

O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES: O CASO DE ESTUDO DO BANCO CENTRAL EUROPEU E DO BANCO DE PORTUGAL

THE DEMOCRATIC PRINCIPLE AND INDEPENDENT AGENCIES: CASE-STUDY OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK AND OF THE BANK OF PORTUGAL

Tiago Morgado Jorge¹

Resumo: Aborda-se a questão da legitimidade, quer institucional quer de actuação, das entidades administrativas independentes face ao princípio democrático, à separação de poderes e aos demais direitos fundamentais dos cidadãos, tanto no quadro da União Europeia como da Constituição da República Portuguesa, utilizando como caso de estudo o Banco Central Europeu e o Banco de Portugal.

Palavras-chave: princípio democrático; entidades administrativas independentes; bancos centrais; Banco Central Europeu; Banco de Portugal.

Abstract: This work endorses the question of institutional and decision-making legitimacy of independent agencies regarding the democratic principle, separation of powers, and fundamental rights. Focusing on the case studies of the European Central Bank and the Bank of Portugal, in the framework of European Union Treaties and the Constitution of the Portuguese Republic.

Keywords: democratic principle; independent agencies; central banks; European Central Bank; Bank of Portugal.

2023

¹ Mestrando em Direito e Ciência-Jurídica, Especialidade de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. tiagomigueljorge@edu.ulisboa.pt

Introdução

Nos tempos mais recentes, vários desafios se têm colocado ao princípio da separação de poderes. Um deles, muito por força da integração europeia, é o problema que emerge da criação de entidades administrativas independentes e, em particular, dos bancos centrais. Esta opção criou um quarto poder dentro do Estado, um segundo de natureza administrativa, que se distingue da restante Administração por não estar submetida a um órgão político e, em consequência, a uma responsabilidade para com os órgãos eleitos democraticamente.

Muitas destas entidades são legitimadas directamente, na sua função institucional, pelas normas supralegais do ordenamento jurídico, como sejam os tratados fundadores da União Europeia ou a Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”). Não é, por conseguinte, profícuo tentar identificar alguma ilegitimidade na competência destas entidades, uma vez que esse tipo de normas não será ponderável. Serão ponderáveis apenas os comandos dirigidos à autoridade normativa constituída e as normas que regulam o exercício das competências que são atribuídas às referidas entidades.

O princípio democrático, concebido como um imperativo de submeter aos órgãos democraticamente eleitos os grandes e principais elementos norteadores da vida em sociedade, parece ser o maior entrave a este esquema de separação de poderes. Tendo em conta o poder fáctico e a influência que os bancos centrais têm na nossa vida, enquanto sociedade e enquanto cidadãos, seria de esperar que esses poderes estivessem investidos num órgão com legitimidade democrática.

Desta forma, propomo-nos a explicar quais os pressupostos e as justificações jurídico-políticas para a distribuição de poder que retira protagonismo ao poder executivo por excelência e o transporta para uma realidade mais distante de controlos democráticos. Muito embora o exemplo utilizado seja o da regulação dos bancos centrais, em particular do binómio Banco Central Europeu (doravante “BCE”) – Banco de Portugal (doravante “BdP”), estamos em crer que esta argumentação será totalmente procedente para a maioria, se não para todos, os casos de entidades administrativas independentes.

1. O acórdão do PSPP e a problemática em questão

A já famosa decisão do *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional Federal Alemão (doravante “TCFA”)] de 5 de Maio de 2020 tentou desenhar limites à actuação do BCE e dos bancos centrais dos Estados-Membros da União Europeia (doravante “UE”) invocando os mais basilares princípios do estado de direito democrático, considerando que muitos deles exigiriam que o BCE refreasse as suas acções nos mercados de capitais.

Analisaremos os argumentos por detrás desta legitimidade dos bancos centrais e os princípios constitucionais que tentam resolver esta dualidade entre a legitimidade democrática do Governo e a independência técnica de um banco central², desenhando uma barreira no ponto em que o legislador pode ponderar as regras constitucionais em causa para atribuir competências às entidades administrativas independentes.

De um ponto de vista analítico, distinguiremos entre competências em sentido *hohfeldiano*³ e regras que regulam o exercício da competência quer do ponto de vista da autoridade normativa que pode constituir as entidades administrativas independentes, quer do ponto de vista dessas próprias entidades. Este método de análise torna mais fácil conceber a distinção entre o tipo de acções que são permitidas e o tipo de acções que são proibidas.

² Referir-nos-emos a “banco central” como a entidade a quem são atribuídas a regulação do sector financeiro e monetário, à imagem do Banco Central Europeu.

³ Cfr. Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, Ed. Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1919, pp. 50-60.

2. A concepção do princípio democrático

O princípio democrático, na sua formulação mais simples, poderá resumir-se ao simples poder do povo, que se verterá numa democracia indirecta em que o povo elege legítimos representantes numa assembleia, e talvez o chefe-de-estado, que tomarão as decisões primordiais de uma determinada comunidade política.

Como aponta Gomes Canotilho, para além disso, a CRP adoptou uma concepção de democracia representativa em termos de um princípio amplo e não restritivo, por forma a garantir “*eficiência, selectividade e racionalidade ao princípio democrático (orientação de ‘output’)*”⁴, para além, como é evidente, da *orientação de input* que obriga à eleição dos representantes do povo⁵. Ora, se assim é, temos então presentes os subprincípios da eficiência e da racionalidade (n.ºs 1 e 5 do Artigo 267.º da CRP) como enquadrados no princípio democrático dentro daquela concepção de *output*, que mitigariam a atribuição *prima facie* de todo o poder aos órgãos democraticamente eleitos. De um certo modo, como reitera Canotilho, também a fórmula de Popper está alinhada com a actual construção das autoridades administrativas independentes, na medida em que a selecção dos seus corpos dirigentes é feita de forma indirectamente democrática e existem mecanismos previstos (ainda que apenas de natureza judicial) para a sua destituição⁶.

A concepção democrática com ênfase no *output* tem sido frisada por vários autores, também como paralelo entre uma concepção germânica, que apontaria para a necessidade de *input* claramente democrático, e a concepção da UE, que parece inclinar-se sobretudo para uma orientação de *output*, dada a natureza institucional daquela União. Assim, bastaria apenas que a solução encontrada tratasse a todos por igual – uma vez que a democracia também pressupõe, nesta concepção, igualdade – para que o princípio democrático

⁴ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 289.

⁵ Poderíamos argumentar, também, que os poderes legislativos originários do Governo em Portugal nascem desta visão enquanto democracia de *output*, mais a mais permitindo total escrutínio e até revogação por parte do Parlamento, assegurando a eficiência e a tecnicidade que caracteriza a intervenção executiva no âmbito legislativo.

⁶ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 292.

se considerasse respeitado⁷. Esta última concepção parece-nos, em boa verdade, perigosa, na medida em que desvirtua o princípio democrático na sua génese: o poder é do povo.

Como vimos, é perfeitamente possível que da ponderação entre o princípio democrático e outros princípios do ordenamento jurídico resultem soluções que sejam antidemocráticas. O exercício ponderativo poderá apontar para uma prevalência destes últimos sobre aquele. Outra coisa será, ao abrigo de uma suposta interpretação do princípio democrático – que nada mais é do que simplesmente o governo do povo, o poder do povo *demo + kratos* –, desvirtuá-lo da sua característica essencial com o intuito de justificar, a partir de uma suposta “democraticidade”, um qualquer tipo de tecnocracia. Assim, perfilharemos antes a necessidade da ponderação para responder à presente questão.

Desta forma, mesmo que consideremos que existem princípios constitucionais para além do princípio democrático que norteiam a distribuição de competências, essa mesma ponderação já foi realizada pelo próprio legislador, que as verteu em normas-regra. Assim, por exemplo, temos uma separação de poderes que pode ser antidemocrática, como realça Pedro Moniz Lopes: “A separação de poderes tem uma *dimensão claramente antidemocrática*, na medida em que veda, na sua variante constitutiva de reservas funcionais, a atribuição de todas as competências a órgãos dotados de legitimidade democrática directa.

⁷ «Article 9 of the Treaty on European Union defines equality in an “output” understanding, meaning that the EU institutions will treat European citizens with the same attention. Democratic equality, understood as proportional representation of the citizens in the ‘input’ mechanisms of political decision making, is not mentioned in this fundamental norm. This is a different approach to democratic representation than, for example, in the German constitution that defines democratic government by a clear input definition of democracy. Article 9 of the TEU therefore seems to confirm those authors who understand the EU as a merely output-oriented entity, legitimised by effective outcomes rather than by input, a feeling of solidarity and a common public sphere. Whether this difference in definition really indicates a change in the concept of democratic theory remains however doubtful as the following Articles in the TEU do clearly refer to a traditional understanding of democratic representation.” in STEPHAN BREDT, “Prospects and Limits of Democratic Governance in the EU”, *European Law Journal*, vol. 17, issue 1 (Janeiro. 2011), pp. 35-65, p. 37; “A consequence of the constitutional concept is that the differentiation between input and output legitimacy has to be understood in a new way. So far, output decision making mechanisms are generally understood as less democratically legitimate than input decision-making institutions. Following constitutionalist theory however, the decision for an independent court or an elected parliament on the constitutional level derives its legitimacy from the same source. Therefore, the decision for an independent institution like a court or a central bank instead of a directly elected one is a trade-off between different organisational structures that can be described as input- or output oriented. On the constitutional level which is decisive for democratic theory however, it is not a trade-off between democratic legitimacy and effectivity. It is an equally democratic choice and both institutions enjoy the same level of legitimacy. The constitutionalist approach to democracy offers an instrument to analyse in which policy fields input and output mechanisms are the appropriate instruments in a democratic institutional system. This fundamental idea should be worth considering in legal constitutional theory as it emphasises the meaning of a constitution for democratic legitimacy.” in STEPHAN BREDT, “Prospects and Limits”, pp. 59-60.

Neste enquadramento, pese embora a associação ideológica, não se pode afirmar que a norma de separação de poderes dê cumprimento ao princípio democrático: as normas estão em *conflito abstracto*.⁸

Na verdade, a primeira abordagem, por muito mais nebulosa, poderia levar-nos, *in extremis*, a implantar uma autêntica tecnocracia, se considerássemos o princípio democrático apenas como uma tradução no tratamento igual dos cidadãos face a todas as soluções encontradas por quem detém o poder de decisão. Nessa lógica não existiria necessidade alguma de eleger governantes.

Ainda citando o mesmo autor: “Este princípio da hierarquia constitucional conflitua em abstracto, naturalmente, com outras normas de idêntica hierarquia: caso contrário, e na sua máxima expansão normativa possível, vedaria a criação de quaisquer normas ou decisões que não fossem democraticamente sustentadas na sua plenitude, i.e., vedaria, por si só, a própria divisão e alocação de poderes (...) Tudo seria, nessa medida, juridicamente regulado por lei parlamentar. / O conflito abstracto entre o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da reserva de funções pode ver-se, pela facilidade explicativa, na contraposição daquele com o princípio de reserva de função jurisdicional: ao passo que o primeiro compreende a optimização do efeito democrático de todas as competências estaduais e infra-estaduais, nomeadamente reservando-as para um órgão democraticamente legitimado de modo directo com o Parlamento, o segundo impõe que as competências relativas à administração da justiça, com todos os atributos inerentes aos órgãos competentes, bem como ao nível do procedimento seguido para o efeito, *seja reservada aos órgãos institucionalmente mais aptos*: os tribunais.”⁹ (destacado nosso).

