

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

II. DOUTRINA INTERNACIONAL

1

**A REGULAÇÃO ECONÔMICA
ECONOMIC REGULATION**

*Joaquim Croca Caeiro*¹

1 Doutor em Ciências Sociais, vertente Ciência Política, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciência Política, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Licenciado em gestão e Administração Pública, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa . Licenciado em Direito, pela Universidade Lusíada de Lisboa. Agregação em Economia e Política Social, pela Universidade Lusíada de Lisboa .Professor Catedrático com Agregação Convidado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Coordenador da Escola de Desenvolvimento Local, do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Coordenador-Adjunto da Licenciatura de Administração Pública e Políticas do Território, do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Autor radicado em Portugal. E-mail: jcaeiro@iscsp.ulisboa.pt.

Como citar este artigo:

CAEIRO, Joaquim Croca. **O A regulação economica.**Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 139-155.

RESUMO

O presente artigo, procura traçar num breve apontamento, a origem, evolução e importância num sistema liberalizante da economia, das entidades administrativas independentes. Criadas na Europa e com desenvolvimento nos EUA, num contexto de crise do Estado de Bem-Estar, estas entidades administrativas independentes, têm-se revelado de importância crucial para a garantia do interesse público por um lado, e por outro, para a satisfação dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Em Portugal, em vista da adesão à U.E. e do programa de privatizações que se seguiu, também foram criados um conjunto de entidades que têm regulado os vários sectores em que se inserem.

Palavras-chave: Entidades administrativas independentes, regulação, interesse público, interesses dos cidadãos, economia

ABSTRACT

The present article seeks to outline the origin, evolution and importance in a liberalizing system of the economy of independent administrative entities. Created in Europe and with development in the USA, in a context of crisis of the Welfare State, these independent administrative entities have proved to be of crucial importance for guaranteeing the public interest on the one hand, and on the other, for the satisfaction of Legally protected interests of citizens. In Portugal, in view of joining the E.U. and the privatization program that followed, a set of entities have also been created that have regulated the various sectors in which they are inserted.

Keywords: Independent administrative entities, regulation, public interest, citizens' interests, economy

1. REGULAÇÃO ECONÓMICA: CONCEITO, IMPORTÂNCIA E EVOLUÇÃO

A defesa do interesse público impõe que se aborde o papel desempenhado pelas agências de regulação na economia, assim como a forma como os reguladores prosseguem ou não a proteção daquele interesse e como o mesmo pode ou não conflitar com os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, sabendo que a sua função decorre da maior ou menor intervenção do Estado na economia. Os reguladores independentes na esfera económica, surgiram historicamente e desenvolvem o seu espaço de intervenção tendo por base o critério de procurar suprir as “falhas de mercado” sem a intervenção direta do Estado.

Pensava-se de igual forma, ultrapassar assim, as “falhas de Estado” como as definiram nos anos 60 os teóricos da public choice (Buchanan, James. 1958; Downs, Anthony.1957; Tullock, Gordon,1958; Arrow, Kenneth.1951; Black, Duncan.1958).

A intenção era de imediato clara. Corrigindo as “falhas de mercado” e sem que o Estado interviesse promovia-se a defesa dos consumidores e dos cidadãos em geral. A regulação destinava-se assim a defender o interesse público que decorria da

correção das “falhas de mercado” e, por consequência, da estabilidade económica, o que consubstanciava a intervenção mínima do Estado.

Em termos conceptuais, a regulação, tem sido utilizada para descrever um conjunto de situações tanto do ponto de vista económico como do ponto de vista político ou social. No entanto, procurando operacionalizar o conceito, trata-se de um conjunto de regras gerais e abstratas de modo economicamente ordenado, cujo intuito é o de reforçar e controlar a livre concorrência, compreendendo um variado leque de poderes, agrupados em: (i) poderes de informação e acompanhamento, cujo objetivo é o de o regulador se inteirar das situações que caem sobre a sua alçada, acompanhando o desempenho das entidades reguladas e efetuando uma verificação prévia da informação a ser dirigida ao público; (ii) poderes normativos, ao abrigo dos quais o regulador emite regras gerais e abstratas para o sector regulado; (iii) poderes de decisão concreta, nos quais se incluem os poderes de atribuição de autorizações e licenças e manutenção de registos; (iv) poderes de fiscalização concreta, através dos quais o regulador verifica a observância do determinado; (v) poderes sancionatórios, através dos quais o regulador exerce as suas funções de prevenção e punição das violações perpetradas pelas entidades reguladas (Cordeiro, Menezes. 2006).

A regulação quando avaliada sob o prisma económico, traduz-se no conjunto das intervenções com impacto na estrutura da economia ou no comportamento das empresas no que respeita às suas decisões de preços, investimentos, qualidade ou cobertura do serviço e, bem assim, na forma como esse acesso é permitido às outras empresas, incluindo as concorrentes. Algumas das intervenções na esfera regulatória, são muitas vezes consideradas apenas como regulação social em vez de económica, em virtude da dificuldade da distinção.

Do ponto de vista da importância da regulação, ela deve-se em grande parte, à incapacidade do Estado para exercer uma intervenção direta em todos os domínios da vida económica. A transição de um Estado interventor para um estado regulador, exigiu um esforço acrescido no domínio auto regulador do mercado, e a necessidade de uma boa informação, permitiu a tomada de decisão, pela via da racionalização e da eficiência do mercado, impedindo o poder e o desenvolvimento monopolístico do sector privado e a existência de externalidades negativas. A eficiência e a racionalização do mercado que se pretende regular, decorrem essencialmente da tentativa de evitar a constituição de estruturas económicas monopolísticas, com os conhecidos desajustamentos sobre a oferta e a procura de serviços e, nos casos específicos de determinadas prestações de serviço com tendência monopolística (como a distribuição de água, por ex.), evitar o seu impacto negativo, sobretudo junto dos consumidores.

