

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PODERES PÚBLICOS

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

ABRIL 2018



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luis Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta - CEJ





Cada vez mais a matéria da responsabilidade civil dos poderes públicos chega aos Tribunais. Com novos problemas, novas interpelações, como as que surgem a propósito das entidades reguladoras.

O CEJ tem procurado a reflexão sobre esta matéria, seja a propósito de temáticas mais recentes, seja quanto às mais clássicas. E é o resultado das acções de formação que têm sido desenvolvidas que agora aqui se transforma em publicação, permitindo que toda a comunidade jurídica possa usufruir dos textos das intervenções nelas produzidas.

Mais um e-book da "Coleção Formação Contínua" que cumpre os dois desígnios da política editorial do CEJ: máxima utilidade-máximo aproveitamento.

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Responsabilidade civil dos poderes públicos

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza de Direito, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza de Direito e Docente do CEJ*

Fernando Martins Duarte – Juiz de Direito e Docente do CEJ**

Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul***

Sofia David – Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul***

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2014/2015:

Temas de Direito Administrativo – 8, 15, 22 e 29 de maio 2015 (programa)

Plano de Formação 2015/2016:

Temas de Direito Administrativo – 5, 12, 19 e 26 de fevereiro de 2016 (programa)

Conceção e organização:

Ana Celeste Carvalho

Sofia David

Intervenientes:

Luís Guilherme Catarino – Professor Auxiliar Economia da UAL, Diretor-Adjunto da CMVM

Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul

Luís Morais – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Nuno Cunha Rodrigues – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rui Guerra da Fonseca – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

João Pires da Rosa – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Carlos Carvalho – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo

Carlos Loureiro Diogo Costa Gonçalves – Vice-Presidente do Conselho Diretivo da Ordem dos Engenheiros

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Desde fevereiro de 2018.

** Desde abril de 2018.

*** Docente do CEJ até agosto de 2017.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –18/04/2018	

Responsabilidade civil dos poderes públicos

Índice

1. Responsabilidade civil por atraso na justiça Luís Guilherme Catarino	9
2. Responsabilidade civil da Administração por erros e deficiências de projecto e de construção Ana Celeste Carvalho	57
3. A responsabilidade civil extracontratual das Entidades Reguladoras e do Estado na supervisão bancária Luís Morais	69
4. A responsabilidade civil extracontratual das Entidades Reguladoras e do Estado no sector financeiro Nuno Cunha Rodrigues Rui Guerra da Fonseca	77
5. O dano patrimonial: cálculo da indemnização devida por dano patrimonial futuro (perda de capacidade de ganho e dano biológico) João Pires da Rosa	111
6. O dano não patrimonial: danos indemnizáveis, prova do dano não patrimonial, montante da indemnização e dano morte Carlos Carvalho	125
7. A responsabilidade civil e disciplinar pelos defeitos e erros dos projetos de obras públicas Carlos Loureiro	161

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATRASO NA JUSTIÇA**

LUÍS GUILHERME CATARINO



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O REGIME DA RESPONSABILIDADE E “ACCOUNTABILITY” DA ADMINISTRAÇÃO INDEPENDENTE: *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?*

Luís Guilherme Catarino*

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

Sumário:

Introdução: independência, captura e controlo.

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

II. A administração independente: controlar a “ansiedade constitucional”.

1. Da dialética *Autoridade vs Liberdade à Independência vs Responsabilidade*.

2. A legitimação pela *accountability* - o que é a *accountability*?

III: Independência e Deriva para a Captura. Sistemas de controlo preventivo e controlos contínuos.

1. Controlo *ex ante*: o “*desenho legislativo*” do seu Estatuto.

2. Sistemas de controlo *on going* ou controlos contínuos.

3. O controlo pela coordenação de espaços regulatórios partilhados. A coordenação e a captura multinível.

IV. Sistemas de controlo sucessivo ou *a posteriori*.

1. O controlo social (interno e internacional).

2. O controlo político.

3. O controlo judicial.

4. O controlo pela responsabilidade civil.

A) As Teorias Económicas do Direito. Argumentos a favor e contra a responsabilidade dos reguladores.

B) Influência das Teorias Económicas do Direito na responsabilização.

C) A União financeira, os sistemas de garantia de depósitos, e o Acórdão *Peter Paul* e outros.

Conclusão: a eterna luta contra as imunidades do Poder.

Vídeo da apresentação

Introdução: independência, captura e controlo

As recentes alterações legislativas decorrentes da entrada em vigor da “Lei-quadro” das Autoridades Administrativas Independentes (AAI) com funções de regulação da atividade dos setores privado, público e cooperativo (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, doravante LQ),

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

relançaram um vivo debate doutrinário¹. Um estudo regulatório sobre esta nova Administração tinha sido pedido pelo então Ministro da Economia e Finanças, Joaquim Pina Moura, com o fito de uniformizar o quadro legal “ad hoc” e lacunoso em que se moviam estas autoridades. O Estudo entregue ao Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública do XIV Governo Constitucional, acompanhava uma proposta de Anteprojeto de Lei-Quadro (1999). Na sequência da aprovação na generalidade da Proposta de Lei de Enquadramento dos Institutos Públicos, o Projeto de Lei-Quadro das AAI encontrava-se na Assembleia da República (AR) mas não veria a luz do dia devido à demissão do então Primeiro-Ministro, António Guterres².

O atual Governo retomaria o propósito de regulação destes institutos públicos de regime especial, na sequência do Plano de Ajustamento Económico Financeiro acordado com a União Europeia e o FMI, solicitando a uma empresa especializada um novo Projeto que cobrisse a realidade nacional. A estrutura e o conteúdo da Lei não correspondem totalmente ao propósito de base: 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. 25.º e 26.º LQ); a maior exigência de independência colocada nos dirigentes médios (arts. e 32.º, n.ºs 6 a 9 LQ); a incompreensão dogmática de alguns conceitos e princípios fundamentais como direção, tutela, superintendência, independência, ou a indisponibilidade das atribuições e das competências legais (*i.a.* arts. 6.º, n.º 1, 20.º, n.º 5, *a*), 40.º, n.º 5, 45.º LQ). Ficam fora da Lei algumas questões essenciais a um regime jurídico de entidades públicas reguladoras independentes como o tema do controlo e responsabilidade (*accountability*), tema que a crise mundial iniciada em 2007/8 e as exigências internacionais de “boa governança” colocaram na ordem do dia (*vd Core principles of good governance* da UE³).

É efetivamente escasso o tratamento normativo da velha questão de saber como “controlar o controlador”, aspeto essencial na conciliação entre o “Estado Administrativo” atual e a estrutura constitucional que reserva o controlo político da Administração aos eleitos pelo Povo. O procedimento, o controlo e a responsabilidade são formas de colmatar o “pecado original” que acompanha as AAI: a falta de legitimação democrática⁴. A questão do “controlo dos guardiões” ou do “guarda dos guardas”, tão propalada desde as Sátiras de Juvenal, tem uma importância acrescida num ambiente internacional de privatização, de desregulação e liberalização (*Consenso de Washington*). O tsunami económico que desde a década de oitenta submergiu o Direito e os Estados soberanos, criou novos atores públicos informais, numa espécie de Hidra reguladora de plúrimas cabeças, originando sistemas de “governança em rede”, multinível⁵, com instrumentos informais, quase-normativos e atípicos.

¹ 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

² Da Autoria do Professor Vital Moreira e da Juíza-Conselheira Maria Fernanda Maçãs, o Projeto seria publicado em março de 2003.

³ Vd o Livro Branco em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf e o “Draft Inter-Institutional Agreement for a Framework for the European Regulatory Agencies” da CE, de 25Fev2005, COM(2005)59.

⁴ Entre a vasta bibliografia existente, Moreira e Marques, 2008; Catarino, 2009; Calvete, 2013; Gonçalves, 2013.

⁵ Catarino, 2010: 383 ss.

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

A atribuição a AAI de poderes de criação de *hard* e *soft law* e de fortes poderes de execução e verificação da legalidade (*enforcement*), tem um forte apoio dogmático em AA. que defendem modernamente a pulverização do Poder e do Direito, a “medievalização” da Sociedade (como se a História da miséria, da desigualdade, da insegurança e iniquidade não tivessem existido) e a “neo-feudalização” do Direito (a que é inerente a já visível subjugação do coletivo, difuso, a grupos fortes, porque organizados e “sem terra”, como Corporações, Empresas transnacionais, Mercados, Igrejas, *fora* internacionais).

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

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

Quem são estes Atores públicos? Correspondem a um modelo administrativo baseado no “governo pelos peritos” que cresceu em meados dos anos 20 do séc. passado 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 “falhas de mercado” (*market failures*), e a intervenção “regulatória” demasiado conservadora do Supremo Tribunal Federal norte-americano, revelaram a necessidade de um novo modelo burocrático⁶.

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

⁶ Para uma resenha e evolução história no nascimento das autoridades reguladoras independentes nos EUA (e posteriormente na Europa), Catarino, 2009: 39 ss e 206 ss e bibliografia aí citada.

controlo desta Administração pelo Congresso, desde a constituição, a nomeação dos titulares e a monitorização da sua atividade (*fiduciary Administration*)⁷.

Este novo modelo de administração deveria ser “meritocrática” (“governo de sábios”), *independente* do Poder Político e *imparcial* perante os interesses em presença. E face à desconfiança face ao poder das aparelhagens partidárias e dos regulados, os paladinos do *New Deal* e o *Progressive Movement* responderam com uma vasta discricionariedade técnica: as *melhores decisões* para os *maiores problemas* sociais e económicos. Neste movimento os Tribunais, enquanto órgãos não eleitos e carentes de saber científico, tenderam a ser desacreditados para a função de controlo e sindicância das orientações públicas (*policy*) desta nova administração⁸. A escassa margem do escrutínio judicial permitido baseava-se igualmente na intencionalidade da delegação legislativa do Congresso: as autoridades reguladoras independentes operavam sob o mandato legal do Congresso vertido nas respetivas leis orgânicas (*statutes*)⁹.

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

A independência e o forte potencial de interferência com direitos, liberdades e garantias individuais redundariam amiúde numa excessiva discricionariedade e na possibilidade, real, de arbitrariedade ou de prossecução de atividades dolosas ou arbitrárias (*malicious or capricious*)¹⁰. Como decorrência foram criados procedimentos administrativos escritos e formais¹¹, 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*¹²). Apesar de consideradas o melhor remédio para os problemas sociais e económicos

⁷ Este conceito de Administração fiduciária enquanto ligação do Povo, como detentor de uma fração de poder, e a Administração, como *trustee*, retomada por Locke, Burke, e os ideólogos norte-americanos Madison, Hamilton e depois Stuart Mill, marcou muito vivamente a conceção republicana de democracia (*We, the People...*) e de representatividade (*trusteeship*). Acerca da sua aplicação na relação regulatória, de legitimidade e limites, Criddle, 2006: 118-136, e Staszewski, 2011: 156-62.

⁸ Cfr. Bickel, 1986 (2.ª ed.), a propósito de uma teoria constitucional baseada na supremacia absoluta da regra da maioria, que, levada às últimas consequências se tornaria totalitária (*majoritarianism*). Também Hirschman, 1988: 646-656.

⁹ Seidenfeld, 1992: 1511-71. Sobre a cassação do poder presidencial de remoção do titular de uma *executive branch agency* (casos *Myers* e *Humphrey's Executor* – *infra*), *vd* Corwin, 1927. Ainda, acerca destas decisões judiciais e a diferença entre estas *agencies* e as *independent regulatory agencies*, Catarino, 2009: 100, 267 ss. e 310 ss.

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

¹¹ Cfr. o estudo clássico de Stewart, 1975: 1669. *Idem*, 2003: 437-60.

¹² 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

que a América enfrentava nos inícios do séc. XX, tais Autoridades de peritos (*independent regulatory agencies*) também padeciam, geneticamente, do *gérmen* da parcialidade¹³: concentravam poderes de criação de normas jurídicas; com poderes de polícia (inspeção, investigação e controlo); com poderes judiciais (perseguir e acusar); e poderes de punição.

A *independência* e *discricionariedade* passaram a ser olhadas de soslaio na relação entre *neutralidade* do governo de peritos (*melhores* soluções) vs controlo político democrático (*soluções constitucionais*)¹⁴.

A Administração Independente germinaria nos gloriosos 30 anos de crescimento económico pós-II Grande Guerra e seria importada para a Europa sobretudo nos anos setenta - altura em que já se esvaía nos EUA a visão mirífica de tais *agencies*. Também na Europa foi considerada o melhor remédio para os novos movimentos de privatização e de “libertação” da sociedade civil (*empowering the community*), pois não obstaculizavam a adoção de políticas públicas “gerenciais” designadas de *New Institutional Economics* (a *governance* segundo elevados padrões ou *benchmarks* privados, como comparador de eficiência), nem a via privatizadora da gestão pública típica do *New Public Management* de Thatcher. Pelo contrário, adequavam-se à adoção pela Administração de métodos de mercado (preocupação em ganhar ou investir o dinheiro público e não meramente em gastá-lo - VOIGT, 2002¹⁵) 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*.

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).

¹³ Na realidade, a própria constituição da *Interstate Commerce Commission* (ICC) é vista por muitos AA como um meio de proteção da indústria instalada perante novos concorrentes ou a intervenção dos diversos Estados Federados (Fellmeth, 1970: 311-25).

¹⁴ Assim, discutindo a “interferência” de poderes não eleitos como o judicial, perante poderes decorrentes de maiorias, Shapiro, 1983: 1487; Seidenfeld, 1992: 1511; Brown, 1998: 531-550.

¹⁵ 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 Kirchner, 2006: 341, com remissão para a obra de PIES, 1993. Ainda, Hopt, 2013: 219-53.

E também aqui se coloca a necessidade de calibrar a dose de *independência* através de formas de *reconhecimento* da legitimidade e do *controlo* político democrático.

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

As singulares características da nova administração dependem da concretização legal da norma constitucional vertida no artigo 267.º, n.º 3 da Constituição: “a lei pode criar entidades administrativas independentes”. Dando cumprimento à lei fundamental o legislador estatuiu na Lei-Quadro as características fundamentais, como a independência *institucional* (*i.a.* perante orientações concretas do Executivo, art. 45.º LQ), a *inamovibilidade* dos titulares (exceto em casos de falta grave, art. 20.º LQ), a *imparcialidade subjetiva* (recrutamento público e transparente, baseado em capacidades técnicas e não políticas, religiosas ou de género, com remunerações acima da média, art. 17.º LQ) e *objetiva* ou neutralidade decisória (*i.a.*, não participação em matérias de onde resultem conflitos de interesses). A par de uma autonomia reforçada (administrativa, financeira e de gestão, art. 3.º LQ), os estatutos especificarão de forma clara e precisa as *atribuições e competências* (arts. 6.º e 7.º LQ) - secção legal da vida pública, social e económica que deu origem à constituição de “redes regulatórias” e *networking regulation*. Atribui-se ampla discricionariedade *de ação* e *decisão* e vastos poderes funcionais (*i.a.* arts. 3.º e 40.º-44.º LQ)¹⁶.

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

Liberta de princípios de *hierarquia* ou de *subordinação*, mesmo que *funcional* ou *diretiva*, a nova Administração Independente de Garantia, de Controlo e de Supervisão¹⁷ permitiu de facto uma maior simbiose e adesão às necessidades sociais e económicas e uma maior

¹⁶ “A generalidade das características usadas para defender estes entes são igualmente os fatores que alguns autores defendem para a sua abolição: - enquanto Administração deveriam estar subordinados ao Executivo e à sua política; - a imparcialidade não é uma realidade, atenta a distribuição dos seus lugares entre os principais partidos políticos; - as suas funções quasi-judiciais e quasi-legislativas violam o princípio da separação de poderes; - a extrema discricionariedade e *expertise* técnica em que se envolvem diminuem o controlo judicial. Finalmente, têm uma visão parcelar da realidade (*vision tunnel*) e uma visão biológica organizativa que redundava numa necessária captura – Molina, 1995: 187.

¹⁷ Distinguímos usualmente entre as Autoridades Administrativas Independentes “de Garantia” (entes que têm por função a proteção de dados pessoais, a concorrência, as telecomunicações e outros direitos “primários”), de “Controlo” (visam o equilíbrio de sectores nevrálgicos da economia mas “fechados”, como a banca, seguros, mercados financeiros), de “Vigilância e Regulação” (visam a regulação de sectores onde antes pontuavam os serviços públicos como o gás e eletricidade, e que como tal necessitam fortemente de um árbitro), e as “autoridades Técnicas e Agências” (figura nova cada vez com maior fulgor no espaço europeu – cfr. Borsellino, 2007).

proteção de direitos fundamentais¹⁸. Mas não escondeu o “pecado original” de fugir à lógica da *responsabilidade política e legitimidade democrática*¹⁹, 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 setor social ou económico pressupõem uma visão “arbitral” do Estado. Assentam numa nova forma de articulação entre a sociedade e um Estado pluralista e policêntrico²⁰, mas continuam a ter como fim redesenhar o interesse dos atores (*self interest*) em prol e subordinado ao *interesse público e coletivo*.

Por esse motivo são essenciais os tradicionais mecanismos de controlo *judicial* mas também a *vigilância política*²¹. Só em má teoria se pode pensar que uma orientação pública ou *policy* nunca está imbuída de política (*politics*). É certo que a independência e a discricionariedade de ação e de decisão são de cariz *técnico* e não *político*. É igualmente certo que a nova burocracia visa obter as melhores soluções possíveis baseando-se por isso numa *neutralidade (split function)* similar à *judicial (naked preferences)*²². Mas como conjugar uma atividade tecnicamente pura com uma Administração necessariamente parcial (prosecução do interesse público), e independente perante os atores sociais (dados os riscos de captura ou de deriva burocrática)? Como controlar a discricionariedade técnica e a possibilidade de fuga ao seu controlo pelos representantes eleitos (legitimidade democrática do Executivo e do Parlamento)? A tradicional dialética entre a autoridade e a liberdade origina o atual confronto entre a *independência* e a *responsabilidade*.

1. Da dialética *Autoridade vs Liberdade à Independência vs Responsabilidade*.

A História mostra-nos que a dialética entre a Autoridade do Executivo face à crescente Liberdade dos cidadãos acompanhou no séc. XIX o crescimento do “Estado Administrativo”. Na

¹⁸ O nascimento destas autoridades é também justificado com o mau funcionamento do contencioso administrativo perante sectores “sensíveis” – considerando-se “sensíveis” os sectores onde existem interesses que *não podem* ser violados, *i.e.*, cuja violação não permite ao seu titular obter uma reparação jurisdicional ou reequilíbrio no campo substancial – *Da chio discende la necessità di una protezione di diritti, antitetica a quella affidata al giudice, che non va dispiegata in via successiva, ma in via preventiva, com immediatezza e continuità, a mezzo di una ininterrotta attività di sorveglianza (...)* - Merloni, 1997: 321-367. Sobre a influência dos princípios do direito criminal sobre o direito administrativo sancionatório, Dellis, 1997.

¹⁹ O Estado soberano foi afinal uma forma de personalização jurídica da Nação, e a sua legitimidade arranca nos modernos estados democráticos do Estado de Direito, ou seja: *o Estado é a única pessoa que retira competência da sua competência* - Saborin, 1988: 97.

²⁰ A expressão é de Sandulli, 1996: 115 ss.

²¹ *En la medida que la ciencia y la técnica penetran en los ámbitos institucionales de la sociedad, transformando de este modo las instituciones mismas, empiezan a desmoronarse las viejas legitimaciones* – Canals y Ametller, 1999: 474. A deferência judicial perante as normas criadas pelas agências administrativas nasceu também nos EUA, no sentido de que *federal courts must defer to agencies “reasonable interpretations of ambiguous statutes*, caso *Chevron USA Inc. Vs Natural Resources Defence Council, INC.*). Nem a posterior doutrina judicial denominada *hard look*, por mais intrusiva, deu maior relevância à participação popular estatuída no *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946, bastando-se, para além do cumprimento dos procedimentos participativos e fundamentadores da operação de *decision making*, com a explanação “racional” (lógica e completa) da opção regulatória – Catarino, 2009: 101-112.

²² 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.

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

A nova Administração independente representa um regresso a um Mundo do Poder atomizado e disperso, onde o *deficit* de legitimidade administrativa implica que a *relação fiduciária de representação* de baseie num diferente reconhecimento. Como? Através de mecanismos de participação popular decisória; de fundamentação da regulamentação; do estudo prévio do impacto regulatório e do *ratio* custo-benefício; do recurso procedimental a especialistas e peritos do setor a regular; da transparência e escrutínio popular e dos órgãos de soberania; do acesso à informação; da participação popular para a decisão (*cf.* arts. 4.º, 41.º, 47.º, n.º 2, 49.º LQ). Estes são os princípios procedimentais parajudiciais (*due process*) que vertidos no célebre *Administrative Procedure Act* de 1946 permitiram ao Supremo Tribunal Federal dos EUA aceitar vastos poderes para-legislativos e para-judiciais da nova administração independente²³.

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

- Pelo decréscimo de transparência na tomada de decisões e na aprovação de *standards* e *guidelines* por *fora* internacionais informais, aplicáveis globalmente (*worldwide*);
- Pela menor participação de *stakeholders* no procedimento global de decisão (sobretudo do público-beneficiário que os reguladores devem proteger);
- Pela captura do processo regulatório (*rule-making*) por agentes privados internacionais que, pela sofisticação e proximidade dos reguladores, aí têm um papel desproporcionado²⁴;
- Pelo desuso ou mera formalidade em que por vezes se transforma a tradicional consulta pública (*notice and comment*);

²³ Acerca da luta entre os *New Deal Democrats* e os Republicanos, e entre o Executivo “progressivo” de Theodore Roosevelt e o Poder Judicial que se pretendia único regulador federal (Supremo Tribunal Federal), Shapiro, 1986: 447-92. Esta luta entre Poderes levaria à adoção “pactuada” deste *Administrative Procedure Act* (APAct) enformando-o com a natureza de procedimento para-judicial, Catarino, 2009: 94 ss.

²⁴ Cuéllar, 2005: 414-5; Yackee & Yackee, 2006: 129.

– Pelo duplo (e reforçado) *deficit* de legitimidade inerente:

(i) Aos *fora* internacionais que decidem a regulação;

(ii) E aos burocratas, políticos e profissionais que aí participam.

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

Salientam os AA a forma como nestes *fora* internacionais informais, tal como nas demais organizações internacionais, o *lobby* das empresas mais poderosas determinam, nos ciclos expansivos, a política regulatória, com o beneplácito e omissão dos políticos. Relembremos o poder da oligarquia bancária norte-americana no dealbar da crise de 2007, e as vantagens que os políticos retiraram nas épocas de forte crescimento ou de bolhas especulativas. Ao contrário, nos períodos de recessão ou crise económica, os políticos sobrepõem-se aos burocratas e aos sábios: as rédeas das decisões técnicas passam então da indústria para os representantes dos Governos e para os políticos que passam a comandar tais organizações²⁵. Porquê? Por culpa própria, por terem omitido intervir e regular em momentos de expansão e de euforia; por necessidade, pois lhes cabe suportar prejuízos como os resgates (*bailouts*) massivos, inerentes a tais crises. A aceitação desta interferência regulatória, que se dá em qualquer ciclo, leva estes AA a substituir a expressão anglo-saxónica *capture* por “*rapture*”²⁶.

Aquilo que designamos por *accountability* (*infra* 2.2.) visa afirmar que a “legitimidade técnica” (*ex officium*) não pode mais ser um pretexto para a pulverização dos centros de Poder no Estado²⁷. 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*²⁸). 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

²⁵ O mais explícito exemplo decorre do fenómeno da União Europeia onde os Estados se superiorizaram de forma aberta às instituições constitucionais da UE. Acerca do fenómeno de “captura”, Singer, 2007: 34 e 110, e Porter, 2005: 108.64. Acerca da influência política sobre os *fora* dos mercados (IOSCO) e repercussões, *i.a.*, na regulamentação da atividade de *rating*, a obra de Pagliari, 2011.

²⁶ 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* - Dorn, 2011: 36.

²⁷ Autores mais radicais, como Marchán, figuram estes corpos sociais, económicos e políticos, como “animais de presa”, girando em torno da presa mais apetecida – o Estado –, vendo na *burocracia una base para el surgimiento de una oligarquia que surge, dice, en todas las organizaciones, como manifestación de tendencias antidemocráticas existentes en todo grupo social*, oligarquias com tendência natural dentro de qualquer organização humana – logo, também nas entidades reguladoras suscetíveis de captura (1983: 820). Fazendo parte da nova sociedade pós-modernista e integrados numa Administração Pública autorreflexiva, num tema de reinterpretação próprio da ciência da Administração, *vd.* Reed, 1993.

²⁸ Acerca das origens privatísticas da figura da representação (*fideicommissum* romano), ao *trust* anglosaxónico, *vd.* Avini, 1996: 1139, e Round Jr. e Round III, 2012: 1179-1186.

e mais legitimação. A dialética regulatória torna essenciais instrumentos procedimentais *hard* para além da participação social. A *accountability* é essencial pois permite à Administração Auto legitimar-se num fenómeno de *building the legitimacy inside-out*.

2. A legitimação pela *accountability*: o que é a *accountability*?

As formas de participação popular na atividade administrativa dos reguladores visaram permitir um controlo e uma responsabilidade pública tendente ao seu *reconhecimento*²⁹, suprimindo o *déficit* da “legitimidade técnica” frente à legitimidade jurídica (*ex lege*) ou política (democrática)³⁰. Estes meios seriam secundados pela “legitimação pelo procedimento”, na sua versão mas estrita de cumprimento das garantias fundamentais inerentes ao processo devido em Direito (*due process of law* particularmente importante na atividade intrusiva sobre direitos fundamentais como as autorizações, inspeções ou punições). A “fundamentalização” das normas procedimentais constituiria uma moeda de troca com os órgãos judiciais que determinou um movimento de *overjudicialization*³¹.

O “funcionamento em rede” dos reguladores, *i.e.* a sua integração em/com outros reguladores nacionais e estrangeiros e com *fora* internacionais, a participação em espaços regionais (como a UE, onde nasce uma tecnocracia administrativa comunitária³²) ou globais (IOSCO, Comité de Basileia, FMI/BM, IASB) permitiu-lhes maior projeção e mais poder.

No entanto, nem a participação dos reguladores independentes em redes inter e transgovernamentais e sistemas de regulação multinível, nem a forte integração e prestígio internacional daí decorrentes lhes permitiu atuar de forma a fomentar consensos e partilhar o conhecimento técnico para prevenir a concretização de riscos de efeito mundial. Ficou demonstrado que a necessidade de controlo e a responsabilidade da Administração não foi superada por uma atividade *administrativa internacional independente* nem por um *direito administrativo global*³³. Pelo contrário, a fraca e difusa *accountability* daí decorrente e a interferência política e profissional nos *fora* internacionais reforçam a sua vulnerabilidade e a

²⁹ Salomon, 2000: 1611-1674.

³⁰ No sentido da inconstitucionalidade, pela violação dos princípios constitucionais de direção e tutela da Administração, nomeadamente através da livre nomeação e exoneração de titulares de cargos públicos, bem como a responsabilidade política do Executivo perante o Parlamento, Llovet, 1993: 117.

³¹ Como refere Schwartz (2002: 321), os procedimentos permitem não só a participação popular e a legitimação e evolução do processo de regulação, mas também a *judicial review* – para além de, segundo alguns AA, ter feito evoluir a democracia para uma representação de interesses (relativamente ao papel das agências como reguladoras de interesses, resolução de conflitos de interesses e até eventual repercutora regulatória de interesses “fortes”). Também McCubbins, Noll & Weingast, 1987: 243-77. Alguns organismos internacionais, como a IOSCO, estatuem-nos - o regulador (...) *should adopt processes which are; consistently applied; (...) fair and equitable. In the formulation of policy, the regulator should have a process of consultation with the public including those who may be affected by the policy (...); - include standards of procedural fairness (...).* – <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf>.

³² O recente fenómeno de “agencificação” e os problemas da sua legitimidade constitucional e não *accountability*, originaram uma reação judicial (doutrina *Meroni*) que verbaliza a falta de poder de delegação dos Tratados e a necessidade de agir segundo os meios tradicionais. O mesmo sucedeu num Estado- Regulador como os EUA, onde tais questões de omissão constitucional levaram à afirmação judicial da *non-delegation doctrine* - Catarino, 2009:101; *idem*, 2012: 147-203.

³³ Uma boa súpula deste processo de *building legitimacy inside-out* é dada por Markell & Meazell, 2013, num *case study* – o comportamento da U.S. *Environmental Protection Agency*, actuação *ex ante* e a *posteriori* (perante petições e controlo judicial).

crítica social sobre os reguladores *vg* pelas crises financeiras ocorridas no corrente século. Quem paga os custos reconduz-se à velha questão: *quis custodiet ipsos custodes?*

Há que retomar as perguntas: “Quem comanda?”, “Como comanda?”, “Com que finalidade?” “Porquê?”, “A quem responde?”³⁴. Este é o vértice de controlo democrático genericamente englobado na expressão lata de *accountability*. Na falta de uma expressão nacional equivalente, e sublinhando a distinção feita por Bovens (2008), utilizamo-la menos no sentido norte-americano de *virtude* (conceito normativo que respeita a padrões de comportamento e de organização ideais, que permitem a posterior aferição de condutas) e mais no sentido europeu de *mecanismo* de avaliação³⁵.

Neste sentido, *accountability* conjuga *todas as formas* de relação *entre um sujeito de Direito e um ou mais fora, perante aos quais aquele deve explicar e justificar a sua conduta, tendo estes o direito de colocar questões e julgar, resultando desta relação consequências para o sujeito*³⁶. O controlo e responsabilidade (*accountability*) podem por isso assumir formas políticas, sociais, judiciais, e sobre elas e respetivas consequências nos debruçaremos de seguida.

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

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

Defende-se modernamente a aplicação aos reguladores independentes dos novos instrumentos de controlo e de supervisão da conduta dos regulados. Tal como os regulados têm mais informação que o regulador, há uma clara consciência de que por sua vez o regulador detém mais informação e *expertise* que o público em geral e que os Políticos em particular. Pode facilmente ocultar as suas verdadeiras intenções. Ultrapassar esta assimetria informativa e a falta de transparência (e conseqüente *adverse selection* e *moral hazard*), dependem da adoção legislativa de “remédios” que afastem da regulação do mercado o mau supervisor (“o *watchdog* prova do seu remédio”).

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

³⁴ Lodge, 2004: 129; *vd.* em particular as “soluções” e instrumentário do Quadro 6.3., a p. 135, ao conjugar tais dimensões com as três doutrinas de transparência regulatória (*Fiduciary trusteeship*, *Consumer sovereignty* e *Citizen empowerment*).

³⁵ O Autor sintetiza a concetualização da expressão que tem “strong positive connotations; they hold promises of fair and equitable governance, (...) a willingness to act in a transparent, fair and equitable way” - Bovens, 2008.

³⁶ 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 Bovens, 2006, www.connex-nnetwork.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf.

Falamos em “*deriva burocrática*” englobando a que resulta da atuação dos titulares dos órgãos dos reguladores (*bureaucratic drift*) segundo os seus interesses próprios (*vested interests*). Mas a “*deriva económica*” também está aí, a par da política, a necessitar de controlo. Muitos apontam a crise financeira iniciada em 2007/8 como novo exemplo de captura multinível decorrente dos profissionais de Wall Street e da City. A sua influência junto dos respetivos Governos e dos reguladores propagara-se nos anos 90: ao Comité de Basileia que dita as regras do mercado bancário; à IOSCO que dita as normas relativas aos mercados financeiros; à IASB que dita as normas contabilísticas; e daí aos Estados reguladores e ao FMI/Banco Mundial que faz avaliações regulares do seu cumprimento (*assessments*). A desregulação mundial que defendiam e a permissividade dos reguladores foi (e sempre será) possível porque nas fases de euforia económica o público não tem interesse por estas matérias e os políticos não permitem discutir os perigos que espreitam³⁷.

A esta influência foi concomitante uma “*colonização*” dos *fora* regulatórios através do fenómeno da *revolving door* ou transição de profissionais em várias direções; dos regulados para os reguladores e política e vice-versa. É famoso o “*Wall Street-Washington corridor*” (entre a oligarquia financeira e a política³⁸), que tornou transparente o *mix* político e económico. A revogação da vária regulação financeira contida no *Glass-Steagal Act* de 1933 por um Democrata, é um exemplo dado frequentemente. Também a “*deriva política*” decorre da aliança entre os titulares do regulador com o(s) político(s) que os levou à organização. Mas a “*deriva*” pode mudar de rumo; aqueles podem ultrapassar tal “*aliança política*” se verificarem que outras forças políticas virão a deter o Poder (*coalitional drift*)³⁹.

Um novo fator perturbador da independência decorre da “*captura intelectual*” que se tornou quase inevitável com o fenómeno da globalização: o “*neocorporativismo*”. É pronunciada existência de uma “*ecologia profissional*” ou uma comunhão de interesses profissionais e culturais entre indivíduos que funcionam dentro do mesmo círculo profissional, social e setorial. Estes indivíduos transitam entre o setor privado e o setor público, independentemente da cor política, numa real “*captura intelectual*” e social⁴⁰. As suas ligações pessoais, a informação de que dispõem (e conseqüente influência), a sua socialização, determinam uma formação cultural e profissional homogénea, “*clubes*” fechados social e intelectualmente (*narrow*), cujos membros rodam “*naturalmente*” entre diversas empresas e estas e o setor público. No limite, são epifenómenos da *Dual Economy* tão atacada por AA. como Judt ou Stiglitz, i.e., da existência paralela de duas sociedades e duas economias: a dos 99% e a dos 1% da população.

³⁷ Os reguladores confiaram na gestão e controlo do risco pelos regulados e nas teorias da difusão e dispersão do risco inerente à inovação financeira (através da titularização, de *repackage* de créditos, de CDS, de CDOs, de MBS, do *shadow banking*), e os políticos agradeceram a euforia económica e o financiamento das suas campanhas – Baker, 2010: 648 e Thikell-White, 2009: 690.

³⁸ No plano bancário, a Goldman Sachs e pessoas como Robert Rubin, Henry Paulson, William Dudley, Gerald Corrington, entre outras, estiveram muito tempo sob censura pela transição entre grandes bancos e o Governo e Agências federais, tendo dado origem a filmes e documentários chocantes – Baker, 2010: 652. Sobre o tema Johnson, maio de 2009 <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/>.