Pelo exposto, não se afigura difícil desenhar o banco central enquanto entidade administrativa independente mais apta do que o governo para controlar e regular as variáveis financeiras que lhe são incumbidas. Mais adiante abordaremos as vantagens e desvantagens de tal assunção.

⁸ PEDRO MONIZ LOPES, “Separação de poderes, reserva de função administrativa e alocação normativa entre acto legislativo e regulamentar”, in *X Encontro de Professores de Direito Público* (coord. Ana Gouveia Martins *et al.*), e-book ICJP-CIDP, 2017 (https://www.icjp.pt/sites/default/files/publica-coes/files/e-book_x_encontroprofdirpub_0.pdf), pp. 33-83, p. 60.

⁹ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 435.

3. Direitos fundamentais dos cidadãos enquanto afloramento do princípio democrático

3.1. A alocação de competência enquanto violadora do princípio democrático

O direito de voto é concebido geralmente como um direito fundamental, corolário do princípio democrático. Nesta ordem, o Tribunal Constitucional Federal Alemão associou a actuação de um consentimento popular na tomada das decisões mais importantes da sociedade, como vimos, e como é, evidentemente, a alocação de competências de regulação de mercados de capitais:

“Das dem Einzelnen in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Wahlrecht zum Deutschen Bundestag erschöpft sich nicht in einer formalen Legitimation der (Bundes-)Staatsgewalt (1.). Der Anspruch der Bürgerinnen und Bürger auf demokratische Selbstbestimmung gilt auch in Ansehung der europäischen Integration (2.) und schützt sie im Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 GG vor offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union (3.) sowie davor, dass solche Maßnahmen die Grenze der durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze des Art. 1 oder des Art. 20 GG überschreiten (4.).

Das dem Einzelnen in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Wahlrecht zum Deutschen Bundestag erschöpft sich nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in einer formalen Legitimation der (Bundes-)Staatsgewalt, sondern umfasst auch dessen grundlegenden demokratischen Gehalt (...). Dazu gehören namentlich der in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Grundsatz der Volkssouveränität und der damit zusammenhängende Anspruch der Bürgerinnen und Bürger, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die sie auch legitimieren und beeinflussen können (...). Jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt muss danach auf die Bürgerinnen und Bürger zurückführbar sein (...). Dies schließt es aus, dass diese einer politischen Gewalt unterworfen werden, der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen (...).

Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährt dagegen keinen Anspruch auf eine über die Sicherung des durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Anspruchs auf demokratische Selbstbestimmung hinausgehende Rechtmäßigkeitskontrolle demokratischer Mehrheitsentscheidungen. Er dient

nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet (...).”¹⁰.

Este direito de voto corre em paralelo com um direito de os cidadãos poderem ver todas as decisões legitimadas democraticamente, na medida em que correspondem a uma vontade do povo. Mais a mais, a legitimação democrática das decisões é concebida como abrangendo “todas as situações quanto possíveis”¹¹. Assim, todo e qualquer exercício do poder tem de ser legitimado pelo povo. Tal direito (*claim-right*) dos cidadãos correlaciona-se com um inexorável dever de garantir que a actuação da autoridade normativa constituída respeita esta regra. Nestes termos, à partida, a atribuição de competências a autoridades administrativas independentes, por não estarem democraticamente legitimadas, violaria o princípio democrático.

Desta forma, como advoga Alexy, só a ponderação poderá dar uma resposta a este respeito¹². Ou seja, uma vez que o princípio democrático atribuiu tais competências, ou manda atribuí-las, obrigatoriamente, ao órgão democraticamente legitimado, somente o resultado de um exercício ponderativo poderá esclarecer se existem princípios no ordenamento jurídico que permitem alocar tais competências a outro órgão. *Prima facie*, a autoridade normativa constituída poderá legislar; contudo, em certas circunstâncias, poderá estar impedida de restringir os direitos fundamentais dos cidadãos, conquanto tal restrição seja indispensável para a salvaguarda de outros princípios constitucionais¹³. Ora, atribuir o poder de decidir da compra de dívida pública, que por sua vez tem o impacto económico que veremos no capítulo III e que afecta o direito ao emprego, é limitar os

¹⁰ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. 1-237, para. 98-100. O TCFA disponibilizou uma tradução da decisão, que pode ser consultada em https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html (último acesso a 26/12/2023, às 16:40).

¹¹ Assim o concebe Robert Alexy em ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 2.ª edição, traduzido por Julian Rivers. Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 417.

¹² ROBERT ALEXY, *A Theory*, p. 82.

¹³ Não deixam de ser interessantes as questões levantadas por Jorge Reis Novais em JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais: Fundamento, Justificação e Controlo*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 115-119, quanto a esta concepção. Estaríamos a assumir então que, em caso de empate na ponderação realizada, o órgão democraticamente legitimado teria a prerrogativa para decidir, nas palavras de Reis Novais, da constitucionalidade da acção em causa. Não nos parece que tal Prerrogativa cristalize uma putativa norma de natureza constitucional, mas antes uma simples “regulamentação” dos princípios em causa. Se a ponderação não deu qualquer pista sobre o estatuto deontológico das acções determinadas pela Constituição, sendo ambas permitidas (tanto x como y), quer então dizer claramente que resulta da própria Constituição uma liberdade de acção que só o Parlamento, na sua legitimidade democrática, poderá restringir nos termos gerais.

direitos fundamentais dos cidadãos¹⁴, o que, de resto, está sujeito às obrigações do n.º 2 do artigo 18.º CRP para o efeito.

Em paralelo, também numa apologia da legitimidade democrática do Parlamento, Jorge Reis Novais admite uma reserva do politicamente adequado ou oportuno, que seria, por natureza, de cognoscibilidade impossível para os tribunais¹⁵. O autor parece reconhecer, assim, uma ponderação que só ao órgão democraticamente legitimado caberá fazer, pelo que não podemos, desta forma, falar de inconstitucionalidade. Muito embora esta seja, facticiamente, a posição que decorre da Constituição, em virtude de a criação de entidades administrativas ser uma liberdade dirigida à autoridade normativa, como veremos, tal sucede apenas porque é a norma em causa que o expressa quase que inequivocamente, e não tanto por divergências de metodologias interpretativas.

3.2. A alocação de competências de intervenção de mercado como violadora do princípio democrático em particular

“Insbesondere das Budgetrecht des Deutschen Bundestages (...) und seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung sind als unverfügbarer Teil des grundgesetzlichen Demokratieprinzips durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG geschützt (...). Es gehört zum änderungsfesten Kern von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG, dass der Deutsche Bundestag dem Volk gegenüber verantwortlich über alle wesentlichen Einnahmen und Ausgaben entscheidet (...). Er muss über die Summe der Belastungen der Bürgerinnen und Bürger und über wesentliche Ausgaben des Staates befinden (...). Daher liegt eine das Demokratieprinzip verletzende Übertragung von Hoheitsrechten jedenfalls dann vor, wenn die Festlegung von Abgaben in Art und Höhe in wesentlichem Umfang supranationalisiert und damit der Dispositionsbefugnis des Bundestages entzogen würde (...).”¹⁶

Ora, como sabemos, se o Banco Central Europeu decide comprar dívida pública, quer dizer então que está a tomar uma decisão de risco, em financiar um determinado Estado. A capitalização do Banco é de decisão e responsabilidade do Estado, pelo que também essa assunção de despesa pode ser, em última instância, um encargo do Estado. No Euro-

¹⁴ Eu tenho o direito x, mas por motivos y e z, também eles constitucionalmente protegidos, o direito x pode ser inconcretizável. Não deixa de existir, não obstante, uma certa presunção de permissão da autoridade normativa constituída para restringir os direitos fundamentais, em virtude de conhecer os casos concretos.

¹⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Limites*, p. 226.

¹⁶ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. 1-237, para. 104.

sistema, e ao abrigo do programa PSPP, cada Banco Central compra dívida pública do seu próprio Estado. Dada a integração entre as várias economias e os seus sistemas financeiros, o acto de o Banco Central financiar as actividades de um Estado pode transformar-se numa espécie de “subsídio” que desequilibrará em favor desse Estado certos indicadores económico-financeiros, perturbando os equilíbrios delicados existentes no seio do mercado único, dando aso ao financiamento de economias moribundas e ineficientes. Os restantes Estados, para continuarem a competir com esses Estados artificialmente financiados, teriam também de elevar os seus custos para subsidiar de alguma forma a sua economia. Assim, essa necessidade de elevar os montantes dos recursos financeiros dos Estados não havia sido tomada pelo parlamento legitimamente eleito, repercutindo-se em mais uma conseqüente violação do princípio democrático.

3.3. Questão metodológica: ponderar as normas que regulam o exercício da competência?

No trabalho a que nos propomos, a principal questão prende-se com a atribuição de competências, mais em concreto com a sua concepção *hohfeldiana* enquanto *power conferring norms*. São normas de competência aquelas que atribuem o poder a um ente jurídico para criar ou alterar normas jurídicas. Em oposição a estas, temos as normas que regulam as condutas, isto é, que atribuem um estatuto deontico a uma determinada acção.

O princípio democrático pressupõe que a competência legislativa seja atribuída a um órgão democraticamente legitimado. Assim, o princípio será sempre um comando, dirigido tanto à autoridade normativa constituinte quanto à autoridade normativa constituída, que impõe um dever de atribuir essa competência a um órgão democraticamente legitimado. Ou seja, existe um dever sobre a autoridade normativa constituída de legislar de forma “x”. Assim, o princípio democrático não é, em si mesmo, uma norma que atribua competência, mas antes um comando de “dever-ser”.

Desta forma, as normas de competência são plenamente e apenas normas-regra. Como veremos de seguida, as normas-regra de competência em causa são peremptórias e definitivas. Assumimos que, por serem normas de competência, não podem então ser ponderáveis. Há também quem defenda, como Pedro Fernández Sánchez, que a mesma conclusão se pode retirar de um comando presente na Constituição que proíbe tal ponderação¹⁷.

¹⁷ “É justamente neste ponto que a vontade normativa da autoridade competente para decretar a solução aplicável a um universo de casos tem de fornecer o critério para definir as condições de derrota de

Seja como for, e pela economia do presente trabalho, adoptaremos a conclusão de tais trabalhos, e não necessariamente as suas premissas, como pressuposto desta investigação.

Em paralelo, coisa bem diferente é, já na normação infraconstitucional ou infra direito primário da UE, existirem princípios que impelem a autoridade normativa a legislar de certa forma, que constringem a sua competência, obrigando a atribuir determinadas competências a certos tipos de órgãos. Em virtude da cristalização de tais regras de competência no direito primário da UE, um exercício que lograsse ponderar tais normas de competência seria fútil – partindo do pressuposto, como nós partimos, de que tais regras são imponderáveis¹⁸. Mas não deixa de existir uma dialéctica ponderativa entre as normas de primeira ordem *hohfeldiana* – normas de conduta que permitem certas acções dos bancos centrais – e outras normas que à partida inviabilizariam tal conduta. É nestas, e também naquelas que regulam a atribuição do exercício de competência em termos infraconstitucionais, que o presente trabalho mais se focará.

cada norma vigente. Através de uma operação hermenêutica, a responsabilidade do intérprete é a de identificar os elementos comprovativos de que o autor da norma (i) *decidiu submetê-la a uma reserva de ponderação para a determinação das suas possibilidades fácticas e jurídicas* ou (ii) *escolheu, inversamente, excluí-la dessa ponderação e predefinir as condições da sua aplicação, independentemente de qualquer razão de peso contrária que o intérprete entendesse invocar.* / Tão-pouco se desconhece que, mesmo neste último caso, não pode ser descartada a hipótese de a autoridade normativa incorrer num erro e prever uma norma-regra cujas condições de aplicação são física ou logicamente irrealizáveis. Nem é de excluir, evidentemente, uma interpretação ab-rogante lógica. Porém, essa hipótese não é confundível com os casos em que o intérprete propõe a derrota de uma norma, não porque descobre ser impossível a sua aplicação, mas porque discorda das condições da sua aplicação, porventura invocando até argumentos que julga convincentes para a substituição dos efeitos normativos pretendidos pelo legislador, nomeadamente a sua alegada imprevidência ou a sua incoerência com certos vectores fundamentais do sistema.” (destacado nosso) in PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Excepção”, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 81, n.º 3-4 (Julho - Dezembro 2021), pp. 755-805, p. 791.

