedem que, sob a égide deste modelo liberalista, o mercado não foi capaz de superar as crises económicas que marcaram o início do séc. XX e os Estados viram-se forçados a corrigir as suas falhas.

Pretendendo superar estes desequilíbrios, a nova ideologia de bem-estar social, conhecida por *welfare state*, alicerçava-se num sistema hierárquico do mercado, ocupando o Estado o lugar cimeiro de regulação. O intervencionismo apelava a uma maior ingerência do Estado, que procurou o controlo do mercado através da nacionalização de um número significativo de empresas e de um domínio do circuito financeiro. Assumida uma clara monopolização na produção dos bens e serviços, o resultado culminou numa neutralização do poder do mercado.

Ocorre, contudo, que na década de 80 do Séc. XX, se evidencia a ineficácia deste modelo de intervenção, pelo facto de o Estado não ter condições financeiras para assegurar um equilíbrio entre a manutenção de condições de vida da coletividade e a estabilidade das contas públicas. Tal circunstancialismo trouxe à ribalta a discussão sobre a falência do Estado providência e a ineficiência da intervenção direta da estrutura governativa através de empresas públicas.

A par destas dificuldades, parte dos países europeus vinham demonstrando uma vontade em criar um mercado comum, assente numa união económica e monetária e na aplicação de políticas ou ações comuns, onde a circulação de pessoas, bens, capitais e serviços fosse livre.

Tal aspiração implicaria uma completa reforma das estruturas económicas e sociais, desde logo porque significava a abertura do mercado à livre concorrência. A constatação da falência do estado intervencionista abriu portas para a implantação deste modelo.

Como resultado, verificou-se numa verdadeira reestruturação da ideia do Estado através da liberalização e da privatização: o mercado abriu-se à concorrência em setores tradicionalmente marcados por monopólios, como o setor da energia elétrica, da banca, dos transportes e das telecomunicações.

Observou-se, com isso, uma mudança no padrão tradicional do Estado e emergiu um novo modelo: a regulação e os Estados reguladores². Perante a nova conceção de mercado, o Estado participava sobretudo para garantir o controlo e planeamento das atividades desenvolvidas, permitindo a criação de condições necessárias para o exercício concorrencial da atividade comercial e a prossecução de garantias de bem-estar social, postulando a regulação como instrumento de garantia estadual da realização do interesse público³.

Nesta nova forma de regulação, o Estado não abdicou do controlo do setor económico, mas também não concentrou em si toda a regulação. O que se verificou foi uma revitalização da sua forma de atuação, consubstanciada numa intervenção indireta. Tal foi conseguido através da regulação, marcada pela privatização e a consequente abertura do mercado à concorrência, essencialmente pela liberalização e desregulamentação que se priorizou na altura. E tudo porque se constatou que, em determinados setores, se impunha uma maior neutralidade da intervenção do Estado, exigindo-se que a intervenção e regulação se fizesse em novos moldes, mais conformes ao mercado, visando defender e regular a paridade de armas num novo mercado livre e aberto à concorrência.

Reconheceu-se, então, que a regulação deveria ter uma lógica específica, que fosse independente da lógica política, de modo a conferir aos diferentes setores que compõem o mercado maior estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objetividade, como forma de garantir um crescimento estruturado e de responder à desconfiança institucional e societária relativamente à aptidão da Administração Pública para assegurar de forma imparcial a tutela de certos bens ou interesses.

² Sobre as teorias da regulação, leia-se, por todos, Eugenio Rivera Urrutia, "Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas", in *Gestión y Política Pública*, vol. XIII, núm. 2, II semestre, 2004, pp. 309-372.

³ Cf. Pedro Costa Gonçalves, *Reflexão sobre o Estado Regulador e Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra editora, 2013, p. 14. Assim sendo, pode dizer-se que a regulação trouxe consigo uma nova dinâmica que possibilitou, à partida, uma combinação perfeita: permite a coexistência pacífica entre a concorrência e privatização e a manutenção das garantias do estado social. Por essa razão, poder-se-á afirmar que esta é uma função que opera em recentes moldes, assente em novos meios de prestação dos serviços, capazes de pôr cobro a possíveis crescimentos descontrolados das despesas públicas, sem esquecer os direitos económicos e sociais dos utentes e consumidores. Neste sentido, Luís Cabral de Moncada, *Direito Económico*, 5.^a ed., rev. e atu., Coimbra, Coimbra editora, 2007, p. 48.

Pretendia-se, sobretudo resolver conflitos entre diferentes centros do poder político herdados do Estado intervencionista e que seria necessário adaptar à nova ideologia política; promover a segurança jurídica e confiança no Estado de Direito; estabelecer “contrapoderes” à hegemonia do poder do Parlamento, garantindo a tomada de decisões imparciais e racionais e libertando do estado de sujeição à tutela do Governo algumas das decisões estruturantes de setores agora abertos à concorrência; dar resposta à exigência de regulação e tomada de decisões em novas matérias, ou com maior complexidade; e ainda garantir o exercício da tarefa de regulação com maior maleabilidade, dificilmente conseguida com a emanação de normas gerais e abstratas⁴.

Para o efeito, são criadas as autoridades administrativas independentes⁵, que têm como missão a regulação económica e a proteção dos direitos fundamentais.

Estas surgem não só para fazer face às consequências de uma Administração não profissional, sem os conhecimentos técnicos e com elevado grau de parcialidade na sua atuação, mas também como forma de solucionar os problemas decorrentes da falta de confiança no poder político quanto à imparcialidade para eleger certos órgãos investidos de funções de tutela em certas áreas sensíveis que reclamam uma elevada taxa de isenção.

⁴ Sobre as necessidades de criação e surgimento das autoridades administrativas independentes, vide Marie José Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 16 e ss; Enrique García Llovet, “Autoridades administrativas independientes y estado de derecho”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 131, 1993, pp. 61-118, pp. 92 e ss; Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *op. cit.*, pp. 21 e 48 e ss e José Lucas Cardoso, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra, Coimbra editora, 2002, pp. 411 e ss.

⁵ Não poderemos avançar sem fazermos um esclarecimento que será essencial para delimitar o nosso campo de investigação: atendendo aos objetivos do presente trabalho, não nos debruçaremos verdadeiramente sobre as autoridades administrativas independentes no seu todo, mas apenas sobre as autoridades reguladoras independentes que, embora pertencendo àquelas, sempre serão uma categoria especial por serem dotadas de poder de regulação. Só em relação a estas fará sentido questionar a falta de legitimidade democrática e o controlo judicial dos seus atos, no seio dos processos de deslegalização, como veremos. Assim, quando nos referirmos a autoridades independentes, consideramos uma remissão tácita para autoridades reguladoras independentes. Para esclarecimentos adicionais, devem ler-se Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *op. cit.*, p. 270 e Joaquim Freitas da Rocha, *Constituição, ordenamento e conflitos normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 713 e 714.

Tendo em vista a efetiva prossecução das finalidades para as quais foram criadas, é hoje aceite que estas entidades têm de ser dotadas de independência orgânica, política e técnica e de autonomia financeira e organizatória, pois só assim se assegurará a imparcialidade na regulação.