³⁹ Sobre a matéria os clássicos trabalhos do “gupo Mcnollgast”, McCubbins e Noll, 1987. Também Macey, 1992: 93-110; Shepsle, 1992: 111-118.

⁴⁰ Sobre o tema das ecologias profissionais, vd Seabrooke & Tsingou, 2009. Especificamente sobre este fenómeno e as e influência nas soluções de Basileia II, Tsingou, 2008.

As vantagens e desvantagens destas *ecologias profissionais* são muito discutidas. Existe uma real possibilidade de inovação regulatória (*cross fertilization*). Mas é óbvio o *supra* referido fenómeno da captura entre indivíduos que “rodam” entre cargos decisórios num movimento que incentiva e reforça a criação de “clubes herméticos” e autorreferenciais: e quanto mais perto estão das “redes” internacionais, maior é a sua distância face aos seus Governos, à demais Administração nacional, criando opacidade e déficit de vigília Política e Judicial⁴¹.

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

1. Controlo ex ante: o “desenho legislativo” do seu Estatuto

O dever de independência e imparcialidade *subjéctiva* (ou de tratamento igualitário *horizontal*) desemboca num dever de atuar com *neutralidade* (*duty to act fairly*) e *terceiridade* (imparcialidade objetiva ou *super partes*). A par do apelo às funções exercidas pela Autoridade o dever apela também à pessoa dos seus titulares e da sua personalidade, e ao dever de boa Administração⁴². Esta exigência de imparcialidade resolutória (*duty to act judicially*), inerente às modernas teorias da regulação económica, resulta de desenvolvimentos da “justiça Natural” (*natural justice*) e da adoção do conceito anglo-saxónico de *due process* num sentido material – *substantive due process* –, e procedimental – *procedural due process*⁴³. Por este motivo os Estatutos de cada regulador devem ser claros quanto aos requisitos objetivos e às condições prévias de *nomeação* dos dirigentes, que assentem numa reconhecida formação técnica no setor e numa especial idoneidade, independência política e preferencialmente em

⁴¹ Seabroke & Tsingou, 2009: 22. Desenvolvidamente, Tsingou, 2012, com o exemplo concreto da influência dos componentes do Grupo privado dos 30 (G30).

⁴² Para além da abundante jurisprudência do TJCE sobre o art. 214.º, posteriormente 287.º do Tratado CE, sobretudo no âmbito de procedimentos de fiscalização/sanção pela Comissão e aplicação dos direitos da defesa como vértice da lealdade e uma justa Administração disponível no respetivo *website*, salientamos a decisão de 6 de julho de 2000, no caso T-62/98 *Volkswagen AG vs. Comissão CE*, onde o Tribunal fiscalizou a legalidade da atividade dos serviços da Comissão quanto à alegada falta de descrição e publicitação da intenção de aplicação de uma sanção e da publicitação do procedimento – <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&nuff=T-62/98&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

⁴³ A justiça natural (*natural justice*) e as duas regras fundamentais de que partiram os juízes (*nemo iudex in re sua e audi alteram partem*) entende-se aplicável a punições aplicáveis a detidos, a visados em inquéritos administrativos, a juízes árbitros de associações privadas, a clubes privados e a partir do séc. XX também aos procedimentos administrativos, Wade, 2000: 435 e 469.

procedimentos concursais (mesmo internacionais, como sucedeu recentemente para o governador do *Bank of England* – art. 17.º, n.º 2 LQ).

Porque a burocracia técnica independente tem revelado permitir a alguns reguladores prosseguir agendas políticas próprias (*auto-captura* que se expressa na vontade de aumentar os orçamentos, ganhar maior prestígio, competências, respeitabilidade, poder e notoriedade⁴⁴), devem-se 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. 20.º e 18.º da LQ).

O *dever de reserva* implica também uma utilização muito parcimoniosa dos *media* pelo regulador para não ser depois por eles capturado, dada a tendência para manifestar opiniões próprias ou para se avantajarem em casos concretos, ou decidir para o público-audiência (fenómeno de *decision-making in front of an audience* mais próprio de políticos, que respondem perante uma grande variedade de *stakeholders*)⁴⁵. Por este motivo deve existir também um dever de *secretismo* das votações - ideal será a existência de uma só voz da Autoridade, desde que tal não impossibilite a divergência criativa ou a responsabilização (arts. 22.º LQ e 8.º do Regime Geral). A Lei não impede que se expressem vozes divergentes ou dissonantes perante os regulados, mas tal evita a pressão sobre os membros dos órgãos, protegendo-os de si próprios.

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

A par da independência *subjéctiva* e *objetiva*, também a *autonomia* é fundamental para que as AAI se apartem funcionalmente do Governo. A *independência funcional* (ausência de tutela ou de hierarquia) e *autodeterminação* (essencial à neutralidade⁴⁶) dependem da consagração da

⁴⁴ Niskanen, 1971, reeditado em 2007.

⁴⁵ Na sua área, estas autoridades detêm um poder enorme e uma informação que nenhum órgão político detém, o que determina a dificuldade e onerosidade da monitorização da sua atividade, podendo a entidade prosseguir objetivos e uma *agenda política* ou *interesses próprios* diversos (ou mesmo contrários) aos que os nomearam, minar os objetivos políticos que lhe foram confiados, proceder a uma vertente investigatória abaixo da média - convivendo melhor com os regulados e evitando recursos judiciais. Um aprofundado estudo sobre estes “desvios” pode ser consultado na bibliografia citada por Noll, 2002: 59.

⁴⁶ 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

autonomia. É típica a garantia de *inamovibilidade* fora de casos de falta ou culpa grave (*p.e.* decorrentes da violação grosseira e/ou reiterada da lei ou da violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais), arts. 20.º, n.º 3, e 45.º LQ.

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

A prevenção da captura e dos conflitos de interesses implica um *plus*: a estatuição de proibições que prolonguem no tempo as condições de nomeação, passando-se do controlo *ex ante* à monitorização de comportamentos (arts. 17.º e 20.º, n.ºs 3 e 5 LQ). Típicas são as *incompatibilidades* do cargo, como a proibição do exercício concomitante de quaisquer outras funções ou atividades profissionais, públicas ou privadas (art. 19.º, n.º1, *a*) LQ); as *incapacidades* ou *inelegibilidades*, salientando-se a proibição de realizar diretamente ou por interposta pessoa atividades ou operações no setor regulado (art. 19.º, n.º 1, *b*) e *c*) LQ). Tais limitações devem estender-se após cessação do mandato durante um período de tempo determinado, numa espécie de “período de nojo” (*cooling off period*) – art. 19.º LQ.

O conhecimento destas limitações obvia a que os titulares dos órgãos e dirigentes assumam como seus interesses alheios (*vested interests*), e deixem as AAI para trabalhar para os regulados e vice-versa (fenómeno de *revolving door*). A Lei não completou a proibição de captura decorrente deste fenómeno, existindo o o risco decorrente de os cargos de decisão e direção dos reguladores serem totalmente ocupados por pessoas vindas dos regulados - art. 19.º, n.º 2 LQ⁴⁷.

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

norte-americana do monopólio dos caminhos de ferros ou escândalos mais recentes de corrupção) e distância dos particulares.

⁴⁷ 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.* Lodge, 2004: 127, e vasta bibliografia aí citada).

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

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

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

2. Sistemas de controlos on going ou controlos contínuos

As exigências de controlo devem permitir a fiscalização da legalidade da atuação das AAI *a todo o tempo*. As técnicas de controlo policial ou “auto-stop” (*police-patrol oversight*) têm a sua origem nos poderes de fiscalização pelo Congresso norte-americano – através de inquéritos, de pedidos de informação, de preparação de estudos científicos, da exigência de prévios estudos de análise de impacto regulatório de algumas medidas, da justificação técnica da regulamentação (*vg* com base no risco que visam prevenir ou em análise custo-benefício)⁴⁸. Estes mecanismos devem ser estatuídos no ato de criação legislativa por dois motivos:

⁴⁸ Acerca das diferentes abordagens de controlo, Bressman, 2007. Também, McCubbins & Schwartz, 1984: 165-79.

1 – Desde logo porque evita a tentação de o Executivo vir a transformar mecanismos de coordenação em formas de controlo/captura⁴⁹. Sucedeu nos EUA desde Nixon (pela estatuição de submissão prévia de decisões, regulamentos ou despesas das AAI, ao *Office of Management and Budget* - OMB⁵⁰), até Obama⁵¹. Este último democratizou o procedimento regulatório de consulta pública exigindo resposta (*feedback*) também do público beneficiário, reviu toda a regulação passada que se demonstrasse ultrapassada ou ineficiente (*Executive Order 13,563, Improving Regulation and Regulatory Review*⁵²), mas também nomeou paulatinamente pessoas da sua inteira confiança⁵³;

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

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

Estas formas de controlo são tanto mais importantes quanto permitam suprir uma fraca sindicância pelos Tribunais (*toothless regulation*). A par da tradicional *deferência* do Poder Judicial às AAI dada a falta de conhecimentos específicos (*expertise*), assiste-se hodiernamente a uma “captura” dos órgãos de controlo judicial pelo *Science Policy Paradigm*. Referimo-nos à

⁴⁹ Esta vontade de controlo data praticamente da criação destas autoridades e a própria expressão *Fourth Branch* nasceu em 1937 com um sentido pejorativo no *Brownlow Committee (President’s Committee on Administrative Management)* instituído pelo Presidente Roosevelt perante estes ramos acéfalos do sistema de governo - Catarino, 2009: 194 e 298 ss.

⁵⁰ 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>.

⁵¹ Discurso de 2011 (*State of the Union Address*), <http://www.gpo.gov/pdfs/news-media/press/11news05.pdf>.

⁵² Disponível em <http://exchange.regulations.gov/topic/eo-13563>.

⁵³ Desde a sua criação por Nixon que os demais Presidentes têm reforçado as suas competências perante as *agencies*. Ronald Reagan e George H. Bush foram considerados por muito AA. os desconstrutores do *New Deal*, mas antes foram criados outros meios de controlo, pela apreciação da eficácia fiscal das medidas (Gerald Ford), do seu custo (Jimmy Carter), da necessidade de análises de impacto regulatório das propostas de normas (as *Regulatory Impact Analysis*, E.O. 12,291 de Reagan), a famosa *Executive Order 12,866* (Clinton), com a criação do *Office of Information and Regulatory Affairs* – OIRA no OMB), pela criação de sucessivas Instruções ou *presidential Orders* de coordenação (Clinton usaria a E.O 12,866 num canal de direção da administração executiva). Nada que se assemelhasse ao estatuído pelo Presidente George W.Bush em 2007, que com a *Executive Order* n.º 31,422 transformou a natureza do *Regulatory Policy Officer* (RPO), agente de ligação entre a Casa Branca e as agências, nomeado por estas e que “shall report to the agency head”, numa nomeação política, quando o deveria ser previamente pelo OMB – Catarino, 2009: 104 ss, e Criddle, 2006: 118-136; Notes, 2011: 580-601. Acerca da criação da OMB pela *Executive Order 11,541* de 1970, Bressman, 2007, com os desenvolvimentos e sucessivas alterações desta nova burocracia americana, especialmente após 1994.

captura no sentido de “super-deferência” Judicial⁵⁴ face à tecnicidade dos reguladores, no que pode servir a Política e o Executivo. Contra esta politização da Ciência os Tribunais deveriam exigir a demonstração de que as decisões científicas não seguem a política (*expertise-forcing*). Um exemplo desta *politicization of administrative expertise* foi o indeferimento judicial da petição popular de *rulemaking*, movida contra a *Environmental Protection Agency* (EPA), petição dirigida contra esta *agency* por se ter recusado regular as emissões de gases com efeito de estufa produzidos por automóveis (regulação permitida pelo §202(a)(1) do *Clean Air Act*) alegando falta de evidência científica de causa-efeito (argumento então adotado pela Administração Bush)⁵⁵.

Os *fire alarms* devem permitir uma intervenção política pois *sem consequências não há credibilidade, e sem credibilidade não há eficácia*. Deve o legislador consagrar meios de alerta e deteção, que têm até a vantagem de colocar sobre terceiros o custo da deteção e obtenção de elementos. Salientamos, entre outros:

- A possibilidade de cidadãos interessados ou grupos de interessados 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 (*i.a.* incluindo o acesso à informação procedimental e ao arquivo administrativo);
- A possibilidade de controlo por autoridades constitucionais como o Provedor de Justiça (*cfr.* arts. 4.º, n.º 1, *d*), 41.º, 47.º-9.º *LQ*).

Um meio de supervisão em voga na regulação norte-americana repousa na existência e vantajamento dos *whistleblowers*, colaboradores dos regulados que denunciam irregularidades, fraudes e comportamentos antiéticos⁵⁶. Este mecanismo deve igualmente ser aplicado ao controlo interno dos reguladores a par da aceitação e fomento (regulado) do dissenso interno. Este mecanismo pode funcionar como escape de tensões internas e permitir inovar e canalizar formalmente opiniões dissonantes que incentivem a renovação interna, a inovação e o espírito de corpo. É certo que a sua aceitação depende da autossegurança 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

⁵⁴ Acerca do problema da “super-deferência”, reforçada pela tendência de defesa dos reguladores que se “armam” com múltiplos pareceres técnicos, tecnicidades e jargão impenetrável na sua fundamentação, Meazell, 2012: 733-784.

⁵⁵ Após diversas decisões judiciais o Supremo tribunal Federal indeferiria, por 5 votos contra 4, a ação que fora movida contra a EPA por falta de fundamentação na recusa da petição de 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 adoção de tais medidas - *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency et al*, 127 S. Ct. 1438 (2007) <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1120.ZS.html>. Um comentário a esta decisão em Freeman & Vermeule, 2007, pugnando pelo *expertise-forcing*.

⁵⁶ 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>

reguladores com base na máxima de que *dissent is (...) part of the formula for successful bureaucracy*⁵⁷.

Uma outra forma de controlo pode decorrer da existência de uma instância de *coordenação e harmonização* das redes de reguladores setoriais (*infra*). Existindo espaços regulatórios partilhados por diversos reguladores poderá criar-se uma instância de coordenação administrativa à semelhança do norte-americano *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), criado no *Office of Management and Budget* (OMB)⁵⁸.

3. O controlo pela coordenação de espaços regulatórios partilhados. A coordenação e a captura multinível

O controlo pode efetivamente decorrer da *coordenação em espaços regulatórios partilhados* (referimos em anteriores escritos que no âmbito comunitário a coordenação tem dado origem a sistemas multinível de decisão, ao processo comitológico e à agencificação europeia). A criação de múltiplos reguladores setoriais 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 entreaajuda ou de cooperação (p.e. de troca de informação ou de entreaajuda na supervisão). Os arts. 2.º, n.º 2 e 11.º da LQ ultrapassam as primitivas formas de interregulação nacional e internacional, aceitando a concertação administração pela *contratualização* e pela *primazia* da administração comunitária.

Esta coordenação entre diferentes reguladores deve ter lugar a nível nacional mas também a nível internacional implicando um difícil balanço na sua relação: autonomia vs hierarquia; independência administrativa vs interferência governativa; defesa da soberania vs intercooperação internacional⁵⁹. Este não é um aspeto sobre o qual a moderna *governance* se

⁵⁷ Como informa Katyal, 2006: 2314-2349, a ferramenta administrativa designada por *State Department’s “dissent Channel”* foi criada por Nixon em 1971, porque entendeu que não recebia informação importante dos reguladores, vg a informação crítica), que incentivou e protegeu o diálogo – acerca deste *regulatory review process*, <http://www.state.gov/documents/organization/84374.pdf>. Tem um êxito assinalável no *Foreign Service* que incentiva a que os seus colaboradores formulem e exprimam opiniões vg sobre decisões e opiniões tomadas pelos embaixadores ou colaboradores situados nos níveis mais altos da hierarquia. Sendo analisadas no *State Department* (pela *Policy Planning Staff*), existe um prémio anual pelo seu melhor uso e pode mesmo levar a mudanças e promoções nos membros mais ativos e com maior mérito (*ibidem*, p. 2328).

⁵⁸ Através do OMB os planos anuais de atividades das diversas autoridades seriam harmonizados, e ao mesmo tempo prosseguindo uma política comum conforme com a vontade democrática, e com a OIRA também é analisada a viabilidade económica das propostas de ação e consistência das propostas de regulação <http://www.whitehouse.gov/omb>.

⁵⁹ São reais os difíceis problemas jurídicos legitimatórios e práticos resultantes da criação de agências setoriais, implicando meios nacionais e internacionais de coordenação regulatória necessária à prevenção de riscos sistémicos (interregulação), desde os meros fenómenos de troca de informação a pedido aos acordos interadministrativos de cooperação (Catarino, 2009: 157ss. e 257). São agravados pelas funções executivas da UE com vastos poderes de interferência na atividade dos reguladores nacionais - desde a regulamentação à comunicação de entendimentos vinculativos e sanção pelo seu incumprimento, possibilidade de inspeção aos próprios reguladores (*idem*, 2012, 175). Acerca das diferentes técnicas e desenvolvimentos para melhorar o controlo da “exclusividade jurisdicional” ou monopólio dos reguladores e crescente independência, Page, 2001:127 e Lastra “Schams, 2001: 165.

debruce, tanto mais que implica outras consequências que não serão aqui abordadas como a fusão de reguladores para racionalização de setores ou a redação de normas de conflitos de competências públicas⁶⁰.

Seguindo a classificação proposta por Freeman e Rossi⁶¹, a necessidade de interação entre os reguladores para um controlo mútuo pode decorrer:

1. De *atribuições sobrepostas*. Em setores regulados por vários reguladores podem verificar-se atividades de supervisão e sanção que incidem materialmente sobre as mesmas atividades e factos (no limite, também acompanhados pela atividade de investigação e de sancionamento por autoridades judiciais e criminais⁶²);

2. De *atribuições diferentes mas relacionadas*. Dado a visão parcelar da realidade (*tunnel vision*) tendencialmente criado por cada regulador e a falta de visão do todo, o regime de cooperação é essencial. O mais recente exemplo decorre 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*)⁶³;

3. De *atribuições diferentes mas paralelas*. Existem atividades bancárias com forte impacto na carteira das instituições de crédito (impacto prudencial), mas que pugnam na sua comercialização pela proteção do investidor (impacto comportamental), controlo prudencial e comportamental atualmente atribuídos a diferentes reguladores. Nestes casos, como sucedeu com a *Securities and Exchange Commission* e a *Commodity Futures Trading Commission* após o *Dodd-Frank Act*, os reguladores terão de se coordenar dado o risco de inação, ineficiência ou mau emprego de recursos públicos⁶⁴;

4. De *atribuições partilhadas*. Por poderem existir atribuições incompatíveis ou interdependentes, existe a necessidade legal ou informal de concatenação. Temos exemplos nos casos de autorização administrativas *de funcionamento* ou *de atividades* no setor

⁶⁰ Acerca das vantagens e desvantagens da concentração são vários e bons os argumentos a favor e contra a pulverização e a consolidação, Lowi, 2009.

⁶¹ Os AA. desenvolvem esta nova perspetiva, não só em termos de classificação, mas dos inúmeros desafios que tal hipótese coloca, apresentando instrumentos de coordenação (Freeman & Rossi, 2012: 1134-1209).

⁶² Vd o Acordo de Cooperação celebrado com a Procuradoria-Geral da República e o Banco de Portugal in <http://www.cmvm.pt/cmvm/cooperacao/C3%A7%C3%A3o%20nacional/acordos/Pages/acordos.aspx>.

⁶³ O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, http://www.banking.senate.gov/public/files/070110_Dodd_Frank_Wall_Street_Reform_comprehensive_summary_Final.pdf

Implica a intercoordenação com o *Financial Stability Oversight Council* (reúne o Secretário do Tesouro e diversos presidentes de reguladores como a *Securities and Exchange Commission*, a *Commodities Futures Trading Commission*, a *Federal Deposit Insurance Corporation*, o *Consumer Financial Protection Bureau*, o *Financial Stability Oversight Council*, a *Federal Reserve*. Acerca da sobreposição, Barkow, 2010: 1792.

⁶⁴ O Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro, visou reforçar a estabilidade financeira e os deveres de informação e transparência no âmbito do setor 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 respetivos necessitaram aclarar e acordar administrativamente a distribuição de competências através de “Entendimentos comuns”, disponíveis em <http://www.cmvm.pt/cmvm/recomendacao/entendimentos/Pages/default.aspx>.

financeiro (p.e. Banco de Portugal e CMVM)⁶⁵; na aprovação de atos de fusão de empresas de setores regulados (p.e. nas telecomunicações implica a ANACOM, a CMVM se as empresas forem abertas, a Autoridade da Concorrência pela dimensão da operação)⁶⁶.

A *coordenação* pode rapidamente desenvolver-se no mau sentido, da *hierarquia* de um ente sobre os demais ou da sua *captura*. Um caso de sobreposição de atribuições verifica-se atualmente entre a União Europeia e os Estados-membros, e apesar da natureza administrativa das instituições europeias no domínio bancário, segurador, financeiro, energético, existe uma falta de controlo comunitário e nacional sobre os eurocratas dado os domínios serem *matéria reservada* dos Estados⁶⁷. Paradoxalmente, se as AAI nacionais que participam numa rede transnacional ganham dimensão europeia e consequentemente mais poder internamente, tal não evita a subordinação a uma *Administração comunitária indireta*.⁶⁸

A necessidade de cooperação regulatória internacional, *vg* na União Europeia, para evitar lacunas de supervisão, é premente mas têm-se levantado questões de legitimidade e de *accountability*. O problema da legitimidade e do controlo estão sempre latentes, como o demonstrou o *Acórdão Meroni*: um é a contraface do outro (embora alguma jurisprudência recente do TJUE tenha vindo a “limar” a linha dura vertida no *Ac. Meroni*). A par do controlo pela Comissão, pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu, o TJUE desenvolveu meios de controlo judicial dos atos normativos e quase-normativos, a par de mecanismos extrajudiciais fixados por 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*⁶⁹.

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

⁶⁵ Acerca da tipologia e intensidade das intervenções regulatórias, como as autorizações e aprovações, Catarino, 2010: 470-80.

⁶⁶ Retomando o exemplo dos EUA, o já referido *Dodd-Frank Act* divide competências mas estatui a obrigatoriedade de consultas recíprocas e mesmo de regulamentação conjunta de reguladores, por forma a evitar riscos sistémicos e/ou inconsistências (na área financeira a regulação da atividade de contratos derivados é dividida entre a SEC – os *securities-based swaps* – e a CFTC. Pugna pela cooperação e consulta mútua, e regulamentação conjunta (não o impõe) entre diversas autoridades como a SEC e a *Securities Investor Protection Corporation* (vd 15 USC 78o-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>.

⁶⁷ **Salientando o crescimento sem controlo desta Administração comunitária e pugnando por um maior controlo judicial, Lindseth, 1999: 628-738.**

⁶⁸ Acerca dos problemas da sua legitimidade e do *Acórdão Meroni*, da compatibilidade com o princípio da subsidiariedade, da proporcionalidade, da desburocratização, Catarino, 2012a: 95-155. *Vd* também a abordagem do parlamento federal alemão, pois o *Bundestag* defendeu que cada autoridade de regulação deveria estar sob “tutela” de um Comissário e o *Bundesrat* questionou mesmo a existência das *executive agencies* e falta de coerência judicial assim criada http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html Mas as preocupações vêm também do Parlamento britânico e francês - Saurer, 2010: 623. Nos EUA existe para as *executive agencies* a possibilidade de procurarem tal mediação no *Office of Legal Counsel* do *Attorney General*, *Department of Justice*, entidade encarregue de apoiar legalmente o Presidente e todo o Executivo (nada impede as demais de tal recurso) - <http://www.justice.gov/olc/index.html>.

⁶⁹ Tais mecanismos de mediação serão dificilmente implementáveis. Para uma distinção entre *independent* e *executive agencies*, e diferentes aceções de regulação, Catarino, 2009: 100-111, 267 e 215.

o controlo daquela administração pelos Estados-membros num ambiente regional que não é de federação de Estados mas de Executivos.

IV. SISTEMAS DE CONTROLO SUCESSIVO OU A POSTERIORI

Os *fora* perante quem respondem as autoridades são diversos, e a sua atuação está sob escrutínio:

(i) Sob os olhos políticos e administrativos (dentro do tradicional regime democrático de responsabilidade perante os eleitores e perante o Executivo no cumprimento das determinações políticas gerais);

(ii) Sob o olhar profissional de guardiães (*gatekeepers*) privados (conselhos consultivos ou conselhos representativos dos pares profissionais, de auditores e outras formas externas e privadas de controlo social que cresceram no *New Public Management* naquilo que se designa por *audit explosion*⁷⁰);

(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 atuação dolosamente violadora de direitos, liberdades e garantias de administrados pode determinar falta grave, levar à impugnação de atos administrativos ou regulamentares, à responsabilização dos agentes, à demanda por comissões de inquérito, ou à presença dos responsáveis em comissões especializadas no Parlamento. As formas de controlo não são autoexcludentes.

1. O controlo social (interno e internacional).

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

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

⁷⁰ A excessiva aproximação e dependência das autoridades públicas dos *media* e das suas agendas pode determinar a captura e mesmo o efeito mais perverso de poder morrer às suas mãos – sobre esta matéria, atual e determinante, as obras de Mas & Galán, 2000, e Cotarelo, 2013 ou Jiménez, 2012.

– Em “reportes” e denúncias aos seus reguladores, através do envio de relatórios de controlo interno, de relatórios de auditoria interna, de reporte de irregularidades e ilegalidades por *whistleblowers*.

O escrutínio social tornou-se mais forte perante a alegação de omissão de ação pelos Governos e pelos reguladores, de que resultaram prejuízos em cadeia para os consumidores⁷¹. 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 assunção de que a socialização do risco (a sua dispersão por inúmeros investidores e mercados) o diluiria, revelou-se enganadora, contagiando os próprios Estados soberanos⁷². 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”.

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

As vezes que demandam um maior controlo e responsabilização dos reguladores (mesmo uma “repolitização” da regulação num sentido mais dirigista – submetida às opções políticas e culturais próprias de cada Estado) têm vindo a aumentar dada a quebra de confiança social (*auctoritas*). As crises sucessivas iniciadas no séc. XXI e o efeito sistémico da convergência regulatória na globalização não deram mais crédito às AAI⁷³.

O descrédito está a alterar o compromisso (*trade off*) entre controlo democrático e o sigilo de negócios que gerou a excecionalidade da administração independente. O paradigma norte-americano segundo o qual a regulação independente deve estar fechada à política tende a ceder perante a pressão social. Muitos defendem menor liberdade de circulação de capitais, as vantagens de um *uneven playing field*, a concorrência entre espaços e mercados, a inovação e adequação da regulação às realidades e empresas locais. A Democracia parece não casar com a Globalização; a convergência dos mercados livres e a “tomada” por organizações ou *fora* nacionais e internacionais poderá levar a prazo a um divórcio com o Estado⁷⁴.

⁷¹ Helleiner & Pagliari, 2011: 169-200.

⁷² Dorn, 2011: 44.

⁷³ Assim, a crise das *dot.com*, da contabilidade criativa (Enron/Worldcom), dos conflitos de interesse na *governance* societária, da desregulação e dos *hedge funds*, dos conflitos de interesses das companhias de rating, de criação de produtos financeiros complexos transacionados fora de mercados regulamentados (*Over The Counter* ou OTC), de disseminação de créditos de alto risco pelo retalho, de utilização de veículos especiais e criação de *shadow banking*, de omissão dos reguladores. Dorn, 2011: 59; Alexandre *et al.*, 2007: 647; Helleiner, 2009: 8.

⁷⁴ A responsabilização nacional e o *uneven playing field* pressuporiam uma arbitragem regulatória, uma arbitragem jurisdiccional, 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

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

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

Os reguladores têm de se reaproximar dos beneficiários da regulação (*external stakeholders*) e menos dos regulados. A realidade regulada encontra-se exposta, nacional e internacionalmente, a comunidades de peritos (professores, cientistas, especialistas), a grupos de interesse concentrados e fortes (associações de profissionais, de defesa de consumidores, sindicatos), e grupos difusos, como a opinião pública. Os grupos de interesse “fortes” intervêm constantemente junto das autoridades reguladoras com a finalidade de fazer vencer os seus pontos de vista, sendo importante analisar a sua influência perante as escolhas públicas feitas, e os benefícios que recolhem. Esta fusão de interesses privados e públicos é demasiadas vezes clara, como o demonstra o uso da expressão *rapture* ou “procedimento com integração vertical” (*vertical integration* ou *joint policy making*⁷⁵).

Um controlo social legitimante acarreta fortes deveres⁷⁶:

cidadãos decidem em cada momento ser o interesse público a prosseguir (*public good theories*). Ademais, um controlo pela autoridade estrangeira (*home country control*) proteger menos os cidadãos onde uma entidade estrangeira se estabelece. No entanto, o caminho seguido a partir de 2002, com a lei Sarbanes-Oxley Act e criação de mais entidades de controlo contabilístico (PCAOB) ou sistémico (FSF/FSB) nos EUA, ou o caminho trilhado pela União Europeia após os Relatórios Lamfalussy e o Larosière, vieram no caminho da convergência e unicidade que fosse de encontro aos investimentos financeiros e bancários que existiam entre a Europa e os EUA – cfr. Alexander *et al.*, 2007: 667; Catarino, 2011.

⁷⁵ Schweotzer & Kumpan, 2005: 687-729.

⁷⁶ 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.

- Na sua relação com o público/cliente a Administração deve cumprir elevados padrões (*benchmarks*) de atividade e eficiência;
- A sua atividade deve sujeitar-se a publicidade, fundamentação e transparência;
- Quando solicitada, deve prestar informação de forma atempada, verdadeira, independente e completa;
- Não deve recusar *briefings* públicos para perguntas e respostas de cidadãos;
- Deve pugnar pela reserva e sigilo nas suas atividades investigatórias;
- Não pode regular *por causa* ou *para* o público ou os *media*;
- Deve adotar e publicitar a sua orientação pública (*policy*).

Porque a independência é real e baseia-se na tecnocracia (a necessidade de *expertise* e complexidade técnica são inultrapassáveis), ela tem de ser contrabalançada por uma força particular das normas de garantia e de participação (“fundamentalização” - *supra*, nota 32). Mas existe o denominado *accountability dilemma*: a criação de mecanismos de controlo não deve permitir o torpedear da normal atividade de um regulador. A necessidade de equilíbrio (*checks and balances*) não pode ser ultrapassada por poderes fortes, como alguns regulados ou os *media*. Os próprios reguladores são demasiadas vezes apesados (*trapped*) por estes últimos no recurso à barganha constante entre a informação que detêm, fornecem ou obtêm. Tal como um regulador que prossiga objetivos políticos ou pessoais (*patrimonialização* do cargo), um regulador fraco pode acabar limitando-se ao estrito cumprimento de formas e objetivos facilmente justificáveis nos *fora* de controlo social, evitando inovar ou prosseguir a sua função de forma assertiva. Os reguladores vítimas desta *accountability trap* podem igualmente adotar um comportamento defensivo, por vezes hostil ao exterior, ritualizado e rotineiro⁷⁷. 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 Judicial⁷⁸.

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*⁷⁹. Uma forma de mitigar o anquilosamento interno pode decorrer do autocontrolo, da mobilidade, do incentivo interno ao estudo e inovação pelos colaboradores dos reguladores, que devem ouvir e cultivar o “eco interno” de perspetivas

⁷⁷ Thjiel & Leeuw, 2003: 267-281, e a obra de De Bruin, 2000.

⁷⁸ Otero, 2003; Sunstein, 2006: 2580-2610.

⁷⁹ Katyal, 2006: 2314-2349. Na realidade, uma pessoa “does not live for months or years in a particular position in an organization, exposed to some streams of communication, shielded from others, without the most profound effects upon what he knows, believes, attends to, hopes, wishes, emphasizes, fears and proposes” - Simon, 1994.

diversas e alternativa – através de *internal checks* ou de *whistleblowers*⁸⁰, mitigando o efeito *tunnel vision* da realidade.

2. O controlo político

O *controlo político* das AAI decorrerá dos mecanismos naturais inerentes à democracia representativa ou à lógica das maiorias. Estamos perante entidades que escapam à lógica do controlo hierárquico-funcional da Administração dado o seu estatuto legal de independência e imparcialidade e os vastos poderes atribuídos pelo poder legislativo. O princípio da legalidade que as norteia e constitui garantia dos administrados encontra-se difuso com o predomínio das fontes quase-normativas, da informalidade, da desprocedimentalização e da delegação normativa e deslegalização, num “diálogo regulatório” com os cidadãos, atípico (*fuzzy legality*⁸¹).

Um vasto espaço de atuação conjugado com uma legalidade cada vez mais difusa pode ser utilizado, e deliberadamente criado, para os políticos atuarem sem controlo democrático, *vg* criando ou pressionando os reguladores num sentido que favoreça interesses privados, políticos ou económicos (técnica de *stacking the deck*). Ao mesmo tempo eles auferem a vantagem de a devolução de poderes lhes permitir desresponsabilizar-se por omissões na defesa do interesse público (*p.e.* não atuação contra cartéis), ou por medidas impopulares (*p.e.* subida de preços ou tarifas). Na realidade, tais atos e omissões são praticados por autoridades sobre as quais não detêm (teoricamente) domínio e que os políticos podem culpar perante os eleitores⁸².

Como compaginar a independência com o controlo político? Este decorre *prima facie* da *transparência* da atuação da AAI e da *visibilidade* e *credibilidade* dos seus agentes: uma Autoridade com “auctoritas” não tem a tentação de esconder a sua atividade⁸³. 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

⁸⁰ Desde o *Pendleton Civil Service Act* de 16 de janeiro de 1883 (ou Pendleton Act, espécie de tributo ao assassinado Presidente Garfield por um desempregado desesperado), que se promoveu uma cultura de proteção dos funcionários do Executivo perante o poder político, na contratação e na perseguição e despedimento, e baseada meramente no mérito. A desconfiança na influência dos políticos, que levava à criação das autoridades independentes, seria prosseguida neste domínio de proteção dos seus colaboradores pelo *Civil Service Reform Act* de 1978 e criação de uma autoridade independente de controlo (*Merit Systems Protection Board*, uma *quasi-judicial agency*) - <http://www.dol.gov/olms/regs/compliance/complcsra.htm>.