¹⁸ Veja-se a argumentação de, entre nós, Pedro Moniz Lopes: “A competência para administrar, no plano deontico da criação de decisões e normas, só pode resultar de normas de competência, sejam explícitas ou implícitas, concretamente as que, sob definição do Governo como órgão de condução da política geral do país e órgão superior da administração pública, são definidas na Constituição como suas competências administrativas. / A norma de competência de fiscalização parlamentar fundamenta, isso sim, uma margem de manobra, tanto do Governo como das pessoas colectivas directa ou indirectamente dependentes, no exercício da função administrativa: não funda a competência, dado que esta é constitucionalmente atribuída, mas funda as *condições mínimas* de autonomia para o exercício dessa competência.” In PEDRO MONIZ LOPES, “Separação de poderes”, p. 69. Ainda assim, o autor parece ter alterado a sua posição mais recentemente. Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *e-Pública*, vol. 7, n.º 1 (Abril 2020), pp. 118-152, pp. 141-145.

4. A intervenção dos Bancos Centrais na economia

Com maior ou menor amplitude, os bancos centrais actuam na economia através da compra ou venda de activos, para além da regulação bancária que efectuam. Na UE, em especial na zona euro, em virtude da partilha da moeda única, os ciclos económicos poderão exigir medidas ligeiramente diferentes ou com variadas intensidades nos vários Estados-Membros. Em consequência, primeiro há que entender como funcionam estes mecanismos em concreto, de modo que possamos compreender o seu impacto na vida dos cidadãos e a necessidade de um eventual controlo democrático do mesmo.

4.1. Injecção de moeda na economia

O Banco Central pode optar por injectar moeda na economia, comprando activos (por exemplo, a própria dívida pública de um Estado). Isto pode ser benéfico por múltiplas razões. No caso, para travar um cenário de deflação, que coloca sobretudo em risco aqueles que têm empréstimos bancários, uma vez que o eventual rendimento do seu investimento será insuficiente para pagar o investimento original com a respectiva taxa de juro¹⁹.

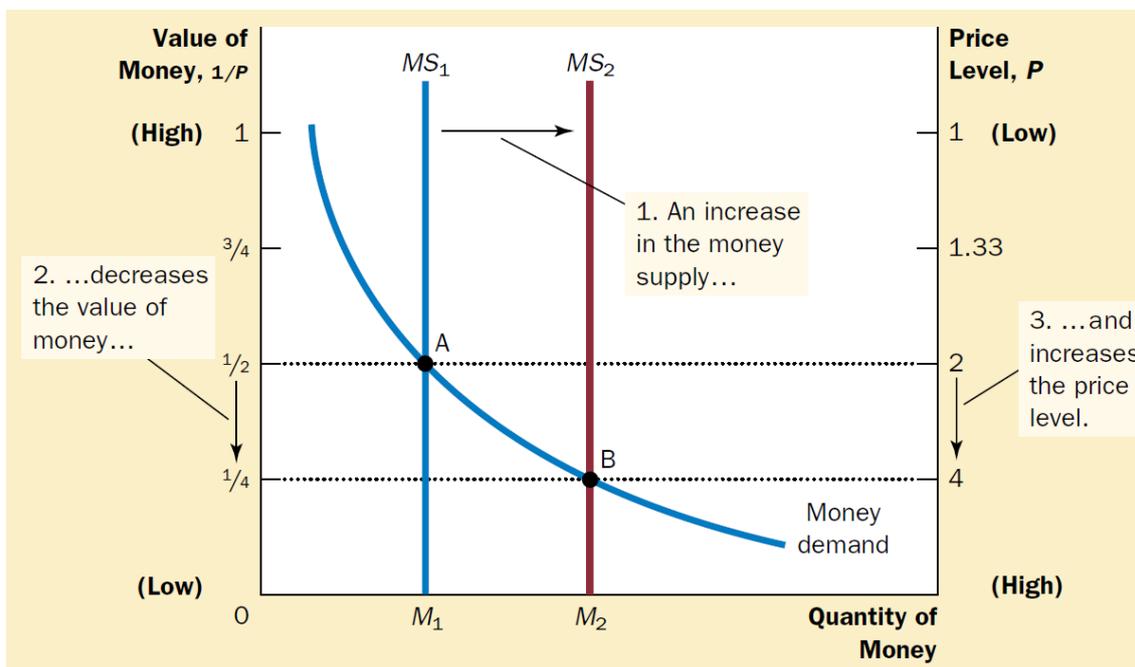


Figura 1 - Injecção monetária na economia; MANKIW, N. Gregory – *Principles of Macroeconomics*, South-Western Pub, 2003, p. 344

¹⁹ N. GREGORY MANKIW, *Principles of Macroeconomics*, 3.ª edição, s.l., South-Western Pub., 2003, p. 359.

Assim, a compra de activos por parte do Banco Central levará a um aumento da circulação monetária e do dinheiro disponível na economia e, conseqüentemente, a uma desvalorização da moeda e a um aumento de preços, que permitirão a quem contraiu empréstimos bancários saldar as suas dívidas, por exemplo. Por outro lado, quem tivesse acumulado poupanças veria o valor dessas mesmas poupanças diminuir, pelo menos nas taxas de juro expectáveis que viria a ter e, como é evidente, durante o tempo necessário que a economia demora a ajustar-se à nova quantidade de moeda em circulação.

Não obstante, esta intervenção é neutra do ponto de vista monetário, uma vez que a moeda desvaloriza de acordo com a quantidade introduzida na economia, e os preços aumentam na proporção inversa. A este fenómeno os economistas denominam de neutralidade monetária. É, portanto, apenas e só, uma variável nominal.

À partida, se estamos a tratar apenas de variáveis nominais, e tendo presente o princípio da neutralidade monetária, poderíamos conceber que este impacto não provoca qualquer diferença. Ainda assim, a intervenção dos bancos centrais tem impactos, ainda que momentâneos, na vida das pessoas. Vejamos os seguintes casos.

A compra de dívida pública dos Estados-Membros pode ter efeitos na dívida pública, nas poupanças pessoais, nos mecanismos de reforma e de pensões, nos preços do mercado imobiliário e pode até manter em operação empresas economicamente ineficientes²⁰.

²⁰ *Idem.* p. 139.

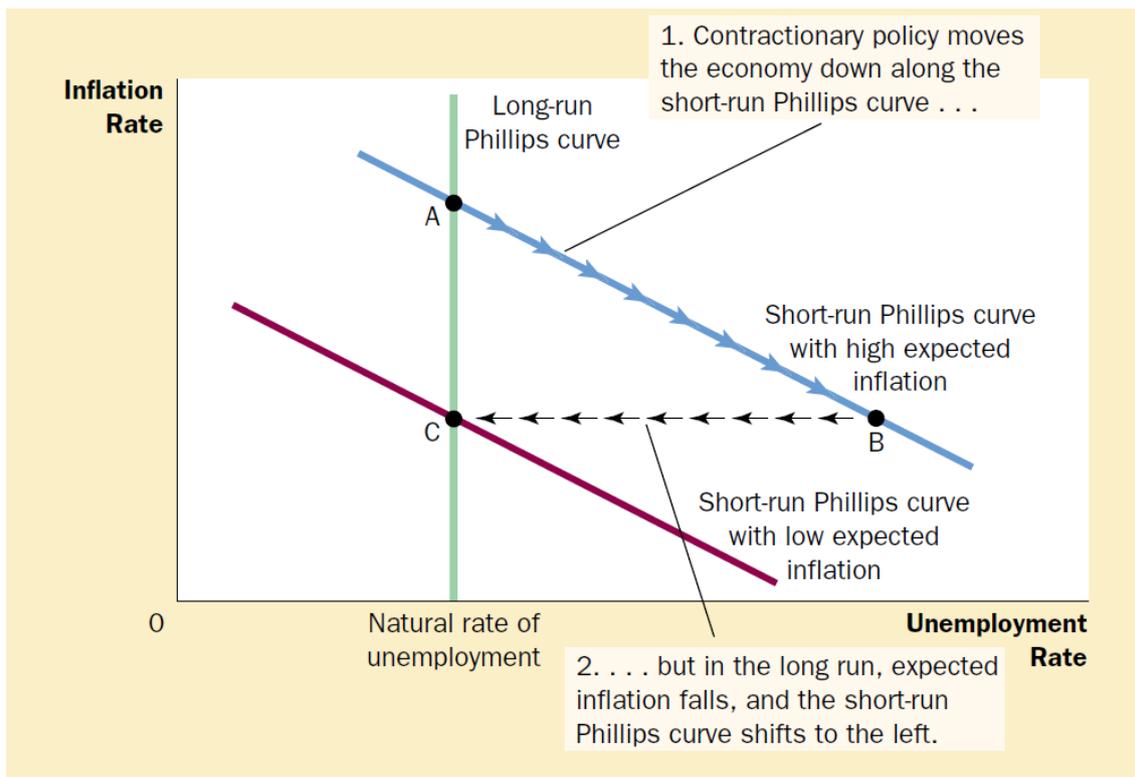


Figura 2 - Redução da circulação monetária, *ibidem*, p. 490

Num cenário de alta inflação, como aquele que se vive nos dias de hoje, o Banco Central pode adoptar medidas para reduzi-la, tais como aumentar as taxas de juro, aumentar as reservas bancárias e vender activos. Esta estratégia terá o efeito temporário de aumentar o desemprego e diminuir a produção de riqueza da economia (ponto B), ainda que temporariamente.

Isto coloca desde logo um problema: é legítimo ser o Banco Central a decidir que níveis de sacrifício são aceitáveis para conter a inflação? Ou tal necessitará de conivência democrática? Mais a mais, essa decisão terá impacto também nas prestações sociais e demais gastos e receitas que estatais. Não faria sentido que fosse o executivo a decidir tal coisa? Afinal, ele não teria interesse, perante o eleitorado, nem numa inflação galopante nem num desemprego elevado.

Dada a concepção do princípio democrático que expusemos acima, tudo pareceria indicar que essa seria a solução mais indicada. Ainda assim, poderá ser necessário um exercício ponderativo.

4.2. O PSPP enquanto paradigma de actuação do BCE

O programa em causa na decisão do TCFA visava justamente aumentar a circulação monetária na economia, estimulando o seu crescimento, não obstante ter riscos inerentes,

como sejam aqueles decorrentes da Figura 1 exposta *supra*. Era assim entendido como uma medida de último recurso, havendo até alguma discórdia sobre o momento exacto a aplicá-la. Repare-se que não estávamos perante o problema de saber se o BCE tinha a competência, mas antes se era lícita usá-la naquela altura e daquela forma²¹.

