

# **O PODER REGULAMENTAR DAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES.**

**Isabel Ribeiro Birmann.**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de Ciências Jurídico-Administrativas, realizada sob orientação da Professora Doutora Juliana Ferraz Coutinho e coorientação do Professor Doutor João Nuno Calvão da Silva.

Porto,

2018.

## RESUMO

A concepção de entidades administrativas com independência em relação à Administração central para desempenharem funções de regulação representa um novo modelo de administração. Na Europa, o processo de privatização das tarefas públicas ocorrido na década de 80 do Século XX retirou do Estado o provimento de serviços essenciais ao cidadão e entregou-lhe uma nova função: garantir a eficiência e a concorrência leal dos mercados. De Prestador, o Estado passa a ser Regulador. E, a exemplo dos Estados Unidos, precursores de um modelo de regulação descentralizada do Governo central, a tarefa de regulação foi confiada a autoridades administrativas com elevado grau de independência e autonomia em relação ao poder político. A lei investe nessas entidades verdadeiros poderes de regulação, tais como os de supervisão, de fiscalização, de sanção e de regulamentação, essenciais para o desempenho de suas atividades. Em Portugal, são chamadas de Autoridades Reguladoras Independentes. Para além de questões ligadas a falta de legitimidade democrática e a ausência de *accountability* derivadas do carácter independente, o seu poder de criar normas reguladoras para o setor de sua área de abrangência tem causado inquietações e estimulado a reflexão sobre os conceitos contidos nos Princípios da Separação de Poderes e da Legalidade. Porém, a formulação de normas jurídicas de carácter geral e abstrato por entidades alheias ao Parlamento mostra-se como uma realidade fruto da necessidade de dinamização da ordem jurídica exigida pelo pluralismo e pelas constantes mudanças da sociedade contemporânea. Este estudo desenvolve-se na tentativa de, em primeiro lugar, demonstrar a essencialidade da existência e permanência dessas entidades no seio da sociedade, fazendo um pequeno relato histórico de seu surgimento e apresentando seus principais aspectos, e, em segundo lugar, clarificar a ideia de que os regulamentos emitidos por essas entidades, sendo uma das formas de atuação administrativa legitimamente conferida, são extremamente necessários para orientação do setor que regulam.

**Palavras-chaves:** regulação; autoridades reguladoras independentes; regulamentos.

## **ABSTRACT**

The development of administrative entities independence from the Central Administration in order to perform regulatory functions introduced a new administration model. In Europe, the process of privatization of public tasks took place in the 1980s and removed the provision of essential public services from the State and assigned its functions: to ensure efficiency and fair markets competition. From Provider, the State becomes a Regulator. And, alike the United States, precursors of the decentralized models of central government regulation, the state entrusted administrative authorities with high degree of independence and autonomy in relation to the political power concerning regulation tasks. The law invests these entities of effective regulation power, such as those of supervision, inspection, sanction and regulation, essential to the performance of their activities. In Portugal they are called Independent Regulatory Authorities. In addition to issues related to the lack of democratic legitimacy and the lack of accountability due to its independent nature, its power to create regulatory norms for the sector in its area of responsibility has raised concerns and stimulated a deep thoughts about concepts contained in the Principle of Separation of Powers and Principle of Legality. This formulation of general and abstract legal norms by non-Parliamentary entities reflects the need to revitalize the legal order required by pluralism and the constant changes of contemporary society . This study is carried out in an attempt to: firstly to demonstrate the essentiality of the existence and permanence of these entities within the society, making a small historical account of its emergence and presenting its main aspects, and, secondly, clarifying the idea that the regulations issued by these entities, being a form of administrative action legitimately conferred, are extremely necessary to guide the sector they regulate.

**Keywords:** regulation; independent regulatory authorities; regulations.

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	6
INTRODUÇÃO .....	7
Capítulo I – Aspectos gerais sobre as Autoridades Reguladoras Independentes .....	10
1. Do liberalismo à regulação: um breve relato histórico.....	10
1.1. O Estado Liberal.....	10
1.2. O Estado Social .....	11
1.3. O Estado Regulador.....	12
2. Regulação: a forma moderna de intervenção do Estado.....	13
2.1. Conceito .....	13
2.2. As fontes de inspiração norte-americana, britânica, alemã, francesas e a experiência brasileira. .....	14
2.2.1. Os norte-americanos.....	14
2.2.2. Os britânicos.....	16
2.2.3. Os alemães.....	17
2.2.4. Os franceses.....	18
2.2.5. Os brasileiros.....	20
3. As Autoridades Reguladoras Independentes na organização administrativa .....	22
3.1. Noções Introdutórias .....	22
3.2. Noções de organização administrativa do Estado e de Administração Independente.....	23
3.3. Previsão constitucional.....	25
3.3.1. O déficit democrático: legitimidade democrática tradicional <i>versus</i> legitimidade procedimental. ....	27
3.3.2. O “ <i>accountability</i> ” .....	30
3.4. Criação, principais características e finalidade. ....	31
3.5. Os poderes atribuídos .....	33
Capítulo II – O Poder Regulamentar .....	35
1. Os fundamentos do Poder Regulamentar .....	35
1.1. O poder regulamentar e o princípio da separação de poderes .....	36
1.2. O poder regulamentar e o princípio da legalidade.....	38
1.3. Poder regulamentar: uma reserva governamental?.....	40
2. Noções sobre regulamentos.....	41
2.1. O conceito jurídico-normativo. ....	41
2.2. Regulamentos como função administrativa.....	42
2.3. Tipos de regulamentos: nota especial para os regulamentos independentes. ....	43

2.4. A classificação norte-americana dos regulamentos: substantiva, interpretativa e procedimental. ....	47
3. As Autoridades Reguladoras Independentes como detentoras do poder regulamentar .....	47
3.1. Competência adquirida por delegação de poderes?.....	47
3.2. A emissão de regulamentos independentes e o conflito com os regulamentos governamentais.48	
3.3. A importância da participação dos interessados no exercício do poder regulamentar e o reforço do controle pelas comissões parlamentares competentes. ....	51
3.4. A imprescindibilidade do poder regulamentar. ....	53
CONCLUSÃO .....	54
BIBLIOGRAFIA.....	57

## **ABREVIATURAS**

AAI – Autoridades Administrativas Independentes.

AI – Administração Independente.

AP – Administração Pública.

AR – Assembleia da República.

API – Administração Pública Independente.

ARI – Autoridades Reguladoras Independentes.

CPA – Código do Procedimento Administrativo.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

EAI – Entidades Administrativas Portuguesas.

ERI – Entidades Reguladoras Independentes.

LQER – Lei-quadro das entidades reguladoras.

## INTRODUÇÃO

As grandes transformações das bases sociais e a constante mutação dos meios de produção econômica, frutos das revoluções industrial e tecnológica, motivaram a evolução histórica dos modelos de Estado. A intervenção estatal para equilibrar e minimizar as mazelas causadas pelo sistema capitalista outrora dominante abriu o caminho para uma mudança significativa nas funções estatais mais clássicas.

Antes Prestador, o Estado agora apresenta-se como Regulador. As atividades de regulação nascem como medidas indispensáveis de correção tanto dos males provocados pelas regras severas do capitalismo quanto da forma de funcionamento da máquina estatal imposta por este sistema econômico. Assim, a prossecução do interesse público e a proteção dos direitos dos cidadãos transformam-se em novas prioridades para o Estado.

Nos Estados Unidos, há mais de um século, essas atividades são exercidas por entidades administrativas autônomas, com caráter independente do Governo Central e da Administração Direta do Estado. Essa descentralização de tarefas regulatórias foi considerada uma ruptura com a ideia de Estado mínimo com a qual os norte-americanos estavam acostumados e recebe muitas críticas, que vão desde a falta de legitimidade democrática de seus órgãos até a sua composição tecnocrata.

Este cenário de regulação independente está presente em países da Europa, como em Inglaterra, França, e Portugal, por exemplo. No âmbito da União Europeia, também já se vislumbra um quadro composto pelas denominadas “agências europeias”, termo este não previsto nos Tratados mas que propõe a existência de uma estrutura administrativa europeia fundamentada em uma lógica eminentemente técnica e especializada. Fora do continente europeu, o Brasil é um exemplo de país que adotou este formato de regulação.

Na Europa, o processo de privatizações desencadeado na década de 80 do Século XX provocou a diminuição da atuação do Estado em setores-chave da sociedade onde mantinha um regime de monopólio e intervinha como agente econômico, e, a exemplo dos norte-americanos, a atuação regulatória deixou de ser atribuição do Governo e de sua Administração. Neste contexto, as Autoridades Reguladoras Independentes (ARI), entidades administrativas com elevado grau de independência e fortes poderes de intervenção, surgem como uma proposta organizacional mais moderna do Estado Regulador.

Sem menosprezar a grande influência do modelo norte-americano sobre a regulação europeia, não se pode olvidar que o papel do Estado nestes dois universos é diferente. Na perspectiva europeia, o Estado é responsável por salvaguardar primordialmente o interesse público, que está em um patamar superior ao interesse dos particulares. Diferentemente, nos Estados Unidos, nenhum interesse público é concebido separadamente do interesse dos indivíduos, o que torna o Estado servo das pessoas<sup>1</sup>.

Esta diferença incide diretamente no comportamento das autoridades reguladoras, onde, na Europa, objetiva a desconstrução dos obstáculos ao livre funcionamento do mercado, ao passo que, nos Estados Unidos, as *independent agencies* funcionam como contentores dos efeitos nefastos gerados pela livre concorrência. Porém, em ambos os casos, as entidades encarregadas da regulação estão revestidas de características e poderes que viabilizam suas ações concretas no campo da regulação.

Já no âmbito das agências de regulação da União Europeia, embora tenham sido criadas por razões muito semelhantes às que motivaram a criação das ARI dos Estados-membros, os poderes de que dispõem são bem mais restritos. A multiplicidade de suas funções caracterizam-nas como órgãos consultivos, de apoio técnico especializado às instituições comunitárias para reforçar a qualidade das decisões tomadas e a credibilidade de suas ações, bem como auxiliar a implementação e uniformização do Direito da União Europeia nos Estados membros, o que lhes aproximam das agências executivas dos Estados Unidos.

É de se observar que a doutrina tem criticado o uso desta terminologia pela Comissão, pois classifica como reguladoras agências que não possuem verdadeiros poderes de regulação<sup>2</sup>. Aliado a isso, a independência de que gozam é relativa, na medida em que seus mandatos e poderes são exercidos sob a supervisão da Comissão<sup>3</sup>.

Ora, uma autoridade reguladora somente atua de forma efetiva quando lhe são garantidos o grau de independência e os poderes necessários para cumprir fielmente suas

---

<sup>1</sup> SILVA, João Nuno Calvão da. 2017. *Agências de Regulação da União Europeia*. Gestlegal, Coimbra, p. 549.

<sup>2</sup> Diferentemente do que ocorre nos Estados-membros e nos Estados Unidos, onde há a presença maciça de agências verdadeiramente reguladoras, com grau elevado de independência em relação ao Governo Central e incumbidas legislativamente do poder de adotar decisões individuais e concretas e emitir regras gerais e abstratas, a verdade é que a doutrina não reconhece existir, no âmbito da União Europeia, esse tipo de organismos. Contudo, admitem-se as agências de cariz técnico-científico, muitas vezes sem poderes decisórios, funcionando como auxiliares, influenciando a tomada de decisão da Comissão, mas sem poderes do tipo regulamentar. Sobre o assunto, *cfr.* SILVA, João Nuno Calvão da. 2017. *Agências de Regulação da União Europeia*. Gestlegal, Coimbra, pp. 311 a 341.

<sup>3</sup> SILVA, João Nuno Calvão da. 2017. *Agências de Regulação da União Europeia*. Gestlegal, Coimbra, p. 601.



funções de regulação, quais sejam, promover a defesa da concorrência leal entre os agentes econômicos, dar respostas objetivas às falhas do mercado, bem como assegurar a realização de fins de interesse público. Dentre estes poderes, destacam-se de supervisão, de fiscalização, de sanção e de regulamentação. Todos de suma importância. Porém, o poder regulamentar assume o papel principal, pois é o seu elemento essencial e caracterizador<sup>4</sup>.

Esta afirmação estimula uma reflexão sobre a linha tênue existente entre a função normativa conferida atipicamente ao Poder Executivo e a função típica e primordial de legislar do Poder Legislativo propostas pelo tradicional Princípio da Separação de Poderes, bem como sobre a relativização do Princípio da Legalidade em prol da dinamização da ordem jurídica exigida pelo pluralismo e pelas complexidades da sociedade contemporânea.

Por esta razão, este estudo desenvolve-se na tentativa de, em primeiro lugar, demonstrar a essencialidade da existência e permanência dessas entidades no seio da sociedade, fazendo um pequeno relato histórico de seu surgimento e apresentando seus principais aspectos, e, em segundo lugar, clarificar a ideia de que os regulamentos emitidos por essas entidades, sendo uma das formas de atuação administrativa legitimamente conferidas, são extremamente necessários para orientação do setor que regulam.

---

<sup>4</sup> “Se sem as demais atividades um órgão ou uma entidade pode continuar a ser considerado regulador, o mesmo não se pode dizer do poder de editar normas, sem o qual deixam de ser reguladores para serem apenas adjudicatários.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2002. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Forense, Rio de Janeiro, p. 316.

## Capítulo I – Aspectos gerais sobre as Autoridades Reguladoras Independentes

### 1. Do liberalismo à regulação: um breve relato histórico.

#### 1.1. O Estado Liberal

A Revolução Francesa dos finais do século XVIII e os seus três conhecidos pilares (“*liberdade, igualdade e fraternidade*”) acenderam um sentimento de liberdade da opressão tirana dos monarcas centralizadores e dominadores da época e fez aparecer a figura do Estado Liberal, defendida como o precursor do Estado de Direito<sup>5</sup>.

Neste contexto libertador, o povo, sobretudo os burgueses, aspirava exercer o papel principal dentro da sociedade para construir um novo modelo de Estado que, além de livre do absolutismo Real, pudesse ser mais justo e igualitário. Mesmo com dificuldades em romper definitivamente com a ideia opressora do exercício de poder de um individualizado em detrimento de outros pluralizados<sup>6</sup>, a verdade é que o sentimento de liberdade de ação encurtava o caminho até ao bem-estar e ao progresso social e económico.

Para VITAL MOREIRA, essa época foi marcada por um regime de liberdade económica e de empresa, onde o Estado, marcado pelo princípio da não-intervenção, reduziu o seu papel de “polícia” económica<sup>7</sup>, característica da doutrina do *laissez-faire*, ou seja, a redução da intervenção pública para proteger o indivíduo e a propriedade.

É importante registrar que, ao passo que se defendia a liberdade de ação, essa liberdade não era irrestrita. Havia resquícios de um imperialismo, só que agora não mais do poder político sobre o cidadão, mas da lei sobre todos. Como bem observa MARISA APOLINÁRIO<sup>8</sup>, “para os liberais nenhum Homem pode considerar-se acima da lei”. Concretiza-se, assim, o Princípio

---

<sup>5</sup> É neste período que aparecem a separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário) e o princípio da legalidade como pressupostos políticos fundamentais do Estado Liberal, bem como a defesa dos direitos individuais dos cidadãos contra excessos de poder. Para MARIA JOÃO ESTORNINHO, é no Estado Liberal que “se afirma a necessidade de limitar o poder político, quer através da sua divisão e repartição por vários órgãos, quer através da redução ao mínimo das tarefas por ele desempenhadas.” *In A fuga para o direito privado*. 1999. Coleção Teses, Almedina, Coimbra, p. 30.

<sup>6</sup> Neste sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA defendendo a dualidade teórica do Estado Liberal que apresenta duas vertentes, uma liberal, através da separação de poderes, e uma autoritária, “que se realiza ao nível do poder administrativo, mediante a criação de um ‘estatuto especial’ (de actuação e controlo) para a Administração.” *in Em busca do acto administrativo perdido*. 1998. Almedina, Coimbra, p. 38.

<sup>7</sup> MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico*. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, p. 224.

<sup>8</sup> APOLINÁRIO, Marisa, 2016. *O Estado Regulador: o novo papel do Estado*, Teses, Almedina, p. 43.

da Legalidade como o legitimador da liberdade humana e como o limitador da interferência da Administração Pública na sociedade<sup>9</sup>.

E as grandes mudanças sociais, econômicas e culturais continuaram alterando o modelo de Estado, que se viu, mais uma vez, obrigado a remodelar-se aos avanços no desenvolvimento industrial ocorrido nos finais do século XIX, e deu lugar a um novo Estado: o Social.

## **1.2. O Estado Social**

Neste estágio da “evolução estatal”, a ideia de liberdade de ação para alcançar o bem-estar pessoal cai por terra e dá lugar à intervenção do Estado para a prossecução de um bem-estar comum, promovendo a igualdade não só de cidadãos individualizados, mas de classes sociais inteiras, de modo que todos pudessem ter acesso às mesmas oportunidades culturais, sociais e econômicas. Teve início, então, a corrida contra a desigualdade social que até hoje parece não ter sido superada.

O Estado, agora chamado de social, assume o papel de “garante de condições básicas de vida a todos os cidadãos.”<sup>10</sup>. Esta época também é marcada pela intervenção econômica do Estado mediante a criação de empresas públicas, assumindo a postura de Estado-empresário e organizador da economia, e também uma atuação mais intensa nas áreas social e cultural. Por conseguinte, as funções da Administração Pública (AP) sofreram um sensível alargamento, já que no liberalismo exigia-se a intransigência e não-intervenção do Estado na vida do cidadão.

Com esse modelo intervencionista social, surgem os serviços essenciais à vida, sobre os quais o Estado estava responsável por organizar e fazer funcionar. Citam-se como exemplo, os serviços de água, energia, saneamento básico, transporte coletivo, etc. O dever de gestão desses serviços era de exclusividade pública.

Note-se que o Estado passou a estar inserido no ponto central da sociedade, o que outrora não acontecia por imposição do individualismo liberal, revestindo-se da função de Estado-prestador.