⁸¹ O problema das desordem normativa, da informalidade e deslegalização no diálogo regulatório criado por instruções, advertências, orientações, pareceres, tinham sido aspetos apontados no que denominámos pelo império do direito “informador” e “conformador” (Catarino, 2009: 420 ss). A criação de autoridades atípicas no direito da União Europeia viria a criar uma maior desordem normativa que a “cidade dos juízes” será chamada em breve a decidir (*Idem*, 2012a: 95-155).

⁸² Estas críticas são muito dirigidas ao poder legislativo pelos teóricos da *Public Choice* como David Schoenbrod, 1993. Também Aranson, Gellhorn & Robinson, 1982: 57.

⁸³ Sobre a matéria da credibilidade, Shapiro alega que quando o público se interessa por determinada matéria, a posição dos especialistas deixa de ser só por si credível, tornando-se em mais um instrumento de luta política com o risco de não conseguirem contrapor-se à contrainformação que daí resulta (1996: 101).

facilmente admissível que existam órgãos *politicamente autoreferenciais* e como tal irresponsáveis (Teubner, 1989)⁸⁴.

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

Num segundo momento, através da estatuição de controlos contínuos (*on going controls*). Este controlo deve ter por fim a monitorização pelos poderes Legislativo (através de Relatórios periódicos, de audições ou inquéritos parlamentares que podem decorrer de *fire-alarms* acionados pelo público/beneficiário descontente). A Assembleia da República detém o poder de fiscalização política no âmbito do qual pode apreciar os atos do governo (vg os atos de superintendência e de tutela previstos na lei das autoridades reguladoras independentes e dos respetivos estatutos legais), art. 162.º, a) CRP). Efetiva-se através de:

– Perguntas dos deputados aos membros do Executivo (art. 156.º, d) CRP e art. 4.º, n.º 1, d) do Regimento da Assembleia da República – RAR);

– De requerimentos ao Governo ou aos órgãos de qualquer entidade pública para obtenção de informação sobre os assuntos relevantes para o exercício do seu mandato (art. 156.º, e) CRP, e art. 4.º, n.º 1, e) RAR);

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

Mas também o Executivo deve exercer de facto e de direito o seu poder de superintendência, de tutela ministerial, vg orçamental, tal como o Poder Judicial deve controlar da legalidade e da discricionariedade de atos e omissões das AAI⁸⁵.

Ao atribuir a uma AAI a microgestão de uma área (porque o Legislativo e o Governo não sabem ou não o querem fazer) as formas de controlo devem ser acauteladas e fundamentadas numa relação de custo (*trade-off*) entre a estatuição de controlos *ex ante* e *ongoing*. Conferir uma maior latitude e discricionariedade de atuação (e *adaptabilidade*) corresponderá a uma maior

⁸⁴ Para uma visão do problema da independência objetiva e subjetiva e da imparcialidade e neutralidade decisória (*split function*), e a epistemologia de discursos e comunidades autopoiéticas (Teubner, 1997: 99-123), baseadas em sistemas autorreferenciais no Estado regulador a nossa dissertação de doutoramento em Coimbra, 2008, *A heteroregulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais: da justiça administrativa às autoridades administrativas independentes*, policop. e em CD.

⁸⁵ *Acerca da decisão entre modelos Ex Ante Discretion e Ex Post Veto, e de diversas outras influências (maior ou menor expertise do criador sobre a área a regular; confrontações políticas subliminares; confrontos políticos reais ou possíveis)*, McCubbins & Schwartz, 1984: 151; Epstein & O'Halloran, 1994: 697-772.

limitação do poder de controlo *ex-post*. O contrário deverá suceder se não quiser deixar ao sabor de futuras mudanças políticas o exercício do controlo⁸⁶.

No nosso sistema o Parlamento não deveria ser periférico ao controlo destes *arms length* do Executivo, como sucede no diploma aprovado. O Parlamento deve estender a sua representatividade e controlo a toda a Administração, mesmo a de representatividade “difusa”, de tal forma que os titulares dos órgãos reguladores apenas se deveriam manter em funções enquanto conseguissem demonstrar ter sobre os setores regulados a *autoritas* e a *dignitas* a que é inerente o seu forte poder independente⁸⁷.

A par do controlo político inerente à constituição do regime jurídico dos reguladores (*statutory policy-making*), que deveria assentar no consenso parlamentar mais alargado possível, o controlo deveria ser exercido também na nomeação dos seus titulares. Temos para nós que o Parlamento não deve usurpar competências tipicamente Executivas como a nomeação dos titulares das autoridades administrativas. Ademais, tal ato autolimitaria o exercício do poder de sindicância sobre o Governo⁸⁸. Mas é essencial que, pelas características das AAI, e pelo “pecado original” de falta de democraticidade, o Parlamento contribua para a *social legitimation*. Como?

- Escrutinando o percurso profissional e a competência dos titulares nos setores que irão “governar”. Eles devem ser politicamente descomprometidos e competentes (não se espera uma *tabula rasa* mas um superior conhecimento e ideias sobre a matéria), devendo ser aferidos os seus pré-juízos e pré-conceitos;
- Controlando a sua atividade por forma a prosseguir uma regulamentação eficiente e coordenada (*better regulation*) evitando conflitos de interesses ou a prossecução de interesses

⁸⁶ 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 ativamente na regulação da concorrência interestadual e na criação da ICC. Neste sentido alguns Autores defendem mesmo que o Bill que regulou a concorrência traduz um compromisso entre os *short haul shippers* juntos com a indústria dos caminhos-de-ferro, e os *long haul shippers*. A verdadeira independência da ICC decorreria do *turnover* democrático ocorrido em 1889 que daria a vitória aos Republicanos (e ao Presidente Benjamim Harrison, claramente sintonizado com a indústria dos caminhos de ferro); o Presidente cessante e o Congresso aprovaram em 1899 uma alteração ao *Interstate Commerce Act* “compromissório”, retirando a ICC do Executivo, dando-lhe a independência de os seus comissários cooptarem internamente o presidente (deixou de ser nomeado e demitido pelo Presidente), o que por sua vez deu lugar a investigações claramente independentes do Executivo perante um *staff* que cresceu, o mesmo sucedendo ao prazo dos mandatos que passariam de seis para sete anos” – Catarino, 2009: 338.

⁸⁷ Para uma síntese das difíceis questões que se colocam a nível da legitimação, Moreira & Maçãs, 2003: 250.

⁸⁸ Neste sentido, Gonçalves (2006: 550) ao criticar a excessiva dependência da Entidade Reguladora da Comunicação perante a Assembleia da República.

opacos (*vested interests*). Os titulares devem assumir a necessidade de coordenação administrativa⁸⁹;

– Investigando factos que possam levar à não nomeação dos titulares (relativas à idoneidade *pessoal*, vg condenações judiciais em crimes patrimoniais, ou *profissional*, vg por falta de habilitações ou casos de insolvência de empresas por si geridas), ou, num momento posterior, à sua exoneração (por violação de princípios fundamentais - iniciativa a ser colocada para decisão governamental mas preferencialmente ou sob controlo judicial).

Há muito que defendemos a existência destes controlos, similares aos efetuados por comités do Senado norte-americano⁹⁰. Tipicamente, deve haver também uma apresentação anual de atividades à Assembleia da República, a par da audição frequente nas comissões especializadas ou nas comissões de inquérito – arts. 17.º, 21.º, n.º 1, c), l), 49.º LQ).

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

3. O controlo judicial

A Lei-Quadro não inova em matéria de competência ou processo jurisdicional no que respeita ao controlo dos atos da administração independente, enunciando a possibilidade de alguns Estatutos virem a adotar algum dos meios de heterotutela administrativa e de transação, muito em voga na atual corrente de desjudicialização e que integram a designada *reg neg* (*negotiated regulation*, arts. 40.º, n.º 2, a), 47.º LQ)⁹¹. Aparte uma referência também vaga e indeterminada a poderes sancionatórios a ser concretizada nas respetivas leis orgânicas (art. 43.º LQ), a lei enuncia de forma confusa meios jurisdicionais que as AAI não poderão exercer diretamente (arbitragem), e meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Nestes últimos meios de heterotutela administrativa salientamos os meios extrajudiciais de resolução de conflitos (*alternative means of dispute resolution* - ADR's) onde se incluem a negociação, a mediação, a conciliação, o *mini trial*⁹².

⁸⁹ Acerca das dificuldades inerentes a este poder de “comunhão” com um poder Executivo e Legislativo inerente aos Estados modernos, Caracciolo, 1997: 189.

⁹⁰ Quanto aos defensores desta supervisão (*congressional oversight*) e de que tais entes são sobretudo um braço do Parlamento (*arm of Congress theory*), Molina, 1995: 190 ss.

⁹¹ Rossi, 2001: 1015-1058.

⁹² Tivemos ocasião de criticar a (des)ordem judiciária em que tais autoridades se movem, e distinguir entre os diversos meios alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos, salientando as difíceis questões que convoca (Catarino, 2009: respetivamente pp. 818 ss. e 772 ss.). A nível nacional, a (des)ordem foi agravada pela criação de tribunais “ad-hoc” (para alguns dos reguladores e parte da sua atividade), como o tribunal da Concorrência e da Regulação e Supervisão em Santarém (Lei n.º 46/2011, de 24 de junho). Esta (des)ordem foi recentemente

A possibilidade de prática de atos administrativos decidindo conflitos entre os cidadãos e os regulados, ou entre estes, mediante aplicação do direito do caso concreto, que pode redundar na condenação ao pagamento de uma indemnização patrimonial ou outro meio de “reparação justa” aos consumidores (arts. 40.º, n.º 4 e 47.º, n.º 3, als. *d*) e *e*) LQ), é uma novidade que apenas tinha paralelo no anterior Estatuto da ERSE. Sendo controvertida a *natureza desta função*, estaremos perante atos administrativos cuja apreciação judicial se encontra cometida aos Tribunais do Contencioso Administrativo (art. 50.º CPTA).

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

Aparte estes graves problemas ainda não resolvidos, o controlo jurisdicional exercido pelos tribunais do contencioso administrativo “sofre” com as dificuldades inerentes a atos de entidades dotadas de saber técnico e científico muito especializado, meios e formas de atuação administrativa atípicas, que operam de forma informal e desprocedimentalizada, e no limite da legalidade⁹³. Salientámos já o problema da *deferência* e da “super-deferência” típicas da atuação judicial perante o paradigma da “cientificidade”, e acrescentamos que uma interpretação das AAI sedimentada pelo tempo e pela prática torna maior a deferência pelos Tribunais que não querem correr o risco de proferir decisões inconsistentes, inaplicáveis ou com elevado custo⁹⁴.

demonstrado pela alteração do tribunal de recurso de Santarém, que passou da Relação de Évora para a Relação de Lisboa no final de 2013.

⁹³ Maçãs, 2006: 21-49; Maçãs, Catarino & Cardoso da Costa, 2004: 420. Acerca da problemática da sindicância da atividade administrativa sancionatória, e da aplicação dos princípios fundamentais de um *substantive due process of law* o nosso trabalho 2009: 557 ss.

⁹⁴ Um problema concreto foi por nós levantado em anotação a um Acórdão do STJ no proc. 3422/01, a propósito de uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra os titulares do Conselho Diretivo da CMVM, com pedido de anulação de uma operação sobre valores mobiliários e reversão física e financeira determinada pelo Tribunal (Catarino, 2003: 3-28). Além da problemática da responsabilidade civil extracontratual e da *determinação da jurisdição competente*, em causa estava a eficácia de uma decisão judicial de anulação de um ato administrativo autorizativo de uma oferta pública e substituição de tal ato sobre uma operação registada e plenamente realizada alguns anos antes, perante valores (e empresas) que podem já não existir...

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

4. O controlo pela responsabilidade civil. As Teorias Económicas do Direito.

Uma derradeira forma de controlo radica na *responsabilidade civil e criminal* dos reguladores e dos seus titulares, funcionários ou agentes, tema que tivemos já ocasião de analisar perante jurisprudência estrangeira relativa a um dos reguladores financeiros⁹⁵. A *ratio essendi* dessas decisões, incidindo sobre a natureza e oportunidade de exercício dos poderes de supervisão, permite transpor para todas as Autoridades reguladoras independentes a generalidade das conclusões a que chegámos antes, e agora vertidas na lei. O regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Regime Geral ou RG) aplica-se à administração independente (arts. 5.º, n.º 3, alínea *b*), 24.º). Esta afirmação não é pacífica na Europa, onde alguns Estados e diferentes Autores pretendem a imunidade ou limitação deste tipo de controlo judicial para alguns atores.

Os principais argumentos da imunidade assentam na natureza e fins específicos da função de regulação – o destinatário é o setor e não as pessoas singulares –, ou na especial dificuldade e natureza da atividade – 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 decorrente de uma responsabilidade objetiva pelo sistema público, 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. 35.º, n.º 3 LQ.

As autoridades reguladoras foram criadas tendo em vista vigiar e controlar setores económicos essenciais, de risco ou de particular complexidade técnica, e atos ou atividades que possam interferir com direitos, liberdades e garantias individuais. Para tal foram dotadas de uma vasta e *forte* gama de competências administrativas a utilizar face a pedidos de atribuição de *licenças* ou de *autorizações*, seja *de funcionamento* ou *de atividade*, e *aprovações* (*supra* n. 66). A possibilidade de imporem limitações à iniciativa privada, à propriedade de empresa, ao exercício de atividades profissionais e de trabalho, decorrem de um pré-juízo *antecipatório de perigos e de riscos* e dos seus efeitos em setores regulados. Corresponde-lhe a assunção pelos particulares de “obrigações de entrada”, que se traduzem em relações jurídicas de

⁹⁵ Não aprofundaremos aqui argumentos vulgarmente utilizados na discussão da responsabilidade destas autoridades reguladoras independentes, como a exigência de *faute lourde* em sinonímia com o regime dos juízes pela dificuldade e risco da decisão; a não cobertura do dano resultante do risco normal do funcionamento de um sector (risco permitido); a coresponsabilidade dos particulares em atividades negociais que demandam um elevado padrão de diligência e de autoinformação (*myth of the informed laymen*); a responsabilidade por culpa *in eligendo* ou *in vigilando* - Catarino, 2009: 283-6 e 349.

proximidade com a Administração (que não são de sujeição especial), e que incluem sujeição a poderes de proibição, de restrição, de limitação e de ingerência na atividade e privacidade das pessoas singulares e coletivas. Num plano de minoração de riscos e danos, o controlo e supervisão devem obedecer ao princípio da *prevenção* e da *precaução*: no *trade off* regulatório os reguladores utilizam modelos de risco, *stress tests*, análise de impacto e de custo-benefício, e a cooperação e entreaajuda 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”⁹⁶.

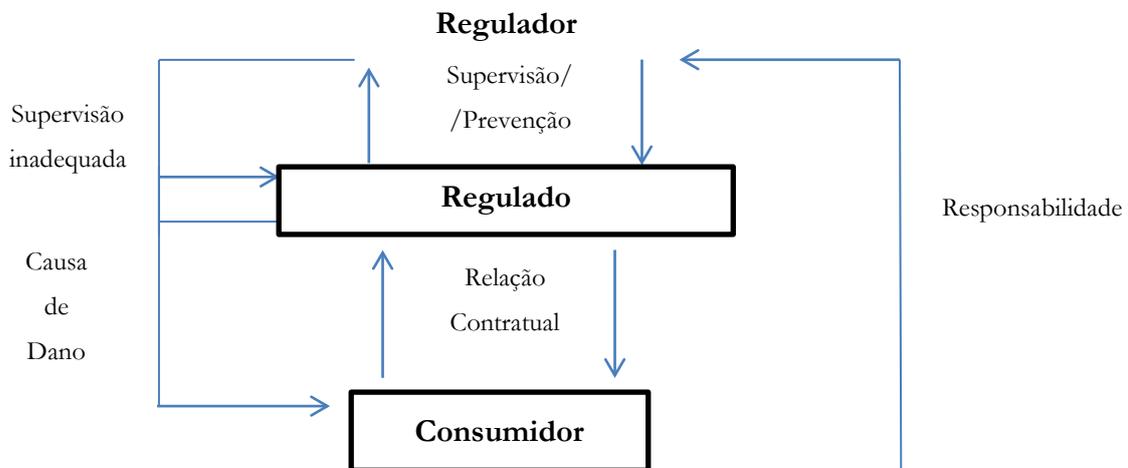
Existem dois tipos de situações que são excluídos da responsabilidade dos reguladores. A primeira respeita aos danos causados aos consumidores por uma atividade que se deveria enquadrar nas atribuições de uma autoridade independente mas que o legislador não previu. Tomemos como exemplo uma atividade que revista materialmente natureza financeira, que implica com a confiança do público em geral visando captar aforro do público, que seja amplamente divulgada e publicitada, perdurando no tempo. Como sucedeu no caso Afinsa ou Fórum Filatélico em Espanha, o Estado e os reguladores têm conhecimento da mesma, bem como dos respetivos riscos e omitem a sua regulação (quer a regulamentação, *vg* através de propostas do regulador setorial, quer o seu efetivo controlo através de obtenção de informação e compreensão do negócio). A atividade de captação de aforro e de investimento dirigida ao público e francamente publicitadas, não enquadráveis nas normas jurídicas existentes, durou cerca de 25 anos⁹⁷. Estaremos eventualmente perante um caso de responsabilidade do Estado por omissão legislativa (e não do regulador), atentas as tarefas fundamentais que lhe estão cominadas no domínio da proteção dos consumidores, de práticas nos mercados lesivas do interesse geral, da proteção e segurança das poupanças (cfr. artigos 81.º, *f*) e *i*) e 101.º e 60.º da CRP). Esta falta da iniciativa e diligência necessária para tornar exequíveis normas constitucionais dependerá, nos termos gerais, da prévia verificação e declaração pelo Tribunal Constitucional (art. 15.º, n.ºs 3-5 do Regime Geral).

A segunda respeita à responsabilidade dos reguladores por factos ilícitos, 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, mas não vemos necessidade de criatividade dogmática face aos quadros legais existentes.

⁹⁶ Albuquerque & Pereira, 2004: 125.

⁹⁷ A figura é construída com base numa imagem mais simplificada de Dijkkstra, 2009: 269-84.

Vejamos:



A realidade apresenta-se-nos como tendo dois agentes potencialmente criadores de danos:

- i) *Primariamente* o supervisionado, pela prática de atos ilícitos e danosos;
- ii) *Secundariamente* o regulador por atos ou omissões que constituíram violação das suas atribuições ou o devido exercício das suas competências legais sobre o responsável primário. Também os *lesados* pelos atos ou omissões do regulador poderão ser, para além dos:
 - iii) Regulados;
 - iv) Terceiros, como acionistas de sociedades abertas, clientes de bancos (*figura supra*).

É pacífica a aceitação da responsabilidade quando a lesão decorra de uma relação jurídica direta entre um regulador e um regulado, ou entre um regulador e um terceiro, nos termos gerais. Entendemos que não existe aqui nenhuma forma nova de responsabilidade. O que importa será a eventual responsabilidade pelos danos decorrentes de atos ou omissões ilícitos dos reguladores, que causaram (ação) ou permitiram (omitindo atos devidos), determinado comportamento ilícito do regulado e que, nos termos gerais da obrigação de indemnizar, teve efeitos danosos sobre terceiros⁹⁸. Mas ninguém pretenderá que a manipulação das taxas Libor ou Euribor por grandes bancos responsabilize diretamente o regulador perante cada um dos cidadãos/clientes dos bancos, tal como o Estado não responde por atos ilícitos, vg criminosos, dos seus cidadãos, inexistindo relações especiais de poder ou de

⁹⁸ Negando esta possibilidade no caso concreto de danos causados por atos de um regulador a empresas cotadas e aos seus acionistas, decorrentes da desvalorização das participações sociais, Albuquerque *et al.*, 2004, e Calvão da Silva, 2008: 170. Na realidade, o dano pode ser causado à empresa, aos seus corpos sociais (pensemos na difusão de atos sob investigação alegadamente criminosos) e aos investidores, acionistas ou obrigacionistas, pelo impacto negativo sobre o bom nome e a atividade da empresa. Verificados os exigentes requisitos constitutivos da obrigação de indemnização não existe qualquer dever de suportar o sacrifício patrimonial decorrente de atos ilícitos da Administração.

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 diretor de uma empresa nuclear ou do *compliance* de uma empresa financeira ou outra, de factos ilícitos, ou da excessiva tomada de riscos, e nada fizerem durante anos: a verificar-se a causação de danos por tal omissão ilícita, a responsabilidade de um regulador também deve existir (em termos civis e políticos)⁹⁹.

Também pode suceder um concurso entre tais atos ou omissões do regulador, com os atos danosos praticados pelos regulados, sendo mister aferir se estamos então perante relações de causalidade adequada, de coresponsabilidade, de concausalidade, de concorrência de culpas, ou de responsabilidade exclusiva dos regulados. E a questão deve colocar-se onde exista uma Administração de Garantia com função de proteção de interesses públicos, pois ela visa reduzir comportamentos ilícitos e minorar danos para os cidadãos decorrentes do mau funcionamento do sistema ou dos operadores¹⁰⁰. Seja perante casos concretos no mercado da energia, das telecomunicações, no 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 concessionada mas fiscalizada), 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)¹⁰¹.

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

a) Argumentos a favor e contra a responsabilidade dos reguladores

Os argumentos *contra* a responsabilização dos reguladores foram avançados sobretudo no domínio bancário, mas tendem a generalizar-se por uma pretensa similitude da função de regulação:

⁹⁹ Relembramos o caso do HBOS cujo diretor de risco, Paul Moore, reportou repetidamente e a diversas entidades públicas, a alegada situação crítica decorrente da assunção de graves riscos pelo seu banco mantendo o regulador e o Executivo uma total passividade. Conforme relata BAKER, esta “ecologia profissional” levaria em 2003 ao despedimento do diretor por deslealdade, enquanto o CEO do HBOS exerceria funções no *board* da própria FSA durante o *boom* 2004-2006 (2010: 653).

¹⁰⁰ Assim, Cadilha, 2008: 119.

¹⁰¹ Estas sociedades instalaram filiais em Portugal tendo o Governo criado um diploma especial que regulasse e supervisionasse tal atividade de comercialização de contratos relativos ao investimento em bens corpóreos como selos, pedras preciosas, obras de arte – Decreto-Lei n.º 357-D/2007, de 31 de outubro. Segundo Carlos Reig, apesar de os contratos sobre bens tangíveis ou corpóreos configurarem materialmente contratos de investimento financeiro, como tal dentro da órbita dos reguladores financeiros, os Tribunais não aceitaram o princípio de que o *nomen juris* dos contratos não altera a sua verdadeira natureza subsumindo-os a contratos comerciais atípicos, inexistindo deveres de inspeção (2012: 133).

(i) A complexidade e especial dificuldade desta função acarreta riscos decisórios e dificuldades especiais, que não devem ser agravados com o fator responsabilidade (particularmente no caso de atividades com impacto geral ou sistémico¹⁰²);

(ii) A real assimetria da informação entre o regulador e os regulados deve impedir que os reguladores “sejam tomados como garantes da gestão ordinária” dos regulados, logo corresponsabilizáveis pelos danos causados primariamente pelos regulados;

(iii) A responsabilidade pode levar à paralisia ou propensão para a inibição na tomada de medidas mais gravosas pelo regulador (particularmente se as ações de responsabilidade forem objeto de uma “cultura de compensação” contra o regulador);

(iv) A responsabilização leva à propensão para os regulados utilizarem as ações judiciais como arma de arremesso ou intimidação;

(v) E leva igualmente a uma propensão dos regulados para diminuir a diligência e prevenção das suas atividades perigosas, por sentirem a existência de uma entidade responsabilizável com *deep pockets* – o Estado;

(vi) Ao mesmo tempo existirá a *moral hazard* decorrente de os operadores mas também de os reguladores contarem com a assunção dos prejuízos pelo Estado, por fundos ou sistemas de garantia, por redes difusas de reguladores;

(vii) Existe uma impossibilidade real de responder pela totalidade dos danos decorrentes de alguns factos, como nos casos de insolvência de bancos.

Existem argumentos a *favor* da responsabilidade:

(i) Os reguladores foram criados para controlar e vigiar atividades tecnicamente sofisticadas ou produtoras de graves externalidades negativas sobre os usuários, gerando nestes uma Confiança que não pode ser quebrada;

(ii) Os forte poderes funcionais (poderes-deveres) de intervenção nas áreas reguladas geram nos usuários uma expectativa juridicamente tutelada de que serão atempada e efetivamente utilizados;

(iii) A responsabilização obriga um regulador a intervir, assertivamente, não repousando no princípio da intervenção estadual última, *p.e.* nas instituições consideradas *too big to fail*:

¹⁰² Uma súmula dos principais argumentos de limitação da responsabilidade, em particular para o Banco de Portugal, pode ser vista em Maçãs, 2011: 61-2. A maioria do Estados Reguladores, como Espanha, França, Holanda Dinamarca, Finlândia, Áustria, Itália, aceitam o princípio geral da responsabilidade, nalguns casos como na França, Bélgica ou Luxemburgo limitados a negligência grosseira, enquanto tradicionalmente na Alemanha, Irlanda e Reino Unido os reguladores são imunes exceto em casos de omissão ilícita dolosa (Sec. 25^a, *Central Bank of Ireland Act* de 1997, e no Reino Unido o *Sched. 1, Sec. 19(1)* do *Financial Services and Markets Act* de 2000) – Dijkstra, 2009: 100. Também Tison, 2005: 647, e Giesen, 2006: 8-31.

(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 atuação 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 atuam na primeira linha da criação do dano, a terem um maior controlo das atividades perigosas;

(vi) A imunidade administrativa, afastando a possibilidade de sofrer consequências negativas por violação dos seus deveres, leva a menor diligência, cuidado e intensidade na supervisão (*moral hazard*).

A aplicação do princípio fundamental da responsabilidade a toda a Administração Pública, incluindo a indireta, de regulação, independente, mesmo que excluída desta Lei-Quadro (caso do Banco de Portugal) não tem sido objeto de grande dissídio jurisprudencial¹⁰³, correspondendo o articulado a legal a uma afirmação política (arts. 24.º e 46.º LQ). O legislador considerou não existirem motivos ponderosos para isentar as AAI da responsabilidade verificados que sejam, quanto aos seus atos, os exigentes requisitos constitutivos da obrigação de indemnizar. Porquê?

– Porque a cultura de responsabilidade social e a forte intervenção fiscalizadora, sancionadora e interventora pública sobre as atividades privadas, prévia ou *a posteriori*, direta ou indireta, geram Confiança nos usuários indefesos perante atividades causadoras de externalidades negativas;

– Porque o acentuar do paradigma da liberdade de empresa e de estabelecimento tornou mais assertivo e intrusivo (logo, mais propenso a causar danos) o chamado “Estado Supervisor” (controlo *a posteriori*), em detrimento do “Estado Autorizador” (controlo prévio);

– Porque à atribuição de fortes poderes de vigilância e de investigação do “Estado Garantia” deve corresponder uma atividade de controlo efetiva, eficaz, diligente e célere, sob pena de omissão ilícita.

b) Influência das Teorias Económicas do Direito na responsabilização. Na maioria dos casos a responsabilidade dos reguladores será demandada pelos regulados, perante danos causados por atos regulatórios excessivos que podem lesar direitos ou expectativas legalmente protegidas (*overreaction* lesiva de reputação de um regulado, p.e. violação do dever de reserva ou de sigilo dos reguladores nas investigações; limitação ilícita de atividades ou de profissões

¹⁰³ O Banco de Portugal tem sido votado a um crescente e surpreendente fenómeno de “extraterritorialidade” pelas leis gerais da República. O artigo 12.º, n.º 3 do RGICSF pretendeu afastar a responsabilidade pessoal direta nesta entidade nacional com funções de representação do Estado português no SEBC, que teria lugar através do direito de regresso, mas dependente de prévia “justificação”. Os argumentos que pretendem defender esta nova forma de “garantia administrativa” são transplantáveis para qualquer outro regulador que desempenhe funções de controlo de atividades especialmente complexas e com forte impacto geral negativo, seja nos mercados financeiro, na área do Ambiente, do Urbanismo, da proteção de direitos fundamentais. Duvidamos da legitimidade constitucional desta isenção face ao princípio constitucional fundamental da responsabilidade - arts 6.º e 41.º CEDH, 13.º, 22.º e 271.º da CRP, 7.º e 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

reguladas ou omissão reiterada de decisão; suspensão ou revogação de autorizações quando outros remédios “não mortais” poderiam ser utilizados).

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 atuar sobre a conduta e os atos próprios *dos* reguladores e de terceiros¹⁰⁴.

Teoricamente a responsabilidade tem o efeito de estimular o regulador a uma atuação mais diligente de supervisão sobre o seu setor (inexiste, como no setor privado, o incentivo de aumentar lucros minorando a possibilidade de indemnizações, embora exista o de manter o seu orçamento). Esta maior diligência do regulador tem o efeito indireto de estimular o regulado a um maior zelo no cumprimento dos seus deveres (com menos prejuízos-mais proveitos).

Mas poderão também os cidadãos pretender responsabilizar o regulador por atos ou omissões ilícitas que lhes causem diretamente danos concretos, ou porque as suas petições ao regulador se deparam com uma omissão ou atos próprios lesivos, ou porque um regulado é o causador primário de danos aos cidadãos/usuários (má gestão de um banco decorrentes da aquisição de posições de controlo ou de administração por quem não deu garantias de gestão sã e prudente; morosidade excessiva na tomada de medidas de regulação preventivas ou repressivas face a alarme público; passividade ante denúncias reiteradas – e até públicas – de atos ilícitos de agentes regulados¹⁰⁵). Daqui não decorre qualquer pressão ilegítima ou desproporcionada sobre os agentes, tanto mais que o Regime Geral já afasta a responsabilidade pessoal dos funcionários e agentes nos casos de culpa leve (art. 8.º, n.º 2).

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

A responsabilidade *direta* (solidária) da Administração também é modulada quando são os regulados que causaram os danos, e pode ser facilmente excluída se nas omissões a autoridade demonstrar ter agido no seu papel de garante de forma atempada, diligente, cautelosa, e proporcionada a minorar o risco ou o dano.

É também óbvia a dificuldade/risco e o maior custo na demonstração e prova *pelo lesado* dos demais requisitos constitutivos da obrigação de indemnizar. Ao alegar uma omissão ilícita, culposa e danosa, deve também demonstrar quais os atos de supervisão legalmente devidos,

¹⁰⁴ Faure & Van den Bergh, 1987: 95-114.

¹⁰⁵ Neste sentido também Cordeiro, 2005: 155.

i.e., quais deveriam, em concreto, ter sido adotados como adequados a evitar o ato lesivo. Tal como não existe uma garantia absoluta e objetiva de funcionamento de um sistema pelo facto de existir um regulador, também não basta como título de responsabilização alegar a existência de deveres de supervisão sem alegar quais as diligências que traduzem a omissão em concreto e que razoável e atempadamente deveriam ter sido exercidas¹⁰⁶.

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

Não é possível fixar orientações gerais *ex ante* para a responsabilidade do regulador que não:

(i) As resultantes da ponderação das suas atribuições – fora da habilitação administrativa conferida ao regulador não há responsabilidade –; e

(ii) Do âmbito das suas competências – fora das competências e do seu correto exercício, *vg* utilização de medidas cautelares ou coercivas, não há responsabilidade¹⁰⁷ (art. 10.º do Regime Geral). A partir daí a decisão é necessariamente judicial e depende da ponderação das circunstâncias do caso concreto.

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

¹⁰⁶ 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>.

¹⁰⁷ Reig, 2012: 115.

1- Porque a lesão decorrente de sancionar desproporcionada ou erradamente é maior do que a absolvição de um culpado (condenar um inocente tem também o custo de diminuir a diferença entre licitude e ilicitude e diminuir a função preventiva da figura do regulador¹⁰⁸);

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

3- Porque sendo as pessoas avessas ao risco (*risk adverse*), sofrerem um processo sancionatório ou punitivo com diminuição de garantias, ou uma condenação sendo inocentes ou uma sanção desproporcionada, causa-lhes um mal superior ao que decorreria da absolvição de um culpado¹⁰⁹.

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

Porquê a diferença? Atenta a atual passagem do “Estado autorizador” ao Estado supervisor¹¹⁰, no caso de atividades de risco o efeito diferido no tempo dos atos regulatórios administrativos prévios, como as autorizações, visam prevenir e controlar atividades perigosas que podem gerar graves externalidades negativas para uma plêiade indeterminada de usuários. É por isso mais aceitável um erro, tanto mais que os regulados retiram deles vantagens sem quaisquer custos. E sobretudo porque tais atos, mesmo que fortemente limitadores, têm um impacto e um custo sobre um número reduzido de destinatários (o regulado que espera o ato), que têm maior poder económico e mais meios de defesa no contencioso administrativo de legalidade. Os atos de controlo público, por definição, trazem importantíssimas externalidades positivas para a generalidade do público usuário, que não tem de suportar qualquer custo.

c) A União financeira, os sistemas de garantia de depósitos, e o Acórdão Peter Paul e outros

A integração europeia acarretou a criação de um mercado único e as “autorizações de entrada” dependem do regulador do Estado da sede efetiva da instituição de crédito. Existe

¹⁰⁸ Cfr. Decisão “V.E.V.” de 15 de janeiro de 1993, relativa à publicitação da abertura de um processo sancionatório contra uma empresa, a propósito de alegada falta de *qualidade* da informação prestada ao público sobre uma operação. O tribunal entendeu que deveria ter sido prestada mera informação objetiva sem referência a informação enganosa, violação dos direitos de defesa causadora de danos (Paoli-Gagin, 1998: 353).

¹⁰⁹ No sentido de que a eficácia *preventiva* é erosionada no caso dos falsos positivos (condenação de inocentes), possibilitando o cometimento de atos ilícitos pelos regulados que sintam fracas possibilidades de descoberta e sanção – logo, “que os falsos positivos são piores para a sociedade que os falsos negativos”, Pascual, 2010, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración por el Ejercicio Ilegal de Potestades de Intervención en la Economía”, na comunicação ao *IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo* realizado em 26 e 27 de novembro em Córdoba e *em vias de publicação*. Também, Suay Rincón, 2013.

