

O Novo Regime da Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes?*

Luís Guilherme Catarino
Professor Auxiliar UAL¹

Sumário. *A questão do “controlo dos guardiões” ou do “guarda dos guardas”, tão propalada desde as Sátiras de Juvenal, tem uma actualidade acrescida no crescente “Estado Administrativo”. Como um bom sobretudo, a actual lei-quadro das autoridades independentes esconde mais do que aquilo que deve ser visto. O actual regime jurídico contemplou apenas parcialmente alguns dos problemas para a “ansiedade constitucional” decorrente da sua independência, esquecendo soluções que há muito vêm sendo defendidos para uma eficaz accountability das autoridades. O contributo da omissão regulatória multinível social e económica para a actual crise deveria ter determinado uma especial atenção ao problema da captura, nomeadamente criando normas de competência e de conflito internacional que pusessem cobro à actual (des)ordem normativa e judicial. Também os problemas da captura decorrentes da “ecologia profissional” deveriam ser acautelados desde o momento da criação da nova administração. Aos futuros estatutos legais dos reguladores será porventura cometido colmatar algumas destas lacunas essenciais à legitimação do Estado-Supervisor.*

Introdução. As recentes alterações legislativas decorrentes da entrada em vigor da “Lei-quadro” da Autoridades Administrativas Independentes (AAI) com funções de regulação da actividade 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 Ante-projecto de Lei-Quadro (1999). Na sequência da aprovação na generalidade da Proposta de Lei de Enquadramento dos Institutos Públicos, o Projecto 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 actual Governo retomaria o propósito de regulação destes institutos públicos de regime especial, na sequência do Plano de Ajustamento Económico Financeiro acordado

¹ *Director-Adjunto da CMVM.* O presente texto corresponde a um dos Seminários sobre Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por nós ministrado no Curso de Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa em 2013, com base em informação pública e numa versão do Ante-Projecto de Lei-Quadro das Entidades Reguladoras de 26Out2012. As opiniões expendidas pelo Autor são pessoais e académicas só a ele vinculam.

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, com a colaboração da Juíza-Conselheira Maria Fernanda MACÃS, o Projecto seria publicado em Março de 2003, “Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei Quadro”, *Direito Público e Regulação*, n.º4, Coimbra Editora.

com a União Europeia e o FMI, solicitando a uma empresa especializada um Projecto que cobrisse a realidade nacional. A estrutura e o conteúdo da Lei não correspondem totalmente ao propósito de um bom sobretudo, pois parte do que mostra não é totalmente bom – i.a., a possibilidade de criação de regimes remuneratórios “ad hoc” e não uniformes para os reguladores (arts. 25º e 26º), a maior exigência de independência colocada nos dirigentes médios (cfr. arts. e 32º, nºs 6 a 9) ou a incompreensão dogmática de alguns conceitos e princípios fundamentais, da direcção à tutela, da superintendência à independência, da indisponibilidade das atribuições e das competências legais (i.a. arts. 6º, nº1, 20º, nº5, a), 40º, nº5, 45º). Ficam fora da LQ algumas questões essenciais a um regime jurídico de entidades públicas reguladoras independentes como o tema da *accountability*, tema que a crise mundial iniciada em 2007/8 e exigências internacionais de “boa governança” se encontra na ordem do dia, como os *Core principles of good governance* da União Europeia⁴).

É efectivamente escasso o tratamento normativo da velha questão de saber como “controlar o controlador”, aspecto essencial na conciliação entre o “Estado Administrativo” e a estrutura constitucional que reserva a *policy* aos políticos eleitos. O controlo e responsabilidade são formas de colmatar o “pecado original” que acompanha as autoridades administrativas independentes: 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. O *tsunami* económico que desde a década de oitenta transbordou o Direito e os Estados soberanos criou novos actores públicos informais, numa espécie de Hidra reguladora de plúrimas cabeças, originando sistemas de “governança em rede”, multinível⁶, com instrumentos quase-normativos e atípicos.

Na era da globalização (económica) e de crescente *post*-humanismo (que lida mal com direitos, liberdades e garantias de primeira geração), a Administração reguladora Independente ganhou renovada força no domínio social e económico. A adaptabilidade, informalidade e liberdade da sua actuação na cena interna e internacional casam bem com as teorias que defendem com “naturalidade” o fim do Estado - esquecendo como esta

⁴ Vd o White Paper 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, 25Fev2005, COM(2005)59.

⁵ Vital MOREIRA e Maria Manuel MARQUES, 2008, *A mão visível - Mercado e Regulação*, Almedina Coimbra; Luís Guilherme CATARINO, 2009, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Almedina Coimbra; Pedro GONÇALVES, 2013, *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Almedina Coimbra

⁶ O nosso trabalho de 2010, “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, in AAVV, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, Almedina, Coimbra, 383 ss.

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 Autoridades Independentes 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 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 colectivo difuso a grupos fortes, porque organizados e “sem terra”, como corporações, empresas, mercados, Igrejas, *fora* internacionais).

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

1. Administração Reguladora Independente e Imparcial: o melhor “remédio”.

Quem são estes Actores públicos? Correspondem a um modelo administrativo baseado no “governo pelos peritos” que cresceu em meados dos anos 20 nos EUA, teorizado pelo *Progressive Movement* 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 *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

⁷ Para uma resenha e evolução história no nascimento das autoridades reguladoras independentes nos EUA (e posteriormente na Europa), CATARINO, *supra* n.5, pp. 39 ss e 206 ss e bibliografia aí citada.

solução passaria pelo seu controlo pelo Congresso, desde a constituição, nomeação dos titulares e monitorização da actividade (*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. À desconfiança nas aparelhagens partidárias e nos regulados responderam os paladinos do *New Deal* e o *Progressive Movement* com uma vasta discricionariedade técnica: as *melhores decisões* para os *maiores problemas* sociais e económicos. Neste Movimento os próprios Tribunais, enquanto órgãos não eleitos e carentes de saber científico, tenderam a ser desacreditados para o controlo e sindicância da *policy* desta nova administração⁹. A escassa margem de escrutínio judicial permitido baseava-se igualmente na intencionalidade da delegação legislativa do Congresso (*non delegation doctrine*): as autoridades reguladoras independentes operavam sob o mandato legal do Congresso vertido nos respectivos *statutes*¹⁰.

A sua independência e imparcialidade implicavam, num *grau mais imediato*, que apenas devessem respeito à lei, ao Direito e à sua *expertise* técnica na aplicação normativa a casos concretos, sem submissão a hierarquia ou tutela. Num *sentido médio* ou *subjectivo* têm o poder-dever de não prejudicar ou privilegiar um administrado, actuando através de uma justa, ponderada e proporcionada ponderação dos interesses em presença. Tal implica a independência *objectiva* de actuação, 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 actividades *malicious or capricious*¹¹. Como decorrência

⁸ Este conceito de Administração fiduciária enquanto ligação do Povo, como detentor de uma fracção 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 concepção republicana de democracia (*we, the People...*) e de representatividade (*trusteeship*). Acerca da sua aplicação na relação regulatória, de legitimidade e limites de Evan J. CRIDDLE, 2006, “Fiduciary Foundations of Administrative Law”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 117, pp. 118-136; Glen STASZEWSKI, 2011, “The Challenges of Fiduciary Administration”, *Texas Law Review*, vol. 88, pp. 156-62

⁹ Cfr. Alexandre BICKEL, 1986 (2ª ed.), *The Least Dangerous Branch*, a propósito de uma teoria constitucional baseada na supremacia absoluta da regra da maioria, que, levada às últimas consequências se tornaria totalitária (*majoritarianism*). Também, Linda HIRSCHMAN, 1988, “Postmodern Jurisprudence and the Problem of Administrative Discretion”, *NY University Law Review*, nº 82, pp. 646-656

¹⁰ Mark SEIDENFELD, 1992, “A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State”, *Harvard Law Review*, nº 105, p. 1511-71; Edward CORWIN, 1927, “Tenure of Office and the Removal Power under the Constitution”, *Columbia Law Review*, nº 27, sobre a cassação do poder presidencial de remoção do titular de uma *executive branch agency* (casos *Myers* e *Humphrey’s Executor* – *infra*). Sobre tais decisões judiciais e a diferença entre estas *agencies* e as *independent regulatory agencies*, CATARINO, *supra* n.5, p. 100, 267 ss e 310 ss.

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

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; poderes de polícia (inspecção, investigação e controlo); poderes judiciários (perseguir e acusar); poderes de punição.

A *independência* e *discricionabilidade* 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 adopção de políticas públicas “gerenciais” designadas de *New Institutional Economics* (a *governance* segundo 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 adopção pela Administração de métodos de mercado (preocupação em

(FCC) admoestou respectivamente 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 Richard STEWART, 1975, “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88, nº3, pp. 1669, e também 2003, “Administrative Law in the Twenty-first Century”, *Harvard Law Review*, Vol. 78, nº2, pp. 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 ICC é vista por muitos AA como um meio de protecção da indústria instalada perante novos concorrentes ou a intervenção dos diversos Estados Federados – Robert FELLMERTH, 1970, *The Interstate Commerce Omission: The Public Interest and the ICC: The Ralph Nader study group report on the Interstate Commerce Commission and transportation*, Grossman Publishers, pp. 311-25.

¹⁵ Assim, discutindo a “interferência” de poderes não eleitos como o judicial, perante poderes decorrentes de maiorias, Martin SHAPIRO, 1983, “Administrative Discretion: Next Stage”, *Yale Law Journal*, nº 92, p. 1487; Mark SEIDENFELD, n. 10, p.1511. Também, Recca BROWN, “Accountability, Liberty and the Constitution”, *Columbia Law Review*, vol. 98, nº 3, p. 531--550.

ganhar ou investir o dinheiro público e não meramente em gastá-lo¹⁶) 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*. E também aqui se coloca a necessidade de calibrar a dose de *independência* através de formas *reconhecimento* de legitimidade e de *controlo* político democrático.

2. Administração independente: o controlo da “ansiedade constitucional”.

As singulares características da nova administração dependem da concretização legal da norma constitucional vertida no artigo 267º, nº3 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. 45º LQ), a *inamovibilidade* dos titulares (excepto em casos de falta grave, art. 20º LQ), a *imparcialidade subjectiva* (recrutamento público e transparente, baseado em capacidades técnicas e não políticas, religiosas ou de género, com remunerações acima da média, art. 17º LQ) e *objectiva* - neutralidade decisória (*i.a.*, não participação em matérias de onde resultem conflitos de interesses). A par da autonomia reforçada (administrativa, financeira, de gestão, art. 3º LQ), os estatutos especificam de forma clara e precisa as *atribuições e competências* (arts. 6º e 7º LQ) - o que deu origem à constituição de “redes regulatórias” e *networking regulation* pela seccionação legal da vida pública, social e económica. Atribuem também ampla discricionariedade *de acção e decisão* e vastos poderes funcionais (*i.a.* arts. 3º e 40º-44º LQ)¹⁷.

¹⁶ Esta corrente da *New Institutional Economics*, enquanto aplicação das teorias económicas à ciência social e política administrativa, é coeva do neo-classicismo, 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 Christian KIRCHNER, “The Proper Role of Bureaucracy in a Modern Market Economy”, in Klaus HOPT *et al.*, 2006, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, OUP, Oxford, p. 341, e remissão para I. PIES, 1993, *Normative Institutionenökonomik, zur Rationalisierung des politischen Liberalismus*, Mohr, Tübingen; VOIGT, 2002, *Institutionenökonomik*, Wilhelm Fink Verlag, Munique; Klaus HOPT, 2013, “Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions After the Financial Crisis”, *Journal of Corporate Law Studies*, nº 13, 219-53.

¹⁷ “A generalidade das características usadas para defender estes entes são igualmente os factores que alguns autores defendem para a sua abolição; enquanto Administração deveriam estar subordinados ao Executivo e sua política; a imparcialidade não é uma realidade, atenta a distribuição de 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 e dão-lhes uma visão estreita da realidade (*vision tunnel*); a visão biológica organizativa afirma a sua necessária captura –

Pretendendo-se igualmente a adesão dos reguladores à “sociedade civil” e a sua legitimação pelo *reconhecimento social*, fomentam-se novas formas de regulação *bottom-up* (arts. 4º, nº1, d), 11º, 41º, 47º *LQ*) aceitando-se a substituição de actuação regulatória *hard* pelo *fomento* de condutas (*steering* e *principle based regulation*). Esta nova forma de burocracia (*responsive regulation*) visa igualmente a legitimação através da obtenção de apoio político e jurídico, assumindo-se como uma democratização da regulação sectorial para um *reconhecimento político-democrático* que supra a sua fragilidade constitucional.

Liberta de princípios de *hierarquia* ou *subordinação*, mesmo que *funcional* ou *directiva*, 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 protecção de direitos fundamentais¹⁹. Mas não esconde 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* 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 *self interest* dos actores *em prol do interesse colectivo*.

