

Fiscalização e controlo da atividade das autoridades reguladoras independentes com recurso às novas tecnologias*

Na intervenção propomo-nos analisar em que medida o recurso às novas tecnologias, como instrumento de controlo da atuação das entidades reguladoras independentes, poderá contribuir para neutralizar o défice democrático que lhes tem vindo a ser apontado.

1. Atribuição de competências regulamentares às autoridades reguladoras independentes

A nova conceção do Estado como regulador e a devolução de tarefas que tradicionalmente lhe estavam confiadas a autoridades administrativas independentes inscreve-se num fenómeno de crescente desconfiança na capacidade de a Administração Pública assegurar, de forma imparcial, a tutela de certos bens jurídicos. Nesse sentido, a criação destas entidades visou assegurar não só a regulação de setores sensíveis ou estratégicos, cuja atividade se desenvolve num clima de liberdade e concorrência, como também a proteção dos direitos dos administrados, com especial incidência pela transparência e informação, contra o risco da atuação burocrática e arbitrária¹.

Nessa medida, o legislador criou determinadas instâncias públicas, investidas de funções de consulta, vigilância e regulação, com uma estrutura própria e cujos estatutos foram concebidos para assegurar uma certa imunidade em relação a ingerências de grupos de interesses.

Tendo em vista a efetiva prossecução das finalidades para as quais foram criadas, é hoje aceite que estas entidades têm que ser dotadas de independência orgânica, política e

*Este texto serviu de base à intervenção no 5^a Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, submetido ao tema “Direito e novas tecnologias”, realizado na Escola de Direito da Universidade do Minho entre os dias 21 e 24 de março de 2018.

¹ Sobre as necessidades de criação e surgimento das autoridades administrativas independentes, vide GUÉDON, Marie José - *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: LGDJ, 1991. ISSN 0987-9927, pp. 16 e ss; GARCÍA LLOVET, Enrique - *Autoridades administrativas independientes y estado de derecho*. “Revista de Administración Pública”. ISSN 0034-7639. 131 (1993), pp. 61-118, pp. 92 e ss; MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda - *Autoridades Reguladoras Independentes: estudo e Projeto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. ISBN 9789723211610, pp. 21 e 48 e ss e CARDOSO, José Lucas - *Autoridades administrativas independentes e Constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 2002. ISBN 9789723211139, pp. 411 e ss.

técnica e de autonomia financeira e organizatória, pois só assim se assegurará a imparcialidade na regulação.

Valerá isto por dizer que esta administração não se encontra subordinada à orientação ou direção hierárquica do Governo, nem sequer sujeita a formas de tutela ou controlo de legitimidade ou mérito das decisões que venha a tomar e não responderá funcional ou politicamente perante o Governo².

Entre outras características deste modelo de regulação, salienta-se 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, o qual passou a ser feito por 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. Tais instâncias surgem 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 levada taxa de isenção, e de fazer face às consequências de uma Administração não profissional, sem os conhecimentos técnicos e com elevado grau de parcialidade na sua atuação.

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

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 a que a 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 estão atribuídas para equilibrar o subsistema regulado.

Contudo, esta nova forma de regulação, como manifestação da “participação de órgãos não legislativos na construção do ordenamento normativo”³, tem gerado alguma

² Leia-se, por todos, MORAIS, Carlos Blanco de - *As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa*. “Revista da Ordem dos Advogados”. ISSN 0870-8118. (janeiro 2001), pp. 101-154, pp. 105 e ss.

³ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da - *Constituição, ordenamento e conflitos normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 9789723215182, p. 694.

discussão em torno da possível violação do princípio da separação de poderes e da falta de legitimidade democrática destas autoridades⁴.

2. Do alegado défice democrático

Com efeito, 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”⁵.

Por um lado, porque se questiona a sua coerência com os princípios da hierarquia e superintendência dos órgãos superiores em relação aos inferiores, e com a garantia do controlo democrático do aparelho administrativo (pois que será a submissão da Administração ao controlo e direção do Governo e subordinação deste ao Parlamento que conferem legitimidade indireta de que outra forma a Administração não teria).

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

Pretendemos com isto significar que vozes se manifestam defendendo que (i) no caso das entidades reguladoras independentes, não há qualquer processo democrático que legitime a atribuição dos poderes regulamentares 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 DE facto, os membros do conselho de administração designados pelo Conselho de Ministros, tendo em consideração o parecer fundamentado da comissão competente da AR e indicados pelo membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, e são designados de entre indivíduos de reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respetivas funções.

E, 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

⁴ Leiam-se, entre outros, STEWART Richard - *Il Diritto amministrativo nel XXI secolo*. “RTDP”. ISSN 0557-1464. I (2004), pp. 1-29, pp. 4 e ss.

⁵ Cf. OTERO, Paulo - *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724071527, p. 621.

âmbito do *exercício das suas competências*, seja quanto ao *estatuto dos seus titulares*”⁶. 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; 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 ainda de um regime de inamovibilidade.