Ocorre que o crescimento econômico e os avanços tecnológicos modificaram os critérios de exigências dos cidadãos, e, então, começou a crise do modelo social de Estado-

---

<sup>9</sup> Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João. 1999. *A fuga para o direito privado*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, p. 32.

<sup>10</sup> MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência. A Regulação do Sector Elétrico*. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, p. 225.

prestador. Colocou-se em causa a capacidade do Estado em coordenar suas múltiplas tarefas, em controlar a economia e em suprir os interesses sociais. Com isso, aflorou o desejo de se encontrar novas alternativas para superar o falecimento do Estado Social.

### **1.3. O Estado Regulador**

Do que até aqui foi exposto, pode inferir-se a capacidade de mutação do Estado. Todas essas alterações foram reflexos da mudança das necessidades da sociedade, que ora se revelam essenciais ora se relevam menos essenciais. E esse movimento mutante não é um ciclo que se encerra. Faz parte da evolução da humanidade. E o Estado tem de se mostrar capaz de acompanhar essa evolução.

Nos embalos das novas carências da sociedade, o Estado tem vestido, nos últimos anos, uma roupagem um pouco diferente. Com o advento do “novo século”, o XXI, o quadro econômico-social-cultural ganhou força suplementar e provocou uma redefinição das tarefas do Estado. A transferência para privados de tarefas públicas, a privatização das empresas públicas, a liberalização de setores exclusivistas (ou público ou privado), são apenas alguns dos fatores que reduziram a prerrogativa de exclusividade do Estado.

“O papel do Estado passa a ser essencialmente o de regulador da economia privada.”<sup>11</sup>. Quer isto dizer que, com a ascensão da iniciativa privada sobre a pública, surge também a necessidade de se estabelecer regras de conduta, sobretudo de fomento à concorrência, para manter o equilíbrio no mercado e assegurar o respeito pelos direitos dos particulares. Desta forma, os privados operam, e o Estado regula.

Para PEDRO GONÇALVES<sup>12</sup>, esse novo modelo de garantia “não coloca o Estado no papel de se comportar como uma máquina de prestações, de fornecimento de serviços e de produtor de bens.”. Ao contrário, cabe ao Estado garantir que as empresas, outrora públicas e, agora, em sua maioria, privadas, atuem em conformidade com os interesses públicos previamente definidos. Ainda segundo os ensinamentos deste douto Professor, este novo modelo de Estado “traduz o resultado de uma interacção e de uma partilha otimizada de tarefas e responsabilidades”<sup>13</sup> entre o Estado e a Sociedade (Mercado).

---

<sup>11</sup> MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico*. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, p. 225.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. 2010. *Estado de garantia e mercado*. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII, p. 103.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, 2010. *Estado de garantia e mercado*. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII, Página 102.

A regulação exterioriza-se através de diversas formas e a mais moderna delas é a feita por agências de caráter independente, nos moldes das “comissões reguladoras independentes” norte-americanas.

## **2. Regulação: a forma moderna de intervenção do Estado**

### **2.1. Conceito**

Para qualificar as entidades da AP incumbidas da execução de atividades regulatórias, é imperioso conhecer o conceito de regulação<sup>14</sup>, uma vez que este se configura como o produto do trabalho das ARI. Apesar de ser um instituto proveniente da economia, a regulação tem aparecido no mundo jurídico para acompanhar o percurso da evolução do modelo de Estado, representando um acumulado de novas características e poderes/deveres a serem por ele adotados.

Para os anglo-saxões, o conceito de regulação engloba toda atividade do Estado que pressupõe uma intervenção na atividade econômica e social, independentemente dos instrumentos utilizados. Este conceito, considerado amplo, foi concebido no período posterior à segunda Guerra Mundial e põe o Estado como produtor direto de bens e serviços<sup>15</sup>. Em contrapartida, nos Estados Unidos, o conceito de regulação assume contornos mais restritos e privilegia a atuação de certos entes públicos, como as agências ou entidades administrativas criadas para regular, tendo como principal atribuição a de assegurar determinados comportamentos da iniciativa privada.

Sendo mais ou menos amplo, a ideia de regulação remete à restrição de comportamentos para prevenir a ocorrência de atividades indesejáveis<sup>16</sup>, enquadrando-se a “um sistema económico baseado na livre formação de preços e na descentralização do processo de decisão económico.”<sup>17</sup>. Pode-se dizer que se trata de uma influência pública deliberada sobre certas

---

<sup>14</sup> Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “o conceito de regulação, (...), longe de possuir interesse meramente acadêmico, é imprescindível para que seja definida a competência das múltiplos órgãos e entidades públicas que, por força de sua própria denominação, exercem a função reguladora. *In Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Económico*. 2009. Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 19.

<sup>15</sup> Segundo RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO, este conceito é “impróprio” e coloca o Estado como o proprietário dos ativos e das empresas públicas. Ainda de acordo com a Autora, este modelo “constitui a principal forma de regulação da Europa...”. *In Constituição, Lei e Regulação dos media*. 2016. Almedina, Coimbra, p. 31.

<sup>16</sup> VITAL MOREIRA defende que a regulação tem “como principal objectivo a proteção dos consumidores/utentes e está ao serviço da economia, da confiança dos mercados financeiros e das empresas em geral, da construção do mercado único europeu e da defesa do ambiente, vigiando o cumprimento das ‘obrigações de serviço público’.” *Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa”* in *Revista de Direito Público da Economia*. 2003. Editora Fórum, Belo Horizonte, p. 257.

<sup>17</sup> AMORIM, João Pacheco de. 2014. *Direito Administrativo da Economia*. Almedina, Coimbra, p. 252.

atividades com o intuito de coibir práticas nocivas ao mercado e à concorrência. Assim, os operadores do mercado, entendidos como aqueles que produzem bens e serviços a serem usufruídos pelos consumidores/utentes, devem ser orientados e tolhidos por imposição de preceitos constitucionais regulatórios suficientemente inibidores de condutas abusivas que prejudiquem seus usuários/beneficiários<sup>18</sup>.

A regulação, portanto, pressupõe um sistema de economia de mercado e de livre concorrência capaz de prevenir e de corrigir suas falhas de funcionamento e, tendo por consequência, a maximização da eficiência deste sistema, sempre baseada num conjunto de regras que garantam o seu perfeito funcionamento, evitando que monopólios privados sobrepujem os “extintos” monopólios públicos. Daí a importância do trabalho das entidades administrativas, nomeadamente as ARI, cujas decisões regulatórias referem-se à implementação administrativa de diretivas e de regras baseadas no conhecimento das especificidades e sensibilidades do setor regulado<sup>19</sup>.

## **2.2. As fontes de inspiração norte-americana, britânica, alemã, francesas e a experiência brasileira.**

O modelo organizatório onde estão inseridas as ARI não é exclusividade de apenas um determinado ordenamento jurídico. Não obstante o berço histórico dessas entidades seja os Estados Unidos, outros países adotaram essa forma de regulação, o que demonstra a transformação das estruturas estatais de executivas para, agora, assumirem as responsabilidades de garantia. Este modelo está em voga inclusivamente no âmbito da União Europeia<sup>20</sup>.

### **2.2.1. Os norte-americanos.**

A evolução do quadro regulatório nos Estados Unidos ofereceu impacto decisivo no modelo de regulação europeu. Lá chamadas de *Independent Agencies* ou *Independent regulatory agencies*, as entidades reguladoras independentes são autônomas e altamente

---

<sup>18</sup> CASTRO, Raquel Alexandra Brízida. 2016. *Constituição, Lei e Regulação dos media*. Almedina, Coimbra, p. 34. Segundo esta autora, em um modelo democrático de Estado no qual a maioria dos países está inserida, observa-se que há ligação direta com “(...) uma teoria da regulação baseada no interesse público, entendido como valor cívico e político de uma ordem constitucional que impede a prevalência do mercado.”

<sup>19</sup> Como sustenta JOÃO PACHECO DE AMORIM, mesmo que seja um processo lento e, muitas vezes, complexo de se desenrolar, o princípio da boa administração ou eficiência passa a ocupar um lugar de destaque, cujo objetivo principal é o de “garantir e estruturar o funcionamento do setor regulado”. in *Direito Administrativo da Economia*. 2014. Almedina, Coimbra, p. 253.

<sup>20</sup> A forma de administração integrada que une a Administração Pública dos Estados-Membros e a Administração Pública Europeia proposto pela União e aceite pelos Estados pressupõe a participação conjunta entre os sujeitos nacionais e supranacionais para atingir os fins comunitários. Nesta esteira de cooperação em rede, “as agências europeias constituem uma das formas de administração mista”. Sobre o assunto, vide SILVA, João Nuno Calvão da. 2017. *Agências de Regulação da União Europeia*. Gestlegal, Coimbra, pp. 48 e seguintes.

descentralizadas. Aliás, é este distanciamento do Governo Central que as diferem de outras entidades, como as *executive agency*<sup>21</sup>, que, apesar de possuírem autonomia funcional, estão vinculadas à Administração Central e, portanto, sujeitas à supervisão e à orientação do Presidente e dos Ministros de Estado responsáveis pelo setor da respectiva atividade estatal.

Devido à predominância da postura liberal<sup>22</sup> norte-americana, a criação de agências independentes para regular atividades econômicas e/ou de utilidade pública não era uma necessidade real. Como as autoridades públicas não assumiam o papel de equilibrar o cenário socioeconómico, a própria sociedade, representada pelos indivíduos, é que se incumbia desta função.

A necessidade de frear os excessos e os danos causados por esta interferência social obrigou o Poder Público norte-americano a criar as *independent regulatory agencies* para “conter os efeitos nefastos derivados da livre concorrência”<sup>23</sup>.

O setor ferroviário foi o primeiro a demonstrar sinais de necessidade regulatória, pois os monopólios criados pela livre competição operavam com planos tarifários discriminatórios que sobrecarregavam os produtores e empresários rurais. Assim, entre os anos 70 e 80 do Século XIX, as primeiras comissões regulatórias foram instituídas com amplos poderes regulamentares e competências consultivas. Em 1887, a primeira entidade reguladora interfederal foi criada com a aprovação da *Interstate Commerce Act* pelo Governo Federal<sup>24</sup>.

Com a crise de 1929, os norte-americanos viram-se obrigados a criar um acordo, o chamado *New Deal*, que propunha medidas de intervenção direta do Estado na economia, contrariando a postura liberal. A partir de então, a intervenção do Estado foi instrumentalizada através de agências reguladoras<sup>25</sup>, com estrutura colegiada e membros nomeados pelo chefe do

---

<sup>21</sup> “São as entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria, criadas por lei com a atribuição de gerenciar e conduzir, de forma especializada e destacada da Administração Central, um programa ou uma missão governamental específica.” Definição de GOMES, Joaquim B. Barbosa. 2006. *Agências Reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia*, in *Agências Reguladoras e Democracia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, coordenador GUSTAVO BINENBOJM, p. 25.

<sup>22</sup> Neste sentido, FUKUYAMA, citado por JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, afirma que nos EUA “a perspectiva liberal lockiana do Estado não reconhece nenhum interesse público para além da soma dos interesses dos indivíduos que constituem uma sociedade. O Estado é servo das pessoas.”. *Agências de Regulação da União Europeia*. 2017. Gestlegal, Coimbra, p. 549.

<sup>23</sup> SILVA, João Nuno Calvão da. 2017. *Agências de Regulação da União Europeia*. Gestlegal, Coimbra, p. 550.

<sup>24</sup> “Tradicionalmente apontada como a primeira agência reguladora independente do mundo, a *Interstate Commerce Commission* apenas em 1889 se autonomizou do poder executivo (do *Federal Department of Interior*)...”. SILVA, João Nuno Calvão da. 2017. *Agências de Regulação da União Europeia*. Gestlegal, Coimbra, p. 551.

<sup>25</sup> CONRADO HÜBNER MENDES citado por JOAQUIM BARBOSA destaca o *New Deal* como a segunda fase na trajetória das agências reguladoras onde, em 1930 e 1945, “a economia norte-americana, abalada por uma forte

Executivo, após a aprovação do Senado, para cumprirem mandato fixo e regulamentar o setor de atividade governamental atribuído por lei.

Esse foi o pontapé inicial para que as *independent agencies* se espalhassem pelos diversos setores da sociedade norte-americana, todas dotadas de alto grau de independência e acumulando funções legislativa, executivas e judiciais. Esse modelo de regulação sofreu duras críticas. Exigia-se uma maior autoridade do Governo Central e do Congresso sobre essas agências.

### 2.2.2. Os britânicos

A Inglaterra foi o primeiro país europeu a adotar organismos públicos com autonomia elevada. Os *Quasi Autonomous Governmental Organizations*, mais conhecidos como *quangos*, proliferaram-se logo após a Segunda Guerra Mundial, e foram definidos como “todo ente (body) que administra recursos públicos para desempenhar tarefa pública (public task), mas com algum grau de independência relativamente aos representantes eleitos.”<sup>26</sup>. Assumiam uma heterogeneidade de tipos, quer quanto às funções que exerciam quer quanto ao espaço geográfico onde atuavam. Sua composição era sempre baseada na fórmula colegial e seus dirigentes eram designados pelo Ministro responsável pelo setor de atuação do *quango*.

Ocorre que, no final da década de 70, o governo Thatcher manifestou sua insatisfação por essas entidades, “reputando-as como incapazes de produzir gestão desvinculada do interesse imediato de seus administradores”<sup>27 28</sup>, e decidiu eliminar algumas que se mostravam desnecessárias. O *Next Steps Report* foi o documento elaborado por um grupo de trabalho de índole conservadora deste Governo que apontou duas alterações fundamentais ao modelo de *quangos* até então existentes<sup>29</sup>: i) “deveria adoptar-se um modelo de separação entre os serviços

---

crise, foi socorrida por uma irrupção de inúmeras agências administrativas que, como parte da política do *New Deal*, liderada pelo Presidente Roosevelt, intervieram na economia”. in *Agências Reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia*, in *Agências Reguladoras e Democracia*. 2006. Lumen Juris, Rio de Janeiro, coordenador GUSTAVO BINENBOJM, p. 29.

<sup>26</sup> Definição dada por MATTHEW V. FLINDERS citado por MARÇAL JUSTEN FILHO, in *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética, São Paulo, p. 145.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. 2002. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética, São Paulo, p. 147.

<sup>28</sup> Ainda sobre esse ponto, FERNANDA MAÇÃS reflete que “um dos perigos associados ao desenvolvimento destas entidades é precisamente o de caírem sob o controlo dos poderes económicos e sociais do sector, ficando ao serviço de agentes sociais mais poderosos, fenómeno conhecido pela captura pelos interesses regulados.”. in *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 58, 2006, p. 23.

<sup>29</sup> CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 74.



executivos e a definição de políticas” e ii) “deveria abandonar-se a ideia ilusória segundo a qual o ministro deverá ser o responsável por toda actividade exercida pelos funcionários em seu nome.”. Atreladas a essas medidas, requeria-se ainda a “devolução de poder” a entidades independentes na área de serviços executivos.

O que se sucedeu foi a criação de outros tantos *quangos*<sup>30</sup>, ora para combater os desvios cometidos pelos já existentes ora para atuarem como verdadeiras entidades com fins regulatórios, já que a privatização do setor público demonstrou a importância da permanência dessas entidades. Os novos *quangos* eram criados por “acordos de estrutura”, celebrados entre o Ministro do setor a ser regulado e o *quango*, que revestia a forma de um colegiado, com dirigentes nomeados a partir de uma lista virtual de titulares de cargos públicos elaborada pelo *Civil Service*. É importante observar que, conforme aponta JOSÉ LUCAS CARDOSO<sup>31</sup>, a esses dirigentes não eram garantidas a inamovibilidade nem a irrevogabilidade de seus respectivos mandatos.

Cabe aqui apontar que a Administração Pública britânica é um tanto quanto peculiar, caracterizada pelo policentrismo com um enorme leque de formas institucionais, cada um dotado de uma variedade de propósitos e atribuições, o que não propicia uma conceituação homogênea dessas entidades<sup>32</sup>.

### 2.2.3. Os alemães

No direito alemão, o fenômeno das ARI não tem grande visibilidade na organização político-administrativa, sendo um dos últimos países da Europa Continental a adotar a inserção de autoridades reguladoras em seu organograma administrativo, mesmo com previsão expressa constitucional garantindo a possibilidade de sua existência.

O primeiro doutrinador a mencionar algo sobre essas entidades foi CARL SCHMITT ao reconhecer a existência de forças ocultas, sem as quais o Estado não poderia existir, que se

---

<sup>30</sup> “No âmbito desta reforma foram criados mais 92 *quangos* no início da década de 90, sendo na sua maioria serviços executivos. Por tudo isso, já se disse que, involuntária e paradoxalmente, foi MARGARET THATCHER quem mais publicitou afinal os *quangos*.” CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, pp. 74 e 75.

<sup>31</sup> CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 76.

<sup>32</sup> “Com efeito, o caráter flexível da Constituição consuetudinária do Reino Unido, o seu exacerbado parlamentarismo e a verdadeira  *fusão* (não separação) de poderes –  *fusion of powers* – existente na arquitetura político-institucional deste país, fazem com que questões como a amplitude do poder regulamentar das agências independentes e a sua independência frente ao poder central do Estado, comuns a todos os demais países que adotaram este modelo, não tenham razão de existir.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2009. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 226.

caracterizam por serem compostas de seres intelectuais altamente técnicos e por gozarem de elevado grau de independência. Assim, “estes centros autónomos de decisão assumiam carácter ‘neutro’, isto é, permaneciam ‘livres do controlo ministerial’ e, desse modo, funcionavam como contrapeso à partidocracia instalada.”<sup>33</sup>. Tem início, então, o estudo da explicação das administrações independentes, através da Teoria do Poder Neutro, pelo direito alemão.