4.3. Uma ponderação natural

Como vimos, a teoria económica defende que, em certas situações, sacrifícios de bens imediatos podem ser necessários e profícuos para alcançar uma estabilidade económica geral e mais duradoura. Como é evidente, e bem frisado pelo TCFA, a actuação do BCE não pode deixar de se pautar por um exercício ponderativo de aplicação dos vários princípios da ordem jurídica. Sobressairá, sobretudo, o princípio da proporcionalidade.

A título de exemplo, no cenário ilustrado pela figura 2, como é que se pode comparar a perda de emprego no curto prazo com um maior crescimento económico e estabilidade monetária no longo prazo? Evidentemente, só ponderando os princípios em causa. Em particular, nessa actuação, não estará em questão o princípio democrático, uma vez que, como já vimos, este princípio funciona apenas dirigido a dizer quem deve ter a competência. A competência já é do BCE, sendo que o que importa averiguar é se ele a poderá exercer daquela maneira e até naquele exacto momento. O que estará antes em jogo é saber se será aceitável sacrificar o direito ao emprego, que certos cidadãos vêm concretizado no ponto A da Figura 2, garantido sem uma qualquer intervenção estatal, para vir alcançar um maior equilíbrio e estabilidade em termos económicos e financeiros. Sendo

²¹ “On January 2015, the ECB launched its strategy of quantitative easing — an expanded asset purchase programme of public and private sector securities — so continuing its “interventionist” attitude. QE differs deeply from OMT as in the latest the liquidity created through bond purchasing is sterilised while the aim of QE is, conversely, to increase the quantity of money, in the hope that banks will lend more to the private sector (nonetheless, this is outside ECB’s control). It is an attempt to stimulate economy in a situation of interest rates nearing zero, a bet over markets to avert deflation. / The programme is not free from risks: risks of inflation, risk of excessive costs, risk of moral hazard. So, even if there was unanimity in the Governing Council that such a QE programme is actually legal, there was disagreement on whether it should be used just yet and some Members maintained it to be considered just as a “last resort” tool. The original guidelines for the (QE) programme evolved since the programme started in January 2015, particularly to expand the universe of purchasable assets and give some flexibility to the ECB.” in SUSANNA CAFARO, “How the ECB Reinterpreted Its Mandate During the Euro-Crisis (and Why It Was Right in Doing So)”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e R. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 217-233, pp. 228-229.

princípios de igual valor, porque explanados nos Tratados e/ou nas Constituições dos Estados-Membros, a única solução possível será a ponderação de tal utilização da competência do BCE.

4.4. O princípio democrático sobre especial contracção

A recente crise das dívidas soberanas na zona Euro veio, segundo alguns autores, colocar especial pressão sobre o princípio democrático, uma vez que os países individualmente considerados não ofereceriam, facticamente, condições para assegurar o princípio democrático a nível nacional, pelo que apenas o exercício de tais competências por parte das instituições europeias permitiria essa conexão democrática: “Democracy is among the fundamental values that must be safeguarded in, and by, the EU (Article 2 TEU). In case of negative democratic externalities, such as those in place in the banking field, the value of democracy is not sufficiently protected by the Member States. Hence, a higher degree of centralisation of power, in the hands of EU institutions or bodies, is required by democratic imperatives.”^{22/23}. Esta teorização não parece, no entanto, procedente.

Concordamos que partir do pressuposto de que um órgão, Estado ou entidade tem o poder para controlar toda a realidade à sua volta é ter como assente uma premissa que simplesmente não corresponde à realidade. Por exemplo, imaginemos que o país X foi invadido pelo exército do país Y. O povo do país X votou em referendo para ordenar a retirada dos exércitos do país Y do seu país. Ora, apesar de ser esta a solução “democrática para o

²² MATTEO ORTINO, “Negative Externalities in the European Banking System”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e R. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp 299-317, p. 304. Na mesma esteira, veja-se FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Independência na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 44.

²³ Mais aprofundadamente “So, we consider that the question of the lack of democracy about ECB’s action is misplaced, because the Eurotower’s action occurred in the light of exceptional circumstances. An extraordinary moment characterised by the presence of global financial markets players, that have currently the power to overflow and even to ignore the national borders. At the moment, financial markets players are able to force national Governments and other political institutions to follow their respective diktats, even if these are contrary to the political programmes chosen by the sovereign people through democratic elections. In other words, the ECB has become necessarily the supervisor of the national Governments in driving their political economy only when the latter have shown that they are not being able to manage the effects of the sovereign debt crisis in front of the speculative attacks moved by the financial markets.” in GIULIO PERONI, “The European Central Bank (ECB) and European Democracy: A Technocratic Institution to Rule All European States?”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e P. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp 249-264, p. 257.

problema”, é evidente que existem factores externos que o órgão democraticamente legitimado, ou outro qualquer, não consegue influenciar, não tendo sequer poder fáctico para tal. Os órgãos continuam a ter a mesma legitimidade democrática conferida pelo direito, ainda que, facticamente, consigam influenciar cada vez menos a realidade. Alegar que existem formatos institucionais, como sejam aqueles concebidos pela UE, que permitem um maior poder fáctico e, em consequência, um maior respeito pelo princípio democrático, não parece uma conclusão óbvia se, em paralelo ao aumento desse poder fáctico, a representação democrática de determinada comunidade for reduzida em igual medida. Não é, pois, através de uma concepção do princípio democrático que conseguimos legitimar a atribuição de poderes aos bancos centrais.

5. O Banco Central Europeu

5.1. Os pressupostos históricos e funções do BCE

O BCE foi desenhado como um banco o mais independente possível da intervenção governamental, com uma independência até maior do que o *Bundesbank* antes da moeda única e do que a Reserva Federal dos Estados Unidos da América, cujo presidente é responsável perante o Congresso²⁴. Nessa óptica, tal garantiria a todos os agentes económicos uma maior confiança no sistema monetário, pois as políticas anti-inflacionistas seriam sempre de médio-longo prazo e nunca de curto prazo. De resto, é a confiança na moeda, na sua estabilidade e poder, que define o seu valor nos mercados internacionais²⁵. Em paralelo, há quem compare a legitimidade do BCE à de um Tribunal, uma vez que o processo de selecção dos seus governadores é semelhante ao dos juízes do TJUE²⁶.

O enunciado normativo do qual se extrai a norma que atribui ao BCE as competências que lhe permitem fazer estas intervenções está no n.º 2 do artigo 127.º, mais concretamente:

“2. As atribuições fundamentais cometidas ao SEBC são:

- a definição e execução da política monetária da União,”

Estamos perante uma norma que atribui competência, isto é, um poder *hohfeldiano* para alterar a ordem jurídica; de facto, a política monetária cifrar-se-á na quantidade autorizada de moeda a circular na economia, na definição das reservas bancárias, etc... De uma perspectiva das posições jurídicas de segunda ordem é, assim, uma norma de competência. É, portanto, inegável que o BCE tem competência para criar programas de compra de dívida pública e de intervenção nos mercados.

As normas de competência não têm um operador deontico associado a uma acção, isto é, não classificam a acção a que habilitam o órgão/instituição em causa nem como proibida

²⁴ ARACELI MANGAS MARTÍN / DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones Y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 133.

²⁵ FRANÇOIS NAUDIN, *The European Central Bank – A Bank for the 21st Century*, s.l., Kogan Page, 2001, p. 10.

²⁶ FRANÇOIS NAUDIN, *The European*, p. 141; “Only the judiciary is independent because it is traditionally seen as only law executing and not politically formative. Hence, attempts to justify independent administrative authorities are often based on the ‘judicial character’ of independent administrative authorities, for example of regulatory agencies. The relation between the three powers varies significantly of course between the Member States.” In STEPHAN BREDET, “Prospects and Limits”, p. 11.

nem como permitida. Questão diferente é se, no desenho dessas políticas monetárias, exercendo a sua competência, recaem obrigações, liberdades ou direitos sobre o BCE que emanem de outras normas presentes no sistema jurídico.

A principal norma que regula o exercício das competências do BCE é aquela que o obriga a prosseguir a estabilidade dos preços, constituindo-se assim numa obrigação de meios. Dada a própria natureza do mercado livre, era inconcebível que esta pudesse ser entendida como uma obrigação de resultado, na medida em que, como é evidente, existem factores que interferem na estabilidade de preços que não estão sob o controlo do Banco Central. De entre as prerrogativas e poderes que o Banco Central possa ter, todas elas concorrem para esse resultado. Podemos assim enunciar a norma como: O BCE tem o dever de fazer tudo quanto esteja ao seu alcance para garantir a estabilidade da moeda²⁷.

Na verdade, para uma economia saudável poder crescer, a taxa de inflação deverá rondar os 2% ao ano, de modo que esse será o valor desejável a alcançar – podemos deduzir, face a uma interpretação teleológica da norma que obriga o BCE a prosseguir esse resultado, que a estabilidade da moeda inclua esse valor dos 2%²⁸. O conceito indeterminado “estabilidade da moeda” permite assim que várias realidades sejam nele enquadráveis. Como vimos há pouco, em termos de teoria económica pode revelar-se necessário sacrificar alguma estabilidade no curto prazo para garanti-la no médio/longo prazo. Só o facto de um dos argumentos para a criação de bancos centrais independentes ser a sua maior visão de longo prazo leva-nos a crer, então, que esse é um outro princípio norteador dessa estabilidade de preços: ela deve ser conseguida nessa visão de longo alcance. Mais uma vez, tal é depreensível não só da teleologia da norma em si, mas também do contexto institucional em que a norma opera, numa interpretação sistemática. Não falamos, afinal, de uma estabilidade absoluta, mas antes de uma estabilidade economicamente viável.

Tais conclusões fazem emergir algumas obrigações, como seja a coordenação com a política económica seguida pelos decisores políticos e a auto-restrição a padrões técnicos²⁹.

²⁷ Artigo 127.º TFUE / 1. O objectivo primordial do Sistema Europeu de Bancos Centrais, adiante designado "SEBC", é a manutenção da estabilidade dos preços.

²⁸ N. GREGORY MANKIW, *Principles*, pp. 510-512.

²⁹ NICOLAS JABKO, “Democracy in the Age of the Euro”, *Journal of European Public Policy*, (Outubro 2003), pp. 710-739, p. 712.

Parecem assim obrigações e competências exercidas de forma construtiva com os restantes órgãos da UE. O BCE tem também competência normativa e regulamentar, conforme resulta do disposto no artigo 132.º do TFUE e no artigo 34.º do Estatuto do SBEC³⁰.

5.2. Formas de controlo da actividade do BCE

Na Alemanha, antes do Euro-sistema, o *Bundesbank* poderia ver a sua actividade condicionada com a emanção de uma lei do Parlamento alemão. Para condicionar a actuação do BCE, haverá sempre a necessidade de alterar os Tratados³¹ – um processo bastante diferente e limitador também dos interesses das maiorias parlamentares dos diferentes Estados-Membros. As normas que resultam da interpretação dos enunciados normativos dos artigos 130.º e 282.º, n.º 3 do TFUE também apontam para tal, mencionando-se um dever expresso de não interferência por parte dos órgãos da União.

Como é por demais evidente, esta independência não poderá nunca impedir que os órgãos judiciais possam definir as competências do BCE e os respectivos limites ao exercício dessas competências – tal torna-se até mais premente dada a falta de legitimidade democrática dos seus administradores. A independência do BCE está limitada às competências que os Tratados lhe deram, não sendo aplicável à definição da sua própria competência. Assim, é imperativo que os Tribunais possam fazer uma análise total das competências do BCE, evitando a usurpação pelo mesmo de outros poderes reservados a outros órgãos. Esta fiscalização tem obrigatoriamente de ter em conta os efeitos das políticas do BCE, não obstante as mais variadas previsões e até presunções que possam advir da teoria económica adoptada e praticada.