Ángel MOLINA, 1995, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norte America*, Universidad Carlos III de Madrid, p.187.

¹⁸ Distinguímos usualmente entre as Autoridades Administrativas Independentes “de Garantia” (entes que têm por função a protecção 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 electricidade, 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 - Domenico BORSELINO, 2007, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Cedam, Milão).

¹⁹ Autores como justificam em parte o nascimento destas autoridades também 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* (...). Francesco MERLONI, 1997, “Amministrazione «neutrale» e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra « politica e «amministrazione»)”, *Diritto pubblico*, 2, pp. 321-367; Georges DELLIS, 1997, *Droit Pénal et Droit Administratif - L’Influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, LGDJ, Paris

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 a sua competência da sua competência* – Paul SABORIN, *Les autorités administratives indépendantes dans l’Etat*, em COLLIARD e TIMSIT, 1988, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris p. 97.

²¹ A expressão é de SANDULLI, que demonstra esta passagem de um modelo piramidal de Estado a um Estado policêntrico (1996, *Manuale di Diritto amministrativo*, Jovene, Nápoles, pp. 115 ss.).

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 *policy* nunca está imbuída de *politics*. É certo que a independência e a discricionariedade de acção 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. Como conjugar uma actividade tecnicamente pura com uma Administração necessariamente parcial (por interessada no interesse público), e independente perante os actores 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 dialéctica entre a autoridade e a liberdade origina o actual confronto entre a *independência* e a *responsabilidade*.

2.1. Da dialéctica Autoridade-Liberdade à Independência vs Responsabilidade.

A História mostra-nos como a dialéctica entre a Autoridade perante a crescente Liberdade dos cidadãos acompanhou no séc. XIX o crescimento do “Estado Administrativo”. Na sua génese estava a protecção da liberdade dos cidadãos num Estado em que deixavam de existir relações de Poder com corporações ou associações sob os quais os cidadãos se acolhiam. O fenómeno de representatividade dos cidadãos nas instâncias políticas democráticas e uma forte Administração impôs a definição do fundamento e limites para que o cidadão não fosse um mero objecto do Poder.

A nova Administração representa um regresso a um Mundo de Poder atomizado e de poderes dispersos. O *deficit* de legitimidade que lhe é inerente 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 seu impacto regulatório e da *ratio* custo-benefício; do recurso procedimental de especialistas e peritos do sector a regular; da transparência e escrutínio popular e dos órgãos de soberania; do acesso

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* – Dolors CANALS Y AMETLLER, 1999, “La jurisprudência ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad”, *Revista del Poder Judicial*, nº 56, p. 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 – Cfr. CATARINO, *supra* n.5, pp. 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.

à informação e através da participação (*cf.* arts. 4º, 41º, 47º, nº2, 49º *LQ*). Estes são os princípios procedimentais para-judiciais (*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 administração²⁴.

A arquitectura regulatória independente desenhada até à década de 40, e sucessivamente aperfeiçoada desde a década de 1970²⁵, revelou-se insuficiente (e omissa) perante o fim da fase da primeira industrialização e na entrada na moderna sociedade do risco. Com a globalização, os novos reguladores vêm-se como os líderes e orientadores da sociedade civil que 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 próprios reguladores tenderam a criar interesses próprios, opacos, e a criar ou preservar o prestígio próprio e os interesses e a carreira futura (*vested interests*). A globalização agravou as tradicionais queixas de falta de legitimidade democrática e de *accountability*:

- pelo decréscimo de transparência na tomada de decisões e aprovação de *standards* e *guidelines* por *fora* internacionais informais e aplicáveis *worldwide*;

- pela menor participação de *stakeholders* no procedimento global de decisão (sobretudo do público-beneficiário que os reguladores foram criados para proteger);

- pela captura do processo de *rule-making* por agentes privados internacionais que, pela sua sofisticação e proximidade dos reguladores, aí têm um papel desproporcionado²⁶;

- pelo desuso ou mera formalidade em que se transformou 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 actuais são de tal forma que para alguns AA. a independência simplesmente deixou de existir, pois a *captura* tem origem a nível internacional atenta a composição dos *fora* que actualmente ditam as medidas regulatórias a aoptar (no G7, no G8, no G20, no FMI/WB, nas Conferências de Davos, no Congresso norte-americano, no Parlamento Europeu, nas agências administrativas europeias - *cf.* arts. 2º, nº2 e 11º *LQ*).

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), vd Martin SHAPIRO, 1986, “APA: Past, Present and Future”, *Virginia Law Review*, vol. 72, pp. 447-92, disp. <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1448>. Esta luta entre Poderes levaria à adopção “pactuada” deste APAct enformando-o de uma natureza e procedimento para-judicial, CATARINO, *supra* n.5, p. 94 ss.

²⁵ Também Lisa Schultz BRESSMAN, 2007, “Procedures as Politics in Administrative Law”, *Columbia Law Review*, vol. 107, *Vanderbilt Public Law Research Paper No. 07-12*, disponível <http://ssrn.com/abstract=997045>

²⁶ Mariano-Florentino CUÉLLAR, 2005, “Rethinking Regulatory Democracy”, *Administrative Law Review*, vol. 57, pp. 414-5; Jason W. YACKEE & Susan W. YACKEE, 2006, “A Bias Towards Business? Assessing Interest Group Influence on the U.S. Burocracy”, *Journal of Politics*, vol. 68, pp. 129.

Salientam os AA 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 dos políticos. Relembremos o poder da oligarquia bancária norte-americana no dealbar da crise de 2007, e as vantagens que os políticos retiraram de épocas de *boom económico*. A sua sobreposição aos burocratas verifica-se usualmente nos períodos de recessão ou crise económica: as rédeas das decisões técnicas passam então para os representantes dos Governos e os políticos comandam tais organizações²⁷. Porquê? Por culpa própria, ao ter omitido intervir e regular em momentos de expansão e de euforia; por necessidade, pois lhes cabe suportar prejuízos como os *bailouts* massivos, inerentes a tais crises. Esta interferência regulatória, em qualquer ciclo, tem levado alguns AA a substituir a expressão anglo-saxónica *capture* por “rapture”²⁸.

A denominada *accountability* (*infra* 2.2.) afirma que a “legitimidade técnica” (*ex officium*) não pode mais ser um pretexto para a pulverização dos centros de Poder no Estado²⁹. 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*³⁰). 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 da legitimação. A dialéctica regulatória torna essenciais outros instrumentos procedimentais

²⁷ 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”, David SINGER, 2007, *Regulating Capital: Setting Standards for the International Financial Systems*, NY, Cornell University Press, pp. 34 e 110 e Tony PORTER, 2005, *Globalization and Finance*, Cambridge, Massachusetts. 108.64. Acerca da influência política sobre a IOSCO e repercussões, *i.a.*, na regulamentação da actividade de *rating*, Stefano PAGLIARI, 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

²⁸ Esta curiosa expressão visa retratar um estádio 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* - Nicholas DORN, 2011, “Policy Stances in Financial Market Regulation: Market Rapture, Club Rules or Democracy?”, pp. 36, in Kern ALEXANDER e Niamh MOLONEY (ed.), 2011, *Law Reform and Financial Markets*, Edward Elgar, Reino Unido.

²⁹ Autores mais radicais, como Angel MARCHÁN, figuram estes corpos sociais, económicos e políticos, como “animais de presa”, girando em torno da mais apetecida – o Estado –, vendo na *burocracia una base para el surgimiento de una oligarquía 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 susceptíveis de captura (1983, “La administración asediada” *RAP* 100-112, Jan/Dez, p. 805-46, 820). Fazendo parte da nova sociedade pós-modernista e integrados numa Administração Pública auto-reflexa, num tema de reinterpretação próprio da ciência da Administração, *vd.* REED, “Organizations and Modernity: continuity and discontinuity in organization theory”, in HASSARD e PARKER (edit.), 1993, *Postmodernism and Organizations*, Sage, Londres.

³⁰ Acerca das origens privatísticas da figura da representação (*fideicommissum* romano), ao *trust* anglo-saxónico, *vd.* Avisheh AVINI, 1996, “The Origins of the Modern English Trust Revisited”, *Tul. Law Review*, vol. 70, 1139, e Charles ROUND Jr e Charles ROUND III, 2012, *Loring and Rounds: A Trustee’s Handbook*, Wolters Kluwer, pp. 1179-1186.

hard que não a participação social. A *accountability* é essencial pois permite à Administração auto-legitimar-se num fenómeno de *building the legitimacy inside-out*.

2.2. A legitimação pela accountability. Vimos como as formas de participação popular na actividade dos reguladores visaram permitir um controlo e responsabilidade pública tendente ao seu *reconhecimento*³¹, suprindo o *déficit* da “legitimidade técnica” frente à legitimidade jurídica (*ex lege*) ou política (democrática)³². Seriam secundadas pela “legitimação pelo procedimento”, na sua versão mas estrita de cumprimento das garantias fundamentais inerentes a um processo devido em Direito (*due process of law* particularmente importante na actividade intrusiva sobre direitos fundamentais como as autorizações, inspecções ou punições). A “fundamentalização” das normas procedimentais constituiria uma moeda de troca com os órgãos judiciais que determinou um movimento de *overjudicialization*³³.

O “funcionamento em rede” dos reguladores, i.e. a sua integração em/com outros reguladores nacionais e estrangeiros e *fora* internacionais, permitiu-lhes maior projecção e poder decorrente da participação espaços regionais (como na UE, onde nasce uma tecnocracia administrativa comunitária³⁴) ou globais (IOSCO, Comité de Basileia, IASB, FMI).

No entanto, quer a participação dos reguladores independentes em redes inter e transgovernamentais e sistemas de regulação multinível, quer a forte integração e prestígio internacional daí decorrentes, não lhes permitiu actuar de forma a fomentar consensos e

³¹ Lester SALOMON, 2000, “The New Governance and the Tools of Public Action; an Introduction”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 28, n.º5, pp.1611-1674

³² No sentido da inconstitucionalidade, pela violação dos princípios constitucionais de direcção 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 García LLOVET, 1993 “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, *RAP*, n.º 131, p. 117.

³³ Como refere SCHWARTZ (citado por Juan FERRER, 2002, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, IEE, Madrid, p. 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 reguladoras como reguladora de interesses, resolução de conflitos de interesses e até eventual repercutora regulatória de interesses “fortes”). Também McCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987, “Administrative Procedures as Instrument of Political Control”, *Journal of Law, Economics and Organization*, III, 2, 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>

³⁴ O recente fenómeno de “agencificação” e os problemas da sua legitimidade constitucional e não *accountability*, originaram uma reacção 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 antigo, os EUA, onde tais questões de omissão constitucional levaram à afirmação judicial da *non-delegation doctrine* - CATARINO, *supra* n.5, 101; *idem*, 2012, A “agencificação” administrativa na regulação financeira da UE: Novo meio de regulação?, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º9, Jan/Mar, pp. 147-203.

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 pode ser superada por uma nova actividade *administrativa internacional independente*³⁵. A fraca e difusa *accountability* daí decorrente e a interferência política e profissional nos *fora* internacionais podem reforçar a sua vulnerabilidade, e a crítica social sobre os reguladores *ng* pelas crises financeiras ocorridas no corrente século e quem paga os danos sociais reconduzem-se à velha questão: *quis custodiet ipsos custodes?*

Há que retomar as perguntas: “Quem comanda?”, “Como comanda?”, “Com que finalidade?” “Porquê?”, “A quem responde?”³⁶: 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, 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 avaliação³⁷.

Neste sentido, o sentido de *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*³⁸.

Neste sentido, o controlo e responsabilidade (*accountability*) podem assumir formas políticas, sociais, judiciais, e sobre elas e 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 concepção Republicana de Liberdade – porque esta é também a não dominação de alguns órgãos pelos demais.

³⁵ Uma boa súmula deste processo de *building legitimacy inside-out* é dada no exame de um *case study* – o comportamento da U.S. *Environmental Protection Agency*, actuação *ex ante* e *a posteriori* (perante petições e controlo judicial), por David MARKELL e Emily MEAZELL, 2013, “Administrative Proxies for Judicial Review: Building Legitimacy from the Inside-Out”, in *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 37, *FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 603*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127838

³⁶ Martin LODGE, “Accountability and transparency in regulation”, in JORDANA e LEVI-FAUR (edit.), 2004, *The Politics of Regulation*, CRC Series, Cheltenham, UK, p. 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*).