Entre outras características deste sistema, salientam-se a maior especialização e tecnicidade da regulação; a maior neutralidade das opções e medidas reguladoras; a abertura do mercado a novos operadores e o controlo da posição dominante dos operadores já instalados. Igualmente se deverá notar a redução da burocracia e da carga administrativa do Estado, subtraindo deste uma parcela da sua responsabilidade no controlo de determinados setores económicos e sociais, E isto porque, como se compreenderá, este passou a ser feito por “entidades autónomas, cujos objetivos se centram, essencialmente, em promover a desgovernamentalização e despolitização do sector, exaltando os valores da imparcialidade e objetividade”⁶ e “[assegurando] maior tecnicidade para a tomada de decisões no âmbito de regulação de alguns setores específicos, sem, contudo, esvaziá-los de política, intrínseca à administração pública”⁷.

Implementadas em escala global⁸, em Portugal a primeira manifestação da abertura a estas entidades autónomas reguladoras surge com a criação da Comissão Nacional das Eleições, com vista a regular o escrutínio da Assembleia Constituinte e, mais tarde, para a eleição de Deputados à Assembleia da República, em 1976⁹. A partir deste marco, a doutrina assume verdadeiramente a abertura às

⁶ Cf. Alex Odair do Espírito Santo Afonso, *O novo paradigma da regulação: um estudo comparado dos regimes português e são-tomense*, Lisboa, Universidade Lusíada, p. 47.

⁷ Cf. Rafael Rott de Campos Velho, *O poder normativo das agências reguladoras: democracia e direitos fundamentais*, disponível em https://www.researchgate.net/publication/307668061_O_PODER_NORMATIVO_DAS_AGENCIAS_REGULADORAS_DEMOCRACIA_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS (10.01.2018), pp. 1-20, p. 5.

⁸ O surgimento destas entidades, nos EUA e em alguns países europeus, é relatado por Enrique García Llovet, *op. cit.*, pp. 79 e ss e Dominique Custos, “The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies”, in *American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, vol. 54, fall, 2006, pp. 615-639, pp. 615-618.

⁹ Vide DL n.º 621-C/74 de 15 de novembro e DL n.º 93-B/76, de 29 de janeiro. Tal entidade tinha como principais competências a garantia da regularidade e isenção de todos atos eleitorais, podendo ser considerado também de um órgão de controlo. Sobre este assunto, leia-se, em particular, José Lucas Cardoso, *op. cit.*, pp. 245 e ss.

autoridades administrativas independentes no nosso ordenamento jurídico, pressuposto que os seus membros já comungavam de um estatuto de independência e inamovibilidade perante o Governo provisório¹⁰.

Entretanto, na década de 90, reclamava-se uma política que se adequasse à iniciativa económica e ao aglomerar do mercado concorrencial que se vivia, também por influência de uma economia de mercado, tão desejada pela União. Nesse contexto, surge a diretiva nº 96/92/CE que consigna as regras comuns para o mercado interno da eletricidade, uma vez que, perante a vaga de privatização nesse setor a nível europeu, se tornou necessário definir os princípios da abertura à concorrência neste setor. Tais princípios foram transpostos para o ordenamento interno português, que cria a primeira entidade reguladora na área dos serviços públicos, a Entidade Reguladora do Setor Elétrico (ERSE).

O alargamento destas entidades a outros setores surge na sequência dos esforços encetados pela União para criação de uma economia de mercado, emanado diversas Diretivas comunitárias nesse sentido.

Hoje têm particular relevo as autoridades reguladoras setoriais nos domínios financeiro, económico, das comunicações e dos transportes, como o Instituto de Seguros de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, o Banco de Portugal, a Autoridade de Concorrência, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, a Entidade Reguladora da Saúde, a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, a Autoridade Nacional de Comunicações e a Autoridade Nacional da Aviação Civil.

A proliferação destas entidades foi de tal ordem que a tendência que se verificou para o crescimento desordenado destas figuras contribuiu para que sob a designação de autoridades independentes aparecessem entidades com estruturas organizativas e funções muito diferentes entre si.

¹⁰ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *op. cit.*, pp. 338 e ss. Mais tarde, com a publicação da Lei 71/78 de 27 de dezembro, consagra-se definitivamente a Comissão Nacional das Eleições como órgão independente que funciona junto da Assembleia da República e exerce as suas competências relativamente a todos os atos de recenseamento e de eleições para os órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local.

Perante a inevitável necessidade de sistematização de uma normalização das atividades económicas pelas entidades administrativas independentes com funções de regulação, foi emanada a Lei-quadro das Autoridades Reguladoras Independentes¹¹, instrumento fundamental para realçar os princípios e as normas pelos quais se devem reger tais entidades, definidas como pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da atividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos setores privado, público, cooperativo e social.

3. Da deslegalização e atribuição de competências regulamentares à sua legitimidade e controlo democráticos

Não pretendendo debruçar-nos sobre nenhuma destas entidades em particular, nem sequer quanto às incertezas relativas à sua definição¹², natureza jurídica¹³, funções que lhes são atribuídas¹⁴ ou à pluralidade de estruturas organizatórias que podem assumir, tencionamos apenas problematizar o poder de

¹¹ Referimo-nos à Lei 67/2013, de 28 de agosto, publicada no Diário da República n.º 165/2013, Série I de 2013-08-28. Apesar de não ter sido possível uma visão uniforme entre as diferentes entidades reguladoras independentes, como reclamava a Proposta de Lei n.º 132/XII, o objetivo foi criar um regime jurídico estruturante aplicável à generalidade destas entidades, que consagrasse princípios gerais de independência, de gestão administrativa e financeira e requisitos de transparência e prestação de contas.

¹² Sobre a problemática, José Lucas Cardoso, *op. cit.*, pp. 398 e ss e, em especial, pp. 411 e ss.

¹³ Acerca do tema, leia-se Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associação pública*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 126 e ss e Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *op. cit.*, pp. 30 e ss. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 567 refere-se a esta como “administração infraestrutural prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração direta do Estado e livres da orientação e da tutela estrutural mas sem se reconduzirem aos esquemas da administração autónoma”. Deve ainda ver-se José Lucas Cardoso, *op. cit.*, pp. 407 e ss e, em particular, 419 e ss. Contestando a doutrina maioritária que coloca o acento tónico na discussão sobre a possibilidade de as administrações independentes serem administrações, Enrique García Llovet afirma que a questão deve ser outra: as administrações independentes são independentes? Enrique García Llovet, *op. cit.*, p. 96 e o relato feito por Alan B. Morrison, “How Independent Are Independent Regulatory Agencies” in *Duke Law Journal*, 1988, pp. 252 a 256.

¹⁴ Cf. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *op. cit.*, pp. 39 e 40 e Carlos Blanco de Moraes, “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, janeiro de 2001, pp. 101-154, p. 105.

regulação que lhes é conferido pelo legislador, enquanto manifestação do fenómeno da deslegalização.