¹¹⁰ Acerca da simplificação administração e da substituição dos controlos prévios por controlos “a posteriori” ou meras comunicações de início de atividade, e o deficit de supervisão daí decorrente (porque a autorização é o primeiro momento da supervisão) – Catarino, 2009: 287 e 383.

um “passaporte comunitário” pelo qual este regulador mantém a generalidade da supervisão prudencial e parte da comportamental perante o exercício de atividade da empresa em outros Estados-membros da União, seja através de sucursal ou diretamente (por exemplo pela internet)¹¹¹. O princípio do *home country control* leva atrás de si o princípio da responsabilidade. Mas leva também problemas complexos que se intensificarão com o atual quadro de integração regulatórias comunitárias e as fortes competências comunitárias sobre os Estados e seus reguladores¹¹²:

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

2 – A divergência de poderes de supervisão nacional (parte 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 direito público aplicável.

5 – Numa área regulada como a da banca e dos serviços financeiros, as autorizações “de entrada” e de “funcionamento” e a constante monitorização e forte intervenção pública, geram expectativas de proteção nos clientes do sistema. A limitação ou imunidade de responsabilidade tem sido decretada pela lei (na Alemanha) ou pelos Tribunais (em França

¹¹¹ Cfr. Primeira e Segunda Diretivas de Coordenação Bancária, n.ºs 77/780/CEE do Conselho, 12 de dezembro de 1977, n.º 89/646/CEE do Conselho, de 15 de dezembro de 1989 (revogadas pela Diretiva n.º 2000/12/CE, de 26 de maio de 2000, e a Diretiva de Coordenação n.º 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício). Existem no Estado de acolhimento poderes de supervisão e conseqüente responsabilidade, p.e. perante a liquidez das sucursais (Considerando (22) e arts. 22.º, 27.º e 29.º da Diretiva de 2000, e arts. 53.º, 56.º-A, 122.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (RGICSF)

¹¹² A par da centralização da regulação das empresas de *rating* (Regulamento UE No 1060/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009), da autorização e funcionamento de contrapartes centrais e de sistemas de liquidação e de compensação, e regulação da transação de derivados OTC (Regulamento UE n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012 - EMIR), os recentes Regulamentos UE de 2009 criadores de autoridades com fortes poderes administrativos (*supra* n. 34) são uma reação à crise iniciada em 2008. A regulação comunitária sobre estas agências prevê inclusive a delegação de competências entre Estados membros e destes com tais agências sem que se tenha previsto normas de conflito entre ordenamentos nacionais, as administrações e a competência judicial.

exige-se *faute lourde*), curiosamente decorrência de casos concretos (sucedeu também no Luxemburgo após o caso BCCI¹¹³).

Do regime geral da responsabilidade devem separar-se as questões objetivas de insolvência ou de falta de liquidez das instituições de crédito, que contêm soluções particulares inerentes à prevenção de fenómenos de pânico desestabilizadores da economia e que resultam as mais das vezes da concretização do *risco* e não do *perigo*¹¹⁴. A pretensão de imunidade de responsabilidade dos reguladores tem o acento tónico no âmbito das falências de empresas *too big to fail*. Existem Estados que por lei expressa ou *case law* limitam a responsabilidade do seu regulador bancário perante o público em geral nos casos de falência ou insolvência, e a existência de sistemas de garantia de indemnização de cidadãos em setores 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, excetuando o princípio decorrente do Acórdão *Francovich*. Na realidade, da leitura do sempre citado Acórdão proferido pelo Tribunal no caso *Peter Paul e outros vs Alemanha*, não resulta qualquer regime-regra sobre responsabilidade pela supervisão. A decisão decorreu de um pedido prejudicial de um tribunal alemão, de interpretação de diretivas de coordenação bancária. Visava-se sobretudo a Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio (alterada pela Diretiva 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março), sobre os sistemas de garantia de depósitos. O regulador germânico solicitara a falência de um banco após inquéritos realizados em 1991, 1995 e 1997, e revogara a respetiva autorização de funcionamento. Na data inexistia o atual sistema de garantia de depósitos: a transposição para o direito alemão da Diretiva de 1994 não se efetuara até 1 de julho de 1995, conforme aí se estatua, mas apenas em julho de 1998. Devido ao incumprimento da Diretiva (Ac. *Francovich*) e aos danos que tiveram que assumir, os requerentes intentaram ação contra o Estado alemão solicitando os depósitos perdidos¹¹⁵.

A primeira instância concedeu uma compensação equivalente ao previsto na Diretiva não implementada mas, quanto ao remanescente, afastou o princípio geral da responsabilidade pelos danos decorrentes de alegada omissão ilícita (§839 BGB e art. 34.º GG). Da atividade de

¹¹³ Tison (2005: 10) descreve-nos alguns sistemas de limitação de responsabilidade como uma curiosa relação de causa-efeito, ou com a ocorrência de falhas na supervisão ou afirmação da responsabilidade pelos Tribunais ou pelos académicos (Alemanha), a par de casos de efetiva responsabilização.

¹¹⁴ A indemnização em caso de insolvência não decorre da verificação de perigos, de algo que pode ser objeto de prevenção através de supervisão “a priori”, de controlo, ou de supervisão “on going”. Os danos decorrem da concretização do risco da atividade, de factos absolutamente incertos e que se não deixam subordinar a esquemas regulatórios sobretudo numa atividade transnacional e global. Mesmo a lei geral sobre responsabilidade parece influenciada pela diferença entre perigo e risco, pois afastou o ressarcimento pelo risco: aceita indemnizar por atividades “especialmente perigosas” e já não “excepcionalmente” perigosas (cfr. art. 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, e art. 11.º do Regime Geral). Na noção de perigo e a essencialidade do risco na pós-modernidade, são essenciais as obras de Beck, 1992 ou Luhmann, 1997. Entre nós, Faria Costa, 1992 ou Loureiro, 2001: 797.

¹¹⁵ Na realidade, o banco em questão (BVH *Bank für Vermogensanlagen und Handel AG*) entre 1987 e 1992 tentara aderir ao sistema de garantia alemão existente, sem êxito devido ao não cumprimento de requisitos, Mas a autorização nunca fora revogada, mesmo após conhecimento pelo regulador de deficiências graves. Sobre este Acórdão, proferido no Proc. C-222/02, 12 de outubro de 2004, existem opiniões a favor e contra a responsabilização - vd Giesen, 2006: 105: 649; Maças, 2011: 72.

supervisão não resultam direitos para os particulares por terem como escopo meramente o interesse público, pois segundo a lei nacional -o §6.º, n.ºs 3 e 4 da *Gesetz über das Kreditwesen* -, o *Bundesaufsichtsamt* exerce as missões que lhe são confiadas pela lei “exclusivamente no interesse público”. Censurando os AA. por não indicarem com precisão as medidas de supervisão necessárias e omitidas, o tribunal alegara que o princípio da responsabilidade implica a existência de obrigações impostas pelos cargos públicos *para com terceiros* pelo que a citada norma bancária isentava de tal princípio o regulador.

Numa clara relutância perante o impacto económico da responsabilidade nas finanças estaduais, corroborada pelo Advogado-Geral e pelos 6 Estados que juntaram observações no processo¹¹⁶, o TJUE afirmou que:

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

O Acórdão não consagra nem proíbe qualquer princípio geral sobre responsabilidade por deficiente supervisão bancária (que não era o escopo do pedido de interpretação, nem das diretivas 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 bancário em matéria de supervisão; a matéria da responsabilidade do regulador por facto ilícito encontra fundamento nas leis nacionais, como no caso concreto alemão. Temos exemplos no sistema francês, onde a alegada *omissão de supervisão efetiva* suscitou um processo de indemnização decidido no *Conseil d'État* contra a Comissão encarregue de supervisionar o setor bancário (*Commission Bancaire*). A propósito da falência de instituições de crédito (*United Banking Corporation* e *Saudi Lebanese Bank*), aquela fora acusada de omissão culposa de exercício dos seus poderes de supervisão prudencial. Segundo o *Conseil*, traduzindo o ordenamento setorial a obrigatoriedade do uso de poderes por autoridades eleitas como guardiãs de um setor e das liberdades conexas, tal legitima a utilização de todos os seus poderes. Mas não afasta a responsabilidade, *vg.* se a estratégia foi mal escolhida ou morosa (no caso concreto verificaram-se conversações prolongadas com os visados na tentativa de reparação de danos e recomposição da instituição - *restorative justice*), ou se não

¹¹⁶ Para uma descrição crítica do Acórdão *supra* referenciado, mas com base na aplicação *in casu* da doutrina da responsabilidade pela violação do direito comunitário resultante do Acórdão *Francovich*, Tison, 2005: 22.

acautelava suficientemente os direitos dos clientes (porque não implicava medidas que travavam imediatamente a insolvência ou o incumprimento)¹¹⁷.

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

A uma atividade lucrativa com forte impacto e interesse público (além de financiadora dos Estados e da economia, a atividade financeira absorve a riqueza dos particulares pelo investimento ou entesouramento), corresponde um risco elevado, e à privatização dos lucros não poderia corresponder uma total socialização dos prejuízos. Ademais, as instituições de crédito não assumem na sua atividade corrente o risco de tais externalidades. Elas sabem que nenhum Governo permitiria que simplesmente falissem – a necessidade de nacionalização do Northern Rock em 2007 ou do Fortis em 2008, ou das *loan mortgages* Fannie Mae e do Freddie Mac demonstram-no¹¹⁸. Daí ter-se procedido à internalização (parcial) das perdas através da obrigação, que impende sobre todos os operadores financeiros, de contribuir financeiramente para um sistema/fundo de garantia de depósitos.

Esta mutualização tem uma finalidade diversa, pois o *spill over* de uma falência é insuportável para os clientes/consumidores e daí para todo o sistema (*risco sistémico*). Pretende prevenir o colapso do sistema bancário privado decorrente do “animal instinct”, que arrastaria com ele os atuais pilares públicos da sociedade. A volatilidade dos mercados às notícias, mesmo que falsas (denominada na década de 70 de *manias, panics and crashes por* Kindleberger, 1978), é idêntica à volatilidade dos usuários do sistema: a garantia de que, pelo menos até 100.000 Euros o contrato de depósito bancário será cumprido evitará o efeito pânico¹¹⁹. Aliás, perante a Grande Crise de 2008 houve Estados que declararam publicamente que garantiam ilimitadamente os depósitos de particulares (Alemanha) ou de todos os depósitos (Irlanda), e decerto que a indemnização pela perda de depósitos é tão astronómica que não deve ser deixada a cargo de reguladores que dependem de taxas (*fees*) dos seus regulados.

¹¹⁷ 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 Garín, 2004: 126 ss.

¹¹⁸ Acerca das reformas necessárias, mas cético quanto à sua rápida adoção diferenciando a sociedade mundial atual da de 1944, Helleiner, 2010: 619-636.

¹¹⁹ Inicialmente a quantia era de 20.000 euros, segundo a Diretiva 94/19/CE, alterada pela Diretiva 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março, que seguiu os acontecimentos iniciados em 2007 e que ainda vivemos atualmente. No plano interno o Fundo de Garantia de Depósito, vertido nos artigos 154.º ss do RGICSF, e no Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro. O Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de junho, transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Março, criando o Sistema de Indemnização aos Investidores com meios de ressarcimento de direitos dos investidores que não possam ser satisfeitos devido à situação financeira da entidade prestadora dos serviços de investimento (embora o sistema de crédito sobre os participantes existente se tenha revelado pouco amigo dos investidores...).

Este sistema veio criar dois dilemas regulatórios:

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

O Estado assumiu criar uma garantia de cobertura nos contratos de depósito bancário, objetiva, e por isso o Fundo de Garantia de Depósitos instituiu um procedimento que se encontra de acordo com os Princípios do Comité de Basileia de 2006¹²⁰. Mas esta garantia dos credores é diversa da responsabilidade aquiliana por danos causados diretamente a regulados, ou a cidadãos individualizados, tanto assim que o seu *Core Principle 1* salienta a necessidade de *legal protection for supervisors* - embora as suas recomendações não tenham força imperativa, existe aqui um interesse próprio dos supervisores que as implementam¹²¹.

Conclusão: a eterna luta contra as imunidades do Poder

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

Num momento em que se aceita a responsabilidade por facto judicial e por facto legislativo, assumindo o carácter unitário do Estado e a cidadania europeia, os argumentos de isenção significariam um retrocesso dogmático. O entusiasmo pela iniciativa privada e pela liberdade de iniciativa postularam o fim do licenciamento e das autorizações públicas, mas o capitalismo sempre assentou na correspondente responsabilidade. Também do lado da Administração “privatizadora” o predomínio da intervenção “a posteriori”, através de reguladores dotados de independência e de fortes poderes-deveres, não pode equivaler ao ressuscitar de formas de garantia administrativa ou de imunidades de poder que tanto tempo levou a afastar (García de Enterría, 1983). As novas tendências do Direito Administrativo, de privatização e pulverização,

¹²⁰ Cfr, os *Core Principles for Effective Banking Supervisions*, BIS, 2006, in <http://www.bis.org/publ/bcbs123.pdf>.

¹²¹ 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*.

desregulação e informalidade, globalização e europeização, eficiência e economicidade, eficácia e desprocedimentalização, postulam o seu heterocontrolo.

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

6. Jurisprudência

Jurisprudência relevante, in www.dgsi.pt:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001 (Relator Pinto Monteiro)
- Acórdão da Relação do Porto de 1 de março de 2012 (Relator Filipe Carço)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de janeiro de 2013 (Relatora Ana Paula Boularot)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2015 (Relator Helder Roque)
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 2 de fevereiro de 2016 (Relator Teles Pereira)

Jurisprudência Internacional:

- Decisão de 17 de Novembro de 2000, Arrêt Perruche, da Cour de Cassation francesa, em www.courdecassation.fr e www.legifrance.gouv.fr.
- Decisão no caso «Baby Kelly Molenaar», pelo Hoge Raad holandês, em www.ncbi.nlm.nih.gov.
- Decisão do Tribunal do Estado do Illinois, no caso Zepeda versus Zepeda; Decisão do caso Cowe vs Forum Group Associates (Estado de Indiana 1991), in “wrongful birth» “wrongful life” y “wrongful pregnancy, analisis de la jurisprudencia nortamericana. Reseña de jurisprudência francesa, por Graciela Medina y Carolina Winograd, disponível na internet no site biblioteca jurídica virtual.

Vídeo da apresentação

The image is a screenshot of a video player. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed in black and red. To its right, contact information is provided: 'Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: ce...'. Below this, a black bar contains the text 'Temas de Direito Administrativo' on the left and 'Guilherme Catão, Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório Profe...' on the right, with the date and time '29.05.2015 14:30' on the far right. The main video area shows a man in a suit and glasses speaking at a table with a microphone and water bottles. The background has 'DATAJURIS' and 'JUSTIÇA TA' logos. An orange banner at the bottom of the video frame reads 'Lisboa' and 'Temas de Direito Administrativo IV Organização: Centro de Estudos Judiciários'. The video player interface at the bottom shows a play button, a progress bar at 00:00:34, a total duration of -01:14:17, and various control icons. At the very bottom, logos for 'FCT' (Fundação para a Ciência e a Tecnologia) and 'FCCN' (Comissão Nacional de Estatística) are visible.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/22y451mfq/flash.html>

2. **RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO POR ERROS E DEFICIÊNCIAS DE PROJECTO E DE CONSTRUÇÃO**

ANA CELESTE CARVALHO



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO POR ERROS E
DEFICIÊNCIAS DE PROJECTO E CONSTRUÇÃO**

Ana Celeste Carvalho*

A Responsabilidade Civil da Administração por Erros e Deficiências de projecto e construção

Centro de Estudos Judiciários
08 de Maio de 2015

Ana Celeste Carvalho

* Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A. POR FACTO ILÍCITO Artigos 7.º ao 10.º

Enquadramento legal

- Artigo 22.º da Constituição - Princípio geral de responsabilidade patrimonial das entidades públicas
- Artigo 271.º da Constituição – Princípio geral da responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes por actos e omissões ilícitas e culposas conexas com o exercício de funções
- Artigo 16.º do CPA – Princípio da responsabilidade
- Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro - Regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público (RRCE)

Âmbito Material do RRCE - Artigo 1.º, n.º 2

- Actuação ao abrigo da **função administrativa**
 - **Actos e omissões** praticadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por normas e princípios de direito administrativo
 - A **omissão** apenas gera o dever de indemnizar desde que se encontre previsto **o dever de praticar o acto omitido**, na lei ou em negócio jurídico
 - A **actuação** pode traduzir-se em:
 - i) Actos jurídicos
 - ii) Actos técnicos
 - iii) Actos ou operações materiais

Âmbito material do RRCE - Artigo 1.º, n.º 2

- A **omissão** pode representar:
 - i) Uma situação de inércia ou inactividade
 - ii) A falta de acção devida: responsabilidade *in vigilando*

- A **omissão** pode resultar:
 - i) Da ausência de uma actividade jurídica (omissão da prática de um acto administrativo ou de uma norma regulamentar)
 - ii) Da ausência de uma actividade material
 - actuação positiva/*de facere* (v.g. execução do acto de abate de árvores)
 - actuação de fiscalização ou de controlo (v.g. vigilância de semáforos, do material arbóreo, da conservação e sinalização de estradas, da distribuição de energia)

- **Exclui-se** do âmbito da responsabilidade administrativa a actividade de **gestão privada** das entidades públicas



Responsabilidade civil da entidade pública segundo o direito civil:

- **Artigos 483.º** e segs. do Código Civil
- **Artigos 565º** e segs. do Código Civil
- Especialidade do **artigo 501.º**, que remete para o **artigo 500.º**, segundo o qual **a pessoa colectiva pública responde directamente perante o terceiro lesado, independentemente de culpa**, desde que os danos tenham sido causados pelo titular de órgão, funcionário ou agente no exercício da função, sem prejuízo do direito de regresso

➤ Actuação **funcional** – actos praticados no exercício de funções e por causa desse exercício

- **Excluem-se** do âmbito da responsabilidade administrativa os actos lesivos que tenham sido praticados por titulares de órgãos, funcionários e agentes
 - **fora do exercício das funções**
 - no exercício de funções, mas **não por causa desse exercício**



Actos Pessoais



Determinam apenas a responsabilidade **individual** do agente, segundo o regime de **direito privado, sem a responsabilidade da Administração**

Traços gerais do RRCE por danos causados pelo exercício da função administrativa

- **Presunção legal de culpa leve** (inversão do ónus da prova, incumbe ao lesante provar que agiu sem culpa) – Artigo 10.º, n.º 2
- Conceito de **culpa anónima** ou **culpa do serviço** – funcionamento anormal do serviço (dispensa-se a existência de um culpado) – Artigo 7.º, n.ºs 2, 3 e 4 (v.g. ilegalidade de um acto material, acto jurídico ilícito ou procedimento ilícito, por violação de regras de boa administração; atraso na decisão procedimental)
- Aproximação dos requisitos de **ilicitude** e de **culpa** – quando existir um acto ilícito presume-se a existência de culpa; a ilicitude pressupõe a culpa
- **Solidariedade** entre a entidade pública e o titular do órgão, funcionário ou agente no caso de dolo ou culpa grave – Artigo 8.º, n.ºs 1 e 2
- Responsabilidade exclusiva do Estado em caso de culpa leve – Artigo 7.º, n.º 1
- **Direito de regresso** contra titulares de órgãos, funcionários ou agentes (responsabilidade pessoal) – Artigo 8.º, n.ºs 3 e 4
- Exclusão de qualquer forma de responsabilidade exclusiva do funcionário por **actos funcionais** – Artigos 7.º, n.º 1 e 8.º

Âmbito Subjectivo do RRCE - Artigo 1.º, n.º.s 1, 3, 4 e 5

- I. Estado e demais pessoas colectivas de direito público
- II. Titulares de órgãos, funcionários ou agentes públicos
- III. Pessoas colectivas de direito privado quando actuem ao abrigo de prerrogativas de direito público ou no âmbito de actividade regulada por normas ou princípios de direito administrativo – *entidades privadas de mão pública / entidades administrativas privadas* (v.g. concessionárias, empresas públicas, empresas municipais, empresas intermunicipais ou metropolitanas, associações ou fundações de carácter privado instituídas pelo Estado ou por uma pessoa colectiva pública)
 - O exercício de poderes de autoridade pode resultar por expressa **determinação da lei** (v.g. diploma legal que regula o regime jurídico da concessão ou o estatuto orgânico do concessionário – ex. Estradas de Portugal, S.A.)
- IV. Demais trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares

Poderes e Prerrogativas de Autoridade por Entidades Privadas

- **Artigo 409.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)** – As entidades adjudicantes, no âmbito da **concessão de obras públicas** ou de **serviços públicos**, através do clausulado contratual, podem atribuir poderes e prerrogativas de autoridade
- **Artigo 424.º do CCP** – consagra a **responsabilidade própria do concedente** pelos danos causados pelo concessionário a terceiros no âmbito da exploração da obra ou do serviço público, que lhe sejam **directamente imputáveis**, designadamente, quando a actuação lesiva resulte do estrito cumprimento de injunções da Administração ou da actividade por ela própria desenvolvida
 - danos resultantes de **erros de concepção** – consoante a concessão **tenha** ou **não** tido como objecto a elaboração do projecto, serão directamente imputáveis ao concessionário ou ao concedente
 - danos derivados de **defeitos da execução** da obra – em princípio, responde o concessionário

➤ **Em ambos os casos** pode existir **co-responsabilidade (concorrência de culpas – cfr. Artigo 4.º)**:

- em virtude de **actuação negligente** da Administração na aprovação de projectos elaborados pelo concessionário
- por **incumprimento ou deficiente** exercício dos poderes-deveres de fiscalização e vigilância da Administração em relação à execução dos trabalhos ou à conservação e uso da obra
- por deficiências de construção que possam ser **resultado de ordens e instruções** do dono da obra
- por erros de concepção do projecto que sejam imputáveis ao dono da obra
- por **deficiências de sinalização** imputáveis à Administração e defeitos de implementação de medidas preventivas que sejam da responsabilidade directa do empreiteiro que executou a obra

Acórdão do STA, n.º 01298/14, de 25/03/2015

- Com o contrato de concessão **transfere-se o dever de vigilância** do concedente para a concessionária
- Quando a omissão de um dever cause danos a terceiros, o lesante só pode ser o **obrigado actual** e não o seu antecessor como garante, pois este fica desligado do evento imputável ao seu sucessor
- O concedente de uma auto-estrada **é alheio à relação jurídica que se estabeleça entre o concessionário e algum utente da via** por causa de uma omissão ilícita, culposa e danosa que responsabilize o primeiro perante o segundo
- **A concessionária não pode ser havida como órgão, agente ou representante do réu, concedente**, por forma a que este possa ser responsabilizado pelas condutas da concessionária, nos termos do artigo 501.º do Código Civil

- **Litisconsórcio voluntário passivo (Artigo 10.º, n.º 7 do CPTA)** – podem ser demandados na acção de responsabilidade civil uma entidade pública e uma entidade privada, quando se encontrem co-envolvidas no âmbito de uma mesma relação jurídica administrativa, onde se apurará a quota parte da responsabilidade de cada um dos demandados

- Esta é a regra no caso:
 - de **responsabilidade solidária** entre a Administração e titular do órgão, funcionário e agente e
 - da titularidade do **direito de regresso** (transferência do risco para uma entidade seguradora)

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO Artigo 11.º

Responsabilidade por danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços especialmente perigosos (perigo *acentuado*, distinguindo-o do perigo normal ou *vulgar*)

- Pressupõe o **funcionamento normal do serviço** - o serviço pela sua própria natureza é susceptível de expor terceiros a uma situação de perigo, originando danos indemnizáveis
- Pertence ao lesado o **ónus da prova** de que os danos provieram do funcionamento do serviço, coisa ou actividade de **especial perigosidade**, i.e. a **especialidade do dano**

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Artigo 11.º

Fundamento:

Princípio da igualdade perante os encargos públicos que determina que o Estado deva compensar os cidadãos por actos ou omissões dos poderes públicos que afectem de forma **desigual e não proporcional** a sua esfera jurídica

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Artigo 11.º

- Caso de **força maior** - qualquer acontecimento, decorrente de facto imprevisível e inevitável, derivado de uma causa estranha à Administração e alheio ou estranho à actividade administrativa
⇒ **exclui a indemnização – n.º 1**

v.g. Terramoto. A **inundação**, ainda que tenham sido cumpridas todas as regras técnicas e de segurança aplicáveis, caracteriza um **caso fortuito** que **não impede a obrigação de indemnizar**, salvo se se tratar de um acontecimento natural absolutamente estranho ao serviço, caso em que se deverá passar a entender como caso de força maior

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Artigo 11.º

- Concorrência de **culpa do lesado (concorrência de culpa e risco)**
⇒ possibilidade de **redução** ou **exclusão da indemnização** –

n.º 1

- Responsabilidade solidária do ente público com o terceiro, com direito de regresso
- A prova da culpa do lesado cabe ao réu – Artigo 342.º, n.º 2 do Código Civil

- Concorrência de **culpa de terceiro**

⇒ possibilidade de **redução** ou **exclusão da indemnização** –

n.º 2

- A entidade pública sendo demandada responde integralmente, podendo exigir a responsabilidade do terceiro apenas em direito de regresso

Competência dos Tribunais Administrativos para **todas** as questões de responsabilidade civil das pessoas colectivas de direito público, sem distinguir de entre actos de gestão pública ou privada ou independentemente de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado

- ➔ Unificação da jurisdição no tocante à responsabilidade extracontratual da Administração

anacelestecarvalho@gmail.com

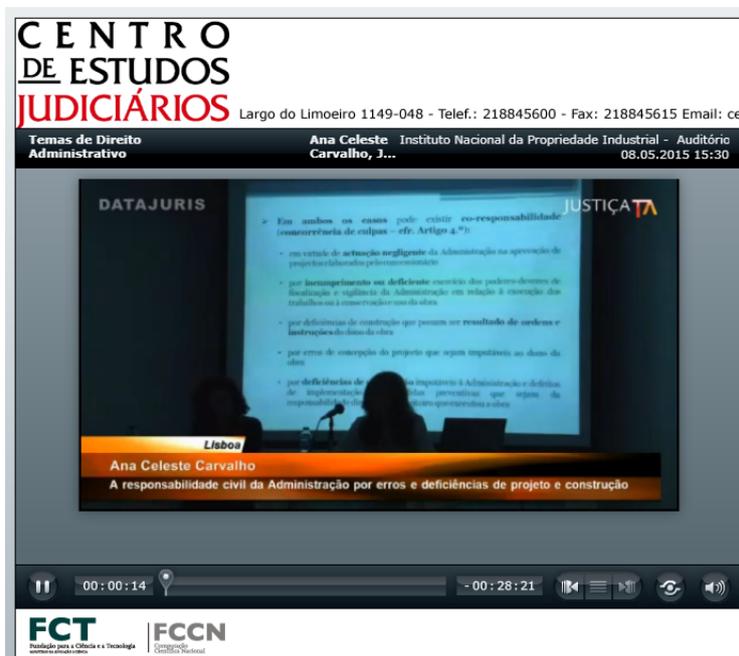
Vídeos da apresentação

I.



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/8pgx6o5wk/flash.html>

II.



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/czt49nag/flash.html>

3. **A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES REGULADORAS E DO ESTADO NA SUPERVISÃO BANCÁRIA**

Luís MORAIS



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES REGULADORAS E DO ESTADO NA SUPERVISÃO BANCÁRIA

Luís Morais*

A atividade de instituições bancárias constitui o fulcro do funcionamento do nosso sistema financeiro. Nesta conformidade, a supervisão bancária ou supervisão das instituições bancárias pode ser considerada como a verdadeira pedra de toque, de alguma forma, da supervisão financeira em Portugal – daí a importância especial do seu bom funcionamento e das consequências jurídicas a vários títulos que se podem retirar dos atos de supervisão bancária.

Importa, para se poder equacionar com propriedade o tema da potencial responsabilidade do supervisor bancário tecer algumas considerações sobre a:

- (i) Categoria jurídica da supervisão (em torno da qual existem muitas confusões); sobre
- (ii) As condições instituições e o modelo institucional de organização no presente dessas funções de supervisão; e
- (iii) Sobre a repartição atual dessas funções de supervisão bancária, em termos que já não estão limitados ao ordenamento nacional e envolvem o ordenamento supranacional europeu da UE).

Essas considerações globais, mais vastas, são necessárias para enquadrar devidamente em sede de supervisão bancária o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos decorrente da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro. São matéria de direito da UE.

Em termos concetuais, e com vista a uma análise e visão rigorosas do enquadramento global e institucional da supervisão do setor financeiro, impõe-se à partida, no quadro da regulação e supervisão deste setor - caracterizadas pela necessidade de assegurar em permanência quer determinados níveis de equilíbrio financeiro, numa perspetiva prudencial, quer a correção comercial de determinados comportamentos no mercado, sob pena de se comprometer seriamente o funcionamento do setor financeiro devido às características únicas de interligação sistémica que este apresenta, reconhecendo o papel primacial do segundo plano da SUPERVISÃO, diferenciar analiticamente os dois planos concetuais correspondentes à regulação e supervisão financeira.

A questão é aparentemente algo teórica e concetual-formal, mas só na aparência, pois tem corolários jurídico-económicos e institucionais práticos de grande monta (incluindo para o problema da responsabilidade pela supervisão bancária).

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.

Trata-se de distinguir, precisamente, os conceitos ou categorias, por um lado, de regulação económica e, por outro lado, de supervisão económica aplicando-os especificamente ao setor financeiro.

Na realidade, apesar de alguns autores referirem de modo aparentemente indistinto as funções de regulação e supervisão económicas e de a distinção entre essas realidades nem sempre ser clara também na jurisprudência – considerando aqui, designadamente, a jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional que tem afluído matérias relativas ao exercício de poderes de supervisão e de utilização de informações obtidas por força do exercício de funções de supervisão – essas realidades devem ser adequadamente distinguidas [461/2011, de 11 de outubro de 2011 - proferido no processo n.º 366/11] essa clarificação e distinção concetual entre Supervisão e Regulação é formulada em termos claros e perentórios por especialistas de referência neste domínio como a professora Rosa Lastra e o professor Luis Garicano – Trata-se também de distinção e clarificação concetual que venho, nesta matéria, defendendo em Portugal (v.g., artigo publicado recentemente na Revista de Concorrência e Regulação – Artigo intitulado - “Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas Questões Essenciais e Justificação do Perímetro do Regime face às Especificidades da Supervisão Financeira”, in Revista da Concorrência e Regulação (C&R), N.º 17, Janeiro/Março, 2014)

As funções de supervisão financeira – máxime na sub-componente de supervisão bancária - reportam-se ao escrutínio a par e passo (monitoring, se quisermos utilizar uma sugestiva expressão anglo- saxónica) de determinada atividade económica e de operadores que desenvolvam tal atividade num setor regulado. Como tal, essa função de supervisão traduz-se primordialmente na verificação em concreto da efetiva aplicação (enforcement) de regras de enquadramento do exercício de certas atividades económicas sujeitas a regulação setorial (lato sensu), em função de certos indicadores e critérios técnicos.

Em contrapartida, esses complexos de regras de enquadramento do exercício de tais atividades, combinadas com regras de acesso às mesmas atividades, e a produção dos referidos indicadores e critérios técnicos - de intensidade e exigência variável conforme o setor económico regulado em causa - que vão ‘a priori’ balizar a atuação dos operadores nos setores em questão, correspondem globalmente a subsidiariamente uma dimensão de exercício de poderes sancionatórios próprios de autoridades reguladoras autónomas, com vista a salvaguardar o cumprimento desses complexos de regras, indicadores ou parâmetros técnicos).

A intervenção pública ordenadora da atividade das instituições financeiras – incluindo naturalmente as instituições bancárias (que aqui especialmente nos interessam) – constitui o expoente máximo de uma abordagem regulatória (lato sensu), caracterizada pela relevância da dimensão de supervisão, cuja especificidade deve ser reconhecida juridicamente e em termos institucionais.

Paralelamente, o que está aqui em causa também é assumir um modelo de regulação e supervisão económica autónoma que se toma como referência ou paradigma em relação a alguns dos principais setores da economia, e que se contrapõe a outros dois níveis distintos de

instâncias públicas de regulação ou supervisão correspondentes, em primeiro lugar, ao nível governamental (incluindo ministérios e departamentos governamentais na área económica) e, em segundo lugar, a um nível de organismos reguladores relativamente dependentes, que compreendem largamente no âmbito de sistemas administrativos de tipo continental a institutos públicos com alguma autonomia funcional e financeira, mas ou sujeitos em certos casos a superintendência governamental, ou a formas de tutela mais intensa.

No plano da UE vem-se observando ao longo dos últimos anos uma fundamental disparidade entre os graus de integração verificados, por um lado, no plano da regulação financeira (em sentido estrito) e, por outro lado, no plano da supervisão financeira (do direito da supervisão). Assim, na sequência da crise do setor financeiro e das reações regulatórias aos verdadeiros movimentos tectónicos desencadeados por essa crise, registaram-se avanços quase federais na harmonização da regulação não verdadeiramente acompanhados no plano da supervisão - ou que só muito mais recentemente (desde 2014) vieram a ser acompanhados, e em termos mais limitados, nesse plano, no que respeita ao subsector bancário do sistema financeiro, no quadro do projeto da denominada União Bancária Europeia lançado no final do primeiro semestre de 2012 e tendo expressão, como um dos seus pilares, no lançamento do chamado mecanismo único de supervisão bancária ('MUS') no seio do BCE, que começou a operar desde Novembro de 2014, em Frankfurt.

Assistimos ao nascimento de raiz de um novo paradigma de supervisão financeira – com a criação do MUS, no quadro do BCE – através do Regulamento (UE) nº 1024/2013, atribuindo responsabilidades diretas de supervisão bancária nos Estados da Zona Euro ao MUS (quanto às chamadas instituições de crédito significativas – grupos bancários de Maior dimensão que em Portugal incluem os 4 Maiores grupos) – e mesmo quanto a instituições de crédito não significativas em que o MUS não assume já responsabilidades diretas de supervisão, assume um papel genérico de coordenação das metodologias de supervisão das autoridades nacionais de supervisão bancária ligadas em rede no sistema do MUS (nos termos do artigo 6.º desse Regulamento (UE) nº 1024/2013).