Com a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bona e a consagração da figura dos *ministerialfreien Raums*, um conceito de Administração estadual independente, outro doutrinador alemão, FICHTMÜLLER, assumiu a posição de defensor da constitucionalidade e da permanência destas que seriam as instituições que reuniriam as funções materialmente executivas subtraídas de influência das maiorias políticas pelo legislador. A independência dessa Administração tem carácter relativo, na medida em que “se resume a um mecanismo que permite salvaguardar a colocação de matérias essenciais fora das turbulências do momento e dos caprichos das sucessivas maiorias políticas.”<sup>34</sup>.

A primeira instituição criada com características independentes foi o Banco Central alemão, o *Bundesbank*, com funções de regulamentação da circulação da moeda e das condições de crédito para salvaguardar a estabilidade monetária. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO<sup>35</sup> cita como o novo e principal órgão regulador alemão o *Bundesnetzagentur* criado para regular o mercado de telecomunicação e serviços postais.

#### 2.2.4. Os franceses

A experiência francesa não segue à risca os moldes norte-americanos. As Autoridades Administrativas Independentes (AAI), como são chamadas na França, são semelhantes, mas não idênticas às *independent agencies regulatory*.

A doutrina francesa apresenta três pontos considerados essenciais para justificar a criação dessas entidades: “oferecer à opinião pública uma garantia reforçada de imparcialidade das intervenções do Estado; permitir a participação de um maior número de pessoas de origens e competências diversas, e, notadamente, de profissionais, à regulação de uma atividade ou de

---

<sup>33</sup> CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 84.

<sup>34</sup> CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 90.

<sup>35</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2013. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 259.

um problema sensível; assegurar a eficácia da intervenção do Estado em termos de rapidez, adaptação à evolução das necessidades do mercado e de continuidade de ação.”<sup>36</sup>.

A utilização do termo “Autoridade” deve-se ao fato de disporem de competências decisórias, além de possuírem poderes de aconselhamento e proposição, o que, por si só, já eliminam desta categoria os órgãos de caráter consultivo. São autoridades “Administrativas”, primeiro, por estarem enquadradas no âmbito do Poder Executivo, mesmo que não estejam integradas na estrutura hierárquica deste Poder. Logo, conclui-se que não se trata de um quarto poder, pois não configura uma nova estrutura política organizada fora dos poderes tradicionalmente estabelecidos por *Montesquieu*. O segundo motivo que as classifica como “Administrativas” tem a ver com o fato de possuírem competências administrativas, ou seja, as de natureza similar àquelas reconhecidas ao Governo Central. Elas são responsáveis por estabelecer as “regras do jogo” para os atores socioeconômicos do setor regulado, que se formalizam com a edição de regulamentos, demonstrando a essencialidade do poder regulamentar. Já o título de “Independente” é decorrente da ausência hierárquica do Poder Executivo. Seus atos não sofrem censura de outras autoridades e estão sujeitos apenas ao controle judicial sob o prisma da legalidade<sup>37</sup>. Além do mais, seus dirigentes são nomeados em caráter irrevogável e seus mandatos têm prazo determinado.

Dentro da característica de autoridade, estão abrangidos poderes de fiscalização, sanção e regulamentação. Especificamente no poder de aplicar sanções, o Conselho Constitucional francês não aceitou o argumento de que as multas pesadas aplicadas por agências reguladoras violariam o princípio da separação de poderes, desde que não houvesse aplicação de pena com privação de liberdade, pois é atribuição do Poder Judiciário, e que os direitos e liberdades constitucionais fossem garantidos<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> DIREITO, Carlos Gustavo. 2006. *A evolução do modelo de regulação francês*, in Revista de Direito do Estado, n.º 2, ano 1, abril/junho, Editora Renovar, Rio de Janeiro, p. 194, uma tradução livre de um trecho de JACQUELINE MORAND-DEVILLER, Cours de droit administratif, 2005, p. 111.

<sup>37</sup> O Conselho Constitucional francês, “ao julgar matérias concernentes às autoridades administrativas independentes, jamais iniquinou a constitucionalidade, afirmando que a direção da Administração Central pode ser satisfeita pela possibilidade de desencadeamento dos controles jurisdicionais da legalidade.”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2009. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 243 e 244.

<sup>38</sup> Este é o entendimento do Conselho Constitucional francês que, na decisão n.º 89-260 DC, de 28 de julho de 1989, afirmou em um de seus considerandos: “Considerando que o princípio de separação dos poderes, como nenhum outro princípio ou regra de valor constitucional, não impede que uma autoridade administrativa independente, agindo com prerrogativas de supremacia (*puissance publique*), possa exercer um poder punitivo, desde que, de um lado, a sanção a ser aplicada exclua toda a privação de liberdade e, de outro lado, que o exercício do poder sancionatório seja legalmente acompanhado de medidas destinadas a salvaguardar os direitos e liberdades

### 2.2.5. Os brasileiros

No Brasil, os acontecimentos que motivaram o surgimento das Agências Reguladoras<sup>39</sup> são os mesmos da Europa. A necessidade de privatizar a prestação de serviço público<sup>40</sup>, firmada pelo sistema de concessões em meados do século de XIX, tomou proporções significativas quando capitais privados foram injetados no atendimento das necessidades coletivas essenciais, como as estradas de ferro, iluminação pública, telefone e energia elétrica.

A partir de 1979, a tendência expansionista da Administração Pública brasileira sofreu alterações e foram aprovados sucessivos programas de desburocratização, de privatização e de desestatização. O processo de modernização do Estado, regulamentado pelo Plano Nacional de Desestatização – PND (Lei n.º 9.491, de 09/09/1997), tinha, como objetivos estratégicos, reduzir o déficit público e sanear as finanças governamentais. Para tanto, foram transferidos à iniciativa privada atividades que o Estado exercia de forma dispendiosa e, muitas vezes, de forma indevida. Legitimava-se, assim, o processo de privatização das empresas públicas brasileiras<sup>41</sup>.

E, naturalmente, o afastamento do Estado de suas atividades materiais provocou a exigência de criação de órgãos incumbidos da função reguladora da atividade privada de natureza econômica. Foi dessa necessidade que a Constituição Federal do Brasil de 1988 abriu a execução dos serviços públicos aos privados, dispondo sobre a concessão e a permissão,

---

constitucionais garantidos.”. Tradução livre de GOMES, Joaquim B. Barbosa. 2006. *Agências Reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia*, in *Agências Reguladoras e Democracia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, coordenador GUSTAVO BINENBOJM, p. 57.

<sup>39</sup> O ordenamento jurídico do Brasil optou por chamar as ARI ou AAI de agências reguladoras (AR), seguindo o modelo regulatório institucional desenhado pelos norte-americanos do pós-*New Deal*. Cabe ainda ressaltar que, no Brasil, as AR foram introduzidas sob a forma de autarquia, mais precisamente de autarquias em regime especial. Isto quer dizer que a lei instituidora confere privilégios específicos e aumenta a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem que isso infrinja os preceitos constitucionais, com intuito de preservá-las das ingerências indevidas do Estado e de seus agentes, e tem o objetivo de regular a prestação por operadores privados de serviços públicos delegados à iniciativa privada. Embora a Constituição Federal brasileira não faça alusão a *agência reguladora* para autorizar a criação destas, o texto constitucional utiliza a expressão “órgão regulador”. Para maiores desenvolvimentos, *cf.* CUÉLLAR, Leila. 2001. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. Dialética, São Paulo, pp. 65 a 75.

<sup>40</sup> Entendido como aquele prestado pela AP e seus delegados, sob as normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais e secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado. MEIRELLES, Helly Lopes. 2007. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 330.

<sup>41</sup> As pessoas jurídicas de direito privado receberam os “direitos pertencentes ao Governo Federal que lhe asseguravam a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.”. Foi nesta fase que se converteu o processo de “descentralização por delegação legal, do qual resultavam as entidades da administração indireta, em descentralização por delegação negocial, já que as novas pessoas desempenhariam suas atividades através do sistema da concessão de serviços públicos.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2015. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Ed., Editora Atlas S.A, São Paulo, p. 510.

porém determinando, de forma expressa, a criação por lei de um órgão regulador<sup>42</sup>. Registre-se que sua extinção também só pode ocorrer através de lei.

Desta determinação constitucional, as primeiras Agências Reguladoras foram criadas para controlar a prestação de serviço público e do exercício da atividade econômica, impondo sua adequação aos fins e estratégias determinados pelo Governo Federal através do plano de desestatização. Tendo em vista a natureza típica de controle de suas funções, assumiram a forma de autarquias de regime especial<sup>43</sup> e, portanto, integram a Administração Indireta<sup>44</sup> do Estado.

Por serem autarquias, gozam de liberdade administrativa e “não são *subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas*”<sup>45</sup> pelas entidades instituidoras, pois gozam não só de um elevado grau de independência, estando imunes à influência política do Poder Executivo, mas também de autonomia financeira e administrativa.

Possuem poderes normativos, de fiscalização, de sanção, além de exercerem função julgadora, proveniente da competência para dirimir conflitos atribuída pela lei criadora. Tem-se admitido, inclusive, mesmo que esbarre em alguma resistência doutrinária, a composição de júízo arbitral para dirimir conflitos<sup>46</sup>.

Seus atos estão sujeitos ao controle de legalidade perante os tribunais competentes, devem prestar contas ao Tribunal de Contas sobre as verbas públicas despendidas e seus dirigentes são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, após a aprovação do Senado Federal, sendo vedada a exoneração *ad nutum*. A participação popular é garantida com instalação de

---

<sup>42</sup> Os art. 21, inciso XI, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8 de 1995, e art. 177, § 2º, inciso III, inciso incluído pela Emenda Constitucional n.º 9, de 1995, disponíveis em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), último acesso em 25/06/2017.

<sup>43</sup> No Brasil, existem as autarquias comuns e as autarquias em regime especial, estas últimas são regidas por disciplina específica e possuem prerrogativas especiais e diferenciadas, quais sejam, o poder normativo, a autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira. Sobre o assunto, CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2015. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª edição, Editora Atlas S.A, São Paulo, pp. 498 e 499. Ainda sobre o mesmo tema, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO destaca que “esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das ‘agências reguladoras’ em confronto com a generalidade das autarquias.” *Curso de Direito Administrativo*. 2008, 26ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, p. 169.

<sup>44</sup> A Administração Indireta brasileira é integrada por autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas, nos termos do Decreto-Lei n.º 200/67 que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm), último acesso em 25/06/2017.

<sup>45</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. 2008. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, p. 161. Segundo este Autor, as autarquias constituem “centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são próprios; seus negócios são próprios; seus recursos (...) e patrimônios próprios.”

<sup>46</sup> Sobre o assunto, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO cita ADILSON ABREU DALLARI, in *Agência Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2013, 3ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 339 e 340.

ouvidorias, com a realização de audiências públicas para debate e através da coleta de informações das ações regulatórias.

Para garantir o afastamento das influências do governo instituidor e das entidades privadas sobre as agências reguladoras e preservar sua independência, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm adotado a *teoria da captura*, de origem norte-americana<sup>47</sup>. O propósito defendido por esta teoria é impedir que as empresas privadas, utilizando de seus grandes poderes econômico e de influência frente ao poder político, estabeleçam vinculações promíscuas com o Governo e com a Agência, de modo que este vínculo interfira no conteúdo da regulação que viriam a sofrer, o que flagrantemente comprometeria a independência da Agência. Para este fim, os meios de controle das atividades desenvolvidas pela agência reguladora são fundamentais para garantir essa independência.

### **3. As Autoridades Reguladoras Independentes na organização administrativa**

#### **3.1. Noções Introdutórias**

Conquanto o processo de liberalização e privatização oitocentista tenha retirado o protagonismo do Estado na economia, a regulação pública assume um papel de suma importância. A função regulatória não se presta apenas a dar um novo sentido à permanência do Estado na prossecução dos interesses públicos, mas, sim, a impedir a formação de monopólios ou oligopólios privados sucedâneos das privatizações, fomentando a concorrência e adequando o funcionamento do mercado para preservar o acesso aos cidadãos de serviços essenciais com qualidade, regularidade e continuidade<sup>48</sup>, bem como estabelecer um distanciamento entre os agentes políticos e os operadores do mercado, com o intuito de oferecer estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objetividade.

Para que esta nova função estatal funcione de maneira adequada, é preciso haver uma separação, onde, de um lado, as tarefas de orientação política da economia continuam nas mãos do Governo e do Parlamento, e, do outro lado, as tarefas de regulação são confiadas a entidades

---

<sup>47</sup> Com CARVALHO FILHO, o poder judiciário brasileiro tem decidido, por exemplo, sobre a incompatibilidade de nomeação de pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias para o Conselho Consultivo de determinada agência (TRF, 5ª Região, Ap.Cível nº 342.739, Rel. Juiz FRANCISCO CAVALCANTI), o que, para o Autor, “reflete inegável avanço no que tange ao controle judicial sobre atos discricionários, que, embora formalmente legítimos, se encontram contaminados por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.”. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Ed. Editora Atlas S.A, São Paulo, pp. 511 e 512.

<sup>48</sup> Com FERNANDA MAÇÃS, “se a privatização e a liberalização determinaram, por um lado, que muitas das funções anteriormente públicas passassem a ser privadas e a desenrolar-se de acordo com um regime de liberdade e concorrência, por outro lado, verificou-se, ao mesmo tempo, uma intensificação dos poderes públicos de regulação de sectores e tarefas de controlo e de sanção.”. in *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 58, 2006, p. 21.

públicas, porém com caráter de neutralidade<sup>49</sup>. É inconcebível que uma das partes acumule essas duas funções. Caso contrário, não seria possível garantir a concorrência leal. É neste íterim que as entidades reguladoras de caráter independente<sup>50</sup> aparecem como uma alternativa viável para dividir com o Estado esse duplo papel, como forma de desgovernamentalizar a atividade reguladora. Note-se que não há uma retração de importância do Estado na vida pública. O que muda é a forma de intervenção.<sup>51</sup>

As AAI, de origem francesa, são o modelo europeu mais utilizado. Cabe salientar que, nesta figura, estão integradas outras entidades públicas independentes, porém com funções distintas da regulação, sobretudo com funções de defesa de certos direitos fundamentais, como o acesso a documentos administrativos e a regulação de meios audiovisuais, por exemplo. Desta forma, faz-se necessário delimitar o que é Administração Independente (AI) e onde as ARI portuguesas estão constitucionalmente inseridas, além de demonstrar como são criadas, apontar suas principais características, suas finalidades e seus poderes.

### **3.2. Noções de organização administrativa do Estado e de Administração Independente.**

Entende-se por organização administrativa do Estado o modo pelo qual a lei estrutura concretamente a AP de um certo país<sup>52</sup>. A lei, no caso, a Constituição da República Portuguesa (CRP), traz, em seu artigo 267, uma série de princípios organizatórios que prescrevem desde a formação e criação de órgãos e divisão de competências até a programação de suas atividades. Segundo J.J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “a positividade constitucional de alguns princípios organizatórios pressupõe a ideia de influência e conexão da organização administrativa sobre o conteúdo das decisões administrativas.”<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> MICHELA MANETTI, citada por ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO diz que, perante a multiplicação de interesses políticos e sociais antagônicos, “o ordenamento reagiu criando uma espécie de anticorpos, ou seja, alguns novos organismos que devem – em âmbitos determinados – substituir a decisão político-partidária por aquelas técnico-neutras.”. Tradução livre in *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2013, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 444.

<sup>50</sup> Para FERNANDA MAÇÃS, a independência dessas entidades passa pelo ponto de vista orgânico, onde seus titulares não podem ser destituídos pelo Governo, e pelo ponto de vista funcional, em que não estão subordinadas à ingerência governamental. in *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 58, 2006, p. 22.

<sup>51</sup> Para FERNANDA MAÇÃS, “o Estado abandona a actividade de produção direta de bens e serviços públicos (...) para intervir a regular o interesse geral, garantir a concorrência e a protecção dos interesses dos cidadãos, assumindo-se essencialmente como regular, in *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 58, 2006, p. 22.

<sup>52</sup> Definição dada por AMARAL, Diogo Freitas do. 2012. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 749.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J.J. e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 806.

Assim, uma AP constitucionalmente estruturada e organizada, além de propiciar a participação popular na sua gestão como uma das formas de garantir a legitimidade democrática de determinadas entidades apontadas como deficitárias, assegura a lisura e a transparência das decisões tomadas, evitando que estas estejam distantes dos interesses da população, bem como diminuindo a burocracia e a demora na resolução de questões dos cidadãos, nos termos do n.º 1 do citado artigo constitucional.

Na relação jurídico-administrativa estabelecida com os particulares, a AP será sempre representada por uma pessoa coletiva pública, entendida como aquela criada pela iniciativa pública – decisão pública tomada pela coletividade nacional, regional ou local –, dotada de poderes e de deveres públicos necessários para prosseguirem os interesses também públicos. A doutrina estabelece a subdivisão em três categorias: as pessoas coletivas públicas de população e território, nomeadamente, o próprio Estado, as Autarquias locais e as Regiões Autônomas; as do tipo institucional, onde se encontram os institutos públicos; e as entidades públicas empresariais e as do tipo associativo, correspondendo às associações públicas<sup>54</sup>.

De forma bem resumida, pode-se dizer que o Estado, entendido como “colectividade politicamente organizada”<sup>55</sup>, representado pelo Governo – seu órgão administrativo principal, permanente e direto<sup>56</sup> – juntamente com seus Ministérios e os órgãos e serviços de vocação geral<sup>57</sup> formam a Administração Direta. Note-se que, neste caso, a relação estabelecida entre essas estruturas é de hierarquia<sup>58</sup>. Já a Administração Indireta é formada pelos institutos públicos, as empresas públicas e as associações públicas. Os municípios, as freguesias, os distritos e as regiões autônomas integram a Administração local Autárquica. Nesta esfera, esse grupo de pessoas coletivas públicas está sujeito ao poder de superintendência do Governo<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. 2012. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 7ª ed., Almedina, Coimbra, p. 756.

<sup>55</sup> OTERO, Paulo, 1998. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, página 71. Segundo este autor, o Estado assume a estatuto de principal elemento integrante do setor público e o conjunto de órgãos e serviços públicos integrantes desta pessoa coletiva é diretamente dependente, em termos hierárquicos, do Governo. página 73.