Nesse sentido, analisaremos se os princípios da prevalência e precedência de lei estão postos em causa, quais as relações entre os regulamentos emanados pelas entidades e pelo Governo e aferiremos se a atribuição de poderes regulamentares poderá refletir um retrocesso no seio das garantias constitucionais por traduzir entraves aos princípios da legitimidade democrática e da separação de poderes e se, a existirem tais riscos, atentas as especificidades e finalidades que lhes estão atribuídas, a deslegalização será ainda assim justificável.

Analisaremos estas questões partindo do pressuposto que a lógica privatística reclama a criação de agências reguladoras e fiscalizadoras de carácter neutral, destinadas a garantir com imparcialidade efetiva o cumprimento das regras da economia de mercado, evitando distorções concorrenciais e diferentes formas de abuso de posição dominante, e por isso sempre será necessário cometer a estas instâncias um conjunto de atributos para que estas possam garantir a prossecução dos seus fins.

3.1. Atribuição de competências regulamentares

Atualmente, é entendimento maioritário que estas instâncias configuram um verdadeiro “quarto poder” que tem concentrado em si as três áreas de manifestação paradigmáticas dos poderes públicos: normativo, executivo e para-jurisdicional¹⁵.

No plano desta investigação, interessa-nos sobretudo analisar o poder regulamentar enquanto manifestação do poder de regulação que é atribuído a estas entidades, uma vez que se trata de forma “jurídico-administrativa inovatória”, traduzida numa “secundarização da legitimação democrática e hipertrofia da

¹⁵ Como refere Dominique Custos, este «"modelo de agência de função combinada", que faz as regras, investiga, processa e julga». Cf. do autor, *op. cit.*, p. 617. Aspas conforme o original. Podem ver-se, igualmente, Marie José Guédon, *op. cit.*, pp. 109 e ss e Alex Odair do Espírito Santo Afonso, *op. cit.*, p. 58, Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, Almedina, 2005 e José Lucas Cardoso, *op. cit.*, pp. 4862 e ss.

legitimação técnico-profissional”¹⁶, questão que pretendemos abordar nas páginas seguintes.

3.2. Deslegalização

A novidade a que temos vindo a assistir e que consiste na atribuição às entidades reguladoras independentes de competências de regulação em determinadas matérias é uma escolha que resulta não só da independência de que estas está assegurada, e que é essencial para a boa prossecução das finalidades de que estão imbuídas, mas também da necessidade de competência técnica para dispor com maior densidade e celeridade sobre as matérias que lhes competem para equilibrar o subsistema regulado.

Neste sentido, esta operação encontra-se justificada pelas necessidades de uma regulação independente e neutral de certos setores de atividade e revela um avanço na possibilidade de se acompanhar a necessária abertura e o crescimento dos espaços para a atuação do poder executivo na procura de soluções para o equilíbrio cíclico dos subsistemas e do exercício legítimo de políticas distributivas.

A questão fundamental é que, com a transferência de poderes operada pelo poder legislativo, o Estado deixa de ser a única entidade pública com poderes normativos, sendo atualmente este poder caracterizado por um “policentralismo legislativo”¹⁷ justificado pelas maiores exigências de especialização, celeridade e conhecimentos técnicos decorrentes da globalização e das novas áreas que visa regular e que não são compatíveis com o processo legislativo.

Assistimos ao fenómeno da deslegalização como “operação legislativa de abaixamento do grau hierárquico de uma disciplina normativa até então constante de lei, acompanhada de uma habilitação legal para a emissão de regulamentos

¹⁶ Cf. Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associação pública*, *op. cit.*, p. 136. Significa isto que há como que uma eliminação ou moderação dos mecanismos da responsabilidade democrática e difusa perante o governo, fazendo prevalecer as ideias de independência e imparcialidade ligadas à legitimação técnico-profissional.

¹⁷ Cf. Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, p. 558.

sobre a matéria em causa”¹⁸. Há uma alteração do *status quo* nas relações entre lei e regulamento porque a lei deslegalizadora não só permite o abaixamento do grau (função de descongelamento), como também que a matéria venha a ser preceituada por regulamento (função devolutiva)¹⁹.

Na prática, tal significa que o legislador retira certas matérias do domínio da lei, devolvendo-as para o domínio dos regulamentos²⁰, para que possam ser reguladas por entidades independentes. Para alguns autores, há como que um “degradar da natureza das normas reguladoras da Administração Pública” e “uma desvalorização jurídica e política dessa mesma normatividade, ilustrando a flexibilização da legalidade administrativa” e em simultâneo um “processo de reforço da função administrativa na produção de normas jurídicas”²¹.

Estamos assim perante uma nova forma de regulação, constitucionalmente consagrada e autorizada, como uma manifestação da “participação de órgãos não legislativos na construção do ordenamento normativo”²², protagonizada pelos próprios interessados, que se materializa num conjunto de normas, relacionadas com determinado setor específico, e com um sentido determinado, muitas vezes vistas como integrantes de um “ordenamento jurídico semiautónomo”²³.

Como consequência, constatamos

¹⁸ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito administrativo geral: actividade administrativa*, tomo II, Lisboa, Dom Quixote, 2007, p. 239.

¹⁹ Vide Joaquim Freitas da Rocha, *Constituição, ordenamento e conflitos normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*, Coimbra, Coimbra editora, 2008, p. 697. A lei de deslegalização opera em sentido contrário da lei anterior que regula determinada matéria, não para inovar essa regulação, mas para degradar, em sentido formal, permitindo que a matéria seja modificada por simples regulamento. Sobre o tema, também Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramon Fernández, *op. cit.*, pp. 276 e ss.

²⁰ Consideramos, neste quadro, regulamento como uma decisão de um órgão da Administração que, ao abrigo de normas de direito público, visa produzir efeitos jurídicos em situações gerais e abstratas. Sobre as diferentes problemáticas que envolvem a definição de regulamento, o seu regime e demais quezílias, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *op. cit.*, p. 238 e ss; Luís Cabral de Moncada, *Lei e Regulamento*, Coimbra, Coimbra editora, 2002, pp. 987 e ss e ainda Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, pp. 688 e ss.

²¹ Cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2ª reimp., 2003, p. 903.

²² Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, 2008, p. 694.

²³ Cf. Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, p. 712 e Vital Moreira, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, *op. cit.*, 129 e ss.

“uma inevitável administrativização da normatividade reguladora da organização e da atuação administrativa: o regulamento substitui a lei e, por consequência, os órgãos administrativos adquirem uma competência conformadora da normatividade disciplinadora da sua própria atuação”²⁴.

Contudo, a deslegalização não nos permite falar numa supressão do “monopólio da política legislativa” a favor das autoridades independentes, mas antes uma “autorização deste” para que outros entes regulem setores mais sensíveis. Efetivamente, tal não significa que estejamos perante uma transferência de poderes legislativos, mas apenas uma adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual devolve a uma outra sede normadora a regulação de determinada matéria, ainda que se possa afirmar que esta transferência protagoniza “uma erosão sobre o conteúdo da normatividade reguladora da atuação administrativa”²⁵.