Assim, a partir de novembro de 2014 as responsabilidades de supervisão bancária são, em larga medida, transferidas para uma entidade supranacional europeia (MUS – no quadro do BCE) e as responsabilidades de supervisão bancária que cabiam até então em Portugal ao BP são, desde essa altura, drasticamente reduzidas ou limitadas – devendo notar-se que mesmo quanto às chamadas instituições de crédito não significativas em que o BP conserva responsabilidades diretas de supervisão, passa ainda assim a atuar sob coordenação geral do MUS/BCE.

No plano nacional, está em causa – entre várias outras funções atribuídas ao Banco – aquela que lhe é cometida nos termos do artigo 17.º da respetiva Lei Orgânica para “Exercer a supervisão das instituições de crédito e sociedades financeiras”. Esta função é depois objeto de desenvolvimento normativo pormenorizado no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“RGICSF”), sendo neste regime que se integra uma norma essencial para enquadrar e balizar a responsabilidade civil de titulares dos órgãos de administração do Banco por atos de supervisão bancária – o artigo 12.º, n.º 3 do RGICSF nos termos do qual:

“Nos casos em que das decisões a que se referem os números anteriores – [trata-se de decisões no exercício de funções de supervisão bancária] – resultem danos para terceiros, a responsabilidade civil pessoal dos seus autores apenas pode ser efetivada mediante ação de regresso do Banco e se a gravidade da conduta do agente o justificar, salvo se a mesma constituir crime” (redação desta disposição do RGICSF dada pelo Decreto-Lei n.º 31- A/2012, de 10 de Fevereiro).

De acordo com o regime do n.º 3 do artigo 12.º do RFICSF o legislador optou por um modelo de alocação de responsabilidade em que a responsabilidade direta pelos danos causados no exercício das competências de supervisão bancária reguladas no RGICSF pertence exclusivamente à pessoa coletiva BdP, sendo a responsabilidade do titular do órgão decisor meramente indireta e eventual.

Poderia questionar-se se a superveniência do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado de 2007 não teria determinado a cessação de vigência do n.º 3 do artigo 12.º do RGICSF.

A resposta deverá ser claramente negativa – no caso do regime anterior do artigo 12.º do RGICSF estamos perante um regime especial, que só teria sido revogado pelo regime geral de 2007, se existissem elementos que, nos termos do n.º 3 do artigo 7.º do Código Civil, permitissem concluir de forma absolutamente inequívoca pela manifestação dessa intenção revogatória – o que não sucede de todo – de resto, o n.º 1 do artigo 2.º da Lei 67/2007 salvaguarda explicitamente os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa.

Para além, desta perspetiva mais formal – embora categórica em termos de resolução do problema – cabe perguntar se há razões materiais essenciais que fundamentem uma tão marcada ESPECIALIDADE do regime de responsabilidade por atos de supervisão? Mais uma vez, a resposta deverá ser claramente afirmativa. Tal resulta essencialmente das exigências específicas que subjazem às funções de supervisão bancária – relacionadas em última análise com a preservação da estabilidade das instituições bancárias individualmente consideradas, com a importância essencial que tal apresenta para interesses de salvaguarda das poupanças constitucionalmente garantidos e, mais latamente, relacionadas com a preservação da estabilidade do sistema financeiro como um todo.

O exercício das funções de supervisão bancária implica necessariamente uma elevada margem de apreciação, sujeita a múltiplas condicionantes à data das decisões e a correspondentes riscos inevitavelmente associados à alea das situações ponderadas pelo supervisor no contexto próprio dessas decisões, sendo essa margem de apreciação com os riscos e elementos de incerteza em questão, uma dimensão intrínseca ao processo de supervisão financeira. É isso que justifica também a atribuição de um elevadíssimo grau de AUTONOMIA às autoridades que prosseguem essas funções de supervisão. Neste quadro, importa reconhecer que múltiplos problemas que possam vir a ocorrer quanto a instituições bancárias supervisionadas dificilmente traduzirão ou poderão ser tomados, sob qualquer forma, como uma atuação

desconforme às funções públicas de supervisão que, enquanto tal, tenha umnexo causal, com prejuízos específicos a ser objeto de compensação por parte do supervisor.

Há mesmo ordenamentos que avançam aqui com um enquadramento de *Immunity* do supervisor. Sem ir tão longe, os pressupostos dessa responsabilidade – e reporto-me aqui agora à própria autoridade de supervisão e não apenas aos titulares dos seus órgãos – serão por via de regra muito difíceis de estabelecer – fora de casos grosseiros com relevância criminal – por força da natureza intrínseca das funções de supervisão bancária (considerações aplicáveis ao supervisor bancário nacional e ao novo supervisor bancário europeu – MUS no quadro do BCE).

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: ce

Temas de Direito Administrativo **Luís Morais, Professor da Faculdade de Direi...** Centro de Estudos Judiciários - Sala de Vídeo 05.02.2016 10:00

Luís Morais

00:00:35 - 00:56:14

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
FCCN Comissão Reguladora dos Valores Mobiliários

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2e9k6v5vvr/flash.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4.
**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS
ENTIDADES REGULADORAS E DO ESTADO
NO SECTOR FINANCEIRO**

NUNO CUNHA RODRIGUES
RUI GUERRA DA FONSECA



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES REGULADORAS E DO ESTADO NO SECTOR FINANCEIRO

Nuno Cunha Rodrigues*

Rui Guerra da Fonseca*

1. Enquadramento inicial
2. A Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes e a regulação do sector financeiro
3. A responsabilidade civil extracontratual dos reguladores do sector financeiro

1. Enquadramento inicial

A regulação de determinados sectores de actividade económica surge, tradicionalmente, em consequência da verificação de falhas de mercado e da necessidade de intervenção pública em ordem a atenuá-las ou eliminá-las.

Existem diferentes falhas de mercado que podem motivar, também elas, diferentes abordagens por parte dos reguladores.¹

A designação aqui utilizada – entidades reguladoras – comporta diversos significados, não sendo literalmente suficiente para revelar o que realmente pretende designar.

A expressão “regulação” tem um significado abrangente que inclui qualquer sujeição a normas, no sentido de “encaminhar algo segundo a regra ou em sujeitar alguma coisa a regras”.² Quando esta noção se cruza com a economia estarão em causa as regras que condicionam e estruturam o funcionamento desta última, o que também tem sido designado por outros como o “encaminhamento da Economia segundo a regra”.³

Estão em causa falhas tão diversas como a informação assimétrica (que motiva a regulação no sector segurador ou dos valores mobiliários), o risco sistémico (que justifica a necessidade de ser evitado ou prevenido através da supervisão prudencial, micro e macro, exercida pelo Banco de Portugal), ou a transição de sectores monopolizados para sectores liberalizados (como ocorreu no sector energético e no sector das comunicações móveis), que determinam a específica regulação económica existente em determinados sectores e, bem assim, as entidades reguladoras competentes para a exercer.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.

¹ Descrevendo diversas falhas de mercado no sector da saúde e a forma como são colmatadas pela Entidade Reguladora da Saúde, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A regulação da Saúde, in AAVV., Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 613-651.

² Cfr. PAULA COSTA E SILVA, “As autoridades independentes. Alguns aspetos da regulação económica numa perspetiva jurídica”, *O Direito*, ano 138, III, 2006, p. 542.

³ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, “As autoridades independentes. Alguns aspetos...”, p. 542. Neste sentido, como diz J. L. SALDANHA SANCHES, a “regulação” surge como “negação da mão invisível” (cfr. “A Regulação: História Breve de um Conceito”, *ROA*, Ano 60, 2000, I, p. 5).

É deste último caldo – regulação económica – que emergem as modernas entidades reguladoras, correspondendo a um determinado modelo institucional em que dispõe de um elevado grau de autonomia – ou, para outros autores, de independência – atendendo à ausência de qualquer subordinação a poderes de direcção⁴ que, nestas, decorre de um desejável e necessário afastamento em relação ao poder político e, por outro lado, aos próprios regulados.

Na verdade, o apuramento da autonomia/independência de uma entidade reguladora depende, no essencial, da conjugação de dois elementos distintos:

- (i) Regras relativas à designação e destituição dos titulares de órgãos das entidades reguladoras, e
- (ii) Regras respeitantes à influência dinâmica que o poder político-administrativo (designadamente, o Governo) possa exercer ao nível dos processos decisórios, e que, nos termos da teoria geral da organização administrativa, reclama, pelo menos, a ausência de poderes de direcção e de superintendência.

A *independência* administrativa pretende assim designar o estatuto de certo órgão ou entidade cuja actuação, em geral, não é susceptível de ser determinada pelo exercício de quaisquer poderes pertencentes a outro órgão – nesse sentido, supra-ordenado –, designadamente, poderes de direcção, superintendência ou tutela⁵. Não nos ateremos aqui, porém, a um conceito estrito de independência, porque não é ele que determina, por si, a noção de entidade reguladora.⁶

O que releva, neste contexto, é o facto de se tratar de pessoas colectivas públicas distintas do Estado, com competências normativas (*hard law* e *soft law*), decisórias (*adjudication*) e de autotutela executiva (*self-enforcement*), bem como sancionatórias (no que tal se autonomiza da autotutela executiva), relativamente a certa área da actividade económica⁷, e que se caracterizem por um nível de autonomia administrativa (e financeira) a que seja estranha uma sobredeterminação dos respectivos processos decisórios.⁸

⁴ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, II, Lex, Lisboa, 1995, p. 720.

⁵ Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 404-405. Veja-se também VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 126-127; sobre o conceito de administração autónoma, cfr. pp. 23 ss., e em especial 78 ss.).

⁶ Para uma distinção entre autoridades administrativas independentes e autoridades reguladoras independentes, cfr. MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES / JOÃO PAULO SIMÕES DE ALMEIDA / ANDRÉ MATOS FORTE, *Concorrência e Regulação*, Coimbra, 2005, pp. 9 ss. Sublinhando a confusão entre ambas as figuras, no direito francês e depois no direito italiano e no direito espanhol, cfr. DANIEL MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, pp. 223 ss.

⁷ São assim aquelas que já foram apelidadas de “autoridades administrativas em sentido forte ou em sentido próprio” (cfr. PAULA COSTA E SILVA, “As autoridades independentes. Alguns aspectos...”, pp. 543-544; para uma consideração da figura das “autoridades administrativas independentes «fracasas””, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, pp. 226 ss.).

⁸ O que não é completamente incompatível, por exemplo, com a coexistência de poderes de tutela administrativa: veja-se o caso do Instituto de Seguros de Portugal (ISP), cuja caracterização como entidade reguladora, no sentido apontado no texto, não era posta em causa pela sujeição a tutela do Ministro das Finanças (cfr. artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2002, de 25 de setembro). O ISP passou, entretanto, a denominar-se “Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)”, nos termos do Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro, e já não se encontra sujeito a tutela governamental (cfr. artigo 4.º).

Entre estatutos de “forte” independência ou um elevado grau de autonomia (como é o caso do Banco de Portugal⁹) e outros de independência mais “fraca”¹⁰, bem se descobre que a correspondente justificação colhe sentido, sobretudo, em razão da directa intervenção do Estado na economia.

Onde esta existe, mais se mostra a razão de um distanciamento em relação ao poder político-administrativo, sobretudo por motivos de imparcialidade: naturalmente, e fazendo agora uso de um jargão cuja manutenção pode bem afinal vir a revelar-se perturbador de uma certa objectividade, quando o poder político-administrativo é “actor” ou “jogador”, não deve ser simultaneamente árbitro.

O surgimento de entidades reguladoras – entendidas como exercendo regulação em sentido amplo - resulta, assim, de um dos seguintes motivos:

- i) Económicos, face à necessidade de colmatar falhas de mercado (podendo aqui falar-se em regulação *strito sensu* ou em regulação económica);
- ii) Técnicos, face à necessidade de especificar regras *técnicas* de acesso e actuação/comportamento no mercado (*v.g.* distribuição do espectro radioelétrico), que se expressam na afirmação de necessidade de uma grande especialização técnica na regulação de certos domínios da actividade económica;
- iii) Opção política, nomeadamente face à modificação, em Portugal, do paradigma da intervenção directa na economia pela intervenção indirecta motivada quer pelas alterações à Constituição verificadas em 1989 e 1997, quer pelo processo de integração europeia e pela atração centrípeta que a União Europeia exerce sobre a regulação económica.

Nos casos em que assim não é, ou seja, nos domínios da actividade económica em que o poder político-administrativo não intervém directamente como agente económico, tal necessidade de imparcialidade ou neutralidade é relativizada.

Na verdade, em todas estas áreas, nada há que justifique um afastamento do próprio Estado ou do poder político-administrativo da actividade de regulação, podendo mesmo dizer-se que aí – isto é, na regulação de áreas da actividade económica -, se encontra, em termos constitucionais, uma incumbência prioritária do Estado, que se descobre na conjugação de múltiplas alíneas do artigo 81.º da CRP, e na decorrência de princípios fundamentais gerais da organização económico-social, como, desde logo, o da subordinação do poder económico ao poder político democrático (artigo 80.º, alínea *a*), da CRP).¹¹

⁹ Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição Portuguesa, II - Organização Económica (artigos 80.º a 107.º)*, coord. Paulo Otero, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 807 ss.

¹⁰ Como era o caso do ex-ISP (cfr. *supra*).

¹¹ Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário...*, pp. 42 ss. e 180 ss.

Ou não será a regulação, no sentido já apontado, uma das tarefas essenciais do Estado para efeitos do artigo 9.º da CRP, como razão de ser da própria política na realização dos fins do direito, e dos fins do Estado conforme a nossa Constituição os concretiza, permitindo assim afirmar que a “responsabilidade constitucional” pela realização dos “objectivos” aí inscritos “permanece com o Estado”¹²?

Há, no entanto, uma outra razão – e esta tão fundamental quanto transversalmente repetida, isto é, independentemente da presença do Estado como agente económico – para a pretensão de afastamento das tarefas de regulação em relação à política: os já enunciados *motivos técnicos*.

Não se trata aqui da necessidade de assegurar a imparcialidade do regulador, entendida como a necessária distância que este deve ter em relação ao regulado quando este último possa ser uma entidade governamentalmente dependente, ou dependente de outros poderes públicos que, em regra, se identificam com pessoas colectivas públicas de população e território.

Pretende-se agora, noutro sentido, que o afastamento (a independência ou a autonomia) das entidades encarregues da regulação em relação ao poder político-administrativo decorra da necessidade de uma grande especialização técnica da actividade regulatória nos diversos domínios da actividade económica.

A afirmação de uma tal necessidade parte de dois postulados fundamentais, que se interarticulam, e cuja relação de precedência nem sempre é clara ou mesmo fácil de estabelecer:

- i) A incapacidade técnica da administração pública “tradicional” para levar a cabo tarefas de regulação altamente especializadas, quer em termos objectivos (disponibilidade de informação), quer em termos subjectivos (disponibilidade de conhecimento), relativamente a áreas da actividade humana – da actividade económica, *prima facie* – cujo acompanhamento requer tais elementos e, muito em particular, no que toca ao elemento subjectivo, uma elevada preparação técnica dos agentes administrativos;
- ii) A indesejabilidade da influência ou determinação política da actividade de regulação, que se tem por perturbadora da “objectividade” inerente à aplicação de critérios estritamente “técnicos”, podendo então falar-se de uma pretensão de despolitização das entidades reguladoras e da correspondente actuação.

O nascimento das entidades reguladoras visa um acréscimo de qualidade técnica na actividade de regulação e, com ele, tanto um incremento da respectiva eficácia, quanto da própria legitimidade da actuação destas entidades, em face da hipótese contraposta de manutenção das tarefas de regulação na competência de entidades administrativas “tradicionais”.

¹² Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, 4.ª Ed., I, Coimbra, 2007, p. 282.

Ora, se a actividade de regulação vem importando considerações particulares a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual da administração que do respectivo exercício possa advir – v.g., o “elevado potencial de danos” que aí pode estar envolvido e que justifica que, por exemplo, à Autoridade da Concorrência se exija que se pautem “por regras de cuidado e cautela”¹³ em virtude de uma “especial confiança nela depositada pelo Ordenamento” que exigiria “um cuidado e ponderação acrescidos”¹⁴ -, parece ser, afinal, a “qualidade” das entidades reguladoras o ponto onde converge o essencial de qualquer eventual especificidade para o tema em mãos.

Daí que já se tenha afirmado que a especificidade da actividade das entidades reguladoras e “a credibilidade de que gozam conjugadas com a dinâmica da economia actual colocam, em sede de responsabilidade delitual, problemas essencialmente distintos daqueles que surgem no exercício de poderes administrativos «clássicos»”¹⁵: a “ampla credibilidade” e os “extensos poderes” que assistem às entidades reguladoras concorrerem para que estas se encontrassem numa posição privilegiada “para influenciar as decisões de investimento ou de desinvestimento”, justificando-se então “deveres e responsabilidade acrescidos”.¹⁶

A “credibilidade” das entidades reguladoras parece, porém, um elemento problemático para tomar ao nível de uma ponderação geral.

Na verdade, constitui uma característica que não pode deixar de ter-se por altamente variável, de entidade para entidade, e mesmo a respeito de uma mesma entidade em razão do tempo: certa entidade apresenta hoje um índice de credibilidade que, independentemente da possibilidade da sua mensurabilidade objectiva, pode não ser o mesmo amanhã, índice esse que, ademais, não deixa de ter uma relação imediata com os titulares dos respectivos órgãos e com a sua própria “credibilidade”.

Ao que vem de dizer-se junta-se um outro aspeto essencial para a presente temática, uma outra perspectiva, inserida nos quadros do princípio da juridicidade conforme o mesmo é – e deve ser - hoje tratado.¹⁷

¹³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas”, *O Direito*, Ano 136.º, I, 2004, p. 44.

¹⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas”, p. 76.

¹⁵ Cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE / MARIA DE LURDES PEREIRA, “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão”, *O Direito*, Ano 136.º, I, 2004, pp. 89 ss.

¹⁶ Cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE / MARIA DE LURDES PEREIRA, “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão”, p. 125. Recusando, porém, o que apelida de “alarido social” como critério de medida da actuação das entidades reguladoras no desempenho de funções de fiscalização (v.g. diligências de busca), por “fluidez terminológica e subjectividade de apreciação”, que não permitiriam falar aí de um critério verdadeiramente normativo, cfr. MIGUEL PRATA ROQUE, *Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social*, 2009, pp. 412-413.

¹⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 75 ss., e referências aí constantes. Passa, pois pelo princípio da juridicidade a “confiança” nas entidades reguladoras, aí se encontrando um pilar fundamental do sistema. Não deixam de vir à memória, neste contexto, algumas das últimas palavras de TONY JUDT: “Se não pudermos confiar (...) que os reguladores públicos denunciem os negociantes desonestos, então o próprio capitalismo sofrerá uma paragem brusca.” (cfr. *Um Tratado Sobre os Nossos Actuais Descontentamentos*, trad. Marcelo Félix, Edições 70, Lisboa, 2010, p. 50).

Ao assumir as entidades reguladoras como uma necessidade técnica e institucional, o Estado está a autovincular-se a uma regulação segundo critérios técnicos¹⁸ por parte de entidades compostas por pessoas mais aptas para tal do que o que normalmente se verifica ao nível da administração pública “tradicional”¹⁹.

Deixando de parte a perspectiva patológica do desvio de poder na criação destas entidades – e ele pode ocorrer pelas mais diversas razões, desde motivações pessoais, até à pretensão desresponsabilização do Estado-pessoa colectiva pelo cumprimento das suas tarefas, quando não mesmo do afastamento de responsabilidade pelos danos causados por essa mesma actividade²⁰ -, tal autovinculação só pode admitir-se, por força do princípio da juridicidade, quando surja como conclusão de que assim melhor se cumpre o princípio do Estado de direito: por outras palavras, os fins do direito (e os fins do Estado, caso se pretenda vê-los separadamente dos do direito).

Se não é metodológico-juridicamente aceitável – e mesmo à luz do princípio do Estado de direito democrático – qualquer tentativa de formular um quadro de “entidade administrativa média”, em paralelo com a figura do “homem médio”, cujo relevo em termos de responsabilidade jurídico-civil é por demais conhecida, nem por isso deixa de ser razoável afirmar que, assim, sobre as entidades reguladoras e titulares dos seus órgãos e agentes recai um padrão de exigência superior, em razão da aptidão técnica que justifica a sua própria existência.

Na verdade, tal acréscimo de exigência constitui mesmo um elemento existencial destas entidades, que não pode deixar de ser considerado no momento de ajuizar da respectiva actuação²¹.

Tendo em mente as considerações antecedentes, bem como os diversos pressupostos da responsabilidade civil administrativa extracontratual, deve desde logo observar-se que a especial exigência na correspondente apreciação, decorrente da particular “qualidade” das entidades reguladoras, não se mostrará em todos os domínios do mesmo modo, nem em

¹⁸ Sobre a aplicação de normas extrajurídicas por parte da administração, a autovinculação desta a uma “normatividade de base factual”, e o respectivo contributo para o reforço da “diversidade de conteúdo material da legalidade administrativa”, cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 450 ss.; IDEM, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 763 ss. e 782 ss. Sobre o problema geral da colonização do direito por normas técnico-científicas, e mais especificamente, sobre a relevância e implicações de uma normatividade técnico-científica no exercício da actividade administrativa, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 764 ss.; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 171-172 e 478; CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 424 ss.; e outras referências em RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2012, max. Pp. 508 ss.

¹⁹ Cfr. DANIEL MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, pp. 228 ss.

²⁰ Com relevantes considerações a este respeito, cfr. PAULA COSTA E SILVA, “As autoridades independentes. Alguns aspectos...”, pp. 548 ss.

²¹ Como é sabido, a construção dogmática do “homem médio”, produzida sobre a figura do *bonus pater familias*, postula a liberdade (jurídico-civil) de autodeterminação do sujeito na escolha da sua conduta perante situações jurídicas e juridicamente relevantes (tal como, aliás, a liberdade constitui abstracto “significativo-ideológico” do direito subjectivo: cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, 3.ª ed., Almedina Coimbra, 2009, pp. 327 ss.; *mutatis mutandis*, deve ver-se ainda IDEM, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 1191-1192).

todos “de modo forte”, mas sobretudo naqueles que constituírem característica particular da actividade de regulação.

Isto mesmo se mostra, por exemplo, logo no primeiro pressuposto, o facto voluntário (cfr. *infra*), onde a grande dicotomia entre acções e omissões não é, em si mesma e enquanto tal, carente de qualquer apreciação específica neste domínio, nem tão-pouco o respectivo conteúdo tipológico geral (regulamentos, actos administrativos, “simples actuações administrativas”, “actos reais”, e respectivas “omissões juridicamente relevantes”²²).

Não significa isso, porém, que certas modalidades da actuação administrativa das entidades reguladoras não possam merecer uma reflexão própria no contexto que fomos estabelecendo até ao momento.

2. A Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes e a regulação do sector financeiro

Em 2013 foi publicada, pela primeira vez, uma lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica do sector privado, público e cooperativo: a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto.

Esta Lei surgiu na decorrência do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, assinado pelo Governo Português, em 17 de Maio de 2011.²³

Procurava-se, dessa forma, preencher um vazio legislativo uma vez que as entidades administrativas independentes não eram, nem são, reconduzíveis à noção de instituto público, dada a independência de que gozam, nem à noção de empresa pública, pois não visam prosseguir uma actividade empresarial ou comercial.

Porém, o âmbito subjectivo de aplicação daquela Lei é menor do que a noção de entidade administrativa independente comporta.

Com efeito, a Constituição admite, no artigo 267.º, n.º 3, que podem ser criadas, por lei (lei *lato sensu*, podendo ser lei ou decreto-lei), entidades administrativas independentes.

Como se sabe, cabem no conceito de entidade administrativa independente entidades tão diversas como as entidades reguladoras abrangidas pela nova Lei ou outras como a Comissão Nacional de Eleições (CNE) ou a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos (CADA).

É por isso que o legislador procurou limitar o âmbito de aplicação da Lei n.º 67/2013, definindo, no artigo 3.º do anexo, entidades reguladoras como “*pessoas colectivas de direito*”

²² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, Dom Quixote, Lisboa, 2008, p. 20.

²³ Este previa, no parágrafo 7.21., que fossem adoptadas medidas para “garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades.”

público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da actividade económica.

Se assim se pretendiam dissipar dúvidas relativas ao âmbito de aplicação do diploma, elas seriam definitivamente resolvidas pelo n.º 3 do artigo 3.º da Lei-Quadro, que procede ao elenco, em nosso entender, taxativo, das entidades subordinadas à Lei.

Neste contexto, foram excluídos do âmbito subjectivo de aplicação da Lei o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora da Comunicação Social.

No caso do Banco de Portugal, a não aplicação da Lei pode ser sustentada com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que prevê, nos artigos 130.º e 131.º, a independência dos bancos centrais nacionais, independência, de resto, replicada, no artigo 102.º da Constituição, cuja redacção, resultante da revisão constitucional extraordinária de 1992, visou, justamente, harmonizar o texto constitucional com a (então) alteração introduzida pelo Tratado de Maastricht²⁴.

Qualquer disposição desta Lei-quadro que colocasse em causa a independência do Banco de Portugal seria inconstitucional e ilegal o que, ainda assim, teria permitido sujeitar, em alguma medida, o Banco de Portugal a este diploma, caso assim tivesse sido entendido.²⁵

A excepção relativa à Entidade Reguladora da Comunicação Social pode justificar-se pela circunstância do artigo 39.º da Constituição consagrar, de forma expressa, aquela entidade reguladora e de as funções por esta prosseguidas não corresponderem ao exercício típico de uma função de regulação económica (ou seja, não está em causa a correcção de uma falha de mercado *típica*).

A Lei-Quadro propõe um modelo institucional de regulação que será aplicável, de forma transversal, à plêiade de entidades reguladoras abrangidas pelo diploma.

No caso particular da regulação do sector financeiro em Portugal, esta é efectuada de acordo com o modelo tripartido clássico, de harmonia com o qual os três sectores (sector bancário, segurador e de valores mobiliários) são regulados, também eles, por três entidades reguladoras distintas (Banco de Portugal, no caso do sector bancário; Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, no caso do sector segurador; e Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, no caso do sector dos valores mobiliários).

A coordenação e articulação da actividade dos três reguladores são asseguradas pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros que intervém em questões sensíveis tais como,

²⁴ Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário...*, pp. 803 ss.

²⁵ A este propósito v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A nova Lei Quadro das Entidades Reguladoras*, in *Revista Direito & Política*, n.º 6, Fevereiro-Abril 2014, pp. 88-94.

exemplificativamente, as que envolvem a regulação de conglomerados financeiros, isto é, de grandes instituições financeiras que operam, simultaneamente, nos três subsectores.²⁶

Este modelo teórico é acolhido por grande parte dos Estados-membros da União Europeia sabendo-se que nenhum modelo em concreto é imposto a nível europeu.

Não obstante, assistiu-se, em diversos Estados, à alteração do modelo institucional de regulação do sistema financeiro, tendo alguns optado pelo modelo *twin peaks*, que desagrega a supervisão prudencial da supervisão comportamental de todas as entidades do sistema financeiro entregando a competência para o exercício da supervisão a dois reguladores distintos. Este modelo foi concretizado na Holanda tendo sido discutida, em Setembro de 2009, a sua aplicação em Portugal não tendo a mesma, contudo, sido efectivada ou, outros, pelo modelo monista de regulação do sistema financeiro (como sucedeu no Reino Unido com o *Financial Services Authority*, encarregue de regular todo o sector financeiro).

Não há um modelo ideal de regulação podendo ser apontadas virtudes e defeitos a cada um deles. É também por isso que a União Europeia não impõe, a cada Estado-membro, a adopção de um determinado e específico modelo institucional de regulação.

Em Portugal, todas as três entidades reguladoras do sistema financeiro são pessoas colectivas de direito público, dispendo de um elevado grau de independência ou, na expressão de outros autores, de um estatuto de elevada autonomia.²⁷

3. A responsabilidade civil extracontratual dos reguladores do sector financeiro

3.1. Aspectos gerais

Devemos distinguir a *accountability* (obrigação de prestar contas) das entidades reguladoras da responsabilidade (*liability*) destas.

²⁶ Cfr. Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro na derradeira versão resultante da Lei n.º 118/2015, de 31 de agosto.

²⁷ Neste sentido v. EDUARDO PAZ FERREIRA / LUÍS MORAIS, *A regulação sectorial da economia – Introdução e Perspectiva Geral*, in *Regulação em Portugal, Novos Tempos, Novo Modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 30 31, que afirmam considerar “(...) contraproducente a qualificação deste tipo de autoridade reguladoras como entidades “independentes”. Será, assim, mais rigoroso qualificá-las como autoridades reguladoras autónomas, com graus variáveis de autonomia (normalmente autonomia reforçada).”

Em sentido diverso, v. VITAL MOREIRA/ FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projeto de lei-quadro*, pp. 31 e segs. REJEITANDO essa qualificação porque o conceito de administração autónoma ter-se-ia consolidado para enquadrar a categoria de entidades colectivas públicas que correspondessem a uma expressão directa de outras comunidades territoriais ou de formações sociais com interesses próprios distintos dos do Estado.

Porém EDUARDO PAZ FERREIRA / LUÍS MORAIS, *ibidem*, p. 31 concluem que “(...) o risco de uma tal confusão terminológica não existe devido ao terceiro elemento da denominação que preconizamos (autoridades reguladoras autónomas ou com autonomia reforçada). A menção específica à qualidade de reguladores deste tipo de organismos envolve por si só a ideia de prossecução de interesses públicos com relevância estadual e afasta a potencial confusão terminológica ou conceptual acima referenciada.”

A *accountability* exprime o dever de prestar contas que o regulador tem (ou deve ter), perante diversas entidades que abrangem, em Portugal, o Parlamento; o Governo (função consultiva; relatórios, controlo orçamental); os Tribunais (v.g. Tribunal de Contas); as entidades reguladas (v.g. através do exercício do direito de audição prévia) e os consumidores (v.g. através da supervisão comportamental) que têm vista, entre outras finalidades, atenuar o risco de captura do regulador.

Por outro lado, a temática da responsabilidade das entidades reguladoras pode ser objecto de análise em função dos vários tipos de responsabilidade que o direito admite e cuja construção dogmática se conhece: v.g., civil, penal, financeira ou política.

Trataremos aqui apenas aspectos relativos à responsabilidade (*liability*), em rigor, à responsabilidade civil, no contexto do regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, hoje constante da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (de acordo com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho: doravante RRCEC)²⁸, por actos de gestão pública.

A submissão das entidades reguladoras ao regime da responsabilidade civil administrativa era já reconhecida no domínio da vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967²⁹, fundamentalmente em razão da sua inequívoca qualificação como entidades públicas de natureza administrativa, e do facto de desenvolverem uma actividade típica de gestão pública, tudo numa concretização do artigo 22.º da CRP, que erige em pilar do princípio do Estado de direito a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado e demais entidades públicas por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções “e por causa desse exercício”, de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem³⁰.

As razões dessa submissão mantêm-se hoje, na vigência do RRCEC, podendo mesmo afirmar-se a superação de alguns aspectos mais problemáticos, tanto em termos substantivos como adjectivos.

Como é sabido, nos termos do respectivo artigo 1.º, n.º 1, rege-se pelo RRCEC a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa, correspondendo ao exercício desta última, nos termos do n.º 2, “as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

²⁸ Sobre o sentido do qualificativo *civil*, para efeitos de distinção entre outros regimes de responsabilidade, como acentuando o escopo predominante da “reparação de danos”, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 11.

²⁹ Diploma hoje revogado pelo artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, e que encerrava o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por actos de gestão pública.

³⁰ Cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE / MARIA DE LURDES PEREIRA, “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão”, p. 99.

Não nos percamos na análise do sempre complexo deslinde do significado de “prerrogativas de poder público” para o que ora nos ocupa³¹; desde logo porque também elas – e *prima facie* – são “reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”, expressão normativa que cobre “virtualmente todas as acções e omissões administrativas”, fazendo decair a relevância da distinção entre actos de gestão pública e de gestão privada, exceção feita ao domínio da responsabilidade contractual³².

Sabe-se que a actividade de regulação é, toda ela, regida por disposições e princípios de Direito Administrativo, ainda que de nível constitucional, ou de Direito da União Europeia.

Com efeito, as entidades reguladoras são entidades de direito público, e integradas na teoria geral da organização administrativa, justamente porque, muito embora possam colocar-se dúvidas a respeito da verdadeira natureza substancial de certas parcelas da sua actividade, no essencial, enquadra-se na função administrativa.

Se as entidades reguladoras se encontram, assim, submetidas ao regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, como entidades administrativas que são, nem por isso deixa de ser pertinente perguntar por eventuais especificidades que, na aplicação desse mesmo regime jurídico, se possam justificar em razão da sua qualidade de entidades reguladoras e dos habituais traços das suas funções.

Nestes termos, a questão fundamental que se impõem é a de saber se importará a qualidade de “entidade reguladora” especificidades ao nível da ponderação e verificação dos pressupostos da responsabilidade civil administrativa, e, em caso de resposta afirmativa, quais os seus principais termos.

É inegável que as entidades reguladoras podem ser responsabilizadas pela sua actuação sendo-lhes aplicável, neste caso, a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro que, nos termos do artigo 2.º, n.º 2 determina que esta prevalece sobre qualquer remissão legal para o regime de responsabilidade civil extracontratual de direito privado aplicável a pessoas colectivas de direito público.

Esta possibilidade decorre do disposto na:

(i) Lei-Quadro das Entidades Reguladoras³³;

³¹ Sobre a noção de “poderes públicos de autoridade”, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 590 ss.

³² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 17. Como aí assinalam os Autores, a distinção entre actos de gestão pública e de gestão privada suscitaria reais dificuldades no domínio dos contractos e dos actos materiais, mas já não dos regulamentos e actos administrativos que são, “sem exceção, actos de gestão pública”, e que talvez possa dizer-se corporizarem, acrescentamos, o essencial das formas jurídicas da actividade de regulação.

³³ A Lei-Quadro das entidades reguladoras determina, no artigo 46.º, n.º 1 que “os titulares dos órgãos das entidades reguladoras e os seus trabalhadores respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável.” A responsabilidade dos membros do conselho de administração pelos actos praticados no exercício das suas funções é solidária (cfr. artigo 24.º, n.º 1) sendo excluída apenas relativamente aos membros que, tendo estado presentes na reunião em que foi tomada a deliberação, tiverem votado contra, em declaração registada na

(ii) no RRCEC; e

(iii) Nos estatutos de cada uma das entidades reguladoras do sector financeiro (Banco de Portugal³⁴; CMVM³⁵ e ASP³⁶).