<sup>56</sup> AMARAL, Diogo Freitas do, 1993. *Curso de Direito Administrativo*, vol.I, Almedina, Coimbra, p. 215.

<sup>57</sup> Para DIOGO FREITAS DO AMARAL, seriam os órgãos consultivos, entre eles a Procuradoria Geral da República e o Conselho Nacional do Plano, e os órgãos de controle, o Tribunal de Contas e a Inspeção Geral de Finanças e a Inspeção Geral da Administração do Território, e, ainda, os serviços de gestão administrativa e os órgãos independentes. Para maiores esclarecimentos, *cfr. Curso de Direito Administrativo*, vol.I, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 278 a 300.

<sup>58</sup> MOREIRA, Vital. 1997. *Administração Autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 105.

<sup>59</sup> Neste sentido, OTERO, Paulo. 1998. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 73.



Ocorre que, com o declínio da figura do Estado-providência e o aparecimento do Estado Regulador, surge uma outra faceta da AP, a chamada Administração Pública Independente (API). De acordo com a definição dada pelo Dicionário Jurídico da AP<sup>60</sup>, o conceito de API resume-se ao conjunto de órgãos do Estado e de pessoas coletivas públicas de carácter institucional que asseguram a prossecução de tarefas administrativas de incumbência do Estado sem estarem sujeitos aos poderes de hierarquia, de superintendência, nem de tutela dos órgãos de direção política.

Trata-se, portanto, de uma estrutura organizativa inovadora que atua com independência<sup>61</sup> em relação aos órgãos políticos do Estado para garantir o respeito ao princípio da imparcialidade<sup>62</sup> pela AP no exercício de suas tarefas e que comporta uma heterogeneidade de modelos, inclusive com formatos jurídicos diferentes, no qual as ARI também estão inseridas e são definidas pela Lei-quadro das entidades reguladoras (LQER) n.º 67/2013 como pessoas coletivas de direito público, o que detona a inserção destas entidades à estrutura organizacional do Estado.

### 3.3. Previsão constitucional

Da Teoria dos Poderes Neutrais reconstruída por FICHTMÜLLER, citado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, infere-se que “a existência de alguns entes do Estado, fora dos três poderes tradicionais, que devem ser neutralizados politicamente do ponto de vista político-eleitoral, para garantir a democracia, assegurar determinados valores e objetivos constitucionais e o bom exercício dos outros Poderes”<sup>63</sup> é fundamental para a manutenção da ordem.

Partindo dessa base dogmática, é no campo constitucional que se deve encontrar o amparo necessário para compatibilizar a criação e permanência de entidades reguladoras independentes (ERI) na estrutura organizacional administrativa. Para tanto, a CRP traz, em seu

---

<sup>60</sup> FERNANDES, José Pedro. 1990. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2ª ed., Coimbra Editora, Lisboa, página 17.

<sup>61</sup> VITAL MOREIRA destaca três elementos essenciais dessa independência: a orgânica, a funcional e a relativa aos interesses envolvidos na atividade regulada, esta última “decorre da ausência de título representativo na designação dos membros dirigentes e da forma de proceder à sua escolha, assente essencialmente em critérios que permitam a nomeação de personalidades realmente independentes dos interesses em jogo.”. *Autoridades Reguladoras Independentes, estudo e projeto de Lei-quadro*. 2003. Coimbra Editora, Coimbra, p. 28.

<sup>62</sup> Para JOSÉ LUCAS CARDOSO “é exactamente este ponto de equilíbrio entre a democracia e imparcialidade que fornece o enquadramento jurídico-constitucional para a existência de uma Administração independente como ‘sector fundamental’ da Administração Pública.”<sup>62</sup>. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, 2002. Coimbra Editora, Coimbra, p. 475.

<sup>63</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. 2004. *Há um défice democrático nas Agências Reguladoras?* in *Revista de Direito Público Económico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5, pp. 172 e 173.

artigo 267, n.º 3, o alicerce constitucional necessário para garantir legitimidade a essas entidades, na medida em que permite à lei a criação de entidades administrativas independentes (EAI), demonstrando “manifesta abertura para esquemas não hierárquicos de regulação e actuação”<sup>64</sup>.

O principal objetivo da estruturação constitucional da AP é “tornar estas estruturas em esquemas de organização propiciadores de *funções de direcção pública* informados pelos princípios materiais constitucionais (princípio do Estado de direito, princípio democrático, princípio da descentralização, princípio da participação)”<sup>65</sup>. Daí decorre a importância da inserção das EAI no elenco de unidades administrativas da AP.

É importante mencionar que esta disposição constitucional não se revela uma “carta em branco” para que o legislador crie, deliberadamente e sem critérios, entidades independentes para a prossecução de um fim qualquer. Ao contrário, e segundo os ensinamentos de JOSÉ LUCAS CARDOSO<sup>66</sup>, o legislador ordinário está formalmente habilitado a criar EAI sempre que “identificar, no mesmo texto constitucional, um fundamento de ordem material legitimador dessa opção político-legislativa e sempre que for esse, objectivamente, o modelo organizatório mais adequado à função a desempenhar, ao objectivo a prosseguir e ao sector em que se destina a actuar.”.

A par da inserção constitucional das EAI na estrutura administrativa portuguesa, que, *a priori*, resolveria possíveis dúvidas relacionadas com a legitimidade constitucional levantadas por algumas doutrinas, outra questão que se coloca tem a ver com o défice de legitimidade democrática decorrente de seu carácter independente<sup>67</sup>, já que escapariam ao controle político comum em um Estado Democrático. Rebatendo esse argumento, LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>68</sup> elenca, de forma sucinta e precisa, alguns aspectos que seriam capazes de

---

<sup>64</sup> CANOTILHO, J.J., e MOREIRA, Vital. 2014. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 808.

<sup>65</sup> Para CANOTILHO E MOREIRA, “a ‘organização’, a ‘estrutura da administração’ não é um esquema ‘cego’ ou ‘neuro’ no plano dos princípios materiais constitutivos. Isto justifica que a estrutura da Administração deixe de ser um esquema de opacidade e de intransparência para passar a desempenhar uma importante *função* democrática, ou seja, uma estrutura que, entre outras coisas, serve para a realização do princípio democrático.” *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2014. 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 807.

<sup>66</sup> CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 447.

<sup>67</sup> Bem como de outras características, nomeadamente, a não-eletividade de seus dirigentes, a natureza técnica das funções desempenhadas e sua autonomia em relação aos Poderes tradicionais.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. 2006. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. in *Agências Reguladoras e Democracia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, coordenador GUSTAVO BINENBOJM, p. 85.

neutralizar as consequências causadas por esse déficit. São eles: “o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir as agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal relativamente às decisões das agências.”.

Como se vê, não há fuga ao controle das instituições democráticas. Contudo, trata-se de um ponto sensível e merece aprofundamento.

### **3.3.1. O déficit democrático: legitimidade democrática tradicional *versus* legitimidade procedimental.**

A expressão *défice democrático* é utilizada para qualificar a insuficiência de “democracia”, ou seja, pela ausência da participação popular direta na atuação das ARI. Porém, é imperioso observar que a ideia de democracia não se restringe apenas à eletividade pela vontade popular, mas vai além e exige que as decisões expedidas pelos eleitos sejam o reflexo dos interesses dos componentes da organização sociopolítica – os cidadãos, grupos de interesse e operadores econômicos –, com a devida e efetiva participação destes no processo de tomada de decisões, e devem obediência às instituições fundamentais da democracia e respeito à ordem ética. Note-se que se a legitimação democrática for reduzida à eleição popular, o conceito de democracia tornar-se-á insuficiente e inadequado<sup>69</sup>.

Neste sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que “não há déficit democrático na instituição estatal constituída sem participação direta do povo quando a função consista precisamente em neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização dos valores e princípios constitucionais.”<sup>70</sup>, refutando a ideia de que há déficit democrático em uma instituição estatal pelo simples fato de a investidura de seus membros não se realizar por meio do sufrágio universal.

Ora, a criação das entidades reguladoras só faz sentido se for para cumprir fielmente os valores e princípios constitucionais de preservação e de conservação do interesse público, bem

---

<sup>69</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO cita JACQUES CHEVALLIER, em tradução livre, ao afirmar que “a democracia não se reduzirá nunca apenas aos processos eletivos; ela supõe ainda o respeito ao pluralismo, a garantia dos direitos e liberdades, o debate sobre as escolhas eletivas... Em outras palavras, a legitimidade dos representantes depende de sua conformidade com certas exigências de ordem ética.”. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “Regulação Independente”?* in O poder normativo das Agências Reguladoras, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 233.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. 2011. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “Regulação Independente”?* in O poder normativo das Agências Reguladoras, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 232.

como o de manter o equilíbrio e a leal concorrência nas atividades econômicas. Por este motivo, a concepção de autoridades reguladoras como organismos técnicos, e não políticos, visa, principalmente, afastar a influência política nas tomadas de decisão<sup>71</sup> para que possam atuar de forma eficaz e cumpram os fins para os quais foram legalmente instituídas. Essa é a essencialidade das ARI e, não, a forma como seus membros são investidos.

Assim, pode-se afirmar que “uma organização estatal democrática exige e pressupõe instituições cuja composição e funcionamento escape do princípio da eletividade.”<sup>72</sup>. Esta afirmação, somada aos aspectos mencionados por LUIS BARROSO acima referidos, ajudam a concluir que a ausência de eletividade na composição orgânica das ARI não deve ser encarada como um entrave na manutenção e permanência dessas entidades no seio da sociedade, desde que seja garantida a adoção de medidas que permitam a participação popular no procedimento regulatório como um todo.

Porém, em um Estado democrático de direito, acarretar legitimação a qualquer entidade não é tarefa simples. E, aceitando que o aparecimento das EAI no panorama das Administrações modernas representa uma modificação brutal nas funções do Estado, é imprescindível solucionar as dúvidas que se levantam sobre sua legitimidade. Para tanto, a doutrina defende a legitimação pelo procedimento, “sustentando-se que a *natureza* da legitimidade inerente às agências se fundaria não na sua vinculação à vontade popular, mas no modo pelo qual exercitariam seus poderes.”<sup>73</sup>.

Para VITAL MOREIRA<sup>74</sup> “as ideias de ‘democracia procedimental’ exigem neste campo uma operacionalização e aprofundamento de alguns princípios do procedimento administrativo” como instrumento fundamental na legitimação e eficácia das providências

---

<sup>71</sup> MARÇAL é categórico ao afirma que “a instituição de agências independentes derivou da constatação de que a atribuição de certas competências de natureza normativa e executiva a órgãos providos por via eleitoral gerava risco de sacrifício de valores fundamentais. A necessidade de manter o prestígio perante o eleitorado gera a potencialidade da adoção de decisões inadequadas – não porque incompatíveis com a vontade da maioria, mas porque aptas a destruir valores, princípios e interesses tutelados pela ordem jurídica.” *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “Regulação Independente”?* in O poder normativo das Agências Reguladoras. 2011, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 233 e 234.

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. 2011. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “Regulação Independente”?* in O poder normativo das Agências Reguladoras, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 235.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. 2011. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “Regulação Independente”?* in O poder normativo das Agências Reguladoras, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 228.

<sup>74</sup> MOREIRA, Vital, 2004. *A nova entidade reguladora da saúde em Portugal*, in Revista de Direito Público Econômico, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5, página 137.

regulatórias. E isto tem a ver, sobretudo, com a participação dos interessados na atuação das ARI<sup>75</sup>.

Assim, no procedimento de elaboração de regulamentos ao qual é dada a devida publicidade, a interação popular se materializa com a entrega de observações e sugestões sobre o assunto a ser regulamentado. É uma forma de garantir a participação indireta da sociedade sobre o conteúdo de diplomas normativos, criando-se “formas de representação alternativas à político-eleitoral.”<sup>76</sup>. Com isso, eleva-se o nível de excelência das decisões tomadas pela autoridade administrativa, pois possibilita uma aproximação aos reais problemas vivenciados pelos particulares, e abrem-se os horizontes, tornando-os mais abrangentes sobre as possíveis soluções. Uma decisão tomada com base em apenas uma opinião não é mais robusta que uma tomada tendo como referência as ideias e propostas de uma rede de interessados.

Do exposto, percebe-se que as ARI devem legitimar-se como ambientes públicos de discussão e resolução de conflitos de interesses, e esta deve ser uma ação prática presente no cotidiano de suas atuações como ente regulador. O consumidor/utente, o maior interessado na atuação efetiva e eficaz das entidades reguladoras, deve se sentir à vontade para apresentar suas propostas, sabendo que será minimamente ouvido e levado em consideração. Este cenário de conexão livre e despolitizada entre a autoridade reguladora e o administrado interessado como meio moderno de participação procedimental<sup>77</sup> é a alternativa viável para amenizar o tal déficit democrático que sobre elas recai.

Ultrapassadas as questões de legitimidades, não se pode omitir outro ponto de grande controvérsia entre os doutrinadores, que está ligado à independência orgânica e funcional das

---

<sup>75</sup> Para VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, são elementos fundamentais da legitimação procedimental a “transparência e visibilidade da sua actuação, e na capacidade de assegurar a informação e a participação dos interessados, o que exige a procedimentalização das suas decisões.” *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto da Lei-Quadro*. Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 47.

<sup>76</sup> CUÉLLAR, Leila. 2001. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, São Paulo, p. 135.

<sup>77</sup> “Note-se que estas exigências procedimentais, longe de serem meras formalidades, constituem requisito de validade dos atos e normas a serem editadas.”. O autor referindo-se aos mecanismos de participação popular conferidos pela legislação às Agências Reguladoras brasileiras que incluem a realização de consultas e/ou audiências públicas prévias à tomada de decisão, inclusive na edição de normas/regulamentos administrativos. ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2009. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 440. Sobre o mesmo assunto, e tratando especificamente da Entidade Reguladora da Saúde, VITAL MOREIRA cita alguns requisitos que o artigo 35º do Decreto-Lei n.º 309/2003 de 10 de dezembro estabelece para o procedimento de elaboração de regulamentos, tais como, a “publicidade dos projectos de regulamento”, o “período de recepção de observações ou sugestões por parte dos interessados”, e a “fundamentação das opções tomadas pela entidade reguladora face às observações recebidas”. *in A nova entidade reguladora da saúde em Portugal*, in Revista de Direito Público Econômico, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5, p. 137.

ARI, o que, supostamente, propiciaria a fuga ao controle ministerial da atividade administrativa, já que orbitam fora da esfera governamental. Nas linhas que se seguem, este imbróglio será esmiuçado.

### 3.3.2. O “*accountability*”

A independência é a principal característica que reveste as entidades atuantes no atual formato regulatório. O “poder isolado” atribuído pelos críticos deste modelo afastaria o procedimento democrático de controle, uma vez que as entidades são dirigidas e operadas por um corpo altamente técnico e equidistante das batalhas e das influências políticas que cada fração da sociedade enfrenta.

Para amenizar os indigestos problemas relacionados a essa suposta ausência de controle, a doutrina tem defendido alguns mecanismos de “*accountability*” que vão desde a prestação de contas nas comissões parlamentares competentes até o controle social.

Em que pese a independência de que gozam, as ARI sofrem uma espécie de “controle político mitigado”. Isso acontece quando o Governo define e aprova os estatutos das entidades reguladoras após a realização de estudo prévio sobre a necessidade e o interesse público em sua criação, onde estarão delineados, por exemplo, as competências, os critérios de nomeação de dirigentes, as missões e atribuições, os poderes, e os demais elementos previstos no n.º 3 do artigo 7º da LQER, devendo respeitar os princípios orientadores da política aplicável ao setor regulado fixados pelo Governo<sup>78</sup>.

Seguindo a marcha dos limites, as ARI estão sujeitas ao império da legalidade, o que, desde logo, subordina a sua autonomia aos “limites da lei aprovada pelo Congresso que pode sempre redefinir o poder da agência ou determinar a respectiva extinção”<sup>79</sup>, já que estas entidades podem ser extintas pela entidade que as criou. Esta submissão é decorrência lógica do Princípio da Legalidade. Ademais, seus atos estão sujeitos ao controle jurisdicional e, por isso, podem ser contenciosamente impugnados junto dos tribunais, onde será verificada se há conformidade com o princípio da moralidade administrativa e com a finalidade pública.

---

<sup>78</sup> No Brasil, para além desse controle “prévio”, existe o que a doutrina chama de “contrato de gestão” celebrado entre o Poder Executivo e a entidade reguladora, contendo as diretrizes políticas de sua atuação, e tornando-se um importante instrumento de controle e de avaliação de desempenho dos dirigentes. Sobre o assunto, *cf.* AMARAL, Alexandra da Silva. 2008. *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 79.

<sup>79</sup> MORAIS, Carlos de. 2012. *O estudo híbrido das entidades reguladoras da economia*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, p. 195.

Outra forma de exercer controle sobre as ARI persiste na possibilidade de serem chamadas pela comissão parlamentar competente a prestar contas de suas atuações, nos termos do artigo 38º da LQER. Uma vez que exercem função administrativa e desfrutam de verbas públicas, devem prestar contas de sua atividade anualmente, estando sujeitas ao controle orçamental e financeiro do Tribunal de Contas, e também das instâncias de controlo financeiro do Governo<sup>80</sup>.

Não menos importante, mas de total relevância para a regulação, está o controle social feito através da participação da sociedade<sup>81</sup> na atividade cotidiana das ARI. Este controle vincula-se à ideia de democracia de transparência no exercício do poder, prevenindo arbitrariedades. Dar publicidade aos procedimentos, com discussão pública dos projetos de regulamento, e às suas decisões também é uma forma de garantir este controle social.