3.3. A partilha de competências regulamentares entre o Governo e as entidades reguladoras

Reconhecendo esta devolução de poderes, é comum ser referido na doutrina que os novos centros protagonizam uma alteração no exercício de poderes consagrados na Constituição. Tal questão reporta-nos para a compatibilidade das competências regulamentares destas entidades com a competência regulamentar que a Constituição da República Portuguesa atribui a Governo, a quem compete elaborar os regulamentos necessários à boa execução das leis.

Pressuposto que a norma não estabelece uma reserva governamental para aprovação de regulamentos administrativos, aceitando uma repartição da emissão de regulamentos entre o Governo e múltiplos órgãos dos entes públicos que

²⁴ Cf. Paulo Otero, *op. cit.*, p. 903.

²⁵ Cf. Paulo Otero, *op. cit.*, pp. 899 e 900 e Sérgio Guerra, *op. cit.*, p. 143.

constituem o aparelho administrativo, é a própria Constituição que consagra a possibilidade de a competência regulamentar ser estabelecida em lei ordinária.

Aqui chegados, parece que a questão que se deve colocar já não se prende com a admissibilidade de as normas poderem ser emanadas por outros órgão que não os tradicionalmente legislativos, mas antes se estaremos perante um eventual desrespeito pelos princípios da reserva e precedência de lei, desde logo pelo abandono da lei como meio preferencial de regulação. Questiona Joaquim Freitas da Rocha se podem as matérias ser reguladas por regulamento e não por lei e se os regulamentos podem ser emanados sem dependência de uma lei anterior²⁶.

A este respeito, não podemos deixar de esclarecer que em relação à primeira questão, afigura-se que as matérias de reserva constitucionalmente previstas serão os únicos limites ao legislador ordinário para que este atribua poder regulamentar às entidades.

Quanto à segunda questão, parece-nos que tais preceitos não estão em crise, desde logo pelo facto de a Constituição fazer depender os regulamentos à lei num triplo sentido: o regulamento não pode inovar em matérias de reserva de lei; o regulamento não pode contradizer os ditames de uma lei anterior em vigência, cedendo perante uma lei posterior que lhe seja contrária (prevalência da lei) e o regulamento só pode ser emanado mediante a existência de uma lei prévia habilitante (precedência de lei)²⁷.

Assim, falamos sempre numa titularidade regulamentar derivada, já que o poder que lhes é conferido é sempre derivado da lei e o Estado tem um papel importante, porque é a si que compete assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a

²⁶ Cf. Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, 2008, p. 696.

²⁷ Acompanhamos, de perto, Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, p. 694-696; Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito administrativo*, vol II, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013, pp. 204 e ss; Luís Roberto Barroso, “Agências reguladoras: constituição, transformações do estado e legitimidade democrática”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 229, Rio de Janeiro, jul-set 2002, pp. 285-311, pp. 306 e ss; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *op. cit.*, pp. 239 e ss e Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo II, Coimbra, Coimbra, 2006, p. 262.

contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral (art. 81.º, al. f) da CRP).

Ainda antes de avançarmos, importa referir apenas que nem sempre é clara a relação entre o Governo administração e autoridades reguladoras independentes, enquanto entidades que partilham o poder regulamentar. Com efeito, pressuposta a admissibilidade constitucional do poder regulamentar encontrar consagração expressa, o certo é que ainda não se encontram esclarecidas as relações de *supra infra* ordenação entre os regulamentos destas entidades e os regulamentos emanados pelos restantes setores da Administração pública.

Pretendemos, com isto, questionar se os regulamentos governamentais podem revogar os regulamentos das autoridades reguladoras e se estas podem exercer competência regulamentar de execução direta de lei que se manifeste numa substituição da competência do Governo²⁸.

Se, por um lado, há situações expressamente resolvidas pela lei - quando o poder regulamentar sobre determinadas matérias é conferido, por lei, diretamente ao Governo, ficam preteridos os regulamentos das autoridades reguladoras pois que, a existir, padeceriam de uma ilegalidade - noutras a doutrina não tem apresentado uma resposta unívoca. Efetivamente, se para alguns os possíveis conflitos podem ser resolvidos à luz das coordenadas traçadas pelo princípio da hierarquia, para outros será o princípio da especialidade a solução para o problema.

Para os primeiros, os regulamentos encontram-se ordenados hierarquicamente, em paralelo com a hierarquia estabelecida entre as entidades que os emanam. Assim, os regulamentos das entidades inferiores não podem contrariar os regulamentos das entidades superiores, sendo certo que esta ordenação em função da competência só se verifica no seio de cada entidade reguladora e não entre diferentes entidades, atento o princípio de competência²⁹.

²⁸ Estas questões são levantadas por José Joaquim Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 845 e José Lucas Cardoso, *op. cit.*

²⁹ Neste sentido, García de Enterría, Tomás-Ramon Fernández, *op. cit.*, p. 196; Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, pp. 721 e ss e ainda Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito administrativo*, vol II, *op. cit.*, pp. 211 e 212. O princípio da especialidade encontra-se previsto no art. 12.º da Lei 67/2013.

Nesta ótica, a doutrina tem entendido que os decretos regulamentares prevalecem sobre todas as outras normas administrativas, designadamente sobre os regulamentos emanados pelas autoridades reguladoras independentes, em obediência do princípio do Estado unitário e à posição do Governo como órgão superior da Administração pública³⁰.

Já para os segundos, a prevalência do regulamento passa pela aplicação do princípio da especialidade. Nesta perspetiva, em regra, os regulamentos das autoridades reguladoras têm maior âmbito teleológico de aplicação setorial, pelo que serão normas de carácter especial em relação aos regulamentos governamentais. Esta posição poderá ainda ter sustento se se pensar que se assim não fosse, o Governo poderia subverter a independência funcional, que sempre estará na base da criação destas entidades³¹.

Quanto a possíveis conflitos entre estes regulamentos e os emanados pela restante Administração, a doutrina não se tem preocupado, afirmando apenas que não se anteveem conflitos, em virtude do princípio da especialidade das atribuições e repartição de competências das estruturas em causa³².

3.4. Falta de legitimidade democrática?

Neste seguimento, e avançando mais uns passos na nossa linha de investigação, sempre será de sublinhar que o fenómeno da deslegalização associado à independência destas entidades não significa que se admita uma total desvinculação ou alheamento à lei. Tal afirmação é facilmente compreensível se atendermos ao facto de o poder de regulamentação destas entidades traduzir o

³⁰ Significa isto que há aqui uma manifestação de intervenção do poder executivo na autoridade das entidades administrativas, o qual constitui mais um limite intrínseco à independência que as caracteriza. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, anotações I e EE ao art. 6.º da CRP e art. 182.º da CRP.

³¹ Cf. Ana Raquel Gonçalves Moniz, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 80 e 81. Também José Joaquim Gomes Canotilho considera, embora com algumas dúvidas, que estes regulamentos não poderão ser revogados ou “anulados” por regulamento do Governo. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 845.