Quanto ao controlo do poder monopolístico, este decorre do facto de as empresas sempre que se encontram numa posição de monopólio natural, não evidenciarem um incentivo natural para ajustar eficientemente os preços, pelo que, a regulação pretende controlar a sua relação com o consumidor, evitando que este fique prejudicado, seja através de preços mais elevados e que se afastam dos custos subjacentes da atividade, seja pela degradação da qualidade derivada da ausência de investimento. Estes motivos, conduzem assim a regulação para a prevenção de abusos de poder das empresas que no mercado têm uma situação de monopólio.

No que respeita às externalidades, o seu impacto faz-se sentir em muitas circunstâncias, dos custos ou pela via dos benefícios resultantes da atividade

económica de empresas que prestam serviço público. Manifestando-se na poluição e implicações no ambiente de um ponto vista positivo, no evidente benefício da provisão da água e das adequadas instalações sanitárias, ou ainda das redes de transportes e comunicações. A regulação neste caso, tem a importância de avaliar o impacto das medidas positivas ou negativas que resultam de certos serviços prestados.

É sob este enquadramento iniciado nos anos 60 do século XX, que a regulação económica se concretiza numa lógica de prossecução do interesse público e como garantia da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos.

O Estado passa de gestor da “coisa” pública e interventor no mercado, para regulador, garantindo de forma indireta o interesse público ao criar instrumentos que em seu nome, mas com critérios independentes, exerciam aquelas funções. O interesse público é delimitado em cada momento pelo Estado e este, em democracia, pelos partidos que exercem o poder. Neste sentido, importa perceber que o interesse público muda em função dos interesses político-partidários dominantes e por consequência se vai ajustando a tais interesses.

Nos anos 70 e 80 século XX assistiu-se a uma intensificação da regulação por parte do Estado, associado a uma alteração do paradigma teórico materializado num estado minimalista por definição, ainda que se arrogando a prossecução da defesa do interesse público. Esta nova atuação do Estado resultava da crescente desconfiança para com a sua administração, assente no modelo keynesiano, mas sobretudo, em face da elevada politização que caracterizava os seus processos de gestão, da lentidão na organização e gestão ineficiente do património e na sua reduzida capacidade de intervenção e inovação.

A atividade reguladora que incide de forma geral sobre os agentes económicos, passa a ser executada por intermédio de uma administração assente (pelo menos teoricamente) na especialização técnica, imparcial, mas com poderes administrativos. Nos anos 90 do século XX e princípios do século XXI, acresce no que respeita à Europa, o impulso e estímulo que decorreram das políticas comunitárias nos Estados membros para a criação das entidades independentes.

Nos EUA data de cerca de 1870 a constituição das primeiras agências reguladoras para intervir no domínio dos caminhos-de-ferro. Em 1887 foi criada a primeira comissão de regulação independente federal, e em 1920, inicia-se o processo de regulação de outras indústrias públicas através da criação de instituições independentes criadas pela federação americana. No decurso do New Deal, duas novas comissões independentes são criadas, sob o impulso federal, na esfera das telecomunicações e de outras indústrias: a FCC (Federal Communications Act) e FERC (Federal Power Commission). O desenvolvimento destas entidades nos EUA, ficou a dever-se, sobretudo, ao deficiente processo judicial e legislativo no domínio do controlo económico, atribuindo-se àquelas entidades o papel de estabilização e de continuidade do processo político de regulação.

Já quanto à história das agências de regulação nos restantes países, o seu aparecimento verificou-se em, pelo menos, três períodos distintos. No Reino Unido, as agências de regulação surgiram por volta de 1980 e nos restantes países europeus, nos anos 90 e princípios do século XXI, tal como na Austrália, na Nova Zelândia.

Nos EUA o processo independente de regulação foi também subordinado ao modelo de regulação desenvolvido, fechado e associado a cada modelo judicial

existente nos estados federados. Foi este o caso do primeiro regulador federal – ICC – que era, na prática, um tribunal administrativo que adjudicava as disputas entre as partes e modelava a forma de aceitação pelo tribunal de tais disputas. Era, assim, um quase tribunal que criou enormes precedentes para o desenho e organização das entidades que a seguir vieram a ser criadas. Por outro lado, o desenho das entidades reguladoras seria diferente entre os estados federados e o estado federal, no qual o desenvolvimento da entidade reguladora foi influenciado pela emergência do papel do aparelho judicial na restrição do poder discricionário das agências. Em particular, o Administrative Procedures Act 1946 (APA), criou para as agências federais a estrutura operacional e estabilizou o processo dos tribunais federais para a revisão das decisões administrativas, tendo tido um papel importante na estruturação do processo e das atividades dos reguladores económicos atuais.

O modelo americano integrar-se-ia na Europa no início dos anos 80, onde o sistema de entidades administrativas independentes para a regulação adquiriu uma enorme importância associadas a um profundo programa de privatização do sector empresarial do estado inglês, principalmente nos domínios da eletricidade, telecomunicações, gás, água e transportes ferroviários. São os casos da OFTEL – Office of Telecommunications (1984); OFGAS – Office of Gas Supply (1986); OFFER – Office of Electricity Regulation (1989); OFWAT – Office of Water Services (1989); ORR (Office of Rail Regulator (1993).

Tomando por base o critério original desenvolvido nos EUA, criaram-se em França entidades independentes que inspirariam algumas agências reguladoras fora da área exclusivamente económica e, no Reino Unido, onde se organizaram agências com o mesmo intuito, e designadas QUANGO'S. O termo provindo da designação inicial quasi-autonomos non-governmental organisation datada do ano de 1967 e cujo objectivo era a substituição do governo na fiscalização e controle das organizações económicas privadas, e às quais se atribuía autonomia financeira e administrativa.

