

O NOVO REGIME DA ADMINISTRAÇÃO INDEPENDENTE: QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?

Luís Guilherme Catarino¹

ABSTRACT: O problema do “controle dos guardiões” ou quem “guarda os guardas”, tão propalada desde as Sátiras de Juvenal, tem uma atualidade acrescida no crescente “Estado Administrativo”. Como um bom sobretudo, a atual lei-quadro das autoridades independentes esconde muito do que deveria ser visto. O regime jurídico contemplou parcialmente alguns dos problemas que geram a “ansiedade constitucional” decorrente da sua independência, esquecendo soluções há muito defendidas para uma eficaz accountability destas autoridades. A história recente da omissão regulatória, política, social e económica, e o seu contributo para a atual crise deveria ter determinado uma especial atenção a novos dilemas regulatórios. A captura decorrente da “ecologia profissional”, o domínio de um meio por uma elite profissional que circula entre políticos, reguladores e regulados, que se eterniza e autorreproduz, deveria ser acautelada: não só porque contribui para um ecossistema ecologicamente inigualitário e para a Dual Economy, mas porque produziu frutos nefastos na crise recente. A regulação multinível ou “em rede” também demandava por normas de competência e de conflito, internas e internacionais, que pusessem cobro à atual (des)ordem normativa e judicial. Aos futuros estatutos legais dos reguladores será cometido colmatar algumas destas lacunas, essenciais à legitimação do Estado-Supervisor, tentando que a Democracia possa casar com a Globalização.

SUMÁRIO: Introdução: independência, captura e controlo. I. Administração Reguladora Independente e Imparcial: o melhor “remédio”? II. A administração independente: controlar a “ansiedade constitucional”. 1. Da dialética *Autoridade vs Liberdade à Independência vs Responsabilidade*. 2. A legitimação pela *accountability* – o que é a *accountability*? III: Independência e Deriva para a Captura. Sistemas de controlo preventivo e controlos contínuos. 1. Controlo *ex ante*: o “*desenho legislativo*” do seu Estatuto. Sistemas de controlo *on going* ou controlos contínuos. 3. O controlo pela coordenação de espaços regulatórios partilhados. A coordenação e a captura multinível. IV. Sistemas de controlo sucessivo ou *a posteriori*. 1. O controlo social (interno e internacional). 2. O controlo político. 3. O controlo judicial. 4. O controlo pela responsabilidade civil. A) As Teorias Económicas do Direito.

¹ Professor Auxiliar Economia da UAL; Diretor-Adjunto da CMVM. O texto teve por base um dos Seminários de Doutoramento sobre Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado ministrado no Curso na Universidade Autónoma de Lisboa em fev/maio de 2013. As opiniões expendidas, pessoais e académicas, só vinculam o Autor.

Argumentos a favor e contra a responsabilidade dos reguladores. b) Influência das Teorias Económicas do Direito na responsabilização. C) A União financeira, os sistemas de garantia de depósitos, e o Acórdão *Peter Paul* e outros. Conclusão: a eterna luta contra as imunidades do Poder.

Introdução: independência, captura e controlo. As recentes alterações legislativas decorrentes da entrada em vigor da “Lei-quadro” das Autoridades Administrativas Independentes (AAI) com funções de regulação da atividade dos sectores privado, público e cooperativo (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, doravante *LQ*), relançaram um vivo debate doutrinário². Um estudo regulatório sobre esta nova Administração tinha sido pedido pelo então Ministro da Economia e Finanças, Joaquim Pina Moura, com o fito de uniformizar o quadro legal “ad hoc” e lacunoso em que se moviam estas autoridades. O Estudo entregue ao Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública do XIV Governo Constitucional, acompanhava uma proposta de Anteprojeto de Lei-Quadro (1999). Na sequência da aprovação na generalidade da Proposta de Lei de Enquadramento dos Institutos Públicos, o Projeto de Lei-Quadro das AAI encontrava-se na Assembleia da República (AR) mas não veria a luz do dia devido à demissão do então Primeiro-Ministro, António Guterres³.

O atual Governo retomaria o propósito de regulação destes institutos públicos de regime especial, na sequência do Plano de Ajustamento Económico Financeiro acordado com a União Europeia e o FMI, solicitando a uma empresa especializada um novo Projeto que cobrisse a realidade nacional. A estrutura e o conteúdo da Lei não correspondem totalmente ao propósito de base de uniformização – *i.a.*, a possibilidade de criação de regimes remuneratórios “ad hoc” e não uniformes para os reguladores (arts. 25.º e 26.º *LQ*); a maior exigência de independência colocada nos dirigentes médios (arts. e 32.º, n.ºs 6 a 9 *LQ*); a incompreensão dogmática de alguns conceitos e princípios fundamentais como direção, tutela, superintendência, independência, ou a indisponibilidade das atribuições e das competências legais (*i.a.* arts.

2 Em 25 de outubro de 2013 teve lugar um Seminário sobre a mesma, promovida pela Faculdade de Direito de Coimbra, e em 12 e 13 de novembro de 2013, foi igualmente promovida uma discussão pública na Faculdade de Direito de Lisboa (http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/coloquios/25102013_coloquio.pdf e http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525).

3 Da Autoria do Professor Vital Moreira e da Juíza-Conselheira Maria Fernanda Maças, o Projeto seria publicado em março de 2003.

6.º, n.º 1, 20.º, n.º 5, a), 40.º, n.º 5, 45.º LQ). Ficam fora da Lei algumas questões essenciais a um regime jurídico de entidades públicas reguladoras independentes como o tema do controlo e responsabilidade (*accountability*), tema que a crise mundial iniciada em 2007/8 e as exigências internacionais de “boa governança” colocaram na ordem do dia (*vd Core principles of good governance* da UE⁴).

É efetivamente escasso o tratamento normativo da velha questão de saber como “controlar o controlador”, aspeto essencial na conciliação entre o “Estado Administrativo” atual e a estrutura constitucional que reserva o controlo político da Administração aos eleitos pelo Povo. O procedimento, o controlo e a responsabilidade são formas de colmatar o “pecado original” que acompanha as AAI: a falta de legitimação democrática⁵. A questão do “controlo dos guardiões” ou do “guarda dos guardas”, tão propalada desde as Sátiras de Juvenal, tem uma importância acrescida num ambiente internacional de privatização, de desregulação e liberalização (*Consenso de Washington*). O tsunami económico que desde a década de oitenta submergiu o Direito e os Estados soberanos, criou novos atores públicos informais, numa espécie de Hidra reguladora de plúrimas cabeças, originando sistemas de “governança em rede”, multinível⁶, com instrumentos informais, quase-normativos e atípicos.

Na era da globalização (económica) e de crescente *pós*-humanismo (que lida mal com direitos, liberdades e garantias de primeira geração), a Administração reguladora ganhou renovada força no domínio social e económico. A adaptabilidade, informalidade e liberdade da sua atuação, na cena interna e na cena internacional, “casam” bem com as teorias que defendem com “naturalidade” o fim do Estado, mas esquecem que esta instituição contratualizou a sociedade civil, equalizou os cidadãos perante a sociedade de castas ou de corporações, permitiu diminuir eternos conflitos e levantar os povos contra tiranos que se pretendiam absolutos aos Estados.

A atribuição a AAI de poderes de criação de *hard* e *soft law* e de fortes poderes de execução e verificação da legalidade (*enforcement*), tem um forte apoio dogmático em AA. que defendem modernamente a pulverização do

4 Vd o Livro Branco em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf e o “Draft Inter-Institutional Agreement for a Framework for the European Regulatory Agencies” da CE, de 25Fev2005, COM(2005)59.

5 Entre a vasta bibliografia existente, Moreira & Marques, 2008; Catarino, 2009; Calvete, 2013; Gonçalves, 2013.

6 Catarino, 2010: 383 ss.

Poder e do Direito, a “medievalização” da Sociedade (como se a História da miséria, da desigualdade, da insegurança e iniquidade não tivessem existido) e a “neo-feudalização” do Direito (a que é inerente a já visível subjugação do coletivo, difuso, a grupos fortes, porque organizados e “sem terra”, como Corporações, Empresas transnacionais, Mercados, Igrejas, *fora* internacionais).

Afastamo-nos decididamente do atual “responso” ao Estado de Direito, Democrático, e aceitamos como natural o controlo ou *accountability* destas autoridades reguladoras contra as imunidades do Poder, não esquecendo que dele depende a sua legitimação. Como veremos, nascidas independentes num dado momento da História como *um* remédio para solução de um problema imediato (ordenação económica nos EUA), há que perceber que no longo prazo o que então foi considerado a melhor solução ou remédio vai necessitando “reajustamentos da dose”.

I. ADMINISTRAÇÃO REGULADORA INDEPENDENTE E IMPARCIAL: O MELHOR “REMÉDIO”?

Quem são estes Atores públicos? Correspondem a um modelo administrativo baseado no “governo pelos peritos” que cresceu em meados dos anos 20 do século passado nos EUA, teorizado pelo *Progressive Mouvement* na tentativa de afastar a partidarização do Executivo. Este movimento dos *Progressives* foi acompanhado pelos *New Dealers* na luta contra os malefícios decorrentes do mercado desregulado. A falta de intervenção pública na sociedade e na economia, a fraca aparelhagem administrativo-burocrático e legislativa, os resultados depressivos e anticoncorrenciais inerentes a “falhas de mercado” (*market failures*), e a intervenção “regulatória” demasiado conservadora do Supremo Tribunal Federal norte-americano, revelaram a necessidade de um novo modelo burocrático⁷.

Os ideais de Tocqueville na equalização dos cidadãos e na separação entre a sociedade civil e a “sociedade” ou organização política, permitira um vazio por onde germinaria uma nova administração. O fenómeno da captura do Executivo pelo clientelismo político, a constante rotatividade dos seus titulares e o perigo da sua parcialidade, deveriam pugnar por que a nova burocracia tivesse uma ligação fiduciária ao Povo (“we, the People...”). A solução passaria pelo controlo desta Administração pelo Congresso, desde a sua

⁷ Para uma resenha e evolução história no nascimento das autoridades reguladoras independentes nos EUA (e posteriormente na Europa), Catarino, 2009: 39 ss e 206 ss e bibliografia aí citada.

constituição, a nomeação dos titulares e a monitorização da sua atividade (*fiduciary Administration*)⁸.

Este novo modelo de administração deveria ser “meritocrática” (“governo de sábios”), *independente* do Poder Político e *imparcial* perante os interesses em presença. E à desconfiança face ao poder das aparelhagens partidárias e dos regulados, os paladinos do *New Deal* e o *Progressive Movement* responderam com uma vasta discricionariedade técnica: as *melhores decisões* para os *maiores problemas* sociais e económicos. Neste movimento os Tribunais, enquanto órgãos não eleitos e carentes de saber científico, tenderam a ser desacreditados para a função de controlo e sindicância das orientações públicas (*policy*) desta nova administração⁹. A escassa margem do escrutínio judicial permitido baseava-se igualmente na intencionalidade da delegação legislativa do Congresso: as autoridades reguladoras independentes operavam sob o mandato legal do Congresso vertido nas respetivas leis orgânicas (*statutes*)¹⁰.

A sua independência e imparcialidade implicavam, num *grau mais imediato*, que as AAI apenas devessem respeito à lei, ao Direito e à sua *expertise* técnica, sem submissão a hierarquia ou tutela. Num *sentido médio* ou *subjetivo* implicavam o poder-dever de não prejudicar ou privilegiar um administrado, atuando através de uma justa e proporcionada ponderação dos interesses em presença. Subjaz-lhe a independência *objetiva* de atuação, que faz apelo às suas funções específicas, à sua organização e ao sistema de garantias criado para afastar toda a dúvida legítima sobre a imparcialidade.

A independência e o forte potencial de interferência com direitos, liberdades e garantias individuais redundariam amiúde numa excessiva discricionariedade e na possibilidade, real, de arbitrariedade ou de prossecução de

8 Este conceito de Administração fiduciária enquanto ligação do Povo, como detentor de uma fração de poder, e a Administração, como *trustee*, retomada por Locke, Burke, e os ideólogos norte-americanos Madison, Hamilton e depois Stuart Mill, marcou muito vivamente a conceção republicana de democracia (*We, the People...*) e de representatividade (*trusteeship*). Acerca da sua aplicação na relação regulatória, de legitimidade e limites, Criddle, 2006: 118-136, e Staszewski, 2011: 156-62.

9 Cfr. Bickel, 1986, a propósito de uma teoria constitucional baseada na supremacia absoluta da regra da maioria, que, levada às últimas consequências, se tornaria totalitária (*majoritarianism*). Também Hirschman, 1988: 646-656.

10 Seidenfeld, 1992: 1511-71. Sobre a cassação do poder presidencial de remoção do titular de uma *executive branch agency* (casos *Myers* e *Humphrey's Executor* – *infra*), vd Corwin, 1927. Ainda, acerca destas decisões judiciais e a diferença entre estas *agencies* e as *independent regulatory agencies*, Catarino, 2009: 100, 267 ss. e 310 ss.

atividades dolosas ou arbitrárias (*malicious or capricious*)¹¹. Como decorrência foram criados procedimentos administrativos escritos e formais¹², os estatutos legais tornaram mais precisas e definidas as atribuições e competências, e defendeu-se a necessidade de um controlo judicial forte (*hard look doctrine*)¹³. Apesar de consideradas o melhor remédio para os problemas sociais e económicos que a América enfrentava nos inícios do séc. XX, tais Autoridades de peritos (*independent regulatory agencies*) também padeciam, geneticamente, do *gérmen* da parcialidade¹⁴: concentravam poderes de criação de normas jurídicas; com poderes de polícia (inspeção, investigação e controlo); com poderes judiciais (perseguir e acusar); e poderes de punição.

A *independência* e *discricionariedade* passaram a ser olhadas de soslaio na relação entre *neutralidade* do governo de peritos (*melhores soluções*) *vs* controlo político democrático (*soluções constitucionais*)¹⁵.

A Administração Independente germinaria nos gloriosos 30 anos de crescimento económico pós-II Grande Guerra e seria importada para a Europa sobretudo nos anos setenta – altura em que já se esvaía nos EUA a visão mirífica de tais *agencies*. Também na Europa foi considerada o melhor remédio para os novos movimentos de privatização e de “libertação” da sociedade civil (*empowering the community*), pois não obstaculizavam a adoção de políticas públicas “gerenciais” designadas de *New Institutional Economics* (a *governance*

11 O *Administrative Procedure Act* verteria em letra de lei este padrão/teste para possível sindicabilidade contenciosa (5 U.S.Code, parág. 706). No famoso caso de nudez parcial ocorrida no *Billboard Music Awards* em 2003 e num caso de linguagem utilizada por Bono em 2002, a *Federal Communications Commission* (FCC) admoestou respetivamente a ABC e a Fox Television, e mediante recurso desta última o tribunal decidiu que a decisão da FCC e a sua *indecency policy was arbitrary and capricious* – <http://www.law.cornell.edu/supct/cert/10-1293>.

12 Cfr. o estudo clássico de Stewart, 1975: 1669. *Idem*, 2003: 437-60.

13 Este entendimento resultou da jurisprudência, *vg.* das decisões do Supremo Tribunal nos casos *Myers vs. U.S.* (1926 272 (US) 52) e *Humphrey's Executor vs. U. S.*, (1935, 295 (US) 602). No caso *Myers*, *Postmaster General* do *Postal Service* exonerado pelo Presidente, o Tribunal fixou jurisprudência segundo a qual, perante uma nomeação feita pelo Presidente e pelo Senado, no silêncio da Constituição e na falta de norma que permita a cessação do mandato ela é possível a todo o tempo (na realidade ele era um *inferior officer*). No caso *Humphrey's Executor*, decidiu que o Presidente Roosevelt não poderia demitir um membro da *Federal Trade Commission* antes do termo do mandato, pois, segundo o Tribunal, o Congresso teria decidido criar um órgão independente de toda a influência do Executivo (na falta de norma expressa a demissão não é possível).

14 Na realidade, a própria constituição da *Interstate Commerce Commission* (ICC) é vista por muitos AA como um meio de proteção da indústria instalada perante novos concorrentes ou a intervenção dos diversos Estados Federados (Fellmeth, 1970: 311-25).

15 Assim, discutindo a “interferência” de poderes não eleitos como o judicial, perante poderes decorrentes de maiorias, Shapiro, 1983: 1487; Seidenfeld, 1992: 1511; Brown, 1998: 531-550.

segundo elevados padrões ou *benchmarks* privados, como comparador de eficiência), nem a via privatizadora da gestão pública típica do *New Public Management* de Thatcher. Pelo contrário, adequavam-se à adoção pela Administração de métodos de mercado (preocupação em ganhar ou investir o dinheiro público e não meramente em gastá-lo – VOIGT, 2002¹⁶) e às opções políticas de *contracting out*.

A “importação” para a Europa da administração independente decorreu em igual medida da necessidade de um remédio que ultrapassasse os três grandes problemas associados à tradicional burocracia governamental: a) a captura da administração pelos partidos políticos; b) a captura da administração por interesses privados; c) a ineficiência burocrática e a excessiva centralização administrativa perante uma sociedade técnica pujante e *timeless*. É também aqui se coloca a necessidade de calibrar a dose de *independência* através de formas de *reconhecimento* da legitimidade e do *controle* político democrático.

II. A ADMINISTRAÇÃO INDEPENDENTE: COMO CONTROLAR A “ANSIEDADE CONSTITUCIONAL”

As singulares características da nova administração dependem da concretização legal da norma constitucional vertida no artigo 267.º, n.º 3 da Constituição: “a lei pode criar entidades administrativas independentes”. Dando cumprimento à lei fundamental o legislador estatuiu na Lei-Quadro as características fundamentais, como a independência *institucional* (*i.a.* perante orientações concretas do Executivo, art. 45.º LQ), a *inamovibilidade* dos titulares (exceto em casos de falta grave, art. 20.º LQ), a *imparcialidade subjetiva* (recrutamento público e transparente, baseado em capacidades técnicas e não políticas, religiosas ou de género, com remunerações acima da média, art. 17.º LQ) e *objetiva* ou neutralidade decisória (*i.a.*, não participação em matérias de onde resultem conflitos de interesses). A par de uma autonomia reforçada (administrativa, financeira e de gestão, art. 3.º LQ), os estatutos especificarão de forma clara e precisa as *atribuições e competências* (arts. 6.º e 7.º LQ) – secção legal da vida pública, social e económica que deu origem à

16 Esta corrente da *New Institutional Economics*, enquanto aplicação das teorias económicas à ciência social e política administrativa, é coeva do neoclássico, e tem em vista o estudo do fenómeno de funcionamento do enquadramento legal e institucional e estruturas de governação – privadas e públicas (*cfr.* a distinção entre a *positive* e *normative approach* consoante se pretenda estudar as estruturas vigentes e funcionamento ou a sua justificação e méritos do regime e sua escolha, *in* Kirchner, 2006: 341, com remissão para a obra de PIES, 1993. Ainda, Hopt, 2013: 219-53.

constituição de “redes regulatórias” e *networking regulation*. Atribui-se ampla discricionariedade *de ação e decisão* e vastos poderes funcionais (*i.a.* arts. 3.º e 40.º–44.º *LQ*)¹⁷.

Pretendendo-se a adesão dos reguladores à sua “sociedade civil”, para a legitimação pelo *reconhecimento social* fomentam-se novas formas de atuação pactuada ou *bottom-up* (arts. 4.º, n.º 1, *d*), 11.º, 41.º, 47.º *LQ*), e a substituição da regulação *hard* pelo mero *fomento* de condutas (*steering* e *principle based regulation*). Esta nova forma de burocracia (*responsive regulation*) visa a legitimação pela obtenção de apoio político e jurídico: assume a democratização da regulação sectorial para um *reconhecimento político-democrático* que supra a sua fragilidade constitucional.

Liberta de princípios de *hierarquia* ou de *subordinação*, mesmo que *funcional* ou *diretiva*, a nova Administração Independente de Garantia, de Controlo e de Supervisão¹⁸ permitiu de facto uma maior simbiose e adesão às necessidades sociais e económicas e uma maior proteção de direitos fundamentais¹⁹. Mas não escondeu o “pecado original” de fugir à lógica da *responsabilidade política e legitimidade democrática*²⁰, nem a possibilidade real de os próprios reguladores tomarem, erradamente, a sua independência como *privatização da função pública*

17 “A generalidade das características usadas para defender estes entes são igualmente os fatores que alguns autores defendem para a sua abolição: – enquanto Administração deveriam estar subordinados ao Executivo e à sua política; – a imparcialidade não é uma realidade, atenta a distribuição dos seus lugares entre os principais partidos políticos; – as suas funções quasi-judiciais e quasi-legislativas violam o princípio da separação de poderes; – a extrema discricionariedade e *expertise* técnica em que se envolvem diminuem o controlo judicial. Finalmente, têm uma visão parcelar da realidade (*vision tunnel*) e uma visão biológica organizativa que redundam numa necessária captura – Molina, 1995: 187.

18 Distinguímos usualmente entre as Autoridades Administrativas Independentes “de Garantia” (entes que têm por função a proteção de dados pessoais, a concorrência, as telecomunicações e outros direitos “primários”), de “Controlo” (visam o equilíbrio de sectores nevrálgicos da economia mas “fechados”, como a banca, seguros, mercados financeiros), de “Vigilância e Regulação” (visam a regulação de sectores onde antes pontuavam os serviços públicos como o gás e eletricidade, e que como tal necessitam fortemente de um árbitro), e as “autoridades Técnicas e Agências” (figura nova cada vez com maior fulgor no espaço europeu – cfr. Borsellino, 2007).