³⁷ O Autor sintetiza a conceptualização 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” - Mark BOVENS, 2008, “Two Concepts of Accountability”, *Working paper* da Utrecht School of Governance, <http://www2.ku.edu/~kupa/kettering/pdfs/Bovens.pdf>

³⁸ Os sentidos são usualmente mais latos (*liability*, *responsability*, *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 Mark BOVENS, 2006 “Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual framework”, *European Governance Papers* n.º C-06-01, p. 3, www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf

3. Formas de captura e Sistemas de controlo - preventivo (*ex ante*), contínuo (*on going*) e sucessivo (*a posteriori*).

Os novos instrumentos de controlo e supervisão da conduta dos regulados permitem que se defenda modernamente a sua igual aplicação aos reguladores independentes. Há a consciência de que o regulador detém mais informação e *expertise* que o público em geral e os Políticos em particular, podendo facilmente ocultar as suas verdadeiras intenções. Ultrapassar esta assimetria informativa e a falta de transparência (e consequente *adverse selection* e *moral hazard*³⁹), dependem da adopção legislativa de “remédios” que afastem do mercado o mau regulador (“o *watchdog* prova do seu remédio”).

Aceitar a possibilidade real de uma “deriva burocrática”, *i.e.* uma actuação fora dos limites ou *gap* permitidos pela lei e pelos seus Estatutos, acarreta a obrigação de a prever e anular *ab initio*. Ao fazê-lo no momento de criação do regulador, o legislador pode confiadamente conferir-lhe maior discricionariedade de actuação.

Falamos em “deriva burocrática” englobando a que resulta da actuação dos titulares dos órgãos dos reguladores (*bureaucratic drift*) seguindo os seus próprios interesses (*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 de Wall Street e da City. A sua influência junto dos respectivos Governos e dos reguladores propagara-se ao Comité de Basileia (Basileia II) 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/WB que faz avaliações regulares do seu cumprimento (*assessments*). Claro que a desregulação mundial e a permissividade dos reguladores só é possível porque na fase de euforia o público não tem interesse por estas matérias (e os políticos não o permitem)⁴⁰.

A esta influência foi concomitante uma “colonização” dos *fora* regulatórios através do fenómeno da *revolving door* ou transição de pessoas em várias direcções; dos regulados para os reguladores e vice-versa. É famoso o “Wall Street-Washington corridor” (entre a

³⁹ Acerca do Mercado de Informação e da *adverse selection*, CATARINO, 2010, “Informação: Utopia, Realidade e Intervenção Pública”, AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. X, Coimbra Editora, pp. 65-112.

⁴⁰ 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 campanhas – assim, Andrew BAKER, 2010, “Restraining Regulatory Capture? Anglo-America, crisis politics and trajectories of change in global financial governance”, *International Affairs*, 86, vol. 3, p. 648; Ben THIKELL-WHITE, 2009, “Dealing with the banks: populism and the public interest in the regulatory financial crisis”, *International Affairs*, 85, vol.4, p. 690.

oligarquia financeira e a política⁴¹), que tornou transparente o *mix* político e económico. A revogação da diversa regulação financeira contida no *Glass-Steagal Act* por um Democrata, Clinton, é um exemplo frequente de demonstração. A “deriva política” decorre amiúde da aliança entre os titulares do regulador com a(s) força(s) política(s) que os levou à organização. Mas a deriva pode mudar de rumo; estes podem ultrapassar tal “aliança política” se verificarem que outras forças políticas virão a deter o Poder (*coalitional drift*)⁴².

Um novo factor perturbador da independência decorre da “captura intelectual” que se tornou quase inevitável com o fenómeno da globalização: o “neocorporativismo”. É pronunciada a existência de uma “ecologia profissional” ou uma comunhão de interesses profissionais e de culturas entre indivíduos que funcionam dentro do mesmo círculo profissional e sectorial. Estes indivíduos transitam entre o sector privado e o sector público, independentemente da cor política, numa real “captura intelectual”⁴³. As suas ligações pessoais, a informação de que dispõem (e conseqüente influência), a sua socialização, determinam uma formação cultural e profissional homogénea, um clube fechado (*narrow*) cujos membros rodam “naturalmente” entre os diversos sectores e criam a respectiva *policy*.

As vantagens e desvantagens destas *ecologias profissionais* são muito discutidas. A par da possibilidade de inovação é claro o fenómeno da captura quando “rodam” entre cargos decisórios. Este movimento incentiva a criação de “clubes” herméticos e auto-referenciais, e quanto mais perto estão das “redes” internacionais, maior a distância face aos Governos e demais Administração nacional, e maior a opacidade e falta de vigília Política e Judicial⁴⁴. 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

⁴¹ 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 – BAKER, n. 39, 652. Sobre o tema Simon JOHNSON, 2009, “The Quiet Coup”, in *The Atlantic*, Maio <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/> (acedido em)

⁴² Sobre a matéria os clássicos trabalhos do “gupo Mcnollgast”, Mathew McCUBBINS e Roger NOLL, *supra* n. 33; Jonathan MACEY, 1992, “Organizational Design and Political Control of Administrative Agencies”. *Journal of Law, Economics, and Organization* vol. 8, n.1, pp. 93–110; Kenneth A. SHEPSLE, 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

⁴³ Leonard SEABROOKE e Eleni TSINGOU, 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, http://wrap.warwick.ac.uk/1849/1/WRAP_Seabrooke_26009.pdf; Também, Eleni TSINGOU, 2008, “Transnational Private Governance and the Basel Process: Banking Regulation and Supervision, Private Interests and Basel II”, in Jean-Christophe GRAZ e Andreas NÖLKE (ed.), *Transnational Private Governance and its Limits*, Londres, Routledge,

⁴⁴ SEABROOKE e TSINGOU, *supra* n. 43, p. 22. Desenvolvidamente, e como exemplo concreto a influência dos componentes do Grupo privado dos 30 (G30), Eleni TSINGOU, 2012, *Club Model Politics and Global Financial Governance: The Case of the Group of Thirty*, Faculty of Social and Behavioural Sciences, Amesterdão, <http://dare.uva.nl/document/364210>.

controlo que afastem tendências corporativas (*autopilot*) e 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 actos concretos 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).

3.1. **Controlo ex ante: o “desenho legislativo”.** O dever de independência e imparcialidade *subjectiva* (ou de tratamento igualitário *horizontal*) desemboca num dever de *neutralidade* (*duty to act fairly*) e de *terceiridade* (posição *super partes*). Faz apelo às funções exercidas pela Autoridade mas também à pessoa dos seus titulares e sua personalidade, e ao dever de boa Administração⁴⁵. Esta exigência de imparcialidade resolutória (*duty to act judicially*) inerente às modernas teorias da regulação económica resulta de desenvolvimentos da *natural justice* e da adopção do conceito anglo-saxónico de *due process* (num sentido material – *substantive due process* –, e procedimental – *procedural due process*)⁴⁶. Por este motivo os Estatutos de cada regulador devem ser claros quanto aos requisitos objectivos e condições prévias de *nomeação* dos dirigentes, nomeação que assente numa reconhecida formação técnica no sector e numa especial idoneidade, independência política e preferencialmente em procedimentos concursais (mesmo internacionais, como sucedeu no *Bank of England* – art. 17º, nº2 LQ).

Porque a burocracia técnica independente tem revelado poder prosseguir agendas políticas próprias (*autocaptura* expressa na vontade de aumentar os orçamentos, ganhar maior prestígio, mais competências, respeitabilidade, poder e notoriedade⁴⁷), devem-se

⁴⁵ Para além da abundante jurisprudência do TJCE sobre o art. 214º, posteriormente 287º 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 respectivo *website*, salientamos a decisão de 6Jul2000, no caso T-62/98 **Volkswagen AG vs. Comissão CE**, onde o Tribunal fiscalizou a legalidade da actividade 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/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docj o=docjo&numaff=T-62/98 &datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

⁴⁶ A *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, William WADE, 2000, *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford, 435 e 469.

⁴⁷ William NISKANEN, 1971 (reed 2007), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, A. Atherton.

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

O *dever de reserva* implica também uma utilização muito parcimoniosa dos *media* para manifestar opiniões próprias e avantajá-las em casos concretos, evitando-se ser por eles capturado bem como o denominado fenómeno de *decision-making in front of an audience* - mais próprio de políticos que respondem perante uma grande variedade de *stakeholders* e do Parlamento⁴⁸. Por este motivo deve existir 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. 22º *LQ* e 8º do Regime Geral). A Lei não impediu que se expressassem vozes divergentes ou dissonantes perante os regulados, mas tal evitaria pressão sobre alguns dos membros dos seus órgãos, protegendo-os de si próprios.

A defesa da independência e da imparcialidade *objectiva* demanda igualmente pela estatuição de *interdições pontuais* de actuação e de deliberação de titulares de órgãos decisórios ou de execução – o que não foi contemplado na actual Lei. Perante o real ou potencial conflito de interesses na intervenção regulatória (de supervisão ou de 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, directa ou indirecta, o titular do órgão deve abster-se de votar, e, perante outras relações relevantes, de participar na discussão.

A par da independência *subjectiva* e *objectiva*, 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 neutralidade⁴⁹) dependem da consagração da *autonomia*. A autonomia deve ser orgânica ou *organizativa*, reflectida no poder de auto-organização “secundum legem” (arts. 10º, 21º, nº11, b) e 32º *LQ*), e no predomínio do *regime de direito privado* com a natural vinculação aos princípios fundamentais que regem a Administração (*direito privado da administração*).

⁴⁸ 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 actividade, podendo a entidade prosseguir objectivos e uma *agenda política* ou *interesses próprios* diversos (ou mesmo contrários) aos que os nomearam, minar os objectivos 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, *Economic Perspectives on the Politics of Regulation*, in Anthony OGUS, 2002, (ed), *Regulation, Economics, and the law*, ERC, Northampton, p. 59.

⁴⁹ 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.

A violação grave e/ou reiterada destes requisitos pode constituir fundamento de *demissão por falta grave* sob pena de se permitir o *arbítrio* ou a *captura interna* ou *externa*. Por exemplo, a contratação de pessoal ou 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. Este princípio fundamental converteu-se hoje em regra expressa - art. 32º LQ.

A prevenção da captura e dos conflitos de interesses implica a estatuição de proibições que prolonguem no tempo as condições de nomeação, passando-se do controlo *ex ante* à monitorização de comportamentos (arts. 17º e 20º, nºs 3 e 5 LQ). Típicas são as *incompatibilidades* do cargo, como a proibição do exercício concomitante de quaisquer outras funções ou actividades profissionais, públicas ou privadas (art. 19º, nº1, a) LQ); as *incapacidades* ou *inelegibilidades*, salientando-se a proibição de realizar directamente ou por interposta pessoa actividades ou operações no sector regulado (art. 19º, nº1, 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. 19º LQ.

O conhecimento destas limitações obvia a que os titulares dos órgãos e dirigentes assumam como seus interesses alheios (*vested interests*), deixem a Administração para trabalhar para os regulados e vice-versa (*revolving door*) – art. 19º, nº2 LQ. A Lei não completou a proibição de captura decorrente deste fenómeno: estes cargos de decisão e direcção podem ser directamente ocupados por indivíduos vindos dos regulados⁵⁰.

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. 20º, nº1 LQ. É típica a garantia de *inamovibilidade* fora de casos de falta ou culpa grave (p.e. a violação grosseira e/ou reiterada da lei ou a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais), arts. 20º, nº3, e 45º LQ. Mas não foi prevista uma prévia *declaração de interesses*.

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

⁵⁰ 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 (*cf.* Martin LODGE, *supra* n. 36, p. 127, e vasta bibliografia aí citada).

A especial natureza e função destas autoridades obriga a um delicado equilíbrio político com o Poder Legislativo. A intervenção na génese evita a criação 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 *players* de um mercado, para extinguir e afastar a concorrência dos demais; estatuição de formas de actuação muito específicas e fora dos objectivos iniciais, como a audição apenas de empresas ou grupos fortes e estruturados (os regulados) e falta de defesas dos principais prejudicados contra a inacção (os beneficiários); a subsidiação indirecta de alguns *players* através de isenção da prática de actos empresariais obrigatórios mas muito onerosos (ofertas públicas, ou a condenação e/ou do cumprimento de sanções). A consagração destes mecanismos 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”.

O instrumento de *deckstacking* é usualmente citado pelos AA norte-americanos a propósito da independência, *vg* da relação entre o poder político e a permeabilidade da *policymaking* do ente. 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 actuação da *agencie* 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 Autoridades pode ser visto como um *stack the deck* contra alegadas discriminações negativas ou o resultado do equilíbrio de forças aquando da sua criação.

3.2. Sistemas de controlo on going ou contínuo. As exigências de controlo devem permitir a fiscalização da legalidade da actuação das AAI *a todo o tempo*. As técnicas de controlo policial ou *police-patrol oversight* têm a sua origem nos poderes de fiscalização, a todo o tempo, pelo Congresso norte-americano – através de inquéritos, pedidos de informação preparação de estudos científicos, exigência de prévios estudos de análise de impacto regulatório de algumas medidas, justificação técnica da regulamentação (*vg* com base no risco que visam prevenir ou em análise custo-benefício)⁵¹.