³² Cf. José Lucas Cardoso, *op. cit.*, pp. 485 e 486. Sobre a questão da hierarquia ficar excluída quando da análise de ordenamentos distintos, García de Enterría, Fernández Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 196.

exercício da função administrativa e, não tendo a Administração um poder normativo incondicional e geral, como ocorre com o poder legislativo, não há dúvidas de que as normas editadas por entidades reguladoras devem obedecer aos preceitos legais em vigor, dando-se especial relevância ao princípio da legalidade, nas suas dimensões de prevalência da lei, precedência de lei e reserva de lei.

Com efeito, o ato legislativo desempenha um papel fundamental porque, se nuns casos, a lei pode remeter para estas entidades a definição do regime em causa (originando regulamentos independentes), noutras poderá definir o regime regulatório, conferindo às entidades um mero poder supletivo de conformação (falamos já em regulamentos executivos)³³.

Apesar da consciência de que o poder regulamentar será sempre um poder que deriva de lei, o certo é que as críticas que se têm feito ouvir apontam para a criação de “entorses à configuração da hierarquia da normatividade interna infraconstitucional”³⁴. Por um lado, pelo facto de no exercício do poder regulamentar das autoridades estas surgirem simultaneamente como criadoras e destinatárias do Direito. Por outro, pelo facto de a independência e a não sujeição destas entidades aos poderes de direcção e coordenação do Governo sobre a Administração pública significar uma

“derrogação dos princípio constitucionais disciplinadores das relações inter-orgânicas ou inter-subjectivas que se estabelecem entre o Governo e as restantes estruturas organizatórias que integram a Administração pública, isto é, hierarquia, superintendência e tutela”³⁵.

Ora, é precisamente aqui que residem as inquietações acerca da deslegalização e da sua compatibilidade com a atribuição de poderes reguladores a entidades (i) não dotadas de legitimidade democrática e (ii) não sujeitas a controlo democrático, já que é precisamente a democraticidade que envolve o processo legislativo que lhe confere maior legitimidade.

³³ Cf. Joaquim Freitas da Rocha, *op. cit.*, p. 715.

³⁴ Cf. Paulo Otero, *op. cit.*, p. 621.

³⁵ Cf. José Lucas Cardoso, *op. cit.*, p. 418.

Efetivamente, há vozes que se manifestam defendendo que (i) no caso das entidades reguladoras independentes, não há qualquer processo democrático que esteja presente e que legitime a atribuição dos poderes reguladores que lhe são conferidos, ao contrário das normas emanadas pela Assembleia ou Governo que, sendo direta ou indiretamente eleitos por sufrágio, encontram aí a sua fonte de legitimidade. Mais do que isso, (ii) a independência orgânica, técnica e funcional de que estas instâncias são dotadas, manifesta-se na “ausência de vínculos sujeição (...) seja no âmbito do exercício das suas competências, seja quanto ao estatuto dos seus titulares”³⁶. Significa isto que as entidades não estão subordinadas à direção ou orientação do Governo, nem submetidas a formas de tutela ou controlo de legitimidade ou mérito; que não respondem funcional ou politicamente perante o Parlamento, ao contrário do Governo, na qualidade de órgão superior da Administração Pública; e que os seus titulares não gozam de legitimidade democrática fundada no sufrágio universal, sendo designados pelo reconhecimento da idoneidade que demonstram para o exercício do cargo, beneficiando de um regime de inamovibilidade e irresponsabilidade pelas condutas que adotem no exercício das suas funções. Daqui resulta, então, que as competências que são conferidas às autoridades independentes estão subtraídas ao universo da Administração do Estado e, conseqüentemente, de um controlo democrático.

Aquilo que à primeira vista parece é que estamos a aceitar “*micro-governos de peritos*, carentes de legitimidade democrática plena”³⁷, com poderes para executar leis em diversas áreas da Administração, sem responderem, política ou administrativamente, pela regularidade das suas condutas.

A acrescentar a estas preocupações, tem sido debatido pela doutrina a forma de conciliar a admissibilidade de o legislador ordinário criar entidades administrativas independentes (art. 267.º, n.º 3 da CRP) com a definição, nesse mesmo plano constitucional, do Governo como “o órgão de condução da política

³⁶ Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 105. Itálicos no original, interpolação nossa.

³⁷ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 150.

geral do país e o órgão superior da Administração pública” (art. 182.º da CRP), cabendo-lhe a direção e controlo sobre a Administração (art. 199.º, al. d) da CRP). E isto porque, sublinhamos, sendo estas entidades independentes, não estão sujeitas aos poderes de direção e controlo do Governo. Contudo, este, enquanto titular de poderes de direção e controlo sobre estruturas administrativas, é responsável perante dois órgãos de soberania eleitos por sufrágio direto e universal: o Presidente da República e Assembleia da República. No caso das entidades independentes, não se encontrando na dependência de qualquer órgão de soberania, o equilíbrio de poderes delineado e o princípio da legitimidade democrática ficam fragilizados.

Relativamente a estes aspetos (i), esclarecemos que, ainda que à partida se pudesse adotar tais posições mais extremadas, o certo é que não poderá deixar de ser reconhecida legitimidade democrática às autoridades reguladoras independentes, mesmo que remota, pelo facto de os titulares dos seus cargos serem nomeados por outros órgãos do Estado, dotados de legitimidade democrática direta (quando designados pela Assembleia da República) ou indireta (quando a designação é feita pelo Governo)³⁸.

Já relativamente à alegada falta de controlo democrático (ii), sempre se poderá alegar que a Assembleia mantém, ainda perante a independência das autoridades, a possibilidade de chamar o responsável do Governo para responder politicamente pelas decisões daquelas entidades (arts. 162.º, al. a), 156.º, al. d) e 190.º CRP).

De resto, será de sublinhar que é ao poder legislativo a quem cabe definir um conjunto de critérios que operem como limite à atividade de regulação destas entidades, garantindo-se assim um mínimo de controlo da sua atividade e dos regulamentos por estas emanados.

Pressuposto que a linha que separa estas questões de ordem técnica e as inovações da ordem jurídica possa ser demasiado ténue, devem ser convenientemente estatuídos, sem prejuízo da sua independência, os limites e a

³⁸ Neste sentido, José Lucas Cardoso, *op. cit.*, p. 456.

margem de discricionariedade à disponibilidade dos agentes e ainda alguns mecanismos de escrutínio³⁹.

Além do mais, caberá à Assembleia da República, como detentora do primado da função político-legislativa, o poder de “apreciar os actos do Governo e da Administração”, e, assim, também das autoridades independentes, podendo para o efeito apresentar requerimentos a qualquer entidade pública para obtenção de informação sobre assuntos importantes relativos ao seu mandato ou levantar inquéritos parlamentares. Vale isto por dizer que as entidades terão o dever de informar e esclarecer a Assembleia sobre a sua atividade e aptidão para prossecução da mesma⁴⁰, não sendo totalmente irresponsáveis pela sua atuação.