### **3.4. Criação, principais características e finalidade.**

Segundo determinação constitucional já mencionada, as EAI devem ser criadas por lei. Para estabelecer os princípios e regras gerais de criação, organização e funcionamento dessas entidades foi editada a Lei n.º 67/2013, chamada de Lei-quadro das entidades reguladoras (LQER) em Portugal<sup>82</sup>. Esta Lei, para além de reconhecer as entidades reguladoras já existentes à época de sua edição, determina a adequação de seus estatutos às novas regras e permite, ou pelo menos não proíbe, a criação de novas entidades, desde que cumpram o disposto na LQER.

Logo à partida, a LQER identifica as ARI como pessoas coletivas de direito público, dispõe sobre a sua isenção parcial dos poderes de direção e de supervisão do Governo<sup>83</sup> e define suas autonomias administrativa e financeira.

---

<sup>80</sup> Cfr. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. 2003. *Autoridade Reguladoras Independentes, estudo e projecto de Lei-Quadro*. Coimbra Editora, pp. 37 e 38, onde também destacam a valorização do “controlo resultante das formas de publicidade a que as AAI estejam obrigadas, quer quanto aos seus procedimentos (procedimento regulamentar sobretudo, com discussão pública das projectos de regulamento, antes da sua aprovação final), quer quanto às suas decisões e aos seus relatórios de actividade.”

<sup>81</sup> “a participação procedimental atrás referida constitui obviamente um meio adicional de ‘accountability’ e de legitimação deste organismo (“legitimação pelo procedimento”)”, MOREIRA, Vital. *A nova entidade reguladora da saúde em Portugal*, in Revista de Direito Público Económico, Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5, p. 139.

<sup>82</sup> No Brasil, não há uma lei-quadro das agências. Porém, cada AR possui sua lei criadora, como por exemplo, a Lei n.º 9.427/96, criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; a Lei n.º 9.472/97, criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; e assim por diante.

<sup>83</sup> Com RUI MACHETE, o papel dessas entidades “representa um modo de prossecução do interesse público diferente da realizada pelas autoridade públicas tradicionais dependentes do executivo”, *O Direito Administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI*, in Estudos de Direito Público, 2004. Coimbra Editora, Coimbra, p. 288.

Para o cumprimento de suas funções, gozam de uma ampla margem de discricionariedade, possuem um elevado nível de especialização técnica e dispõem de alguns poderes para viabilizar uma atuação efetiva, como por exemplo, os normativos, o sancionatório, o de fiscalização, entre outros.

Uma outra característica marcante é o seu funcionamento como “amiga do mercado”<sup>84</sup>, pois fomentam a concorrência leal entre os operadores e estabelecem um tipo de regulação voltada à proteção do interesse geral<sup>85</sup> e dos interesses dos utentes.

A neutralidade política de gestão é uma outra característica muito peculiar das ARI. Isso quer dizer que suas decisões são tomadas por critérios estritamente técnicos, isentos de qualquer valoração política, o que torna o exercício de suas funções uma luta isenta de contaminações político-partidárias. Seus agentes não estão condicionados a agir conforme uma determinação política, mas, sim, de acordo com a tecnicidade exigida pela área de regulação correspondente, funcionando, inclusive, como apoio técnico e consultivo à Assembleia da República (AR), tudo isso para assegurar o mais elevado grau de eficiência na satisfação das necessidades públicas<sup>86</sup>, conforme o Princípio da Especialidade previsto no artigo 12º da LQER.

A independência, característica essencial para distinguir as ARI das demais estruturas administrativas, assume algumas vertentes. A orgânica caracteriza-se pelo modo de composição e designação dos titulares de seus órgãos, pelo mandato fixo, pelo regime de incompatibilidades e pela irremovibilidade de seus membros. Cabe aqui destacar o pluralismo na composição de seus órgãos colegiais, criando um ambiente favorável ao debate de ideias e conhecimentos variados, já que seus membros são recrutados pelo seu mérito e aptidão técnico-profissional e,

---

<sup>84</sup> Expressão usada por VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS quando descrevem as grandes mudanças no paradigma regulatório, colocando de lado a “passagem de uma regulação hostil ao mercado para uma regulação constitutiva e fomentadora do mercado (...), mediante a liberalização e o fomentos da concorrência”. *Autoridade Reguladoras Independentes, estudo e projecto de Lei-Quadro*, 2003, Coimbra Editora, Coimbra, p. 10.

<sup>85</sup> Cabe ressaltar que a regulação não está adstrita apenas ao mercado financeiro, mas abrange, principalmente, setores sensíveis da sociedade, como as águas e os resíduos (esgotos e lixo), a energia (eletricidade e gás natural), as telecomunicações e os serviços postais, os transportes (férreos e aéreos), por exemplo. MOREIRA, Vital. 2004. *A nova entidade reguladora da saúde em Portugal*, in *Revista de Direito Público Económico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5, p. 115. Ainda sobre o assunto o artigo 3º da Lei n.º 67/2013, lei-quadro das entidades reguladoras, as atribuições das EAI são a regulação da atividade económica, a defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção da defesa dos setores privado, público, cooperativo e social.

<sup>86</sup> “a Administração especializada determina uma deslocação do centro decisório administrativo para as estruturas tecno-burocráticas, as quais procuram assegurar a eficiência inerente a um Estado de bem-estar.” OTERO, Paulo. 1992 *Conceito e Fundamento da Hieraquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 287 e 288.



em geral, no “exterior à Administração.”<sup>87</sup>. Frisa-se que a estabilidade dos titulares é garantida pela irrevogabilidade do mandato e a pela proibição de serem removidos discricionariamente.

Quanto à vertente funcional, pode-se dizer que suas decisões não podem ser modificadas pelo Governo. Ou seja, suas atividades desenvolvem-se sem sujeição a quaisquer ordens, instrução, controle ou censura do Governo ou qualquer outra autoridade, estando a salvo, contudo, o controle judicial. Neste caso, destaca-se o necessário distanciamento das entidades a serem reguladas para evitar a influência daqueles que detém poderes econômicos e sociais do setor sobre a atividade das ARI.

Verifica-se, portanto, que a realidade regulatória assume contornos um pouco distintos em cada país analisado anteriormente. Porém, em ambos os países, a finalidade dessas entidades permanece a mesma: manter o equilíbrio entre as consequências geradas pela política de privatização – a atuação maciça da iniciativa privada na vida pública – e a preservação do interesse público, velando pelo bom funcionamento de setores da vida social e econômica.

### **3.5. Os poderes atribuídos**

Para desempenharem adequadamente as suas funções, seja qual for a esfera de jurisdição e a amplitude de suas atribuições, as ARI dispõem, conforme alínea “e” n.º 2 do artigo 3º da LQER, de poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações.

Dentre estes poderes, destacam-se os poderes de supervisão, incluído neste, por exemplo, o poder de ordenar inspeções e auditorias, os poderes sancionatórios, que permitem a aplicação de coimas (sanções pecuniárias) e de sanções acessórias, como a suspensão ou encerramento de serviços e estabelecimentos, por exemplo. As ARI gozam ainda de fortes poderes de autoridade administrativa para ordenar medidas provisórias, além de poder emitir injunções.

O poder de supervisão garante a efetiva aplicação das normas regulamentares emitidas pelas próprias ARI e demais legislação e atos normativos aplicáveis ao setor regulado. Este é

---

<sup>87</sup> VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS destacam que o recrutamento pode ocorrer entre magistrados, personalidades de reconhecido mérito no setor, representantes dos organismos sindicais, docentes de universidades e etc. *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto da Lei-Quadro*, 2003, Coimbra Editora, Coimbra, p. 26.

um poder de caráter preventivo, pois permite “a correção de qualquer desvio de cumprimento exacto dos comandos (...) legais face aos quais (...) tem o dever de obediência.”<sup>88</sup>

A fiscalização configura-se como um poder/dever dessas entidades de fiscalizar o fiel cumprimento da lei e as condições da prestação dos serviços ou da exploração da atividade regulada. É uma forma de verificar a adequação do comportamento dos regulados aos ditames legais e normativos do setor. Como da atitude fiscalizadora pode resultar na aplicação de sanções, é imprescindível que os atos praticados pela fiscalização estejam dentro dos padrões da legalidade e da validade sem se distanciarem da eficácia, guardando a devida proporcionalidade entre o fato ilícito praticado e a punição a ser aplicada.

Arelado aos poderes de supervisão e fiscalização está o poder sancionatório como consequência da verificação de violação ou de falta de cumprimento das normas aplicáveis. No caso da realidade portuguesa, a CRP admite expressamente à AP a utilização do poder sancionatório, especificamente, em casos de ilícitos administrativos<sup>89</sup>. De acordo com o artigo 43º da LQER, a entidade reguladora pode praticar todos os atos necessários para punir os regulados infratores, contudo, é importante frisar que, ao aplicar a contraordenação – a principal figura do direito administrativo sancionatório português –, com a correspondente sanção pecuniária, nomeadamente a coima, a entidade reguladora deverá observar, sempre, a razoabilidade de sua aplicação, bem como estabelecer uma graduação em virtude da infração cometida e da vantagem obtida com o comportamento ilícito.

Finalmente, e admitindo-se que seja este a essencialidade das ARI, o poder regulamentar está ligado à sua *expertise*. Ora, a principal razão pela qual as entidades reguladoras foram criadas reside exatamente na esfera regulamentar, uma vez que existem para regular setores sensíveis da sociedade como já exaustivamente explanado e são compostas por técnicos especializados e capacitados para elaborarem regras de conduta para cada setor a ser regulado. Por se tratar de um tema de suma importância, será tratado em capítulo próprio que está a seguir.

---

<sup>88</sup> Muito embora a referência de PAULO OTERO esteja ligada ao poder de supervisão entre o superior hierárquico e o subalterno, por analogia, aplica-se também à entidade reguladora e a entidade regulada. *Cfr. Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. 1992. Coimbra Editora, Coimbra, pp. 137 e 138.

<sup>89</sup> MOREIRA, Vital. 2004. *A nova entidade reguladora da saúde em Portugal*, in *Revista de Direito Público Econômico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5, p. 131.

## Capítulo II – O Poder Regulamentar

### 1. Os fundamentos do Poder Regulamentar.

Do rol de poderes elencados pelas leis instituidoras e atribuídos às ARI, pode-se, indeclinavelmente, inferir que estas autoridades acumulam, mesmo que em aspectos gerais e genéricos, nuances de todas as funções da clássica divisão tripartite dos poderes do Estado. Isso porque a sua principal característica definidora e distintiva, a independência, assegura uma certa margem de liberdade para atuarem em diversas áreas. Desta forma, podem fomentar, fiscalizar, solucionar conflitos, aplicar sanções e, principalmente, criar normas de conduta.

Diante deste panorama, vislumbra-se a democratização do exercício do poder, caracterizado pela atualização (necessária)<sup>90</sup> do Princípio da Separação de Poderes no Estado contemporâneo, onde autoridades distanciadas da trilogia estatal tradicional exercem funções de cariz técnico-jurídico, para além de funções administrativas, persecutórias e quase judiciais, ao criarem, com neutralidade e independência, normas jurídicas de carácter geral e abstrato com conteúdo inovador à ordem jurídica.

Neste ínterim, abre-se, também, um debate sobre a relativização da Princípio da Legalidade no exercício da função administrativa motivada pela necessidade de se dar, com celeridade, seriedade e tecnicidade, resposta tempestiva e eficiente às necessidades da sociedade que vive uma realidade complexa e em constante mutação. No centro desta discussão está a edição de regulamentos, que se apresenta como uma alternativa legítima e eficaz.

Partindo da ideia de que os regulamentos nada mais são que uma forma de atuação administrativa com valor infralegal<sup>91</sup> e, portanto, são imprescindíveis ao exercício da função administrativa exercida pelas ARI, discute-se, a seguir, a questão sobre violação (ou não) aos princípios democráticos citados acima, bem como coloca-se o panorama geral dos regulamentos administrativos e sua relação com as ARI.

---

<sup>90</sup> “o fato da outorga, pelo Estado moderno, de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos além dos que as monopolizaram até o final do século passado (Poder Legislativo e Poder Judiciário), constitui um fenómeno universal, cujas proporções se avolumam cada vez mais.” BILAC PINTO citado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO em *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 2009, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 375.

<sup>91</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, p. 43, para quem o regulamento é “acto normativo, emanado por entidades administrativas no exercício da função administrativa, com um valor infra-legal (‘força de regulamento’).”

### 1.1. O poder regulamentar e o princípio da separação de poderes

De acordo com a teoria da separação de poderes sistematizada por *Montesquieu*, todo Estado deve conter três poderes essenciais: o legislativo, o executivo e o judiciário. A cada um desses poderes devem ser distribuídas funções precípua e distintas – normativa, administrativa/executiva e jurisdicional, respectivamente – que, segundo o filósofo, são indispensáveis para a existência da liberdade. Assim, os órgãos responsáveis pelo desempenho dessas funções devem agir continuamente de forma a manter o equilíbrio e a harmonia entre si, bem como exercer controle uns sobre os outros.<sup>92</sup>

De uma interpretação extremamente rígida dessa teoria, deduz-se que um poder está impedido de executar a função do outro. É o que a doutrina moderna chama de *mecanismo de fechamento de poder*, onde se mantém concentradas em apenas alguns órgãos da soberania a reserva e a exclusividade do exercício de poderes estatais. Essa concentração estabelece polos de interesses em apenas duas ou três estruturas hegemônicas de poder, impedindo ou limitando a manifestação do pluralismo social no poder político<sup>93</sup>.

Porém, sem desprestigiar o peso histórico e o contexto marcante em que este princípio foi sistematizado, hodiernamente, entende-se o princípio da separação dos poderes como um “reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções (...) e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos...”<sup>94</sup>. De acordo com este posicionamento, a ideia de que os órgãos de cada um dos poderes exercerá, necessária e exclusivamente, apenas uma das três funções tradicionais não se sustenta<sup>95</sup>. Como bem asseverou LEILA CUÉLLAR, “a separação dos poderes não implica (não tem condições fáticas de implicar) o bloqueio do exercício de ‘funções atípicas’”<sup>96</sup> pelos outros poderes.

---

<sup>92</sup> Para maior desenvolvimento, *cfr.* CUÉLLAR, Leila. 2001. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. Dialética, São Paulo, p. 24.

<sup>93</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 223, jan/mar. 2001, p. 5.

<sup>94</sup> KARL LOEWENSTEIN citado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO in *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 372.

<sup>95</sup> ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, defende que, sem o caráter dogmático e sacramental, mas preservando sua vitalidade, o princípio da separação dos poderes configura-se “como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.”. in *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2009, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 371.

<sup>96</sup> CUÉLLAR, Leila. 2001. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. Dialética, São Paulo, p. 24.

Baseado nessa linha doutrinária, “é legítimo afirmar que o poder regulamentar corresponde ao exercício de um poder administrativo que, em termos de conteúdo, reveste caráter normativo”<sup>97</sup> sem que isso represente uma violação ao princípio da separação de poderes. Os regulamentos consubstanciam normas jurídicas e são indispensáveis para o exercício da função administrativa.

Ademais, também não se pode aceitar a tese de violação ao princípio da separação de poderes, já que as ARI “concentram várias funções estatais” e, portanto, escapariam ao controle dos Poderes do Estado<sup>98</sup>. Como já descrito no tópico 3.3.2. deste estudo, existem meios de *accountability* aos quais estão sujeitas, exercidos pelas três esferas de poder, inclusive pelos administrados, e que funcionam perfeitamente como um sistema de freios e contrapesos para manter o equilíbrio em suas atividades.

Note-se que a descentralização administrativa, da qual a atribuição de poderes regulamentares advém, concede autonomia normativa a outros órgãos e entidades da AP por uma imposição evoluída do princípio da separação de poderes. O intuito dessa evolução é evitar a concentração de poderes administrativos apenas na mão do Governo. Isso reflete uma visão de democracia mais pluralista, onde as relações entre a sociedade e o Estado se articulam para decidirem de forma concertada o interesse público e as políticas públicas adequadas para prosseguir-lo<sup>99</sup>.

Assim, o complexo de poderes atribuídos às ARI vem para reforçar a proteção aos direitos fundamentais, consolidando a democracia e propiciando o pluralismo social como forma de integração dos interesses públicos na decisão das políticas públicas<sup>100</sup>. Portanto, caso existam razões de interesse geral, o princípio da separação de poderes comporta algumas

---

<sup>97</sup> MONIZ, Ana Raquel. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, p. 51.

<sup>98</sup> CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 479. Segundo o autor, a juspublicista insiste em sucitar “eventual violação do princípio da separação de poderes pela ausência de um contra-poder de controlo perante a concentração de competências reconduzíveis a várias funções de Estado no mesmo órgão...”.

<sup>99</sup> “Parece claro que essa nova *concepção pluralista do poder*, que se difunde em todo um *continuum* sociedade-Estado, com seus centros constitucionais de imputação de exercício, sem cláusulas de fechamento cratológico, favorece o desenho de um Estado pluralista (...): uma *organização política* talhada para este novo século que, mais do que qualquer das anteriores, estará apta a realizar, de modo institucional e permanente, pelo exercício da democracia, formal e material, a *integração das diferenças*.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 223, jan/mar. 2001, p. 6.

<sup>100</sup> ROGÉRIO SOARES defende que “o pluralismo social vem assim a integrar-se num quadro alargado de separação de poderes, e representa uma função positiva na organização dum estado moderno.” in *Direito Público e Sociedade Técnica*. 1969. Atlântica Editora, Coimbra, p. 160.

exceções, dentre elas a permissão do legislador para que outros centros de competência exerçam a função normativa.

## **2.2. O poder regulamentar e o princípio da legalidade**

O princípio da legalidade estabelece a lei como um mecanismo de proteção indispensável aos direitos do indivíduo contra as exorbitâncias do poder estatal. A lei, como norma primária, é um conjunto de normas jurídicas com conteúdo geral, abstrato e obrigatório para pautar o comportamento do Estado e dos cidadãos, prevenindo ou impedindo abusos, e funciona como um instrumento de garantia da liberdade. Sob a ótica da legalidade administrativa<sup>101</sup>, de um lado, ao Estado, representado por sua AP, só cabe agir conforme a lei e nos estritos termos da lei, e, do outro lado, ao indivíduo, legalidade significa poder fazer tudo aquilo que a lei não proíbe<sup>102</sup>.