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

⁵¹ Acerca das diferentes abordagens de controlo, Mathew McCUBBINS e Thomas SCHWARTZ, 1984, “Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols *versus* Fire Alarms”, *American Journal of Political Science*, vol. 28, n.º 1, pp. 165-79 http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/PLSC541_Fall08/mcubbins_schwartz_1984.pdf. Também Lisa BRESSMAN, 2007, “Procedures as Politics in Administrative Law”, *supra* n. 25.

1 - evita a tentação de o Executivo transformar mecanismos de coordenação em formas de controlo⁵². Sucedeu nos EUA desde Nixon (pela estatuição de submissão prévia de decisões, regulamentos ou despesas, ao *Office of Management and Budget* - OMB⁵³) até Obama⁵⁴. Este último tanto democratizou as *agencies* exigindo a obtenção de *feedback*, no procedimento regulatório, *também* do público beneficiário (revendo toda a regulação passada que se demonstrasse ultrapassada ou ineficiente - *Executive Order* 13,563, *Improving Regulation and Regulatory Review*⁵⁵), como nomeou paulatinamente pessoas da sua confiança⁵⁶;

2 - o regime dos reguladores deve basear-se num prévio acordo político que estatua os *checks and balances* inerentes à especificidade destas entidades, fixando claramente as suas *atribuições e competências*. Os Estatutos de cada regulador devem também afirmar claramente qual o público-alvo da sua protecção para evitar *stacking the deck* (*supra*).

Os mecanismos de vigilância *on going* baseiam-se em técnicas menos activas e concentradas de controlo. Uma das formas descentralizadas de controlo e correcção da actividade administrativa é designada por *fire alarms*. Os *fire alarms* são *alertas* que, embora não dirigidos, permitem detectar a todo o tempo comportamentos dos reguladores não consentâneos com os seus fins ou deveres, ou em desobediência aos princípios que os regem. Os seus *detectores* (*detectors*) são tradicionalmente o público ou os agentes que actuam no meio profissional ou social regulado. Os beneficiários e os agentes descontentes actuam

⁵² 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, *supra* n.5, pp 194 e 298 ss.

⁵³ 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>

⁵⁴ Discurso de 2011, *State of the Union Address*, in <http://www.gpo.gov/pdfs/news-media/press/11news05.pdf>.

⁵⁵ Disponível em <http://exchange.regulations.gov/topic/eo-13563>

⁵⁶ 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 direcção 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 agency head”, numa nomeação política, quando o deveria ser previamente pelo OMB – CATARINO, *supra* n. 5, 104 ss, e Evan CRIDDLE, *supra* n. 8, disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1535>, e *Notes*, 2011, “Deweyan Democracy and the Administrative State”, *Harvard Law Review* vol. 125, n.º2, pp. 580.601, http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol125_deweyan_democracy.pdf. Acerca da criação e desenvolvimentos da OMB pela *Executive Order* 11,541 de 1970, e sucessivas alterações após 1994, Lisa Schultz BRESSMAN, *supra* n. 25.

como *matchdogs* dos reguladores perante a sua actuação - os últimos particularmente sobre a sua *expertise* (ou falta dela).

Estas formas de controlo são tanto mais importantes quanto permitam suprir a *toothless regulation* pelos Tribunais. A par da tendencial deferência do Poder Judicial às AAI dada a falta de *expertise*, assiste-se hodiernamente a uma “captura” dos órgãos de controlo judicial pelo *Science Policy Paradigm*. Referimo-nos a captura no sentido de “super-deferência” Judicial⁵⁷ face à tecnicidade dos reguladores que pode servir a Política e o Executivo. Contra esta politização da Ciência os Tribunais deveriam exigir a dem onstração 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); a *agency* recusara regular as emissões de gases com efeito de estufa produzidos por automóveis (§202(a)(1) do *Clean Air Act*) por alegada falta de evidência científica de causa-efeito – argumento então adoptado pela Administração Bush⁵⁸.

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 detecção, que têm aliás a vantagem de colocar sobre terceiros o custo da detecção e obtenção de elementos. Salientamos, entre outros: - a possibilidade de cidadãos interessados ou grupos de interessados intervirem 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 (incluindo o acesso à informação procedimental e ao arquivo administrativo); - a possibilidade de controlo por autoridades constitucionais como o Provedor de Justiça (*cf.* arts. 4º, nº1, d), 41º, 47º-9º LQ).

Um meio de supervisão em voga na regulação norte-americana repousa na existência e avantajamento dos *whistleblowers*, colaboradores dos regulados que denunciam

⁵⁷ 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, Emily MEAZELL, 2012, “Super Deference, The Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science”, *Michigan Law Review*, vol. 109, nº. 5, pp. 733-784

⁵⁸ Após diversas decisões judiciais o Supremo tribunal Federal indeferiria, por 5 votos contra 4, a acção que fora movida contra a EPA por falta de fundamentação na recusa da petição de regulamentação 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 adopção 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, pugnando pelo *expertise-forcing*, em Jody FREEMAN e Adrian VERMEULE, 2007, *Massachusetts v. EPA: From Politics to Expertise*, WP 23Ago, SSRN, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008906

irregularidades, fraudes e comportamentos antiéticos⁵⁹. Este mecanismo deve igualmente ser aplicado ao controlo interno dos reguladores a par da aceitação e fomento (regulado) do dissenso interno. Este mecanismo funciona como escape e permite 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 auto-segurança 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*⁶⁰.

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 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)⁶¹.

3.2.1. O controlo pela coordenação de espaços regulatórios partilhados. A captura multinível. O controlo pode efectivamente decorrer da *coordenação em espaços regulatórios partilhados* (referimos em anteriores escritos que no âmbito comunitário têm dado origem a sistemas multinível de decisão, a processo comitológicos ou 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 entejuda ou de cooperação (p.e. de troca de informação ou de entejuda na supervisão). Os arts. 2º, nº2 e 11º da *LQ* ultrapassam as primitivas formas de interregulação nacional e internacional, aceitando a concertação administração pela *contratualização* e pela *primazia* da administração comunitária.

⁵⁹ Como veremos adiante a propósito do caso Paul Moore, (*infra*, nota 102), este sistema nem sempre tem resultado em favor do público em geral – cfr. notícia do *Financial Times* de 5Jun2013, “Whistleblowing almost killed me”, <http://www.ft.com/cms/s/0/2dd0f0de-ab70-11e2-8c63-00144feabdc0.html#axzz2oHoOe700>

⁶⁰ Como informa Neal KATYAL, 2006, “Internal Separation of Powers: Checking Today’s Most Dangerous Branch from Within”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 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 activos e com maior mérito (*ibidem*, p. 2328).

⁶¹ Através do OMB os planos anuais de actividades 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 acção e consistência das propostas de regulação <http://www.whitehouse.gov/omb>.

Esta coordenação entre diferentes reguladores deve ter lugar a nível nacional mas também a nível internacional implicando um difícil balanço na relação entre os reguladores: autonomia *vs* hierarquia; independência administrativa *vs* interferência governativa; defesa da soberania *vs* intercooperação internacional⁶². Este não é um aspecto sobre o qual a moderna *governance* se debruce, tanto mais que implica outras consequências que não serão aqui abordadas como a fusão de reguladores, racionalização de sectores ou redacção de normas de conflitos de competências públicas⁶³.

Seguindo a classificação proposta por FREEMAN e ROSSI⁶⁴, a necessidade de interacção entre os reguladores para um controlo mútuo pode decorrer:

1. de *atribuições sobrepostas*. Em sectores regulados por vários reguladores podem verificar-se actividades de supervisão e sanção que incidem materialmente sobre as mesmas actividades e factos (no limite, também acompanhados pela actividade de investigação e de sancionamento por autoridades judiciárias e criminais⁶⁵);

2. de *atribuições diferentes mas relacionadas*. Dado o *tunnel vision* tendencialmente criado por cada regulador e a falta de visão do todo, o regime de cooperação é necessário. O mais recente exemplo decorre na 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*)⁶⁶;

⁶² 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 inter-administrativos de cooperação (CATARINO, *supra* n.5, pp. 157 ss e 257). São agravados pelas funções executivas da UE com vastos poderes de interferência na actividade dos reguladores nacionais - desde a regulamentação à comunicação de entendimentos vinculativos e sanção pelo seu incumprimento, possibilidade de inspecção aos próprios reguladores (*idem*, 2012,). Acerca das diferentes técnicas e desenvolvimentos para melhorar o controlo da «exclusividade jurisdicional» ou monopólio dos reguladores e crescente independência, PAGE, “Regulating the Regulator – A Lawyer’s Perspective on Accountability and Control”, e LASTRA e SCHAMS, “Public Accountability in the Financial Sector, ambos *in* E. FERRAN e Charles GOODHART (edit.), 2001, *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Hart Publishing, Oxford, respectivamente pp. 127 e 165.

⁶³ Acerca das vantagens e desvantagens da concentração são vários e bons os argumentos a favor e contra a pulverização e a consolidação – Theodore LOWI, 2009, *Arenas of Power*, ed. Norman Nicholson.

⁶⁴ Os AA. desenvolvem esta nova perspectiva, não só em termos de classificação, mas dos inúmeros desafios que tal hipótese coloca, apresentando instrumentos de coordenação (Jody FREEMAN e Jim ROSSI, 2012, “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”, *Harvard Law Review*, vol. 125, nº 5, pp. 1134-1209).

⁶⁵ *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>

⁶⁶ 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 presidente 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, *vd* Rachel

3. de *atribuições diferentes mas paralelas*. Existem actividades bancárias com forte impacto na carteira das instituições de crédito (impacto prudencial), mas que pugnam na sua comercialização pela protecção do investidor (impacto comportamental), controlo prudencial e comportamental actualmente atribuídos a diferentes reguladores. Nestes casos, como sucedeu com a SEC e a CFTC após o *Dodd-Frank Act*, os reguladores terão de se coordenar dado o risco de inacção, ineficiência ou mau emprego de recursos públicos⁶⁷;

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 actividades* no sector financeiro (p.e. Banco de Portugal e CMVM)⁶⁸; na aprovação de actos 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)⁶⁹.

A *coordenação* pode rapidamente desenvolver-se no sentido da *hierarquia* de um ente sobre os demais ou da *captura*. Um caso de sobreposição de atribuições verifica-se actualmente 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 Estados⁷⁰. Paradoxalmente, as Autoridades nacionais que participam

BARKOW, 2010, “Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design”, *Texas Law Review*, Vol. 15, n.º 89, Research Paper, pp. 1792, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1717037.

⁶⁷ O Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 03 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 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 respectivos 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>

⁶⁸ Acerca da tipologia e intensidade das intervenções regulatórias, como as autorizações e aprovações, CATARINO, *supra* nota 6, 470-80.

⁶⁹ 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 actividade 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-II(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>

⁷⁰ Salientando o crescimento sem controlo desta Administração comunitária e pugnando por um maior controlo judicial, Peter LINDSETH, 1999, “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community”, *Columbia Law Review* Vol. 99, No. 3 (Abr, 1999), pp. 628-738.

numa rede transnacional ganham dimensão europeia e conseqüentemente mais poder internamente, mas tal não evita a criação de uma *Administração comunitária indirecta*.⁷¹

A necessidade de cooperação regulatória internacional, vg na União Europeia, para evitar lacunas de supervisão foi 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. A par do controlo pela Comissão, pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu, o TJUE desenvolveu meios de controlo judicial dos actos normativos e quase-normativos, a par de mecanismos extrajudiciais fixados por legislação 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*⁷².

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 (e a subsidiar os seus campeões nacionais quando insolventes). É aceitável o controlo daquela administração pelos Estados-membros num ambiente regional que não é de federação de Estados mas de Executivos.

3.3. Sistemas de controlo a posteriori. A responsabilidade social, política e judicial.

Os *fora* perante quem respondem as autoridades são diversos, e a sua actuação 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 *gatekeepers* privados (conselhos consultivos ou conselhos representativos dos pares profissionais, de

⁷¹ Acerca dos problemas da sua legitimidade e do Acórdão Meroni, da compatibilidade com o princípio da subsidiariedade, da proporcionalidade, da desburocratização, CATARINO, 2012, “O Direito Administrativo Global na Regulação Financeira Europeia: Alguns Problemas”, in *Revista do Ministério Público*, nº 131, Jul/Set., 2012, pp. 95-155. Vd também a abordagem do parlamento federal alemão http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html. 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, mas as preocupações vêm também do Parlamento britânico e francês - Johanes SAURER, 2010, “Supranational governance and networked accountability structures: Member State oversight”, in Susan ROSE-ACKERMAN e Peter L, LINDSETH, (coord.) *Comparative Administrative Law*, EElgar, p. 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>.