4. Das novas fontes e formas de legitimação

Resulta do exposto que o poder de regulamentação destas instâncias representa a função mais expressiva por elas desempenhada, mas também o ponto mais discutido acerca das suas competências, já que “não estando vinculadas a quaisquer ordens ou diretivas, subtraem-se também ao controlo político parlamentar”⁴¹.

Com efeito, sendo dotadas de um amplo grau de autonomia normativa, produzem normas de carácter abstrato e genérico, geradoras de alguma tensão sobre a sua constitucionalidade, atentos os limites decorrentes da legalidade e da separação de poderes, apesar de, simultaneamente, a doutrina maioritária não negar que este poder de regulação é fundamental e implícito à prossecução das suas finalidades.

³⁹ É neste sentido que se poderá afirmar que, em última instância, o papel das agências de concorrência pode ser contornado inteiramente por meio de legislação. Cf. Vincent J. P. Power, “The relative merits of courts and agencies in competition law-institutional design: administrative models; judicial models; and mixed models”, in *European Competition Journal*, 2010, pp. 94-127, p. 94. De acordo com o mesmo entendimento, José Lucas Cardoso, *op. cit.*, pp. 471 e 472, refere que é reconhecida legitimidade democrática a estas entidades reguladoras porque estão, ainda que indiretamente, sujeitas a um controlo político indireto ou imediato da Administração pública, desde logo porque estão sujeitas à lei.

⁴⁰ Vejam-se os arts. 162.º, al. a), 156.º, al. e), 156, al. f), 178, n.ºs 1,4 e 5 e 180.º, n.º 2, al. f) da CRP.

⁴¹ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 567.

Tais inquietações ganham especial acuidade se tivermos presentes os riscos de estas entidades ficarem vulneráveis aos interesses dos dirigentes nomeados, às influências políticas-partidárias ou de caírem no poder de certos grupos económicos e sociais do setor que regulam - captação do organismo regulador pelas entidades reguladas⁴² -, a que se soma ainda o facto de estarmos perante instâncias independentes que, por vezes, vão além da mera aplicação da lei, criando e tendo poderes para criar normas que venham a ser implementadas no seu setor de regulamentação, sendo premiadas pelos seus conhecimentos técnicos, sem que muitas vezes sejam indiferentes e deixem de refletir escolhas político-económicas que acarretam a ausência de neutralidade⁴³.

Tudo isso concorre para que várias vezes invoquem um acentuado défice democrático⁴⁴ destas entidades e exigem que se vá à procura de uma nova e diversa fonte de legitimação.

Atualmente, atenta a bondade dos motivos determinantes da sua criação, a doutrina tem tentado reintegrá-las no sistema constitucional em que se inserem, com recurso à transparência e visibilidade da sua atuação, e na capacidade de assegurar a informação e a participação dos interessados, sendo cada vez mais veemente a exigência de uma procedimentalização das suas decisões⁴⁵.

⁴² Nas palavras de Paul Sabourin, as ligações com o poder executivo e com o Parlamento não foram quebradas: por vezes fortes, outras ténues, elas continuam sempre presentes, Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle, in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 1983, p. 292. Sobre o problema da politização da designação dos membros das autoridades independentes, designadamente em Itália, e a expansão dos fenómenos da incompatibilidade sucessiva e das portas giratórias, leia-se Michela Manetti, "Autorità indipendenti e parlamenti nazionali nell'unione europea. Alla ricerca di una ragionevole indipendenza", *op. cit.*, pp. 117-119

⁴³ A este respeito, já em 1961 R. W. Lishman questionava a independência destas entidades. Defende o autor que a independência só se assegurará com autocontenção e sabedoria aquando da designação e que para evitar influências no exercício do seu mandato, devem os titulares dos cargos auferir um vencimento adequado às funções e terem garantias de respeito e liberdade face aos demais poderes. Cf. R. W. Lishman, "Independence in the Independent Regulatory Agencies", in *Administrative Law Review*, n.º 133, 1961, pp. 133-140.

⁴⁴ Leiam-se, entre outros, Richard Stewart, "Il Diritto amministrativo nel XXI secolo", in *RTDP*, I, 2004, pp. 4 e ss.

⁴⁵ Cf. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *op. cit.*, p. 47 e Rodrigo Gouveia, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra, Coimbra editora, 2001, p. 52. Muitas destas medidas constam já da aludida Lei-quadro.

Para tanto, podem contribuir uma exigência legal de diminuição das assimetrias de informação entre entidades reguladoras e reguladas, fomentando o contraditório e a participação das entidades reguladas nos processos de regulação; a atribuição de poderes de investigação e recolha de informação, designadamente de queixas ou suspeitas de falta de neutralidade; a imposição de requisitos mais exigentes no recrutamento de técnicos habilitados; a garantia de maior visibilidade e mediatização as decisões, conferindo um completo conhecimento das questões e interesses em causa e assegurando uma intervenção mais consentânea com a realidade, reduzindo-se assim a contestação judicial das entidades reguladas e o eficaz cumprimento das normas para as quais contribuíram, mas sobretudo uma maior transparência e objetividade nas opções tomadas.

Além do mais, não poderemos esquecer os intentos que estiveram na base da criação destas agências. E isto porque, considerando a necessidade de uma regulação protagonizada por organismos independentes, que garantissem a neutralidade e livre concorrência, dotados de conhecimentos técnicos e especializados, não haverá como negar que o princípio de especialidade de atribuições prosseguidas pelas instâncias, a separação orgânico-setorial dos poderes já instalada e o reconhecimento da necessidade de neutralização política em algumas áreas de atuação da Administração, de acordo com uma ótica de custo-benefício, é uma reconhecida fonte de legitimidade e o fundamento destas entidades.

Relacionado com este facto está a verificação de algumas mudanças na estrutura do Estado e das suas funções, que permitem que grupos de pressão não tradicionais, como técnicos, investigadores e académicos, adquiram maior influência no processo de formação de políticas públicas. Nesta perspetiva, a legitimidade sempre poderá decorrer da «“autolegitimação pessoal dos seus membros, pela sua reputação e prestígio, pelo seu desempenho independente na condução do cargo”, ou [...] “legitimação técnica”»⁴⁶.

⁴⁶ Cf. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *op. cit.*, p. 132. Aspas conforme original. É precisamente em virtude deste facto que alguns autores não encontram qualquer inconstitucionalidade, alegando que esta apenas configura uma nova forma de relacionamento entre Administração e o poder

Uma nova forma fonte de legitimação tem vindo a ser invocada pela doutrina e prende-se com o papel dos *media* no atual panorama e a existência de uma opinião pública mais esclarecida e atuante. De que forma estes fatores podem contribuir para uma maior legitimidade das agências? Forçam um maior dever de motivação e uma argumentação racional e demonstrativa do acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.

De um outro ponto de vista, mas ainda refletindo sobre a legitimidade e o controlo democrático destas autoridades, há autores que alegam que tais exigências se encontram satisfeitas pelo facto de, sendo elas da iniciativa pública, governadas por direito público e atuando em setores de interesse público, o Estado sempre poderá ser responsabilizado pelas suas ações nos termos *supra* mencionados⁴⁷.