Daqui resulta que as competências conferidas às autoridades independentes estão subtraídas ao universo da Administração do Estado e, conseqüentemente, de um controlo democrático, pelo que são inúmeros os riscos associados à atribuição de poderes regulamentares a estas entidades. Efetivamente, não sendo 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 e 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.

3. Das fontes de legitimação

3.1 Das tradicionais fontes de legitimação

Conhecedores da complexidade deste fenómeno, parece-nos pertinente questionar quais serão os mecanismos de proteção reconhecidos aos indivíduos e grupos destinatários da sua atuação, ao invés de se assumir que a independência e a competência das autoridades serão por si suficientes para garantir o exercício não arbitrário das suas atribuições.

Não nos pretendendo debruçar exaustivamente sobre as tradicionais formas de legitimidade destas autoridades, relativamente à alegada falta de legitimidade democrática sempre se terá que salientar, a este respeito, que lhes tem vindo a ser reconhecida uma legitimidade, mesmo que remota, pelo facto de os titulares dos seus cargos serem nomeados por outros órgãos do Estado, dotados de legitimidade

⁶ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de – *As autoridades administrativas*, *op. cit.*, p. 105. Itálicos no original, interpolação nossa. Ainda de acordo com o autor, à primeira vista parece que estamos a aceitar “*micro-governos de peritos*, carentes de legitimidade democrática plena”, com poderes para executar leis em diversas áreas da Administração, sem responderem, política ou administrativamente, pela regularidade das suas condutas. *Idem*, p. 150.

democrática (isto porque os membros do conselho de administração são designados pelo Conselho de Ministros, tendo em consideração o parecer fundamentado da comissão competente da AR).

Por outro lado, também não deixa de ser referido pela doutrina que sempre se poderá entender existir um controlo democrático, não só porque a atuação das autoridades reguladoras independentes está sujeita à lei, como pelo facto de o Governo responder politicamente pelas decisões daquelas entidades (arts. 162.º, al. a), 156.º, al. d) e 190.º CRP) e de as mesmas estarem sujeitas ao dever de informar e esclarecer a Assembleia sobre a sua atividade e aptidão para prossecução da mesma (arts. 162.º, al. a), 156.º, al. e), 156, al. f), 178, n.ºs 1,4 e5 e 180.º, n.º 2, al. f) da CRP).

Além do mais, caberá à Assembleia da República, como detentora do primado da função político-legislativa, o poder de apreciar os atos do Governo e da Administração, e, assim, também das autoridades independentes, podendo para o efeito apresentar requerimentos a qualquer entidade pública para obtenção de informações sobre assuntos importantes relativos ao seu mandato ou levantar inquéritos parlamentares⁷.

3.2. Das novas fontes e formas de legitimação

Resulta do exposto que o poder de regulamentação das instâncias representa a função mais expressiva por estas desempenhada, mas também um dos pontos mais controversos acerca das suas competências.

Tais inquietações ganham especial acuidade se tivermos presente o risco de 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 regulam⁸, 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 regulação.

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

⁷ Vejam-se os arts. 162.º, al. a), 156.º, al. e), 156, al. f), 178, n.ºs 1,4 e5 e 180.º, n.º 2, al. f) da CRP.

⁸ Sobre o problema da politização da designação dos membros das autoridades independentes, designadamente em Itália, e a expansão dos fenómenos da incompatibilità sucessiva e revolving doors, leia-se deve ler-se MANETTI, Michela - *Autorità indipendenti e parlamenti nazionali nell'Unione europea: alla ricerca di una ragionevole indipendenza*. "Le attualità nel diritto". 26 (2014), pp. 105-119, pp. 117-119.

Não esquecendo os intentos que estiveram na base da criação destas autoridades, têm sido reconhecidas como fontes de legitimação a especialidade de atribuições prosseguidas pelas instâncias, a separação orgânico-setorial dos poderes e o reconhecimento da necessidade de neutralização política em algumas áreas de atuação da Administração.

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 “legitimação técnica”⁹ dos titulares dos órgãos, atenta a reputação, prestígio, idoneidade e desempenho independente no exercício das suas funções.

Mas o certo é que a necessidade de salvaguardar a independência e a imparcialidade não pode legitimar “micro-governos de peritos” esvaziados de controlo, sob pena de admitir que estas autoridades se arroguem 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»¹⁰.

3.3. O papel das novas tecnologias

Atualmente, atenta a bondade dos motivos determinantes na 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 assegurarem a informação e a participação dos interessados.

A este respeito, consideramos que a legitimidade destas entidades não se sustenta apenas em mecanismos constitucionais de democracia, mas também na transparência da sua atividade, que força um especial dever de motivação que permita aferir, de forma racional e demonstrativa, o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.

Ora, é precisamente tendo em vista assegurar tal reivindicação que em muito poderão contribuir as novas tecnologias na sociedade de informação em que nos movemos, uma vez que através das mesmas se poderá assegurar um maior controlo, transparência e visibilidade da atuação destas autoridades.