Deve ainda observar-se que o quadro normativo em que as entidades reguladoras se movem resulta, cada vez mais, de impulsos determinados pela União Europeia podendo falar-se, assim, na crescente europeização da regulação económica em todos os sectores, nomeadamente no sector financeiro.³⁷

Aqui verifica-se que o Banco Central Europeu pode também ser responsabilizado pela função de supervisão exercida, de harmonia com o disposto no artigo 340.º do TFUE, podendo, neste sector específico, haver lugar a situações de concausa desde que, sublinhe-se, envolvam a actividade do BCE (em particular a actividade recentemente desenvolvida, na sequência do surgimento da União Bancária). Nestes casos, o Tribunal competente para julgar estes casos será o Tribunal de Justiça da União Europeia.³⁸

Noutros casos pode ser o BCE a propor acções contra os bancos centrais nacionais.³⁹

respetiva ata, bem como os membros ausentes que tenham declarado por escrito o seu desacordo, que igualmente é registado na ata (cfr. artigo 24.º, n.º 2).

³⁴ Cfr. artigos 39.º e 62.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal:

“Artigo 39.º:

Dos actos praticados pelo governador, vice-governadores, conselho de administração e demais órgãos do Banco, ou por delegação sua, no exercício de funções públicas de autoridade, cabem os meios de recurso ou acção previstos na legislação própria do contencioso administrativo, incluindo os destinados a obter a declaração de ilegalidade de normas regulamentares.

(...)

Artigo 62.º:

Sem prejuízo do disposto no artigo 39.º, compete aos tribunais judiciais o julgamento de todos os litígios em que o Banco seja parte, incluindo as acções para efectivação da responsabilidade civil por actos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com o Banco.”

³⁵ Cfr. artigo 39.º, n.º 1 dos Estatutos da CMVM.

³⁶ Cfr. artigos 19.º e 53.º dos estatutos da ASF.

³⁷ Cfr. Regulamento n.º 1024/2013, de 15 de outubro.

³⁸ Cfr. artigo 340.º do TFUE, terceiro parágrafo:

“(…) Em derrogação do segundo parágrafo, o Banco Central Europeu deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes no exercício das suas funções.

(…)”

Cfr. igualmente artigo 46.º do Protocolo n.º 3 relativo ao estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia:

“As acções contra a União em matéria de responsabilidade extracontratual prescrevem no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do facto que lhes tenha dado origem. A prescrição interrompe-se, quer pela apresentação do pedido no Tribunal de Justiça, quer através de pedido prévio que o lesado pode dirigir à instituição competente da União. Neste último caso, o pedido deve ser apresentado no prazo de dois meses previsto no artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; o disposto no segundo parágrafo do artigo 265.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é aplicável, sendo caso disso.

O presente artigo aplica-se igualmente às acções contra o Banco Central Europeu em matéria de responsabilidade extracontratual.”

³⁹ Cfr. artigo 271.º do TFUE:

“Nos limites a seguir indicados, o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos litígios respeitantes:

(...)

d) À execução das obrigações resultantes dos Tratados e dos Estatutos do SEBC e do BCE pelos bancos centrais nacionais. O Conselho do Banco Central Europeu disporá, neste contexto, em relação aos bancos centrais nacionais, dos poderes atribuídos à Comissão no artigo 258.º em relação aos Estados-Membros. Se o Tribunal declarar

Interessa-nos, em particular, o regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa, constante da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro e, em particular, a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa por facto ilícito (cfr. artigo 7.º).⁴⁰

A aplicação do regime da responsabilidade civil extra-contractual por facto ilícito, prevista no artigo 7.º do RRCEE, implica a verificação de:

- (a) Facto voluntário;
- (b) Ilícitude;
- (c) Culpa (dolo ou negligência);
- (d) Dano; e
- (e) Nexo de causalidade conceitos que devem ser, conseqüentemente, escrutinados.

3.2. Facto voluntário

3.2.1. Acções

A responsabilidade civil extracontratual da administração funda-se no princípio da responsabilidade civil das entidades públicas pelas acções e omissões praticadas no exercício das suas funções do qual resulte violação de direitos, liberdades e garantias (ou prejuízo para outrem: artigo 22.º da CRP), ou de direitos fundamentais de natureza análoga (artigo 17.º da CRP), não estando aliás excluídos de integração nesta última categoria outros direitos fundamentais “constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (artigo 16.º, n.º 1, da CRP).

Para efeitos da verificação de um *facto voluntário* (cfr. artigos 7.º, n.º 1, e 8.º, n.ºs 1 e 2 do RRCEE) constituem acções tanto os actos administrativos⁴¹, como os regulamentos, ou ainda as simples actuações administrativas e actos reais⁴².

verificado que um banco central nacional não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse banco central deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.”

⁴⁰ Atentas as funções exercidas pelas entidades reguladoras não trataremos aqui da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (cfr. artigo 12.º) ou da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa (cfr. artigo 15.º).

⁴¹ Cfr. a noção legal constante do artigo 148.º do CPA sobre acto administrativo: “(...) *consideram-se actos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*”.

⁴² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 20, salientando os Autores que a responsabilidade civil emergente de actos positivos “tem carácter genérico, na medida em que decorre de um dever também genérico de não lesar ativamente as posições jurídicas subjetivas de outrem (...)”.

Contanto que não se verificando a ocorra qualquer facto que afaste o carácter voluntário do acto (como seria, por exemplo, a coação física), tem-se este pressuposto por verificado, nos termos e para os efeitos do artigo 7.º, n.º 1, do RRCEC.

3.2.2. O caso específico das recomendações

Importa analisar, de forma mais específica, no contexto das acções desenvolvidas pelas entidades reguladoras, as *recomendações*⁴³ que as entidades reguladoras dirigem aos regulados, e cuja emissão amiúde integra os respectivos catálogos competenciais.

Prototipicamente, as recomendações não criam direitos, nem deveres específicos de actuação para os regulados, em princípio, na medida em que o seu acatamento não é imperativo, tendo estes a faculdade de as seguir ou não.

Quando as não sigam, porém, no momento de eventuais fiscalizações ficam sujeitos ao ónus de explicar a sua opção.

Na verdade, caso não adotem as recomendações da entidade reguladora e a sua conduta venha a mostrar-se lesiva dos direitos ou interesses dos utentes / clientes, os regulados terão que provar que tais lesões se produziram ainda que as recomendações fossem seguidas.

Não significa isto uma inversão da tipicidade das recomendações, no sentido da sua vinculatividade imediata.⁴⁴

Porém, ainda que não imediatamente vinculativas, as recomendações não deixam de constituir um padrão normativo de aferição da conduta dos regulados em momentos de fiscalização por parte das entidades reguladoras: pois o simples facto de terem sido emitidas constitui autovinculação destas últimas quanto à conduta que entendem ser a melhor para a categoria (hipótese) de casos em questão.

O que sucede é que as recomendações surgem assim caracterizadas pela dispositividade, muito embora tal disposição, da parte dos regulados, possa vir a carecer de uma justificação, justamente porque a recomendação visa evitar lesões na esfera jurídica de terceiros através da adoção do que pode entender-se por “a melhor actuação disponível”, no juízo da entidade reguladora, juízo esse que transporta em si a particular “qualidade” desta última e onde a mesma se expressa.

⁴³ Sobre esta figura, cuja distinção face a outras afins não é, apesar de tudo, unívoca nem evidente, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, pp. 376-377; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 911-912; PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, max. 742 ss.; CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 224 ss.

⁴⁴ Aqui se assinalando um momento de relevância da distinção entre *liberdade jurídica* e *liberdade fáctica* - cfr. PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, BFDUC, STVDIA IVRIDICA, n.º 61, Coimbra Editora, 2001, p. 731. Como adiante diz o Autor, a recomendação expressa uma “preferência pública”, sem que constitua pretensão da administração, porém, “retirar ao destinatário a liberdade (fáctica) de adoptar comportamentos alternativos” - cfr. p. 743. Independentemente da sua qualificação dogmática, é inegável, contudo, que as recomendações “condicionam os comportamentos jurídicos” - cfr. CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública*, p. 234.

O habitual será, no entanto, que tais recomendações sejam seguidas, em razão da particular “qualidade” das entidades reguladoras, mas também, mais concretamente, do ónus inerente à justificação da dispositividade e suas consequências⁴⁵.

3.2.3. Omissões

As *omissões* implicam também referência particular.

Desde logo porque à administração pública assiste sempre o dever, “nos domínios abrangidos pelas suas tarefas de polícia”, de evitar a produção de danos para terceiros⁴⁶. No que toca às recomendações, muito embora pareça difícil considerar ilícita a omissão de “certa” recomendação, nem por isso a ausência de recomendações em certo domínio pode deixar de ser considerada relevante, designadamente, para efeitos de preenchimento da cláusula de “funcionamento anormal do serviço” (artigo 7.º, n.º 3 RRCEC).

3.3. Ilícitude

Em termos categoriais, a ilicitude, “traduzindo um acto de vontade consciente do decisor, expressa uma conduta administrativa intencionalmente desenvolvida em termos dolosos ou negligentes e contrária à juridicidade”⁴⁷.

Assim, tem-se por ilícita toda a conduta violadora do chamado “bloco de legalidade”, sendo este composto por princípios e regras constitucionais, legais, regulamentares, seja a sua origem nacional, internacional ou europeia⁴⁸.

Relativamente a esta última dimensão em particular – Direito da União Europeia (DUE) – é hoje em dia indubitável que integram o “bloco de legalidade” que vincula a administração pública as normas de Direito da União Europeia que gozem de aplicabilidade directa ou de efeito directo, cuja violação impõe então considerar verificado o pressuposto da ilicitude da responsabilidade extracontratual da administração⁴⁹.

Nem por isso deve desconsiderar-se, ainda assim, que desde os anos noventa do século XX, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) admite a responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia por parte da administração (cfr. acórdão *Hedley*

⁴⁵ Pode, assim, dizer-se destas recomendações serem elas “medidas moles de efeitos duros”, como certa doutrina alemã diz especificamente das advertências, o que leva a “não desconsiderar a importância do princípio da legalidade administrativa” (cfr. PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, p. 759 e 774 ss.).

⁴⁶ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 20.

⁴⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, p. 80.

⁴⁸ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, pp. 20-21.

⁴⁹ Considerando, aliás, que a desaplicação interna do “Direito Comunitário primário (...) se traduz sempre numa violação da cláusula constitucional de empenhamento na edificação da União Europeia”, e que “também o Direito Comunitário derivado goza de prevalência sobre o Direito interno infraconstitucional anterior e posterior: a desaplicação do Direito Comunitário derivado pelo Direito interno infraconstitucional padecerá sempre, nos termos da cláusula constitucional de empenhamento na edificação da União Europeia, de inconstitucionalidade.”, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade ...*, p. 612.

*Lomas*⁵⁰, aplicando as considerações anteriores dos famosos acórdãos *Francovich*⁵¹ e *Brasserie du Pêcheur*⁵²)⁵³.

Normalmente, a responsabilidade civil dos Estados-Membros por incumprimento do DUE exige a verificação de três requisitos, a saber:

- (i) Estar em causa a violação / incumprimento de uma norma que atribua direitos a particulares;
- (ii) Tratar-se de uma *violação suficientemente caracterizada*, no sentido de ser grave e manifesta;
- (iii) E existir um nexo de causalidade entre a violação e o prejuízo sofrido pelo particular envolvido⁵⁴.

Porém, o segundo requisito - *violação suficientemente caracterizada*, no sentido de ser grave e manifesta – havia sido construído pelo TJUE para casos de exercício da competência *normativa* dos Estados-Membros.

Assim, no Acórdão *Hedley Lomas* o TJUE viria a assentar “que em caso de inexistência de escolhas normativas, de existência de uma reduzida margem de discricionariedade ou mesmo da inexistência desta, “a simples infracção ao direito comunitário pode ser suficiente para provar a existência de uma violação grave e manifesta””⁵⁵.

No que se refere à noção de ilicitude, prevista no RRCEC, esta verifica-se sempre que a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte:

- (i) Dos danos causados por acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício;
- (ii) Quando os danos resultem do funcionamento anormal do serviço⁵⁶ quando estes não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado.

⁵⁰ Acórdão *Hedley Lomas*, proc. 5/94, de 23 de maio de 1996, disponível in www.curia.eu.

⁵¹ Acórdão *Francovich*, de 19 de novembro de 1991.

⁵² Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, procs. C-46/93 e C-48/93, de 5 de março de 1996.

⁵³ Cfr. HELOÍSA OLIVEIRA, “Jurisprudência comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Influência, omissão e desconformidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, IV, Coimbra Editor, Coimbra, 2010, p. 622.

⁵⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 239; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 33 ss.; HELOÍSA OLIVEIRA, “Jurisprudência comunitária...”, pp. 621 ss.

⁵⁵ Cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, p. 36, em nota.

⁵⁶ Cfr. artigo 7.º, n.º 4 do RRCEE: “Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.”

No domínio da *ilicitude*⁵⁷, há relevância particular ao nível da apreciação do *cumprimento de um dever* como causa de exclusão da ilicitude.

Porque só um dever “prevalente” pode ser invocado, e a entidade reguladora, por força da sua “qualidade”, encontra-se vinculada como nenhuma outra entidade administrativa à correcção da apreciação dessa prevalência: isto é inerente à própria postura metodologicamente activa da administração e à autotutela declarativa de que ela goza.⁵⁸

Também em sede de responsabilidade pela prestação de informações (artigo 11.º, n.º 2, do CPA), é de considerar a especial posição das entidades reguladoras, pois têm elas obrigação de uma superior selecção da informação relevante a prestar.⁵⁹

3.4. Culpa

3.4.1. Enquadramento

É no domínio da *culpa* que, em termos gerais, se encontrará, porventura, a mais alta expressão da especificidade da posição das entidades reguladoras para efeitos de responsabilidade civil administrativa.

Ao autovincular-se a uma especial exigência de padrões técnicos com a criação de entidades reguladoras, o Estado heterovincula-as a uma particularmente exigente recolha, tratamento e utilização da informação para efeitos decisórios, e à respectiva adequação aos casos concretos: se ninguém é obrigado a mais do que pode fazer, as entidades reguladoras podem em regra “mais” do que a administração tradicional em termos de “juízo”.

Ademais, se a diligência das pessoas colectivas “é, no fundo, a diligência das pessoas singulares que constituem os seus titulares de órgãos e agentes”⁶⁰, e se são essas mesmas pessoas singulares que fazem a credibilidade das entidades reguladoras, não pode senão admitir-se a possibilidade de relevância da correspondente *culpa in eligendo* quando a escolha dos titulares de órgãos e agentes, no âmbito da própria entidade reguladora, não respeite a particular exigência decorrente daquela heterovinculação, e daí decorra uma actuação lesiva para os regulados⁶¹.

⁵⁷ Ou da violação do “bloco legal” que redunde em violação de norma de protecção da posição jurídica cuja lesão se pretende ver reparada: cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 21.

⁵⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 701-702. Sobre a autotutela administrativa e suas várias dimensões, cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento...*, pp. 243 ss.

⁵⁹ O artigo 11.º, n.º 2, do CPA assenta a responsabilidade da administração pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não obrigatórias, o que, como notam MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, pp. 20-21, constitui situação específica de ilicitude para efeitos de responsabilidade civil administrativa decorrente da prestação de informações. Cfr. também MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 118 ss.

⁶⁰ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, pp. 26-27.

⁶¹ Questão diferente é a da eventual responsabilidade do Estado pela designação dos titulares dos órgãos da entidade reguladora.

Não está apenas em causa, como é bom de ver, obviar a qualquer tendência *benevolente nos padrões de diligência das condutas dos titulares de órgãos ou agentes administrativos de topo, em razão da importância das funções que lhe estão cometidas*⁶², mas uma particular responsabilização da entidade reguladora pela escolha (v.g., ao nível da eleição dos critérios de selecção e da margem de livre apreciação na respectiva avaliação) dos seus agentes, que tem de refletir, desde logo, as exigências que dão substância àquela heterovinculação⁶³.

Por outras palavras, neste mesmo “momento de selecção” começa a “missão” das entidades reguladoras.

No que respeita ao pressuposto da *culpa*, há que observar o regime geral constante do artigo 10.º, n.º 2 do RRCEC, segundo o qual, sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos⁶⁴.

Quando assim é, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos resultantes das acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

3.4.2. Culpa leve e culpa grave

O apuramento do grau de culpa do agente pode determinar, a final, que esta seja culpa grave ou culpa leve.

No primeiro caso – culpa grave – há um regime específico de responsabilidade por actuações ou omissões ilícitas cometidas por titulares de órgãos, funcionários e agentes que, com dolo ou culpa grave, tenham provocado danos (cfr. artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, do RRCEC).

A solução legal prevista vem acompanhada de uma outra que se traduz na obrigatoriedade do exercício do direito de regresso pelo Estado e demais pessoas colectivas contra os titulares de órgãos, funcionários e agentes (cfr. artigos 6.º, n.º 1 e 8.º, n.º 3, do RRCEC).

Sobre a operatividade desta solução legal face à actividade dos reguladores, deve considerar-se que estes gozam de um estatuto de independência inerente à actuação dos titulares dos seus órgãos e, por isso, é necessário assegurar-lhes a liberdade indispensável à tomada de decisões.

⁶² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 26.

⁶³ Tais exigências poderão aproximar-se da categoria dos “deveres não relacionais” – cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1250-1251.

⁶⁴ Como sublinha MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 492, esta solução legislativa é inteiramente justificada, tanto mais que, “por via de regra, existe efetivamente culpa na emissão de actos administrativos ilegais, já que o primeiro dever da Administração é conhecer e respeitar o Direito, pelo que se afigura inteiramente justificada a consagração formal de uma presunção de culpa no domínio da responsabilidade da Administração por danos resultantes da prática de actos administrativos ilegais”.

De outro modo, estar-se-ia a limitar a independência de decisão dos titulares dos seus órgãos, uma vez que, sobre eles, pairaria sempre o fantasma do exercício obrigatório do direito de regresso a ser accionado pelo Estado.

Note-se também que, nestas situações, pode acontecer que os titulares dos órgãos, ao verem exercido o direito de regresso obrigatório, poderiam encontrar-se perante uma situação em que o seu património passasse a estar totalmente onerado em virtude do exercício do direito de regresso, o que, além do mais, teria como consequência reflexa o desincentivo ao aparecimento de interessados, com elevado grau de competência, que quisessem assumir esses cargos.

Encontra-se assim perfeitamente justificada a consagração do regime especial destinado à regulação e à supervisão bancária que se encontra previsto no artigo 12.º, n.º 3, do RGICSF e que estabelece a regra segundo a qual a responsabilidade civil pessoal dos titulares dos órgãos do Banco de Portugal “apenas pode ser efectivada mediante acção de regresso do Banco e se a gravidade da conduta do agente o justificar”.

A regra é, portanto, a de que o Banco de Portugal assume exclusivamente a responsabilidade de actuações, danosas, dos seus titulares, podendo, caso queira, ou seja, facultativamente, exercer sobre eles o direito de regresso apenas quando resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

De forma diversa, a responsabilidade será assumida pela entidade reguladora quando tiver sido cometida pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes com culpa leve.⁶⁵⁻⁶⁶

Esta solução legislativa é, *de jure condendo*, criticada por alguns uma vez que implica uma potencial litigância desmesurada que pode gerar “uma situação de perturbação do seu funcionamento”.⁶⁷

⁶⁵ No Reino Unido o regime da responsabilidade civil é aplicado de forma restrita uma vez que se determina o afastamento da responsabilidade civil do Banco de Inglaterra e dos titulares dos seus órgãos relativamente a falhas de supervisão que tenham provocados danos a terceiros (cfr. capítulo 4, Secção 40, (14) do *Banking Act* de 2013). No entanto, quando se apure que o Banco de Inglaterra ou os titulares dos seus órgãos actuaram dolosamente, estes podem ser responsabilizados.

⁶⁶ Na Alemanha, a lei prevê a imunidade da autoridade de supervisão por falhas de supervisão bancária que tenham provocado danos a terceiros.

Contudo, a jurisprudência dos Tribunais alemães, na sequência de dois acórdãos proferidos em 1979, foi contrária a esta solução considerando que, atendendo à lei bancária alemã de 1961 e às finalidades da supervisão bancária, o “*Kreditwesengesetz - KWG*” teria, afinal, o propósito de proteger as pessoas com créditos bancários que, em virtude de uma qualquer falha de supervisão, lhes tenham causado um dano podendo, conseqüentemente, reclamar uma indemnização. Em 1984 o “*Kreditwesengesetz - KWG*” foi alterado, tendo sido acrescentando um novo parágrafo (3) ao então § 6 da respectiva lei, ficando agora expressamente determinado que o supervisor bancário, quando atue no exercício das suas competências e em conformidade com o seu estatuto legal, ao fazê-lo, fá-lo exclusivamente em função do interesse público.

Pretendeu-se, desta forma, afastar a possibilidade de terceiros poderem reclamar do supervisor uma indemnização, por danos que lhe foram causados, em resultado de falhas na supervisão bancária.

Descrevendo todos estes factos, cfr. EDMILSON WAGNER DOS SANTOS CONDE, “Breves reflexões sobre a Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras: em especial, o caso do Banco de Portugal”, *Revista E-publica*, volume 3, n.º 2, novembro de 2016, disponível em <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.3-N2-Art.11.pdf> (acesso em dezembro de 2016), p. 261.

⁶⁷ Assim, FERNANDA MAÇÃS, “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, *CJA*, n.º 88 (Jul - Ago), 2011, p. 67.

Por outro lado, a mera verificação de *culpa leve* mostra-se “*desproporcionada e desequilibrada, uma vez que ignora “o risco e a complexidade que assume a regulação do sistema financeiro”*”.⁶⁸

Para outros, ainda, a presunção de culpa leve legalmente prevista, não devia ser aplicável a entidades reguladoras uma vez que “estão em causa funções e exigências que, pela sua natureza, devem proporcionar uma margem de risco tolerável ao decisor”.⁶⁹

3.5. Funcionamento anormal do serviço

Por outro lado, o RRCEC determina, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, a chamada *faute du service*, que se traduz na responsabilização do Estado e demais pessoas colectivas de direito público, sem que, em concreto, tenha ficado demonstrada a culpa inerente à actuação lesiva do titular de órgão, funcionário ou agente, ou não se consiga provar a autoria pessoal da acção ou omissão. Verifica-se um funcionamento anormal de serviço sempre que “atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”.

Assim, só se torna possível responsabilizar a administração na medida em que se demonstre que a lesão se deveu a um serviço que, globalmente considerado, funcionou de forma anormal.

A este propósito, podem suscitar-se algumas questões resultantes da actuação das entidades reguladoras do sector financeiro no contexto da crise económica que atravessaram – e atravessam – e que se relacionam, nomeadamente, com:

- (i) O modelo institucional de regulação;
- (ii) Com os novos produtos financeiros, cada vez mais complexos, que devem ser apreciados e escrutinados pelos reguladores; e
- (iii) A escassez de meios humanos e financeiros que permitam às entidades reguladoras cumprir, de forma cabal, a missão de que foram incumbidas.⁷⁰

Analisemos, de modo breve, cada um dos pontos observados.

Em primeiro lugar, entende-se que o modelo institucional de regulação – tripartido, monista ou *twin peaks* - não justifica, nem pode suportar, um eventual funcionamento anormal do serviço.

⁶⁸ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, p. 67; No mesmo sentido, CARLA AMADO GOMES, “O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”, in *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por facto ilícito*, p. 36.

⁶⁹ Neste sentido, cfr. JOÃO MENDONÇA GONÇALVES, “Da culpa leve na responsabilidade extracontratual do Banco de Portugal”, IVM, Lisboa, 2015.

⁷⁰ Cfr. EDMILSON WAGNER DOS SANTOS CONDE, “Breves reflexões sobre a Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras (...)”, p. 265.

Atente-se no sector financeiro.

Neste podem ser adoptados fundamentalmente três modelos institucionais de regulação: o modelo único; o modelo tripartido e o chamado modelo *twin peaks*.

Nenhum deles provou, até hoje, ser melhor do que outro, num contexto pré ou pós-crise.

Com efeito, alguns Estados que haviam adoptado o modelo único acabaram por o abandonar na sequência da crise (v.g. no Reino Unido, a *Financial Services Authority*) e outros pretendem substituir o modelo tripartido pelo modelo *twin peaks* (v.g. o caso de Portugal). É justamente a falta de demonstração da superioridade de um determinado modelo que justifica que a União Europeia não proponha a adopção de um específico modelo institucional de regulação do sector financeiro aos Estados-membros.

Não pode, por isso, a entidade reguladora ser responsabilizada pela definição de um determinado modelo regulador, desenhado pelo legislador nacional que não interfere na relação entre aquela entidade e os entes regulados.

Por outro lado, a crescente complexidade dos produtos financeiros não pode, igualmente, motivar a responsabilidade das entidades reguladoras.

Neste domínio assiste-se, frequentemente, a um “jogo do gato e do rato” em que as entidades reguladoras procuram actuar de forma reactiva face aos novos produtos que entretanto surgem no mercado.

Certo é, porém, que neste domínio apenas a análise concreta do produto financeiro em causa, cruzada com o juízo crítico relativo à actuação da entidade reguladora – procurando apurar, nomeadamente, se a entidade reguladora devia ter atuado ou *regulado* aquele produto – é que permitirá, a final, julgar da responsabilidade da entidades reguladora.

Como observa Fernanda Maçãs, ainda que relativamente à actuação concreta do Banco de Portugal, “o que se questiona é se, sendo mais fácil cometer erros, não seria mais adequado, para evitar resultados demasiado gravosos, *mitigar este regime de responsabilidade com elementos de subjectivação, limitando-se a imputação da entidade reguladora às situações de falta grave (faute lourde)*”.⁷¹

Porém, e em sentido oposto, sempre se dirá que vivemos, hoje, numa sociedade altamente dependente do seu funcionamento da actividade bancária.

Assim, o legislador deve atender a esta realidade fáctica aquando do processo legislativo e, em Portugal, fê-lo, ao compreender na responsabilidade por culpa leve e no mau funcionamento do serviço a responsabilidade da entidade de supervisão sobre a qual impende um especial dever de garante.

⁷¹ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, Responsabilidade civil das entidades reguladoras, CJA, n.º 88 (Jul - Ago), 2011, p. 67.

Deste modo, os reguladores do sector financeiro devem actuar com especial diligência, rigor, eficácia e assertividade.

É isto que a sociedade exige do regulador.

Na verdade, o especial conhecimento da actividade regulada por parte da entidade reguladora é uma exigência que não se coloca nos mesmos termos a serviços administrativos “tradicionais” que lidam com uma grande diversidade de actividades económicas (ainda que essa diversidade possa para eles ser relevante, como no caso da administração fiscal).

Nestes últimos, a metodologia da actividade administrativa é vocacionada para a consecução de fins do Estado que não se prendem com tais actividades económicas na sua especificidade, nem tão-pouco, mais em particular, com o eventual interesse público subjacente a essas mesmas actividades (interesse público esse que permite referir certa actividade económica àqueles mesmos fins, justificando, por isso, uma metodologia específica da actividade administrativa que tenha essa mesma actividade por objecto, como é no caso da regulação).⁷²

Tudo isto reduz o espaço de aceitabilidade do “erro desculpável” como causa de exclusão da culpa, tanto da parte das pessoas singulares que são titulares de órgãos ou agentes da entidade reguladora, como desta, em termos funcionais, na medida da relevância da distinção.

Neste domínio, a escassez de meios humanos ou materiais pode, conseqüentemente, justificar o *funcionamento anormal do serviço*.

O que está aqui em causa é a especial posição ou “qualidade” destas entidades relevante para efeitos da aferição do *anormal funcionamento do serviço*, porque tal anormalidade se verifica a respeito da sua deficiente organização ou actividade material.

3.6. Nexo de causalidade

Talvez a particular “qualidade” das entidades reguladoras, de acordo com o que vem sendo dito, constitua (mais) um elemento de justificação para que, em sede de *nexo causal*, se ponderem as superações que a doutrina vai apontando como necessárias à *teoria da causalidade adequada*.

⁷² Como já noutros lugares se afirmou, não se vê que a organização administrativa – como, aliás, qualquer outra actividade estadual – possa deixar de se referir aos direitos fundamentais e ainda assim pretender permanecer no quadro da constitucionalidade (cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, “Sobre uma hipotética harmonização europeia ao nível dos campos de aplicação da descentralização territorial”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha - Volume I - Assuntos Europeus e Integração Económica*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 1215 ss.) Sobre esta temática, bem como sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no domínio de “matérias estranhas aos direitos fundamentais”, com várias referências à doutrina germânica, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, pp. 944-945; mais adiante, afirma o Autor que “[a] pesar do limitado relevo dos direitos fundamentais em matéria de organização administrativa, não pode deixar de se entender que o legislador se encontra constitucionalmente impedido de configurar o modelo de organização administrativa em termos que representem um *perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos*” – cfr. p. 990, em nota.

Segundo esta última, a imputação do dano ao facto voluntário ocorre quando deste seja possível extrair uma previsão da produção do primeiro em condições de “normalidade social” (e assim *mutatis mutandis* para os casos de omissão).

Se tal avaliação “não dispensa a noção de causalidade ontológica”, sendo efectuada através de um juízo de “prognose póstuma”, ela deve sempre atender “aos conhecimentos específicos do agente que lhe permitam dominar processos causais à partida anormais”.⁷³

Ora, esta consideração dos “conhecimentos específicos” ou da “qualidade” do agente apresenta uma particularidade, que não é de todo surpreendente, tendo em conta tudo o que já de disse *supra*: é que tais “conhecimentos específicos” não constituem simplesmente um “estado”, um “ser” que importa considerar no momento do raciocínio jurídico-valorativo de imputação, mas antes um verdadeiro “dever-ser”, um dever ou obrigação das próprias entidades reguladoras, atentas as razões da sua criação, e independentemente da sua concreta “credibilidade” em dado momento.

Por isso, ou também por isso, talvez se justifique o recurso melhor a superações teóricas da teoria da causalidade adequada que apontam a necessidade de uma imputação sobretudo objectiva:

(i) Como à *teoria da esfera de protecção* ou “do fim de protecção do mandado de cuidado”, que considera verificado o nexos causal entre facto e dano sempre que este “incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjectivo ou pela norma de protecção”⁷⁴;

(ii) Ou mesmo à *teoria da conexão do risco*, concebida por Roxin para o domínio jurídico-penal, nos termos da qual haverá imputação objectiva caso se verifique criação ou aumento (ação) ou a sua não eliminação ou não diminuição (omissão) “de um risco não permitido” concretizando-se este num dano.⁷⁵

O estabelecimento do nexos de causalidade das situações omissivas reveste, porém, especial complexidade.

Com efeito, e no domínio da regulação do sector financeiro, estaremos em presença de dois potenciais agentes causadores do dano:

(i) O regulador, na medida em que tenha contribuído, com a sua omissão ilícita e culposa, para a ocorrência do dano para terceiros, e

⁷³ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 31.

⁷⁴ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, p. 31.

⁷⁵ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, III, pp. 31-32, considerando que se trata, “porventura, da construção mais aperfeiçoada da teoria da causalidade jurídica”.

(ii) O regulado, na medida em que, actuando ilicitamente sobre a realidade concreta, provoque danos a terceiros.

Estamos assim perante um problema de concausa.

De modo a poder-se dizer que o supervisor é responsável civilmente pelos danos causados a terceiros será necessário averiguar a existência de umnexo causal que permita afirmar que a omissão de actuação do supervisor contribuiu, enquanto causa adequada, para a produção dos danos.

Embora seja difícil, cremos ser possível estabelecer-se umnexo de causalidade entre o facto e o dano em sede de apuramento de responsabilidade para com a entidade reguladora.

Assim, face a omissões de supervisão que, em concreto, tenham contribuído de forma adequada para a produção do resultado lesivo ao terceiro podemos afirmar a possibilidade de imputação do facto ao dano, responsabilizando assim a autoridade supervisora.

Note-se que o apuramento da responsabilidade do supervisor, nos casos de responsabilidade *in vigilando* – que encontramos consagrada no artigo 10.º, n.º 3, do RRCEC – não é fácil de descortinar.

Estão em vista as situações em que a administração “se demite do seu dever de controlar certas condutas ou o exercício de determinadas actividades dos particulares e, em resultado de actuações ilícitas destes, são causados prejuízos a alguém”.

Aqui, é exigível que se apure, em rigor, a existência de umnexo causal adequado entre a falha de supervisão e o dano provocado a terceiros, ou seja, terá que existir uma omissão de um dever de actuação que tenha contribuído, com um enorme grau de certeza, para o resultado final danoso.

A existência de concausalidade na produção de um resultado lesivo para terceiros em consequência de actuações danosas por parte de regulados e à ocorrência de falhas por parte de reguladores coloca o problema de saber em que medida estas entidades respondem perante aqueles.⁷⁶

⁷⁶ No caso *Murphy v. Brentwood District Council*, ocorrido em 1990, no Reino Unido, discutia-se uma situação em que o Senhor Murphy tinha comprado uma casa, com as licenças legalmente devidas, tendo vindo a descobrir, posteriormente, que o imóvel tinha deficiências de construção profundas.

Consequentemente propôs uma acção contra a autoridade municipal *Brentwood District Council*, exigindo o pagamento de uma indemnização pelo dano causado em virtude da falha daquela entidade no dever de fiscalização.

O autor obteve vencimento de causa na primeira instância. Porém, a decisão foi revogada na Câmara dos Lordes considerando que, neste caso, não se podia responsabilizar o supervisor uma vez que não tinha sido este a causar o dano em apreço.

Esta decisão alterou uma outra, anterior, dos tribunais ingleses – o caso *Anns v. Merton London Borough*, de 1978 – que, perante factos idênticos, tinha concluído pela responsabilidade do supervisor, por considerar que os órgãos municipais encarregados de fiscalizar as actividades de construção têm um dever de vigilância (*duty of care*).

O RRCEE dá-nos a resposta a esse problema quando no seu artigo 10.º, n.º 4, prevê que nos casos em que haja pluralidade de responsáveis se aplica o disposto no artigo 497.º do Código Civil.