Neste contexto, o poder regulamentar tem a lei<sup>103</sup> como seu principal fundamento jurídico. Este ponto é fulcral para objetivar um juízo de legalidade sobre a atividade administrativa, ou seja, para aferir a sua validade ou invalidade. Assim, a lei continua sendo a norma primária, ao passo que o regulamento assume sua posição secundária de norma infralegal. Prova disto é o n.º 7 do artigo 112º da CRP, que determina a menção expressa da lei que define a competência subjetiva e objetiva para a emissão de regulamentos não só para garantir a subordinação do regulamento à lei, mas também para garantir a segurança jurídica e para que seus destinatários conheçam o fundamento jurídico que o originou<sup>104</sup>. Portanto, desde que haja observância a essa premissa, não há que se falar em violação a este princípio.

Contudo, necessário se faz apontar a relativização da utilização da lei como único meio de regulação jurídico-social. Para J.J. GOMES CANOTILHO<sup>105</sup>, as leis continuam sendo um

---

<sup>101</sup> "... a legalidade administrativa surge aqui definida em torno de três ideias nucleares: (i) a lei é a expressão racional de uma vontade geral; (ii) o poder executivo encontra na lei o critério de decisão; (iii) o respeito pela lei comporta uma função garantística da liberdade, pois consiste em fazer aquilo que aquela permite." OTERO, Paulo. 2003. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina, Coimbra, p. 51.

<sup>102</sup> "A verdadeira essência da lei (...) decorre da necessidade prática de segurança jurídica, de sabermos, com algum grau de pré-determinação, o que podemos e o que não podemos fazer e, em caso de inobservância, que consequências poderemos sofrer." ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2009. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 399.

<sup>103</sup> "o poder regulamentar não consubstancia um poder próprio e original da autoridade administrativa, mas assume-se como uma atribuição de competência efectuada pela Constituição e pela lei." MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, p. 53.

<sup>104</sup> Entendimento do Tribunal Constitucional português mencionado por MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, p. 58.

<sup>105</sup> Citado por ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2009. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 403.

instrumento básico da democracia política, “mas deve reconhecer-se que elas se transformaram numa política pública cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma teoria geral da regulação jurídica.”. Assim, os regulamentos, caracterizados como sendo as decisões<sup>106</sup> resultantes do exercício da função administrativa, transformaram-se em instrumentos de regulação social legítimos e essenciais neste processo.

É importante frisar que não se trata de uma deslegalização<sup>107</sup> pura e simplesmente, mas, sim, de uma valorização do exercício das funções administrativas materializadas através da edição de regulamentos e aceitação de que o processo de elaboração das leis pode se tornar um empecilho para a regulação dos setores sensíveis da sociedade. Como bem observa ANA RAQUEL MONIZ<sup>108</sup>, “a celeridade exigida à construção do ordenamento jurídico e a complexidade técnica dos problemas cuja resolução é solicitada às normas jurídicas” esbarram na morosidade legislativa e na falta de especialização do Parlamento.

A atividade de regulação desempenhada pelas ARI é de suma importância e exige um dinamismo compassado e níveis de especialização técnica ausentes no corpo legislativo<sup>109</sup>. Acresce-se a este fato a impossibilidade de uma lei estabelecer exaustivamente todos os atos a serem praticados na prossecução do interesse público. É aqui que entram as “normas legais em branco”, que, no Direito Administrativo, apresentam-se como “uma verdadeira remissão habilitante do poder legislativo para o poder administrativo completar, desenvolver ou concretizar a legalidade”, já que “um modelo de lei dotado de uma disciplina exaustiva e imperativa de soluções se mostraria incompatível com a salvaguarda de tais valores constitucionais em matéria de organização administrativa.”<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> “O regulamento é uma decisão de um órgão administrativo da administração pública”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. 2007. *Direito Administrativo Geral: atividade administrativa*, tomo III, Dom Quixote, Lisboa, p. 238.

<sup>107</sup> É de se ressaltar que a doutrina constitucionalista admite que a própria CRP autoriza a deslegalização de determinadas matérias transferindo-a para o âmbito da disciplina regulamentar. “A deslegalização consiste na retração do domínio da lei, ampliando o espaço aberto a fontes infralegais, nomeadamente aos regulamentos.”. Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 69.

<sup>108</sup> MONIZ, Ana Raquel. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, p. 52.

<sup>109</sup> “A complexidade e tecnicidade crescente das matérias sujeitas a intervenção pública, mostrando a inoperatividade decisória do legislador em domínios técnicos e científicos, envolve a devolução para os órgãos administrativos de habilitações definidoras de critérios normativos de avaliação ou ponderação e, subsequentemente, a emissão de juízos decisórios concretos baseados na aplicação de tais critérios.” OTERO, Paulo. 2003. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina, Coimbra, pp. 896 e 897.

<sup>110</sup> OTERO, Paulo. 2003. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina, Coimbra, p. 897. E continua, “se é da lei que resultam tais normas de previsão

Portanto, o fato de as ARI gozarem de um acentuado grau de autonomia normativa não tem o condão de convulsionar o Princípio da Legalidade, mas, sim, de admitir a existência de um poder regulamentar complementar ao poder legiferante para dinamizar o ordenamento jurídico, observando para que o conteúdo regulamentar esteja sempre circunscrito às previsões constitucional e legal.

### **1.3. Poder regulamentar: uma reserva governamental?**

Das linhas acima, verificou-se que o instrumento adequado para se outorgar a competência regulamentar, tornando-se seu fundamento jurídico, é a lei (constitucional ou ordinária). Nesta esteira, o artigo 199º, alínea c), da CRP atribui ao Governo a competência para, no exercício da função administrativa<sup>111</sup>, editar regulamentos para a boa execução das leis. Trata-se de uma competência reservada para emissão de regulamentos não só de natureza executiva, mas também de ordens complementar e independente.

Assim, é aceitável afirmar que o Governo seja o primeiro titular do poder regulamentar, já que é o órgão superior da AP. Mas não é titular exclusivo. Segundo JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, o poder de emissão de regulamentos ultrapassa a esfera governamental e é repartido entre Governo e por múltiplos órgãos que constituem o aparelho administrativo<sup>112</sup>. Assim sendo, o poder regulamentar estende-se à pluralidade de administrações públicas componentes da estrutura estatal, não ficando de fora a administração levada a cabo pelas AAI, pelas entidades privadas, quando disponham de poderes administrativos para tanto, e nem, tampouco, as ARI no exercício dos seus poderes regulação.

A diferença que se pode apontar é que, embora a CRP não defina nem os tipos e nem as formas de regulamentos do Governo, o n.º 6 do art. 112 determina que estes regulamentos devem seguir, em certos casos<sup>113</sup>, a forma solene dos decretos regulamentares. Esta

---

‘incompleta’, é também nessa mesma lei que a Administração Pública encontra a norma permissiva do exercício da respectiva tarefa de determinação e densificação.”

<sup>111</sup> Por função administrativa do Governo, entendem-se ser as funções não previstas constitucionalmente como funções políticas ou funções legislativas, e também não são funções meramente executivas, mas “o conceito aponta para a ideia de prossecução permanente de tarefas por órgãos ou sujeitos pertencentes ao Governo, através de medidas juridicamente vinculadas aos fins estabelecidos na Constituição e nas leis”, como, por exemplo, a função normativa. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 485.

<sup>112</sup> Citado por CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 483.

<sup>113</sup> Em duas hipóteses: “(a) quando a lei regulamentar impõe essa forma; (b) quando se trate de regulamentos independentes.” CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 71.



obrigatoriedade visa submetê-los a um regime mais exigente semelhante ao das leis, mas não é extensiva às administrações públicas detentoras do poder regulamentar.

Há que se mencionar a supremacia, em regra, dos regulamentos do Governo relativamente as regulamentos emanados pelas demais entidades públicas dotadas de autonomia regulamentar prevista no nº 1 do artigo 138 do Código do Procedimento Administrativo (CPA). Isto quer dizer que se houver conflito, por exemplo, entre regulamentos do Governo e das Administrações autónomas, quando estes tratarem de matérias conferidas diretamente ao Governo pelo legislador, os regulamentos destas entidades ficam preteridos<sup>114</sup>.

Portanto, observando para que nenhuma área normativa seja regulada única e exclusivamente pela via regulamentar e sem uma lei prévia que o delimite, em obediência aos princípios da legalidade e da precedência de lei, não há óbice para que a lei ordinária instituidora das ARI estabeleça competências regulamentares, uma vez que estas autoridades fazem parte do aparelho administrativo e, como tal, podem receber tais poderes<sup>115</sup>.

## **2. Noções sobre regulamentos.**

Traçadas as linhas gerais sobre os fundamentos do poder regulamentar, importa agora trazer a definição conceitual dos regulamentos e as características que os identifiquem como fonte de Direito Administrativo e como uma das formas de atuação administrativa. Dentro da tipologia, destacam-se os regulamentos independentes, pois, segundo a doutrina, a generalidade dos regulamentos emanados pelas entidades reguladoras são regulamentos independentes.

### **2.1. O conceito jurídico-normativo.**

O artigo 135º do CPA conceitua os regulamentos administrativos como sendo normas jurídicas gerais e abstratas que produzem efeitos jurídicos externos e são oriundas do exercício de poderes jurídico-administrativos. São normas jurídicas que se assemelham às leis, pois padronizam comportamentos: os da própria AP e os dos particulares. O caráter geral dos regulamentos está ligado ao alcance de suas normas a destinatários não individualizados ou individualizáveis, ao passo que a sua abstratividade tem a ver com sua execução sucessiva e

---

<sup>114</sup> MONIZ, Ana Raquel. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, p. 379.

<sup>115</sup> “(...) o poder regulamentar é um poder intrínseco à função administrativa, cabendo à lei conferir poderes regulamentares a outras autoridades, além das mencionadas na Constituição.” CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 78.

permanente no tempo<sup>116</sup>. Identificar os regulamentos como normas diferenciam-no das demais formas de atuação da AP, nomeadamente, dos atos e dos contratos administrativos.

Nota-se que, sendo um ato normativo semelhante às leis, os regulamentos assumem-se como fonte de Direito Administrativo<sup>117</sup>. Ou seja, fazem parte do conjunto sistematizado de normas que orientam o ordenamento jurídico. Neste caso, trata-se de uma fonte autovinculativa<sup>118</sup>, ou seja, vincula futuras atuações administrativas e gera obrigações aos seus destinatários<sup>119</sup>.

Portanto, os regulamentos estabelecem uma regulação jurídica em um determinado domínio, produzindo efeitos externos, o que, além de projetar a produção de eficácia nos administrados, exclui os chamados regulamentos internos para efeitos de aplicação do CPA<sup>120</sup>.

Cabe também destacar o elemento funcional deste conceito presente na alusão ao *exercício de poderes jurídico-administrativos*. Quer isto dizer que os regulamentos são normas jurídicas produzidas por entidades, públicas ou privadas, legalmente habilitadas para o exercício dos poderes de autoridade típicos da atividade administrativa<sup>121</sup>.

## **2.2. Regulamentos como função administrativa**

O resultado da divisão de funções operada pelo Princípio da Separação de Poderes é a existência de atividades diferenciadas no seio do Estado. Dentre elas, a CRP refere-se às funções legislativa, jurisdicional e administrativa<sup>122</sup>. Por função administrativa entende-se ser não só a execução das leis, mas também ser aquela cujas atividades têm como objetivo direto e

---

<sup>116</sup> Neste sentido, ALMEIDA, Mário Aroso de. 2012. *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Almedina, Coimbra, p. 79.

<sup>117</sup> “estes regulamentos que a Administração tem o direito de elaborar são considerados como fonte de direito: colocado abaixo da lei, do ponto de vista da hierarquia das fontes de direito, o regulamento é, não obstante, uma fonte de direito autónoma.” E são fontes secundárias. AMARAL, Diogo Freitas do. 2001. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II. Almedina, Coimbra, p. 20 e 21.

<sup>118</sup> “(...) a ordem jurídica reconhece aos próprios órgãos administrativos a susceptibilidade de emanarem normas reguladoras da sua actividade ou de terceiros (...)”. OTERO, Paulo. 2003. *Legalidade e Administração Pública: a sentida da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina, Coimbra, p. 382.

<sup>119</sup> “(...) o regulamento se assume como (...) modo de constituição, manifestação e objetivação do direito positivamente vigente numa comunidade histórica concreta.” MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, p. 42.

<sup>120</sup> “Havendo diplomas regulamentares híbridos ou mistos (portadores de normas de eficácia interna e externa) só assumem natureza regulamentar para efeitos do CPA as disposições normativas constantes que libertem eficácia externa.” MORAIS, Carlos Blanco de. 2015. *Inovações em matéria regulamentar no Código de Procedimento Administrativo*, in Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, Coimbra, p. 176.

<sup>121</sup> Neste sentido, MORAIS, Carlos Blanco de. 2015. *Inovações em matéria regulamentar no Código de Procedimento Administrativo*, in Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, Coimbra, p 175 e 176.

<sup>122</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, Coimbra, p. 553.

imediatamente produzir bens e prestar serviços destinados à satisfação das necessidades coletivas prévia e heteronomamente definidas, utilizando-se, para isso, dos meios necessários para obter a máxima eficiência<sup>123</sup>.

O Estado compartilha o exercício dessa função e deposita na AP<sup>124</sup> os poderes administrativos necessários para, em cooperação com ele, prosseguir o interesse público tal qual estabelecido pela Constituição e pela lei ordinária. Portanto, a atividade administrativa tem como limite positivo a obrigatoriedade da prossecução do interesse público<sup>125</sup>, não podendo a AP desviar-se dele nem mesmo quando estiver usando de sua discricionariedade<sup>126</sup>. Trata-se de uma atividade secundária, dependente e contraposta à função legislativa, de caráter primário, e à qual está subordinada, que se materializa através do ato, do regulamento e do contrato administrativos.

Nesta seara, os regulamentos, nos ditames do CPA, são normas produzidas “no exercício de poderes jurídico-administrativos” e revelam-se como uma manifestação de autoridade do Estado para a satisfação dos interesses públicos, constituindo um produto indispensável da função administrativa.

### **2.3. Tipos de regulamentos: nota especial para os regulamentos independentes.**

Os tipos de regulamentos derivam do seu grau de dependência com a lei. Sendo a lei o fundamento jurídico do regulamento, a utilização desse critério para estabelecer sua tipologia parece lógico. Ademais, as funções básicas e essenciais dos regulamentos estão entremeadas à lei, visto que servem para executá-la, complementá-la e para dinamizar a ordem jurídica como um todo. A doutrina adota outros critérios<sup>127</sup>, como a titularidade do interesse público prosseguido, o conteúdo e o seu âmbito de eficácia.

---

<sup>123</sup> CAETANO, Marcelo. 1980. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo I. Ed. 10, Almedina, Coimbra, p. 10.

<sup>124</sup> Aqui referida não como uma AP singular, mas referindo-se a todas as formas de administração pública, à luz da CRP e do princípio da pluralidade de administrações públicas, na qual estão inseridas as ARI. Sobre este aspecto, *cfr.* CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume II, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, p. 793.

<sup>125</sup> “as autoridades administrativas, mesmo no uso de poderes discricionários, não podem prosseguir uma qualquer finalidade, mas apenas a finalidade considerada pela lei ou pela Constituição”, uma vez que “o interesse público é posto e não pressuposto.” CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume II, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 795 e 796.

<sup>126</sup> A discricionariedade administrativa permite que a AP tenha liberdade de escolha sobre a oportunidade de agir, sobre o objeto ou a forma do ato, desde que seja respeitado aquele fim de interesse público fixado por lei como fundamento jurídico da atribuição de poderes. CAETANO, Marcelo. 1980. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo I. Ed. 10, Almedina, Coimbra, p. 31.

<sup>127</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de. 2007. *Direito Administrativo Geral: atividade administrativa*, tomo III, Dom Quixote, Lisboa, p. 245.

Seguindo esta linha doutrinária, quanto ao critério de relação com a lei<sup>128</sup>, os regulamentos podem ser de execução, quando dão a uma lei concreta e específica, e, não, a um conjunto de leis em geral, condições técnicas de ser executada, e complementares, quando complementam ao pormenor uma disciplina normativa que a lei não regulou. Nesses dois casos, o objetivo é concretizar uma disciplina fixada por lei, circulando nos limites por ela fixados, sem a pretensão de inovar dentro desse domínio. Ainda segundo o critério de relação com a lei, os regulamentos podem ser independentes, entendidos como aqueles que não visam pormenorizar o conteúdo de uma lei prefixada, mas, sim, tornar operacionais as opções legislativas que se limitam a definir a matéria sobre a qual deva incidir o regulamento (competência objetiva) e a individualizar a entidade competente para sua emissão (competência subjetiva). Nesse caso, a lei não traz nenhum conteúdo a ser executado ou complementado, mas autoriza o estabelecimento de disciplina inicial ou primária e, portanto, com caráter inovador.