“Hinzu kommt, dass das Mandat des ESZB wegen der mit der Unabhängigkeit der EZB und der nationalen Zentralbanken (...) verbundenen Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus ihrer Entscheidungen begrenzt sein muss. Die gewährleistete Unabhängigkeit bezieht sich nur auf die der EZB durch die Verträge eingeräumten Befugnisse und deren inhaltliche Ausgestaltung, nicht aber auf die Bestimmung von Umfang und Reichweite ihres Mandats. Damit die EZB nicht entgegen dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung in gültiger Weise ein Programm beschließen und durchführen kann,

³⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “O Estatuto Híbrido das Entidades Reguladoras da Economia”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coord. Fausto de Quadros, Marcelo Rebelo de Sousa e Paulo Otero), Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 183-217.

³¹ L. W. GORMLEY / J. DE HAAN, “The Democratic Deficit of the European Central Bank”, *European Law Review*, 26.ª edição (1996), pp. 95-112, pp. 95-100.

das über den Bereich hinausgeht, der der Währungspolitik durch das Primärrecht zugewiesen wird, muss die Beachtung der Grenzen der Zuständigkeit der EZB in vollem Umfang gerichtlicher Kontrolle unterliegen (...).”³²

Em paralelo, o parágrafo seguinte remete-nos para outra ideia que argumenta que o princípio democrático é respeitado na medida em que o princípio da atribuição e respectiva definição de competências entre os Estados-Membros e a UE e, dentro desta, entre os órgãos que a compõem, seja legitimamente aferido pelos órgãos judiciais. Mais a mais, uma interpretação finalística das normas de competência da UE não seria admissível, uma vez que violaria o princípio da atribuição. A legitimidade advém assim da circunstância de aquelas matérias terem sido atribuídas pela autoridade normativa constituinte à autoridade x, sem ter em conta a matéria sobre que trata essa competência. O que importa é, portanto, a conformidade de tal acção com as competências conferidas, e não uma especial característica dessa competência ou dessa matéria em específico que exija uma legitimidade democrática. É, de facto, a tributação do poder constituinte como que virtualmente ilimitado, um pouco à semelhança do que sucede no Reino Unido.

“Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist nicht nur ein unionsrechtlicher Grundsatz, sondern nimmt mitgliedstaatliche Verfassungsprinzipien auf (...). Es bildet die maßgebliche Rechtfertigung für den Einschnitt in das demokratische Legitimationsniveau der durch die Europäische Union ausgeübten öffentlichen Gewalt, der in Deutschland nicht nur objektive Grundprinzipien der Verfassung (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG) berührt, sondern auch das Wahlrecht der Bürgerinnen und Bürger und ihren Anspruch auf Demokratie gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG (...). Die Wahrung der kompetenziellen Grundlagen der Europäischen Union hat daher entscheidende Bedeutung für die Gewährleistung des demokratischen Prinzips. Daher darf auch die Finalität des Integrationsprogramms nicht dazu führen, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als eines der Fundamentalprinzipien der Union faktisch außer Kraft gesetzt oder unterlaufen wird (...).”³³

³² BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. 1-237, para. 143.

³³ *Idem*, para. 158.

6. Entidades administrativas, banco centrais e legitimidade na competência e actuação

6.1. As entidades administrativas independentes à luz da Constituição da República Portuguesa

A questão primacial que se nos coloca será sempre a da legitimidade democrática da administração independente. O Governo beneficia sempre de uma legitimidade democrática indirecta, por conviência do Parlamento. Não existe, no entanto, forma alguma de responsabilizar politicamente as entidades administrativas independentes pelas suas acções³⁴.

A CRP, como aponta Carlos Blanco de Moraes, não consagra nenhuma maioria reforçada para a instituição destas entidades administrativas independentes, nem tão pouco fornece critério algum sobre as matérias passíveis de tal esvaziamento da esfera competencial do Governo. É apenas autorizado ao legislador, *prima facie* quer ao Governo³⁵ quer ao Parlamento, a criação de tais entidades, conforme resulta do disposto no n.º 3 do artigo 267.º da CRP.

De ressaltar, ainda assim, que o Parlamento pode apreciar e fiscalizar a actuação destas entidades, conforme dispõe a alínea a) do artigo 162.º da CRP, muito embora tal não tenha *per se* nenhuma consequência nos actos visados ou nos cargos dos corpos dirigentes de tal entidade. Trata-se, portanto, de uma apreciação qualitativa, para além da de natureza legal e constitucional, da actuação de toda administração. Assim, a Assembleia da República poderia influenciar as decisões de tais entidades, através desse *soft power*. O grosso da actuação, no entanto, continua a fugir ao essencial da responsabilização democrática³⁶.

Argumenta-se que só motivos como a “necessidade” e a “indispensabilidade” poderão constituir, à luz do artigo 111.º da CRP, justificação suficiente para criar tais entidades sem ferir a reserva constitucional de competência administrativa do Governo.³⁷ À partida, de acordo com a norma geral de direitos fundamentais prevista na Constituição, todo e qualquer direito pode, através de um exercício ponderativo, restringir um outro, de acordo com o artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

³⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 61, n.º 1 (Janeiro 2001), pp. 101-154., pp. 111-112.

³⁵ Tudo dependerá do objecto da entidade administrativa independente: caso este se inclua na reserva parlamentar, por certo que também só o Parlamento poderá regular organicamente quem trata essas matérias. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades Administrativas”, pp. 113-114.

³⁶ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades Administrativas”, p. 144.

³⁷ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades Administrativas”, p. 152.

A competência administrativa do Governo nasce de uma norma de competência residual presente na CRP, contida no seu artigo 199.º. Ora, se assumirmos que a norma de competência residual não é ponderável, como poderemos assim atribuir às entidades administrativas independentes funções que estão constitucionalmente cometidas ao Governo e que não podem assim ser alteradas? É então de crer que o enunciado normativo do artigo 267.º, n.º 3 da CRP encerra duas normas: uma norma que permite à entidade normativa criar entidades administrativas independentes e uma (outra) norma que lhe permite também alterar a competência do Governo nas matérias de carácter administrativo e cometê-las a tais entidades. Por conseguinte, existe uma certa desconstitucionalização formal de tal norma de competência, bem ao arrepio do artigo 111.º da CRP, pois a autoridade normativa constituída poderá alterá-la. De ressaltar que não estamos a ponderar a regra de competência do Governo, mas apenas a fazer uso de uma permissão constitucional presente naquele enunciado para que o Parlamento possa legislar sobre as competências de carácter administrativo, atribuindo-as a tais autoridades administrativas independentes, ao arrepio daquilo que a CRP inicialmente prescreve.

Na falta de uma enumeração concreta das situações que justificariam a criação de tais entidades e a consequente alteração das competências do Governo, cabe ao intérprete constitucional suprir tal escassez de enunciado. Não parece concebível que esta fosse uma via legítima, aos olhos da CRP, para retirar todas as competências administrativas ao Governo – de resto, tornando inexecutáveis as suas atribuições enquanto pretor máximo da função administrativa do Estado. Não obstante, esta norma que permite à entidade normativa constituída alterar as regras de competência de fonte constitucional só pode operar conquanto os princípios constitucionais e, bem assim, os resultados da ponderação desses princípios, sejam respeitados. Os referidos princípios funcionam como uma condição a cumprir para tal competência poder ser exercida. Assim, só se o princípio da eficiência, da independência ou da imparcialidade prevalecerem sobre o princípio democrático³⁸,

³⁸ É importante relembrar que têm surgido teorias que apostam para uma concepção do princípio democrático que inclua também mecanismos inerentemente não democráticos. Assim: “The first reason is that we live in very complex societies and democratic principles cannot but reflect this complexity. As a consequence, a variety of conceptions of democracy compete in the political debate today. Some of them have been conceived as possible answers to some problems that traditional representative democracy is supposed to have. These theories can be considered as non-representative theories of democracy, although, generally speaking, their aim is not to substitute representative democracy. They have been designed to mix with this basic model, instead. In other words, their goal is to introduce in a representative system some non-representative democratic principles and some institutional mechanisms inspired by these principles.” In MASSIMO STARITA, “Democratic Principles and the Economic Branch of the European Monetary Union”, In *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. por L. Daniele, P. Simone e P. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 3-26, p. 4.

num normal exercício ponderativo, poderá essa norma permissiva, dirigida à autoridade normativa constituída, operar. De outra forma, a acção “alterar as competências normativas do Governo” é regulada pela norma geral e, em consequência, proibida.

Em paralelo, ressaltamos, como já explicámos, que esta ponderação não recai nas funções do Banco de Portugal, pois as mesmas estão explanadas na CRP. As normas de competência não são ponderáveis, como vimos. A CRP autoriza apenas as autoridades normativas constituídas a alterar essa norma de competência.

6.2. As obrigações institucionais decorrentes do Direito da União Europeia

É desde logo interessante notar que quando a UE determina a criação de entidades administrativas independentes para a regulação de uma determinada área administrativa, está a fazê-lo retirando poder a um dos órgãos de soberania dos seus Estados-Membros, por regra os governos nacionais.

A título de exemplo, é o que sucede com o artigo 51.º do Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Abril de 2016, mais vulgarmente conhecido como Regulamento Geral da Protecção de Dados, que obriga os Estados-Membros a instituírem uma “autoridade pública independente” para controlar, em termos administrativos, a aplicação daquele regime jurídico da protecção de dados.

Será também relevante notar que a UE se serve das instituições nacionais para aplicar o seu próprio império jurídico, obrigando os Estados-Membros a criarem as instituições, de carácter nacional, para efectivar esse controlo³⁹. Assim, por não constituir uma federação *tout court*, os órgãos europeus raramente entram em conversação com os cidadãos. Os órgãos nacionais são, nesta ordem, instrumentos de poder da União Europeia.

Por outro lado, foram os próprios Estados-Membros que consentiram nessa criação, porquanto essas autoridades europeias independentes vêm desde logo previstas nos Tratados. E de outro modo não poderia ser: antes de mais, as matérias em causa têm de ser da competência da UE; e, mesmo que esse não fosse o caso, seria um tanto implausível considerar que a UE poderia, sem qualquer provisão específica nos Tratados para o efeito, alterar a distribuição de poder no seio dos Estados-Membros, ainda que para tratar de

³⁹ JOÃO NUNO CRUZ MATOS CALVÃO DA SILVA, *Agências Europeias de Regulação*, Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito (ramo de Direito da União Europeia), Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 16-19.

matérias europeias. Isto revela que os Tratados incluem uma forte vertente institucional para além de uma competência material de regulação daquelas matérias.

No que concerne ao BdP, este tende a ser classificado como uma entidade que se inclui nesta categoria de entidade administrativa independente⁴⁰. Alguma doutrina, como, entre nós, Carlos Blanco de Moraes, classifica o BdP, não como uma entidade administrativa independente, mas antes, invocando a doutrina italiana, como uma entidade “semi-independente”⁴¹. Tal prende-se sobretudo com o facto de os membros do Conselho de Administração do BdP serem nomeados apenas pelo Conselho de Ministros, o que aumenta a sua dependência, pelo menos fáctica, face ao executivo, conforme o n.º 2 do artigo 33.º da Lei n.º 5/98; mais a mais, esses membros poderão ser exonerados se houver motivação bastante para isso, prevista no n.º 2 do artigo 14.⁴², podendo, curiosamente, recorrer de tal para o Tribunal de Justiça da União Europeia. No limite, como “falta grave”, e consequente motivo de demissão, poderíamos incluir uma omissão de prestação de contas ao Parlamento, um dos deveres dos administradores das entidades administrativas independentes⁴³.