Isso significa que, no plano das relações externas, todos os que tenham contribuído para a ocorrência do resultado final lesivo são considerados, nos termos da lei, civilmente responsáveis perante terceiros lesados, respondendo assim solidariamente perante estes últimos.⁷⁷

No plano das relações internas o problema é mais complexo.

Isto porque:

(i) Não existe regra especial em nenhum dos diplomas que regem as entidades reguladoras do sector financeiro que preveja a possibilidade de exercício de direito de regresso relativamente a entidades reguladas quando da ocorrência de um dano indemnizável a um terceiro lesado em virtude de uma actuação danosa praticada pelo ente regulado que afecte a esfera jurídica daquele mesmo terceiro – pese embora haja a ocorrência de alguma falha; e

(ii) Prevê-se apenas a possibilidade do exercício do direito de regresso dos reguladores em relação aos seus agentes relativamente a decisões que estes tomem na medida da gravidade da sua culpa, i.e., quando a gravidade da conduta do agente o justificar, salvo se a mesma constituir crime, ou seja, esta previsão normativa destina-se às situações típicas de ocorrência de actuações positivas.

Contudo, sempre se poderá concluir que, em casos de falhas cometidos por agentes que actuem no âmago das entidades reguladoras, estas últimas sempre poderão exercer o direito de regresso relativamente àqueles agentes.

Esta conclusão resulta de uma interpretação conjunta do que se dispõe no n.º 3 do artigo 12.º do RGICSF com o disposto no n.º 2 do artigo 497.º do Código Civil, segundo o qual “o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram (...)”.

⁷⁷ Há inúmera jurisprudência sobre responsabilidade dos bancos perante clientes. Assim, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 153/13.8TVLSB.L1-7:

“I- (...) pode concluir-se que o Banco se vinculou, perante a A., a co-assumir a obrigação de reembolso do capital subscrito e respectivos juros que sobre a entidade emitente do dito papel comercial recaía, assegurado o pagamento como directo responsável por ela; II- Ainda que assim se não entenda, e tendo em conta que o produto financeiro em questão não tinha as reais características descritas, sempre será de concluir que o Banco violou de forma grosseira o dever de informação a que estava obrigado, convencendo desse modo a A. a subscrever o papel comercial (...) o que o torna responsável pelos prejuízos causados à A., quer pela sua actuação na formação do contracto, quer na celebração e execução do mesmo.”

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra n.º 1432/09.4T2AVR.C1:

“1. Se as informações prestadas por um banco são inexactas, incompletas ou falsas e foram causais da celebração de um acto ou contracto, então terá aquele de ser responsabilizado pelos danos que assim causa, quer por via contratual quer extra-contratual”.

A conclusão inversa seria perturbante, na medida em que não faria sentido o legislador prever o exercício do direito de regresso, em termos especiais, só para a ocorrência de actuações positivas e deixar de fora a ocorrência de actuações negativas que, mais das vezes, podem ser tão ou mais graves que as actuações positivas.

A solução aqui avançada permite, além do mais, fazer respeitar a função pedagógico-preventiva do princípio da responsabilidade pessoal por parte dos agentes que atuam na esfera dos reguladores por falhas que estes tenham cometido.

É essa, aliás, a interpretação conforme com a Constituição, designadamente, com o que se dispõe nos n.ºs 1 e 4 do artigo 271.º da CRP.

Por último, encontramos as situações em que a entidade reguladora actue licitamente, dentro do quadro de poderes jurídicos conferidos por lei, e, ainda assim, provoque danos à entidade regulada.

Basta pensar nos casos em que, por exemplo, se exerçam poderes sancionatórios ou inspectivos, ou quando seja necessário efectuar-se buscas em qualquer local onde se desenvolve a actividade do regulado ou até quando haja “a violação dos direitos de defesa, quando no caso de instrução de processo de contra-ordenação, seja necessário proceder à apreensão de documentos, apreensão de documentos, apreensão ou congelamento de valores”.⁷⁸

Facilmente se vê que, por vezes, poderão vir a público informações que afectem a credibilidade, o bom nome, a reputação e, muitas vezes até, o volume de negócios desenvolvido pela entidade regulada afectada.

Deste modo, a actuação da entidade reguladora terá que ser criteriosa, devendo obedecer ao indispensável e estritamente necessário ao cumprimento da sua actuação – devendo actuar com prudência e discrição -, sob pena de a sua actuação ser considerada desproporcional.

Assim, encontramos-nos plenamente de acordo com a posição assumida por Fernanda Maçãs, que considera que perante casos pontuais em que se verifique a violação manifesta do princípio da proporcionalidade “se pode questionar se a entidade de supervisão não deverá ser responsabilizada pelos danos decorrentes do cumprimento dos seus deveres funcionais quando destes resultem danos especiais e anormais, nos termos e para o efeito da verificação dos pressupostos da indemnização pelo sacrifício (artigo 16.º da RRCEE)”.⁷⁹

3.7. Obrigação de indemnizar

A *obrigação de indemnizar* pertence à entidade reguladora, como pessoa colectiva à qual é imputada a responsabilidade.

⁷⁸ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, *Responsabilidade civil das entidades reguladoras*, CJA, n.º 88 (Jul - Ago), 2011, p. 73.

⁷⁹ Cfr. FERNANDA MAÇAS, *Responsabilidade civil das entidades reguladoras*, CJA, n.º 88 (Jul - Ago), 2011, p. 74.

Indubitável também é a responsabilidade pessoal dos titulares de órgãos e agentes das entidades reguladoras por acções ou omissões no âmbito das suas funções que constituam ilícitos geradores de danos para terceiros⁸⁰, quando tais acções ou omissões o sejam com “dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” (artigo 1.º, n.ºs 3 e 4, e artigo 8.º, n.º 1, do RRCEC).

Interessante é, porém, a hipótese da responsabilidade do Estado ou de nele recair a obrigação de indemnizar.

Havendo aqui situações várias a distinguir⁸¹, não deve descartar-se a hipótese de recair no Estado a obrigação de indemnizar quando o património das entidades reguladoras se mostra insuficiente.

Aqui há a considerar os seguintes aspectos:

- i) Em primeiro lugar, a criação de entidades reguladoras só pode justificar-se quando represente um ganho em termos de implementação dos direitos fundamentais como, aliás, para a organização administrativa em geral.
- ii) Nunca pode tratar-se, por conseguinte, de uma forma de desoneração do Estado relativamente ao desempenho das suas tarefas essenciais e incumbências prioritárias, mas antes, pelo contrário, um mecanismo de melhor desempenho dessas tarefas e incumbências, pautado pelo princípio da proporcionalidade.
- iii) Se só pode, então, estar-se perante um reforço da garantia dos direitos fundamentais, a desconcentração através da criação de entidades reguladoras nunca pode significar uma limitação da responsabilidade do Estado que ponha em causa esse mesmo reforço: assim o ordena o princípio da máxima efectividade interpretativa das normas que consagram direitos fundamentais (como o artigo 22.º da CRP) e de outras que lhe sejam instrumentais⁸².
- iv) A personalidade colectiva distinta da do Estado para desempenho de fins deste não pode, portanto, degradar as garantias dos administrados, designadamente em sede de ressarcibilidade por danos em sede de responsabilidade civil, conduzindo à

⁸⁰ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, “As autoridades independentes. Alguns aspectos...”, p. 561.

⁸¹ Pela escolha dos titulares dos órgãos da entidade reguladora (*culpa in eligendo*), inclina-se a doutrina para uma resposta negativa, em face dos “dados do sistema positivo”: como diz Paula Costa e Silva, estando em causa “a responsabilidade do titular do órgão por facto ilícito, presumindo-se a sua autonomia de actuação face ao Estado no cometimento desse ilícito (uma vez que o titular do órgão da autoridade independente não recebe quaisquer ordens ou instruções exógenas), não seria possível encontrar título de imputação da obrigação de indemnizar a quem o escolheu” (cfr. PAULA COSTA E SILVA, “As autoridades independentes. Alguns aspectos...”, p. 563).

⁸² Sobre o (sub)princípio da máxima efectividade interpretativa das normas de direitos fundamentais, como concretização da eficácia reforçada das normas constitucionais, vista esta como *princípio estruturante de um Estado de direitos humanos*, e no sentido de que tal (sub)princípio (i) obriga o intérprete “a optar pela solução interpretativa que se mostre mais generosa com o direito fundamental em causa”, (ii) a “preferir a solução interpretativa que se melhor se compatibiliza com a salvaguarda da eficácia do maior número de direito fundamentais”, (iii) bem como aquela que “limitando o âmbito de incidência da restrição, amplie o direito em causa, procedendo-se, por esta via, a uma restrição das restrições” (tudo isto em estado de normalidade constitucional), cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 594.

responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados pela actividade das entidades reguladoras, após excussão do seu património⁸³.

3.9. Noção de terceiros para efeitos de apuramento da responsabilidade

No contexto da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras ficou ainda, por delimitar o âmbito subjectivo de aplicação desta. Por outras palavras, procura-se agora apurar quais os potenciais beneficiários do direito a uma indemnização por danos causados em virtude de erros ou omissões praticados por entidades reguladoras.

Em razão da natureza da actividade de regulação, entende-se que tais terceiros podem ser:

(a) Agentes económicos cuja actividade está subordinada à regulação podendo aqui distinguir-se entre:

(i) Agentes económicos *proprio sensu* e

(ii) Titulares do respectivo capital (“sócios”⁸⁴ ou “titulares de valores mobiliários emitidos por essas entidades”⁸⁵).

(b) Clientes ou utentes desses mesmos agentes económicos que a actividade de regulação visa proteger.⁸⁶

Começamos pelos primeiros: agentes económicos *proprio sensu* ou entidades reguladas.

Não se suscitam dúvidas relativamente à sua inserção no perímetro de aplicação do RRCEC. Estes podem ser indemnizados em virtude de acções ou omissões praticadas por entidade reguladora que, de forma ilícita e culposa, lhes provoquem danos.

Podem estar em causa, exemplificativamente, actos praticados pelo regulador que atentem contra a sua credibilidade, bom nome e reputação como vimos anteriormente.

⁸³ Para conclusão idêntica, mas relativamente a dívidas das entidades públicas empresariais (EPE), cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Da responsabilidade por dívidas das empresas públicas dotadas de personalidade jurídico-pública (E.P.E. e E.E.L.)*, Separata da *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, 3, 2009, pp. 707 ss.

⁸⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas”, p. 76.

⁸⁵ Cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE / MARIA DE LURDES PEREIRA, “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão”, pp. 97 ss.

⁸⁶ A regulação encontra várias justificações teórico-rationais, à luz do princípio democrático, desde a teoria do interesse público (concepção tradicional e corrente, segundo a qual são os interesses gerais que justificam a regulação, como aliás toda a actividade económica pública) à teoria da protecção das actividades reguladas (para a qual a regulação deriva dos interesses dos regulados, restringindo a concorrência excessiva e defendendo-os contra actividades concorrentes (aqui na senda de STIGLER e da escola de Chicago): sobre esta temática, J. L. SALDANHA SANCHES, “A Regulação: História Breve de um Conceito”, pp. 14 ss.; VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, pp. 17 ss.; VITAL MOREIRA / FERNANDA MAÇAS, *Autoridades Reguladoras Independentes*, pp. 9 ss. No sentido de que o termo “regulação” se transformou progressivamente numa fórmula genérica para designar a acção do Estado ou mesmo a intervenção de *outros* agentes económicos, cfr. DANIEL MOCKLE, *La gouvernance, de droit et l'État*, p. 45.

A resposta não será idêntica quando estão em causa entidades enquadráveis nas categorias enunciadas *supra* em a.ii.) e b.) (v.g. accionistas ou clientes) que tenham sido prejudicadas pela actuação ou omissão da entidade reguladora.

Aqui devem abrir-se duas sub-hipóteses.

Em primeiro lugar, os clientes ou investidores em produtos financeiros podem responsabilizar as entidades reguladoras quando o prejuízo sofrido decorra, directamente, da actuação destas.

Esta exigência suporta-se na tutela indemnizatória que, porventura, caiba aos depositantes e investidores, em virtude de falhas na regulação que lhes tenham provocado danos e que encontra suporte no artigo 101.º da Constituição que assegura a protecção dos direitos dos depositantes e dos investidores.⁸⁷

Em segundo lugar, surge a questão de saber se existe uma tutela indemnizatória que beneficie os accionistas nos casos em que os mesmos tenham sido afetados patrimonialmente em resultado de uma falha de supervisão. Como bem observa Emilson Conde, “(...) este é um problema que envolve a questão prévia de saber se os danos puramente patrimoniais são indemnizáveis.”⁸⁸

Relativamente, aos danos puramente patrimoniais, estarão apenas em causa aqueles onde há uma perda económica ou patrimonial efectiva. Aqui importará determinar a indemnizabilidade destes danos em sede delitual.

Ainda na esteira de Edmilson Conde, pode afirmar-se que o problema sucede “(...) perante a ocorrência de danos causados a accionistas de um banco que, no papel de investidores, tenham de alienar as suas acções em condições objectivamente mais desvantajosas das que existissem na hipótese de não ter ocorrido uma falha de actuação do supervisor que tivesse provocado ou potenciado esse dano.

Relativamente a este problema a doutrina tem-se dividido entre:

(i) Aqueles que negam a possibilidade de indemnizar os accionistas lesados caso haja uma falha de actuação do supervisor que contribua para a produção dos danos por eles sofridos; e

(ii) Os que admitem a ressarcibilidade dos danos em sede indemnizatória, relativamente aos accionistas, em resultado de uma lesão patrimonial decorrente, ou potenciada, por falhas de actuação do supervisor.”⁸⁹

⁸⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol.II, 4ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 1082.

⁸⁸ Cfr. EDMILSON WAGNER DOS SANTOS CONDE, “Breves reflexões sobre a Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras (...)”: em especial, o caso do Banco de Portugal, ponto 4.

⁸⁹ Cfr. EDMILSON WAGNER DOS SANTOS CONDE, *ibidem*, ponto 4.

Face a tudo isto será sempre importante considerar dois elementos aparentemente antagónicos mas cuja ponderação pode ajudar a determinar, a final, da responsabilidade das entidades reguladoras do sector financeiro.

O primeiro elemento suporta-se no chamado “*floodgate argument*”.

Este argumento, invocado frequentemente em sistemas de *common law* visa atenuar algum excesso de garantismo, permitindo que os juízes considerem improcedentes acções que envolvam apenas perdas económicas (“*economic loss*”⁹⁰)

O segundo suporta-se no brocardo latino *fiat justitia ruat caelum*. Por outras palavras, e em sentido inverso, a responsabilidade das entidades reguladoras do sector financeiro deve ser aplicada independentemente das consequências que represente.

Consequentemente, será no cruzamento entre o *floodgate argument*, por um lado, e o brocardo *fiat justitia ruat caelum* que os tribunais poderão encontrar o balanço final para a aplicação do regime da responsabilidade civil extrancontractual das entidades reguladoras do sector financeiro.

Vídeos da apresentação

I.



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1869eue951/flash.html?locale=pt>

⁹⁰ Cfr. caso *Spartan Steel & Alloys Ltd v Martin & Co (Contractors) Ltd*: “[I]f claims for economic loss were permitted for this particular hazard, there would be no end of claims. Some might be genuine, but many might be inflated, or even false. A machine might not have been in use anyway, but it would be easy to put it down to the cut in supply. It would be well-nigh impossible to check the claims. If there was economic loss on one day, did the claimant do his best to mitigate it by working harder next day? and so forth. Rather than expose claimants to such temptation and defendants to such hard labour - on comparatively small claims - it is better to disallow economic loss altogether, at any rate when it stands alone, independent of any physical damage.”

II.



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/nwnrhsyzg/flash.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5.
**O DANO PATRIMONIAL: CÁLCULO DA INDEMNIZAÇÃO
DEVIDA POR DANO PATRIMONIAL FUTURO
(PERDA DE CAPACIDADE DE GANHO
E DANO BIOLÓGICO)**

JOÃO PIRES DA ROSA



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O dano patrimonial: cálculo da indemnização devida por dano patrimonial futuro (perda de capacidade de ganho e dano biológico)

João Pires da Rosa*

E então é o dano, o dano patrimonial o que nos ocupa. O cálculo da indemnização devida por **dano patrimonial futuro**. A perda da capacidade de ganho e o agora tão na moda “**dano biológico**”.

É isto que nos ocupa e bem porque – “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”, manda o art. 562º do CCivil.

E se a não pode reconstituir **ao natural**, ou se nem a reconstituição natural repara integralmente os danos ou se essa reparação é excessivamente onerosa (não apenas onerosa, mas **excessivamente** onerosa), há-de reconstitui-la por equivalente, em dinheiro, como manda o art. 566º, nº 1, tendo como medida – nº 2 do mesmo artigo – “a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”.

E...

“Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados” – nº 3.

Ora, o futuro é o futuro, é algo que se desconhece, desconhece-se o dia a dia de cada dia que nos sobra e conhece-se, de ciência certa, a **incertitude** da vida – a **equidade** chega-nos sempre mais cedo do que pensamos e é **dentro dela** que nós, juízes, nos movimentamos.

E **dentro dela** – já o afirmei e repeti várias vezes, e cada vez estou mais convicto do que afirmo – **andamos todos ao mesmo**. Todos procuramos viajar equanimemente **dentro** dos caminhos da *equidade* para chegarmos à necessária quantificação da *reparação* dos danos provocados no património patrimonial de alguém ou da *compensação* devida à lesão aberta no seu património *moral*.

E posso recuperar o que já disse aqui, no CEJ:

Se a **equidade** fosse uma qualquer possibilidade ou solução *discricionária*, repousando no arbítrio de quenquer que fosse ainda que esse “quenquer” fosse um Juiz, fosse o poder judicial, a questão não seria particularmente difícil restando a cada qual assumir em cada momento o seu *arbitrário* juízo sem outra preocupação que não fosse, para cada caso e para cada tempo, para cada homem e cada situação, a sua consciência individual – se bem que, por vezes, seja bem penoso o solitário encargo de suportar em ombros débeis um juízo singular.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Justiça.

Mas a equidade não é isso.

A **equidade** é bem mais do que isso, é a procura de uma forma superior de justiça, da *mais justa das soluções*, daquilo a que Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier chamam, na RDES, IV, 124, a **justiça do caso concreto**.

E a **justiça do caso concreto** não pode divorciar-se dos outros casos igualmente concretos que lhe são próximos ou afins, dos outros casos que os tribunais (e sobretudo o STJ, dada a natureza última das suas decisões) são chamados a decidir, por forma a que situações iguais sejam potencialmente tratadas com resultados iguais, situações diferentes conduzam a soluções quantitativas diferentes.

Claro que *a perfeição não existe*. É preciso aceitar este dogma – que, aliás, nos tranquiliza – sem receio.

E, portanto, a *perfeição*, o rigor absoluto, inatingíveis e porque inatingíveis, não nos devem perturbar.

Até porque, se é verdade que *andamos todos ao mesmo*, é verdade do mesmo modo que somos inevitavelmente todos diferentes.

Nós, juízes, e também – diga-se – os destinatários da Justiça.

O que aliás pressupõe um juízo de humildade, de humildade intelectual e profissional, sobre juízos alheios de outros que profissionalmente se debruçaram já sobre o caso concreto que, em determinado contexto, nos cai sobre os olhos.

É por isso que, olhando para mim próprio, juiz do Supremo, julgo inteiramente de saudar a jurisprudência que ajudei a fixar no acórdão de 5 de Novembro de 2009, da 7^a secção, no proc. nº 381-2002.S1, in www.dgsi.pt/jstj, relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego, segundo a qual « *o juízo de equidade das instâncias, assente numa ponderação, prudencial e casuística, das circunstâncias do caso – e não na aplicação de critérios normativos – deve ser mantido sempre que – situando-se o julgador dentro da margem de discricionariedade que lhe é consentida – se não revele colidente com os critérios jurisprudenciais que generalizadamente vêm sendo adoptados, em termos de poder pôr em causa a segurança na aplicação do direito e o princípio da igualdade* ».

Se o juízo das instâncias se situa *dentro* da margem de discricionariedade que o juízo de equidade sempre comporta, em nome de que “justiça” se pode ou deve “mexer” num valor cuja alteração apenas traz aos destinatários uma ideia de instabilidade jurisprudencial que afecta a própria ideia de Justiça?!

Temos, portanto, como certo e seguro que o juízo final a proferir é (quase) sempre um juízo de equidade.

E ainda bem que assim é.

Porque a redução da vida à pura matemática, a números, é – passe o pleonismo – profundamente redutora.

A vida não cabe dentro de uma aritmética pura e simples e é importante que o juiz possa fazer a *mediação entre o direito e a vida* por forma a poder fazer entrar no **direito** as múltiplas facetas de cada vida concreta e a fazer chegar à **vida** os valores com que o direito tem a pretensão de a conformar.

Essa mediação far-se-á também, como se acentuou, (também) por comparação.

E porque é assim, porque não pode deixar de pensar-se cada uma das soluções individualmente procuradas em confronto com a solução a que se chegou em casos do mesmo tipo ou natureza, é que a formulação quantitativa do juízo de equidade – nos casos do dano da morte ou da incapacidade permanente – não vem dispensando a utilização de tabelas financeiras ou fórmulas que conduzam a uma certa uniformidade de critérios.

As tabelas financeiras mais utilizadas pela jurisprudência na determinação do capital necessário a produzir, durante o período considerado, um rendimento que se aproxime da perda patrimonial sofrida pelas vítimas, têm sido as publicadas por Oliveira Matos, no seu Código da Estrada Anotado, Livraria Almedina, 1979, pág. 462; a fórmula mais seguida tem sido a criada pelo Conselheiro Sousa Dinis, que hoje de manhã seguramente a trouxe ao debate (veja-se a CJSTJ, 2001, T1, págs.5 a 12).

Utilizando essas tabelas ou fórmula, ou outras quaisquer tabelas ou fórmulas, considerar-se-á sempre, como se considera, que:

«A justa indemnização não está sujeita a qualquer liquidação matemática» - declarações de voto lavradas no Ac. STJ de 2 de Fevereiro de 1993, CJSTJ, T1, pág. 128;

E que acima de quaisquer tabelas, estão os critérios fixados no CCivil – Ac. STJ de 8 de Junho de 1993, CJSTJ, T2, pág.138, e designadamente o já falado critério da equidade.

E assim se respeita o comando do art. 566º, nº 3 do CC, segundo o qual «sempre que os danos sejam futuros e previsíveis, mas não seja possível averiguar o seu exacto valor, não deve o tribunal deixar para execução de sentença a prova e liquidação dos danos, mas condenar logo em termos de equidade, *dentro dos limites que tiver por provados*».

Diz-nos isto mesmo a repetida e uniforme jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Por mim, e agora falo por mim – embora reconheça que, porque *andamos todos ao mesmo*, subscrevo sem reboço uma mesma solução se encontrada por outros caminhos, e o inverso também é verdadeiro com outros, que normalmente seguem caminhos diferentes, a subscrever as minhas soluções conseguidas pelo *meu* caminho – venho usando as tabelas

fornecidas por Oliveira Matos porque – confesso – me facilitam o trabalho: basta-me definir, num concreto momento temporal, o que *tenho por provado* e resta-me multiplicar o montante fixado pelo índice fornecido pela tabela.

Claro que a tabela tem o seu tempo.

Seja, está concebida para uma taxa de juro de 9%. E essa é de todo em todo uma taxa desactualizada, uma taxa que foi sendo constante e sucessivamente posta em causa *pelos tempos do tempo*. E já usei taxas de 7%, de 5%, de 4%, de 3% e, mais recentemente, de 2%.

E o que fiz foi muito simples – pedi que alguém matematicamente qualificado reconstruísse a tabela para outras e diferentes taxas de juros (em anexo facilitarei essa tabela) e descobri os novos índices a usar para a taxa de juro que considere (sempre com a *humildade* que me leva a não mexer no que me pareça ser adequado juízo equitativo, ainda que não seja exactamente o meu).

Procuro, a um determinado momento – *maxime*, o momento da citação dos réus – determinar a *perda* sofrida pela vítima ou por aquele que vai ser indemnizado, partindo dos dados que tenho como certos, e uso depois, sobre o montante apurado, o *índice* que tiver como ajustado – no momento o resultante de uma taxa de juro de 2% (a menos que o autor, no seu cálculo, use - já se vê, em seu desfavor - uma outra e mais alta taxa de juro) embora a mais corrente na jurisprudência esteja a ser, neste momento, a de 3%.

E de *um tempo de vida activa a considerar* que hoje, claramente, a jurisprudência do STJ alonga até aos **70 anos** de idade – veja-se, por exemplo, o ac. de 8 de Outubro de 2009, na revista nº 28/02.6TJPRT, da 7ª secção.

É assim a vida.

Mas não foi fácil esta “conquista” persistindo durante muito tempo uma corrente centrando o limite da vida activa nos 65 anos, quando já há muito as condições sociais e económicas do país *empurravam* os trabalhadores para um necessário (ou imposto) dilatar da hora da reforma.

No mesmo dia e na mesma secção, por exemplo, são ainda os 65 anos o limite considerado – acórdão na revista nº 448/09.5YFLSB, aliás subscrito, que não relatado, por alguém como este Juiz que vos fala que defende intransigentemente o alongamento até aos 70 anos. Ou porque foi o autor a assumir, ele próprio, esse limite (e não deve o julgador ultrapassá-lo), ou porque se impôs a ideia de que o acórdão é uma decisão colectiva que deve ser assumida no seu todo, na consideração de uma fundamentação global, deixando de lado em nome da força do colectivo uma ou outra ponderação parcial, que não atropele o resultado final.

A lentidão do caminho caminhado (a caminhar) dos 65 anos para os 70 anos pode até ver-se, transparentemente, em acórdão de 22 de Setembro de 2009 – «... tinha | o autor | a perspectiva de vida laboral activa até aos 65 anos, sendo que a tendência é a de prolongar a vida activa laboral».

E haverá até que ponderar a natureza da profissão exercida por quem deve ser indemnizado pois quem trabalha por conta própria tem a natural tendência a alongar mais a sua vida activa do que quem trabalha por conta de outrem.

Pode até acontecer que, na mesma pessoa a indemnizar, haja que ponderar dois tempos para o termo da vida activa.

Veja-se o acórdão também de 22 de Setembro de 2009, na Revista nº 156/05.6TBVPA.S1 - «os 65 anos têm sido considerados como o fim do período da vida activa. Tal limite é aceitável quanto à profissão de resineiro do autor trabalhando para uma Junta de Freguesia; porém, quanto à profissão de agricultor que ao autor também desempenhava como arrendatário rural era previsível que pudesse continuar a desenvolver tal actividade até aos 73 anos».

De todo o modo: com as condições da reforma a agravarem-se dia a dia, a idade a considerar como ponto de partida para o cálculo da indemnização há-de situar-se hoje (ao menos) nos 70 anos.

Nem outra coisa pode deixar de ser pensada quando a Portaria nº 377/2008, de 26 de Maio, que *fixa os critérios e valores orientadores para efeitos de apresentação aos lesados por acidente automóvel de proposta razoável para indemnização do dano corporal*, repete, ela própria – veja-se o art. 6º, nº 1, al. b) e o art. 7º, nº 1, al. b) – **presume-se que o lesado se reformaria aos 70 anos de idade.**

Sublinha-se a expressão ela própria para acentuar que esse diploma, a Portaria nº 377/2008, tem a ver tão só e apenas com a apresentação de uma **proposta razoável** pela seguradora ao lesado, em matéria de acidentes de viação, no âmbito da regularização de sinistros, e não é algo que se imponha na decisão judicial (quando o acordo não foi possível entre as partes e houve necessidade de recorrer a tribunal) – veja-se, por exemplo, o acórdão STJ de 7 de Julho de 2009, no proc. n.º 205/07.3, curiosamente da secção criminal – as questões novas chegam mais tarde às secções cíveis – que fixou em 60 000,00 euros o dano da morte de um engenheiro informático de 33 anos de idade, e onde se escreveu: «no que diz respeito à indemnização pelo dano da morte, a Portaria nº 377/2008, de 26 de Maio, tem um âmbito institucional específico de aplicação extra-judicial», o que vem sendo repetido uniformemente em toda jurisprudência mais recente.

É assim.

Sem prejuízo de se pensar – como se está a pensar para a questão dos 65#70 anos e se pensa genericamente – que devam aproveitar-se todas as virtualidades da Portaria naquilo em que os seus critérios conduzam a uma mais ajustada percepção do direito à indemnização por parte de vítimas de acidente de viação.

A Portaria servirá, seguramente, para aceitar que o legislador se conformou por inteiro com uma prática jurisprudencial uniforme que privilegia na fixação dos dados a utilizar como ponto de partida para o cálculo da indemnização os do *tempo* do acidente.

Assim:

Para os efeitos de apuramento do rendimento mensal da vítima são considerados os rendimentos líquidos auferidos à data do acidente.

Ou:

Para todos os efeitos desta Portaria, as idades a considerar quer da vítima quer dos beneficiários, reportam-se à data da ocorrência do acidente.

É assim. Embora a decisão judicial a que houver lugar, necessariamente *nascida* em momento (muito) posterior ao acidente e à proposta razoável, não possa deixar de considerar, *no seu tempo*, os factos ocorridos posteriormente ao acidente – todos aqueles que tiverem influência no seu juízo, incluindo o decurso do... tempo.

E isto mesmo nos abre a porta para a questão dos **juros e do termo a quo da respectiva contagem**, em contraponto com a actualização da **data mais recente** a que o nº 2 do art. 566º do CCivil se refere, questão que permanece (e revivificou, até) mesmo depois do acórdão PUJ nº 4/2002, deste Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Maio de 2002, publicado no DR, I-A, de 27 de Junho de 2002.

Até quando se deve *actualizar* a indemnização contida dentro do pedido formulado, para cumprir o comando do nº 2 do art. 566º? Desde quando são devidos juros, para cumprir o comando do ac. PUJ nº 2/2002?

Sempre que a indemnização pecuniária por facto ilícito ou pelo risco tiver sido objecto de cálculo actualizado, nos termos do n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil, vence juros de mora, por efeito do disposto nos artigos 805.º, n.º 3 (interpretado restritivamente), e 806.º, n.º 1, também do Código Civil, a partir da decisão actualizadora, e não a partir da citação – D.R. I-A, n.º 146, de 27-06-2002.

Se não vêm pedidos juros, nenhuma dúvida – o tribunal actualiza até à *data mais recente* que puder atender.

E essa será a data da sentença em 1ª instância, a data do acórdão na Relação (uma vez que é ainda de *facto* que a Relação está a decidir quando fixa o montante indemnizatório ela pode proceder à actualização).

E se vêm pedidos juros, *desde a citação*, como aliás é mais corrente?

Neste caso, a *data mais recente* a que o tribunal pode atender é, em meu entender, a da própria citação.

Desde que o Dec. Lei nº 262/83, de 16 de Junho modificou a redacção do art. 805º, nº 3 do CCivil por forma a estabelecer que «*tratando-se de responsabilidade civil por facto ilícito ou*

pelo risco, o devedor | se | constitui em mora desde a citação» a actualização de qualquer pedido de indemnização na consideração do art. 566º, nº 2 – na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal – tem de reportar-se tão só a essa mesma data de citação sob pena de, dando-se juros desde essa data, e actualizando-se a indemnização à data da sentença ou do acórdão, se estar a duplicar a indemnização.

É daí, desde a citação, por referência à qual o autor/lesado fixa o *termo inicial* do seu pedido de juros, que estes devem ser contados, incidindo sobre a indemnização fixada.

Diremos ainda, embora um pouco fora do tema que nos foi proposto:

Indemnização fixada de forma global e única, englobando quer os danos patrimoniais, quer os não patrimoniais.

Nada há que obrigue a distinguir, para o cálculo da indemnização, os dois tipos de danos e... a indemnização é só uma – neste sentido Ac. STJ de 14 de Janeiro de 1993, CJSTJ, T1, pág. 34.

No que aos **danos não patrimoniais** diz respeito isto mesmo implica, naturalmente, que o quantitativo indemnizatório necessário para ressarcir tais danos também deva ser *pensado a essa data*.

Pensado não em termos do que, à época, era corrente ser usado pela jurisprudência para situações semelhantes, mas *pensado* para aquele momento sim, mas de acordo com os critérios de valoração da dor humana que a evolução *ético – social* tenha trazido como *apport* à apreciação quantitativa (na medida em que tal é possível e necessário) dessa mesma dor.

Este contributo da civilização em ordem ao respeito pelo Homem e a sua dor não pode, na verdade, ser desprezado – seja a que título for – por quem decide.

Em conclusão:

Onde há actualização não há juros; onde não há actualização, há juros.

O que acontece com alguma frequência e tem dado origem a algumas dificuldades no Supremo Tribunal de Justiça – veja-se das “conclusões e contra-conclusões” que conduziram ao longo sumário do recente acórdão deste STJ, no proc. nº 467/1999.C1.S1, de 18 de Março de 2010, em www.dgsi.pt/jstj - é que as decisões sobem das instâncias sem a clareza necessária para, sem reserva, se poder afirmar *a que momento* foi fixada a indemnização (ou as diferentes indemnizações parcelares).

E isso é que é imprescindível para que, com o necessário rigor, a questão possa ser enfrentada no recurso de revista ou, antes, no de apelação – veja-se, a título de exemplo, o Ac. de 3 de Fevereiro de 2005, no proc. 04B4377, in www.dgsi.pt/jstj, em cujo sumário se escreve - «os juros de mora da indemnização devida a título de danos não patrimoniais contam-se a partir da citação quando essa indemnização não tenha sido expressamente actualizada», todavia

com um voto de vencido onde se opina, chamando à colação acórdão de 15 de Maio de 2003, que «sempre que o juiz nada diga acerca do carácter actualizador, ou não, da sua decisão, deva ela ser considerada actualizadora...».

E por falar em juros:

Ainda não chegou ao STJ – terá chegado já às instâncias – mas vai seguramente chegar.