19 O nascimento destas autoridades é também justificado com o mau funcionamento do contencioso administrativo perante sectores “sensíveis” – considerando-se “sensíveis” os sectores onde existem interesses que *não podem* ser violados, *i.e.*, cuja violação não permite ao seu titular obter uma reparação jurisdicional ou reequilíbrio no campo substancial – *Da chio discende la necessità di una protezione di diritti, antitetica a quella affidata al giudice, che non va dispiegata in via successiva, ma in via preventiva, com immediatezza e continuità, a mezzo di una ininterrotta attività di sorveglianza (...)* – Merloni, 1997: 321-367. Sobre a influência dos princípios do direito criminal sobre o direito administrativo sancionatório, Dellis, 1997.

20 O Estado soberano foi afinal uma forma de personalização jurídica da Nação, e a sua legitimidade arranca nos modernos estados democráticos do Estado de Direito, ou seja: *o Estado é a única pessoa que retira competência da sua competência* – Saborin, 1988: 97.

que desempenham. É que os poderes que lhe foram legalmente conferidos para enquadrar e regular um sector social ou económico pressupõem uma visão “arbitral” *do Estado*. Assentam numa nova forma de articulação entre a sociedade e um Estado pluralista e policêntrico²¹, mas continuam a ter como fim redesenhar o interesse dos atores (*self interest*) em prol e subordinado ao *interesse público e coletivo*.

Por esse motivo são essenciais os tradicionais mecanismos de controlo *judicial* mas também a *vigilância política*²². Só em má teoria se pode pensar que uma orientação pública ou *policy* nunca está imbuída de política (*politics*). É certo que a independência e a discricionariedade de ação e de decisão são de cariz *técnico* e não *político*. É igualmente certo que a nova burocracia visa obter as melhores soluções possíveis baseando-se por isso numa *neutralidade* (*split function*) similar à *judicial* (*naked preferences*)²³. Mas como conjugar uma atividade tecnicamente pura com uma Administração necessariamente parcial (prossecação do interesse público), e independente perante os atores sociais (dados os riscos de captura ou de deriva burocrática)? Como controlar a discricionariedade técnica e a possibilidade de fuga ao controlo pelos representantes eleitos (legitimidade democrática do Executivo e do Parlamento)? A tradicional dialética entre a autoridade e a liberdade origina o atual confronto entre a *independência* e a *responsabilidade*.

1. Da dialética *Autoridade vs Liberdade à Independência vs Responsabilidade*. A História mostra-nos que a dialética entre a Autoridade do Executivo face à crescente Liberdade dos cidadãos acompanhou no séc. XIX o crescimento do “Estado Administrativo”. Na sua génese encontrava-se a proteção

21 A expressão é de Sandulli, 1996: 115 ss.

22 *En la medida que la ciencia y la técnica penetran en los ámbitos institucionales de la sociedad, transformando de este modo las instituciones mismas, empiezan a desmoronarse las viejas legitimaciones* – Canals y Ametller, 1999: 474. A deferência judicial perante as normas criadas pelas agências administrativas nasceu também nos EUA, no sentido de que *federal courts must defer to agencies’ reasonable interpretations of ambiguous statutes*, caso *Chevron USA Inc. Vs Natural Resources Defence Council, INC.*). Nem a posterior doutrina judicial denominada *hard look*, por mais intrusiva, deu maior relevância à participação popular estatuída no *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946, bastando-se, para além do cumprimento dos procedimentos participativos e fundamentadores da operação de *decision making*, com a explanação “racional” (lógica e completa) da opção regulatória – Catarino, 2009: 101-112.

23 Acerca da problemática da independência, imparcialidade, neutralidade decisória e *split function*, Cap. III da nossa dissertação de doutoramento de 2008, *A hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais : da justiça administrativa às autoridades administrativas independentes*, Faculdade de Direito de Coimbra, policop.

da liberdade dos cidadãos perante as relações do Poder com as corporações ou associações sob as quais os cidadãos se acolhiam. O fim deste “chapéu de chuva” onde o cidadão se abrigava nas relações com uma Administração centralista forte seria substituído pelo fenómeno de representatividade dos cidadãos nas instâncias políticas democráticas de controlo, que impôs a redefinição do fundamento e limites da Administração Pública e o fim do *cidadão-objeto*.

A nova Administração independente representa um regresso a um Mundo do Poder atomizado e disperso, onde o *deficit* de legitimidade administrativa implica que a *relação fiduciária de representação* de baseie num diferente reconhecimento. Como? Através de mecanismos de participação popular decisória; de fundamentação da regulamentação; do estudo prévio do impacto regulatório e do *ratio* custo-benefício; do recurso procedimental a especialistas e peritos do sector a regular; da transparência e escrutínio popular e dos órgãos de soberania; do acesso à informação; da participação popular para a decisão (*cf.* arts. 4.º, 41.º, 47.º, n.º 2, 49.º *LQ*). Estes são os princípios procedimentais parajudiciais (*due process*) que vertidos no célebre *Administrative Procedure Act* de 1946 permitiram ao Supremo Tribunal Federal dos EUA aceitar vastos poderes para-legislativos e para-judiciais da nova administração independente²⁴.

A arquitetura regulatória independente desenhada até à década de 1940 foi sendo sucessivamente aperfeiçoada desde a década de 1970, mas revelou-se insuficiente (e omissa) perante o fim da fase da primeira industrialização e a entrada na moderna sociedade do risco (Bressman, 2007). Com a globalização, os novos reguladores vêm-se como Líderes e orientadores de uma sociedade civil que apenas deveriam fomentar, vigiar e controlar (“regular”). Para além do tradicional risco de falta de independência face aos interesses dos regulados e dos políticos (*captura*), os reguladores tendem a criar interesses próprios, opacos, criando ou preservando o prestígio próprio e os seus interesses e a sua carreira futura (*vested interests*). A globalização também agravou as tradicionais queixas de falta de legitimidade democrática da Administração e de *accountability*:

- Pelo decréscimo de transparência na tomada de decisões e na aprovação de *standards* e *guidelines* por *fora* internacionais informais, aplicáveis globalmente (*worldwide*);

24 Acerca da luta entre os *New Deal Democrats* e os Republicanos, e entre o Executivo “progressivo” de Theodore Roosevelt e o Poder Judicial que se pretendia único regulador federal (Supremo Tribunal Federal), Shapiro, 1986: 447-92. Esta luta entre Poderes levaria à adoção “pactuada” deste *Administrative Procedure Act* (APAct) enformando-o com a natureza de procedimento para-judicial, Catarino, 2009: 94 ss.

- Pela menor participação de *stakeholders* no procedimento global de decisão (sobretudo do público-beneficiário que os reguladores devem proteger);
- Pela captura do processo regulatório (*rule-making*) por agentes privados internacionais que, pela sofisticação e proximidade dos reguladores, aí têm um papel desproporcionado²⁵;
- Pelo desuso ou mera formalidade em que por vezes se transforma a tradicional consulta pública (*notice and comment*);
- Pelo duplo (e reforçado) *deficit* de legitimidade inerente (i) aos *fora* internacionais que decidem a regulação, (ii) e aos burocratas, políticos e profissionais que aí participam.

As acusações atuais são de tal forma graves que para alguns AA, a independência simplesmente deixou de existir. A *captura* terá origem logo a nível internacional, atenta a presença de políticos e de regulados nos *fora* que atualmente ditam as medidas regulatórias (no G7, no G8, no G20, no FMI/BM, nas Conferências de Davos, no Congresso, no Parlamento Europeu, nas agências europeias – *cf.* arts. 2.º, n.º 2 e 11.º LQ).

Salientam os AA a forma como nestes *fora* internacionais informais, tal como nas demais organizações internacionais, o *lobby* das empresas mais poderosas determinam, nos ciclos expansivos, a política regulatória, com o beneplácito e omissão dos políticos. Relembremos o poder da oligarquia bancária norte-americana no dealbar da crise de 2007, e as vantagens que os políticos retiraram nas épocas de forte crescimento ou de bolhas especulativas. Ao contrário, nos períodos de recessão ou crise económica, os políticos sobrepõem-se aos burocratas e aos sábios: as rédeas das decisões técnicas passam então da indústria para os representantes dos Governos e para os políticos que passam a comandar tais organizações²⁶. Porquê? Por culpa própria, por terem omitido intervir e regular em momentos de expansão e de euforia; por necessidade, pois lhes cabe suportar prejuízos como os resgates (*bailouts*) massivos, inerentes a tais crises. A aceitação desta interferência regulatória, que

25 Cuéllar, 2005: 414-5; Yackee & Yackee, 2006: 129.

26 O mais explícito exemplo decorre do fenómeno da União Europeia onde os Estados se superiorizaram de forma aberta às instituições constitucionais da UE. Acerca do fenómeno de “captura”, Singer, 2007: 34 e 110, e Porter, 2005: 108.64. Acerca da influência política sobre os *fora* dos mercados (IOSCO) e repercussões, *i.a.*, na regulamentação da atividade de *rating*, a obra de Pagliari, 2011.

se dá em qualquer ciclo, leva estes AA a substituir a expressão anglo-saxónica *capture* por “rapture”²⁷.

Aquilo que designamos por *accountability* (*infra* 2.2.) visa afirmar que a “legitimidade técnica” (*ex officium*) não pode mais ser um pretexto para a pulverização dos centros de Poder no Estado²⁸. A atomização da autoridade pública cria centros sociais que *aproveitam* a burocracia para dominar o Estado, afastando a confiança dos cidadãos na administração com grave erosão da democracia (*fiduciary representation*²⁹). Se a cura para os males da democracia reside em *mais* democracia, também a cura para as dificuldades democráticas de uma administração cujas características foram forjadas na industrialização depende da reavaliação e mais legitimação. A dialética regulatória torna essenciais instrumentos procedimentais *hard* para além da participação social. A *accountability* é essencial pois permite à Administração Autolegitimar-se num fenómeno de *building the legitimacy inside-out*.

2. A legitimação pela *accountability*: o que é a *accountability*? As formas de participação popular na atividade administrativa dos reguladores visaram permitir um controlo e uma responsabilidade pública tendente ao seu *reconhecimento*³⁰, suprimindo o *déficit* da “legitimidade técnica” frente à legitimidade jurídica (*ex lege*) ou política (democrática)³¹. Estes meios seriam secundados pela “legitimação pelo procedimento”, na sua versão mas estrita de cumprimento das garantias fundamentais inerentes ao processo devido em Direito

27 Esta curiosa expressão visa retratar um estágio em que já não se discute conflitos de interesses entre regulados e reguladores ou dominação destes por aqueles, mas a assunção de um verdadeiro compromisso político com a indústria que deveriam regular: *doing whatever may possibly advance short-term opportunities for competitive advantages, profit and market positioning* – Dorn, 2011: 36.

28 Autores mais radicais, como Marchán, figuram estes corpos sociais, económicos e políticos, como “animais de presa”, girando em torno da presa mais apetecida – o Estado –, vendo na *burocracia una base para el surgimiento de una oligarquia que surge, dice, en todas las organizaciones, como manifestación de tendencias antidemocráticas existentes en todo grupo social*, oligarquias com tendência natural dentro de qualquer organização humana – logo, também nas entidades reguladoras suscetíveis de captura (1983: 820). Fazendo parte da nova sociedade pós-modernista e integrados numa Administração Pública autorreflexiva, num tema de reinterpretação próprio da ciência da Administração, *vd.* Reed, 1993.

29 Acerca das origens privatísticas da figura da representação (*fideicommissum* romano), ao *trust* anglo-saxónico, *vd.* Avini, 1996: 1139, e Round Jr. e Round III, 2012: 1179-1186.

30 Salomon, 2000: 1611-1674.

31 No sentido da inconstitucionalidade, pela violação dos princípios constitucionais de direção e tutela da Administração, nomeadamente através da livre nomeação e exoneração de titulares de cargos públicos, bem como a responsabilidade política do Executivo perante o Parlamento, Llovet, 1993: 117.

(*due process of law* particularmente importante na atividade intrusiva sobre direitos fundamentais como as autorizações, inspeções ou punições). A “fundamentalização” das normas procedimentais constituiria uma moeda de troca com os órgãos judiciais que determinou um movimento de *overjudicialization*³².

O “funcionamento em rede” dos reguladores, *i.e.* a sua integração em/com outros reguladores nacionais e estrangeiros e com *fora* internacionais, a participação em espaços regionais (como a UE, onde nasce uma tecnocracia administrativa comunitária³³) ou globais (IOSCO, Comité de Basileia, FMI/BM, IASB) permitiu-lhes maior projeção e mais poder.

No entanto, nem a participação dos reguladores independentes em redes inter e transgovernamentais e sistemas de regulação multinível, nem a forte integração e prestígio internacional daí decorrentes lhes permitiu atuar de forma a fomentar consensos e partilhar o conhecimento técnico para prevenir a concretização de riscos de efeito mundial. Ficou demonstrado que a necessidade de controlo e a responsabilidade da Administração não foi superada por uma atividade *administrativa internacional independente* nem por um *direito administrativo global*³⁴. Pelo contrário, a fraca e difusa *accountability* daí decorrente e a interferência política e profissional nos *fora* internacionais reforçam a sua vulnerabilidade e a crítica social sobre os reguladores *vg* pelas crises financeiras ocorridas no corrente século. Quem paga os custos reconduz-se à velha questão: *quis custodiet ipsos custodes?*

32 Como refere Schwartz (2002: 321), os procedimentos permitem não só a participação popular e a legitimação e evolução do processo de regulação, mas também a *judicial review* – para além de, segundo alguns AA, ter feito evoluir a democracia para uma representação de interesses (relativamente ao papel das agências como reguladoras de interesses, resolução de conflitos de interesses e até eventual repercutora regulatória de interesses “fortes”). Também McCubbins, Noll & Weingast, 1987: 243-77. Alguns organismos internacionais, como a IOSCO, estatuem-nos – o regulador (...) *should adopt processes which are; consistently applied; (...) fair and equitable. In the formulation of policy, the regulator should have a process of consultation with the public including those who may be affected by the policy (...); – include standards of procedural fairness (...)*. – <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf>.

33 O recente fenómeno de “agencificação” e os problemas da sua legitimidade constitucional e não *accountability*, originaram uma reação judicial (doutrina *Meroni*) que verbaliza a falta de poder de delegação dos Tratados e a necessidade de agir segundo os meios tradicionais. O mesmo sucedeu num Estado-Regulador como os EUA, onde tais questões de omissão constitucional levaram à afirmação judicial da *non-delegation doctrine* – Catarino, 2009:101; *idem*, 2012: 147-203.

34 Uma boa súmula deste processo de *building legitimacy inside-out* é dada por Markell & Meazell, 2013, num *case study* – o comportamento da U.S. *Environmental Protection Agency*, actuação *ex ante* e a *posteriori* (perante petições e controlo judicial).

Há que retomar as perguntas: “Quem comanda?”, “Como comanda?”, “Com que finalidade?” “Porquê?”, “A quem responde?”³⁵. Este é o vértice de controlo democrático genericamente englobado na expressão lata de *accountability*. Na falta de uma expressão nacional equivalente, e sublinhando a distinção feita por Bovens (2008), utilizamo-la menos no sentido norte-americano de *virtude* (conceito normativo que respeita a padrões de comportamento e de organização ideais, que permitem a posterior aferição de condutas) e mais no sentido europeu de *mecanismo* de avaliação³⁶.

Neste sentido, *accountability* conjuga *todas as* formas de relação *entre um sujeito de Direito e um ou mais* fora, *perante aos quais aquele deve* explicar e justificar a sua conduta, tendo estes o direito de colocar questões e julgar, resultando desta relação consequências *para o sujeito*³⁷.

O controlo e responsabilidade (*accountability*) podem por isso assumir formas políticas, sociais, judiciais, e sobre elas e respetivas consequências nos debruçaremos de seguida.

Estas formas podem operar “ex post” facto, mas dependem da existência de mecanismos de controlo de comportamentos estatuídos “ex ante” que salvaguardem a conceção Republicana de Liberdade – porque esta é também a não dominação de alguns órgãos pelos demais.

III. INDEPENDÊNCIA E DERIVA PARA A CAPTURA. SISTEMAS DE CONTROLO PREVENTIVO, E CONTROLOS CONTÍNUOS

Defende-se modernamente a aplicação aos reguladores independentes dos novos instrumentos de controlo e de supervisão da conduta dos regulados. Tal como os regulados têm mais informação que o regulador, há uma clara consciência de que por sua vez o regulador detém mais informação e *expertise* que o público em geral e que os Políticos em particular. Pode facilmente ocultar as suas verdadeiras intenções. Ultrapassar esta assimetria informativa e a falta

35 Lodge, 2004: 129; *vd.* em particular as “soluções” e instrumentário do Quadro 6.3., a p. 135, ao conjugar tais dimensões com as três doutrinas de transparência regulatória (*Fiduciary trusteeship, Consumer sovereignty e Citizen empowerment*).

36 O Autor sintetiza a concetualização da expressão que tem “strong positive connotations; they hold promises of fair and equitable governance, (...) a willingness to act in a transparent, fair and equitable way” – Bovens, 2008.

37 Os sentidos são usualmente mais latos (*liability, responsibility, controllability, responsiveness, transparency*), mas na falta de uma expressão equivalente em português, seguimos o sentido mais restrito utilizado no Reino Unido e na Europa e proposto por Bovens, 2006, www.connex-nnetwork.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf.

de transparência (e consequente *adverse selection* e *moral hazard*), dependem da adoção legislativa de “remédios” que afastem da regulação do mercado o mau supervisor (“o *watchdog* prova do seu remédio”).

Aceitar a possibilidade real de uma “deriva burocrática” do regulador, *i.e.* uma atuação fora dos limites ou *gaps* permitidos pela lei e pelos seus Estatutos, acarreta a obrigação de a prever e anular *ab initio*. Se o fizer no momento de criação legislativa, o legislador pode confiadamente conferir ao regulador maior discricionariedade de atuação.

Falamos em “deriva burocrática” englobando a que resulta da atuação dos titulares dos órgãos dos reguladores (*bureaucratic drift*) segundo os seus interesses próprios (*vested interests*). Mas a “deriva económica” também está aí, a par da política, a necessitar de controlo. Muitos apontam a crise financeira iniciada em 2007/8 como novo exemplo de captura multinível decorrente dos profissionais de Wall Street e da City. A sua influência junto dos respetivos Governos e dos reguladores propagara-se nos anos 90: ao Comité de Basileia que dita as regras do mercado bancário; à IOSCO que dita as normas relativas aos mercados financeiros; à IASB que dita as normas contabilísticas: e daí aos Estados reguladores e ao FMI/Banco Mundial que faz avaliações regulares do seu cumprimento (*assessments*). A desregulação mundial que defendiam e a permissividade dos reguladores foi (e sempre será) possível porque nas fases de euforia económica o público não tem interesse por estas matérias e os políticos não permitem discutir os perigos que espreitam³⁸.

A esta influência foi concomitante uma “colonização” dos *fora* regulatórios através do fenómeno da *revolving door* ou transição de profissionais em várias direções; dos regulados para os reguladores e política e vice-versa. É famoso o “Wall Street-Washington corridor” (entre a oligarquia financeira e a política³⁹), que tornou transparente o *mix* político e económico. A revogação da vária regulação financeira contida no *Glass-Steagal Act* de 1933 por um Democrata, é um exemplo dado frequentemente. Também a “deriva política” decorre

38 Os reguladores confiaram na gestão e controlo do risco pelos regulados e nas teorias da difusão e dispersão do risco inerente à inovação financeira (através da titularização, de *repackage* de créditos, de CDS, de CDOs, de MBS, do *shadow banking*), e os políticos agradeceram a euforia económica e o financiamento das suas campanhas – Baker, 2010: 648 e Thikell-White, 2009: 690.

39 No plano bancário, a Goldman Sachs e pessoas como Robert Rubin, Henry Paulson, William Dudley, Gerald Corrington, entre outras, estiveram muito tempo sob censura pela transição entre grandes bancos e o Governo e Agências federais, tendo dado origem a filmes e documentários chocantes – Baker, 2010: 652. Sobre o tema Johnson, maio de 2009 <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/>.

da aliança entre os titulares do regulador com o(s) político(s) que os levou à organização. Mas a “deriva” pode mudar de rumo; aqueles podem ultrapassar tal “aliança política” se verificarem que outras forças políticas virão a deter o Poder (*coalitional drift*)⁴⁰.

Um novo fator perturbador da independência decorre da “captura intelectual” que se tornou quase inevitável com o fenómeno da globalização: o “neocorporativismo”. É pronunciada existência de uma “ecologia profissional” ou uma comunhão de interesses profissionais e culturais entre indivíduos que funcionam dentro do mesmo círculo profissional, social e sectorial. Estes indivíduos transitam entre o sector privado e o sector público, independentemente da cor política, numa real “captura intelectual” e social⁴¹. As suas ligações pessoais, a informação de que dispõem (e consequente influência), a sua socialização, determinam uma formação cultural e profissional homogénea, “clubes” fechados social e intelectualmente (*narrow*), cujos membros rodam “naturalmente” entre diversas empresas e estas e o sector público. No limite, são epifenómenos da *Dual Economy* tão atacada por AA. como Judt ou Stiglitz, i.e., da existência paralela de duas sociedades e duas economias: a dos 99% e a dos 1% da população.

As vantagens e desvantagens destas *ecologias profissionais* são muito discutidas. Existe uma real possibilidade de inovação regulatória (*cross fertilization*). Mas é óbvio o *supra* referido fenómeno da captura entre indivíduos que “rodam” entre cargos decisórios num movimento que incentiva e reforça a criação de “clubes herméticos” e autorreferenciais: e quanto mais perto estão das “redes” internacionais, maior é a sua distância face aos seus Governos, à demais Administração nacional, criando opacidade e déficit de vigília Política e Judicial⁴².