A necessidade de criar “entidades administrativas independentes” tem, deste modo, como principal objectivo garantir uma gestão administrativa o mais independente possível dos ensejos políticos; em paralelo, tem também como objectivo garantir a independência da actuação da administração, em muitas áreas em que por vezes o Estado é regulador e regulado, por deter empresas públicas que actuam em mercado⁴⁴.

6.3. O Banco de Portugal e as entidades administrativas independentes à luz da Constituição

A nossa investigação tem desde logo importância na medida em que a CRP deixa ao critério da autoridade normativa ordinária a criação de entidades administrativas independentes. Poderíamos conceber que tal norma, que emerge do n.º 3 do artigo 267.º, seria

⁴⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 104.

⁴¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “As Autoridades Administrativas”, p. 125.

⁴² Tratado da União Europeia, Protocolo (N.O 4) Relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, *Jornal Oficial da União Europeia* 202 de 7.6.2016, pp. 225-230.

⁴³ Entre nós, Eduardo Paz Ferreira não critica a independência dos bancos do Eurosystema, mas antes a existência de uma “independência sem responsabilização”, em virtude de considerar os mecanismos de controlo existentes eminentemente fracos. Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, “O Banco de Portugal e o Sistema Europeu de Bancos Centrais”, *Revista da Banca*, n.º 41 (Janeiro-Março 1997), pp. 21-45

⁴⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “O Estatuto Híbrido”, pp. 191-193

apenas uma norma que acomodaria a criação de tais entidades administrativas por obrigação europeia, uma vez que, como já demonstrámos, as referidas entidades administrativas encontram-se directamente previstas nos Tratados. Esta hipótese afigura-se um tanto desprovida de efeito útil, na medida em que o fundamento para a existência de tais entidades serão sempre as normas europeias, em virtude do princípio do primado. O fundamento não serão as normas europeias, porventura, quando a autoridade normativa nacional decida atribuir competências não previstas na legislação europeia a tais entidades, pois aí a referida autoridade estará antes constrangida apenas pela CRP.

Posto isto, a *vexata quaestio* será descortinar que limites impendem sobre tal autoridade normativa no que concerne às competências que podem atribuir às entidades administrativas independentes. Não está em causa saber se o Parlamento pode criar esse tipo de entidades – porque a CRP as autoriza expressamente (permissão para) e porque temos presente a norma de competência legislativa geral da alínea c) do artigo 161.º da CRP –, mas sim que competências podem ser atribuídas a essas entidades. Desta forma, procuramos saber o que constitui uma liberdade de disposição da autoridade normativa, e o leque de competências ou atribuições que a CRP proíbe retirar aos órgãos que, constitucionalmente, *prima facie*, têm tais funções⁴⁵, dos quais o Governo é paradigmático.

É indesmentível que, apenas com a Lei Fundamental, a esmagadora maioria dos poderes atribuídos às entidades administrativas independentes estariam concentrados no Governo, dado que este, de acordo com a CRP, detém o poder executivo. Mesmo as competências públicas do BdP previstas na CRP obrigariam a uma legiferação infraconstitucional. Todo o poder residual executivo pertence, pois, ao Governo, conforme o artigo 199.º da CRP.

O Parlamento tem, como vimos, liberdade para criar organicamente entidades administrativas independentes. Mas o mesmo preceito não nos indica que tipo de funções lhes podem ser atribuídas. É neste enquadramento que podem entrar em conflito os princípios constitucionais que, como sabemos, carecem de optimização.

6.3.1. A norma conceptual do Banco de Portugal

Desde logo, é importante notar que o artigo 105.º da CRP identifica o BdP como sendo o “banco central nacional”. Isto é, a norma parece ter toda a natureza de uma norma constitutiva. É ela própria que cria o banco central nacional, muito embora talvez possamos

⁴⁵ Como já realçámos, este exercício só se afigura útil partindo do pressuposto que as normas de competência não são ponderáveis.

considerar que possam existir algumas normas de carácter consuetudinário que preencham as funções do BdP, baseadas numa aceitação colectiva, como nos explicou Searle⁴⁶. Quando se faz referência a um conceito com um certo valor linguístico, inexoravelmente estão-lhe ligadas certas características. Seria interessante então analisar que eventuais poderes poderiam estar contidos nessas normas de carácter consuetudinário. Assim, por exemplo, são identificadas como funções tradicionais do BdP as “funções de banco emissor, banco de reserva (de ouro e divisas), banco do Estado⁴⁷ e banco dos outros bancos, autoridade cambial, assumindo ainda um papel de relevo na definição e implementação da política monetária e financeira e na respectiva fiscalização.”⁴⁸.

A função de que mais se tem ocupado este trabalho é aquela que é identificada pela doutrina como “banco do Estado”: isto é, poder valer como financiador da dívida pública. Ora, é interessante pensarmos qual a abrangência e o sentido de tal conceito. O Estado pode financiar-se normalmente nos mercados, mas situações haverá em que pode ser benéfico o Banco Central intervir na economia através da compra de activos; em simultâneo, por algum outro motivo, a confiança dos investidores privados pode estar em baixo e afectar aquelas que seriam as condições normais de financiamento – ou seja, o mercado não conseguiria valorizar correctamente o empréstimo de dinheiro ao Estado, com vimos antes. Em simultâneo, essa norma que atribui tal competência – que permite ao banco

⁴⁶ “But when we say that such and such bits of paper count as money, we genuinely have a constitutive rule, because satisfying the X term, «such and such bits of paper», is not by itself sufficient for being money, nor does the X term specify causal features that would be sufficient to enable the stuff to function as money without human agreement. So the application of the constitutive rule introduces the following features: The Y term has to assign a new status that the object does not already have just in virtue of satisfying the x term; and there has to be a collective agreement, or at least acceptance, both in the imposition of that status on the stuff referred to by the X term and about the function that goes with status. Furthermore, because the physical features specified by the X term are insufficient by themselves to guarantee the fulfilment of the assigned function specified by the Y term, the new status and its attendant functions have to be the sort of things that can be constituted by collective agreement or acceptance. / Also, because the physical features specified by the X term are insufficient to guarantee success in fulfilling the assigned function, there must be continued collective acceptance or recognition of the validity of the assigned function; otherwise the function cannot be successfully performed. It is not enough, for example, that we agree with the original assignment, «This stuff is money»; we must continue to accept it as money or it will become worthless.” In JOHN R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Los Angeles, The Free Press, 1995, pp. 44-45.

⁴⁷ De notar, como vimos, que o artigo 123.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia impede os bancos centrais de financiarem os Estados-Membros. Nesta ordem, esta função tida por essencial de um “banco central nacional” foi completamente desconsiderada pelas regras europeias.

⁴⁸ Anotação ao artigo 102.º in JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 1083-1086.

definir a sua política de emissões – não tem qualquer carácter deôntico, como defendemos que seja paradigma das normas de competência.

Ora, a verdade é que a CRP toma a opção desde logo de atribuir tais funções a uma entidade, um banco, que é por natureza jurídica independente da restante Administração Pública e, por conseguinte, imune às vulgares funções de controlo por parte do Governo. Não parece irrazoável que desta solução institucional prevista na CRP, onde ao Banco Central são atribuídas competências enquanto “banco do Estado”, se deduza existir então uma norma que proíba ao Governo ingerir-se na gestão dessa função do Banco Central. De facto, a ideia de a CRP atribuir tais funções ao Banco Central inclui não só uma obrigação em termos de forma (a autoridade normativa constituída tem o dever de se abster de retirar institucionalmente tais funções ao Banco Central), mas também em termos materiais (na medida em que um controlo político por parte do Governo sobre o Banco Central tornaria tal separação orgânica pretendida pela CRP desprovida de sentido útil). O objectivo em separar organicamente o Banco Central da restante administração, como é evidente, será garantir independência, caso contrário não haveria diferença entre esse “banco do Estado” e uma qualquer repartição pública. É com esta questão que, doutrinalmente, costuma ser identificada a independência dos bancos centrais:

“Mas a questão da «independência» tem sobretudo que ver com a capacidade do Banco Central de recusar o financiamento do Estado na forma de crédito directo (geralmente a preços administrativos) como se viu entre nós no passado. O financiamento monetário nulo, objectivo da política monetária comunitária parece ser pacífico, entre o público, as “hostes comunitárias” e as “hostes orçamentais”. É que, apesar da ainda viva controvérsia entre “Keynesianos” e monetaristas, o reconhecimento da influência do volume de moeda ao nível de preços é questão consensual. A graduação do efeito e o método de regulação é que permanecem controvertidos. / É hoje, porém, geralmente aceite que o Estado deve recorrer aos mercados monetário e de capitais e aí se financiar a taxas neles determinadas. Como nestes opera também o Banco Central, este pode reconstituir a sua carteira ou adquirir «instrumentos» para intervenção monetária. O que não pode é ser obrigado a fazê-lo sobretudo a preços fora de mercado.”⁴⁹.

⁴⁹ WALTER MARQUES, “Independência e Consistência na Banca Central”, *Revista da Banca*, n.º 22 (Abril/Junho 1992), pp. 5-11, p. 7,

6.4. Os princípios como restrição ao exercício das competências

O princípio democrático estabelecerá a posição jurídica *prima facie* de obrigar a autoridade normativa a atribuir certas competências a órgãos democraticamente legitimados. Mas que outros princípios poderiam eventualmente justificar essa não atribuição aos órgãos democraticamente legitimados?

Antes de mais, é importante esclarecer se a solução comporta uma liberdade para a autoridade normativa constituída ou se comporta antes a obrigação de uma solução. Na verdade, quando falamos em ponderação, temos posições jurídicas *prima facie* que, em última instância, serão diferentes conforme o resultado da ponderação. A ponderação dar-nos-á a solução constitucionalmente admissível para o problema. No caso em concreto da norma constitucional portuguesa, ela traduz-se numa liberdade *hohfeldiana* do Parlamento em actuar: O Parlamento pode transferir certas competências para as tais entidades, conquanto, conforme interpretámos *supra*, a ponderação de princípios constitucionais o permita. Mas não tem nenhuma obrigação nesse sentido.

6.4.1. O princípio democrático

A densificação das funções do BdP, ou de qualquer outra entidade administrativa, sempre estaria sujeita, no passo em que não fosse de competência da UE, aos princípios presentes na CRP. Isto porque seriam um produto da competência legislativa, e por isso estão sujeitas às regras que regulam o exercício dessa mesma competência⁵⁰. Não obstante, como vimos, a essa autoridade normativa apenas seria permitido acrescentar competências, e não retirar aquelas que estão presentes na CRP.

No que concerne ao exercício da competência, fará sentido aplicar o princípio democrático ao exercício de uma competência que as normas constitucionais ou comunitárias lhe atribuíram directamente? Isto é, estando a competência de decidir quando intervir na economia comprando dívida cometida aos bancos centrais, que papel, se é que algum, terá o princípio democrático a informar a actividade do banco central? Se o princípio democrático institui apenas um dever de que as decisões mais importantes na comunidade sejam tomadas por órgãos democraticamente legitimados, então o princípio será inaplicável,

⁵⁰ Em paralelo, o Parlamento tem o poder (competência) para legislar sobre penas (*can, können*). Ainda assim, está proibido de legislar no sentido de que uma dessas penas seja a pena de morte (*may, sollen*).

pois a questão foi decidida directamente por uma norma de carácter superior e, à partida, imponderável.