As inúmeras entidades desta natureza, criadas desde 1967, tiveram em termos de balanço um efeito pelo menos questionável, e tendo na base um conjunto de críticas, entre as quais a da burocracia excessiva, a existência de compadrio, corrupção e outras situações anómalas, motivo pelo qual em 2010 o governo inglês extinguiu uma parte muito significativa.

A privatização da British Telecommunications (BT) ocorreu em 1984 e, consubstanciou-se por ser um modelo para a arquitectura da regulação nos restantes sectores de actividade. O primeiro regulador independente (OFFEL) organizou-se em função da pretensão de assegurar uma competição justa de preços, e com uma estrutura independente do governo.

Diga-se, por outro lado, que a organização dos reguladores independentes no Reino Unido não seguiu o modelo organizativo dos EUA, mas procurou seguir o que existia do ponto de vista institucional do seu modelo tradicional, incluindo o modelo de autoridade da concorrência independente (OFT), assumindo a competência do governo na emissão de licenças para empresas ligadas à indústria de utilidade pública.

Nos primeiros tempos de regulação o focus principal das entidades foi, sobretudo, a tentativa de controle da posição dominante de mercado. Deste modelo resultaram importantes problemas para o desenho da regulação e para o exercício discreto do poder regulador, que não foram considerados na preparação

das privatizações. Talvez a questão mais importante que explicitamente não foi considerada no processo, terá sido a forma de valorizar o conjunto dos activos-base das empresas públicas, ficando por resolver a questão, por parte do regulador, da definição do timing da revisão de preços.

De um modo geral, no Reino Unido, as agências de regulação independentes foram desenhadas para assumir apenas uma parte do quadro jurídico e institucional da regulação dos serviços de utilidade pública, a que acresce os estatutos a atribuir no âmbito do licenciamento e as autorizações a conceder nos diferentes sectores de actividade.

Estima-se que entre 1990 e 2002, o número de reguladores na área das telecomunicações tenham passado de 20 para 120 e de cerca de 7 para 70 no que respeita aos reguladores da electricidade. Em muitos dos países, o aumento do número de reguladores ficou a dever-se, sobretudo, às alterações tecnológicas e políticas que conduziram à privatização de muitos sectores de actividade que até aí eram considerados estratégicos para os governos.

É neste contexto que no espaço da União Europeia o sector das telecomunicações foi o primeiro a entrar no espaço da regulação, ao qual se seguiu o mercado da electricidade, fruto das directivas comunitárias que promoveram a sua liberalização no seio dos vários Estados-membros. Em face destas alterações, vários Estados-membros criaram também entidades reguladoras independentes para organizar e controlar os novos mercados privatizados. O desenvolvimento destas entidades independentes, foi-se associando às políticas supra-nacionais comunitárias para os vários Estados-membros, na tentativa de superar os eventuais obstáculos e conflitos entre eles e, ao mesmo tempo, providenciar o controle da prestação dos respetivos serviços de utilidade pública por parte das várias empresas.

Na Austrália e na Nova Zelândia, o percurso do desenvolvimento das entidades reguladoras independentes seguiu o mesmo perfil do verificado na Europa, a partir da reestruturação dos respetivos domínios de actividade.

A metodologia adotada consubstanciou-se no recurso às fontes primárias, sobretudo a legislação produzida no âmbito da estrutura institucional e de regulação das restantes entidades locais, e secundárias, pelas quais se analisaram as várias perspectivas de especialistas nas temáticas em questão e ainda o recurso à análise estatística disponível.

A estrutura do presente artigo decorre do desenvolvimento da própria temática, começando por introduzir o conceito de regulação, a sua evolução e importância, definir os critérios de independência das entidades reguladoras, e concretizando a efectiva independência daquelas entidades, finalizando com uma análise sumária da regulação em Portugal.

2. ENTIDADES REGULADORAS: CRITÉRIOS DE INDEPENDÊNCIA

Se analisarmos o grau de independência das entidades reguladoras é possível encontrar um conjunto de critérios que permitem avaliar o seu grau de independência efectivo. Em primeiro lugar um desses critérios é o da análise dos objetivos, competências e tarefas, atribuídos à entidade reguladora. Deste critério, é possível perceber a variação do papel desempenhado pelas autoridades reguladoras

independentes nos vários Estados membros. Pese embora, o facto de a prossecução de objetivos de regulação económica ser o principal objetivo destas entidades, importa ter em atenção que também deve constar nas suas prioridades, a prossecução de objetivos sociais e/ou ambientais.

Em segundo lugar, o critério da independência é um requisito formal para a nomeação dos reguladores na maioria dos países, pelo que, por norma não estão autorizados a exercer outro cargo público no decurso do seu mandato. Em terceiro lugar, deve ter-se em atenção as regras que fazem a gestão da relação entre as entidades reguladoras independentes e o sector regulamentado, pois é possível perceber como a relação de plena concorrência entre as duas partes é interpretada na prática. Em quarto lugar, a relação entre as entidades reguladoras e as políticas mostra que, apenas em escassos casos, se define o desenho institucional das entidades reguladoras independentes de acordo com as condições relativas à autonomia financeira e organizacional ótima. Ainda assim, as autoridades reguladoras independentes conseguem usufruir de maior autonomia financeira, organizacional e decisória do que o normalmente concedido a outras instituições no contexto da hierarquia ministerial tradicional.

Para avaliar o grau de independência das autoridades reguladoras, Katja Johansen evidenciou a independência destas no contexto europeu, em comparação com os vários países onde tais entidades têm uma evidente importância (Johannsen, Katja Sander, 2003). Neste sentido, elaborou um índice no qual são comparadas quatro dimensões: 1) independência dos reguladores do governo, 2) independência das partes interessadas, 3) independência na tomada de decisões dos reguladores, e 4) autonomia organizacional.