⁷² Para uma distinção entre *independent* e *executive agencies*, e diferentes acepções de regulação, CATARINO, n.5, respectivamente pp. e pp.

auditores e outras formas externas e privadas de controlo social que cresceram no New Public Management naquilo que se designa por *audit explosion*⁷³); (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”).

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 actuação dolosamente violadora de direitos, liberdades e garantias de administrados pode determinar falta grave, levar à impugnação de actos 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 auto-excludentes.

3.3.1. 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 em todas autoridades independentes. O paradigma centrou-se na década de oitenta numa “regulação social” baseada no auto-controlo do regulado:

- na criação de mecanismos internos e piramidais de controlo (*vg* pela sociedade, pelos accionistas e *stakeholders* nas novas formas de *governance*) e de posterior responsabilização (interna e externa);

- em posteriores “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 acção pelos Governos e pelos reguladores de que resultaram prejuízos em cadeia para os consumidores⁷⁴. Temos o exemplo da emissão e venda ao retalho de inovadores e desregulados produtos financeiros complexos que disseminou pelo público o excessivo risco assumido por algumas instituições. A violação de um princípio de precaução e a

⁷³ 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 – Joaquín Tornos MAS e Alfredo Galán GALÁN (coord.), 2000, *Comunicación Pública – La información administrativa al ciudadano*, Madrid, Marcial Pons; Ramón COTARELO 2013, (ed.), *Ciberpolítica- las nuevas formas de acción y comunicación políticas*, Tirant lo Blanch, Valencia; Palma Peña JIMÉNEZ (*et al.*) 2012, *Comunicación institucional y política*, Fragua Ed., Madrid.

⁷⁴ Eric HELLEINER e Stefano PAGLIARI, 2011, “The End of an Era in International Financial Regulation? A Post-Crisis Research Agenda”, *International Organization* 65(2011): 169-200.

assunção de que a socialização do risco (a dispersão por inúmeros investidores e mercados) o diluiria, revelou-se enganadora, contagiando os próprios Estados soberanos⁷⁵. 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”. Na fase de exuberância económica aceitou-se que fossem os regulados a regular internamente o seu risco (Basel 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 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. As crises sucessivas iniciadas no séc. XXI e o efeito sistémico da convergência regulatória na globalização não lhes deram mais crédito⁷⁶. O descrédito está a alterar o “trade off” entre controlo democrático e sigilo de negócios que gerou a excepionalidade da administração independente. O paradigma norte-americano de que a regulação independente deve estar fechada à política tende a ceder perante a pressão social. Muitos defendem menor liberdade de circulação de capitais, um *uneven playing field*, a concorrência entre espaços, inovação e adequação às realidades e empresas locais. A Democracia parece não casar com a Globalização; a convergência dos mercados livres e a “tomada” de organizações ou *fora* nacionais e internacionais poderá levar a prazo a um divórcio com o Estado⁷⁷.

⁷⁵ NORD, 2011, 44.

⁷⁶ 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 transaccionados em 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, supra n. 28, p. 59; K. ALEXANDER, E. FERRAN, H. JACKSON e N. MOLONEY, 2007, “a Report on the Transatlantic Financial Services Regulatory Dialogue, in *European Business Organization Law Review*, 7, pp. 647 – [Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 576](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=961269&download=yes) disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=961269&download=yes. Eric HELLEINER, 2009, *Crisis and Response, The Story So Far: Five Regulatory Agendas in Search of an Outcome*, WP do The Centre for International Governance Innovation, in <http://www.cigionline.org/sites/default/files/CIGI-Final-Helleiner.pdf>

⁷⁷ 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 consequentemente 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)

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 adopção 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 actuação (*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 *stakeholder society*.

Os reguladores devem aproximar-se mais 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*⁷⁸).

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.*, n. 76, p. 667; CATARINO, 2011, “A Regulação Financeira da UE: refracção da disputa entre o Estado de Direito e o Direito Administrativo Global?”, AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. XII, http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1360862121a_reforma_da_regulacao_financeira_lc_formatado.pdf;

⁷⁸ Assim, SCHWEITZER e KUMPAN, “Changes of Governance in Europe, Japan and the US: Discussion Report”, in HOPT *et al.*, 2005, pp. 687-729.

Um *controle social legitimante* acarreta fortes deveres⁷⁹: - na sua relação com o público/cliente a Administração reguladora deve cumprir elevados padrões (*benchmarks*) de actividade e eficiência; - a sua actividade 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 actividades investigatórias; - não pode regular *por causa* ou *para* o público ou os *media*; - deve adoptar e publicitar a sua *policy* ou utilizar a *politics*.

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 um *accountability dilemma*: os mecanismos de controlo fortes não torpedeiam a normal actividade de um regulador. A necessidade de equilíbrio nos mecanismos de *checks and balances* não pode ser ultrapassado por poderes fortes, p.e. os *media* (os próprios reguladores são demasiadas vezes apresados por estes no recurso à barganha da informação). Um regulador fraco ou que tenha objectivos políticos e pessoais (*patrimonialização* dos cargos) pode acabar limitando-se ao estrito cumprimento de formas e objectivos facilmente justificáveis nos *fora* de controlo social, evitando inovar ou prosseguir a sua função de forma assertiva. Os reguladores vítimas da *accountability trap* podem igualmente adoptar um comportamento defensivo, por vezes hostil ao exterior, ritualizado e rotineiro⁸⁰. 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 Judicial⁸¹.

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*⁸². Uma forma de mitigar o anquilosamento interno pode

⁷⁹ 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

⁸⁰ S. van THIEL e F. LEEUW, 2003, “The Performance Paradox in the Public Sector”, in *Public Performance and Management Review*, nº 25, 3, pp. 267-281, e J. De BRUIN, 2000, *Prestatiemeting in de publieke sector*, Utrecht, Lemma.w

⁸¹ Paulo OTERO, 2003, *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra. Cass SUNSTEIN, 2006, “Beyond Marbury: The Executive’s Power To Say What the Law Is”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 2580-2610;

⁸² Neal KATYAL, 2006, “Internal Separation of Powers: Checking Today’s Most Dangerous Branch from Within”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 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” - Herbert SIMON, “Administrative Behavior: How organizations can be understood in terms of decision processes”, disponível em <http://jespersimonsen.dk/Downloads/Simon-introduction.pdf>

decorrer do auto-controlo, da mobilidade e incentivo interno ao estudo e inovação pelos colaboradores dos reguladores, que devem ouvir e cultivar o “eco interno” de perspectivas diversas e alternativa. Por exemplo através de *internal checks, de whistleblowers*⁸³, mitigando o efeito *tunnel vision* da realidade.

3.3.2. O Controlo político. O *controlo político* das AAI não decorre dos mecanismos naturais inerentes à democracia representativa ou à lógica das maiorias. Estamos perante entidades que escapam também 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. Também o princípio da legalidade que as norteia e constitui garantia dos administrados se encontra difuso com o predomínio das fontes quase-normativas, da informalidade, da desprocedimentalização e da delegação normativa e deslegalização, num “diálogo regulatório” atípico (*fuzzy legality*)⁸⁴.

Um vasto espaço legal de actuação conjugado com uma legalidade cada vez mais difusa (vg nas fontes de Direito) pode ser utilizado, e deliberadamente criado, para os políticos actuarem sem controlo democrático, *vg* criando ou pressionando os reguladores num sentido que favoreça interesses privados, políticos ou económicos (*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 actuação contra cartéis), ou por medidas impopulares (*p.e.* subida de preços ou tarifas). Na realidade, tais actos e omissões são praticados por autoridades sobre as quais não detêm (teoricamente) domínio e que podem culpar perante os eleitores⁸⁵.

Como compaginar a independência com o controlo político? Este decorre *prima facie* da *transparência* da sua actuação e da *visibilidade* e *credibilidade* dos seus agentes (uma Autoridade

⁸³ 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 protecção 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 levava à criação das autoridades independentes, seria prosseguida neste domínio de protecção 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>

⁸⁴ O problema das desordem normativa, da informalidade e deslegalização no diálogo regulatório criado por instruções, advertências, orientações, pareceres, tinham sido aspectos apontados no que denominámos pelo império do direito “informador” e “conformador” (CATARINO, n.5, pp. 420 ss). A criação de autoridades atípicas no direito da União Europeia viria a criar uma maior desordem normativa que a “cidade dos juizes” será chamada em breve a decidir (*Idem*, “O Direito Administrativo Global na Regulação Financeira Europeia: Alguns Problemas”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 131, Jul/Set., 2012, pp. 95-155).

⁸⁵ Estas críticas são muito dirigidas ao poder legislativo pelos teóricos da *Public Choice* - cfr. David SCHOENBROD, 1993, *Power without responsibility, How Congress Abuses the People through Delegation*, Yale University Press; Peter ARANSON, Ernest GELLHORN e Glen ROBINSON, 1982, “A Theory of Legislative Delegation”, in *Cornell Law Review*, 68, v. 1, p. 57.

com “auctoritas” não tem a tentação de esconder a sua actividade)⁸⁶. 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 irresponsáveis⁸⁷.

Existem assim dois momentos óptimos 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), relato obrigatório de actividades (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 (*ongoing 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* accionados pelo público/beneficiário descontente), pelo Executivo (através da superintendência pelo Governo, da tutela ministerial, *vg* orçamental), e Judicial (através do controlo da legalidade e da discricionariedade de actos e omissões)⁸⁸.

Ao atribuir a um ente a microgestão de uma área (porque o Legislativo e o Governo não o sabem ou não querem fazer) tais formas devem ser acauteladas e fundamentadas numa relação de custo (*trade-off*) entre a estatuição de controlos *ex ante* e *ongoing*. Conferir uma

⁸⁶ 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 contra-informação que daí resulta (in KREHER, 1996; 101).

⁸⁷ Gunther TEUBNER, 1989, *O direito como sistema autopoietico*, trad. e pref. José Engrácia Antunes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa; *idem*, 1997, “*Alteras pars audiatur*: Le droit dans la collision des discours”, *Droit et Société*, 35, pp. 99-123 Para uma visão do problema da independência objectiva e subjectiva e da imparcialidade e neutralidade decisória (*split function*), e a epistemologia de comunidades autopoieticas baseadas em sistemas auto-referencias 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

⁸⁸ 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), Mathew McCUBBINS e Thomas SCHWARTZ, *supra* n. 51; David EPSTEIN e Sharyn O’HALLORAN, 1994, “Administrative Procedures, Information and Agency Discretion”, in *American Journal of Political Science*, n.º3, pp. 697-772.

maior latitude e discricionariedade de actuação (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 controlo⁸⁹.

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 que representatividade “difusa”, de tal forma que os titulares dos órgãos reguladores apenas se deveriam manter em funções enquanto conseguissem ter sobre os sectores regulados a *autorictas* e a *dignitas* inerente aos seus fortes poderes independentes⁹⁰.

Para além da fase de controlo político inerente à constituição do regime jurídico dos reguladores (*statutory policy-making*), que deveria ter o consenso político 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 auto-limitaria o seu exercício e poder de sindicância⁹¹. Mas é essencial que pelas suas características de autoridade administrativa independente, 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”. Devem ser politicamente descomprometidos e competentes (não se espera

⁸⁹ 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*. 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 activamente 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, *supra* n. 5, pp.338.

⁹⁰ Para uma síntese das difíceis questões que se colocam a nível da legitimação, Vital MOREIRA e Fernanda MAÇÃS, *supra* n. 3; 250.

⁹¹ Neste sentido, Pedro GONÇALVES ao criticar a excessiva dependência da Entidade Reguladora da Comunicação perante a AR - 2006, “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, FDULisboa, pp. 535-73, 550.

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 actividade por forma a prosseguir a *better regulation* evitando conflitos de interesses ou a prossecução de *vested interests*. Por exemplo, quando propõem a adopção de legislação, para além das análises de impacto e de custo-benefício, não podem prosseguir um objectivo político próprio ou a resolução de um caso concreto e devem assumir a necessidade de coordenação administrativa⁹²;

- investigando factos que possam consubstanciar uma falta grave que leve à não nomeação (relativas à idoneidade *pessoal*, vg condenações judiciais em crimes patrimoniais, ou *profissional*, vg falta de habilitações ou insolvência de empresas geridas), ou, num momento posterior, à exoneração (iniciativa a ser colocada para decisão governamental mas preferencialmente judicial).

Há muito que defendemos a existência destes controlos-autorização, similares ao efectuado por comités do Senado norte-americano⁹³. Tipicamente, deve haver também uma apresentação anual de actividades à Assembleia da República, a par da audição frequente nas comissões especializadas (ou comissões de inquérito) – arts. 17º, 21º, nº1 c), l), 49º LQ).