Em paralelo, quando, na decisão estudada, o TCFA invoca o princípio democrático, refere-o apenas para o contrapor com as competências delegadas da UE – isto é, que as competências atribuídas à UE nestes campos exigiram assentimento de natureza democrática por força das imposições impostas pelo princípio democrático –, e não para colocar em causa directamente a existência dessa competência atribuída ao BCE. Aliás, todo o argumento é construído tendo por base uma eventual omissão constitucional por parte dos órgãos de soberania da Alemanha que tinham o dever de garantir que essa transferência ocorria, não por mutação constitucional ou por decisão judicial, mas apenas por meios directamente democráticos⁵¹.

Isto não significa, no entanto, que o Banco Central esteja completamente imune a qualquer mandamento de optimização do princípio democrático. O simples facto de ter de respeitar as normas democraticamente aprovadas é reflexo disso mesmo. Naturalmente, não existirá responsabilidade efectiva perante nenhum órgão democrático tendo em conta as decisões tomadas. A título de exemplo, no Reino Unido, o Banco de Inglaterra pode vir a receber ordens do Governo em circunstâncias excepcionais, pelo que se pode falar de uma competência condicionada por um órgão com legitimidade democrática indirecta⁵². De qualquer das formas, a arquitectura constitucional britânica não permite, como é evidente, retirar de imediato quaisquer conclusões sobre a preclusão do princípio democrático, nem tão pouco sobre eventuais obrigações dele decorrentes sobre o Parlamento (a autoridade normativa por excelência), pois tais obrigações são inexistentes no direito constitucional britânico.

6.4.2. O interesse público

Não obstante esta factualidade, existem outros princípios de carácter supralegal que consagram a actuação dos bancos centrais. Desde logo, temos presente no artigo 266.º da

⁵¹ Vejam-se os para. 98-109 in BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. 1-237, para. 98-100.

⁵² Cfr. o *Bank of England Act 1998*, Secção 19: “The Treasury, after consultation with the Governor of the Bank, may by order give the bank directions with respect to monetary policy if they are satisfied that the directions are required in the public interest and by extreme economic circumstances.”.

CRP⁵³ que o objectivo primordial da Administração Pública será a prossecução do interesse público. Aqui entraremos desde logo na ideia de quem define o interesse público – à partida, parece legítimo que a autoridade normativa densifique este conceito, pelo que podemos considerar como interesse público um dos objectivos dos bancos centrais, a estabilidade da moeda, como definido pela autoridade normativa legitimada democraticamente⁵⁴. Afigura-se-nos como algo quase indubitável. Nesta medida, a vinculação a este interesse público, que se traduziria na adopção de políticas pré-definidas em conformidade com a doutrina económica, seria exequível independentemente de os titulares dos cargos dos bancos centrais terem ou não essa legitimidade democrática, uma vez que também incumbe ao Governo, nas suas atribuições administrativas, a prossecução desse princípio.

6.4.3. O princípio da imparcialidade

Neste impasse entre uma solução e a outra, o princípio da imparcialidade, consagrado no n.º 2 do referido artigo 266.º da CRP, poderá ditar uma resposta final. Desde logo, numa assunção limitada entre particular e administração, a administração tem o dever de tratar todos por igual. Ora, é conhecido que é bastante comum os Estados terem participações accionistas relevantes, ou até maioritárias e completas, em bancos comerciais. Para todos os efeitos, o Governo é quem tem o maior interesse em que os bancos comerciais nos quais detenha acções apresentem lucros que possam distribuir pelos seus accionistas. Nesse sentido, se o Governo tivesse poder de tutela e superintendência, ou até mesmo de direcção, face ao BdP, seria contra-interessado no processo, uma vez que estaria simultaneamente na posição do regulador e do regulado.

Isto não significa que a Administração violaria o princípio da independência *per se* apenas com uma arquitectura institucional em que as tarefas de regulador e regulado fossem controlados pelos mesmos agentes em simultâneo. Em boa verdade, essa ponderação não foi feita pela autoridade normativa constituinte e a expressão dessa independência constitui antes limitações às regras sobre o exercício da competência⁵⁵ – mas é um facto objectivo

⁵³ Adoptamos, desde logo, a concepção ampla de administração pública como defendida na Anotação ao artigo 266.º in JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, pp. 791-804.

⁵⁴ De resto, uma das prerrogativas da autoridade normativa legitimada democraticamente, como vimos.

⁵⁵ Tal como fica bem explícito “(...) (b) o segundo refere-se à actuação da Administração em face dos vários cidadãos, exigindo-se igualdade de tratamento dos interesses dos cidadãos através de um critério uniforme de prossecução do interesse público. O princípio da imparcialidade, que se relaciona, embora não

que a separação de regulado e regulador contribui para uma maior concretização deste princípio⁵⁶. Este raciocínio é também procedente se tivermos em conta que o Estado é também ele um actor dos mercados financeiros quando neles se tenta financiar, operações essas que não raro decorrem sobretudo de decisões políticas. Em paralelo, como expusemos *supra*, não é de descartar, sendo até bastante plausível, que possamos conceber a existência no sistema jurídico de uma norma que proíba a violação da independência de facto do BdP, em face da sua individualização institucional na própria CRP.

O princípio da imparcialidade constitui-se também como um dos fundamentos de um poder judicial independente. E, de facto, não raro são invocadas comparações entre o poder judicial independente e as autoridades administrativas independentes para justificar tal independência⁵⁷.

Nesta ordem, o princípio da imparcialidade parece ser um dos melhores candidatos para justificar a retirada deste tipo de poderes do Governo e incumbi-los a uma entidade administrativa independente. Ou seja, ele criaria uma obrigação à própria autoridade normativa constituída de legislar por forma a garantir essa independência naquele tipo de tarefas, algo que pode ser mais bem alcançado com esta configuração institucional.

se confunda, com o *princípio da igualdade*, deve, por outro lado, distinguir-se do princípio da *neutralidade*, pois a Administração não pode conceber-se como neutral em relação à prossecução do interesse público.” In Anotação ao artigo 266.º in JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, p. 802.

⁵⁶ In Anotação ao artigo 266.º in JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, p. 803.

⁵⁷ “Not only independent authorities do not *per se* conflict with democracy, but their existence and functions can even be considered as required by democratic imperatives. The functional chain that links an independent judiciary, the rule of law and democracy clearly proves this point. Without an independent Court, the rule of law in the EU legal system would be at risk, and with it the democratic functioning of the political system at EU and national level. A Government not bound by law is not likely to be a Government by the people and for the people. By the same logic, if and to the extent that an independent authority is deemed to be necessary for the effective achievement of a policy goal decided upon by democratically elected officials (like the case of independent central banks for the goal of monetary stability; of independent financial supervisors for the goal of financial stability), the existence of such authority becomes required by democratic legitimacy. Through independence, the will of the people and/or of the people’s representatives, transposed into a regulatory act, may be more faithfully implemented and carried through, to the benefit thus of democratic representation and of the people’s perceived public interest.” In MATTEO ORTINO, “Negative Externalities”, p. 304. Tal, contudo, não é totalmente verosímil, uma vez que nada impediria, por exemplo, que fosse o Parlamento a regular a forma e em que medida o banco poderia comprar dívida pública, garantindo assim um certo controlo e independência entre quem executa e quem decide o que fazer. O actual modelo de Banco Central concentra as duas. Essa lei poderia ser aprovada por maioria qualificada para impedir derivas populistas.

6.4.4. O princípio da eficiência

O princípio da eficiência parece estar contemplado, ainda que indirectamente, no n.º 4 do artigo 267.º da CRP, numa alusão à “racionalização dos meios”⁵⁸. No caso em apreço, poderíamos traduzir o princípio da eficiência como uma obrigação de meios, mais idóneos em comparação com outros. Caso seja provado que uma autoridade administrativa independente garante maior eficiência do que uma que seja legitimada democraticamente, tal seria um argumento a favor da actual arquitectura institucional do Banco Central. Estamos, em consequente, sobretudo naquela vertente da ponderação que trata dos conhecimentos empíricos e à qual é reconhecida, por inerência, maior liberdade de actuação ao Parlamento na concepção de Alexy⁵⁹.

A política monetária é extremamente complexa e exige um planeamento a longo prazo, pelo que os políticos não estariam nem prontos nem apetrechados para responderem a essas necessidades. Eventualmente, políticas mais restritivas no presente poderiam dar mais benefícios no futuro. Contudo, o facto de tais políticas serem por definição impopulares à partida impede que sejam adoptadas pelos decisores eleitos democraticamente. Assim, no final, a economia beneficiaria de tal independência. Há autores, no entanto, que entendem que esta relação não se verifica⁶⁰.

⁵⁸ Para uma análise do princípio da eficiência, cfr. JAQUELINE FRASCATI, *O Princípio da eficiência como valor apto a contribuir para a eficácia dos direitos sociais a prestações concretizadas: análise das funções do princípio da eficiência nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro*, Relatório de Mestrado para a disciplina de Direito Administrativo, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, pp. 21-29.

⁵⁹ Cfr. nota 11.

⁶⁰ SHERI BERMAN / KATHLEEN R. MCNAMARA, “Why Central Banks Need Public Oversight”, *Foreign Affairs*, vol. 78, n.º 2 (Março – Abril 1999), pp. 2-8, pp. 4-5.

7. Um balanço: independência ou morte?

Como é por demais evidente, e como já explicámos, existem mecanismos e princípios constitucionais que habilitam e permitem a criação de entidades administrativas independentes no ordenamento jurídico português.

Robert Alexy debruça-se bastante sobre a questão da liberdade da autoridade normativa constituída: “The issue in each case is whether a means of protection M satisfies the protective duty D.”⁶¹ – por norma, será necessário um exercício de prognose, sendo que este pode indicar soluções várias. Se a posição *prima facie* será sempre aquela que garanta os direitos democráticos dos indivíduos, então surge no Parlamento o ónus de conseguir justificar tal restrição ao direito do cidadão. Obviamente, nos termos normais da ponderação, quanto maior o prejuízo de um, maior terá de ser o benefício do outro⁶². Mas quer dizer, então, que em virtude do desconhecido, teremos de dar liberdade à autoridade normativa constituída para poder agir e prosseguir de forma a concretizar os direitos fundamentais da forma que considere mais adequada, muito embora tal exija uma maior certeza das premissas que fundamentam tal restrição⁶³.

Para conseguirmos discernir entre aquelas questões que são de natureza técnica e as que são de natureza política, há que aplicar critérios⁶⁴. Por norma, as questões políticas terão um carácter mais legislativo, ao passo que as técnicas revelam um carácter mais administrativo – mas tal nem sempre corresponderá à verdade⁶⁵. Mesmo as chamadas questões

⁶¹ ROBERT ALEXY, *A Theory*, p. 312.

⁶² ROBERT ALEXY, *A Theory*, p. 313; no mesmo sentido, JORGE REIS NOVAIS, *Limites*, p. 224-225.

⁶³ “The more heavily an interference in a constitutional right weigh, the greater must be the certainty of its underlying premises.” In ROBERT ALEXY, *A Theory*, p. 418.

⁶⁴ “Generally speaking, a question is deemed ‘technical’ from the actors’ point of view (a) if there is an established consensus on objectives; (b) if the link between the objectives and the means is clear and univocal, i.e. if there is no fundamental dilemma on the necessary means to pursue the agreed upon goals; and (c) if the implementation of these means requires a prior analysis of a vast amount of information and, therefore, the mobilization of technical expertise. Conversely, a question is ‘political’ (a) if there are conflicting objectives, especially due to incompatible values or diverging interests of social groups; (b) if the means to achieve the objectives are open for choice; and (c) if the implementation of these means, because of their ethical and distributional repercussions, justifies the control of democratically elected officials.” in NICOLAS JABKO, “Democracy”, p. 715.