Da análise destas quatro dimensões, conclui que é na Itália que as instâncias reguladoras apresentam um maior grau de independência, seguida pela Irlanda e Irlanda do Norte. Grécia e Áustria constituem um grupo intermédio e, Luxemburgo, Espanha e Dinamarca são os países com a menor pontuação no índice. Ainda assim, é necessário que não se atribua uma importância exagerada a este índice, pois os países alvo da avaliação mostram uma variação considerável em cada uma das quatro dimensões medidas.

Do estudo resulta também que os reguladores têm em comum características claras quanto à nomeação dos seus órgãos. Estes, tendem a ser nomeados por um período de tempo determinado, a ser inamovíveis e impedidos de exercer qualquer cargo governativo no mesmo período. Em geral, têm obrigações limitadas de prestação de contas e, de igual forma, as suas decisões não podem ser objeto de anulação pelo governo. Em suma, as autoridades reguladoras têm ainda em comum, uma série de características definidoras da sua independência. A importância destas características, advém do facto de ser relevante manifestar a capacidade da intervenção no mercado com estruturas de monopólio, evidenciando que elas não são apenas independentes teoricamente, mas que também o são na prática.

Do ponto de vista teórico, os reguladores independentes diferem de outras instituições reguladoras quanto às suas funções, à sua legitimidade, ao modo como são responsáveis perante o público e como as suas relações, tanto com a indústria regulamentada como com o governo, são organizadas. O conhecimento das características particulares de reguladores independentes é importante para perceber o seu papel na regulação de mercados liberalizados.

Importante, quanto às entidades reguladoras independentes, é a pretensão de qualificar a forma como os governos lhes delegam os poderes de decisão. Duas perspectivas teóricas têm apontado as suas análises a esta questão. A primeira é a normativa, que se preocupa em saber o motivo - a partir de um ponto de vista social- pelo qual as autoridades reguladoras independentes podem ser efetivamente importantes. A outra assenta em elementos da escolha racional e da análise do agente-principal. A questão que se coloca é saber como e em que circunstâncias, é interessante para o legislador delegar poderes às entidades reguladoras independentes.

Para os defensores da primeira é certo que a instituição de entidades reguladoras independentes sob a forma de comissões ou agências não é um fenómeno novo. Desde há mais de um século, as agências reguladoras independentes têm desempenhado um papel importante na regulação das indústrias de rede, sobretudo nos EUA e na Europa, em áreas tão diversas como na comunicação social, na concorrência, na proteção dos direitos cívicos, etc. Nas últimas duas décadas, com a liberalização das indústrias de rede europeias surgiram inúmeras agências reguladoras independentes, com incidência especial no Reino Unido, extensível depois a muitos outros países europeus (Thatcher, M. 1998; Stern, J. 1997; Majone, G. (ed.) 1996).

O principal objetivo da liberalização, foi o de conseguir preços mais baixos e maior eficiência no sector de fornecimento de energia elétrica através da concorrência, procurando eliminar as falhas de mercado e a existência de monopólios naturais neste sector. O acesso à rede de transmissão, em condições justas e iguais, era uma necessidade, para permitir o acesso a novas entidades comerciais e criar condições concorrenciais. Para além destas razões, a liberalização do mercado, ficou ainda a dever-se à necessidade de segurança do abastecimento de matérias-primas. Evitando assim que o excesso de competição num dado período temporal pudesse conduzir a uma situação de fornecimento insuficiente e à escassez de oferta, uma vez que os investidores privados exigem um elevado grau de certeza na inexistência de procura suficiente, para que possam vender os seus bens a preços superiores aos custos de produção. Esta questão tem a ver com o facto de a maioria dos produtos serem fortemente intensivos em capital, terem ativos com uma grande amplitude de vida e serem altamente específicos e não-reafectados. Tarefa regulatória importante é também a proteção dos pequenos consumidores contra a discriminação de preços, cuja preocupação é a justiça social e a redistribuição, e igualmente, a intervenção decorrente dos impactos das externalidades, no caso dos problemas tipicamente ambientais ou os que derivam de informações insuficientes e da falta de transparência no mercado (Stern, J. 1997; Olsen, O.J. 1993).

A abordagem da escolha racional tem em M. J. Horn (1995) um dos principais representantes. O seu ponto de partida é a previsão de uma situação, na qual o legislador possa decidir dar início a uma determinada política, considerando-se como sendo atores racionais que procuram favorecer certos grupos de interesse, com o intuito de ganhar o seu apoio para a reeleição. No entanto, os legisladores, têm a consciência de que a tomada de decisões não é, por si só, suficiente necessitando de se certificar de que elas são implementadas de acordo com o estabelecido. Mesmo nestas circunstâncias, existem custos que obrigam os legisladores a criar regras gerais, cuja implementação pode ser realizada por um agente que atua em seu nome, protegendo também a sua

decisão contra a interpretação errada e contra o uso das partes regulamentadas de informações privadas. Neste domínio, considera Horn a existência de quatro tipos de custos que determinam as decisões: custos de decisão (o factor tempo e outros recursos usados quando participam em processos de tomada de decisão), os custos de autorização (relacionados com a limitação do risco se houver reversão da decisão ou má aplicação pelos legisladores subsequentes), os custos de agência (relacionados com o deixar a interpretação e aplicação das decisões da organização para agentes sobre os quais não se tem controle total) e custos de incerteza (decorrentes do efeito da decisão e os custos relacionados com a implementação) (Horn, M. J. 1995).

As diferentes combinações dos fatores de custo determinam se é do interesse dos legisladores a delegação de competências aos reguladores independentes. Uma vez que a existência de diferentes tipos de pressão funcional pode dar aos políticos corruptos um aumento dos incentivos para delegar o poder de decisão aos reguladores independentes, mantendo assim os benefícios da delegação ao assumir os custos de agência que decorrem da delegação.