Quanto à titularidade do interesse público prosseguido, os regulamentos podem ser autônomos, quando forem emanados por um órgão de uma pessoa coletiva da Administração autônoma. Neste caso, trata-se de um poder de produção normativa primária<sup>129</sup> decorrente do princípio da autonomia local que reconhece um poder regulamentar próprio às entidades da Administração autônoma para regularem e gerirem, sob sua responsabilidade, e no interesse de sua população, os seus próprios assuntos materiais e territoriais. Neste caso, não se faz

---

<sup>128</sup> Vale ressaltar que o exercício do poder regulamentar está adstrito ao princípio da precedência de lei, segundo o qual exige-se uma lei prévia como fundamento jurídico habilitante. Deste princípio, não se isentam nenhum dos tipos de regulamentos. Porém, o que os distingue é que, enquanto os regulamentos de execução e complementares caracterizam-se por serem o desenvolvimento de uma previsão legislativa de comando primário, detalhando e pormenorizando o seu conteúdo para tornar possível a sua aplicação, os regulamentos independentes, diferentemente, têm como comando primário apenas uma norma habilitante que se limita a definir a competência subjetiva e objetiva para que, autonomamente, se possa editar comandos normativos. No primeiro caso, devem indicar expressamente a lei que visam regulamentar, no segundo, devem indicar a lei que define a competência para emissão do regulamento. Por este motivo, entende-se não haver “regulamentos autônomos”, ou seja, aqueles desprovidos de qualquer fundamento legal específico, baseados única e exclusivamente numa competência originária conferida pela CRP, pois, embora seja, sim, a CRP a estabelecer o poder regulamentar, cumpre à lei, segundo o princípio da precedência da lei, estabelecer a habilitação para o seu exercício. Não há regulamentos sem lei. O que se põe em causa é que a edição de regulamentos independentes por entidades distantes do circuito político representativo concorre com a legislação primária dos órgãos com representação política, mas se mostram indispensável ao exercício de suas atribuições. Sobre o assunto, MORAIS, Carlos Blanco de. 2015. *Inovações em matéria regulamentar no Código de Procedimento Administrativo*, in Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, Coimbra, p. 180. e CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume II, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, p. 73.

<sup>129</sup> Neste caso, os regulamentos autônomos incorporam a forma dos regulamentos independentes, uma vez que um órgão da administração autônoma pode “estabelecer autonomamente a disciplina jurídica que há-de pautar a realização das atribuições específicas cometidas pelo legislador”, sem cuidar de desenvolver ou completar uma lei específica em especial, pois possuem legitimação democrática própria. AMARAL, Diogo Freitas do. 2008. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª ed. Almedina, Coimbra, pp. 160 e 161.

necessária uma lei prévia e individualizada para cada caso<sup>130</sup>, mas apenas uma norma habilitante. Diferente do que ocorre com os regulamentos governamentais, que são instrumentos secundários de desenvolvimento e aplicação da lei, os regulamentos autônomos são expressão da “autodeterminação” de seus próprios interesses<sup>131</sup>. Segundo o critério da titularidade, os regulamentos podem ainda ser autonômicos, quando emanados de uma pessoa coletiva da administração autonômica.

Conforme o seu conteúdo, os regulamentos podem ser de organização, de funcionamento, de polícia e fiscais. Os de organização estão afetos à estrutura orgânica e institucional da AP; os de funcionamento dizem respeito à atividade interna da AP; os de polícia funcionam como ponto de equilíbrio nas relações entre a AP e os particulares, ou destes últimos entre si; e os fiscais estabelecem taxas, tarifas e preços a serem pagos pelos particulares em virtude das prestações administrativas efetuadas em seu favor.

Por último, quanto à eficácia, os regulamentos podem ser internos ou externos<sup>132</sup>. Serão internos quando oriundos de um procedimento administrativo onde os sujeitos desta relação procedimental são órgãos da mesma pessoa coletiva que os expediram. E serão externos quando

---

<sup>130</sup> No caso, por exemplo das autarquias locais, onde o poder regulamentar é fruto da autonomia local de que gozam, o regulamento revela-se como a forma de “legislação” autárquica, ou seja, de regular através de regulamentos as questões de sua competência. Para além disso, “os regulamentos locais têm de respeitar não só a Constituição e as leis, mas também os regulamentos do Governo e das autarquias superiores (...) ou das autoridades com poder tutelar.”, e não podem restringir direitos, liberdades e garantias sem expressa autorização legislativa. Vestindo a roupa de regulamentos independentes, não encaram as solenidades que os decretos regulamentares (regulamentos independentes do Governo), sobretudo o controle de mérito político operado pela promulgação presidencial. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, p. 740.

<sup>131</sup> “Os regulamentos do Governo (...) só podem ter hoje por justificação uma finalidade de desoneração do legislador, poupando-lhe as tarefas de elaboração de normas executivas ou demasiado técnicas (desconcentração normativa). Diferentemente, os regulamentos autônomos são um instrumento de auto-regulação dos corpos autônomos (descentralização normativa), gozando de uma legitimidade democrática *a se*.”. MOREIRA, Vital. 1997. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra Editora, Coimbra, p 182.

<sup>132</sup> Esclareça-se que, embora o conceito de regulamento adotado pelo CPA tenha como pressuposto delimitar o âmbito de aplicação de suas disposições apenas às normas que reúnam os atributos constantes desse conceito, excluindo os regulamentos internos, não se pretendeu com isso negar-lhes juridicidade, nem, tampouco, retirar-lhes a natureza de normas secundárias de caráter administrativo. Eles só não são considerados regulamentos quando da aplicação das regras do procedimento e do regime material. Também não se submetem ao princípio da inderrogabilidade singular previsto no n.º 2 do art. 142 do CPA e, apesar de serem suscetíveis à impugnação administrativa, não se sujeitam à impugnabilidade judicial pois não afetam diretamente a esfera jurídica dos particulares. Para maiores desenvolvimentos, *cfr.* MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. 2016. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, pp. 333-338. Por essas (e outras) razões, a doutrina coloca os regulamentos internos numa espécie de “semi-limbo”, na medida em que o CPA, embora não os considere regulamentos, exige habilitação legal para sua emissão, nos termos do n.º 4 do artº 136, sujeitando-os ao princípio da legalidade. *Cfr.* MORAIS, Carlos Blanco de. 2015. *Inovações em matéria regulamentar no Código de Procedimento Administrativo*, in Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, Coimbra, pp. 177 a 180.

aptos a produzir eficácia para além do órgão do qual emanaram, projetando os seus efeitos terceiros.

Num traçado bem conciso, este é o panorama geral dos regulamentos. Contudo, os regulamentos independentes merecem uma nota especial, pois a doutrina sugere que “a generalidade dos regulamentos emanados pelas entidades reguladoras são regulamentos independentes”<sup>133</sup> e que esta prática dificulta o enquadramento jurídico-constitucional desses regulamentos. Isto ocorre porque a LQER e as leis instituidoras de algumas ARI limitam-se a atribuir competência normativa, sem trazerem algum conteúdo a ser executado ou complementado, deixando, portanto, a cargo da entidade criar disciplina inovadora através de seus regulamentos.

Ora, sendo os regulamentos independentes expressamente admitidos pela CRP e, como já dito acima, as competências regulamentares estão divididas entre o Governo<sup>134</sup> e por todos os órgãos que compõem o aparelho administrativo, e sendo as ARI um braço forte da AP e, portanto, fazem parte desse aparelho, não se vislumbra nenhuma disparidade constitucional para que seus regulamentos tenham caráter independente<sup>135</sup>, desde que, obviamente, não invadam as matérias de competência reservadas à lei.

---

<sup>133</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de. 2012. *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Almedina, Coimbra, p. 105.

<sup>134</sup> O n.º 6 do art. 112 da CRP indica a forma de decretos regulamentares para os regulamentos independentes do Governo com o intuito de minimizar a utilização de regulamentos independentes, que poderia caracterizar-se como uma fuga aos requisitos e controles específicos da produção legislativa (especialmente a promulgação presidencial com a possibilidade de veto, enquanto forma de controle de mérito político). Assim, segundo a doutrina, a alínea g do art. 199 da CRP, ao conferir a faculdade de *praticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento econômico-social e à satisfação das necessidades coletivas*, não pode ser utilizada como fundamento constitucional para emissão de regulamentos nestes moldes, pois se trata de uma atribuição genérica que não pode restringir ou corrigir o princípio da precedência de lei. Acresce, ainda, que o Governo português não precisa utilizar deste preceito como uma atribuição genérica para exercer qualquer competência, nem, tampouco, recorrer aos “regulamentos autônomos”, visto que dispõe de competência legislativa originária e geral, “podendo e devendo proceder a um prévio enquadramento legislativo antes de disciplinar qualquer matéria por via de regulamento.”. Por outro lado, a alínea c do art. 199 da CRP contém o fundamento constitucional para o poder regulamentar em toda a sua dimensão, conferindo ao Governo a competência para fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis, implicando a sua preexistência. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 71-73 e 486-487.

<sup>135</sup> Para CARLOS MORAIS, a edição de regulamentos independentes é absolutamente vedada às EAI criadas com o objetivo de tutelar direitos, liberdades e garantias, na medida em que este domínio se encontra coberto por uma reserva de lei no plano horizontal, mas admite a edição de regulamentos de execução. Por outro, as entidades reguladoras da economia não estão impedidas de editar regulamentos independentes, desde que, evidentemente, as matérias a serem disciplinadas não estejam cobertas pela reserva de lei. MORAIS, Carlos Blanco de. 2015. *Inovações em matéria regulamentar no Código de Procedimento Administrativo*, in Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, Coimbra, p. 184.

## **2.4. A classificação norte-americana dos regulamentos: substantiva, interpretativa e procedimental.**

No direito norte-americano, tido como o precursor das agências reguladoras, os regulamentos editados por essas entidades possuem três categorias: a substantiva, a interpretativa e a procedimental.

Entende-se por substantivo o regulamento oriundo de uma autorização do legislativo para que a agência reguladora edite normas para implementar uma lei. Com força de lei, criam direitos e deveres e vinculam as agências, os particulares e os tribunais. Já a categoria interpretativa é reconhecida aos regulamentos que trazem, com mais clareza, o conteúdo de seus próprios regulamentos ou da lei, explicando ou esclarecendo algum de seus sentidos mais duvidosos. E, por último, os regulamentos procedimentais estão ligados ao regimento interno da agência, ao seu modo de funcionamento e à sua estrutura organizacional. Estas duas últimas categorias não possuem força de lei e possuem conteúdo meramente formal<sup>136</sup>.

A grande controvérsia instala-se no regulamento substantivo, pois se trata de uma delegação de poderes legislativa não permitida pela Constituição norte-americana. Ocorre que, nos Estados Unidos, embora sua Constituição preveja os poderes legislativos investidos apenas no Congresso, a Corte Suprema tem declarado constitucional algumas leis do próprio Congresso que delegam a função legislativa às agências reguladoras, reconhecendo que “não se pode prescindir de supervisão técnica e especializada,”<sup>137</sup> destas agências para garantir a manutenção do bom funcionamento do Estado atual.

## **3. As Autoridades Reguladoras Independentes como detentoras do poder regulamentar.**

### **3.1. Competência adquirida por delegação de poderes?**

O poder regulamentar, como já referido, é um poder característico da função administrativa. Sem ele, os Parlamentos estariam abarrotados de uma multiplicidade de matérias padecentes de regulamentação, congestionando o regular andamento do próprio Parlamento e dos setores sociais e econômicos afetos à regulação. Neste sentido, quando uma entidade reguladora se vale de sua mais nobre e legítima função administrativa para editar normas jurídicas, como os regulamentos, ela está liberando o Parlamento de atuar em matérias

---

<sup>136</sup> Sobre o assunto, CUÉLLAR, Leila. *O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas*. in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Jul./Set. 2002, p. 166.

<sup>137</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. 2006. *Agências Reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia*, 2006. *Agências Reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia*, in *Agências Reguladoras e Democracia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, coordenador GUSTAVO BINENBOJM, p. 30.

cujo grau de tecnicidade e de complexidade exige especialistas no assunto, para, então, tratar apenas de matérias que lhes são próprias e originárias.

Neste contexto, não se pode aceitar que o exercício do poder regulamentar seja oriundo de uma delegação de poderes legislativos, o que contrariaria o princípio da separação de poderes<sup>138</sup>. Primeiro porque o poder regulamentar é um poder secundário, o que, desde logo, pressupõe a existência de preceitos constitucionais e legais habilitantes como fundamento e parâmetro de validade<sup>139</sup>. Isto quer dizer que se o regulamento contrariar a Constituição, ele será considerado inconstitucional. Se for *contra legem*, será ilegal.

O segundo ponto vai no sentido de que a delegação de poderes consiste em transferir, temporária, parcial e condicionalmente, a competência legiferante a outro Poder, a outro órgão ou a outra autoridade<sup>140</sup>. É sabido que a delegação de poderes é uma outorga precária e, a qualquer momento, o delegante pode retomar para si o poder delegado. Ademais, a delegação exige um conteúdo certo e determinado sobre o qual recairá a regulamentação, o que, claramente, não se consubstancia com as matérias afetas à regulação. Sendo assim, se o poder regulamentar derivasse de um ato precário e excepcional, a existência das ARI estaria em risco, pois sua principal natureza jurídica, a de regular, estaria vulnerável.

Portanto, o poder regulamentar das ARI não pode derivar de uma delegação em virtude, primeiro, da natureza jurídica do ato (precário) de delegação de poderes; segundo, porque, no sistema administrativo português, “por força da própria Constituição, a Administração pública tem o poder de fazer regulamentos”<sup>141</sup>. Assim sendo, este poder não é fruto de uma delegação, mas é próprio, atribuído, primeiro, pela CRP e, segundo, pela lei ordinária, nomeadamente, a LQER e as leis instituidoras<sup>142</sup>.

### **3.2. A emissão de regulamentos independentes e o conflito com os regulamentos governamentais.**

As linhas acima trouxeram os principais aspectos dos regulamentos. Viu-se que o seu fundamento jurídico é sempre a lei, constitucional e ordinária, e que seu conteúdo contém

---

<sup>138</sup> Neste sentido, *cfr.* MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. 2016. *Estudos sobre os regulamentos administrativos*. 2ª edição. Almedina, Coimbra p. 77.

<sup>139</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. 2011. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª ed. Almedina, Coimbra, p. 158.

<sup>140</sup> CUÉLLAR, Leila. 2001. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. Dialética, São Paulo, p. 111.

<sup>141</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. 2011. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª ed.. Almedina, Coimbra, p. 20.

<sup>142</sup> “afigura-se que o poder regulamentar é um poder intrínseco à função administrativa, cabendo à lei conferir poderes regulamentares a outras entidades, além das mencionadas na Constituição...”. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 78.



normas jurídicas gerais e abstratas, alcançando um número indeterminado de destinatários por um espaço de tempo e aplicando-se a várias situações diferentes. Sendo uma fonte de direito, os regulamentos são o exercício da função administrativa, entendida como aquela exercida por quem tenha sido investido de poderes administrativos para a prossecução dos interesses da coletividade.

Viu-se, também, ao longo deste estudo, que as ARI são autoridades públicas investidas de poderes administrativos para prosseguirem os interesses públicos, bem como para fomentar a concorrência e adequar o funcionamento do mercado. Para tanto, a LQER atribuiu-lhes, dentre outros, o poder de regulamentação. Vale mencionar que a lei instituidora de cada autoridade reguladora pode atribuir este poder<sup>143</sup>. Portanto, as ARI são detentoras legítimas do poder regulamentar.

Poder-se-ia enquadrar o regulamento expedido por uma ARI como um regulamento independente, já que a LQER e algumas leis instituidoras apenas atribuem a competência subjetiva e objetiva sem dar maiores elementos pelos quais a entidade deva se pautar. Todavia, este enquadramento tem causado desconforto na doutrina e fala-se em deslegalização de algumas matérias e “em carência (quase) total de parâmetros materiais legalmente fixados”<sup>144</sup> para emissão normativa. Sobre este dois aspectos, cumpre-se, primeiro, asseverar que a deslegalização de alguns assuntos é perfeitamente aceita pela CRP<sup>145</sup> e não se revela como uma mácula à regulamentação das ARI. Segundo, no tocante à carência de parâmetros materiais, isto também não se mostra como uma mazela, na medida em que as atividades reguladoras carregam assuntos de complexidade técnica sobre setores sociais e econômicos em constante mudança. Por isso, os dispositivos normativos das leis instituidoras contêm, às vezes, apenas conteúdo meramente habilitador, de baixa densidade normativa, conhecido como *standards*. O objetivo de leis como essas é “introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa.”<sup>146</sup>. Ou seja, uma lei instituidora não comportaria todo o arcabouço de valores morais, políticos e econômicos

---

<sup>143</sup> É o que acontece, por exemplo, com os Estatutos do ICP-ANACON, onde o seu artigo 9º, alínea a) lhe confere poder para elaborar regulamentos quando estes se mostrem indispensáveis ao exercício de suas atribuições.

<sup>144</sup> MONIZ, Ana Raquel. 2016. *Estudos sobre os regulamentos administrativos*. 2ª ed. Almedina, Coimbra p. 77.

<sup>145</sup> “O n.º 5 (do artigo 112 da CRP), porém, não exclui naturalmente a possibilidade de **deslegalização**, desde que uma lei determine que certa matéria, anteriormente regulada por acto legislativo (...) deixe de o estar, devolvendo-a para o âmbito da disciplina regulamentar.”. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 69.

<sup>146</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de, citando BOURCIER, Danièle. 2009. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2009, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 409.

existentes no seio da sociedade, motivo pelo qual estabelece apenas parâmetros de um quadro geral da regulamentação a ser feita pela autoridade reguladora.

Visto desta forma, o exercício do poder regulamentar por essas entidades, muitas vezes, reveste-se de regulamentos independentes, na medida em que exercem a competência normativa conferida de forma genérica pela lei e elaboram regulamentos com disciplina inicial ou primária. Respeitando-se, evidentemente, a regra constitucional de menção à lei atributiva e de não derrogação a nenhuma disposição legal previamente estabelecida, não se pode nega o caráter independente de seus regulamentos, nem tampouco ignorar a existência de outros tipos de regulamentos como parte do desempenho das tarefas cometidas às autoridades reguladoras<sup>147</sup>. Vale mencionar que o conceito de regulamento, independente da sua tipologia, envolve sempre a ideia de lacuna legislativa, de algo que precisa ser complementado. Portanto, sendo ou não sendo independente, os regulamentos das ARI e de toda AP estarão sempre preenchendo um vácuo legislativo em maior ou menor escala.

À propósito dos limites do poder regulamentar, admite-se não estar suficientemente clara a relação entre os regulamentos do Governo e os das autoridades independentes. Um lado da doutrina defende que, em caso de conflito entre os regulamentos governamentais e das autoridades independentes, poderá ser utilizado o critério da hierarquia de normas e, portanto, os regulamentos aprovados pelo Governo prevalecem sobre os regulamentos da entidade reguladora. Identifica-se aqui um poder de intervenção do Governo nas atividades destas entidades, revelando-se como mais um limite extrínseco à independência que as caracteriza<sup>148</sup>.