⁹ Cf. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda - *Autoridades Reguladoras*, *op. cit.*, p. 132. Aspas conforme original.

¹⁰ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de – *As autoridades administrativas*, *op. cit.*, p. 151. Aspas no original.

Hoje reclama-se uma procedimentalização das suas decisões, manifestada na diminuição das assimetrias de informação entre reguladores e regulados, na ponderação de requisitos mais exigentes no recrutamento de técnicos habilitados e numa maior visibilidade e mediatização as decisões.

Neste sentido, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras determina que estas deverão assegurar transparência na sua atuação, designadamente através da discussão pública de projetos de documentos que contenham normas regulamentares e da disponibilização pública de documentação relevante sobre as suas atividades e funcionamento com impacto sobre os consumidores e entidades reguladas. Mais consagra ainda que deve ser promovida ainda, na aprovação de normas com eficácia externa, a intervenção do Governo, das empresas, de outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora, das associações de utentes ou consumidores relevantes e do público em geral.

Para tanto, é importante afiançar uma maior participação dos destinatários da atividade regulada e do público nas decisões tomadas, exigindo-se maior proximidade entre as partes, que apenas será possível com recurso a meios eletrónicos que facilitem a comunicação entre todos.

Atualmente, prevê o citado diploma a obrigação legal das autoridades disponibilizarem uma página eletrónica onde publicitem, entre outros dados e informações relevantes, os estatutos, os diplomas legislativos que regulam e os regulamentos por si emanados.

Sucedem, contudo, que não raras vezes os seus websites são meros anúncios públicos, que não conferem qualquer valor acrescentado à informação, apelidadas inclusivamente de “imprestáveis”¹¹.

De resto, no caso específico destas entidades, revestindo as matérias reguladas carácter técnico e de difícil compreensão, seria importante que fosse pelas mesmas fomentado um processo de consulta e participação mais ativo, facilmente conseguido através da criação de plataformas mais simples, interativas, com ligações a redes sociais destinadas a tratar este tipo de informação.

Na verdade, de maneira a procurar maior legitimidade e reforçar a transparência, será importante não só que as informações relevantes cheguem a um vasto leque de

¹¹ Usamos a expressão de MOREIRA, Vital - *A Governabilidade – comentário*. “A Administração Pública no limiar do Século XXI: os grandes desafios”. Lisboa: INA, 2001. ISBN 972-9222-25-8, p. 151.

destinatários, mas sobretudo que a informação difundida seja inteligível pela comunidade, que irá exercer o controlo.

Assim, a transparência não pode ser meramente formal e as autoridades reguladoras não podem assumir uma função puramente divulgadora para o público, devendo os dados ser publicados e publicitados nos sítios da internet de forma organizada e de fácil consulta, com uma linguagem acessível e facilmente compreensível.

Deve haver, pois, uma atitude proactiva de abertura e revelação, apoiada em plataformas eletrónicas e múltiplos instrumentos de difusão da informação que sejam meios viáveis de participação democrática do cidadão na produção normativa das entidades.

Neste contexto, devem ser pensadas ferramentas que permitam um contacto direto entre as autoridades e os destinatários das políticas para esclarecimento de dúvidas e até ferramentas para modelação e simulação dos impactos em determinadas decisões, p. ex., através de canais abertos para realização de consultas e fóruns de discussão.

Esta postura operaria como um fator de interiorização de uma cultura de imparcialidade e transparência.

Tal entendimento é compreensível se considerarmos que a publicidade, sendo um dos princípios estruturais dos regimes democráticos contemporâneos, estabelece uma relação muito próxima entre a transparência da atuação das entidades públicas e o aumento da legitimidade da sua atividade, já que permite a discussão pública e esclarecimento dos destinatários das suas medidas¹².

Só assim se garantirá maior visibilidade e mediatização das decisões e uma discussão pública que promova uma maior transparência e objetividade nas opções tomadas.

Não ignoramos, contudo, que a publicidade e a discussão pública alargada das medidas adotadas possa trazer implicações à independência das mesmas.

A solução passaria por alcançar um equilíbrio entre a independência que lhes está assegurada e a responsabilização pelos seus atos de regulação.

De todo o modo, sempre consideramos que as preocupações com a informação e participação dos interessados não colide com a independência, mas apenas impõem um

¹² Sobre o tema, ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de - *Guidance no contexto do estado regulador: subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas sociedades complexas*. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/43580126.pdf> [02.03.2018], pp. 67 e ss.

dever acrescido de motivação racional demonstrativa do acerto das ponderações de interesses e das escolhas realizadas.

Assim, não devemos ignorar que a legitimidade destas entidades sairá reforçada se, além de uma permanente prossecução do interesse público e da especialização e tecnicidade da sua atividade, estas fomentarem, com recurso a novas formas de comunicação, uma maior participação de todos os interessados e destinatários da sua atuação, sendo nesta exata medida importante o desenvolvimento de meios que assegurem um complemento de controlo democrático da atividade desenvolvida.