Para corrigir esta eventualidade recorre-se a um compromisso credível, como uma pressão funcional, que se destina a impor a delegação do poder de decisão, mostrando que os políticos se encontram tão comprometidos com a política que estão dispostos a impedir os outros e a si mesmo, de intervir para obstruir a sua implementação. Neste sentido, costumam apontar-se três tipos típicos de pressão funcional: i. A transferência de culpa; ii. A natureza técnica da regulação; e iii. Regulamento com a aplicação das políticas da UE. A transferência de culpa, ocorre quando se torna politicamente conveniente para os legisladores a delegação de competências, permitindo-lhes transferir a culpa com as decisões impopulares ou os processos de implementação infrutíferas, para o regulador independente (Thatcher, M. 1998). De igual forma, os políticos podem usar a delegação como forma de se ausentar de culpa, atribuindo a outrem (principalmente ao regulador) a culpa para o que acontece, ou eventualmente para o que não acontece.

A natureza técnica de um modelo de regulamentação também pode atuar como uma forma de pressão sobre a delegação. Por um lado, porque existem problemas efetivos com a chamada informação assimétrica que exige grande perícia do regulador e, por outro, porque quando os políticos delegam as suas competências, delegam também tarefas complicadas e aborrecidas e que não têm junto da opinião pública, impacto significativo.

Igual argumento vale para as funções de regulação, que são parte da implementação das políticas da EU, por se tratar normalmente um processo bastante complexo e que raramente dá aos políticos uma oportunidade de produzir benefícios claros para os seus eleitores (Dupuis, G. 1988).

3. REGULAÇÃO INDEPENDENTE: INDEPENDENTE?

O que faz então um regulador independente, e efetivamente independente? Esta é uma questão que, como temos vindo a analisar, depende em muito da definição que aceitarmos de reguladores independentes e do que é a independência regulamentar.

Uma definição que pode servir de contexto geral sobre o que pode entender-

se por independência regulamentar em matéria de regulação de serviços públicos, é a que considera que ela é, sobretudo, independência do controle do governado e do poder legislativo. Sublinha-se ainda que a independência não é só do governo, mas também das partes regulamentadas, afastando os arranjos corporativistas tradicionais (Dupuis, G. 1988). Alguns autores apontam o papel dos reguladores independentes no equilíbrio de interesses, fazendo com que todas as partes compreendam as regras do jogo (Stern, J. 1997; Teitgen-Colly, C. 1988). Outros ainda, evidenciam a distinção entre agências reguladoras que são verdadeiramente regulamentares e possuem poderes reais de tomada de decisão e agências que são meramente consultivas.

No contexto da distinção, os reguladores independentes devem possuir poderes de decisão exclusivos, para que possam ser verdadeiramente autoridades reguladoras. Neste sentido, as autoridades reguladoras independentes não devem produzir serviços ou executar tarefas administrativas comuns nem intervir na elaboração das políticas. Devem ter antes, o poder de estabelecer regras, podendo os reguladores independentes combinar três funções que normalmente se encontram separada: A definição de regras, as regras de aplicação e o contencioso (Colliard, C. A. and G. Timsit (Eds.) 1988).

W. Smith define a independência dos reguladores a partir de três elementos: i. A existência de uma relação de plena concorrência com as empresas reguladas, os consumidores e outros interesses; ii. A existência de uma relação de plena concorrência com as autoridades políticas; e, iii. A verificação de atributos de autonomia organizacional (como o financiamento destinado e a existência de regras salariais da função pública restritivas) necessários para promover a especialização e para sustentar essas relações puramente comerciais (1997).

Este ponto de vista tem a vantagem de enfatizar, quer a independência formal em termos das suas medidas de curto prazo com as autoridades e os actores políticos, quer as premissas organizacionais que conduzam à independência e autonomia organizacional.

A regulação independente, apresenta contudo, graus de independência maior ou menor, em função da verificação ou não de determinados factores, como sejam, a captura da agência e a assimetria de informações, a prestação de contas, a legitimidade e imparcialidade, o equilíbrio entre a independência regulamentar e o quadro institucional específico da entidade independente.

No que respeita à agência de captura e à informação assimétrica, vários são os autores que consideram que os reguladores independentes são vulneráveis no que se relaciona com a existência de estruturas muito rígidas, quer em virtude da especialização técnica das entidades reguladoras, conduzindo a um limitado volume de negócios em equipa, quer porque as autoridades reguladoras sectoriais independentes, em geral, são mais propensas a conseguir igualar o conhecimento especializado da indústria regulamentada e a limitar o problema da assimetria de informação (Mitnick, B. 1980; Majone, G. (ed.) 1996).

No que respeita à prestação de contas, uma das questões que se coloca é a de que ninguém controla os reguladores completamente, mas ainda assim, têm de cooperar com vários atores, incluindo as instituições governamentais e o sector regulamentado. Isto significa que independência e responsabilidade não são conceitos totalmente incompatíveis. Entre o que pode considerar-se como fontes de prestação de

contas, está a legislação inequívoca, que limita o critério do regulador, a existência de um mecanismo de recurso e de regras formais que implicam o uso de procedimentos justos e aceitáveis, assim como a justificação dos seus métodos e decisões (Johannsen, Katja Sander. 2003; Graham, C. 1998; Stern, J. 1997; Stern, J. and S. Holder. 1998; Majone, G. (ed.) 1996; Thatcher, M. 1998; Scott and C. Hood. 2000).