O medo de falta de temperança destas aparelhagens burocráticas e a sua permeabilidade a elementos endógenos pugna pela consagração legal de mecanismos *permanentes* de alerta e controlo que afastem as tendências corporativas (*autopilot*) e a opacidade (*black box*). Tais mecanismos podem ser *formais* (publicação de relatórios e estatísticas, comparência perante comités parlamentares de controlo) ou *informais* (*briefings*, notícias, debates, entrevistas); podem ser *concentrados* (auditoria externa, aprovação de orçamento ou de atos concretos

40 Sobre a matéria os clássicos trabalhos do “gupo Mcnollgast”, McCubbins e Noll, 1987. Também Macey, 1992: 93-110; Shepsle, 1992: 111-118.

41 Sobre o tema das ecologias profissionais, *vd* Seabrooke & Tsingou, 2009. Especificamente sobre este fenómeno e as e influência nas soluções de Basileia II, Tsingou, 2008.

42 Seabrooke & Tsingou, 2009: 22. Desenvolvidamente, Tsingou, 2012, com o exemplo concreto da influência dos componentes do Grupo privado dos 30 (G30).

pelo Governo, fiscalização pelo Tribunal de Contas) ou *difusos* (perante a Sociedade); podem ser *contínuos* (*ongoing*) ou “a posteriori” (tipicamente a aferição de responsabilidade civil); e podem ter lugar perante autoridades públicas (Parlamento, Governo, Tribunais, Provedor de Justiça) ou grupos sociais (regulados, profissionais do sector, *media* ou grupos sociais organizados).

1. Controlo ex ante: o “desenho legislativo” do seu Estatuto. O dever de independência e imparcialidade *subjéctiva* (ou de tratamento igualitário *horizontal*) desemboca num dever de atuar com *neutralidade* (*duty to act fairly*) e *terceiridade* (imparcialidade objetiva ou *super partes*). A par do apelo às funções exercidas pela Autoridade o dever apela também à pessoa dos seus titulares e da sua personalidade, e ao dever de boa Administração⁴³. Esta exigência de imparcialidade resolutória (*duty to act judicially*), inerente às modernas teorias da regulação económica, resulta de desenvolvimentos da “justiça Natural” (*natural justice*) e da adoção do conceito anglo-saxónico de *due process* num sentido material – *substantive due process* –, e procedimental – *procedural due process*⁴⁴. Por este motivo os Estatutos de cada regulador devem ser claros quanto aos requisitos objetivos e às condições prévias de *nomeação* dos dirigentes, que assentem numa reconhecida formação técnica no sector e numa especial idoneidade, independência política e preferencialmente em procedimentos concursais (mesmo internacionais, como sucedeu recentemente para o governador do *Bank of England* – art. 17.º, n.º 2 LQ).

Porque a burocracia técnica independente tem revelado permitir a alguns reguladores prosseguir agendas políticas próprias (*auto-captura* que se expressa na vontade de aumentar os orçamentos, ganhar maior prestígio, competências, respeitabilidade, poder e notoriedade⁴⁵), devem-se estatuir, *i) limites temporais*

43 Para além da abundante jurisprudência do TJCE sobre o art. 214.º, posteriormente 287.º do Tratado CE, sobretudo no âmbito de procedimentos de fiscalização/sanção pela Comissão e aplicação dos direitos da defesa como vértice da lealdade e uma justa Administração disponível no respetivo *website*, salientamos a decisão de 6 de julho de 2000, no caso T-62/98 *Volkswagen AG vs. Comissão CE*, onde o Tribunal fiscalizou a legalidade da atividade dos serviços da Comissão quanto à alegada falta de descrição e publicitação da intenção de aplicação de uma sanção e da publicitação do procedimento – <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&dcjo=docjo&numaff=T-62/98 &datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

44 A justiça natural (*natural justice*) e as duas regras fundamentais de que partiram os juízes (*nemo iudex in re sua e audi alteram partem*) entende-se aplicável a punições aplicáveis a detidos, a visados em inquéritos administrativos, a juízes árbitros de associações privadas, a clubes privados e a partir do séc. XX também aos procedimentos administrativos, Wade, 2000: 435 e 469.

45 Niskanen, 1971, reeditado em 2007.

aos mandatos, ii) *deveres de contenção* ou de reserva típicos dos titulares do Poder Judicial, e iii) *não publicitação* da votação das decisões (arts. 20.º e 18.º da LQ).

O *dever de reserva* implica também uma utilização muito parcimoniosa dos *media* pelo regulador para não ser depois por eles capturado, dada a tendência para manifestar opiniões próprias ou para se avantajarem em casos concretos, ou decidir para o público-audiência (fenómeno de *decision-making in front of an audience* mais próprio de políticos, que respondem perante uma grande variedade de *stakeholders*)⁴⁶. Por este motivo deve existir também um dever de *secretismo* das votações – ideal será a existência de uma só voz da Autoridade, desde que tal não impossibilite a divergência criativa ou a responsabilização (arts. 22.º LQ e 8.º do Regime Geral). A Lei não impede que se expressem vozes divergentes ou dissonantes perante os regulados, mas tal evita a pressão sobre os membros dos órgãos, protegendo-os de si próprios.

A defesa da independência e da imparcialidade *objetiva* dos reguladores demanda igualmente pela estatuição de *interdições pontuais* de atuação e de deliberação de titulares de órgãos decisórios ou de execução, o que não foi contemplado na atual Lei. Perante o real ou potencial conflito de interesses na intervenção regulatória (supervisão ou sanção, por exemplo sobre uma empresa com a qual o próprio ou familiar, tem ou teve, uma relação laboral ou de serviços, ou uma participação de capital, direta ou indireta), o titular do órgão da AAI deve abster-se de votar, e, perante outras relações relevantes, de participar na discussão.

A par da independência *subjetiva* e *objetiva*, também a *autonomia* é fundamental para que as AAI se apartem funcionalmente do Governo. A *independência funcional* (ausência de tutela ou de hierarquia) e *autodeterminação* (essencial à neutralidade⁴⁷) dependem da consagração da *autonomia*. É típica a garantia de *inamovibilidade* fora de casos de falta ou culpa grave

46 Na sua área, estas autoridades detêm um poder enorme e uma informação que nenhum órgão político detém, o que determina a dificuldade e onerosidade da monitorização da sua atividade, podendo a entidade prosseguir objetivos e uma *agenda política* ou *interesses próprios* diversos (ou mesmo contrários) aos que os nomearam, minar os objetivos políticos que lhe foram confiados, proceder a uma vertente investigatória abaixo da média – convivendo melhor com os regulados e evitando recursos judiciais. Um aprofundado estudo sobre estes “desvios” pode ser consultado na bibliografia citada por Noll, 2002: 59.

47 Na sua análise comparada, Martínez (2002: 335), demonstra como esta neutralidade é conatural a todas as Autoridades Independentes, o que parece significar que se aceita naturalmente a corrupção e a partidarização do Governo e do Estado, procurando-se estes organismos *which are at arm's length from the Government* ou para manutenção do *Staatsdistanzprinzip* ou princípio da distância do Estado ou do Governo (relembremos a História norte-americana do monopólio dos caminhos de ferros ou escândalos mais recentes de corrupção) e distância dos particulares.

(*p.e.* decorrentes da violação grosseira e/ou reiterada da lei ou da violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais), arts. 20.º, n.º 3, e 45.º LQ.

A autonomia deve ser orgânica ou *organizativa*, refletida no poder de auto-organização “secundum legem” (arts. 10.º, 21.º, n.º 11, *b*) e 32.º LQ). A autonomia resulta também do predomínio do *regime de direito privado* desde que coexista com a natural vinculação aos princípios fundamentais que regem toda a Administração (*direito privado da administração*). A violação grave e/ou reiterada destes requisitos pode também constituir fundamento de *demissão por falta grave*. Por exemplo, a contratação de trabalhadores ou de prestação de serviços subordina-se ao regime do contrato privado mas obedece aos princípios gerais de direito público: procedimento concursal que verta o princípio da *publicitação* da oferta; *igualdade* de condições e de oportunidades; admissão regida pelo princípio do *mérito*; *transparência* de procedimentos; *fundamentação* da decisão final; possibilidade de reclamação ou de recurso. Este princípio fundamental é aplicável a toda a Administração reguladora, mesmo a não abrangida pela Lei-Quadro, e encontra regra expressa no art. 32.º LQ.

A prevenção da captura e dos conflitos de interesses implica um *plus*: a estatuição de proibições que prolonguem no tempo as condições de nomeação, passando-se do controlo *ex ante* à monitorização de comportamentos (arts. 17.º e 20.º, n.ºs 3 e 5 LQ). Típicas são as *incompatibilidades* do cargo, como a proibição do exercício concomitante de quaisquer outras funções ou atividades profissionais, públicas ou privadas (art. 19.º, n.º 1, *a*) LQ); as *incapacidades* ou *inelegibilidades*, salientando-se a proibição de realizar diretamente ou por interposta pessoa atividades ou operações no sector regulado (art. 19.º, n.º 1, *b*) e *c*) LQ). Tais limitações devem estender-se após cessação do mandato durante um período de tempo determinado, numa espécie de “período de nojo” (*cooling off period*) – art. 19.º LQ.

O conhecimento destas limitações obvia a que os titulares dos órgãos e dirigentes assumam como seus os interesses alheios (*vested interests*), e deixem as AAI para trabalhar para os regulados e vice-versa (fenómeno de *revolving door*). A Lei não completou a proibição de captura decorrente deste fenómeno, existindo o risco decorrente de os cargos de decisão e direção dos reguladores serem totalmente ocupados por pessoas vindas dos regulados – art. 19.º, n.º 2 LQ⁴⁸.

48 O fenómeno da *revolving door* verifica-se declaradamente nos regimes em que não existem incompatibilidades expressas ou sanção pela sua violação, como forma de garantia de futura carreira privada (*cfr.* Lodge, 2004: 127, e vasta bibliografia aí citada).

Finalmente, essencial à independência, imparcialidade e autonomia é que fique determinada a *não renovação dos mandatos* para evitar a *patrimonialização* do lugar ou a assunção do cargo como “propriedade” – art. 20.º, n.º 1 *LQ*. Mas a lei não previu uma prévia *declaração de interesses*, conforme sugerido nas discussões prévias, que completaria este controlo.

Porquê reforçar a necessidade destas exigências legais? Porque também existe uma crescente indistinção entre o mero controlo de legalidade e o verdadeiro controlo da *policy* desta Administração. Esta consideração tem determinado, na tradição anglo-americana, uma especial incidência e especificação legislativa (controlo *ex ante*), através de estatuições legais que permitam uma posterior atuação de controlo efetivo da atuação do regulador independente. Esta técnica designa-se de *hard wiring the agency*.

A especial natureza e função das AAI obriga a um delicado equilíbrio político. A intervenção na génese evita a criação de AAI para avantajar determinadas forças políticas, “lobbies” profissionais ou económicos. Este avantajar é real e resulta algumas vezes da intenção do legislador vertida nos princípios ou padrões legais *genéticos*: estatuição de requisitos organizativos ou operacionais cujo cumprimento apenas está ao alcance dos grandes agentes (*players*) de um mercado, para extinguir e afastar a concorrência dos demais; estatuição de formas de atuação muito específicas e fora dos objetivos iniciais, como a audição apenas de empresas ou grupos fortes e estruturados (os regulados) e falta de defesas dos principais prejudicados contra a inação (os beneficiários); a subsidiação indireta de alguns *players* através de isenção da prática de atos empresariais obrigatórios mas muito onerosos (ofertas públicas, ou a condenação e/ou do cumprimento de sanções). A consagração legal destes mecanismos de controlo constitui uma técnica denominada de *stacking the deck* ou *stack the deck*, e impõe a construção de uma “ponte” entre o controlo “ex ante” e o controlo “a posteriori”.

A técnica de *deckstacking* é usualmente citada pelos AA norte-americanos a propósito da independência, *vg* da relação entre o poder político e a permeabilidade da atividade de *policymaking* das AAI. Tal como sucede nos jogos de cartas em que o resultado é falseado à partida para avantajar um jogador, muitos dos procedimentos e meios de atuação das *agencies* são definidos *ex ante* para que a relação de forças ou a orientação política que levou à sua criação se mantenha no futuro. O favorecimento legal de um *género*, ou de uma *profissão*, nos órgãos das AAI, pode ser visto como uma técnica de *stack the deck* contra alegadas discriminações negativas, ou mero resultado do equilíbrio de forças aquando da criação da Lei.

2. Sistemas de controlos on going ou controlos contínuos. As exigências de controlo devem permitir a fiscalização da legalidade da atuação das AAI *a todo o tempo*. As técnicas de controlo policial ou “auto-stop” (*police-patrol oversight*) têm a sua origem nos poderes de fiscalização pelo Congresso norte-americano – através de inquéritos, de pedidos de informação, de preparação de estudos científicos, da exigência de prévios estudos de análise de impacto regulatório de algumas medidas, da justificação técnica da regulamentação (*vg* com base no risco que visam prevenir ou em análise custo-benefício)⁴⁹.

Estes mecanismos devem ser estatuídos no ato de criação legislativa por dois motivos:

1 – Desde logo porque evita a tentação de o Executivo vir a transformar mecanismos de coordenação em formas de controlo/captura⁵⁰. Sucedeu nos EUA desde Nixon (pela estatuição de submissão prévia de decisões, regulamentos ou despesas das AAI, ao *Office of Management and Budget – OMB*⁵¹), até Obama⁵². Este último democratizou o procedimento regulatório de consulta pública exigindo resposta (*feedback*) também do público beneficiário, reviu toda a regulação passada que se demonstrasse ultrapassada ou ineficiente (*Executive Order 13,563, Improving Regulation and Regulatory Review*⁵³), mas também nomeou paulatinamente pessoas da sua inteira confiança⁵⁴;

49 Acerca das diferentes abordagens de controlo, Bressman, 2007. Também, McCubbins & Schwartz, 1984: 165-79.

50 Esta vontade de controlo data praticamente da criação destas autoridades e a própria expressão *Fourth Branch* nasceu em 1937 com um sentido pejorativo no *Brownlow Committee (President's Committee on Administrative Management)* instituído pelo Presidente Roosevelt perante estes ramos acéfalos do sistema de governo – Catarino, 2009: 194 e 298 ss.

51 Embora existisse desde 1921 com o Presidente Warren Harding, seria Nixon quem o reorganizaria em 1 de Julho de 1970, com a *Executive Order 11,541* ultrapassando a sua função de meio de apoio na elaboração do Orçamento e passando a controlar o Executivo, onde se incluem as *executive agencies* – <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/11541.html>.

52 Discurso de 2011 (*State of the Union Address*), <http://www.gpo.gov/pdfs/news-media/press/11news05.pdf>.

53 Disponível em <http://exchange.regulations.gov/topic/eo-13563>.

54 Desde a sua criação por Nixon que os demais Presidentes têm reforçado as suas competências perante as *agencies*. Ronald Reagan e George H. Bush foram considerados por muito AA. os desconstrutores do *New Deal*, mas antes foram criados outros meios de controlo, pela apreciação da eficácia fiscal das medidas (Gerald Ford), do seu custo (Jimmy Carter), da necessidade de análises de impacto regulatório das propostas de normas (as *Regulatory Impact Analysis*, E.O. 12,291 de Reagan), a famosa *Executive Order 12,866* (Clinton), com a criação do *Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA* no OMB), pela criação de sucessivas Instruções ou *presidential Orders* de coordenação (Clinton usaria a E.O 12,866 num canal de direção da administração executiva). Nada que se assemelhasse ao estatuído pelo Presidente George W. Bush em 2007, que com a *Executive Order* n.º 31,422 transformou a natureza do *Regulatory Policy Officer* (RPO), agente de ligação entre a Casa Branca e as agências, nomeado por estas e que “shall report to the

2 – Depois, o regime dos reguladores deve basear-se num prévio acordo político que estatua mecanismos de equilíbrio (*checks and balances*) inerentes à especificidade das entidades. Devem-se fixar claramente as suas *atribuições* e *competências* nas leis orgânicas, afirmando claramente qual o público-alvo da sua proteção para evitar o *stacking the deck*.

Os mecanismos de vigilância *on going* baseiam-se em técnicas menos ativas e *concentradas* de controlo. Uma das formas descentralizadas de controlo e de correção da atividade administrativa é designada por *fire alarms*. Os *fire alarms* são *alertas* que, embora não dirigidos, permitem detetar a todo o tempo comportamentos dos reguladores não consentâneos com os seus fins ou deveres, ou aos princípios que os regem. Os seus *detetores* (*detectors*) são tradicionalmente o público ou os agentes que atuam no meio profissional ou social regulado. Os beneficiários e os agentes descontentes atuam como controladores (*watchdogs*) dos reguladores – os últimos particularmente sobre a sua *expertise* (ou falta dela).

Estas formas de controlo são tanto mais importantes quanto permitam suprir uma fraca sindicância pelos Tribunais (*toothless regulation*). A par da tradicional *deferência* do Poder Judicial às AAI dada a falta de conhecimentos específicos (*expertise*), assiste-se hodiernamente a uma “captura” dos órgãos de controlo judicial pelo *Science Policy Paradigm*. Referimo-nos à captura no sentido de “super-deferência” Judicial⁵⁵ face à tecnicidade dos reguladores, no que pode servir a Política e o Executivo. Contra esta politização da Ciência os Tribunais deveriam exigir a demonstração de que as decisões científicas não seguem a política (*expertise-forcing*). Um exemplo desta *politicization of administrative expertise* foi o indeferimento judicial da petição popular de *rulemaking*, movida contra a *Environmental Protection Agency* (EPA), petição dirigida contra esta *agency* por se ter recusado a regular as emissões de gases com efeito de estufa produzidos por automóveis (regulação permitida pelo §202(a)(1) do *Clean Air Act*), alegando falta de evidência científica de causa-efeito (argumento então adotado pela Administração Bush)⁵⁶.

agency head”, numa nomeação política, quando o deveria ser previamente pelo OMB – Catarino, 2009: 104 ss, e Criddle, 2006: 118-136; Notes, 2011: 580-601. Acerca da criação da OMB pela *Executive Order* 11,541 de 1970, Bressman, 2007, com os desenvolvimentos e sucessivas alterações desta nova burocracia americana, especialmente após 1994.

55 Acerca do problema da “super-deferência”, reforçada pela tendência de defesa dos reguladores que se “armam” com múltiplos pareceres técnicos, tecnicidades e jargão impenetrável na sua fundamentação, Meazell, 2012: 733-784.

56 Após diversas decisões judiciais o Supremo tribunal Federal indeferiria, por 5 votos contra 4, a ação que fora movida contra a EPA por falta de fundamentação na recusa da petição de uma regulamentação

Os *fire alarms* devem permitir uma intervenção política pois *sem consequências não há credibilidade, e sem credibilidade não há eficácia*. Deve o legislador consagrar meios de alerta e deteção, que têm até a vantagem de colocar sobre terceiros o custo da deteção e obtenção de elementos. Salientamos, entre outros: – a possibilidade de cidadãos interessados ou grupos de interessados intervir através de mecanismos procedimentais (*i.a.* audiência prévia e obrigatória dos beneficiários da regulação); – a publicidade e transparência (*i.a.* o recurso a consultas públicas e relatórios de fundamentação obrigatória); – o cumprimento escrupuloso e atempado de deveres de informação (*i.a.* incluindo o acesso à informação procedimental e ao arquivo administrativo); – a possibilidade de controlo por autoridades constitucionais como o Provedor de Justiça (*cf.* arts. 4.º, n.º 1, *d*), 41.º, 47.º-9.º *LQ*).

Um meio de supervisão em voga na regulação norte-americana repousa na existência e avantação dos *whistleblowers*, colaboradores dos regulados que denunciam irregularidades, fraudes e comportamentos antiéticos⁵⁷. Este mecanismo deve igualmente ser aplicado ao controlo interno dos reguladores a par da aceitação e fomento (regulado) do dissenso interno. Este mecanismo pode funcionar como escape de tensões internas e permitir inovar e canalizar formalmente opiniões dissonantes que incentivem a renovação interna, a inovação e o espírito de corpo. É certo que a sua aceitação depende da autosegurança de quem aceita a franqueza como lealdade, mas existem casos de sucesso como o norte-americano *State Department's Dissent Channel*, onde se incentiva os colaboradores dos reguladores com base na máxima de que *dissent is (...) part of the formula for successful bureaucracy*⁵⁸.

para combater a emissão de gases com efeito de estufa. A EPA alinhara com o Executivo de George Bush, sublinhando a inexistência de pareceres científicos definitivos que levassem à necessidade de adoção de tais medidas – *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency et al*, 127 S. Ct. 1438 (2007) <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1120.ZS.html>. Um comentário a esta decisão em Freeman & Vermeule, 2007, pugnando pelo *expertise-forcing*.

57 Como veremos adiante a propósito do caso Paul Moore (*infra*, nota 102), este sistema nem sempre tem resultado em favor do público em geral – *cf.* notícia do *Financial Times* de 5Jun2013, “Whistleblowing almost killed me”, <http://www.ft.com/cms/s/0/2dd0f0de-ab70-11e2-8c63-00144feabdc0.html#axzz2oHoOe700>

58 Como informa Katyal, 2006: 2314-2349, a ferramenta administrativa designada por *State Department's "dissent Channel"* foi criada por Nixon em 1971, porque entendeu que não recebia informação importante dos reguladores, *vg* a informação crítica), que incentivou e protegeu o diálogo – acerca deste *regulatory review process*, <http://www.state.gov/documents/organization/84374.pdf>. Tem um êxito assinalável no *Foreign Service* que incentiva a que os seus colaboradores formulem e expressem opiniões *vg* sobre decisões e opiniões tomadas pelos embaixadores ou colaboradores situados nos níveis mais altos da hierarquia. Sendo analisadas no *State Department* (pela *Policy Planning Staff*), existe um prémio anual pelo seu melhor uso e pode mesmo levar a mudanças e promoções nos membros mais ativos e com maior mérito (*ibidem*, p. 2328).