Independentemente de todos estes argumentos, o certo é que esta necessidade de salvaguardar a independência e a imparcialidade exigíveis em relação a determinadas matérias, “não legitima a existência de poderes neutros esvaziado do controlo de competências, funções, responsabilidade e controlo reconhecido no texto constitucional”⁴⁸.

A solução? Passaria apenas por alcançar um equilíbrio entre a possibilidade de responsabilização das autoridades pelos seus atos de regulação e a independência⁴⁹, sem se adotar este modelo como a regra geral, mas apenas para situações excecionais que, pela sua natureza, justifiquem esta solução, resultando a sua legitimidade de “um controlo democrático que assegure um equilíbrio entre

executivo, estando a sua legitimidade assegurada pela função de regulação neutral de setores de atividade económica, para proteção dos interesses públicos. *Idem*, pp. 45 e 46.

⁴⁷ A este propósito, Evelyne Dieckhoff, *Les autorites administratives indépendentes*, Conseil d’État, 1991, disponível em “<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/62448-les-autorites-administratives-independantes.pdf>” (10.01.2018), p. 8. Por outro lado, poder-se-á invocar a desresponsabilização do Governo, já que, face à independência das autoridades, este fica impossibilitado de destituir os seus membros, de dirigir instruções ou recomendações, exercer controlo de mérito.

⁴⁸ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *op. cit.*, pp. 567 e 568.

⁴⁹ *Vide* Rodrigo Gouveia, *op. cit.*, p. 52 e Alex Odair do Espírito Santo Afonso, *op. cit.*, p. 66.

a independência que lhe é necessária e a responsabilização pelos seus atos de regulação”⁵⁰.

De resto, generalizar a criação de tais autoridades, de controlo condicionado à representação política e à sociedade civil, seria admitir que se arrogassem ao exercício de um novo poder político, «magnificado pelo prestígio técnico-profissional e pela mítica da imparcialidade de uma “Alta Administração” isolada na sua torre de marfim»⁵¹. Por essa razão, só se deverá aceitar a sua criação quando for indispensável à garantia de neutralidade dos setores regulados⁵².

Para tanto, será necessário um efetivo controlo pelo poder legislativo e judicial⁵³, quer em relação à nomeação, como à demissão dos dirigentes e membros das entidades. Tal controlo deverá igualmente ser exigido relativamente às suas decisões quando possam, sob o véu da independência, desvirtuar as finalidades para as quais foram criadas, ainda que muitas vezes esta apreciação possa ser dificultada pela falta de conhecimentos técnicos dos poderes tradicionais.

Tendo em vista tal objetivo, dever-se-á prever e dar especial ênfase a mecanismos como consultas públicas, audiências públicas e investigação de denúncias, os quais funcionam como meios viáveis de participação democrática do cidadão na produção normativa das entidades. Naturalmente, deverão tais meios ser vinculativos e garantir um esclarecimento da comunidade, sob pena de

⁵⁰ Cf. Rodrigo Gouveia, *op. cit.*, pp. 51 e ss. Sugere o autor uma responsabilização face à Administração central, ao Parlamento e aos tribunais e uma maior intervenção nos mecanismos decisórios das entidades representantes dos diversos interesses do setor regulado e uma forte publicidade dos atos reguladores, assegurando a mediatização uma forma de controlo público da sua atuação.

⁵¹ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 151. Aspas no original.

⁵² Por tal motivo, a Lei-quadro das autoridades reguladoras autónomas consagra que estas só podem ser criadas para a prossecução de atribuições de regulação de atividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo (art. 6.º da Lei n.º 67/2013).

⁵³ Apesar de alguns autores defenderem que tal não será harmonizável com a independência que lhes é exigível, o certo é que uma imunidade seria incompatível com a natureza administrativa que é predominantemente reconhecida a tais instâncias e até ao princípio do Estado de direito. Sobre a necessidade de apreciação judicial dos regulamentos e das decisões das entidades reguladoras, *vide* Schuyler C. Wallace, “Federal Departmentalization: A Critique of Theories of Organization”, in *The Journal of politics*, vol. 3, n.º 3, 1941 e Dominique Custos, *op. cit.*, pp. 636-638.

permanecerem antidemocráticos por impossibilidade de munir a população com informações necessárias para o real entendimento da regulação.

5. Do controlo judicial

No último momento desta investigação, centramos as nossas atenções no controlo judicial que pode ser feito à atuação destas entidades, o qual se desenrola sempre com maiores cautelas. E assim é porque há permanentemente uma tensão entre a independência que deverá estar assegurada a estas autoridades e a necessidade de tutela das situações jurídicas subjetivas e o controlo da legalidade e do mérito da sua atuação.

O controlo judicial das normas regulamentares representa hoje um valor estrutural do nosso sistema judicial e é feito não apenas pelos tribunais vocacionados para apreciação de questões jurídico-administrativas, mas também assegurado por outros tribunais, uma vez que há situações litigiosas que podem envolver as autoridades no exercício da sua atividade regulatória, disciplinados tanto pelo direito público como direito privado⁵⁴.

Num primeiro prisma, o controlo constitucional deverá ser assegurado pelo Tribunal Constitucional, mediante uma interpretação articulada entre os arts. 212.º, n.º 3, 221.º e 223.º, n.º 1 da CRP (o primeiro, relativo à competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais e os demais que determinam que a apreciação da constitucionalidade das normas será feita pelo Tribunal Constitucional).

Com efeito, sendo o regulamento administrativo um ato normativo de carácter geral e abstrato, emanado de entidades administrativas no exercício dessas funções, sempre teremos que convir que integra o conceito funcional de norma

⁵⁴ No âmbito das relações de Direito privado integram-se os conflitos entre as entidades reguladas e os consumidores/utentes e, em regra, os litígios entre regulados. Já sob a alçada do Direito público, destacam-se os conflitos entre as entidades reguladoras e os destinatários da regulação e os utentes/consumidores, bem como os conflitos entre os próprios reguladores (chamados conflitos de atribuições) e as entidades reguladoras e o Governo. Leia-se Maria Fernanda Maças, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 58, julho/agosto 2006, pp. 21-49, p. 27.

para efeitos de controlo de constitucionalidade⁵⁵, pois que o que se pretende, nas palavras do Tribunal Constitucional, é “o controlo dos atos do *poder normativo* do Estado (*lato sensu*)”⁵⁶, “daqueles atos que contêm uma «regra de conduta» ou um «critério de decisão» para os particulares, para a Administração e para os tribunais”⁵⁷. Nestes termos, as normas regulamentares podem ser objeto de controlo pelo Tribunal Constitucional, que poderá revestir a forma de fiscalização abstrata sucessiva por ação ou omissão (arts. 281.º e 282.º da CRP), fiscalização concreta (art. 280.º da CRP) ou o processo misto previsto no art. 281.º, n.º 3 da CRP. Contudo, não há possibilidade de um recurso direto para o Tribunal Constitucional, através de um pedido de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, uma vez que tal legitimidade se encontra conferida, exclusivamente, às entidades previstas no art. 281.º, n.º 2 da CRP.