⁶⁵ Tenhamos como exemplo as bitolas utilizadas na rede ferroviária transeuropeia de transportes. Saber qual a distância entre carris é sobretudo uma questão técnica, na medida em que existe um consenso estabelecido quanto à necessidade uniformização máxima da rede, a ligação entre o objectivo e os meios é clara e unívoca, pois é evidente que uma uniformização da bitola a nível europeu permitirá uma rede única e, como é evidente, esta mudança impõe uma análise prévia de quantidades significativas de informação. Mas é uma decisão que está dependente de opção política, muito provavelmente pelos custos financeiros que comporta.

técnicas parecem ter desde logo um grande elemento político por detrás⁶⁶, nomeadamente a questão dos objectivos traçados, que no presente caso estão vertidos em norma jurídica. De resto, a actuação do Banco Central parece em todo o momento identificar-se sobretudo com as questões de natureza técnica. Pela sua própria natureza, sendo questões técnicas, parece-nos que garantirão o maior grau de certeza identificado por Alexy para justificar a diminuição do protagonismo do princípio democrático.

Deslindámos que a autoridade normativa atribuiu um objectivo a atingir ao Banco Central, a estabilidade de preços e da moeda, e que a teoria económica apresenta soluções mais ou menos comprovadas e experimentadas para a alcançar ou manter, dados os diferentes momentos e conjunturas. Em consequência, as normas supralegais conformaram-se com a diminuição de efeitos do princípio democrático em favor de outros princípios, como a imparcialidade e a eficiência.

Mesmo na sua actuação, parece-nos evidente que o Banco Central se encontra constrangido pelo seu objectivo e que os métodos para o alcançar eram já conhecidos e queridos pela autoridade que assim decidiu no seu legítimo exercício de prognose. Posto isto, desde que o objectivo seja alcançar a estabilidade de preços adoptando os cânones económicos comumente aceites, os bancos centrais parecem agir em plena conformidade com as disposições do ordenamento jurídico.

Em paralelo, se surgisse um momento em que o Banco Central ousasse fazer directamente o oposto daquilo que a doutrina económica convencionou para o alcance do seu objectivo, e se efectivamente essa acção o colocasse longe dele, estaríamos perante uma acção desconforme ao direito por parte do Banco Central, por interferir em direitos fundamentais dos cidadãos (como o direito ao emprego, à estabilidade de preços, etc.) sem quaisquer ganhos para outros direitos constitucionalmente protegidos. Seria também uma violação da obrigação de meios a que está adstrito.

Tendo os bancos centrais um poder para alterar o ordenamento jurídico, como vimos, observamos também que esse poder poderia ser tanto maior quanto a autoridade norma-

⁶⁶ FREDERIC ALLEMAND, “More or Less Intergovernmental Cooperation Within the New EMU?”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e R. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 73-99, p. 93.

tiva constituinte quisesse. No limite, caso se considerasse que as normas de carácter supralegal que balizam esse poder eram insuficientes, e se se pretendesse mais controlo democrático, poder-se-ia sempre restringir a acção do banco a parâmetros económicos específicos que o obrigariam a realizar determinada acção (por exemplo, ao nível x de inflação, sobem-se as taxas de juro). Embora tal possa parecer imprudente, dada a volatilidade da vida real, que não se coadunará com imperativos legais estáticos, e com a necessária discricionariedade que a actividade administrativa comporta, seria uma forma de o órgão democraticamente legitimado poder ter um papel relevante, ao dizer em que forma e em que medida aqueles direitos dos cidadãos seriam afectados.

A inflação, a par do fenómeno oposto, é, consensualmente, um elemento desestabilizador na economia e, por isso, tem de ser controlada. Os agentes económicos necessitam de segurança, a fim de tomarem, com confiança, as suas decisões de investimento e de gastos. Um Banco Central independente, por estar mais livre de pressões e influência política do que a comum administração pública⁶⁷, terá muito menos tendência a agir com vista a outros objectivos, como seja a diminuição da taxa de desemprego⁶⁸. Como vimos, pode justificar-se, em termos económicos, fazer subir a taxa de desemprego temporariamente para alcançar uma estabilidade de preços a longo prazo⁶⁹. Desta forma, os agentes económicos terão confiança na forma como o Banco agirá (uma vez que será sempre na persecução do objectivo de estabilização da inflação) e actuarão previsivelmente em conformidade⁷⁰.

⁶⁷ Como é evidente, existem mecanismos de nomeação política que poderão permitir uma maior ou menor interferência. *De jure condendo*, e do ponto de vista do princípio democrático, parece indesmentível que uma nomeação pelos órgãos eleitos directamente se afigura ser aquela que melhor concretiza aquele princípio sem ofender qualquer um outro.

⁶⁸ Como vimos, momentos poderão existir em que seja imperativo reduzir a actividade económica, aumentando o desemprego, ainda que temporariamente, para almejar uma estabilização da inflação.

⁶⁹ "Reducing inflation is, therefore, a policy with temporary costs and permanent benefits. That is, once the disinflationary recession is over, the benefits of zero inflation would persist into the future. If policymakers are farsighted, they should be willing to incur the temporary costs for the permanent benefits. This is precisely the calculation made by Paul Volcker in the early 1980s, when he tightened monetary policy and reduced inflation from about 10 percent in 1980 to about 4 percent in 1983. Although in 1982 unemployment reached its highest level since the Great Depression, the economy eventually recovered from the recession, leaving a legacy of low inflation. Today Volcker is considered a hero among central bankers." In N. GREGORY MANKIW, *Principles*, p. 510.

⁷⁰ N. GREGORY MANKIW, *Principles*, p. 10.

Conclusão

No presente trabalho demonstrou-se que os bancos centrais, que poderão funcionar como paradigma das entidades administrativas independentes, têm poderes efectivos que influenciam os ciclos económicos e, por conseguinte, que afectam também a medida de concretização de outros direitos dos cidadãos, não apenas direitos de 1.^a geração, mas também direitos sociais e económicos.

A par disso, uma alteração a esta atribuição de competências obrigaria sempre a uma alteração das normas supralegais que lhe servem de fundamento. Ainda assim, as entidades, e os bancos centrais em particular, vêm os seus poderes constrangidos por obrigações de meios, tendo em vista o alcance de determinado objectivo. Outras formas haverá, nos limites da separação de poderes, do órgão democraticamente legitimado regular a actuação da administração independente.

Em paralelo, conclui-se existir, na CRP, uma permissão genérica para a criação destas entidades que, mediante ponderação, permite à autoridade normativa constituída alterar o quadro de competências administrativas definido na CRP, retirando-as ao Governo. Tal, no entanto, funciona como uma permissão, e não como uma obrigação – caso, na ponderação entre o princípio democrático e os princípios abonatórios da criação dessas entidades, estes últimos saírem vencedores, é possível, mas não obrigatório, retirar tais poderes ao executivo.

Por último, concluímos que as entidades administrativas independentes, mormente os bancos centrais, terão motivos suficientes para, à luz de tal ponderação, justificar a sua existência apesar do princípio democrático, e não por sua causa.

Bibliografia

- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, 2.^a edição, traduzido por Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002
- ALLEMAND, Frederic, “More or Less Intergovernmental Cooperation Within the New EMU?”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e R. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 73-99
- ALMEIDA, Mário Airoso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*. 8.^a edição, Coimbra, Almedina, 2021
- BERMAN, Sheri / MCNAMARA, Kathleen R., *Why Central Banks Need Public Oversight*, “Foreign Affairs”, vol. 78, n.º 2 (Março – Abril 1999), pp. 2-8
- BREDT, Stephan, “Prospects and Limits of Democratic Governance in the EU”, *European Law Journal*, vol. 17, issue 1 (Janeiro 2011), pp. 35-65
- CAFARO, Susanna, “How the ECB Reinterpreted Its Mandate During the Euro-Crisis (and Why It Was Right in Doing So)”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e R. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 217-233
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Coimbra, Almedina, 2003
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007
- COUTINHO, Francisco Pereira, *Independência na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2021
- FERREIRA, Eduardo Paz, “O Banco de Portugal e o Sistema Europeu de Bancos Centrais”, *Revista da Banca*, n.º 41 (Janeiro-Março 1997), pp. 21-45
- FRASCATI, Jaqueline, *O Princípio da eficiência como valor apto a contribuir para a eficácia dos direitos sociais a prestações concretizadas: análise das funções do*

princípio da eficiência nos ordenamentos jurídicos portugueses e brasileiro, Relatório de Mestrado para a disciplina de Direito Administrativo, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005

GORMLEY, L. W. / HAAN, J. De, “The Democratic Deficit of the European Central Bank”, *European Law Review*, 26.^a edição (1996), pp. 95-112

HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, Ed. Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1919

JABKO, Nicolas, “Democracy in the Age of the Euro”, *Journal of European Public Policy*, (Outubro 2003), pp. 710-739

LOPES, Pedro Moniz, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014

– “Separação de poderes, reserva de função administrativa e alocação normativa entre acto legislativo e regulamentar”, in *X Encontro de Professores de Direito Público* (coord. Ana Gouveia Martins *et al.*), e-book ICJP-CIDP, 2017 (https://www.icjp.pt/sites/default/files/publica-coes/files/e-book_x_encontroprofdirpub_0.pdf), pp. 33-83

– “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *e-Pública*, vol. 7, n.º 1 (Abril 2020), pp. 118-152

MANGAS MARTÍN, Araceli / LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones Y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1999

MANKIW, N. Gregory, *Principles of Macroeconomics*, 3.^a edição, s.l., South-Western Pub., 2003

MARQUES, Walter, “Independência e Consistência na Banca Central”, *Revista da Banca*, n.º 22 (Abril/Junho 1992), pp. 5-11

- MORAIS, Carlos Blanco de, “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 61, n.º 1 (Janeiro 2001), pp. 101-154
- “O Estatuto Híbrido das Entidades Reguladoras da Economia”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coord. Fausto de Quadros, Marcelo Rebelo de Sousa e Paulo Otero), Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 183-217
- NAUDIN, François, *The European Central Bank – A Bank for the 21st Century*, s.l., Kogan Page, 2001
- NOVAIS, Jorge Reis, *Limites dos Direitos Fundamentais: Fundamento, Justificação e Controlo*, Coimbra, Almedina, 2021
- ORTINO, Matteo, “Negative Externalities in the European Banking System”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e R. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp 299–317
- PERONI, Giulio, “The European Central Bank (ECB) and European Democracy: A Technocratic Institution to Rule All European States?”, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord. L. Daniele, P. Simone e P. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp 249–264
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Exceção”, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 81, n.º 3-4 (Julho - Dezembro 2021), pp. 755-805
- SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Los Angeles, The Free Press, 1995
- SILVA, João Nuno Cruz Matos Calvão da, *Agências Europeias de Regulação*, Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito (ramo de Direito da União Europeia), Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015
- STARITA, Massimo, “Democratic Principles and the Economic Branch of the European Monetary Union”, In *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (coord.

por L. Daniele, P. Simone e P. Cisotta), s.l., Springer/G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 3-26

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, n.º 2 BvR 859/15, de 5 Maio de 2020. *Julgamento do Segundo Senado de 5 de Maio de 2020.* (, 5 Maio 2020), disponível em

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.html