Infelizmente tal apenas foi parcialmente conseguido – p.e. não existe poder de veto ou iniciativa para destituição, arts. 17º, nºs 3 e 4, 20º, nºs 4 e 5 LQ. O Poder Legislativo esqueceu que o custo da monitorização da actividade dos reguladores é tanto maior quanto menor tiver sido o grau de compromisso e as cedências políticas que presidem à sua criação 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.

3.3.3. O Controlo Judicial. A Lei-Quadro não inova em matéria de competência ou processo jurisdicional para apreciação e controlo dos actos da administração independente, enunciando a possibilidade de alguns Estatutos virem a adoptar meios de heterotutela administrativa e de transacção designados de *reg neg* (*negotiated regulation*, arts. 40º, nº2, a), 47º LQ)⁹⁴. Aparte uma referência também vaga e indeterminada a poderes sancionatórios (art. 43º LQ), enuncia de forma confusa meios jurisdicionais (arbitragem) e meios de

⁹² Acerca das dificuldades inerentes a este poder de “comunhão” com um poder Executivo e Legislativo inerente aos Estados modernos Luciano Barra CARACCILOLO, 1997, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*, Giapicheli Ed., Torino, p. 189.

⁹³ Quanto aos defensores desta supervisão (*congressional oversight*) e de que tais entes são sobretudo um braço do Parlamento (*arm of Congress theory*), Ángel MOLINA, 1995, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norte America*, Universidad Carlos III de Madrid, p. 190 ss.

⁹⁴ Jimi ROSSI, 2001, “Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: The Public Interest in Rulemaking Settlement”, *Duke Law Journal*, Vol. 51, 1015-1058.

heterotutela administrativa como os meios extrajudiciais de resolução de conflitos entre particulares (*alterantive means of dispute resolution* - ADR's - onde se incluem a negociação, a mediação, a conciliação).

A possibilidade de prática de actos administrativos decidindo conflitos entre cidadãos e regulados, ou entre regulados, 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 (arts. 40º, nº4 e 47º, nº3, als. d) e e) LQ) - uma novidade que apenas tinha paralelo no anterior Estatuto da ERSE. Ainda aqui estaremos perante a prática de actos administrativos cuja apreciação judicial se encontra cometida aos Tribunais do Contencioso Administrativo (art. 50º CPTA).

A Lei também nada acrescenta relativamente à actual (des)ordem normativa, criando uma norma de recepção material de actos normativos e quase-normativos internacionais que se sobreporão à ordem jurídica interna (art. 2º e 40º, nº1, a) LQ). Do mesmo modo a (des)ordem Judiciária actual também não é aclarada, causando grave apreensão a inexistência de uma norma de conflitos, iniciativa premente perante a “abordagem” material da Administração nacional por actos e instrumentos normativos transnacionais⁹⁵. Face à existência de competências administrativas sobrepostas entre autoridades nacionais-autoridades europeias, e entre aquelas e as congéneres de outros Estados-membros (no domínio financeiro a legislação comunitária de segundo grau permite mesmo uma “delegação de competências” entre administrações dentro da União, e destas com a própria União (CATARINO, 2012, *nota* 71), é grave a actual falta de protecção do cidadão e de controlo do regulador. A jurisdição competente para um cidadão nacional demandar um regulador inglês ou irlandês por omissão de vigilância de uma empresa do Reino Unido com efeitos danosos em Portugal, 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 sofrem com as dificuldades inerentes a entidades dotadas de saber técnico e científico especializado, com meios e formas de actuação administrativa atípicas, operando de forma informal e desprocedimentalizada no

⁹⁵ Tivemos ocasião de criticar a desordem judiciária em que tais autoridades se movem, e distinguindo entre os diversos meios alternativos ou extrajudiciais, salientámos as difíceis questões que convoca (CATARINO, n.5, respectivamente pp. 818 ss e 772 ss). A nível nacional, a (des)ordem foi agravada pela criação de tribunais “ad-hoc” (para alguns reguladores e para parte da sua actividade), como o tribunal da Concorrência e da Regulação em Santarém (Lei nº 46/2011, de 24 de Junho). Existe um projecto de nova alteração “ad-hoc”: a instância de recurso irá ser alterada da Relação de Évora para a Relação de Lisboa).

limite da legalidade⁹⁶. Salientámos já o problema da *deferência* e da “super-deferência” típicas da actuação judicial perante o paradigma da cientificidade, sendo certo que uma interpretação desta administração que seja sedimentada pelo tempo e pela prática torna maior a deferência pelos Tribunais, que não querem correr o risco de proferir decisões inconsistentes, inaplicáveis ou com elevado custo⁹⁷.

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

3.3.4. O Controlo pela responsabilidade civil e 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 internacional relativa a um regulador financeiro⁹⁸. 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) aplica-se à administração independente (arts. 5º, nº3, alínea b), 24º). 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 sectores.

⁹⁶ Maria Fernanda MAÇÃS, 2006, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 58, Jul/Ago, pp. 21-49; Maria Fernanda MAÇÃS, Luís Guilherme CATARINO, Joaquim Pedro CARDOSO da COSTA, 2004, “O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico Financeiro (Projecto de Estudo)” *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra Ed., pp. 420 ss. Acerca da problemática da sindicância da actividade administrativa sancionatória, e da aplicação dos princípios fundamentais de um *substantive due process of law* o nosso trabalho supra, n. 5, p. 557 ss.

⁹⁷ Um problema concreto foi por nós levantado em anotação a um Acórdão do STJ no proc. 3422/01, a propósito de uma acção de responsabilidade civil extracontratual contra os titulares do Conselho Directivo da CMVM, com pedido de anulação de uma operação sobre valores mobiliários e reversão física e financeira determinada pelo Tribunal (CATARINO, 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*, nº 41, pp. 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 acto administrativo autorizativo e substituição de tal acto sobre uma OPA registada e plenamente realizada alguns anos antes, perante valores (e empresas) que podem já não existir...

⁹⁸ 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 co-responsabilidade dos particulares em actividades negociais que demandam um elevado padrão de diligência e de auto-informação (*myth of the informed laymen*); a responsabilidade por culpa *in elegendo* ou *in vigilando* - CATARINO, supra n.5, pp. 283-6 e 349.

Os principais argumentos, como veremos, 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 actividade – a elevada 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, deixou de constituir argumento dada a mutualização do pagamento dos danos decorrentes da criação de múltiplos sistema de Garantia, e pela assunção pelo Estado da responsabilidade subsidiária no género de responsabilidade *in eligendo* – art. 35º, nº3 LQ.

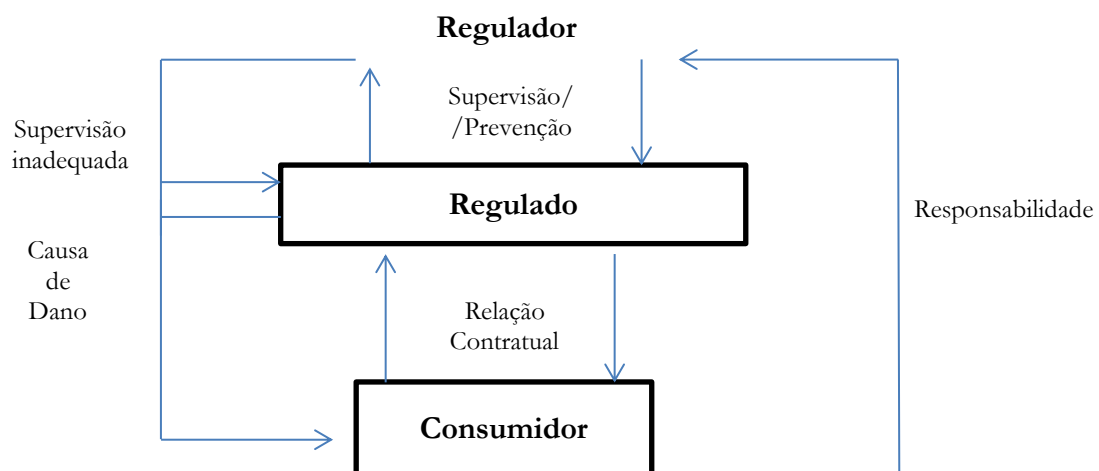
As autoridades reguladoras foram criadas tendo em vista vigiar e controlar sectores económicos essenciais ou de particular complexidade técnica, e actos ou actividades que possam interferir com direitos, liberdades e garantias individuais. Para tal foram dotadas de uma vasta e *forte* gama de competências administrativas a utilizar face a pedidos de atribuição de *licenças* ou de *autorizações de funcionamento, de actividade e aprovações* (*supra* n. 66). A possibilidade de imporem limitações à iniciativa privada, à propriedade de empresa, ao exercício de actividades profissionais e de trabalho, decorrem de um pré-juízo *antecipatório de riscos* sobre os 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 actividade e privacidade das pessoas singulares e colectivas. 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 entajuda 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”⁹⁹.

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

⁹⁹ Pedro ALBUQUERQUE, e Maria PEREIRA, 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 126º, Tomo I, Coimbra, Almedina, p. 125.

financeira, que implica com 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 respectivos riscos e omitem a sua regulação (quer a regulamentação, *vg* através de propostas do regulador sectorial, quer o seu efectivo controlo através de obtenção de informação e compreensão do negócio). A actividade de captação de aforro e de investimento dirigida ao público e francamente publicitadas durou cerca de 25 anos¹⁰⁰. 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 protecção dos consumidores, de práticas nos mercados lesivas do interesse geral, da protecção e segurança das poupanças (cfr. artigos 81º, f) e i) e 101º e 60º da CRP). Esta a falta da iniciativa e diligência necessária para tornar exequíveis normas constitucionais dependerá, nos termos gerais, da prévia verificação e declaração pelo Tribunal Constitucional (art. 15º, nºs 3-5 do Regime Geral).

A segunda respeita à responsabilidade dos reguladores por factos, danosos, de outrem (agentes regulados), causados a terceiros (cidadãos ou usuários dos serviços regulados). Esta “relação triangular” tem sido apresentada como uma nova forma de responsabilidade que afastaria a responsabilidade do regulador.



A realidade apresenta-se-nos como tendo dois agentes potencialmente criadores de danos: *i)* primariamente o supervisionado pela prática de actos ilícitos e danosos; *ii)* secundariamente o regulador por actos ou omissões que constituíram violação das suas

¹⁰⁰ A figura é construída com base numa imagem mais simplificada de Robert DIJKSTRA, 2009, “Liability of financial regulators: Defensive conduct or careful supervision?”, *Journal of Banking Regulation*, Vol. 10, nº4, pp. 269-84.

atribuições ou o devido exercício das suas competências legais sobre o responsável primário. Também os lesados pelos actos ou omissões do regulador poderão ser: *iii*) o regulado; ou *iv*) terceiros, como accionistas de sociedades abertas (figura *supra*).

Entendemos que não existe aqui nenhuma forma nova de responsabilidade. Importa a responsabilidade pelos danos decorrentes de actos ou omissões ilícitos dos reguladores, que causaram (acção) ou permitiram (omissão) determinado comportamento ilícito que, nos termos gerais da obrigação de indemnizar, teve efeitos danosos sobre os regulados e/ou o património de terceiros¹⁰¹. Ninguém pretenderá que a manipulação das taxas Libor ou Euribor por grandes bancos responsabilize directamente o regulador perante cada um dos cidadãos/clientes dos bancos, dado inexisterem relações especiais de poder ou de sujeição sobre as instituições de crédito. A realidade deverá ser diversa se o Executivo e/ou o regulador forem informados previamente, p.e. por um director de *compliance* de uma empresa financeira ou outra, de tais factos ou da excessiva tomada de riscos, e nada fizerem durante anos: a verificar-se a causação de danos por tal omissão a responsabilidade de um regulador deve existir (em termos civis e políticos)¹⁰².

Também pode suceder um concurso entre tais actos ou omissões do regulador, em termos de causalidade, com actos danosos praticados pelos regulados, sendo mister aferir se estamos então perante relações de co-responsabilidade, de concausalidade, de concorrência de culpas, ou de responsabilidade exclusiva dos regulados. E a questão deve colocar-se onde exista uma Administração-Garante, com função de reduzir comportamentos ilícitos e minorar danos para os cidadãos decorrentes do mau funcionamento do sistema ou dos operadores¹⁰³. Seja perante casos concretos no mercado da energia, das telecomunicações, bancário e financeiro, seja em acidentes “de massa”, 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

¹⁰¹ Negando esta possibilidade no caso concreto de danos causados por actos de um regulador a empresas cotadas e aos seus accionistas, decorrentes da desvalorização das participações sociais, Pedro ALBUQUERQUE *et al.*, *supra* n. 99, seguidos por João CALVÃO da SILVA, 2008, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, p. 170. Na realidade, o dano pode ser causado à empresa, aos seus corpos sociais (pensemos na difusão de actos sob investigação alegadamente criminosos) e aos investidores, accionistas ou obrigacionistas, pelo impacto negativo sobre o bom nome e a actividade da empresa. Verificados os exigentes requisitos constitutivos da obrigação de indemnização não existe qualquer dever de suportar o sacrifício patrimonial decorrente de actos ilícitos da Administração.