Numa segunda linha de pensamento, o controlo do exercício do poder regulamentar passará igualmente pelos Tribunais Judiciais não integrados na ordem jurisdicional administrativa e fiscal, ainda que seja incidental e produza apenas efeitos *inter partes*. Este controlo a exercer pelos tribunais judiciais resulta do dever de sujeição destes a todo o direito (art. 203.º da CRP) estando, como tal, vedados de aplicar qualquer norma que ofenda a Constituição ou os preceitos nela consagrados, ao abrigo do estatuído no art. 204.º da CRP.

Num terceiro vértice de controlo da validade das normas regulamentares, surgem os Tribunais Administrativos e Fiscais, ais quais cabe, em primeira linha, tal competência à luz do art. 4.º, n.º 1, al. b) e d) do ETAF. Neste sentido, prevê o CPTA duas formas de reagir contra normas regulamentares ilegais: a ação administrativa especial dirigida à declaração de ilegalidade com força obrigatória geral que, em caso de procedência, determina a extirpação retroativa da norma

⁵⁵ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 932 e ss; Jorge Reis Novais, *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica*, Lisboa, AADFL, 2017, pp. 130 e ss e Raquel Gonçalves Moniz, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 198 e 199.

⁵⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 157/88, de 7 de junho, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 12º vol, p. 118.

⁵⁷ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 26/85, de 15 de fevereiro, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5º vol, p. 18.

considerada ilegal do ordenamento jurídico e ação de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, visando o controlo principal e abstrato dos regulamentos, apreciando não apenas a ilegalidade simples, mas também a eventual inconstitucionalidade e ilegalidade reforçada⁵⁸. Independentemente de tais meios, deverão os tribunais recusar a aplicação de normas regulamentares violadoras das disposições constantes da CRP e dos princípios nela consagrados (arts. 204.º da CRP, 1.º do ETAF e 143.º do CPA).

Resulta do exposto que não se encontra fragilizado o controlo do exercício do poder regulamentar perante normas regulamentares inconstitucionais: além da possibilidade de recurso à declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto ou à intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, pode ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade nos processos judiciais com aplicação de normas inválidas.

No entanto, as dúvidas ganham especial relevo quanto ao eventual controlo de mérito da atuação das autoridades reguladoras, o qual implicará uma análise da discricionariedade que estará em causa na respetiva atuação, pressuposto o carácter técnico das suas decisões. É que, ainda que se admita que o juiz possa fazer um controlo do cumprimento ou incumprimentos dos princípios da justiça e de proporcionalidade, este não poderá "substituir-se à Administração para o efeito de reponderação de juízos valorativos que integram materialmente a função administrativa"⁵⁹. Concomitantemente, ainda que seja declarada a ilegalidade de um determinado ato, o juiz não pode determinar o conteúdo do novo ato a praticar, pese embora possa "explicitar as vinculações a observar pela administração", o que, se for mal interpretado "poderá conduzir à transformação do juiz em agente da função administrativa"⁶⁰ e colocar em causa a autonomia e independência das autoridades reguladoras.

⁵⁸ Para uma análise destas ações, vide Ana Raquel Gonçalves Moniz, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 217 e ss.

⁵⁹ Cf. José Sérvulo Correia, *Direito Contencioso Administrativo*, vol I, Lisboa, Lex, 2005, p. 778.

⁶⁰ Cf. José Sérvulo Correia, *op. cit.*, p. 779. Ainda de acordo com as palavras do autor, "a explicitação de vinculações a observar apenas poderá consistir na identificação de limites inultrapassáveis, mas

A acrescentar, sempre será de salientar que atenta a complexidade do setor, das matérias reguladas, a falta de aptidão do modelo tradicional de justiça para dar resposta a todos os problemas que possam surgir - desde o descrédito na independência de atuação das autoridades à falta de capacidade dos juizes em proferirem decisões em matérias de especial complexidade técnica -, aquilo que poderá eventualmente existir será um “controlo de *mérito subsidiário*”. Por essa razão, não se justificando a plena jurisdicização do controlo das decisões tomadas por estas entidades, a alternativa poderá passar pelo desenvolvimento de meios alternativos, não judiciais, que assegurem um complemento de controlo dentro da atividade desenvolvida⁶¹. Desta forma, parece que o controlo de mérito acaba reconduzido à prestação de informações obrigatórias e ao escrutínio exercido na Comissão Parlamentar competente da Assembleia da República.

6. Notas conclusivas

A nova conceção do Estado no plano económico-social trouxe consequências ao nível da esfera jurídica, que têm resultado num debate público alargado sobre os riscos institucionais que representam.

Sendo dotadas de independência e autonomia, indispensáveis à eficaz defesa de direitos fundamentais e regulação dos diferentes setores de interesse público, são inúmeros os riscos associados à atribuição de poderes regulamentares a estas entidades. Desde logo porque, não vendo eleitos por sufrágio universal e direto os seus titulares, nem existindo um controlo direto sobre as suas decisões, parece que as mesmas se encontram subtraídas a qualquer responsabilidade política e democrática. Os riscos daí decorrentes são reais e constituem verdadeiras ameaças à neutralidade que atualmente se exige na nova conceção de Estado e do seu papel regulador, valor último subjacente à sua criação.

Conhecedores da complexidade deste fenómeno,

não na pretensa dedução do sentido da única decisão correta a partir de tais parâmetros de juridicidade”.

⁶¹ Estas considerações são apresentadas por Suzana Tavares da Silva, *Um novo Direito Administrativo?*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 84-86.

“é bom perguntar-nos quais são as ferramentas de proteção a serem reconhecidas a indivíduos e grupos, em vez de assumir que a independência e a competência das Autoridades são suficientes para garantir o exercício não arbitrário dos poderes em questão”⁶².

Por essa razão, têm-se procurado novas formas de neutralizar este déficit democrático, as quais passam necessariamente por uma maior intervenção do poder legislativo na criação ou extinção das entidades; do poder executivo ao qual se exigem todas as cautelas com a nomeação dos dirigentes das entidades; e do poder judicial no controlo sobre a razoabilidade dos regulamentos emanados e sobre a observância do devido processo legal.

A este respeito, constatamos que há uma possibilidade de controlo difuso sobre a validade dos regulamentos, colocando-se sobretudo algumas dificuldades no controlo de mérito, sendo nesta exata medida importante o desenvolvimento de meios alternativos, não judiciais, que assegurem um complemento de controlo dentro da atividade desenvolvida.

Estas conclusões não encerram o assunto, apenas nos dão as coordenadas para muitas outras discussões que continuarão a ser travadas a este respeito.

⁶² Cf. Michela Manetti, “Autorità indipendenti e parlamenti nazionali nell’Unione europea: alla ricerca di una ragionevole indipendenza” *op. cit.*, p. 112. Em Itália, após alguns escândalos protagonizados por estas entidades, passou a ser exigida uma consulta, motivação e revisão das normas em cada três anos, estando todas as medidas sujeitas ao respeito da transparência e do contraditório.