A legitimidade e a imparcialidade dos reguladores é o terceiro aspecto a ter em conta. Neste caso, ainda que eles tenham de proceder a uma rigorosa prestação de contas, não deixa de existir um défice de legitimidade democrática, que decorre da eleição popular. Motivo pelo qual alguns teóricos têm apontado aos reguladores independentes uma situação de anomalia constitucional (Majone, G. (ed.) 1996; Colliard, C.-A. and G. Timsit (Eds.). 1988). Por outro lado, a imparcialidade coloca-se sobretudo ao considerar que os reguladores independentes foram criados para tomar decisões racionais e promover o equilíbrio entre interesses divergentes, favorecendo o bem comum e o interesse público. No entanto, alguns autores têm justificado a inexistência de interesse público por parte das entidades reguladoras independentes (Mitnick, B. 1980) apontando a ingenuidade daqueles que assim o possam pensar.

Continua ainda hoje a servir de argumento para defesa das entidades independentes, a consideração de que elas promovem o interesse público, principalmente, porque a reputação da sua racionalidade, equidade e imparcialidade, é muito importante para os peritos, se comparado com a dos políticos (cujo percurso no exercício do poder tende a ser mais curto). Os especialistas têm mais a perder com uma reputação duvidosa sendo menos propensos a enganar, porque é do seu próprio interesse a protecção da sua reputação (Milgrom, P. and J. Roberts. 1992).

Em síntese, podemos aceitar que as entidades administrativas independentes, são efectivamente independentes, desde que consigam implementar os critérios de independência, accountability, previsibilidade, clareza de funções, integridade e clareza de regras, proporcionalidade, poder, características institucionais apropriadas.

A independência significa que as entidades administrativas independentes podem e devem, nos termos da lei, ser livres de tomar decisões na esfera das suas competências e autoridade, sem necessidade de obstrução prévia de autorização de outra entidade oficial ou agência governamental.

A accountability decorre da necessidade da assumpção da responsabilidade das suas ações por parte dos reguladores, tendo de sujeitar-se a algumas regras, como sejam a garantia do direito de recurso das partes envolvidas, contra decisões da agência contrários à lei, tanto na substância como no processo, declarações substantivas e obrigatoriedade de autoria da entidade administrativa, revisão de supervisão ou desempenho, através de avaliações e audiências, obrigações éticas e processuais de transparência, transparência e participação. Todo o processo de regulação deve ainda, ser justo, imparcial e aberto à participação pública. Para além disso, todos os documentos e informações utilizados na tomada de decisão devem estar disponíveis para análise pública e todas as decisões devem estar consubstanciadas em documentos escritos acessíveis ao público.

A previsibilidade, decorre da necessidade de o sistema de regulação transmitir, de forma razoável, a certeza de que os seus princípios e regras serão seguidos no quadro regulamentar e as eventuais alterações devem apresentar-se

precedidas de aviso público e com possibilidade de consulta e, dentro do possível, aplicadas gradualmente.

A clareza das funções diz respeito à definição clara e criteriosa na lei e de forma similar com os papéis das outras agências sectoriais, de modo a evitar a duplicação de funções, os conflitos interagências, a confusão de sinais para os stakeholders e a confusão de políticas.

A integridade e clareza de regras é vista como o conjunto da informação a fornecer a todas as partes interessadas, através das leis e das regras ao dispor da entidade administrativa independente, de forma clara, completa e com a antecedência suficiente.

A proporcionalidade refere-se à intervenção da entidade no respectivo sector, a qual deve ser proporcional aos desafios, devendo ser a mínima necessária para resolver os problemas, devendo os custos de intervenção ser inferiores aos resultados esperados.

O poder da entidade administrativa independente, é importante para que possa desempenhar a sua missão, incluindo a autoridade para definir tarefas para as entidades regulamentadas, estabelecer, modificar e monitorizar regras de mercado e qualidade, responder aos problemas do mercado e do projecto de mercado, realizar funções administrativas normais, investigar, julgar ou mediar reclamações dos consumidores.

As características institucionais apropriadas permitem que as entidades administrativas possam realizar, de forma profissional, com competência e rigor, um conjunto de ações entre as quais, um orçamento com fontes de receita confiável, independente e adequada, o recurso a consultores externos quando necessário, tomada de decisão sustentada por um conselho constituído por 3 a 5 pessoas e com origem profissional diversa.

Finalmente, a integridade implica que as regras que regulam o comportamento dos decisores devem estar em vigor para impedir irregularidades ou comportamento impróprio. As regras devem, entre outras, ser as seguintes: proibição de recebimento de subornos e gratificações de qualquer natureza; proibição de todo e qualquer conflito de interesse; proibição contra qualquer forma de tratamento preferencial; divulgação de interesses financeiros; proibição do uso de informações privilegiadas para usos pessoais (Brown, A. C., Stern, J. et al. 2006).

4. A REGULAÇÃO ECONÓMICA EM PORTUGAL

No que se refere à realidade portuguesa, esta apresenta-se hoje com um conjunto de entidades administrativas independentes, cujo intuito é a garantia deliberada e consciente para promover o interesse público e, substituir o Estado na sua acção fiscalizadora, na medida em que este não tem capacidade efectiva para assumir as suas responsabilidades nesta matéria. É dominante neste tema a teoria do interesse público na esfera da regulação.

Na década de 80 surgem em Portugal as primeiras agências de regulação. A intenção era a de substituir o Estado ao nível das políticas macroeconómicas necessárias em vista da privatização de vários sectores da economia nacional, da europeização das políticas públicas e do crescimento de formas indirectas de intervenção do Estado.

A regulação, no domínio das privatizações, é antes de mais, um método de controlo das novas entidades privadas por parte de entidades administrativas independentes.

Na esfera das políticas públicas, principalmente no quadro da política da U.E, a regulação serve para sustentar as políticas que promovem e suportam a dimensão da privatização europeia e as relações concorrenciais que daí obrigatoriamente decorrem, quer através de acções concretas levadas a cabo pelos órgãos comunitários, quer pela coordenação entre estes órgãos e os órgãos nacionais. Importa ainda, no domínio do tema, perceber o contexto que diz respeito ao interesse público e à protecção dos interesses protegidos dos cidadãos pelas entidades reguladoras.