Uma outra forma de controlo pode decorrer da existência de uma instância de *coordenação e harmonização* das redes de reguladores sectoriais (*infra*). Existindo espaços regulatórios partilhados por diversos reguladores poderá criar-se uma instância de coordenação administrativa à semelhança do norte-americano *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), criado no *Office of Management and Budget* (OMB)⁵⁹.

3. O controlo pela coordenação de espaços regulatórios partilhados. A coordenação e a captura multinível. O controlo pode efetivamente decorrer da *coordenação em espaços regulatórios partilhados* (referimos em anteriores escritos que no âmbito comunitário a coordenação tem dado origem a sistemas multinível de decisão, ao processo comitológico e à agencificação europeia). A criação de múltiplos reguladores sectoriais e a consequente rede regulatória (*networking regulation*) necessita instrumentos legislativos mais perfeitos que a mera concretização de atribuições e competências próprias. Podem ser necessários métodos de concertação administrativa mais centralizados que os meros acordos administrativos de entajuda ou de cooperação (p.e. de troca de informação ou de entajuda na supervisão). Os arts. 2.º, n.º 2 e 11.º da LQ ultrapassam as primitivas formas de interregulação nacional e internacional, aceitando a concertação administração pela *contratualização* e pela *primazia* da administração comunitária.

Esta coordenação entre diferentes reguladores deve ter lugar a nível nacional mas também a nível internacional implicando um difícil balanço na sua relação: autonomia *vs* hierarquia; independência administrativa *vs* interferência governativa; defesa da soberania *vs* intercooperação internacional⁶⁰. Este não é um aspeto sobre o qual a moderna *governance* se debruce, tanto mais que implica

59 Através do OMB os planos anuais de atividades das diversas autoridades seriam harmonizados, e ao mesmo tempo prosseguindo uma política comum conforme com a vontade democrática; e com a OIRA também é analisada a viabilidade económica das propostas de ação e consistência das propostas de regulação <http://www.whitehouse.gov/omb>.

60 São reais os difíceis problemas jurídicos legitimatórios e práticos resultantes da criação de agências sectoriais, implicando meios nacionais e internacionais de coordenação regulatória necessária à prevenção de riscos sistémicos (interregulação), desde os meros fenómenos de troca de informação a pedido aos acordos interadministrativos de cooperação (Catarino, 2009: 157ss. e 257). São agravados pelas funções executivas da UE com vastos poderes de interferência na atividade dos reguladores nacionais – desde a regulamentação à comunicação de entendimentos vinculativos e sanção pelo seu incumprimento, possibilidade de inspeção aos próprios reguladores (*idem*, 2012, 175). Acerca das diferentes técnicas e desenvolvimentos para melhorar o controlo da “exclusividade jurisdicional” ou monopólio dos reguladores e crescente independência, Page, 2001: 127 e Lastra Schams, 2001: 165.

outras consequências que não serão aqui abordadas como a fusão de reguladores para racionalização de sectores ou a redação de normas de conflitos de competências públicas⁶¹.

Seguindo a classificação proposta por Freeman e Rossi⁶², a necessidade de interação entre os reguladores para um controlo mútuo pode decorrer:

1. De *atribuições sobrepostas*. Em sectores regulados por vários reguladores podem verificar-se atividades de supervisão e sanção que incidem materialmente sobre as mesmas atividades e actos (no limite, também acompanhados pela atividade de investigação e de seu sancionamento por autoridades judiciais e criminais⁶³);

2. De *atribuições diferentes mas relacionadas*. Dado a visão parcelar da realidade (*tunnel vision*) tendencialmente criado por cada regulador e a falta de visão do todo, o regime de cooperação é essencial. O mais recente exemplo decorre da regulação financeira pelo *Dodd-Frank Act* que criou uma intrincada rede de reguladores em que alguns têm o poder de recusar regulamentos de outros (caso do *Financial Stability Oversight Board* perante regulamentação do *Consumer Financial Protection Bureau*)⁶⁴;

3. De *atribuições diferentes mas paralelas*. Existem atividades bancárias com forte impacto na carteira das instituições de crédito (impacto prudencial), mas que pugnam na sua comercialização pela proteção do investidor (impacto comportamental), controlo prudencial e comportamental atualmente atribuídos a diferentes reguladores. Nestes casos, como sucedeu com a *Securities and Exchange Commission* e a *Commodity Futures Trading Commission* após o *Dodd-Frank Act*, os reguladores terão de se coordenar dado o risco de inação, ineficiência ou mau emprego de recursos públicos⁶⁵;

61 Acerca das vantagens e desvantagens da concentração são vários e bons os argumentos a favor e contra a pulverização e a consolidação, Lowi, 2009.

62 Os AA. desenvolvem esta nova perspectiva, não só em termos de classificação, mas dos inúmeros desafios que tal hipótese coloca, apresentando instrumentos de coordenação (Freeman & Rossi, 2012: 1134-1209).

63 *Vd* o Acordo de Cooperação celebrado com a Procuradoria-Geral da República e o Banco de Portugal in <http://www.cmvm.pt/cmvm/coopera%C3%A7%C3%A3o%20nacional/acordos/Pages/acordos.aspx>.

64 O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, http://www.banking.senate.gov/public_files/070110_Dodd_Frank_Wall_Street_Reform_comprehensive_summary_Final.pdf. Implica a intercoordenação com o *Financial Stability Oversight Council* (reúne o Secretário do Tesouro e diversos presidentes de reguladores como a *Securities and Exchange Commission*, a *Commodities Futures Trading Commission*, a *Federal Deposit Insurance Corporation*, o *Consumer Financial Protection Bureau*, o *Financial Stability Oversight Council*, a *Federal Reserve*). Acerca da sobreposição, Barkow, 2010: 1792.

65 O Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro, visou reforçar a estabilidade financeira e os deveres de informação e transparência no âmbito do sector financeiro para com as autoridades de supervisão

4. De *atribuições partilhadas*. Por poderem existir atribuições incompatíveis ou interdependentes, existe a necessidade legal ou informal de concatenação. Temos exemplos nos casos de autorização administrativas *de funcionamento* ou *de atividades* no sector financeiro (p.e. Banco de Portugal e CMVM)⁶⁶; na aprovação de atos de fusão de empresas de sectores regulados (p.e. nas telecomunicações implica a ANACOM, a CMVM se as empresas forem abertas, a Autoridade da Concorrência pela dimensão da operação)⁶⁷.

A *coordenação* pode rapidamente desenvolver-se no mau sentido, da *hierarquia* de um ente sobre os demais ou da sua *captura*. Um caso de sobreposição de atribuições verifica-se atualmente entre a União Europeia e os Estados-membros, e apesar da natureza administrativa das instituições europeias no domínio bancário, segurador, financeiro, energético, existe uma falta de controlo comunitário e nacional sobre os eurocratas dado os domínios serem *matéria reservada* dos Estados⁶⁸. Paradoxalmente, se as AAI nacionais que participam numa rede transnacional ganham dimensão europeia e consequentemente mais poder internamente, tal não evita a subordinação a uma *Administração comunitária indireta*.⁶⁹

e para com os clientes das instituições financeiras, nomeadamente na comercialização de Produtos Financeiros Complexos (PFC's). No âmbito da supervisão da comercialização de PFCs, atenta a sua dispersão pela área bancária, financeira e seguradora, os reguladores respetivos necessitaram aclarar e acordar administrativamente a distribuição de competências através de "Entendimentos comuns", disponíveis em <http://www.cmvm.pt/cmvm/recomendacao/entendimentos/Pages/default.aspx>.

66 Acerca da tipologia e intensidade das intervenções regulatórias, como as autorizações e aprovações, Catarino, 2010: 470-80.

67 Retomando o exemplo dos EUA, o já referido *Dodd-Frank Act* divide competências mas estatui a obrigatoriedade de consultas recíprocas e mesmo de regulamentação conjunta de reguladores, por forma a evitar riscos sistémicos e/ou inconsistências (na área financeira a regulação da atividade de contratos derivados é dividida entre a SEC – os *securities-based swaps* – e a CFTC. Pugna pela cooperação e consulta mútua, e regulamentação conjunta (não o impõe) entre diversas autoridades como a SEC e a *Securities Investor Protection Corporation* (vd 15 USC 78o-11(h)), ou que " h) Authority to Coordinate on Rulemaking.– The Chairperson of the Financial Stability Oversight Council shall coordinate all joint rulemaking required under this section", <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr4173enr/pdf/BILLS-111hr4173enr.pdf>.

68 Salientando o crescimento sem controlo desta Administração comunitária e pugnando por um maior controlo judicial, Lindseth, 1999: 628-738.

69 Acerca dos problemas da sua legitimidade e do Acórdão Meroni, da compatibilidade com o princípio da subsidiariedade, da proporcionalidade, da desburocratização, Catarino, 2012a: 95-155. Vd também a abordagem do parlamento federal alemão, pois o *Bundestag* defendeu que cada autoridade de regulação deveria estar sob "tutela" de um Comissário e o *Bundesrat* questionou mesmo a existência das *executive agencies* e falta de coerência judicial assim criada http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html Mas as preocupações vêm também do Parlamento britânico e francês – Saurer, 2010: 623. Nos EUA existe para as *executive agencies* a possibilidade de procurarem tal mediação no *Office of Legal Counsel* do *Attorney General*, *Department of Justice*, entidade encarregue de apoiar legalmente o Presidente e todo o Executivo (nada impede as demais de tal recurso) – <http://www.justice.gov/olc/index.html>.

A necessidade de cooperação regulatória internacional, *vg* na União Europeia, para evitar lacunas de supervisão, é premente mas têm-se levantado questões de legitimidade e de *accountability*. O problema da legitimidade e do controlo estão sempre latentes, como o demonstrou o *Acórdão Meroni*: um é a contraface do outro (embora alguma jurisprudência recente do TJUE tenha vindo a “limar” a linha dura vertida no *Ac. Meroni*). A par do controlo pela Comissão, pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu, o TJUE desenvolveu meios de controlo judicial dos atos normativos e quase-normativos, a par de mecanismos extrajudiciais fixados por legiferação europeia secundária. É crescente na União Europeia a tendência para consagrar a possibilidade de *mediação* de conflitos positivos ou negativos de competências entre reguladores, tal como sucede nos EUA no caso das *executive agencies*⁷⁰.

Não podemos esquecer que esta Administração comunitária não tem ganho o seu poder pela devolução de competências da Comissão Europeia, mas pela perda de poderes dos Estados membros. Estes são posteriormente chamados à execução (*enforcement*) e a colmatar falhas e lacunas (como subsidiar os seus campeões nacionais quando insolventes). É por isso aceitável um controlo daquela administração pelos Estados-membros num ambiente regional que não é de federação de Estados mas de Executivos.

IV. SISTEMAS DE CONTROLO SUCESSIVO OU *A POSTERIORI*

Os *fora* perante quem respondem as autoridades são diversos, e a sua atuação está sob escrutínio: (i) sob os olhos políticos e administrativos (dentro do tradicional regime democrático de responsabilidade perante os eleitores e perante o Executivo no cumprimento das determinações políticas gerais); (ii) sob o olhar profissional de guardiães (*gatekeepers*) privados (conselhos consultivos ou conselhos representativos dos pares profissionais, de auditores e outras formas externas e privadas de controlo social que cresceram no *New Public Management* naquilo que se designa por *audit explosion*⁷¹); (iii) sob o escrutínio dos tribunais (num controlo de legalidade que é tanto mais importante quanto as demais formas de controlo sejam socialmente sentidas como de controlo “fraco”).

70 Tais mecanismos de mediação serão dificilmente implementáveis. Para uma distinção entre *independent* e *executive agencies*, e diferentes aceções de regulação, Catarino, 2009: 100-111, 267 e 215.

71 A excessiva aproximação e dependência da autoridades públicas dos *media* e das suas agendas pode determinar a captura e mesmo o efeito mais perverso de poder morrer às suas mãos – sobre esta matéria, atual e determinante, as obras de Mas & Galán, 2000, e Cotarelo, 2013 ou Jiménez, 2012.

Os meios de controlo cruzam-se entre si, pois os factos que lhes dão origem implicam diferentes tipos de intervenção. Uma questão de legalidade pode determinar uma intervenção de cariz político e judicial: uma atuação dolosamente violadora de direitos, liberdades e garantias de administrados pode determinar falta grave, levar à impugnação de atos administrativos ou regulamentares, à responsabilização dos agentes, à demanda por comissões de inquérito, ou à presença dos responsáveis em comissões especializadas no Parlamento. As formas de controlo não são autoexcludentes.

1. O controlo social (interno e internacional). As teorias do *New Public Management* e da *Public Choice* são coevas do fenómeno de liberalização, desregulação e privatização. Estes princípios, crismados no Consenso de Washington, tiveram reflexos políticos na regulação e supervisão e em todas autoridades independentes. O paradigma centrou-se na década de oitenta do século XX numa “regulação social” baseada no autocontrolo do regulado:

- Na criação de mecanismos internos e piramidais de controlo (*vg* pela sociedade, pelos acionistas e *stakeholders* nas novas formas de *governance*) e de posterior responsabilização (interna e externa);
- Em “reportes” e denúncias aos seus reguladores, através do envio de relatórios de controlo interno, de relatórios de auditoria interna, de reporte de irregularidades e ilegalidades por *whistleblowers*.

O escrutínio social tornou-se mais forte perante a alegação de omissão de ação pelos Governos e pelos reguladores, de que resultaram prejuízos em cadeia para os consumidores⁷². Temos o exemplo da emissão e venda ao retalho de inovadores e desregulados produtos financeiros complexos que disseminaram pelo público o excessivo risco assumido por algumas instituições. A violação de um *princípio de precaução* e a assunção de que a socialização do risco (a sua dispersão por inúmeros investidores e mercados) o diluiria, revelou-se enganadora, contagiando os próprios Estados soberanos⁷³. Também a falta de criatividade e assertividade dos reguladores pode ter induzido em erros próprios: a mesma origem dos agentes reguladores e regulados, a nível social (*background* social), profissional (da indústria, da academia ou da política) e cultural (*revolving door*), determinaram um “pensamento de grupo”.

72 Helleiner & Pagliari, 2011: 169-200.

73 Dorn, 2011: 44.

Foi este “pensamento de grupo” que na fase de exuberância económica permitiu aceitar que fossem os regulados a controlar internamente o seu *risco* (Basileia II) e se um banco mantinha um problema de solvabilidade, a intervenção do regulador poderia ser protelada até que a situação financeira melhorasse. A falta de uma intervenção no momento certo pode levar posteriormente à sangria de dinheiro dos clientes.

As vozes que demandam um maior controlo e responsabilização dos reguladores (mesmo uma “repolitização” da regulação num sentido mais dirigista – submetida às opções políticas e culturais próprias de cada Estado) têm vindo a aumentar dada a quebra de confiança social (*auctoritas*). As crises sucessivas iniciadas no séc. XXI, e o efeito sistémico da convergência regulatória na globalização, não deram mais crédito às AAI⁷⁴.

O descrédito está a alterar o compromisso (*trade off*) entre controlo democrático e o sigilo de negócios que gerou a excecionalidade da administração independente. O paradigma norte-americano segundo o qual a regulação independente deve estar fechada à política tende a ceder perante a pressão social. Muitos defendem menor liberdade de circulação de capitais, as vantagens de um *uneven playing field*, a concorrência entre espaços e mercados, a inovação e adequação da regulação às realidades e empresas locais. A Democracia parece não casar com a Globalização; a convergência dos mercados livres e a “tomada” por organizações ou *fora* nacionais e internacionais poderá levar a prazo a um divórcio com o Estado⁷⁵.

74 Assim, a crise das *dot.com*, da contabilidade criativa (Enron/Worldcom), dos conflitos de interesse na *governance* societária, da desregulação e dos *hedge funds*, dos conflitos de interesses das companhias de rating, de criação de produtos financeiros complexos transacionados fora de mercados regulamentados (*Over The Counter* ou OTC), de disseminação de créditos de alto risco pelo retalho, de utilização de veículos especiais e criação de *shadow banking*, de omissão dos reguladores. Dorn, 2011: 59; Alexandre *et al.*, 2007: 647; Helleiner, 2009: 8.

75 A responsabilização nacional e o *uneven playing field* pressuporiam uma arbitragem regulatória, uma arbitragem jurisdicional, um *patchwork* que agradaria pouco aos grandes *players* internacionais e aos interesses privados, mas impediria a criação de empresas *too big to fail*, levaria a uma convergência na intervenção de produtos tóxicos, de *portfolios* e conseqüentemente do risco, e permitiria a competição e concorrência e uma prossecução do que os cidadãos decidem em cada momento ser o interesse público a prosseguir (*public good theories*). Ademais, um controlo pela autoridade estrangeira (*home country control*) proteger menos os cidadãos onde uma entidade estrangeira se estabelece. No entanto, o caminho seguido a partir de 2002, com a lei Sarbanes-Oxley Act e criação de mais entidades de controlo contabilístico (PCAOB) ou sistémico (FSF/FSB) nos EUA, ou o caminho trilhado pela União Europeia após os Relatórios Lamfalussy e o Larosière, vieram no caminho da convergência e unicidade que fosse de encontro aos investimentos financeiros e bancários que existiam entre a Europa e os EUA – cfr. Alexander *et al.*, 2007: 667; Catarino, 2011.

Por isso o controlo social das autoridades públicas tornou-se incontornável. A ele não escapam hoje todos os órgãos de soberania, e numa economia de mercado acentuadamente liberal a administração independente está sob escrutínio diário. Tal escrutínio visa conferir um *reconhecimento* social que supra a falta de legitimação democrática. No entanto, a *auctoritas* e a *dignitas*, ou o magistério de influência do qual pretende retirar o reconhecimento legitimatório concorrem com tendências contrárias, de “acantonamento” de boa parte da Administração:

- Pela adoção de formas privadas, privatizadas ou contratualizadas de “governança pública” (*New Public Management*);
- Pela transformação do cidadão em mero “cliente” da Administração;
- Pela difusão pública de “boas práticas” administrativas que contêm elevados padrões de atuação privados (*benchmarks*);
- Com a transferência do Parlamento para os *media* (e para a praça pública em geral) da busca de reconhecimento, controlo e *fórum* da discussão e luta política;
- Enfim, com a tentativa de criação de uma verdadeira e exigente sociedade do homem económico (*stakeholder society*).

Os reguladores têm de se reaproximar dos beneficiários da regulação (*external stakeholders*) e menos dos regulados. A realidade regulada encontra-se exposta, nacional e internacionalmente, a comunidades de peritos (professores, cientistas, especialistas), a grupos de interesse concentrados e fortes (associações de profissionais, de defesa de consumidores, sindicatos), e grupos difusos, como a opinião pública. Os grupos de interesse “fortes” intervêm constantemente junto das autoridades reguladoras com a finalidade de fazer vencer os seus pontos de vista, sendo importante analisar a sua influência perante as escolhas públicas feitas, e os benefícios que recolhem. Esta fusão de interesses privados e públicos é demasiadas vezes clara, como o demonstra o uso da expressão *rapture* ou “procedimento com integração vertical” (*vertical integration* ou *joint policy making*⁷⁶).

Um *controlo social legitimante* acarreta fortes deveres⁷⁷: – na sua relação com o público/cliente a Administração deve cumprir elevados padrões (*benchmarks*)

76 Schweotzer & Kumpan, 2005: 687-729.

77 Cfr. *Social Accountability Sourcebook* do Banco Mundial, vg Capítulo III, *Tools and Methods*, disponível http://www.worldbank.org/socialaccountability_sourcebook/PrintVersions/Methods%20and%20Tools%2006.22.07.pdf.

de atividade e eficiência; – a sua atividade deve sujeitar-se a publicidade, fundamentação e transparência; – quando solicitada, deve prestar informação de forma atempada, verdadeira, independente e completa; – não deve recusar *briefings* públicos para perguntas e respostas de cidadãos; – deve pugnar pela reserva e sigilo nas suas atividades investigatórias; – não pode regular *por causa* ou *para* o público ou os *media*; – deve adotar e publicitar a sua orientação pública (*policy*).

Porque a independência é real e baseia-se na tecnocracia (a necessidade de *expertise* e complexidade técnica são inultrapassáveis), ela tem de ser contrabalançada por uma força particular das normas de garantia e de participação (“fundamentalização” – *supra*, nota 32).

Mas existe o denominado *accountability dilemma*: a criação de mecanismos de controlo não deve permitir o torpedear da normal atividade de um regulador. A necessidade de equilíbrio (*checks and balances*) não pode ser ultrapassada por poderes fortes, como têm alguns regulados ou os *media*. Os próprios reguladores são demasiadas vezes apesados (*trapped*) por estes últimos no recurso à barganha constante entre a informação que detêm, fornecem ou obtêm. Tal como um regulador que prossiga objetivos políticos ou pessoais (*patrimonialização* do cargo), um regulador fraco pode acabar limitando-se ao estrito cumprimento de formas e objetivos facilmente justificáveis nos *fora* de controlo social, evitando inovar ou prosseguir a sua função de forma assertiva. Os reguladores vítimas desta *accountability trap* podem igualmente adotar um comportamento defensivo, por vezes hostil ao exterior, ritualizado e rotineiro⁷⁸. Os meios de controlo dos regulados devem por isso ser doseados, mas não perdem importância num momento em que o Poder Executivo se agiganta perante o Poder Legislativo e o Poder Judicial⁷⁹.