¹⁰² Relembramos o caso do HBOS cujo director de risco, Paul Moore, reportou repetidamente e a diversas entidades públicas, a situação crítica pela assunção de graves riscos pelo seu banco mantendo o regulador e o Executivo uma total passividade. Conforme relata Andrew BAKER, esta “ecologia profissional” levaria em 2003 ao despedimento do director por deslealdade, enquanto o CEO do HBOS exerceria funções no *board* da própria FSA durante o boom 2004-2006 – *supra* nota 39, 653.

¹⁰³ Assim, Carlos CADILHA, 2008, *Regime da Responsabilidade Civil Extrcontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra, Coimbra Ed., p. 119.

concessionada), convocam-se os mesmos problemas. E tais problemas são iguais seja legalmente “vigilante” (*gatekeeper*) uma entidade privada (auditores, sociedade de *rating*, advogados) ou pública (Municípios, institutos públicos, Tribunais)¹⁰⁴.

Não pensamos que exista por este motivo entorse ao princípio fundamental da responsabilidade pública e ao direito fundamental ao ressarcimento através da tutela judicial efectiva, perante danos causados por factos ou actos, individuais ou normativos, e omissões imputáveis à Administração pela ilicitude do exercício das suas funções públicas - *cf.* artigos 6º da CEDH, 13º, 20º, nº1, 22º e 271º da CRP e arts. 7º e 8º da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.

3.3.4.1. 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: (i) a complexidade e especial dificuldade desta função acarreta riscos decisórios e dificuldades especiais, que não devem ser agravados com o factor responsabilidade (particularmente no caso de actividades com impacto geral ou sistémico¹⁰⁵); (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 co-responsabilizáveis 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 acções de responsabilidade forem objecto de uma “cultura de compensação” contra o regulador); (iv) a responsabilização leva à propensão para os regulados utilizarem as acções judiciais como arma de arremesso ou

¹⁰⁴ Estas sociedades instalaram filiais em Portugal tendo o Governo criado um diploma especial que regulasse e supervisionasse tal actividade de comercialização de contratos relativos ao investimento em bens corpóreos como selos, pedras preciosas, obras de arte – Decreto-Lei nº 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 inspecção (“La relevância de la culpa in vigilando en la regulación y supervisión financiera y bancaria”, *RDBB*, nº 128 Out/Dez 2012, p. 133).

¹⁰⁵ Uma sùmula dos principais argumentos de limitação da responsabilidade, em particular para o Banco de Portugal, pode ser vista em Maria Fernanda MAÇÃS, 2011, “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 88, Jul/Ago, pp. 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 excepto em casos de omissão ilícita dolosa (Sec. 25ª, Central Bank of Ireland Act de 1997, e no RU o Sched. 1, Sec. 19(1) do Financial Services and Markets Act de 2000) – DIJKSTRA, *supra* n. 100. Também Michel TISON, 2005, “Do not attack the watchdog! Banking supervisor’s liability after Peter e Paul”, *Common Market Law Review*, vol. 42, nº3, p. 639-75, 647. Também, Ivo GIESEN, 2006, “Regulating regulators through liability. The case for applying normal tort rules to supervisors”, *Utrecht Law Review*, vol. 2, nº1, pp. 8-31.

intimidação; (v) e leva igualmente a uma propensão dos regulados para diminuírem a diligência e prevenção das suas actividades perigosas, por sentirem a existência de uma entidade responsabilizável com *deep pockets* – o Estado; (vi) ao mesmo tempo existirá a *moral hazard* decorrentes 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 real impossibilidade 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 actividades tecnicamente sofisticadas ou produtoras de graves externalidades negativas sobre os usuários, gerando nestes uma Confiança que não pode ser quebrada; (ii) os poderes funcionais de intervenção nas áreas reguladas geram nos usuários uma expectativa juridicamente tutelada de que serão atempada e efectivamente utilizados; (iii) a responsabilização obriga o 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, pelo que à actuação ou omissão ilícitas deve corresponder a concomitante responsabilidade; (v) a ameaça da responsabilidade obriga os reguladores a uma melhor *performance* na vigilância sobre os regulados, o que tem como consequência obrigar estes últimos, que actuam na primeira linha da criação do dano, a terem um maior controlo das actividades perigosas; (vi) a imunidade administrativa, afastando a possibilidade de sofrer consequências negativas por violação dos seus deveres, leva a menor diligência e intensidade na supervisão (*moral hazard*).

A aplicação do princípio fundamental da responsabilidade a toda a Administração Pública, incluindo a indirecta, de regulação, independente, não tem sido objecto de grande dissídio jurisprudencial¹⁰⁶, correspondendo o articulado a legal a uma afirmação política (arts. 24º e 46º *LQ*). O legislador considerou não existirem motivos ponderosos para isentar as AAI da responsabilidade pública verificados que sejam, quanto aos seus actos, 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 actividades privadas, prévia ou *a posteriori*, directa ou indirecta, geram Confiança nos usuários indefesos perante actividades causadoras de externalidades negativas;

¹⁰⁶ O que corresponde aos comandos constitucionais vertidos nos artigos 13º, 22º e 271º da CRP e no artigo 6º e 41º CEDH, e aos arts. 7º e 8º da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.

- 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 de vigilância e de investigação do “Estado Garantia” deve corresponder uma actividade de controlo efectiva, eficaz, diligente e célere, sob pena de omissão ilícita.

Na maioria dos casos a responsabilidade será demandada pelos regulados, perante danos causados por actos regulatórios excessivos que podem lesar direitos fundamentais (*overreaction* lesiva de reputação, p.e. violação do dever de reserva ou sigilo dos reguladores em investigações; limitação ilícita de actividades ou da profissão reguladas; suspensão ou revogação de autorizações quando outros remédios “não mortais” poderiam ser utilizados), e pelos cidadãos por actos ou omissões ilícitas que lhes cause danos concretos (p.e. decorrentes da aquisição de posições de controlo de bancos por quem não dava garantias de gestão sã e prudente; da morosidade excessiva na tomada de medidas de regulação preventivas ou repressivas; da passividade ante denúncias¹⁰⁷). Dela não decorre qualquer pressão ilegítima ou desproporcionada sobre os agentes pois o Regime Geral já afasta a responsabilidade pessoal dos funcionários e agentes nos casos de culpa leve (art. 8º, nº2).

3.3.4.2. Influência da Teoria Económica do Direito. Também 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 actuar sobre a conduta e os actos próprios *dos* reguladores e de terceiros¹⁰⁸. Teoricamente a responsabilidade tem o efeito de estimular o regulador a uma actuação mais diligente de supervisão sobre o seu sector (inexiste, como no sector privado, o incentivo de aumentar lucros minorando a possibilidade de indemnizações, mas existe o de manter o seu orçamento). Esta maior diligência tem o efeito indirecto de estimular o regulado a um maior zelo no cumprimento dos seus deveres (menos prejuízos-mais proveitos).

¹⁰⁷ Neste sentido também Menezes CORDEIRO, 2005, “Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: a responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuação de inspecção”, in Ruy ALBUQUERQUE e Menezes CORDEIRO, (coord.) *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da Concorrência*, Coimbra, Almedina, p. 155.

¹⁰⁸ Michael FAURE e Roger Van den BERGH, 1987, “Negligence, Strict Liability and Regulation of Safety under Belgian Law: An Introductory Analysis”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 12, nº 43, pp. 95-114

A *responsabilidade aquiliana* tem a particular virtude de afastar os efeitos perversos da imunidade – a *moral hazard* – e da responsabilidade objectiva – a paralisia dos reguladores. Ao mesmo tempo ela obsta a que, na eventualidade de o regulador ser mero *agente secundário* na causação de danos, ele se substitua ao lesante *primário*, e obriga os seus funcionários a um zelo acrescido se houver transferência de parte da responsabilização.

A responsabilidade *directa* da Administração é modulada quando são os agentes regulados que produziram os danos, e no limite ela pode ser excluída porque apesar de haver nexo de causalidade a autoridade pode ter agido no seu papel de garante de forma atempada, diligente, cautelosa e proporcionada a minorar o risco ou o dano. É óbvia a dificuldade/risco e o maior custo na demonstração e prova pelo lesado do facto ilícito, culposo e danoso do regulador. Ao alegar uma omissão ilícita, culposa e danosa, deve demonstrar quais os actos de supervisão que em concreto deveriam ter sido adoptados: tal como não existe uma garantia absoluta e objectiva de um normal e adequado 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 traduzem a omissão em concreto e que razoável e atempadamente deveriam ter sido exercidas¹⁰⁹.

O afastamento da regra da imunidade também não implica afastar a (real) forte relutância em os cidadãos lesados fazerem a opção de princípio de demandar o ressarcimento de um *deep pocket* como o do agente público (por regra solvente). A título de exemplo, existe uma dificuldade real, a determinar pelos Tribunais, do que deverá ser considerado como um *padrão de diligência* razoavelmente exigível a um agente regulador zeloso e cumpridor. Ele depende da determinação de qual o correcto, atempado e adequado exercício de competências regulatórias de garantia, atento o comportamento do regulado, o risco da sua actividade, o seu impacto sobre o sector, as *legis artis* e técnicas do momento. A responsabilidade do regulador também 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 actos que deveriam ter sido praticados ou omitidos que previsivelmente teriam evitado a ocorrência de factos danosos para terceiros? A recusa, a obstrução ou a falta de prestação de informação ao regulador ou ao mercado pelo regulado podem gerar responsabilidade administrativa sancionatória do regulado, mas só por si não geram responsabilidade do regulador pelos

¹⁰⁹ 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>

danos que daí decorram para terceiros. Mas a solução será a mesma de o regulador não exercer *in casu* armas eficazes para exigir tal informação ou não alertar o público, ou não as utilizar prontamente?

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 não há responsabilidade -, e (ii) do âmbito das suas competências - para além das competências e do seu correcto exercício *vs* utilização de medidas cautelares ou coercivas, não há responsabilidade¹¹⁰ (art. 10º do Regime Geral). A partir daí a decisão é judicial e depende da ponderação das circunstâncias do caso concreto.

Um nível óptimo de ponderação poderá ser aferido atendendo ao *critério da actividade mais perigosa do regulador*. Assim, no exercício de actividades sancionatórias ou punitivas, o grau de culpa exigido para a responsabilização por danos deve ser menor (ou mesmo objectiva), por três motivos:

1- o custo social de sancionar desproporcionada ou erradamente é maior do que absolver 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 regulador¹¹¹);

2- a probabilidade de utilização excessiva ou abusiva do poder de *jus puniendi* é por natureza superior à probabilidade da sua utilização parcimoniosa;

3- sendo as pessoas *risk adverse*, o risco de sofrerem um processo sancionatório ou punitivo com diminuição de garantias, uma condenação sendo inocentes ou uma sanção desproporcionada, causa-lhes um mal superior ao que decorreria da absolvição de um culpado¹¹².

Ao contrário, nas actividades de supervisão *a priori*, como de autorização ou de aprovação, deve o padrão de culpa ser mais exigente porque *é mais tolerável uma intervenção de controlo público excessiva do que uma actuação insuficiente*. Porquê? Atenta a actual passagem do

¹¹⁰ Carlos REIG, *supra* n. 104, p.115.

¹¹¹ Cfr. Decisão “V.E.V.” de 15Jan1993, 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 objectiva sem referência a informação enganosa, violação dos direitos de defesa causadora de danos (Vanina PAOLI-GAGIN, 1998, *Les Commissions des valeurs mobilières aux Etats-Unis et en Europe*, Bruylant, Bruxelas, p. 353).

¹¹² No sentido de que a eficácia *preventiva* é erosionada no caso dos falsos positivos (condenação de inocentes), possibilitando o cometimento de actos 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”, Gabriel 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, José SUAY RINCÓN, 2013, “Cap. XVI. Responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico”, in Tomás Q. LÓPEZ et al, *La Reponsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, València

“Estado autorizador” ao Estado supervisor”¹¹³, no caso de actividades perigosas o efeito diferido no tempo de tais actos administrativos destina-se a prevenir e controlar actividades perigosas, que podem gerar graves externalidades negativas, para uma plêiade indeterminada de usuários. Depois, porque os regulados retiram deles vantagens sem quaisquer custos. E porque quando tais actos sejam fortemente limitadores, eles têm impacto/custo sobre um número reduzido de destinatários, que têm maior poder económico e mais meios de defesa no contencioso administrativo de legalidade. Os actos de controlo público, por definição, trazem importantíssimas externalidades positivas para a generalidade do público usuário, que não tem de suportar qualquer custo.