Um vasto conjunto de agências de regulação, que assumem as suas funções ligadas aos sectores de atividade do mercado, têm vindo a concretizar-se na economia nacional. Tais entidades variam entre a área da energia, água, capitais, comunicações, comunicação social, medicamentos e saúde, alimentação, construção civil e imobiliário, transportes terrestres, aviação civil, seguros e economia.

Da análise dos respectivos estatutos, percebe-se que todos contemplam como obrigação, a defesa dos interesses protegidos dos cidadãos e a prossecução do interesse público.

A ERSAR (Entidade Reguladora do Sector das Águas e Resíduos) (Lei n.º 10/2014, de 26 de Março), nos termos dos seus estatutos, é uma entidade independente no exercício das suas funções, não se encontrando sujeita a superintendência ou tutela governamental – n.º 1 do art.º 2.º e art. 49.º - e prossegue como missão “fiscalizar o cumprimento pelas entidades titulares e gestores das disposições legais regulamentares e contratuais aplicáveis Garantindo o interesse público e a legalidade” – al. a) do n.º 4 do art.º 5.º

Do ponto de vista da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, a ERSAR tem por obrigação “(...) garantir o direito de acesso à informação a todos os utilizadores” - al. a) n.º 5 do art.º 5.º e art.º 13.º-.

A ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos) assume também a sua independência enquanto entidade administrativa nos termos dos seus estatutos – n.º 1 art.º 1.º e n.º 2 do art.º 2.º e n.º 2 do art. 30.º - (Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho).

Por sua vez, a ERC (Entidade Reguladora para a Comunicação Social) releva a sua independência nos termos dos arts. 4.º e 18.º dos estatutos (Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro), assumindo por outro lado, a “garantia do respeito pelos direitos, liberdades e garantias”, al. d) do art. 8.º e ainda pretende promover a “protecção dos direitos, liberdades e garantias pessoais” – al. a) do n.º 3 do art.º 24.

A ANACOM (Autoridade Nacional da Comunicação), é uma entidade administrativa independente – n.º 1 do art. 1.º e art.º 5.º -e de forma expressa nos seus estatutos (Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março) - al. m) do n.º 1 do art.º 8.º, pretende “proteger os direitos e interesses dos consumidores e demais utilizadores finais”.

A AdC (Autoridade da Concorrência), caracteriza-se por ser uma entidade administrativa independente (Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto) -n.º 1 do art.º 1- com autonomia administrativa, financeira, de gestão, patrimonial, funcional, técnica e orgânica - n.º 2 do art. 1.º E, a sua missão é assegurar “(...) os interesses dos consumidores” - n.º 3 do art.º 1.º -, reforçado este papel nos termos do art. 47.º, segundo o qual incumbe à AdC a “adequada promoção da defesa dos serviços de interesse geral e da protecção dos direitos e interesses dos consumidores”.

Todas as entidades reguladoras existentes em Portugal têm no seu âmbito funcional a incumbência legal de proteção dos interesses dos cidadãos, em vista do constitucionalmente estipulado, garantindo a necessidade de promover o interesse público.

Acresce que a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto - Lei-quadro das entidades administrativas independentes, com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo - pretende uniformizar a intervenção reguladora em Portugal. Foi pelas circunstâncias internas - crise económico-financeira - e pela intervenção externa, que a regulação assumiu um avanço significativo, sustentada pela obrigação da privatização intensa da parte remanescente da intervenção do Estado na economia, e com implicações diretas na vida dos cidadãos. Tal acréscimo de regulação, contribuiu de forma principal ou suplectiva, para promover a salvaguarda do interesse público e do interesse e direitos dos cidadãos. Nos termos da Lei-quadro, reconhece-se a existência das entidades reguladoras discriminadas no art.º 3.º - Instituto Seguros de Portugal, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Autoridade da Concorrência, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Autoridade Nacional de Aviação Civil, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, Entidade Reguladora dos Serviços da Água e Resíduos e a Entidade Reguladora da Saúde- (A Lei-quadro, deixa de fora um conjunto vasto de entidades que até à sua entrada em vigor eram reconhecidas como entidades reguladoras, diminuindo por esta via o número de entidades em funcionamento no mercado nacional, passando a reconhecer como tal, apenas as que expressamente cita no seu artigo 3.º. Ficam ainda de fora da vigência da Lei, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social e o Banco de Portugal, nos termos do n.º 4 do art.º 1.).

Mantém ainda como requisito fundamental das entidades reguladoras, a garantia da proteção dos direitos e interesses dos consumidores – art. f) do n.º 4 do art.º 3.º - e, ao mesmo tempo, a sua criação decorre, entre outras, da necessidade efetiva e interesse público na criação de uma nova pessoa coletiva para prossecução dos objetivos visados – al. a) do n.º 3 do art.º 6.º-.

Especificamente, as entidades reguladoras estão incumbidas de promover a “defesa dos serviços de interesse geral e de proteção dos direitos e interesses dos consumidores nas áreas de atividade económica sobre a qual incide a respectiva atuação” – n.º 1 do art. 47.º -, e nesta intenção devem assumir o princípio da transparência – art. 48.º- e prestação da informação – art.º 49.º-.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As entidades administrativas independentes têm, em conclusão, apresentado um conjunto global de competências que se destinam a garantir a satisfação do interesse público, assegurando ao mesmo tempo, a coordenação do mercado, a estabilidade económica e a proteção dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos e dos consumidores. Para que tudo isto se tornasse possível, impôs-se desde o início, um conjunto de critérios que pudessem garantir a sua independência, quer em face do Estado que as criou, quer em face do mercado que tem de regular. Para garantia do interesse público e satisfação dos interesses legalmente

protegidos dos cidadãos. Nestes termos, os critérios para garantia dos objetivos das entidades administrativas independentes, seriam a clareza de regras e objetivos, a autonomia, a participação, a accountability, a transparência e a previsibilidade (Stern, J. & Cubbin, J. 2003). Alcançando estes critérios, seria possível às entidades administrativas independentes alcançar também um elevado grau de independência e obter assim os resultados esperados.