A par dos tradicionais meios de fiscalização externa podem ser criados meios e canais internos com esta missão específica de evitar a ritualização, pois é bem verdade que *where you stand is a function of where you sit*⁸⁰. Uma forma de mitigar o anquilosamento interno pode decorrer do autocontrolo, da mobilidade, do incentivo interno ao estudo e inovação pelos colaboradores

78 Thjiel & Leeuw, 2003: 267-281, e a obra de De Bruin, 2000.

79 Otero, 2003; Sunstein, 2006: 2580-2610.

80 Katyal, 2006: 2314-2349. Na realidade, uma pessoa “does not live for months or years in a particular position in an organization, exposed to some streams of communication, shielded from others, without the most profound effects upon what he knows, believes, attends to, hopes, wishes, emphasizes, fears and proposes” – Simon, 1994.

reguladores, que devem ouvir e cultivar o “eco interno” de perspectivas diversas e alternativa – através de *internal checks* ou de *whistleblowers*⁸¹, mitigando o efeito *tunnel vision* da realidade.

2. O controlo político. O *controlo político* das AAI decorrerá dos mecanismos naturais inerentes à democracia representativa ou à lógica das maiorias. Estamos perante entidades que escapam à lógica do controlo hierárquico-funcional da Administração dado o seu estatuto legal de independência e imparcialidade e os vastos poderes atribuídos pelo poder legislativo. O princípio da legalidade que as norteia e constitui garantia dos administrados encontra-se difuso com o predomínio das fontes quase-normativas, da informalidade, da desprocedimentalização e da delegação normativa e deslegalização, num “diálogo regulatório” com os cidadãos, atípico (*fuzzy legality*⁸²).

Um vasto espaço de atuação conjugado com uma legalidade cada vez mais difusa pode ser utilizado, e deliberadamente criado, para os políticos atuarem sem controlo democrático, *vg* criando ou pressionando os reguladores num sentido que favoreça interesses privados, políticos ou económicos (técnica de *stacking the deck*). Ao mesmo tempo eles auferem a vantagem de a devolução de poderes lhes permitir desresponsabilizar-se por omissões na defesa do interesse público (*p.e.* não atuação contra cartéis), ou por medidas impopulares (*p.e.* subida de preços ou tarifas). Na realidade, tais atos e omissões são praticados por autoridades sobre as quais não detêm (teoricamente) domínio e que os políticos podem culpar perante os eleitores⁸³.

Como compaginar a independência com o controlo político? Este decorre *prima facie* da *transparência* da atuação da AAI e da *visibilidade* e *credibilidade*:

81 Desde o *Pendleton Civil Service Act* de 16 de janeiro de 1883 (ou Pendleton Act, espécie de tributo ao assassinado Presidente Garfield por um desempregado desesperado), que se promoveu uma cultura de proteção dos funcionários do Executivo perante o poder político, na contratação e na perseguição e despedimento, e baseada meramente no mérito. A desconfiança na influência dos políticos, que levou à criação das autoridades independentes, seria prosseguida neste domínio de proteção dos seus colaboradores pelo *Civil Service Reform Act* de 1978 e criação de uma autoridade independente de controlo (*Merit Systems Protection Board*, uma *quasi-judicial agency*) – <http://www.dol.gov/olms/regs/compliance/complcsra.htm>.

82 O problema das desordem normativa, da informalidade e deslegalização no diálogo regulatório criado por instruções, advertências, orientações, pareceres, tinham sido aspetos apontados no que denominámos pelo império do direito “informador” e “conformador” (Catarino, 2009: 420 ss). A criação de autoridades atípicas no direito da União Europeia viria a criar uma maior desordem normativa que a “cidade dos juízes” será chamada em breve a decidir (*Idem*, 2012a: 95-155).

83 Estas críticas são muito dirigidas ao poder legislativo pelos teóricos da *Public Choice* como David Schoenbrod, 1993. Também Aranson, Gellhorn & Robinson, 1982: 57.

uma Autoridade com “auctoritas” não tem a tentação de esconder a sua atividade⁸⁴. A independência, a imparcialidade e a neutralidade não são meras questões técnicas mas políticas. Prosseguindo um interesse público, quando ocupa um espaço vazio de poder, uma instituição detém uma autonomia real e tende a transformar-se em *sujeito político*. Ora, uma composição de interesses políticos deve ser imputável a qualquer órgão constitucional com competência política ou a um órgão dotado de representatividade democrática; não é facilmente admissível que existam órgãos *politicamente autoreferenciais* e como tal irresponsáveis (Teubner, 1989)⁸⁵.

Existem dois momentos ótimos de controlo político: num primeiro momento através da *delimitação legal* da instituição (definição de atribuições e competências de forma clara e precisa); da sua estrutura e do procedimento (transparência e participação popular); da sua democraticidade (meios de escolha de titulares); do relato obrigatório de atividades (p.e. à Sociedade civil através do Parlamento e dos *media*), e da autoridade que lhe é delegada (vg a discricionariedade de *policy making* não deve esquecer que o mandato é meramente administrativo). Estaremos perante a estatuição de *ex ante controls*.

Num segundo momento, através da estatuição de controlos contínuos (*on going controls*). Este controlo deve ter por fim a monitorização pelos poderes Legislativo (através de Relatórios periódicos, de audições ou inquéritos parlamentares que podem decorrer de *fire-alarms* acionados pelo público/beneficiário descontente). A Assembleia da República detém o poder de fiscalização política no âmbito do qual pode apreciar os atos do governo (vg os atos de superintendência e de tutela previstos na lei das autoridades reguladoras independentes e dos respetivos estatutos legais), art. 162.º, *a*) CRP). Efectiva-se através de perguntas dos deputados aos membros do Executivo (art. 156.º, *d*) CRP e art. 4.º, n.º 1, *d*) do Regimento da Assembleia da República – RAR); – de requerimentos ao Governo ou aos órgãos de qualquer entidade pública para obtenção de informação sobre os assuntos relevantes para o exercício do seu mandato (art. 156.º, *e*) CRP, e art. 4.º, n.º 1, *e*) RAR); – de inquéritos

84 Sobre a matéria da credibilidade, Shapiro alega que quando o público se interessa por determinada matéria, a posição dos especialistas deixa de ser só por si credível, tornando-se em mais um instrumento de luta política com o risco de não conseguirem contrapor-se à contrainformação que daí resulta (1996: 101).

85 Para uma visão do problema da independência objetiva e subjetiva e da imparcialidade e neutralidade decisória (*split function*), e a epistemologia de discursos e comunidades autopoieticas (Teubner, 1997: 99-123), baseadas em sistemas autorreferencias no Estado regulador a nossa dissertação de doutoramento em Coimbra, 2008, *A hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais : da justiça administrativa às autoridades administrativas independentes*, policop. e em CD.

parlamentares (arts. 156.º, *f*), 178.º, n.ºs 1, 4 e 5, e 180.º, n.º 2, *f*) CRP e art. 4.º, n.º 1, *f*) RAR e art. 1.º da Lei n.º 3/93, de 1 de março).

Mas também o Executivo deve exercer de facto e de direito o seu poder de superintendência, de tutela ministerial, *vg* orçamental, tal como o Poder Judicial deve controlar da legalidade e da discricionariedade de atos e omissões das AAI⁸⁶.

Ao atribuir a uma AAI a microgestão de uma área (porque o Legislativo e o Governo não sabem ou não o querem fazer) as formas de controlo devem ser acauteladas e fundamentadas numa relação de custo (*trade-off*) entre a estatuição de controlos *ex ante* e *ongoing*. Conferir uma maior latitude e discricionariedade de atuação (e *adaptabilidade*) corresponderá a uma maior limitação do poder de controlo *ex-post*. O contrário deverá suceder se não quiser deixar ao sabor de futuras mudanças políticas o exercício do controlo⁸⁷.

No nosso sistema o Parlamento não deveria ser periférico ao controlo destes *arms length* do Executivo, como sucede no diploma aprovado. O Parlamento deve estender a sua representatividade e controlo a toda a Administração, mesmo a de representatividade “difusa”, de tal forma que os titulares dos órgãos reguladores apenas se deveriam manter em funções enquanto conseguissem

86 Acerca da decisão entre modelos *Ex Ante Discretion* e *Ex Post Veto*, e de diversas outras influências (maior ou menor *expertise* do criador sobre a área a regular; confrontações políticas subliminares; confrontos políticos reais ou possíveis), McCubbins & Schwartz, 1984: 151; Epstein & O’Halloran, 1994: 697-772.

87 É paradigmático o ocorrido nos EUA no séc. XIX relativamente à necessidade de regulação do comércio entre os Estados federados norte-americanos (*interstate commerce*). Sucessivamente apresentada no Congresso, tiveram sempre oposição de uma das Câmaras até ao *Interstate Commerce Act*, que aprovaria em 1887 a primeira autoridade reguladora independente, a *Interstate Commerce Commission-ICC*. Na Presidência de Grover Cleveland, a House of Representatives era Democrata e o Senado Republicano, e o “desenho” da instituição é um compromisso real – e o mesmo sucederia com as 141 *agencies* federais criadas entre 1879 e 1988. “O Presidente nomeava o presidente da instituição e os comissários tinham de ser equitativamente distribuídos entre as duas forças; a instituição fazia parte do *executive branch* (*Interior Department*) podendo ser assim influenciado pela agenda presidencial, mas tinha escassos poderes discricionários, não tinha poderes de resolução de conflitos entre *shippers* e *carriers* (*adjudicatory powers*); a lei acabaria com algumas cláusulas abusivas, mas a comissão não tinha poderes de *rulemaking*, ou de *enforcement*, por exemplo para determinar preços considerados justos e equitativos – o que representou uma cedência à indústria que, restam poucas dúvidas, participou ativamente na regulação da concorrência interestadual e na criação da ICC. Neste sentido alguns Autores defendem mesmo que o Bill que regulou a concorrência traduz um compromisso entre os *short haul shippers* juntos com a indústria dos caminhos-de-ferro, e os *long haul shippers*. A verdadeira independência da ICC decorreria do *turnover* democrático ocorrido em 1889 que daria a vitória aos Republicanos (e ao Presidente Benjamim Harrison, claramente sintonizado com a indústria dos caminhos de ferro); o Presidente cessante e o Congresso aprovaram em 1899 uma alteração ao *Interstate Commerce Act* “compromissório”, retirando a ICC do Executivo, dando-lhe a independência de os seus comissários cooptarem internamente o presidente (deixou de ser nomeado e demitido pelo Presidente), o que por sua vez deu lugar a investigações claramente independentes do Executivo perante um *staff* que cresceu, o mesmo sucedendo ao prazo dos mandatos que passariam de seis para sete anos” – Catarino, 2009: 338.

demonstrar ter sobre os sectores regulados a *autorictas* e a *dignitas* a que é inerente o seu forte poder independente⁸⁸.

A par do controlo político inerente à constituição do regime jurídico dos reguladores (*statutory policy-making*), que deveria assentar no consenso parlamentar mais alargado possível, o controlo deveria ser exercido também na nomeação dos seus titulares. Temos para nós que o Parlamento não deve usurpar competências tipicamente Executivas como a nomeação dos titulares das autoridades administrativas. Ademais, tal ato autolimitaria o exercício do poder de sindicância sobre o Governo⁸⁹. Mas é essencial que, pelas características das AAI, e pelo “pecado original” de falta de democraticidade, o Parlamento contribua para a *social legitimation*. Como?

- Escrutinando o percurso profissional e a competência dos titulares nos sectores que irão “governar”. Eles devem ser politicamente descomprometidos e competentes (não se espera uma *tabula rasa* mas um superior conhecimento e ideias sobre a matéria), devendo ser aferidos os seus pré-juízos e pré-conceitos;
- Controlando a sua atividade por forma a prosseguir uma regulamentação eficiente e coordenada (*better regulation*) evitando conflitos de interesses ou a prossecução de interesses opacos (*vested interests*). Os titulares devem assumir a necessidade de coordenação administrativa⁹⁰;
- Investigando factos que possam levar à não nomeação dos titulares (relativas à idoneidade *pessoal*, vg condenações judiciais em crimes patrimoniais, ou *profissional*, vg por falta de habilitações ou casos de insolvência de empresas por si geridas), ou, num momento posterior, à sua exoneração (por violação de princípios fundamentais – iniciativa a ser colocada para decisão governamental mas preferencialmente ou sob controlo judicial).

Há muito que defendemos a existência destes controlos, similares aos efetuados por comités do Senado norte-americano⁹¹. Tipicamente, deve haver

88 Para uma síntese das difíceis questões que se colocam a nível da legitimação, Moreira & Maças, 2003: 250.

89 Neste sentido, Gonçalves (2006: 550) ao criticar a excessiva dependência da Entidade Reguladora da Comunicação perante a Assembleia da República.

90 Acerca das dificuldades inerentes a este poder de “comunhão” com um poder Executivo e Legislativo inerente aos Estados modernos, Caracciolo, 1997: 189.

91 Quanto aos defensores desta supervisão (*congressional oversight*) e de que tais entes são sobretudo um braço do Parlamento (*arm of Congress theory*), Molina, 1995: 190 ss.

também uma apresentação anual de atividades à Assembleia da República, a par da audição frequente nas comissões especializadas ou nas comissões de inquérito – arts. 17.º, 21.º, n.º 1, c), l), 49.º LQ).

Infelizmente tal apenas foi parcialmente conseguido – p.e. não existe poder de veto ou de iniciativa para destituição, arts. 17.º, n.ºs 3 e 4, 20.º, n.ºs 4 e 5 LQ. O Poder Legislativo esqueceu que o *custo da monitorização* da atividade dos reguladores é tanto maior quanto menor tiver sido o *grau de compromisso* e as cedências políticas que presidirem à criação de AAI e à nomeação dos seus membros. Esqueceu também que institucionalmente existe uma legitimidade democrática “de segundo grau”: deve caber ao Parlamento a primeira palavra sobre o edifício institucional, tal como lhe cabe a última palavra sobre alterações.

3. O controlo judicial. A Lei-Quadro não inova em matéria de competência ou processo jurisdicional no que respeita ao controlo dos atos da administração independente, enunciando a possibilidade de alguns Estatutos virem a adotar algum dos meios de heterotutela administrativa e de transação, muito em voga na atual corrente de desjudicialização e que integram a designada *reg neg* (*negotiated regulation*, arts. 40.º, n.º 2, a), 47.º LQ)⁹². Aparte uma referência também vaga e indeterminada a poderes sancionatórios a ser concretizada nas respetivas leis orgânicas (art. 43.º LQ), a lei enuncia de forma confusa meios jurisdicionais que as AAI não poderão exercer diretamente (arbitragem), e meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Nestes últimos meios de heterotutela administrativa salientamos os meios extrajudiciais de resolução de conflitos (*alternative means of dispute resolution* – ADR’s) onde se incluem a negociação, a mediação, a conciliação, o *mini trial*⁹³.

A possibilidade de prática de atos administrativos decidindo conflitos entre os cidadãos e os regulados, ou entre estes, mediante aplicação do direito do caso concreto, que pode redundar na condenação ao pagamento de uma indemnização patrimonial ou outro meio de “reparação justa” aos consumidores

92 Rossi, 2001: 1015-1058.

93 Tivemos ocasião de criticar a (des)ordem judiciária em que tais autoridades se movem, e distinguir entre os diversos meios alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos, salientando as difíceis questões que convoca (Catarino, 2009: respetivamente pp. 818 ss. e 772 ss.). A nível nacional, a (des)ordem foi agravada pela criação de tribunais “ad-hoc” (para alguns dos reguladores e parte da sua atividade), como o tribunal da Concorrência e da Regulação e Supervisão em Santarém (Lei n.º 46/2011, de 24 de junho). Esta (des)ordem foi recentemente demonstrada pela alteração do tribunal de recurso de Santarém, que passou da Relação de Évora para a Relação de Lisboa no final de 2013.

(arts. 40.º, n.º 4 e 47.º, n.º 3, als. *d*) e *e*) LQ), é uma novidade que apenas tinha paralelo no anterior Estatuto da ERSE. Sendo controvertida a *natureza judicial desta função*, estaremos perante atos administrativos cuja apreciação judicial se encontra cometida aos Tribunais do Contencioso Administrativo (art. 50.º CPTA).

A Lei também nada acrescenta relativamente à atual (des)ordem normativa, criando uma norma de receção material de atos normativos e quase-normativos internacionais sobrepondo-os à ordem jurídica interna (art. 2.º e 40.º, n.º 1, *a*) LQ). Do mesmo modo a (des)ordem Judiciária atual também não foi aclarada, causando grave apreensão a inexistência de uma norma de conflitos relativa ao exercício de competências administrativas sobrepostas, algo essencial perante a “abordagem” material da Administração nacional por atos e instrumentos normativos transnacionais. Face à existência de competências administrativas sobrepostas entre autoridades nacionais e autoridades europeias (fenómeno da “agencificação” da EU), e entre aquelas e as congêneres de outros Estados-membros (no domínio financeiro a legislação comunitária de segundo grau permite-se mesmo uma “delegação de competências” entre administrações estaduais, dentro da União, e daquelas com a própria União), é grave a atual falta de proteção do cidadão perante a “constelação regulatória” (*networking regulation*). A jurisdição competente para um cidadão português demandar um regulador inglês ou irlandês por omissão de vigilância de atos de uma empresa do Reino Unido, com efeitos danosos em Portugal, praticados no âmbito de *passaporte comunitário*, são os tribunais do Reino Unido? E qual a legislação aplicável: a do Estado-membro de origem (eventualmente mais permissiva e menos favorável ao cidadão nacional), ou a legislação nacional?

Aparte estes graves problemas ainda não resolvidos, o controlo jurisdicional exercido pelos tribunais do contencioso administrativo “sofre” com as dificuldades inerentes a atos de entidades dotadas de saber técnico e científico muito especializado, meios e formas de atuação administrativa atípicas, que operam de forma informal e desprocedimentalizada, e no limite da legalidade⁹⁴. Saliêntamos já o problema da *deferência* e da “super-deferência” típicas da atuação judicial perante o paradigma da “cientificidade”, e acrescentamos que uma interpretação das AAI sedimentada pelo tempo e pela prática torna maior a

94 Maçãs, 2006: 21-49; Maçãs, Catarino & Cardoso da Costa, 2004: 420. Acerca da problemática da sindicância da atividade administrativa sancionatória, e da aplicação dos princípios fundamentais de um *substantive due process of law* o nosso trabalho 2009: 557 ss.

deferência pelos Tribunais que não querem correr o risco de proferir decisões inconsistentes, inaplicáveis ou com elevado custo⁹⁵.

A par do cumprimento do “processo devido em Direito” o controlo judicial não se pode alhear desta atividade pois contribui para a *accountability* democrática e proteção do cidadão. Neste processo os Tribunais também devem ter uma posição ativa, mediando o constrangimento político e os vastos e atípicos poderes detidos pela nova Administração, construindo regras que reforcem a sua legitimidade – *ativismo judiciário*.

4. O controlo pela responsabilidade civil. As Teorias Económicas do Direito. Uma derradeira forma de controlo radica na *responsabilidade civil e criminal* dos reguladores e dos seus titulares, funcionários ou agentes, tema que tivemos já ocasião de analisar perante jurisprudência estrangeira relativa a um dos reguladores financeiros⁹⁶. A *ratio essendi* dessas decisões, incidindo sobre a natureza e oportunidade de exercício dos poderes de supervisão, permite transpor para todas as Autoridades reguladoras independentes a generalidade das conclusões a que chegámos antes, e agora vertidas na lei. O regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Regime Geral ou RG) aplica-se à administração independente (arts. 5.º, n.º 3, alínea *b*), 24.º). Esta afirmação não é pacífica na Europa, onde alguns Estados e diferentes Autores pretendem a imunidade ou limitação deste tipo de controlo judicial para alguns atores.

Os principais argumentos da imunidade assentam na natureza e fins específicos da função de regulação – o destinatário é o sector e não as pessoas singulares -, ou na especial dificuldade e natureza da atividade – a elevada

95 Um problema concreto foi por nós levantado em anotação a um Acórdão do STJ no proc. 3422/01, a propósito de uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra os titulares do Conselho Diretivo da CMVM, com pedido de anulação de uma operação sobre valores mobiliários e reversão física e financeira determinada pelo Tribunal (Catarino, 2003: 3-28). Além da problemática da responsabilidade civil extracontratual e da *determinação da jurisdição competente*, em causa estava a eficácia de uma decisão judicial de anulação de um ato administrativo autorizativo de uma oferta pública e substituição de tal ato sobre uma operação registada e plenamente realizada alguns anos antes, perante valores (e empresas) que podem já não existir...

96 Não aprofundaremos aqui argumentos vulgarmente utilizados na discussão da responsabilidade destas autoridades reguladoras independentes, como a exigência de *faute lourde* em sinonímia com o regime dos juízes pela dificuldade e risco da decisão; a não cobertura do dano resultante do risco normal do funcionamento de um sector (risco permitido); a coresponsabilidade dos particulares em atividades negociais que demandam um elevado padrão de diligência e de autoinformação (*myth of the informed laymen*); a responsabilidade por culpa *in elegendo* ou *in vigilando* – Catarino, 2009: 283-6 e 349.

tecnicidade equipara-a à função judicial -, ou no risco de paralisia da supervisão perante esta “ameaça” pendente sobre os funcionários.

Uma outra questão, de possibilidade de insolvência do regulador decorrente de uma responsabilidade objetiva (pelo sistema público), deixou de constituir argumento dada a mutualização do pagamento dos danos decorrente da criação de múltiplos sistema de Garantia, e pela assunção pelo Estado da responsabilidade subsidiária, (no género de responsabilidade *in eligendo* ?) – art. 35.º, n.º 3 LQ.