Um outro lado da doutrina admite o critério da especialidade, onde os regulamentos das autoridades verdadeiramente reguladoras são normas especiais face aos regulamentos governamentais pois têm âmbito teleológico de aplicação setorial. Assim, os seus regulamentos não podem ser revogados ou anulados por regulamentos do Governo<sup>149</sup>, o que impede uma possível interferência indevida do Governo na independência funcional das ARI<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> “Podemos classificar os regulamentos que a ANACOM está habilitada a editar segundo dois critérios: o do âmbito da eficácia e o da relação com a lei.”, ou seja, podem editar regulamentos internos, externos, de execução e independentes consoante os limites permitidos pelos Estatutos. GONÇALVES, Pedro. 2008. *Regulação, electricidade e telecomunicações*. Coimbra, Editora, Coimbra, pp. 225-228.

<sup>148</sup> CARDOSO, José Lucas. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 485.

<sup>149</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Almedina, Coimbra, pp. 844 e 845.

<sup>150</sup> Este critério baseado na especialidade utilizado para definir a prevalência dos regulamentos das ARI face aos governamentais impede que o Governo subverta, através de regulamento, a independência funcional que

### **3.3. A importância da participação dos interessados no exercício do poder regulamentar e o reforço do controle pelas comissões parlamentares competentes.**

Foi defendido, ao longo deste estudo, que a interação da sociedade no cotidiano das atividades reguladoras das ARI funciona como um canal perfeitamente adequado e satisfatório para alcançar o nível da legitimidade democrática desejável e aceitável em um Estado Democrático de Direito. A própria CRP, no n.º 1 do artigo 267, assegura a participação dos interessados na efetiva gestão da AP para evitar a burocracia, funcionando como “uma densificação do princípio constitucional da democracia participativa.”<sup>151</sup>. O artigo 98, n.º 1, do CPA corrobora com este preceito constitucional ao assegurar o direito de participação dos interessados no procedimento regulamentar.

A importância desses preceitos concentra-se na possibilidade de os interessados participarem ativamente do processo de tomada das decisões que os afetarão diretamente. É uma forma de contribuir e manifestar suas posições para que as decisões tomadas pela AP sejam mais equânimes e eficientes<sup>152</sup>, de retirar “à Administração Pública o monopólio decisório” e de subtrair “a exclusividade do ‘domínio de facto’ da decisão administrativa”<sup>153</sup>.

Por todos os atributos que lhes são conferidos, como a independência, a especialização e a celeridade, tudo leva a crer que as ARI são caracterizadas pela proximidade e abertura de suas ações aos administrados interessados. Isto se vê nos estatutos e nas leis instituidoras, onde preveem que, antes de aprovar ou alterar algum regulamento, “a autoridade deve *dar conhecimento* do respectivo projecto ao ministro da tutela, aos regulados, bem como às associações de consumidores de interesse genérico ou específico”<sup>154</sup>, facultando e disponibilizando o acesso ao projeto em seus *websites* onde poderão emitir opiniões e sugestões.

O CPA menciona, ainda, no artigo 100º, n.º 1, a audiência dos interessados quando a edição de um regulamento contenha disposições que afetem de modo direto e imediato interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Já o artigo 101, n.º 1, fala em Consulta Pública

---

legalmente identifica as autoridades reguladoras. MONIZ, Ana Raquel. 2016. *Estudos sobre os regulamentos administrativos*. 2ª ed. Almedina, Coimbra p. 81.

<sup>151</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. 2010. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 808.

<sup>152</sup> “A participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, (...) como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários.”. SILVA, Vasco Pereira da, 1996. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina, Coimbra, p. 402.

<sup>153</sup> OTERO, Paulo. 2016. *Direito do Procedimento Administrativo*, volume I. Almedina, Coimbra, p. 572.

<sup>154</sup> GONÇALVES, Pedro. 2008. *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 228.

para recolha de sugestões quando o número de interessados for impraticável para realização da audiência prévia. É importante dizer que a audiência prévia é um direito fundamental e concretiza o direito a um procedimento equitativo, e que sua violação ou grave deficiência podem macular o procedimento, podendo ensejar a declaração de nulidade. Um pouco diferente será com a violação ou preterição da consulta pública, onde o vício de forma gerará a anulabilidade do ato<sup>155</sup>.

Em obediência ao princípio da transparência, a audiência prévia e a consulta pública pressupõem a fundamentação do projeto de regulamento sobre o qual incida a participação dos interessados. Ou seja, deverá constar do relatório preambular do regulamento aprovado as referências às sugestões e opiniões que tenham sido apresentadas ao projeto. Caso as sugestões propostas não sejam acolhidas, a autoridade reguladora tem o dever de fundamentar as razões pelas quais não as acolheu<sup>156</sup>.

Portanto, a participação dos interessados no exercício do poder regulamentar das ARI, além do cariz legitimador, tem como objetivo criar uma conexão administrativa despolitizada entre a autoridade reguladora e o administrado regulado, com o intuito de promover debates produtivos e eficazes para consubstanciar regulamentos equânimes e eficientes.

Para além da participação popular no procedimento regulamentar como garantia de legitimidade democrática, destaca-se a faculdade de intervenção do Governo antes de aprovar ou alterar um regulamento prevista no n.º 1 do art. 41 da LQER. Apesar de não possuir caráter vinculativo, este procedimento visa melhorar a qualidade da regulação e impedir possíveis conflitos com a política governamental.

Somado a isto, cita-se a competência da AR para apreciar os atos das autoridades independentes, convocando os membros de seus órgãos para se apresentarem perante a comissão parlamentar competente e prestarem esclarecimentos sobre o relatório de suas atividades, nos termos do art. 49 da LQER. Ademais, cabe ao poder legislativo definir, através do processo legislativo ordinário, um conjunto de critérios a funcionar como limites à atividade

---

<sup>155</sup> OTERO, Paulo. 2016. *Direito do Procedimento Administrativo*, volume I. Almedina, Coimbra, pp. 574 e 575.

<sup>156</sup> OTERO, Paulo. 2016. *Direito do Procedimento Administrativo*, volume I. Almedina, Coimbra, pp. 576 e 577. Ainda, segundo este mesmo autor, “a fundamentação constitui (i) um dever da Administração, (ii) uma garantia dos cidadãos e, (...), traduz (iii) uma ‘janela de acesso dos tribunais à racionalidade e coerência do trajeto procedimental de decisão administrativa.’”

de regulação quando da elaboração das leis instituidoras, garantindo-se um controle mínimo de suas atividades, inclusive regulamentares.

### **3.4. A imprescindibilidade do poder regulamentar.**

Para o exercício do papel de regulador, assumido pelo Estado contemporâneo, é imprescindível que a AP disponha dos instrumentos úteis e adequados ao desempenho da função de regulação. Esta função consiste em definir as condições para o funcionamento equilibrado e justo das áreas reguladas, criando regras de orientação a serem seguidas pelos agentes regulados.

Em cada área, a tarefa de regulação cabe a uma entidade reguladora especializada. Todos os esforços das autoridades reguladoras estão voltados apenas para o setor que regulam. Para tanto, são dotadas de órgãos técnicos, especializados, imparciais, capacitados para, com independência e agilidade, editarem normas regulatórias setoriais. O mesmo não acontece com o Parlamento ou Poder Legislativo, sobre o qual recai uma gama imensamente variada de matérias e pormenores de políticas públicas que necessitam de um olhar dedicado dos parlamentares.

Ademais, a composição das ARI é feita por *expert's* no assunto. Seus diretores e funcionários devem ter notória especialização técnica e profissional sobre a área regulada. Ao contrário, o Parlamento ou o Poder Legislativo é composto por cidadãos eleitos sem critérios específicos de tecnicidade e de aptidão prática em áreas específicas. Esta perspectiva permite que as ARI sejam mais assertivas do que o Parlamento.

Portanto, o poder regulamentar torna-se indispensável, primeiro, porque está implicitamente previsto no conceito de regulação<sup>157</sup>. Segundo, porque os regulamentos são os instrumentos adequados para o exercício da função administrativa reguladora. E, terceiro, porque dinamizam a ordem jurídica e desafogam o Parlamento.

---

<sup>157</sup> “O conceito de regulação abrange a *regulamentação*, a edição, pelos poderes públicos, das normas jurídicas que instituem sistemas regulatórios (...) e que, em geral, enquadram e disciplinam a acção dos agentes regulados.” GONÇALVES, Pedro. 2008. *Regulação, electricidade e telecomunicações*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 21

## CONCLUSÃO

A concepção de entidades administrativas com independência em relação à Administração central para desempenharem funções regulatórias representa um novo modelo de administração<sup>158</sup>. Modelo este indispensável ao atual estágio evolutivo da sociedade que tem exigido respostas e resultados atempados e com níveis de excelência cada vez mais elevados. Este novo cenário vem, gradativamente, estimulando a flexibilização de alguns paradigmas e, até mesmo, de dogmatismos<sup>159</sup> com o intuito de adaptá-los ao novo contexto histórico.

Um exemplo prático dessa adaptação é a atribuição de legitimidade democrática sem a “necessária” eleição popular, mas, mais importante, com necessária participação popular, sem, evidentemente, prescindir das incumbências legislativas de dois poderes legitimados democrático-eleitoralmente – o Governo e o Parlamento – para criá-las e extingui-las conforme lhes aprouver. Por conseguinte, a colaboração da sociedade civil nas atividades das ARI passou de “apenas” uma formalidade legal para ser um elemento fundamental em sua legitimidade.

As autoridades reguladoras são entidades técnicas, e não políticas, e esta característica é essencial para a continuidade no desempenho de suas atribuições. Um dos principais motivos, senão o principal, para a criação das ARI é afastar a influência política das atividades reguladoras destinadas a setores sensíveis e estratégicos da sociedade, com vistas a atenuar a concentração de poder e a adoção de medidas politicamente convenientes. Apesar do distanciamento político proporcionado pela independência de que gozam, não estão isentas ao sistema de freios e contrapesos. Os três poderes tradicionais e população fazem o controle de suas atividades quando, por exemplo: o Governo analisa e aprova seus estatutos; o Judiciário aprecia a legalidade dos atos praticados; há prestações de contas perante a comissão parlamentar competente, afinal, a independência de que gozam não pode ser sinônimo de imunidade ao controle parlamentar; e a participação popular, que assume um papel muito importante também como mecanismo de controle de suas atividades.

---

<sup>158</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 223, jan/mar. 2001, p. 5. Aludindo à ideia de uma democracia substantiva, este autor defende que as agências reguladoras são um excelente exemplo de institutos que representem um instrumento de proteção de direitos fundamentais e que constituem “avanços concretos no sentido da realização da democracia substantiva, como aquela que preserva a condição pluralista da sociedade e também do Estado.”

<sup>159</sup> “O momento histórico hoje vivido distancia-se em mais de dois séculos das lições de Montesquieu – que jamais poderiam cogitar do atual estado evolutivo da civilização mundial.”, defendendo a revisão de enfoques tradicionalmente apresentados pelos princípios da separação de poderes e da legalidade. CUÉLLAR, Leila. 2001. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. Dialética, São Paulo, p. 136.

Para prosseguirem os fins para os quais foram criadas, gozam de poderes essenciais. O destaque vai para o regulamentar, pois está inerente à ideia de poder regulador, entendido como aquele exercido através da produção normativa para enquadrar e disciplinar a ação dos agentes regulados. Desta forma, a edição de regulamentos pelas ARI é indispensável ao funcionamento pleno do Estado regulador.

Ao fixar e definir as regras e condições de funcionamento das áreas reguladas, as ARI atuam como “orientadoras do sistema”. Com isso, tornam-se um marco na descentralização normativa e na democratização do exercício do poder normativo no Estado contemporâneo, o que exige uma interpretação não estanque dos Princípios da Separação de Poderes e da Legalidade.

É imperioso mencionar que a morosidade e a falta de capacidade técnica dos parlamentares, que os tornam incapazes de lidar com a complexidade, a pluralidade e a tecnicidade das matérias reguladas, acentuaram a necessidade de descentralização normativa e mobilizaram a transferência dessas funções a outros centros com poder de autoridade, capacitados tecnicamente e especializados para, nos parâmetros da constituição e da lei, tomar as decisões pertinentes livres das injunções políticas parciais sempre que possível.

Todavia, o poder regulamentar, sem diminuir sua importância e pertinência, continua sendo um poder secundário, pois o seu principal fundamento jurídico é a lei (constitucional ou ordinária). Isto mostra a sua posição hierárquica na escala das fontes de Direito. Há uma relação de complementaridade entre a lei e o regulamento. Isso não equivale a dizer que o poder regulamentar deriva de uma delegação de poderes legislativos, pois a natureza do ato de delegação é incompatível com a natureza jurídica das ARI. Sendo uma outorga precária, temporária e excepcional, colocaria em risco a existência dessas entidades em decorrência da revogação, *ad nutum*, do poder delegado. Ora, se o exercício do poder regulamentar das ARI depender da vulnerabilidade da vontade do delegante possuidor de poderes para suspender, a qualquer momento, a ato de delegação, não há razões nem segurança jurídica para existirem. Portanto, o poder regulamentar é um poder próprio, derivado da CRP e das leis.

Embora a LQER confira poder para elaborar os regulamentos necessários ao desempenho de suas funções (*cf.* Artigo 21, nº 1, *al.* i), o que denota a permissão para introduzirem conteúdo inovador por este instrumento, é evidente que essa circunstância não implica somente a edição de regulamentos independentes, apesar de ocorrer na maioria dos

casos, mas é perfeitamente admissível que seus atos revistam-se de outros de tipos de regulamentos, como os de execução, os complementares e internos.

Pode-se seguramente afirmar que este processo de fragmentação sofrido pela AP ao longo da evolução estatal atingiu o seu ápice com o surgimento de entidades independentes dotadas de autonomia normativa, pois desafogam os Parlamentos e trazem dinamização para a ordem jurídica, já que os regulamentos por elas editados são verdadeiras e legítimas normas jurídicas, porém com valor infralegal. Portanto, não se pode aceitar que as ARI, enquanto detentoras de poderes administrativos de autoridade, não seriam legítimas para criarem verdadeiras fontes de direito quando da edição de seus regulamentos.

Assim, a competência normativa conferida às Autoridades Reguladoras Independentes pelos diplomas legais que as instituíram é imprescindível ao desempenho eficiente de suas atribuições e ao funcionamento do Estado Regulador, competência essa que encontrará sempre como limite os princípios basilares do Estado de Direito, o respeito à Constituição, às leis e a todo o ordenamento jurídico vigente.



## **BIBLIOGRAFIA**

- ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Almedina, Coimbra, 2012.
- AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1993.
- *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.
  - *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2001.
  - *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- AMORIM, João Pacheco de. *Direito Administrativo da Economia*. Almedina, Coimbra, 2014.
- APOLINÁRIO, Marisa. *O Estado Regulador: o novo papel do Estado*, Teses, Almedina, Coimbra, 2016.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.
- *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, 3ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009.
  - *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, 3ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. in *Agências Reguladoras e Democracia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, coordenador GUSTAVO BINENBOJM, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Abr./Jun. 2005, pp. 147-165.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1991.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CARDOSO, José Lucas. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Editora Atlas S.A, São Paulo, 28ª ed., 2015.
- CASTRO, Raquel Alexandra Brízida. *Constituição, Lei e Regulação dos media*. Almedina, Coimbra, 2016.
- CORREIA, Sérvulo. *Noções de Direito Administrativo*, vol. I. Editora Danúbio LDA, Lisboa, 1982.
- CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. Dialética, São Paulo, 2001.
- *O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas*. in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Jul./Set. 2002, pp. 153-176.
- DIREITO, Carlos Gustavo. *A evolução do modelo de regulação francês*, in *Revista de Direito do Estado*, n.º 2, ano 1, abril/junho, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1996.
- FERNANDES, José Pedro. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2ª ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1990.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia*, in *Agências Reguladoras e Democracia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, coordenador GUSTAVO BINENBOJM, 2006.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Estado de garantia e mercado*. in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010, pp. 97-128.

- *Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “Regulação Independente”?* in *O poder normativo das Agências Reguladoras*, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro. 2011.
- *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética, São Paulo. 2002.
- MAÇAS, Fernanda. *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, 2006, pp. 21-49.
- MACHETE, Rui. *O Direito Administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI*, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?* in *Revista de Direito Público Económico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5, 2004.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, São Paulo, 33ª ed., 2007.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Almedina, Coimbra, 2016.
- MORAIS, Carlos de. *Inovações em matéria regulamentar no Código de Procedimento Administrativo*, in *Estudos em homenagem a Rui Machete*, Almedina, Coimbra, 2015.
- *O estudo híbrido das entidades reguladoras da economia*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- MOREIRA, Vital. *A nova entidade reguladora da saúde em Portugal*, in *Revista de Direito Público Económico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 5. 2004.
- *Administração Autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

- *Serviço público e concorrência. A Regulação do Sector Elétrico. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora.*
  - *Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa” in Revista de Direito Público da Economia. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2003.*
- MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes, estudo e projeto de Lei-quadro.* Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 223, jan/mar. 2001.
- OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hieraquia Administrativa,* Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- *Direito do Procedimento Administrativo,* vol. I, Almedina, Coimbra, 2016.
  - *Legalidade e Administração Pública: a sentido da vinculação administrativa à juridicidade.* Almedina, Coimbra, 2003.
  - *Manual de Direito Administrativo.* vol. I. Almedina, Coimbra, 2013.
  - *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado,* Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- SILVA, João Nuno Calvão da. *Agências de Regulação da União Europeia.* Gestlegal, Coimbra, 2017.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido,* Almedina, Coimbra, 1998.
- SOARES, Rogério. *Direito Público e Sociedade Técnica,* Atlântica Editora, Coimbra, 1969.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral: atividade administrativa,* tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2007.