3.3.4.3. A União financeira, os sistemas de garantia de depósitos, o Acórdão Peter Paul e outros. Uma área particularmente regulada é a dos serviços financeiros onde as autorizações “de entrada” e de “funcionamento” e a constante monitorização e forte intervenção pública geram expectativas de protecção nos clientes do sistema. É aqui que se tem defendido a limitação ou imunidade de responsabilidade, o que tem sido decretado pela lei (na Alemanha) ou pelos Tribunais (em França exigem *faute lourde*) - curiosamente tais limitações são decorrência de casos concretos (sucedeu também no Luxemburgo após o caso BCCI¹¹⁴). Do regime geral da responsabilidade devem separa-se as questões de insolvência ou de falta de liquidez, que contêm soluções particulares inerentes à prevenção de fenómenos de pânico desestabilizadores da economia e resultam a mais das vezes da concretização do *risco* e não do *perigo*¹¹⁵.

A integração europeia acarretou a criação de um mercado único de serviços e as “autorizações de entrada” neste sector dependem do regulador do Estado da sede efectiva da empresa. Existe um “passaporte comunitário” pelo qual este regulador mantém a

¹¹³ Acerca da simplificação administração e da substituição dos controlos prévios por controlos a posteriori ou meras comunicações de início de actividade, e o deficit de supervisão daí decorrente (porque a autorização é o primeiro momento da supervisão) o nosso trabalho de 2009, pp. ss.

¹¹⁴ Michel TISON 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 efectiva responsabilização (*supra* n.105, p.10).

¹¹⁵ A indemnização em caso de insolvência não decorre da verificação de perigos, de algo que pode ser objecto de prevenção através de supervisão “a priori”, de controlo, ou de supervisão “on going”. Os danos decorrem da concretização do risco da actividade, de factos absolutamente incertos e que se não deixam subordinar a esquemas regulatórios sobretudo numa actividade 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 actividades “especialmente perigosas” e já não “excepcionalmente” perigosas (cfr. art. 8º do Decreto-Lei nº 48051, de 21Nov1967, e art. 11º do Regime Geral). Acerca da noção de perigo e da essencialidade do risco na post-modernidade, Ulrich BECK, 1992, *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage Pub., Londres; Faria COSTA, 1992, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora; Niklas LUHMANN, 1997, *Observaciones de la Modernidad*, Paidós, Barcelona; João LOUREIRO, 2001, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Ed., pp. 797 ss; Suzana TAVARES da SILVA, 2010, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra.

generalidade da supervisão prudencial e parte da comportamental perante o exercício de actividade desta empresa em outros Estados-membros da União através de sucursal ou directamente – por exemplo pela internet¹¹⁶. O princípio do *home country control* leva atrás de si o princípio da responsabilidade. Mas leva também problemas complexos que se intensificarão com o actual quadro de integração regulatórias comunitárias e as fortes competências comunitárias sobre os Estados e reguladores¹¹⁷:

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 judiciárias, aprofundarão a desordem normativa e judiciária;

2- A divergência de poderes de supervisão nacional (a maioria já harmonizados) 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 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”;

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 referido público aplicável.

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 nos casos de falência ou insolvência, e a existência de sistemas de garantia de indemnização de cidadãos em sectores

¹¹⁶ Cfr. Primeira e Segunda Directivas de Coordenação Bancária, n.ºs 77/780/CEE do Conselho, 12Dez77, n.º 89/646/CEE do Conselho, de 15Dez89 (revogadas pela Directiva n.º 2000/12/CE, de 26Mai2000, e a directiva de coordenação n.º 2000/12/CE do P.E. e do Conselho, de 20Mar2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício). Existem no Estado de acolhimento poderes de supervisão e conseqüente responsabilidade, p.e. perante a liquidez das sucursais (Considerando (22) e arts. 22.º, 27.º e 29.º da Directiva de 2000, e arts. 53.º, 56.º-A, 122.º Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (RGICSF)

¹¹⁷ 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 transacção de derivados OTC (Regulamento EU n.º 648/2012 do PE e do Conselho, de 4 Julho 2012 - EMIR), os recentes Regulamentos EU de 2009 criadores de autoridades com fortes poderes administrativos (*supra* n. 34) são uma reacção à crise iniciada em 2008. A regulação comunitária sobre estas agências, prevêem 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.

económicos específicos, como o financeiro, tem trazido alguma confusão a esta particular questão da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

As teorias da imunidade teriam sido alegadamente defendidas pelo TJUE para os reguladores bancários, exceptuando 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 interpretação por um tribunal alemão de directivas de coordenação bancária mas sobretudo da Directiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio (alterada pela Directiva 2009/14/CE, do PE 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 respectiva autorização de funcionamento. Na data inexistia o sistema de garantia de depósitos: a transposição para o direito alemão da Directiva de 1994 não se efectuara até 1 de Julho de 1995, conforme estatuído, mas em Julho de 1998. Devido ao incumprimento da Directiva (*Ac. Francovich*) e aos danos daí decorrentes os requerentes intentaram acção contra o Estado alemão solicitando os depósitos perdidos¹¹⁸.

A primeira instância concedeu compensação equivalente ao previsto na Directiva não implementada mas, quanto ao remanescente, afastou o princípio geral da responsabilidade pelos danos decorrentes de alegada omissão ilícita (§839 BGB e art. 34º GG). Com efeito, da actividade de supervisão não resultam direitos para os particulares por terem como escopo meramente o interesse público: de acordo com o §6º, nºs 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 pelos cargos públicos *para com terceiros* pelo que a norma bancária citada 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 processo¹¹⁹, o TJUE afirmou que:

¹¹⁸ 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, 12Out2004, existem opiniões a favor e contra a responsabilização - *vd* Ivo GIESEN, *supra* n. 105, p. 649; Fernanda MACÃS, *supra* n. 105, p. 72.

¹¹⁹ 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, *supra* n.105, p. 22.

- “não decorre necessariamente” das obrigações decorrentes das Directivas de harmonização bancária e do sistema de garantia de depósitos “que estas directivas 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 directivas de harmonização “não contêm nenhuma norma expressa que confira tais direitos aos depositantes”, não parecendo necessário ao seu objectivo 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 protecção 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).

O Acórdão não consagra nem proíbe qualquer princípio geral sobre responsabilidade por deficiente supervisão (que não era o escopo do pedido de interpretação, nem das directivas em questão), deixando a cada Estado nacional a opção pelo regime de responsabilidade. Não é possível retirar dele a afirmação ou opção pela imunidade do regulador em matéria de supervisão; a responsabilidade do regulador por facto ilícito encontra fundamento nas leis nacionais, como no caso concreto. Temos exemplos no sistema francês, onde a alegada *omissão de supervisão efectiva* suscitou um processo de indemnização decidido no *Conseil d'État* contra a Comissão encarregue de supervisionar o sector bancário (*Commission Bancaire*). A propósito da falência de instituições de crédito (*United Banking Corporation* e *Saudi Lebanese Bank*), 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 não acautelava suficientemente os direitos dos clientes (porque não implicava medidas que travavam imediatamente a insolvência ou o incumprimento)¹²⁰.

O Acórdão separa as questões da garantia de depósitos e da responsabilidade pela supervisão, porque os sistemas de garantia de depósitos nunca se assumiram como sistemas alternativos ou sequer substitutos à responsabilidade aquiliana. O seu fundamento não

¹²⁰ Os pedidos contra a COB deveram-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 Beatriz GARÍN, 2004, *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Civitas, Madrid, p. 126 ss.

decorre da falta ou deficiente supervisão dos reguladores. Os reguladores foram criados porque era ineficiente para os clientes tentarem ultrapassar as imperfeições de mercado e o *spill over* de estratégias arriscadas – sobretudo quando existem riscos que os bancos não tomam em conta. Estes sistemas são função da necessidade de protecção e confiança de todo o sistema ante os seus usuários/clientes. Os sistemas de garantia foram criados para cobrir falências, factos “incompensáveis” pelo regulador.

A uma actividade lucrativa com forte impacto e interesse público (além de financiadora dos Estados a actividade financeira absorve a riqueza dos particulares pelo investimento ou entesouramento), corresponde um risco elevado, mas à privatização dos lucros não pode corresponder uma total socialização dos prejuízos. Ademais, as instituições de crédito não assumem na sua actividade corrente o risco de tais externalidades. Elas sabem que nenhum Governo permitiria que simplesmente falissem – a necessidade de nacionalização do Northern Rock em 2007 ou do Fortis em 2008, ou das *loan mortgages* Fannie Mae e do Freddie Mac demonstram-no¹²¹. Daí a internalização (parcial) das perdas através da obrigação que impende sobre todos os operadores financeiros de contribuir financeiramente para um fundo de garantia de depósitos.

Esta mutualização não deve fazer esquecer que o *spill over* de uma falência é insuportável para os clientes/consumidores e para todo o sistema (*risco sistémico*). Pretende-se prevenir o colapso do sistema bancário privado decorrente do “animal instinct”, que arrastaria com ele os actuais pilares públicos da sociedade. A volatilidade dos mercados às notícias, mesmo que falsas (no que Kindleberger denominou na década de 70 de *manias, panics and crashes*¹²²), 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 pânico¹²³. 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 *fees* dos seus regulados.

¹²¹ Acerca das reformas necessárias, mas céptico quanto à sua rápida adopção diferenciando a sociedade mundial actual da de 1944, Eric HELLEINER, 2010, “A Bretton Woods Moment? The 2007-8 Crisis and the Future of Global Finance”, *International Affairs*, Vol. 86, nº3, 619-636.

¹²² Charles KINDLEBERGER, 1978, *Manias, Panics and Crashes*, Nova Iorque, Basic Books.

¹²³ Inicialmente a quantia era de 20.000 euros, segundo a Directiva 94/19/CE, alterada pela Directiva 2009/14/CE, do PE e do Conselho de 11 de Março, que seguiu os acontecimentos iniciados em 2007 e que ainda vivemos actualmente. No plano interno o Fundo de Garantia de Depósitos, vertido nos artigos 154º ss do RGICSF, e no Decreto-Lei nº 211-A/2008, de 3 de Novembro. O Decreto-Lei nº 222/99, de 22 de Junho, transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva nº 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 amigo dos investidores...).

O Estado deve assumir esta obrigação de indemnizar e por isso o Fundo de Garantia de Depósitos instituiu um procedimento que se encontra de acordo com os Princípios do Comité de Basileia de 2006¹²⁴. O *Core Principle 1* salienta a necessidade de “legal protection for supervisors”, sendo certo que, embora as recomendações não tenham força imperativa existe um interesse próprio dos supervisores que as implementam¹²⁵.

Este sistema cria dois dilemas, a resolver caso a caso: (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) é importante manter a responsabilidade do potencial causador de prejuízos para que previna os riscos adoptando uma conduta diligente, pois sabe que vai ter de os internalizar.

4. Conclusão.

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 subtracção de competências ao Governo, ao Legislativo e à Magistratura, o que tem importantes implicações na Administração Independente, seja de Garantia, de Controlo ou Técnica¹²⁶. 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 auto-controlo. Como? Actuando de forma *apolítica*; adoptando os princípios do processo *equitativo* e de *igual distância entre as partes* (estas devem poder ser ouvidas, e tentar influenciar as decisões finais); não se pronunciando 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

¹²⁴ Cfr, os *Core Principles for Effective Banking Supervisions*, BIS, 2006 <http://www.bis.org/publ/bcbs123.pdf>

¹²⁵ O memorando sobre este princípio especifica mesmo que os supervisors bancários devem ter “*protection from personal and institutional liability for supervisory actions taken in good faith in the course of performing supervisory duties.*”

¹²⁶ Distinguimos usualmente entre as Autoridades Administrativas Independentes “de Garantia” (caso de entes que têm por função a protecção de dados pessoais, a concorrência, as telecomunicações e outros direitos “primários”), de “Controlo” (que visam o equilíbrio de sectores nevrálgicos da economia mas “fechados”, como a banca, seguros, mercados financeiros), de “Vigilância e Regulação” (que visam a regulação de sectores onde antes pontuavam os serviços públicos como o gás e electricidade, 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 - BORSELINO, *supra* n. 18, pp. 62 ss.

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 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. As novas tendências do Direito Administrativo, de privatização e pulverização, desregulação e informalidade, globalização e europeização, eficiência e economicidade, eficácia e desprocedimentalização, postulam o hetero-controlo¹²⁷.

Numa esfera de actuação 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 actual Estado de Garantia que se afastou da responsabilidade de operar directamente serviços e prestações públicos. Garantindo a sua execução pelos actores privados que fiscaliza e controla, ela assume a responsabilidade pela prossecução dos interesses públicos. 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*.

¹²⁷ Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA, 1983, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.