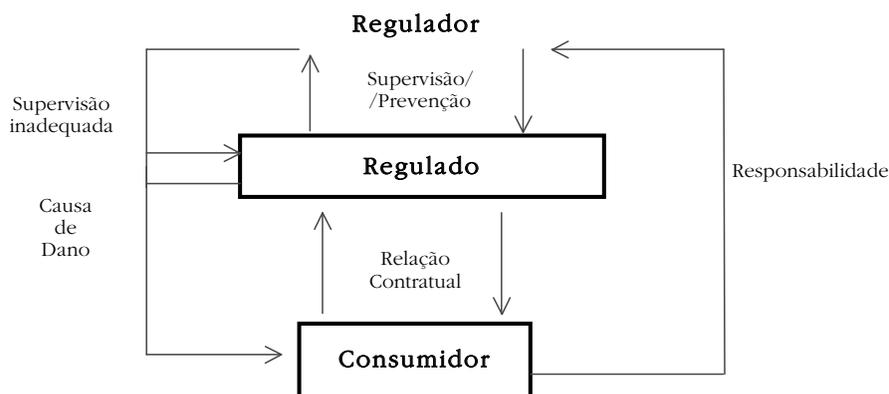
As autoridades reguladoras foram criadas tendo em vista vigiar e controlar sectores económicos essenciais, de risco ou de particular complexidade técnica, e atos ou atividades que possam interferir com direitos, liberdades e garantias individuais. Para tal foram dotadas de uma vasta e *forte* gama de competências administrativas a utilizar face a pedidos de atribuição de *licenças* ou de *autorizações*, seja *de funcionamento ou de de atividade*, e *aprovações* (*supra* n. 66). A possibilidade de imporem limitações à iniciativa privada, à propriedade de empresa, ao exercício de atividades profissionais e de trabalho, decorrem de um pré-juízo *antecipatório de perigos e de riscos* e dos seus efeitos em sectores regulados. Corresponde-lhe a assunção pelos particulares de “obrigações de entrada”, que se traduzem em relações jurídicas de proximidade com a Administração (que não são de sujeição especial), e que incluem sujeição a poderes de proibição, de restrição, de limitação e de ingerência na atividade e privacidade das pessoas singulares e coletivas. Num plano de minoração de riscos e danos, o controlo e supervisão devem obedecer ao princípio da *prevenção* e da *precaução*: no *trade off* regulatório os reguladores utilizam modelos de risco, *stress tests*, análise de impacto e de custo-benefício, e a cooperação e entreatajuda internacional. A intervenção dos reguladores e os fortes poderes que a lei lhes confere acarretam para o cidadão a confiança em que os riscos de uma falência de um banco, de uma intoxicação alimentar ou de um desastre ambiental se não concretizarão, ou serão mitigados – assumindo apenas o dano decorrente do risco “normal”⁹⁷.

Existem dois tipos de situações que são excluídos da responsabilidade dos reguladores. A primeira respeita aos danos causados aos consumidores por uma atividade que se deveria enquadrar nas atribuições de uma autoridade independente mas que o legislador não previu. Tomemos como exemplo uma atividade que revista materialmente natureza financeira, que implica com

97 Albuquerque & Pereira, 2004: 125.

a confiança do público em geral visando captar aforro do público, que seja amplamente divulgada e publicitada, perdurando no tempo. Como sucedeu no caso Afinsa ou Fórum Filatélico em Espanha, o Estado e os reguladores têm conhecimento da mesma, bem como dos respetivos riscos e omitem a sua regulação (quer a regulamentação, *vg* através de propostas do regulador sectorial, quer o seu efetivo controlo através de obtenção de informação e compreensão do negócio). A atividade de captação de aforro e de investimento dirigida ao público e francamente publicitadas, não enquadráveis nas normas jurídicas existentes, durou cerca de 25 anos. Estaremos eventualmente perante um caso de responsabilidade do Estado por omissão legislativa (e não do regulador), atentas as tarefas fundamentais que lhe estão cominadas no domínio da proteção dos consumidores, de práticas nos mercados lesivos do interesse geral, da proteção e segurança das poupanças (cfr. artigos 81.º, *f*) e *i*) e 101.º e 60.º da CRP). Esta falta da iniciativa e diligência necessária para tornar executáveis normas constitucionais dependerá, nos termos gerais, da prévia verificação e declaração pelo Tribunal Constitucional (art. 15.º, n.ºs 3-5 do Regime Geral).

A segunda respeito à responsabilidade dos reguladores por factos ilícitos, danosos, de outrem (agentes regulados), causados a terceiros (cidadãos ou usuários dos serviços regulados)⁹⁸. Esta “relação triangular” tem sido apresentada como uma nova forma de responsabilidade que afastaria a responsabilidade do regulador, mas não vemos necessidade de criatividade dogmática face aos quadros legais existentes. Vejamos:



98 A figura é construída com base numa imagem mais simplificada de Dijkstra, 2009: 269-84.

A realidade apresenta-se-nos como tendo dois agentes potencialmente criadores de danos: *i) primariamente* o supervisionado ou regulado, pela prática de atos ilícitos e danosos; *ii) secundariamente* o regulador por atos ou omissões que constituíram violação das suas atribuições ou o devido exercício das suas competências legais de supervisão sobre o responsável primário.

Também os *lesados* pelos atos ou omissões do regulador poderão ser os *iii) regulados*, *iv) terceiros*, como acionistas de sociedades abertas, clientes de bancos (figura *supra*).

É pacífica a aceitação da responsabilidade quando a lesão decorra de uma relação jurídica *direta* entre um regulador e um regulado, ou entre um regulador e um terceiro, nos termos gerais. Entendemos que não existe aqui nenhuma forma nova de responsabilidade. O que importa e é controvertido será a eventual responsabilidade pelos danos decorrentes de atos ou omissões ilícitos dos reguladores, que causaram (ação) ou permitiram (omitindo atos devidos), determinado comportamento ilícito do regulado e que, nos termos gerais da obrigação de indemnizar, teve efeitos danosos sobre terceiros⁹⁹. Ninguém pretenderá que a manipulação das taxas Libor ou Euribor por instituições de crédito responsabilize diretamente o regulador perante cada um dos cidadãos/clientes dos bancos, tal como o Estado não responde por atos ilícitos, vg criminosos, ou dos cidadãos, inexistindo relações especiais de poder ou de sujeição. Teoricamente a realidade poderá ser diversa se o Executivo e/ou o regulador forem informados previamente, p.e. por um diretor de uma empresa nuclear ou pelo *compliance* de uma empresa financeira ou outra, de factos ilícitos e danosos, ou da excessiva tomada de riscos, e nada fizerem durante anos: a verificar-se a causação de danos por tal omissão ilícita, a responsabilidade de um regulador também deve existir (em termos civis e políticos)¹⁰⁰.

99 Negando esta possibilidade no caso concreto de danos causados por atos de um regulador a empresas cotadas e aos seus acionistas, decorrentes da desvalorização das participações sociais, Albuquerque *et al.*, 2004, e Calvão da Silva, 2008: 170. Na realidade, o dano pode ser causado à empresa, aos seus corpos sociais (pensemos na difusão de atos sob investigação alegadamente criminosos) e aos investidores, acionistas ou obrigacionistas, pelo impacto negativo sobre o bom nome e a atividade da empresa. Verificados os exigentes requisitos constitutivos da obrigação de indemnização não existe qualquer dever de suportar o sacrifício patrimonial decorrente de atos ilícitos da Administração.

100 Relembramos o caso do HBOS cujo diretor de risco, Paul Moore, reportou repetidamente e a diversas entidades públicas, a alegada situação crítica decorrente da assunção de graves riscos pelo seu banco mantendo o regulador e o Executivo uma total passividade. Conforme relata BAKER, esta “ecologia profissional” levaria em 2003 ao despedimento do diretor por deslealdade, enquanto o CEO do HBOS exerceria funções no *board* da própria FSA durante o *boom* 2004-2006 (2010: 653).

Também pode suceder, nos termos gerais, um concurso entre atos ou omissões do regulador e os atos danosos praticados pelo regulado, sendo mister aferir se estamos então perante relações de causalidade adequada, de coresponsabilidade, de concausalidade, de concorrência de culpas, ou de responsabilidade exclusiva dos regulados. E a questão deve colocar-se onde exista uma Administração de Garantia: ela tem por função proteger interesses públicos, impedindo ou reduzindo comportamentos ilícitos para proteger os clientes/utentes dos serviços prestados, i.a. minorando danos decorrentes do mau funcionamento do sistema ou dos operadores¹⁰¹. Seja perante casos concretos danosos ocorridos no mercado da energia, das telecomunicações, no bancário e financeiro, seja em acidentes “de massa”, ou que ocorram com uma central nuclear ou numa escola (pelo mau funcionamento das instalações de gás), em piscinas públicas ou de diversão pública (obra confiada ou concessionada mas fiscalizada), convocam-se os mesmos problemas. E tais problemas são iguais seja legalmente “vigilante” de um interesse público (*gatekeeper*) uma entidade privada (auditores, sociedade de *rating*, advogados) ou pública (Municípios, institutos públicos, Tribunais)¹⁰².

Não pensamos que exista por este motivo entorse ao princípio fundamental da responsabilidade pública e ao direito fundamental ao ressarcimento através da tutela judicial efetiva, perante danos causados por factos ou atos, individuais ou normativos, e omissões imputáveis à Administração pela ilicitude do exercício das suas funções públicas – *cf.* artigos 6.º da CEDH, 13.º, 20.º, n.º 1, 22.º e 271.º da CRP e arts. 7.º e 8.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro.

a) Argumentos a favor e contra a responsabilidade dos reguladores. Os argumentos *contra* a responsabilização dos reguladores foram avançados sobretudo no domínio bancário, mas tendem a generalizar-se por uma pretensa similitude da função de regulação económica e social: (i) a complexidade e especial dificuldade desta função acarreta riscos decisórios e dificuldades especiais, que não devem ser agravados com o fator responsabilidade (particularmente

101 Assim, Cadilha, 2008: 119.

102 Estas sociedades instalaram filiais em Portugal tendo o Governo criado um diploma especial que regulasse e supervisionasse tal atividade de comercialização de contratos relativos ao investimento em bens corpóreos como selos, pedras preciosas, obras de arte – Decreto-Lei n.º 357-D/2007, de 31 de outubro. Segundo Carlos Reig, apesar de os contratos sobre bens tangíveis ou corpóreos configurarem materialmente contratos de investimento financeiro, como tal dentro da órbita dos reguladores financeiros, os Tribunais não aceitaram o princípio de que o *nomen juris* dos contratos não altera a sua verdadeira natureza subsumindo-os a contratos comerciais atípicos, inexistindo deveres de inspeção (2012: 133).

no caso de atividades com impacto geral ou sistémico¹⁰³); (ii) a real assimetria da informação entre o regulador e os regulados deve impedir que os reguladores “sejam tomados como garantes da gestão ordinária” dos regulados, logo corresponsabilizáveis pelos danos causados primariamente pelos regulados; (iii) a responsabilidade pode levar à paralisia ou propensão para a inibição na tomada de medidas mais gravosas pelo regulador (particularmente se as ações de responsabilidade forem objeto de uma “cultura de compensação” contra o regulador); (iv) a responsabilização leva à propensão para os regulados utilizarem as ações judiciais como arma de arremesso ou intimidação; (v) e leva igualmente a uma propensão dos regulados para diminuir a diligência e prevenção das suas atividades perigosas, por sentirem a existência de uma entidade responsabilizável com *deep pockets* – o Estado; (vi) ao mesmo tempo existirá a *moral hazard* decorrente de os operadores mas também de os reguladores contarem com a assunção dos prejuízos pelo Estado, por fundos ou sistemas de garantia, por redes difusas de reguladores; (vii) existe uma impossibilidade real de responder pela totalidade dos danos decorrentes de alguns factos, como nos casos de insolvência de bancos.

Existem argumentos a *favor* da responsabilidade: (i) os reguladores foram criados para controlar e vigiar atividades tecnicamente sofisticadas ou produtoras de graves externalidades negativas sobre os usuários, gerando nestes uma Confiança que não pode ser quebrada; (ii) os forte poderes funcionais (poderes-deveres) de intervenção nas áreas reguladas geram nos usuários uma expectativa juridicamente tutelada, de que serão atempada e efetivamente utilizados; (iii) a responsabilização obriga um regulador a intervir, assertivamente, não repousando no princípio da intervenção estadual última, *p.e.* nas instituições consideradas *too big to fail*; (iv) os fortes poderes públicos conferidos a alguns reguladores, vg nas áreas económicas, têm como fim suprir *market failures* e proteger o cidadão-consumidor de atos enganosos dos regulados, que tornam em sua vantagem o elevado custo da litigância e a imprevisibilidade judicial; (v) a ameaça da responsabilidade obriga os reguladores a uma melhor *performance* na vigilância sobre os regulados, o que tem como consequência obrigar

103 Uma súmula dos principais argumentos de limitação da responsabilidade, em particular para o Banco de Portugal, pode ser vista em Maças, 2011: 61-2. A maioria do Estados Reguladores, como Espanha, França, Holanda Dinamarca, Finlândia, Áustria, Itália, aceitam o princípio geral da responsabilidade, nalguns casos como na França, Bélgica ou Luxemburgo limitados a negligência grosseira, enquanto tradicionalmente na Alemanha, Irlanda e Reino Unido os reguladores são imunes exceto em casos de omissão ilícita dolosa (Sec. 25.^a, *Central Bank of Ireland Act* de 1997, e no Reino Unido o *Sched. 1, Sec. 19(1) do Financial Services and Markets Act* de 2000) – Dijkstra, 2009: 100. Também Tison, 2005: 647, e Giesen, 2006: 8-31.

estes últimos, que atuam na primeira linha da criação do dano, a terem um maior controlo das atividades perigosas; (vi) a imunidade administrativa, afastando a possibilidade de sofrer consequências negativas por violação dos seus deveres, leva a menor diligência, cuidado e intensidade na supervisão (*moral hazard*).

A aplicação do princípio fundamental da responsabilidade a toda a Administração Pública, incluindo a indireta, reguladora, independente, mesmo que excluída desta Lei-Quadro (caso do Banco de Portugal) não tem sido objeto de grande dissídio jurisprudencial¹⁰⁴, correspondendo o articulado a legal a uma afirmação política (arts. 24.º e 46.º LQ). O legislador considerou não existirem motivos ponderosos para isentar as AAI da responsabilidade verificados que sejam, quanto aos seus atos, os exigentes requisitos constitutivos da obrigação de indemnizar. Porquê?

- Porque a cultura de responsabilidade social e a forte intervenção fiscalizadora, sancionadora e interventora pública sobre as atividades privadas, prévia ou *a posteriori*, direta ou indireta, geram Confiança nos usuários indefesos perante atividades causadoras de externalidades negativas;
- Porque o acentuar do paradigma da liberdade de empresa e de estabelecimento tornou mais assertivo e intrusivo (logo, mais propenso a causar danos) o chamado “Estado Supervisor” (controlo *a posteriori*), em detrimento do “Estado Autorizador” (controlo prévio);
- Porque à atribuição de fortes poderes “governamentais” de vigilância e de investigação do “Estado Garantia” deve corresponder uma atividade de controlo efetiva, eficaz, diligente e célere, de proteção dos cidadãos, não a omissão ilícita.

b) Influência das Teorias Económicas do Direito na responsabilização.

Na maioria dos casos, dissemo-lo já, a responsabilidade dos reguladores será demandada pelos regulados, perante danos causados por atos regulatórios

104 O Banco de Portugal tem sido votado a um crescente e surpreendente fenómeno de “extraterritorialidade” pelas leis gerais da República. O artigo 12.º, n.º 3 do RGICSF pretendeu afastar a responsabilidade pessoal direta nesta entidade nacional com funções de representação do Estado português no SEBC, que teria lugar através do direito de regresso, mas dependente de prévia “justificação”. Os argumentos que pretendem defender esta nova forma de “garantia administrativa” são transplantáveis para qualquer outro regulador que desempenhe funções de controlo de atividades especialmente complexas e com forte impacto geral negativo, seja nos mercados financeiro, na área do Ambiente, do Urbanismo, da proteção de direitos fundamentais. Duvidamos da legitimidade constitucional desta isenção face ao princípio constitucional fundamental da responsabilidade – arts 6.º e 41.º CEDH, 13.º, 22.º e 271.º da CRP, 7.º e 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

excessivos que podem lesar direitos ou expectativas legalmente protegidas (*overreaction* lesiva de reputação de um regulado, p.e. violação do dever de reserva ou de sigilo dos reguladores nas investigações; limitação ilícita de atividades ou de profissões reguladas ou omissão reiterada de decisão; suspensão ou revogação de autorizações quando outros remédios “não mortais” poderiam ser utilizados).

As teorias Económicas do Direito afastam as pretensões da imunidade e demonstram como a existência da responsabilidade, só por si, não desequilibra as relações entre os reguladores e os regulados. A teoria económica do Direito demonstra o efeito preventivo da responsabilidade ao atuar sobre a conduta e os atos próprios *dos* reguladores e de terceiros¹⁰⁵. Teoricamente a responsabilidade tem o efeito de estimular o regulador a uma atuação mais diligente de supervisão sobre o seu sector (inexiste, como no sector privado, o incentivo de aumentar lucros minorando a possibilidade de indemnizações, embora exista o de manter o seu orçamento). Esta maior diligência do regulador tem o efeito indireto de estimular o regulado a um maior zelo no cumprimento dos seus deveres (com menos prejuízos-mais proveitos).

Mas poderão também os cidadãos pretender responsabilizar o regulador por atos ou omissões ilícitas ou de má-fé (ou intencionalmente fora dos seus poderes) que lhes causem diretamente danos concretos: ou porque as suas petições ao regulador se deparam com uma omissão ou atos lesivos; ou porque um regulado é o causador primário de danos aos cidadãos/usuários. O primeiro caso não oferece problemas dogmáticos, e daqui não decorre qualquer pressão ilegítima ou desproporcionada sobre os agentes, tanto mais que o Regime Geral já afasta a responsabilidade pessoal dos funcionários e agentes nos casos de culpa leve (art. 8.º, n.º 2).

No segundo caso, ninguém pretende que o regulador responda por actos privados danosos causados pelos regulados. Uma empresa que com a colaboração de instituições colocadoras, auditores, *advisers*, proceda a um aumento de capital junto do público em geral, disseminando num prospeto informação errónea e falsa, será primariamente responsável, verificados os exigentes requisitos de responsabilidade, pelos danos sofridos pelos subscritores. Esta responsabilidade deverá ser estendida aos colocadores, se agiram dolosamente ou sem *due diligence*, por forma a evitar o *promoter's problem* ou risco de proliferação de maus produtos financeiros. Mas perante casos como a má gestão de um banco, devido à autorização da aquisição de posições de controlo ou

105 Faure & Van den Bergh, 1987: 95-114.

de administração, por nacionais ou estrangeiros, sem experiência, que não deram garantias de gestão sã e prudente; a morosidade excessiva na tomada de medidas de supervisão preventivas ou repressivas face a factos conhecidos e alarme público; a passividade ante denúncias reiteradas – e até públicas – de atos ilícitos de agentes regulados: a solução não pode deixar de ser similar à adotada para qualquer entidade da Administração com deveres de vigilância.¹⁰⁶

A responsabilidade *direta* (solidária) do regulador é modulada quando são os regulados que causaram direta e primariamente os danos, e pode ser facilmente excluída se na alegação de omissão a autoridade demonstrar ter agido no seu papel de garante de forma atempada, diligente, cautelosa, e proporcionada a minorar o risco ou o dano (no caso *Kechichian*, o *Conseil d'État* reduziu a responsabilidade do regulador a 10% porque a gestão fraudulenta do banco tinha sido a principal causa dos danos).

A *responsabilidade aquiliana* tem a particular virtude de afastar os efeitos perversos da imunidade – a *moral hazard* – mas também da responsabilidade objetiva – a paralisia dos reguladores. A necessidade de demonstração e prova *pelo lesado* dos requisitos subjetivos da responsabilidade obsta a que, na eventualidade de o regulador ser mero *agente secundário* na causação de danos, ele se substitua ao lesante *primário*, mas obriga os seus funcionários a um zelo e diligência acrescidos se souberem que pode haver transferência de parte da responsabilização (fora da culpa leve).

É também óbvia a dificuldade, o risco e o custo na demonstração e prova *pelo lesado* dos requisitos constitutivos da obrigação de indemnizar. Ao alegar uma ação ou omissão ilícita e culposa e danosa, deve demonstrá-la e provar a negligência ou dolo do autor; deve provar que os seus atos diligentes se basearam naquela conduta ou informação e que os danos foram por ela causados (nexo de causalidade adequada). Deve também demonstrar quais os atos de supervisão legalmente devidos, *i.e.*, quais deveriam, em concreto, ter sido adotados porque adequados a evitar o ato lesivo. Tal como não existe uma garantia absoluta e objetiva de funcionamento de um sistema pelo facto de existir um regulador, também não basta como título de responsabilização alegar a existência de deveres de supervisão sem alegar quais as diligências que razoáveis e atempadamente deveriam ter sido exercidas¹⁰⁷.

106 Neste sentido também Cordeiro, 2005: 155.

107 Neste sentido o Ac. do STS de 27 de janeiro de 2009 que isentou a CNMV de toda a responsabilidade na omissão perante a GESCARTERA GESTIÓN, Sociedad Gestora de Instituciones de Inversiones Colectiva, <http://rdmf.files.wordpress.com/2009/02/sts-27-enero-2009-gescartera-responsabilidad-patrimonial-cnmv.pdf>.