Da evolução histórica mais recente destas entidades destaca-se a sua criação pelo Estado, em face da dinâmica de privatizações ocorridas nos finais dos anos 70 do século XX, em plena crise do Estado de Bem-Estar, com o intuito de controlar as novas condições de mercado, garantindo ao mesmo tempo, condições concorrenciais para a economia, num mercado que se pretendia liberalizado.

O mercado português, por força da adesão à U.E. em meados dos anos 80 do século XX, e pela implementação de um programa de privatizações de vários sectores de atividade, também recorreu à criação de um conjunto de entidades administrativas independentes, que de uma forma geral têm procurado a regulação dos vários sectores, com independência, ainda que questionada em alguns momentos e aspetos, procurando na maior parte das vezes a promoção do interesse público e dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROW, Kenneth - **Social Choice and Individual Values**. New York: John Wiley and Sons, 1951.

BAUMOL, W. J. - **Payment by Performance in the Rail Passenger Transportation: An Innovation in Amtrak's Operation**. Bell Journal of Economics, 1975.

Superfainness: Applications and Theory, Cambridge, MA: MIT Press, 1986.

BECKER, G. S. - **A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence**. Quarterly Journal of Economics, 1983

BLACK, Duncan - **The Theory of Committees and Elections**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

BUCHANAN, James - **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Indianapolis, 1958.

COLLIARD, C. A. and G. Timsit (Eds.) - **Les Autorités Administratives Indépendantes**. Paris: PUF, 1988.

CORDEIRO, Menezes - **Manual de Direito Bancário**. Coimbra: Almedina, 3.^a Edição

- DECKER, Christopher - **Modern Economic Regulation. An Introduction to the Theory and Practice.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- DEMARIGNY, F - **Independent administrative authorities in France and the case of the French Council for Competition,** in, 1999.
- DOUCET, J. and Littlechild, S. - **Negotiated Settlements and the National Energy Board in Canada.** Energy Policy, 2009.
- DOWNS, Anthony - **An Economic Theory of Democracy.** New York: Harper and Bros, 1957.
- DUPUIS, G. - **Introduction.** in Colliard, C.- A. and G. Timsit (Eds.), *Les Autorités Administratives Indépendantes.* Paris: PUF, 1988.
- GOLDBERG, V. P. - **Regulation and Administered Contracts.** Bell Journal of Economics.
- GÓMEZ-IBAÑEZ, J. A. - **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion.** Cambridge, M. A.: Harvard University Press, 2003.
- HELM, D. and Yarron, G. - **The Assessment: The Regulation of Utilities,** Oxford Review of Economic Policy, 1988.
- HELM, D. - **Whither Water Regulation?.** Unpublished Discussion Paper, 2003.
- HORN, M.J. - **The Political Economy of Public Administration – Institutional Choice in the Public Sector.** Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- JOHANNSEN, Katja Sander - **Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries.** AKF Forlaget, 2003.
- KAHN, A. E. - **The Economics of Regulation: Principles and Institutions.** Cambridge, MA: MIT Press, 1971.
- MAJONE, G. (ed.) - **Regulating Europe.** London and New York: Routledge, 1999.
- MILGROM, P. and J. Roberts - **Economics, Organization and Management.** New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliff. 1992.
- MITNICK, B. - **The Political Economy of Regulation.** New York: Columbia University Press, 198.
- NISKANNEN, W. A. - **Bureaucracy and Representative Government.** New Brunswick: Transaction Publishers, 1971.

OLSEN, O.J. - Regulation of public utilities: Telecommunication, public transport and energy. DJØFs Forlag, Copenhagen, 1993.

PELTZMAN, S. - Pricing in Public and Private Enterprises: Electric Utilities in the USA. *Journal of Law and Economics*, 1971.

The Economic Theory of Regulation After a Decade of Desregulation. Bookings Papers: Microeconomics, 1989.

POSNER, Richard A. - Naturel Monopoly and its Regulation. Stanford Law Review, 1969.

Taxation by Regulation. Bell Journal of Economics and Management Science, 1971.

SCHERER, F. M - Industrial Market Structure and Economic Performance, 2nd. Chicago: Rand McNally College Publishing Company, 1980.

SCHMALENSEE, R. - The Control of Natural Monopolies. Lexington, MA: Lexington Books, 1979.

SCOTT and C. Hood. - Telecommunications Regulation. London and New York: Routledge, 2000.

STERN, J. - Effective Utility Regulation and Independent Regulation: What makes an Independent Regulator Independent? Business Strategy Review, June, 1997.

STIGLER, G. J. - The Theory of Economic Regulation. Bell Journal of Economics and Management Science, 2. 1972.

STIGLER, G. J., and C. Friedland - What can Regulators Regulate? The Case of Electricity. *Journal of Law and Economics*, 1962.

TEITGEN-COLLY, C. - Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution. In Colliard, C. A. and G. Timsit (eds.). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris: PUF, 1988.

THATCHER, M. - Institutions, Regulation, and Change: New Regulatory Agencies in the British Privatized Utilities. London: West European Politics, vol. 21, n. ° 1, 1988.

TULLOCK, Gordon - A Genreal Theory of Politics. University of Virginia, privately circulated.

WANG, Z. - **Settling Utility Rate Cases: An Alternative Ratemaking Procedure.**
Journal of Regulatory Economics, 2004

WILLIAMSON, O. E. - **The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations.** American Economic Review, 1971.

Artigo recebido em: 11/02/2017

Artigo aceito em: 25/06/2018