Existe uma dificuldade real, que deverá ser ultrapassada pelos Tribunais (*ativismo judiciário*), determinando também o que deve ser considerado como um *padrão de diligência* razoavelmente exigível a um agente regulador zeloso, prudente e cumpridor. Ele depende da determinação de qual o correto, atempado e adequado exercício de competências regulatórias de garantia, atento o comportamento do regulado, o risco da sua atividade, o seu impacto sobre o sector, as *legis artis* e técnicas do momento. Há que fazer um balanço entre a necessidade de responsabilidade pelos atos públicos e a proibição de entorpecimento da atividade de supervisão por ações sem viabilidade. A responsabilidade do regulador depende das circunstâncias do caso concreto: perante as circunstâncias do caso e face às regras da experiência e ao conhecimento concreto que o regulador tinha ou deveria ter, quais os atos que deveriam ter sido praticados ou omitidos que previsivelmente teriam evitado a ocorrência de factos danosos para terceiros? A recusa, a obstrução, a deficiente, errada ou a falta de prestação de informação, ao regulador ou ao mercado, pelo regulado, podem gerar para este responsabilidade civil e administrativa sancionatória mas só por si não geram responsabilidade do regulador pelos danos que daí decorram para terceiros. Mas a solução será a mesma se o regulador não exercer *in casu* armas eficazes para exigir informação que não é prestada ou é recusada, ou não alertar o público, ou não utilizar prontamente medidas de polícia ou medidas transitórias contra o regulado?

Não é possível fixar orientações gerais *ex ante* para a responsabilidade do regulador que não (i) as resultantes da ponderação das suas atribuições: fora da habilitação administrativa conferida ao regulador para atuar, não há responsabilidade; e (ii) do âmbito das competências: para além das competências de que dispõe e do seu correto exercício, *vg* utilização de medidas cautelares ou coercivas, não há responsabilidade¹⁰⁸ (art. 10.º do Regime Geral). A partir daí a decisão é necessariamente judicial e depende da ponderação das circunstâncias do caso concreto.

Também como orientação geral, um outro nível ótimo de ponderação poderá ser aferido atendendo ao *critério da atividade mais perigosa do regulador*. Assim, no exercício de atividades sancionatórias ou punitivas, o grau de culpa exigido para a responsabilização pela causação de danos deve ser menor (e pode mesmo ser objetiva). Por três motivos:

108 Reig, 2012: 115.

1 – Porque a lesão decorrente de sancionar desproporcionada ou erradamente é maior do que a absolvição de um culpado (condenar um inocente tem também o custo de diminuir a diferença entre licitude e ilicitude e diminuir a função preventiva da figura do regulador¹⁰⁹);

2 – Porque a probabilidade de utilização excessiva ou abusiva do poder de *jus puniendi* é por natureza superior à probabilidade da sua utilização parcimoniosa, devendo o regulador ter um especial cuidado;

3 – Porque sendo as pessoas avessas ao risco (*risk adverse*), sofrerem um processo sancionatório ou punitivo com diminuição de garantias, ou uma condenação sendo inocentes ou uma sanção desproporcionada, causa-lhes um mal superior ao que decorreria da absolvição de um culpado¹¹⁰.

Ao contrário, nas atividades de supervisão “a priori”, como de autorização ou de aprovação, deve o padrão de culpa para a responsabilização ser mais exigente, porque *é aí mais tolerável uma intervenção de controlo público excessiva ou desproporcionada do que uma atuação insuficiente*.

Porquê a diferença? Atenta a atual passagem do “Estado autorizador” ao “Estado supervisor”¹¹¹, no caso de atividades de risco o efeito diferido no tempo dos atos regulatórios administrativos prévios, como as autorizações, visam prevenir e controlar atividades perigosas que podem gerar graves externalidades negativas para uma plêiade indeterminada de usuários. É por isso mais aceitável um erro, tanto mais que os regulados retiram deles vantagens sem quaisquer custos. Sobretudo porque tais atos, mesmo que fortemente limitadores, têm um impacto e um custo sobre um número reduzido de destinatários (o regulado), que têm maior poder económico e mais meios de defesa no contencioso administrativo de legalidade. E os atos de controlo público, por

109 Cfr. Decisão “V.E.V.” de 15 de janeiro de 1993, relativa à publicitação da abertura de um processo sancionatório contra uma empresa, a propósito de alegada falta de *qualidade* da informação prestada ao público sobre uma operação. O tribunal entendeu que deveria ter sido prestada mera informação objetiva sem referência a informação enganosa, violação dos direitos de defesa causadora de danos (Paoli-Gagin, 1998: 353).

110 No sentido de que a eficácia *preventiva* é erosionada no caso dos falsos positivos (condenação de inocentes), possibilitando o cometimento de atos ilícitos pelos regulados que sintam fracas possibilidades de descoberta e sanção – logo, “que os falsos positivos são piores para a sociedade que os falsos negativos” – Pascual, 2010, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración por el Ejercicio Ilegal de Potestades de Intervención en la Economía”, na comunicação ao *IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo* realizado em 26 e 27 de novembro em Córdoba e *em vias de publicação*. Também, Suay Rincón, 2013.

111 Acerca da simplificação administração e da substituição dos controlos prévios por controlos “a posteriori” ou meras comunicações de início de atividade, e o deficit de supervisão daí decorrente (porque a autorização é o primeiro momento da supervisão) – Catarino, 2009: 287 e 383.

definição, trazem importantíssimas externalidades positivas para a generalidade do público usuário, que não tem de suportar qualquer custo.

c) A União financeira, os sistemas de garantia de depósitos, e o Acórdão Peter Paul e outros. A integração europeia acarretou a criação de um mercado único e as “autorizações de entrada” dependem do regulador do Estado da sede efetiva da instituição de crédito. Existe um “passaporte comunitário” pelo qual este regulador mantém a generalidade da supervisão prudencial e parte da comportamental perante o exercício de atividade da empresa em outros Estados-membros da União, seja através de sucursal ou diretamente (por exemplo pela internet)¹¹². O princípio do *home country control* leva atrás de si o princípio da responsabilidade. Mas leva também problemas complexos que se intensificarão com o atual quadro de integração regulatórias comunitárias e as fortes competências comunitárias sobre os Estados e seus reguladores¹¹³:

1 – A omissão de normas de conflito que resolvam os problemas inerentes à aplicação dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, nomeadamente as normas de competência pública, de responsabilidade e judiciais, aprofundarão a desordem normativa e judiciária;

2 – A divergência de poderes de supervisão nacional (parte já harmonizada) e a variação de intensidade dos poderes de investigação e sanção em cada Estado, acarretam um dever de diligência e uma capacidade lesiva diferentes (a poderes mais fortes pode corresponder maior dano, logo a exigência de maior diligência);

3 – A falta de coordenação na regulação determinará discriminação na União. Os clientes de uma sucursal podem ver os seus direitos de ressarcimento

112 Cfr. Primeira e Segunda Diretivas de Coordenação Bancária, n.ºs 77/780/CEE do Conselho, 12 de dezembro de 1977, n.º 89/646/CEE do Conselho, de 15 de dezembro de 1989 (revogadas pela Diretiva n.º 2000/12/CE, de 26 de maio de 2000, e a Diretiva de Coordenação n.º 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício). Existem no Estado de acolhimento poderes de supervisão e consequente responsabilidade, p.e. perante a liquidez das sucursais (Considerando (22) e arts. 22.º, 27.º e 29.º da Diretiva de 2000, e arts. 53.º, 56.º-A, 122.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (RGICSF)

113 A par da centralização da regulação das empresas de *rating* (Regulamento UE No 1060/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009), da autorização e funcionamento de contrapartes centrais e de sistemas de liquidação e de compensação, e regulação da transação de derivados OTC (Regulamento UE n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012 – EMIR), os recentes Regulamentos UE de 2009 criadores de autoridades com fortes poderes administrativos (*supra* n. 34) são uma reação à crise iniciada em 2008. A regulação comunitária sobre estas agências prevê inclusive a delegação de competências entre Estados membros e destes com tais agências sem que se tenha previsto normas de conflito entre ordenamentos nacionais, as administrações e a competência judiciária.

diminuídos pelo facto de o Estado membro de origem da empresa ter um regime de responsabilidade dos seus reguladores mais restritivo do que o do Estado onde residem – ou mesmo “imunizador” (caso da aplicação da lei dos países de tradição anglo-saxónica);

4 – Perante danos causados pelo regulado mas em que exista a concorrência da omissão ilícita de diligências ou tomada de medidas inadequadas por um regulador para os prevenir, os clientes terão de se socorrer das normas de Direito Internacional Privado para demandar a empresa regulada – e poderá haver dessintonia com o direito público aplicável;

5 – Numa área regulada como a da banca e dos serviços financeiros, as autorizações “de entrada” e de “funcionamento” e a constante monitorização e forte intervenção pública, geram expectativas de proteção nos clientes do sistema. A limitação ou imunidade de responsabilidade tem sido decretada pela lei (na Alemanha) ou pelos Tribunais (em França exige-se *faute lourde* e no Reino Unido *a misfeasance in public office – a bad faith* para o *Bank of England*, Secção 1(4) *Banking Act* de 1987), decorrentes de casos concretos (também no Luxemburgo após o caso BCCI¹¹⁴).

Do regime geral da responsabilidade devem separar-se as questões objetivas de insolvência ou de falta de liquidez das instituições de crédito, que contêm soluções particulares inerentes à prevenção de fenómenos de pânico desestabilizadores da economia e que resultam as mais das vezes da concretização do *risco* e não do *perigo*¹¹⁵. A pretensão de imunidade de responsabilidade dos reguladores tem o acento tónico no âmbito das falências de empresas *too big to fail*. Existem Estados que por lei expressa ou *case law* limitam a responsabilidade do seu regulador bancário perante o público em geral nos casos de falência ou insolvência, e a existência de sistemas de garantia de indemnização de cidadãos em sectores económicos específicos, como o financeiro, tem trazido

114 Tison (2005: 10) descreve-nos alguns sistemas de limitação de responsabilidade como uma curiosa relação de causa-efeito, ou com a ocorrência de falhas na supervisão ou afirmação da responsabilidade pelos Tribunais ou pelos académicos (Alemanha), a par de casos de efetiva responsabilização.

115 A indemnização em caso de insolvência não decorre da verificação de perigos, de algo que pode ser objeto de prevenção através de supervisão “a priori”, de controlo, ou de supervisão “on going”. Os danos decorrem da concretização do risco da atividade, de factos absolutamente incertos e que se não deixam subordinar a esquemas regulatórios sobretudo numa atividade transnacional e global. Mesmo a lei geral sobre responsabilidade parece influenciada pela diferença entre perigo e risco, pois afastou o ressarcimento pelo risco: aceita indemnizar por atividades “especialmente perigosas” e já não “excepcionalmente” perigosas (cfr. art. 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, e art. 11.º do Regime Geral). Na noção de perigo e a essencialidade do risco na pós-modernidade, são essenciais as obras de Beck, 1992 ou Luhmann, 1997. Entre nós, Faria Costa, 1992 ou Loureiro, 2001: 797.

alguma confusão a esta particular questão da responsabilidade civil extracontratual do Estado¹¹⁶.

As teorias da imunidade teriam sido alegadamente defendidas pelo TJUE para os reguladores bancários, excetuando o princípio decorrente do Acórdão *Francovich*. Na realidade, da leitura do sempre citado Acórdão proferido pelo Tribunal no caso *Peter Paul e outros vs Alemanha*, não resulta qualquer regime-regra sobre responsabilidade pela supervisão. A decisão decorreu de um pedido prejudicial de um tribunal alemão, de interpretação de diretivas de coordenação bancária. Visava-se sobretudo a Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio (alterada pela Diretiva 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março), sobre os sistemas de garantia de depósitos. O regulador germânico solicitara a falência de um banco após inquéritos realizados em 1991, 1995 e 1997, e revogara a respetiva autorização de funcionamento. Na data inexistia o atual sistema de garantia de depósitos: a transposição para o direito alemão da Diretiva de 1994 não se efetuara até 1 de julho de 1995, conforme aí se estatua, mas apenas em julho de 1998. Devido ao incumprimento da Diretiva (*Ac. Francovich*) e aos danos que tiveram que assumir, os requerentes intentaram ação contra o Estado alemão solicitando os depósitos perdidos¹¹⁷.

A primeira instância concedeu uma compensação equivalente ao previsto na Diretiva não implementada mas, quanto ao remanescente, afastou o princípio geral da responsabilidade pelos danos decorrentes de alegada omissão ilícita (§839 BGB e art. 34.º GG). Da atividade de supervisão não resultam direitos para os particulares por ter como escopo meramente o interesse público, pois segundo a lei nacional –o §6.º, n.ºs 3 e 4 da *Gesetz über das Kreditwesen* –, o *Bundesaufsichtsamt* exerce as missões que lhe são confiadas pela lei “exclusivamente no interesse público”. Censurando os AA. por não indicarem com precisão as medidas de supervisão necessárias e omitidas, o tribunal alegara que o princípio da responsabilidade implica a existência de obrigações impostas

116 Salientando esta distinção, com decisões anglo saxónicas Proctor, 2004: 24-5, com fortes críticas ao caso BCCI e ao facto de o Bank of England ter repousado na supervisão luxemburguesa (a sua acitvidade principal era no Reino Unido), não ter revogado a autorização atempadamente (durante quase três anos houve alegações de gestão fraudulenta).

117 Na realidade, o banco em questão (*BVH Bank für Vermögensanlagen und Handel AG*) entre 1987 e 1992 tentara aderir ao sistema de garantia alemão existente, sem êxito devido ao não cumprimento de requisitos, Mas a autorização nunca fora revogada, mesmo após conhecimento pelo regulador de deficiências graves. Sobre este Acórdão, proferido no Proc. C-222/02, 12 de outubro de 2004, existem opiniões a favor e contra a responsabilização – *vd* Giesen, 2006: 105: 649; Maças, 2011: 72.

pelos cargos públicos *para com terceiros* pelo que a citada norma bancária isentava de tal princípio o regulador.

Numa clara relutância perante o impacto económico da responsabilidade nas finanças estaduais, corroborada pelo Advogado-Geral e pelos 6 Estados que juntaram observações no processo¹¹⁸, o TJUE afirmou que:

- “Não decorre necessariamente” das obrigações decorrentes das Diretivas de harmonização bancária e do sistema de garantia de depósitos “que estas diretivas visam criar direitos para os depositantes em caso de indisponibilidade dos seus depósitos causada por uma supervisão deficiente da parte das autoridades nacionais competentes” (ponto 40.);
- As diretivas de harmonização “não contêm nenhuma norma expressa que confira tais direitos aos depositantes”, não parecendo necessário ao seu objetivo coordenar as “normas nacionais relativas à responsabilidade das autoridades nacionais perante depositantes em caso de supervisão deficiente” (pontos 42 e 43.);
- “o legislador comunitário instituiu uma proteção mínima dos depositantes (...) que é igualmente assegurada nos casos em que a indisponibilidade dos seus depósitos possa ser causada por uma supervisão deficiente (...)” (ponto 45).

Ademais, inexistia nexo de causalidade entre a falta da transposição da Diretiva e os danos causados (*Ac. Francovich*), limitada que estava no seu escopo à garantia dos depósitos, referindo a proteção dos consumidores de forma genérica. O Acórdão não consagra nem proíbe qualquer princípio geral sobre responsabilidade por deficiente supervisão bancária (o que não era pedido), nem fixa *standards* ou *benchmarks* de conduta do regulador (o que também não consta das diretivas para futuros julgamentos), deixando a cada Estado nacional a opção pelo regime de responsabilidade. Não é possível retirar dele a afirmação ou opção pela imunidade do regulador bancário em matéria de supervisão; a matéria da responsabilidade do regulador por facto ilícito encontra fundamento nas leis nacionais, como no caso concreto alemão. Temos exemplos no sistema francês, onde a alegada *omissão de supervisão efetiva* suscitou um processo de indemnização decidido no *Conseil d'État* contra a Comissão

118 Para uma descrição crítica do Acórdão *supra* referenciado, mas com base na aplicação *in casu* da doutrina da responsabilidade pela violação do direito comunitário resultante do Acórdão *Francovich*, Tison, 2005: 22.

encarregue de supervisionar o sector bancário (*Kechichian vs Commission Bancaire*, de 30nov2001), mas limitada a 10% por a fraude do banco ter sido o principal causa dos danos. A propósito da falência de instituições de crédito (*United Banking Corporation e Saudi Lebanese Bank*), aquela fora acusada de omissão culposa de exercício dos seus poderes de supervisão prudencial. Segundo o *Conseil*, traduzindo o ordenamento sectorial a obrigatoriedade do uso de poderes por autoridades eleitas como guardiãs de um sector e das liberdades conexas, tal legitima a utilização de todos os seus poderes. Mas não afasta a responsabilidade, *vg.* se a estratégia foi mal escolhida ou morosa (no caso concreto verificaram-se conversações prolongadas com os visados na tentativa de reparação de danos e recomposição da instituição – *restorative justice*), ou se não acautelava suficientemente os direitos dos clientes (porque não implicava medidas que travavam imediatamente a insolvência ou o incumprimento)¹¹⁹.

O Acórdão do TJUE separa as questões da garantia legal de depósitos e da responsabilidade pela supervisão. Os sistemas de garantia de depósitos nunca se assumiram como sistemas alternativos ou sequer substitutos à responsabilidade aquiliana. O seu fundamento não decorre da falta ou deficiente supervisão dos reguladores. Os supervisores foram criados porque era ineficiente para os clientes tentarem ultrapassar as imperfeições de mercado (*i.a.* falta de informação) e as externalidades (*spill over*) de estratégias arriscadas – sobretudo quando existem riscos que os bancos não tomam em conta. Os sistemas de garantia dos contratos de depósito bancário são função da necessidade de proteção e confiança de todo o sistema ante os seus usuários/credores – porque confiaram as suas poupanças às únicas entidades privadas que as podem receber do público em geral, e foram criados para cobrir factos danosos “incompensáveis” pelo regulador – como as falências.

A uma atividade lucrativa com forte impacto e interesse público (além de financiadora dos Estados e da economia, a atividade financeira absorve a riqueza dos particulares pelo investimento ou entesouramento), corresponde um risco elevado, e à privatização dos lucros não poderia corresponder uma total socialização dos prejuízos. Ademais, as instituições de crédito não assumem na sua atividade corrente o risco de tais externalidades. Elas sabem que nenhum Governo permitiria que simplesmente falissem – a necessidade

119 Os pedidos contra a COB devem-se sobretudo à morosidade na obtenção de autorizações de entrada no mercado – *cfr.* a propósito da CNIL, *arrêt do Conseil d'État 12Mar82* – GGT, no *Recueil des arrêts du CE*, p. 107. Também Garin, 2004: 126 ss.

de nacionalização do Northern Rock em 2007 ou do Fortis em 2008, ou das *loan mortgages* Fannie Mae e Freddie Mac demonstram-no¹²⁰. Daí ter-se procedido à internalização (parcial) das perdas através da obrigação, que impende sobre todos os operadores financeiros, de contribuir financeiramente para um sistema/fundo de garantia de depósitos.

Esta mutualização tem uma finalidade diversa, pois o *spill over* de uma falência é insuportável para os clientes/consumidores e daí para todo o sistema (*risco sistémico*). Pretende prevenir o colapso do sistema bancário privado decorrente do “animal instinct”, que arrastaria com ele os atuais pilares públicos da sociedade. A volatilidade dos mercados às notícias, mesmo que falsas (denominada na década de 70 de *manias, panics and crashes* por Kindleberger, 1978), é idêntica à volatilidade dos usuários do sistema: a garantia de que, pelo menos até 100.000 Euros o contrato de depósito bancário será cumprido evitará o efeito pânico¹²¹. Aliás, perante a Grande Crise de 2008 houve Estados que declararam publicamente que garantiam ilimitadamente os depósitos de particulares (Alemanha) ou de todos os depósitos (Irlanda), e decerto que a indemnização pela perda de depósitos é tão astronómica que não deve ser deixada a cargo de reguladores que dependem de taxas (*fees*) dos seus regulados.

Este sistema veio, aliás, criar dois dilemas regulatórios: (i) quanto maior for a quantia ressarcitória garantida por fundos especiais, pelo Estado ou por contratos de seguro, menores serão os níveis adequados de supervisão; (ii) tal quantia deve manter-se limitada pois é importante manter a responsabilidade do potencial causador de prejuízos para que previna os riscos adotando uma conduta diligente, pois sabe que vai ter de os internalizar.

O Estado assumiu criar uma garantia de cobertura nos contratos de depósito bancário, objetiva, e por isso o Fundo de Garantia de Depósitos instituiu um procedimento que se encontra de acordo com os Princípios do Comité de

120 Acerca das reformas necessárias, mas cético quanto à sua rápida adoção diferenciando a sociedade mundial atual da de 1944, Helleiner, 2010: 619-636.

121 Inicialmente a quantia era de 20.000 euros, segundo a Diretiva 94/19/CE, alterada pela Diretiva 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março, que seguiu os acontecimentos iniciados em 2007 e que ainda vivemos atualmente. No plano interno o Fundo de Garantia de Depósito, vertido nos artigos 154.º ss do RGICSF, e no Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro. O Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de junho, transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Março, criando o Sistema de Indemnização aos Investidores com meios de ressarcimento de direitos dos investidores que não possam ser satisfeitos devido à situação financeira da entidade prestadora dos serviços de investimento (embora o sistema de crédito sobre os participantes existente se tenha revelado pouco amigável dos investidores...).

Basileia de 2006¹²². Mas esta garantia dos credores é diversa da responsabilidade aquiliana por danos causados diretamente a regulados, ou a cidadãos individualizados – tanto assim que o seu *Core Principle 1* salienta a necessidade de *legal protection for supervisors*. Se o legislador não cria uma norma estatutária de limitação de responsabilidade ou de afetação de coimas de um regulado ao pagamento dos danos que causou, embora estas recomendações não tenham força imperativa existe um interesse próprio de proteção dos supervisores que as implementam¹²³.

CONCLUSÃO: A ETERNA LUTA CONTRA AS IMUNIDADES DO PODER

É usual falar do famoso Quarto Poder quando se refere a estas autoridades. A própria expressão *Fourth Branch* nasceu com um sentido pejorativo no *Brownlow Committee* instituído pelo Presidente Roosevelt, em 1936, para caracterizar «governos miniatura» desenhados para sectores económicos específicos. De facto, a transformação do Estado administrativo Autorizador num Estado administrativo Supervisor implicou a subtração de competências ao Governo, ao Legislativo e à Magistratura, o que tem importantes implicações na Administração Independente, seja de Garantia, de Controlo ou Técnica. Tal movimento de administrativização e a necessidade de uma imparcialidade e assepsidade que se compagina mal com a necessária prossecução de interesses públicos impõem um movimento paralelo de autocontrolo. Como? Fazendo as AAI atuar de forma *apolítica*; adotar princípios do processo *equitativo* e de *igual distância entre as partes* (estas devem poder ser ouvidas, e tentar influenciar as decisões finais); não se pronunciar no *momento contencioso* (sobre matéria de facto ou pessoas em investigação).

Num momento em que se aceita a responsabilidade por facto judicial e por facto legislativo, assumindo o carácter unitário do Estado e a cidadania europeia, os argumentos de isenção significariam um retrocesso dogmático. O entusiasmo pela iniciativa privada e pela liberdade de iniciativa postularam o fim do licenciamento e das autorizações públicas, mas o capitalismo sempre assentou na correspondente responsabilidade. Também do lado da Administração “privatizadora” o predomínio da intervenção “a posteriori”, através de

122 Cfr, os *Core Principles for Effective Banking Supervisions*, BIS, 2006, in <http://www.bis.org/publ/bcbs123.pdf>.

123 O memorando sobre este princípio especifica mesmo que os supervisores bancários devem ter *protection from personal and institutional liability for supervisory actions taken in good faith in the course of performing supervisory duties*.

reguladores dotados de independência e de fortes poderes-deveres, não pode equivaler ao ressuscitar de formas de garantia administrativa ou de imunidades de poder que tanto tempo levou a afastar (García de Enterría,1983). As novas tendências do Direito Administrativo, de privatização e pulverização, desregulação e informalidade, globalização e europeização, eficiência e economicidade, eficácia e desprocedimentalização, postulam o seu heterocontrolo.

Numa esfera de atuação pública cada vez mais livre, o controlo, a fiscalização, a vigilância, a sanção, são verdadeiros deveres jurídicos e não prerrogativas da Administração. Essa é a contrapartida do atual Estado de Garantia que se afastou da responsabilidade de operar diretamente serviços e prestações públicas. Garantindo a sua execução pelos atores privados que fiscaliza e controla, ela assume a responsabilidade pela prossecução dos interesses públicos e exonera-se facilmente quando demonstre a sua atuação e diligência. Enquanto prestador de último recurso esta garantia dada aos cidadãos/clientes não pode ficar ao sabor dos poderes sociais ou da intemperança do poder público, ou de argumentos de isenção por *too big to pay*.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro & PEREIRA, Maria

2004 “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação”, *O Direito*, Ano 126.º, Tomo I, Coimbra, Almedina, p. 125.

ALEXANDER, Kern, FERRAN, Eilis, JACKSON, Howell & MOLONEY, Niahm

2007 “A Report on the Transatlantic Financial Services Regulatory Dialogue, in *European Business Organization Law Review*, 7, pp. 647 – (também disponível in *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 576*, de 2006, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963381 (consultado em 12.03. 2014).

ARANSON, Peter, GELLHORN, Ernest & ROBINSON, Glen

1982 *A Theory of Legislative Delegation*, Emory University, Law and Economics Center.

AVINI, Avisheh

1996 “The Origins of the Modern English Trust Revisited”, *Tulane Law Review*, vol. 70, p. 1139.

BAKER, Andrew

2010 “Restraining Regulatory Capture? Anglo-America, crisis politics and trajectories of change in global financial governance”, *International Affairs*, n.º 86, vol. 3, pp. 647-663.

BARKOW, Rachel

2010 “Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design”, *Texas Law Review*, Vol. 15, n.º. 89, *Research Paper*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1717037 (consultado em 02.09. 2013).

BECK, Ulrich

1992 *Risk Society: Towards a New Modernity*, Londres: Sage Pub.

BICKEL, Alexandre

1986 *The Least Dangerous Branch* (2.ª ed.), Yale: Yale University Press-

BORSELINO, Domenico

2007 *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Milão: Cedam.

BOVENS, Mark

2006 “Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual framework”, *European Governance Papers* n.º C-06-01, www.connex-nmnetwork.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf (consultado em 12.09.2013)

- 2008 “Two Concepts of Accountability”, *Working paper* da Utrecht School of Governance, <http://www2.ku.edu/~kupa/kettering/pdfs/Bovens.pdf> (consultado em 12.03.2013).
- BRESSMAN, Lisa Schultz
- 2007 “Procedures as Politics in Administrative Law”, *Columbia Law Review*, vol. 107, e Vanderbilt Public Law Research Paper No. 07-12 in <http://ssrn.com/abstract=997045> (consultado em 12.06.2013).
- 2003 “Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State”, *N.Y. Univ. School of Law Review*, 78, n.º 2, pp. 461-556.
- BROWN, Rebecca
- 1998 “Accountability, Liberty and the Constitution”, *Columbia Law Review*, vol. 98, n.º 3, pp. 531-550.
- CADILHA, Carlos
- 2008 *Regime da Responsabilidade Civil Extrcontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CALVÃO DA SILVA, João
- 2008 *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.
- CANALS Y AMETLLER, Dolors
- 1999 “La jurisprudência ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 56, pp. 459-482.
- CARACCILO, Luciano Barra
- 1997 *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell’ordinamento USA*, Torino: Giapicheli Ed.
- CATARINO, Luís Guilherme
- 2003 “Contencioso da responsabilidade regulatória – uma Hidra de Lerna?” – Anotação ao Acórdão STJ de 28.02.2002, P. 3422/01, in *Caderno de Justiça Administrativa*, n.º 41, pp. 3-28.
- 2009 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra: Almedina.
- 2010 “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, in AAVV, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, Coimbra: Almedina.
- 2011 “A Regulação Financeira da UE: refração da disputa entre o Estado de Direito e o Direito Administrativo Global?”, AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. XII, disponível em http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1360862121a_reforma_da_regulacao_financeira_lc_formatado.pdf.

- 2012 “A ‘agencificação’ administrativa na regulação financeira da UE: Novo meio de regulação?”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 9, jan/mar, pp. 147-203.
- 2012a “O Direito Administrativo Global na Regulação Financeira Europeia: Alguns Problemas”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 131, jul/set., 2012, pp. 95-155.
- CORDEIRO, Menezes
- 2005 “Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: a responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuação de inspecção”, in ALBUQUERQUE, Ruy & CORDEIRO, Menezes, (coord.) *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
- CORWIN, Edward
- 1927 “Tenure of Office and the Removal Power under the Constitution”, *Columbia Law Review*, n.º 27, n.º 4, pp. 353-399.
- COSTA, José Faria
- 1992 *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- COTARELO, Ramón
- 2013 *Ciberpolítica- las nuevas formas de acción y comunicación políticas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CRIDDLE, Evan J.
- 2006 “Fiduciary Foundations of Administrative Law”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 117, pp. 118-136, disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1535> (consultado em 24 de junho de 2013).
- CUÉLLAR, Mariano-Florentino,
- 2005 “Rethinking Regulatory Democracy”, *Administrative Law Review*, vol. 57, pp. 414-5.
- DE BRUIN, J.
- 2000 *Prestatiemeting in die publieke sector*, Utrecht : Lemma.
- DELLIS, Georges
- 1997 *Droit Pénal et Droit Administratif – L’Influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, Paris : LGDJ.
- DIJKSTRA, Robert
- 2009 “Liability of financial regulators: Defensive conduct or careful supervision?”, *Journal of Banking Regulation*, Vol. 10, n.º4, pp. 269-84.

DORN, Nicholas

2011 “Policy Stances in Financial Market Regulation: Market Rapture, Club Rules or Democracy?”, in ALEXANDER, Kern & MOLONEY, Niamh (ed.), *Law Reform and Financial Markets* Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Pub., pp. 36-70.

EPSTEIN, David & O’HALLORAN, Sharyn

1994 “Administrative Procedures, Information and Agency Discretion”, in *American Journal of Political Science*, n.º3, pp. 697-772.

FAURE, Michael & Van den BERGH, Roger

1987 “Negligence, Strict Liability and Regulation of Safety under Belgian Law: An Introductory Analysis”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 12, n.º 43, pp. 95-114.

FELLMERTH, Robert

1970 *The Interstate Commerce Omission: The Public Interest and the ICC: The Ralph Nader study group report on the Interstate Commerce Commission and transportation*, new York: Grossman Publishers.

FERRER, Juan

2002 *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Madrid: IEE.

FREEMAN, Jody & VERMEULE, Adrian

2007 *Massachusetts v. EPA: From Politics to Expertise*, Working Paper 23Agoste, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008906 (consultado em 12 .07.2013).

FREEMAN, Jody & ROSSI, Jim

2012 “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”, *Harvard Law Review*, vol. 125, n.º 5, pp. 1134-1209.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1983 *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas.

GARÍN, Beatriz

2004 *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Madrid: Civitas.

GIESEN, Ivo

2006 “Regulating regulators through liability. The case for applying normal tort rules to supervisors”, *Utrecht Law Review*, vol. 2, n.º 1, pp. 8-31.

GONÇALVES, Pedro

2006 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Lisboa: FDUL, pp. 535-73.

2013 *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Almedina.

HELLEINER, Eric & PAGLIARI, Stefano

2011 “The End of an Era in International Financial Regulation? A Post-Crisis Research Agenda”, *International Organization*, 65, pp. 169-200.

HELLEINER, Eric

2009 *Crisis and Response, The Story So Far: Five Regulatory Agendas in Search of an Outcome*, WP, The Centre for International Governance Innovation, disponível in <http://www.cigionline.org/sites/default/files/CIGI-Final-Helleiner.pdf> (consultado em 12.09.2013).

2010 “A Bretton Woods Moment? The 2007-8 Crisis and the Future of Global Finance”, *International Affairs*, Vol. 86, n.º 3, pp. 619-636.

HIRSCHMAN, Linda

1988 “Postmodern Jurisprudence and the Problem of Administrative Discretion”, *NY University Law Review*, n.º 82, pp. 646-656.

HOPT, Klaus

2013 “Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions After the Financial Crisis”, *Journal of Corporate Law Studies*, n.º 13, pp. 219-53.

JIMÉNEZ, Palma Peña (*et al.*)

2012 *Comunicación institucional y política*, Madrid: Fragua Ed.

JOHNSON, Simon

2009 “The Quiet Coup”, in *The Atlantic*, disponível em <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/> (consultado em 02.07.2013).

KATYAL, Neal

2006 “Internal Separation of Powers: Checking Today’s Most Dangerous Branch from Within”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 2314-2349.

KINDLEBERGER, Charles

1978 *Manias, Panics and Crashes*, Nova Iorque: Basic Books.

KIRCHNER, Christian

2006 “The Proper Role of Bureaucracy in a Modern Market Economy”, in HOPT, Klaus, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, Oxford: Oxford University Press, p. 341.

LASTRA, Rosa & SCHAMS

2001 “Public Accountability in the Financial Sector, in FERRAN, Eilis e GOODHART, Charles, (edit.), *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Oxford: Hart Publishing, pp. 165-189.

LINDSETH, Peter

1999 “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community”, *Columbia Law Review* Vol. 99, No. 3 (Abr), pp. 628-738.

LLOVET, García

1993 “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, n.º 131, p. 61-118.

LODGE, Martin

2004 “Accountability and transparency in regulation”, in JORDANA, Jacint & LEVI-FAUR, David (ed.), *The Politics of Regulation*, Edward Elgar Publishing, p. 129.

LOUREIRO, João

2001 “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 797-891.

LOWI, Theodore

2006 *The End of the Republican Era*, New York: University of Oklahoma Press.

LUHMANN, Niklas

1997 *Observaciones de la Modernidad*, Barcelona: Paidós.

MAÇÃS, Maria Fernanda

2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, jul/ago, pp. 21-49.

2011 “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, jul/ago.

MAÇÃS, Maria Fernanda, CATARINO, Luís Guilherme & CARDOSO DA COSTA, Joaquim Pedro

2004 “O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico Financeiro (Projecto de Estudo)”, *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora.

MACEY, Jonathan

1992 “Organizational Design and Political Control of Administrative Agencies”, *Journal of Law, Economics, and Organization* vol. 8, n.º 1, pp. 93-110.

MARCHÁN, Angel

1983 “La administración asediada” *RAP* 100-112, jan/dez, pp. 805-46.

MARKELL, David e MEAZELL, Emily

2013 “Administrative Proxies for Judicial Review: Building Legitimacy form the Inside-Out”, *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 37, e *FSU College*

- of Law, Public Law Research Paper No. 603*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127838 (consultado em 20.05.2013).
- MAS, Joaquín Tornos & GALÁN, Alfredo Galán (coord.)
2000 *Comunicación Pública – La información administrativa al ciudadano*, Madrid: Marcial Pons.
- McCUBBINS, Mathew & SCHWARTZ, Thomas
1984 “Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols *versus* Fire Alarms”, *American Journal of Political Science*, vol. 28, n.º 1, pp. 165-79, disponível em http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/PLSC541_Fall08/mcubbins_schwartz_1984.pdf (consultado em 16.03.2013).
- McCUBBINS, Mathew, NOLL, Roger & WEINGAST, Barry
1987 “Administrative Procedures as Instrument of Political Control”, *Journal of Law, Economics and Organization*, III, 2, pp. 243-77.
- MEAZELL, Emily
2012 “Super Deference, The Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science”, *Michigan Law Review*, vol. 109, n.º 5, pp. 733-784.
- MERLONI, Francesco
1997 “Amministrazione «neutrale» e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra ‘politica e amministrazione’)”, *Diritto pubblico*, 2, pp. 321-367
- MOLINA, Ángel
1995 *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norte America*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Maria Fernanda
2003 “Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei Quadro”, *Direito Público e Regulação*, n.º 4, Coimbra Editora.
- MOREIRA, Vital & MARQUES, Maria Manuel
2008 *A mão visível – Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina.
- NISKANEN, William
1971 (reed. de 2007), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago: A. Atherton.
- NOLL, Roger
2002 *Economic Perspectives on the Politics of Regulation*, in Anthony OGUS, (ed.), *Regulation, Economics, and the law*, Northampton: Elgar Reference Collection.
- NOTES
2011 “Deweyan Democracy and the Administrative State”, *Harvard Law Review* vol. 125, n.º 2, pp. 580-601, também disponível em http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol125_deweyan_democracy.pdf.

OTERO, Paulo

2003 *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina.

PAGE, Alan

2001 “Regulating the Regulator – A Lawyer’s Perspective on Accountability and Control”, in FERRAN, Eilis e GOODHART, Charles (ed.) *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Hart Publishing: Oxford, pp. 127-151.

PAGLIARI, Stefano

2011 *Pushed to the Sidelines? IOSCO and the Changing Role of International Regulatory Institutions after the Crisis*, “Working Paper” de Maio, Temple University, disponível in www.stefanopagliari.net/SP/Publications.html (consultado em 05.04.2013)

PAOLI-GAGIN, Vanina

1998 *Les Commissions des valeurs mobilières aux Etats-Unis et en Europe*, Bruylant: Bruxelas.

PIES, Ingo

1993 *Normative Institutionenökonomik, zur Rationalisierung des politischen Liberalismus*, Tübingen: J.C.B.Mohr.

PORTER, Tony

2005 *Globalization and Finance*, Cambridge: Massachusetts.

PROCTOR, Charles

2004 “The liability of financial regulators for bank failures”, *Amicus Curiae*, n.º 52, mar/abr, pp.23-8

REED, Michael

1993 “Organizations and Modernity: continuity and discontinuity in organization theory”, in HASSARD, John, & PARKER, Martin (ed.), *Postmodernism and Organizations*, Londres: Sage, pp. 163-183.

REIG, Carlos

2013 “La relevância de la culpa in vigilando en la regulación y supervisión financiera y bancaria”, *RDBB*, n.º 128 out/dez, pp. 115-157.

ROSSI, Jimi

2001 “Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: The Public Interest in Rulemaking Settlement”, *Duke Law Journal*, Vol. 51, pp. 1015-1058.

ROUND, Jr Charles & ROUND III, Charles

2012 *Loring and Rounds: A Trustee’s Handbook*, Wolters Kluwer, pp. 1179-1186.

SABORIN, Paul

1988 *Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat*, em COLLIARD & TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris: PUF.

SALOMON, Lester

2000 "The New Governance and the Tools of Public Action; an Introduction", *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 28, n.º 5, pp. 1611-1674.

SAURER, Johannes

2010 "Supranational governance and networked accountability structures: Member State oversight", in ROSE-ACKERMAN, Susan, & LINDSETH, Peter L., (coord.) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Pub., pp. 618-632.

SANDULLI

1996 *Manuale di Diritto amministrativo*, Nápoles: Jovene

SCHOENBROD, David

1993 *Power without responsibility, How Congress Abuses the People through Delegation*, Yale: Yale University Press

SCHWEITZER & KUMPAN

2005 "Changes of Governance in Europe, Japan and the US: Discussion Report", in HOPT, Klaus, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, Oxford: Oxford University Press, pp. 687-729.

SEABROOKE, Leonard & TSINGOU, Eleni

2009 "Revolving doors and linked ecologies in the world economy: policy locations and the practice of international finance reform", *Centre for the Study of Globalization and Regionalisation*, WP 260/09, disponível http://wrap.warwick.ac.uk/1849/1/WRAP_Seabrooke_26009.pdf (consultado em 02.03.2013).

SEIDENFELD, Mark

1992 "A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State", *Harvard Law Review*, n.º 105, pp. 1511-71.

SHAPIRO, Martin

1983 "Administrative Discretion: Next Stage", *Yale Law Journal*, n.º 92, p. 1487.

1986 "APA: Past, Present and Future", *Virginia Law Review*, vol. 72, pp. 447-92, também disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1448>.

SHEPSLE, Kenneth A.

1992 "Bureaucratic Drift, Coalitional Drift, and Time Consistency: A Comment on Macey", *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 8, n. 1, pp. 111-118.

SIMON, Herbert

1994 “Administrative Behavior: How organizations can be understood in terms of decision processes”, disponível em <http://jespersimonsen.dk/Downloads/Simon-introduction.pdf> (consultado em 12.4.2013).

SINGER, David

2007 *Regulating Capital: Setting Standards for the International Financial Systems*, Nova Iorque: Cornell University Press.

STASZEWSKI, Glen

2011 “The Challenges of Fiduciary Administration”, *Texas Law Review*, vol. 88, pp. 156-62.

STEWART, Richard

1975 *The Reformation of American Administrative Law*, Harvard: Harvard L.R. Association.

STEWART, Richard

2003 “Administrative Law in the Twenty-first Century”, *Harvard Law Review*, Vol. 78, n.º 2, pp. 437-60.

SUAY RINCÓN, José

2013 “Cap. XVI. Responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico”, in LÓPEZ, Tomás Q. & MARCOS, Anabélen, *La Reponsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Valência: Tirant lo Blanch.

SUNSTEIN, Cass

2006 “Beyond Marbury: The Executive’s Power To Say What the Law Is”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 2580-2610.

TAVARES DA SILVA, Suzana

2010 *Um Novo Direito Administrativo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

TEUBNER, Gunther

1989 *O direito como sistema autopoietico*, trad. e prefácio de José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

1997 “*Alteras pars audiatur*: Le droit dans la collision des discours”, *Droit et Société*, 35, pp. 99-123.

THIKELL-WHITE, Ben

2009 “Dealing with the banks: populism and the public interest in the regulatory financial crisis”, *International Affairs*, 85, vol.4, p. 690-711, disponível em http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/International%20Affairs/2009/85_4thirkell-white.pdf (consultado em: 21.5.2013).

TISON, Michel

2005 “Do not attack the watchdog! Banking supervisor’s liability after Peter e Paul”, *Common Market Law Review*, vol. 42, n.º 3, p. 639-75, 647.

TSINGOU, Eleni

2008 “Transnational Private Governance and the Basel Process: Banking Regulation and Supervision, Private Interests and Basel II”, in GRAZ, Jean-Christophe & NÖLKE, Andreas (ed.), *Transnational Private Governance and its Limits*, Londres: Routledge.

2012 *Club Model Politics and Global Financial Governance. The Case of the Group of Thirty*, Copenhaga, disponível em <http://dare.uva.nl/document/364210> (consultado em: 22.8.2013).

VERMEULE, Adrian

2007 *Massachusetts v. EPA: From Politics to Expertise*, Working Paper 23 agosto, disponível in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008906 (consultado em: 3.8.2013).

VOIGT, Stefan

2002 *Institutionenökonomik*, Munique: Wilhelm Fink Verlag.

YACKEE, Jason W. & YACKEE, Susan W.

2006 “A Bias Towards Business? Assessing Interest Group Influence on the U.S. Burocracy”, *Journal of Politics*, vol. 68, n. .º 1, pp. 128-139.