A “proposta razoável” prevista no Dec. Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto:

Dentro do capital mínimo legalmente estabelecido para o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (e já antes, sobretudo para o caso de não haver danos corporais, no Dec. Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro, por força da alteração introduzida pelo Dec. Lei nº 83/2006, de 3 de Maio), cujos critérios e valores orientadores estão firmados, como já se disse, na Portaria nº 377/2008 (posteriormente actualizada pela Portaria nº 679/2009, de 25 de Junho) e que tem a ver com a “regularização dos sinistros” e institui regras e procedimentos a observar pelas empresas de seguros com vista a garantir, de forma pronta e diligente, a assunção da responsabilidade,

Não é uma “proposta” inocente e – nº 2 do art. 38º do Dec. Lei – *em caso de incumprimento dos deveres da seguradora são devidos juros no dobro da taxa legal.*

Como, em contraponto, se a seguradora cumprir substancial e procedimentalmente os seus deveres – nº 3 do art. 39º – *os juros... são devidos apenas à taxa legal... e sobre a diferença entre o montante oferecido e o montante fixado na decisão judicial e, relativamente aos danos não patrimoniais, a partir da data da decisão judicial que torne líquidos os montantes devidos.*

Atenção aos juros, portanto – nem sempre os juros serão taxados à taxa legal, passe a repetição.

Agora chamamos-lhe **dano biológico** e indemnizamo-lo.

Mas já antes o indemnizávamos.

Com outras e longas palavras, sem esta precisão conceptual, mas enfrentávamos a questão considerando – por exemplo o acórdão na revista 4177/01, de 5 de Março de 2002 – que «a incapacidade parcial permanente é, de *per se*, um dano patrimonial indemnizável, independentemente da prova de um prejuízo pecuniário concreto dela resultante, dada a inferioridade em que o lesado se encontra na sua condição física, quanto à resistência e capacidade de esforços».

Podemos qualificá-lo como dano patrimonial ou como dano não patrimonial ou até entendermos que – acórdão de 27 de Outubro de 2009, na revista nº 560/09.OYFLSB, da 1ª secção – «tanto pode ser ressarcido como dano patrimonial como compensado a título de dano moral. A situação terá de ser apreciada casuisticamente».

Mas indemnizamo-lo.

Por mim penso que podemos e devemos considerá-lo simultaneamente, cumulativamente, numa *dimensão não patrimonial* de dor e sofrimento que qualquer incapacidade sempre arrasta e numa *dimensão patrimonial*, de perda de capacidade da condição humana para sejam que tarefas forem, a indemnizar partindo também ainda aí, como instrumento de medida, da capacidade produtiva, da capacidade de ganho que se angariou ou poderia vir a angariar não fosse a lesão.

E não sou só eu a pensar.

No acórdão da 7ª Secção do STJ, de 17 de Dezembro de 2009, no proc. nº 340/03.7TBPNH.C1.S1, escreve-se:

«1. O denominado *dano biológico* provocado no lesado de um acidente de viação, é o dano *in natura* por ele sofrido, cuja repercussão o atinge quer em termos patrimoniais quer em não patrimoniais.

2. Na incapacidade permanente para o trabalho o que o lesado perde é parte da sua capacidade trabalho.

3. É essa capacidade diminuída para o trabalho que é indemnizável, a apurar da mesma forma independentemente e o lesado perder ou não rendimentos para o trabalho, embora neste último caso se imponha, em termos de equidade, uma redução do montante a fixar».

Ou no recente acórdão também desta secção (Maria dos Prazeres Beleza), de 4 de Junho de 2015, na revista nº 1166/10.TBVCD.P1.S1, claramente dito: «o critério fundamental para a fixação, tanto das indemnizações atribuídas por danos patrimoniais futuros (vertente patrimonial do chamado dano biológico) como por danos não patrimoniais (ano biológico e demais danos não patrimoniais) é a equidade.

Ou já agora – passe a imodéstia – no meu acórdão de 9 de Julho de 2015, na revista nº 4931/11.4TBVNG.P1.S1, onde se coloca **dentro** do montante encontrado para indemnizar o dano patrimonial futuro «a indemnização do chamado *dano biológico* na vertente patrimonial que um tal dano arrasta» para de seguida se indemnizar também «a vertente não patrimonial desse dano – as consequências desse dano são diferentes e têm que ser indemnizadas em vertentes diferentes; elas geraram efectivamente prejuízos diferentes».

E pelos vistos não é só a jurisprudência a pensá-lo.

O legislador, ao definir os critérios e princípios que sedimentou na Portaria nº 377/2008, de 26 de Maio, estabeleceu no seu art. 3º, al. b) que é indemnizável *o dano pela ofensa à integridade física e psíquica (dano biológico) de que resulte ou não perda da capacidade de ganho...* e no seu art. 4º que *além dos direitos indemnizatórios previstos no artigo anterior, o lesado tem ainda direito a ser indemnizado por danos morais complementares, autonomamente... (e)*

quando resulte para o lesado uma incapacidade permanente que exija esforços acrescidos no desempenho da sua actividade habitual (veja-se com a Portaria nº 679/2009, de 25 de Junho eliminou nesta última alínea a expressão “profissional” que qualificava a “actividade” antes da sua habitualidade).

Se a exigência de esforço acrescido se não centra apenas na actividade profissional (aí se buscando e quantificando um dano patrimonial) mas atinge também a simples actividade habitual, ela desenha um dano... não patrimonial (moral) a indemnizar.

No cálculo da indemnização pela perda de capacidade de ganho resultante de uma incapacidade permanente geral ou parcial um dos elementos certos e seguros de que há que partir é o rendimento auferido pelo lesado à data do acidente pois isso mesmo nos impõe o nº 3 do art. 566º do CCivil que nos manda agir *dentro dos limites que tiver/mos/ por provados*.

E se acaso o lesado é alguém que (ainda) não trabalha?

O que vem sendo seguido é a utilização, como critério, do salário mínimo nacional.

Não propriamente – pensamos – o da data do acidente, sobretudo nos casos em que a perda da capacidade de ganho se alongará substancialmente no tempo, mas antes aquele cuja previsão é possível admitir e estava até consagrada na lei. Concretamente o que o Dec. Lei nº 2/2007, de 13 de Janeiro (500,00 euros mensais) apontava como objectivo para 2010, por acordo entre o governo e os parceiros sociais.

E se a referência ao salário mínimo nacional não for uma *indignidade* para quem ainda não chegou ao mercado do trabalho.

Porque bem pode acontecer que a formação que se espera ou que se vai fazendo aponte para uma outra e bem mais substancial remuneração do trabalho.

E aí, não pode deixar de ser essa a remuneração a fundamentar o juízo de equidade que se espera de um tribunal.

Assim mesmo já decidi para uma jovem a concluir a licenciatura em matemática; assim decidiria, por exemplo, para alguém que aspirasse com segurança a concluir o curso de medicina ou a ingressar no CEJ, longe vá o agoiro.

E isto abre-me a porta para dizer algo que considero fundamental no exercício da judicatura – a permanente disponibilidade para a atenção ao *outro*, para *se pôr na pele do outro*.

Teremos tanto mais capacidade para encontrar no direito o caminho da vida quanto mais pudermos pensar-nos no lado do destinatário da Justiça.

Talvez por isso eu tinha sido mais bem compreendido por aquela inspecção que apreciou a minha solução em caso de responsabilidade da Brisa pelos danos provocados por um cão – um canídeo ou animal de raça canina, como sempre se diz no jargão judiciário.

Se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, com as consequências que se conhecem ao nível do ónus da prova, “pouco” importa; o que importa é reconhecer que a prova da culpa na travessia do canídeo é uma *prova diabólica*.

E a questão então é uma outra e diferente, é saber sobre quem deve recair o ónus ou encargo social da prova – sobre o simples cidadão condutor, que viaja tranquilamente na autoestrada, com a garantia da segurança da viagem? Ou na concessionária que pode fazer repercutir nos custos de exploração eventuais danos provocados pela “desvario” do animal de raça canina?

Não há duas respostas para esta pergunta. E por isso o direito só podia dar uma resposta – ou colocar a questão no domínio da responsabilidade contratual, ou, colocando-a na responsabilidade extracontratual, fazer extrair da travessia do cão (ou mesmo do lançamento de objecto das pontes) a materialidade de uma infracção ao dever de segurança por parte da concessionária, fazendo recair sobre ela a obrigação de eliminar a presunção de culpa resultante dessa materialidade.

Felizmente a Lei nº 24/2007, de 18 de Julho, a lei que define os direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas como auto-estradas concessionadas, itinerários principais e itinerários complementares, esclarece em definitivo que – art. 12º, nº 1 – *nas auto-estradas ... o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem, atravessamento de animais ou líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais*.

Desta vez a lei a seguir as pisadas abertas pelos novos ventos jurisprudenciais ou – quem sabe – a corrigir o caminho (errado) de velhas maneiras de pensar.

A terminar e porque é da **perda de capacidade de ganho e dano biológico** que se trata recuperarei o despacho em que não admiti o recurso para uniformização de jurisprudência solicitado na minha revista já mencionada com fundamento numa pretensa contradição com a revista nº 456/06.8TBVGS.C1.S1:

«Uma lesão que comporte **afecção da integridade físico-psíquica [...] mas sem rebate profissional** pode provocar danos que atinjam quer a vertente patrimonial da personalidade quer a sua vertente não patrimonial. E se provocar danos dessa dupla natureza, a esse duplo título deve o ofendido ser indemnizado...

Baptizar ou descobrir e afirmar o *nomen juris* do dano traduzido na afecção da integridade físico-psíquica...

Se na busca da teorização desse dano se entra, casuisticamente, no domínio patrimonial ou no domínio não patrimonial, é uma questão de somenos (desde que se não duplique a indemnização e desde que onde se quantifica a vertente patrimonial se não valorize a não patrimonial, e vice-versa).

E o mesmo se diga quanto à forma ou ao método com que se busca a quantificação do dano, em qualquer das vertentes – ainda e sempre, para um dano futuro, o caminho é o da equidade, um caminho onde *andamos todos ao mesmo*, já se disse. E onde naturalmente, na vertente patrimonial, não pode deixar de se olhar para aquilo que se obtém como rendimento profissional e deixaria de se obter se se cedesse ao excesso de esforço que, em virtude da lesão, é preciso acrescentar para se não perder o rendimento».

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: ce

Temas de Direito Administrativo Pires da Rosa, Juiz Conselheiro do Sup... Centro de Estudos Judiciários - Sala de Vídeo 05.02.2016 10:45

Pires da Rosa

00:00:31 - 00:47:48

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
FCCN Comissão Nacional de Eleições

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1a4e005uia/flash.html?locale=pt>

6.
**O DANO NÃO PATRIMONIAL: DANOS INDEMNIZÁVEIS,
PROVA DO DANO NÃO PATRIMONIAL, MONTANTE DA
INDEMNIZAÇÃO E DANO MORTE**

CARLOS CARVALHO



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**O DANO NÃO PATRIMONIAL: DANOS INDEMNIZÁVEIS, PROVA DO DANO
NÃO PATRIMONIAL, MONTANTE DA INDEMNIZAÇÃO E DANO MORTE**

Carlos Carvalho*



* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo.

ESQUEMA

- ✓ ENQUADRAMENTO - CONSIDERANDOS INTRODUTÓRIOS
- ✓ ASSENTO LEGAL
- ✓ DANOS INDEMNIZÁVEIS
- ✓ PROVA
- ✓ FIXAÇÃO DO MONTANTE (critérios/fatores)
- ✓ DANO MORTE
- ✓ NOTAS FINAIS/QUESTÕES



ENQUADRAMENTO
-
CONSIDERANDOS INTRODUTÓRIOS



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- DANO COMO PRESSUPOSTO/REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

- PARA HAVER OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAR É CONDIÇÃO ESSENCIAL QUE HAJA DANO - QUE O FACTO CULPOSO TENHA CAUSADO PREJUÍZO A ALGUÉM



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

DANO - será a perda *in natura* que o lesado sofreu em consequência de certo facto nos seus interesses (materiais/espirituais ou morais) que o direito ou a norma violada visam tutelar. Traduz-se na destruição, subtração ou deterioração de certo bem, material ou incorpóreo

-



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

DANOS NÃO PATRIMONIAIS: serão os prejuízos (dores físicas, os desgostos morais, vexames, a perda de prestígio ou reputação, complexos de ordem estética) que sendo insuscetíveis de avaliação pecuniária [já que atingem bens como vida, saúde, bem estar, liberdade, beleza/perfeição física, honra/bom nome], que não integram o património do lesado e que apenas podem ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

**DANO NÃO PATRIMONIAL/DANO MORAL -
SITUAÇÃO AFETADA TENHA OU REVISTA
NATUREZA ESPIRITUAL**



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

RESSARCIBILIDADE DANOS NÃO PATRIMONIAIS (DNP) (questão teórica - nosso direito constituído admite-a):

- POSIÇÃO NEGATIVA: CARATER IRREPARÁVEL DESTES DANOS - ARBITRARIEDADE DO SEU CÁLCULO

- POSIÇÃO POSITIVA: INDEMNIZAÇÃO COM FUNÇÃO REPARADORA (minorar/atenuar a perda/sofrimento/dor/vexame) E SANCIONADORA

- DIFICULDADE DE CÁLCULO TAMBÉM EXISTE NA INDEMNIZAÇÃO DANOS PATRIMONIAIS (perda clientela)



ASSENTO LEGAL

QUADRO LEGAL (BASE E EXEMPLOS...)**LEI 67/2007**

ARTS. 01.º, 03.º, 04.º, 07.º, 08.º, 11.º/15.º do regime responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (publicado em anexo à referida Lei)

CÓDIGO CIVIL

ARTS. 483.º, 496.º, 562.º e segs. (articulação com DL n.º 291/07 e Portarias n.ºs 377/2008 e 679/2009 - «proposta razoável»/regularização sinistros - critérios e valores orientadores fixação danos)

SEGURO ESCOLAR

ARTS. 41.º/42.º DL 55/2009, ARTS. 10.º E 11.º PORTARIA 413/99

LEI GERAL TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS (LEI 35/2014)

ARTS. 239/4/b) e 300/1/a) (direto a indemnização, nomeadamente, por danos morais ao trabalhador que veja alterada ou revogada sanção disciplinar no quadro de procedência de revisão do procedimento disciplinar ou de impugnação judicial que anule ou declare nula sanção disciplinar)

**DANOS NÃO PATRIMONIAIS****Artigo 3.º
Obrigação de indemnizar**

- 1 - Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.
- 2 - A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa.
- 3 - A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.

**DEFINIÇÃO/CONCRETIZAÇÃO - OPERA
POR APELO AO REGIME INSERTO NO CC**



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

CÓDIGO CIVIL

Artigo 496° Danos não patrimoniais

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
- 2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.
- 3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.
- 4 - O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no [artigo 494.º](#); no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

CÓDIGO CIVIL

Artigo 562° Princípio geral

Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Artigo 564° Cálculo da indemnização

1. O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.
2. Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.

**TEORIA DA DIFERENÇA
IMPRESTÁVEL À
FIXAÇÃO INDEMNIZATÓRIA
DOS DNP**

Artigo 566° Indemnização em dinheiro

1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.
2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.
3. Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

SEGURO ESCOLAR

Artigo 10.º

Indemnização

A garantia do seguro escolar compreende, ainda, o pagamento de:

- a) Indemnização por incapacidade temporária, desde que se trate de aluno que exerça actividade profissional remunerada e cujo montante será o do prejuízo efectivamente sofrido devidamente comprovado;
- b) Indemnização por incapacidade permanente;
- c) Indemnização por danos morais.

Artigo 11.º

Cálculo da indemnização

1 — A indemnização a que o sinistrado, vítima de incapacidade permanente, tem direito é calculada em função do grau de incapacidade que lhe seja atribuído.

2 — O montante é determinado com base no coeficiente de incapacidade, fixando-se o valor 100 em 300 vezes o salário mínimo nacional, em vigor à data do acidente.

3 — O coeficiente de incapacidade é fixado por junta médica, de acordo com a Tabela Nacional de Incapacidades, publicada em anexo à lei dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, em vigor à data do acidente.

4 — Pode, a requerimento do sinistrado e por decisão fundamentada do director regional de educação, ser atribuído, a título de indemnização por danos morais, montante no valor de 30% da indemnização calculada nos termos do n.º 1 do presente artigo.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

0130/14
25-03-2015
I SECÇÃO
TERESA DE SOUSA
SEGURO ESCOLAR
INDEMNIZAÇÃO
EQUIDADE
ABUSO DE DIREITO

I - A Portaria n.º 413/99, de 8/6, veio regular o seguro escolar, consagrando que, em caso de acidente escolar, o seguro escolar garante ao aluno sinistrado *assistência médica e medicamentosa* (art. 7.º), *hospedagem, alojamento e alimentação* (art. 8.º), *transporte* (art. 9.º) e *indemnização por incapacidade temporária ou permanente e por danos morais* (arts. 10.º, 11.º e 12.º).

II - No entanto, o diploma em apreço cria limites à indemnização, tendo em atenção o grau de incapacidade, cujo coeficiente é fixado por junta médica (cfr. art. 11.º, n.ºs 1 a 3), e até os próprios *danos morais não* são ressarcíveis em toda a sua plenitude (art. 11.º, n.º 4).

III - Em matéria de acidentes escolares está o tribunal vinculado à aplicação da fórmula prevista no citado art. 11.º da Portaria n.º 413/99, *não* podendo socorrer-se de critérios de equidade do art. 566.º do CC, por *não* se tratar de situações em que a obrigação (geral) tem por fonte a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos.

IV - A Portaria n.º 413/99 é taxativa ao estabelecer que o montante do salário mínimo a ter em conta no cálculo da indemnização é o que estiver em vigor à data do acidente, pelo que *não* pode proceder-se a actualização nos termos do n.º 2 do art. 566.º do CC.

V - O reconhecimento de que o acidente sofrido pela Recorrente se enquadrava no âmbito do seguro escolar, ficando o ente público responsável pelos *danos* dele resultantes, apenas pode significar que se considera, precisamente, que este acidente deve ser enquadrado de acordo com a Portaria n.º 413/99, e *não* o contrário, sendo a responsabilidade pelos *danos*, assumida conforme o disposto naquele diploma, nomeadamente, quanto ao cálculo indemnizatório, *não* se verificando abuso de direito, nos termos do art. 334.º do Código Civil.



DANOS INDEMNIZÁVEIS

DANOS NÃO PATRIMONIAIS

LESÕES EM BENS DE PERSONALIDADE OU EM BENS/SITUAÇÕES JURÍDICAS DE CARÁCTER IMATERIAL/MORAL QUE PELA SUA GRAVIDADE MEREÇAM A TUTELA DO DIREITO (APELO ÀQUILO QUE SEJA A CONSCIÊNCIA SOCIALMENTE DOMINANTE):

- MORTE
- LESÃO CORPORAL/SEQUELAS
- DOR (enquanto experiência multidimensional complexa, indissociável da condição humana)
- LESÃO ESTÉTICA, AFETAÇÃO SEXUAL ...
- TRAUMAS PSÍQUICOS, DESGOSTOS, SOFRIMENTOS, ANGÚSTIAS, ... «DORES MORAIS»
- LESÃO BOM NOME, HONRA, PRESTÍGIO SOCIAL PROFISSIONAL ...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

...

- são, assim, os danos insuscetíveis de avaliação pecuniária ou medida monetária, porque atingem bens, como a vida, a saúde, a integridade física, a perfeição física, a liberdade, a honra, o bom nome, a reputação, a beleza, de que resultam o inerente sofrimento físico e psíquico, o desgosto pela perda, a angústia por ter de viver com uma deformidade ou deficiência, os vexames, a perda de prestígio ou reputação, tudo constituindo prejuízos que não se integram no património do lesado, apenas podendo ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente

- são mais uma satisfação do que uma indemnização, assumindo o seu ressarcimento uma função que é mista, já que ao lado duma finalidade, essencialmente, compensatória, tem também uma envolvimento, uma certa vertente sancionatória ou de pena privada.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- Medição da gravidade do dano deverá ser feita por um padrão objetivo, embora tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, mas com afastamento dos fatores subjetivos, suscetíveis de sensibilidade exacerbada, particularmente embotada ou especialmente fria, aguçada, requintada;

- são as circunstâncias que acompanham o caso concreto - normalmente circunstâncias de carácter objetivo - que hão-de trazer à superfície essa gravidade, ajudando também a distinguir a dor real da dor fingida;

- gravidade em função da tutela do direito - o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

v.g., QUANTO À ORIGEM:

- RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES:

1) ADMINISTRATIVA (FACTO ILÍCITO E RISCO) (AÇÃO/OMISSÃO ATO JURÍDICO E OPERAÇÃO MATERIAL) (arts. 07.º a 11.º RRCEE);

2) JURISDICIONAL (arts. 12.º a 14.º RRCEE);

3) POLÍTICO-LEGISLATIVA (art. 15.º RRCEE);

[em nenhum se mostra excluída a reparação por danos morais/não patrimoniais]



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Aliás ..., v.g., a RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO (ART. 11.º LEI 67/2007) - não exige ou condiciona o dever reparatório à verificação dum dano especial e anormal - funciona o princípio do ressarcimento de todos os danos, incluindo os não patrimoniais, desde que verificados os pressupostos, mormente, que, pela sua da gravidade, mereçam a tutela do direito - art. 496.º/1 CC;



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- DANOS INEXECUÇÃO ILÍCITA DECISÕES JUDICIAIS - ART.159/1/a) CPTA/2015 - danos gerados pelo atraso/incumprimento podem ser também danos de natureza não patrimonial
- SEGURO ESCOLAR ...



PROVA

DANOS NÃO PATRIMONIAIS

INCLUSÃO TEMAS DE PROVA ... (formulando itens cuidado...)

SUA PROVA É OU PODERÁ SER FEITA POR QUALQUER DOS MEIOS DE PROVA LEGALMENTE ADMITIDOS

TESTEMUNHAS, PROVA PERICIAL, CONFISSÃO/DECLARAÇÕES DE PARTE E MESMO DOCUMENTAL (v.g. cartas/correspondência trocada e que permitam revelar sentimentos, ânimos, estados de espírito...)



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

PROVA PERICIAL - PERÍCIAS MÉDICO-LEGAIS DEFININDO O «QUANTUM DOLORIS» (enquanto conjunto de sofrimentos padecidos pela vítima em consequência de lesões e sequelas, abarcando não só os danos físicos e as suas consequências ou repercussões psíquicas, mas também os sofrimentos morais)

JULGADOR TERÁ DE ESTAR ATENTO E ABERTO ÀQUILO QUE É A EVOLUÇÃO, O DESENVOLVIMENTO TÉCNICO-CIENTÍFICO



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Várias escalas são usadas ... umas mais conhecidas

Escala Numérica

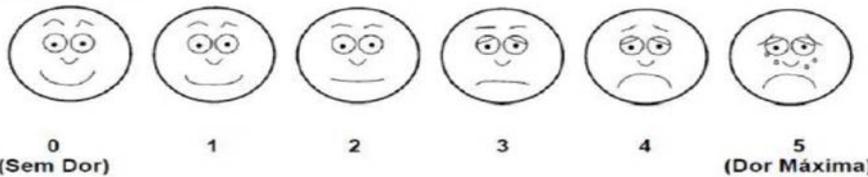
Sem Dor 0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Dor Máxima

e outras

Escala Qualitativa

Sem Dor Dor Ligeira Dor Moderada Dor Intensa Dor Máxima

Escala de Faces



.nem tanto ...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Tabela da Thierry e Nicourt

1.	Muito ligeiro
2.	Ligeiro
3.	Moderado
4.	Médio
5.	Considerável
6.	Importante
7.	Muito importante

ESTA É A TABELA QUE JULGO TER MAIOR USO/DIVULGAÇÃO EM PORTUGAL NAS PERÍCIAS MÉDICO-LEGAIS



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- EXIGE-SE UM JULGADOR ATENTO E PERSPICAZ NA CONDUÇÃO DO INTERROGATÓRIO PESSOAL E NA ANÁLISE DESSA PROVA ...
- NÃO IR POR AQUILO QUE É O SENSO COMUM E TRIVIAL ...
- INTERROGATÓRIO “INTELIGENTE”!!!
- ANÁLISE CUIDADA DA DOCUMENTAÇÃO (v.g. numa ação responsabilidade por alegada negligência médica, processo clínico...)
- ASSESSORIA TÉCNICA ... solicitá-la e não ter receio da mesma... «JUIZ NÃO SABE, NEM TEM DE SABER TUDO E DE TUDO»...



FIXAÇÃO MONTANTE
CRITÉRIOS/FATORES
SUA ANÁLISE
E
APLICAÇÃO
JURISPRUDÊNCIA

DANOS NÃO PATRIMONIAIS



DEPOIS DUM JULGAMENTO PACÍFICO E TRANQUILO...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Como se calcula
a reparação do
dano moral



PUZZLE!?
QUEBRA CABEÇAS?!



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

«ANDAMOS TODOS AO MESMO»...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

JUIZ/JUÍZA



SENTENÇA

(FIXAÇÃO VALOR INDEMNIZAÇÃO
DNP'S)



NECESSITA **C.P.M.**

CONTA **P**ESO e **M**EDIDA



DANOS NÃO PATRIMONIAIS



RISCO DO ABUSO



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

EQUIDADE \neq ARBITRARIEDADE

- EQUIDADE «JUSTIÇA COM CORAÇÃO» ...
MAS NÃO UMA JUSTIÇA DO CORAÇÃO ...
- Apelo a critérios do “razoável”, do “bom senso”, do “naturalmente justo” ou da “ordem natural das coisas”;
- a mesma não remete para o simples entendimento pessoal do juiz ou para a sua íntima convicção;
- não é o campo irrestrito de uma justiça de sentimento, nem consente arrogâncias «paternalistas»



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

JULGAR SEGUNDO A EQUIDADE...

Ana Prata, refere que tal “significa dar a um conflito a solução que parecer mais justa, atendendo apenas às características de situação e sem recurso à lei eventualmente aplicável”, a “equidade tem, conseqüentemente, conteúdo indeterminado, variável de acordo com as concepções de justiça dominantes em cada sociedade e em cada momento histórico”.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- utilização de critérios de equidade não impede que se tenham em conta as exigências do princípio da igualdade, o que implica a procura de uma uniformização de critérios, naturalmente não incompatível com a devida atenção às circunstâncias do caso;
- os tribunais não podem nem devem contribuir de nenhuma forma para alimentar a ideia de que neste campo as coisas são mais ou menos aleatórias, vogando ao sabor do acaso ou do arbítrio judicial - «NÃO É, NEM DEVE SER, JUSTIÇA A OLHO»



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

NÃO EXISTEM CRITÉRIOS CIENTÍFICOS OU FÓRMULAS MATEMÁTICAS PARA SUA FIXAÇÃO

JUIZ NÃO TEM UMA VARA MÁGICA



NEM BOLA DE CRISTAL ...

EQUIDADE ... «JUSTIÇA DO CASO CONCRETO»...

JUIZ COMO AGENTE PROMOTOR DA MEDIAÇÃO ENTRE O DIREITO E A VIDA...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

FATORES/ELEMENTOS A UTILIZAR NESSE JUÍZO DE EQUIDADE DEVEM SER NORTEADOS:

- PELOS PRINCÍPIOS E FINS DA INDEMNIZAÇÃO POR DNP (COMPENSAÇÃO E JUÍZO DE CENSURA)
- PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO (FACTICAS/TEMPORAIS...)
- PELO PEDIDO (entendido enquanto pedido global formulado - já que dentro dele o tribunal é livre de procurar a justiça global final e não está limitado pelos valores parcelares peticionados para os vários DNP)



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- critério fundamental para a determinação judicial das indemnizações é fixado pelo Código Civil – ART. 496.º;
- os critérios seguidos pela Portarias n.º 377/2008 e n.º 679/2009 destinam-se expressamente a um âmbito de aplicação extrajudicial e, se podem ser ponderados pelo julgador, não se sobrepõem àquele critério fundamental.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Para calcular a compensação a atribuir por DNP o tribunal decide segundo a equidade, tomando em consideração:

- o grau de culpabilidade do agente;
- a situação económica deste e do lesado (penso ser duvidosa esta referência à «situação económica do lesado» já que pode ser entendida como inconstitucional dada a ofensa art. 13.º da CRP (cfr. Ac. STJ de 22.10.2009 - P. 3138/06.7BMTS.P1.S1, havendo outros que foram sendo produzidos nesse mesmo sentido) - tendencialmente a danos idênticos devem corresponder indemnizações idênticas);
- demais circunstâncias do caso, mormente...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- Idade da vítima (parece-me igualmente discutível
- se a vida é um valor absoluto, não haveria que atender à idade da vítima). De todo modo o fator idade tem tido alguma influência na determinação do quantum indemnizatório, mormente, do dano morte, embora não seja um fator decisivo [o preço da vida humana não deve ser muito díspar de caso para caso, não se podendo (devendo) dizer, por exemplo, que o preço de uma vida com 60-70 anos é substancialmente inferior ao de uma vida com 20-30 anos].



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- Alegria e projetos de vida da pessoa;
- A sua saúde (pessoa ser saudável ou estar já gravemente doente);
- A sua integração e relacionamento social;
- A função desempenhada na sociedade ...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Justo grau de “compensação” não se compadece nem com a atribuição de valores meramente simbólicos ou miserabilismos indemnizatórios, nem que constitua o fundo um «bom negócio», mercê da fixação valores exponenciais, duma outra galáxia [«lotarias indemnizatórias»], destituídos de qualquer valor ou apelo ao substrato vivencial e social...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

FIXAÇÃO DO «QUANTUM» E SUA ALTERAÇÃO EM SEDE DE RECURSO!!

SERÁ PARA ACEITAR QUE O JUÍZO DE EQUIDADE FIRMADO PELAS INSTÂNCIAS DEVA SER MANTIDO SEMPRE QUE O MESMO ESTEJA DENTRO DA MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE DA MATÉRIA E NÃO COLIDA COM OS CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS GENERALIZADAMENTE ADOTADOS ...

só se justificaria uma intervenção corretiva se a indemnização se mostrar insignificante ou exagerada por desconforme a esses critérios/elementos...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- IMPORTANTE CONHECER E ESTAR ATENTO AQUILO QUE VÃO SENDO OS PADRÕES MAJORATIVOS DA JURISPRUDÊNCIA E SUA EVOLUÇÃO...
- FUNDAMENTAR O JUÍZO INDEMNIZATÓRIO POR E COM APELO AOS MESMOS PADRÕES ...
- DIVERGÊNCIA QUANTO AOS MESMOS ... NECESSIDADE MOTIVAÇÃO E EXPLICITAÇÃO TAL (v.g., ausência absoluta de padrão, padrão não adequado à situação face às circunstâncias do caso ou à sua desatualização...)



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

DNP NÃO INDEMNIZÁVEIS - exemplos...

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

039934A

08-03-2005

2 SUBSECÇÃO DO CA

POLÍBIO HENRIQUES

EXECUÇÃO DE SENTENÇA.

DANO NÃO PATRIMONIAL.

DANO INDEMNIZÁVEL.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

I - Não são indemnizáveis, nos termos previstos no art. 496º/1 do C. C., os danos decorrentes do retardamento da execução de sentença anulatória que se apresentem como meros incómodos e/ou contrariedades.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

047182

20-01-2005

1 SUBSECÇÃO DO CA

JOÃO CORDEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL.
VEREADOR EM REGIME DE PERMANÊNCIA.

I - Com excepção do presidente, nenhum membro eleito de uma câmara municipal tem funções executivas decorrentes de tal qualidade para além das que, pelo presidente lhes seja oportunamente delegadas.

II - A existência e escolha dos vereadores em regime de permanência, bem como a delegação ou subdelegação neles de funções é de livre escolha e resolução do presidente que, em qualquer momento, pode fazer cessar tal regime.

III - A cessação do regime de permanência **não** é susceptível de causar ao vereador quaisquer **danos** susceptíveis de reparação.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

0854/08

09-09-2009

2 SUBSECÇÃO DO CA

JOÃO BELCHIOR

JUROS MORATÓRIOS

DANO **NÃO** PATRIMONIAL
DANO INDEMNIZÁVEL

I - A obrigação pecuniária assumida contratualmente, uma vez vencida e **não** paga, dá lugar a mora nos termos do artigo 804.º n.º 1 do Cód. Civ. e constitui o devedor na obrigação de reparar os **danos** causados ao credor, que nesta obrigação correspondem aos juros de mora à taxa legal, em conformidade com o artigo 806.º do mesmo Código.

II - O facto de uma Câmara Municipal ter sido sujeita a críticas dos munícipes em resultado de à iluminação de Natal terem faltado alguns elementos (18 cascatas de luz), **não** estando, pois, em causa a sua imagem e a qualidade do seu serviço público, **não** integra dano indemnizável, de harmonia com o preceituado no n.º 1 do artigo 496.º do C. Civil.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

DNP INDEMNIZÁVEIS - alguns exemplos:

DECORRENTES ATOS ILEGAIS

DEMORA NA ADMINISTRAÇÃO JUSTIÇA

NEGLIGÊNCIA MÉDICA

ACIDENTES VIAÇÃO OU OUTROS ACIDENTES...

ETC...



DANO MORTE

DANOS NÃO PATRIMONIAIS

MORTE E DNP

PRODUÇÃO DNP NUMA VERTENTE TRIPLA:

- A) **SOFRIMENTO DA PESSOAS QUE FIGURAM ART. 496.º/2 e 3 CC**
- B) **SOFRIMENTO DA VÍTIMA ENTRE FACTO DANOSO E SUA MORTE**
- C) **PERDA DIREITO À VIDA EM SENTIDO ESTRITO**



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- Tal foi o que resultou e tem sido considerado após o acórdão do STJ, tirado em reunião de secções para uniformização de jurisprudência, de 17.03.1971, para os casos de morte



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

A) Danos próprio da vítima - DNP sofrido pela antevisão da sua respetiva morte, com a percepção da iminência da morte, com a perturbação, susto, medo, sofrimento, até à morte, mesmo que de forma fugaz.

Os mesmos correspondem à dor que a vítima terá sofrido antes de falecer, e devem ser valorados tendo em atenção o grau de sofrimento daquela, a sua duração (o tempo decorrido entre o acidente e a morte), o maior ou menor grau de consciência da vítima sobre o seu estado e a previsão da sua morte (se a vítima estava consciente ou em coma), se teve dores ou não e qual a sua intensidade ...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

- não haverá nos casos de morte imediata ou naqueles em que entrou logo em coma de que não saiu, ainda que aqui haja alguma controvérsia em ordem a saber se o estado comatoso é incompatível com o sofrimento – não haverá lugar a compensação por aqui??

- Havendo sofrimento, devido, nomeadamente, a dores ou consciência da morte iminente haverá lugar à fixação montante indemnizatório o qual entra na esfera jurídica do lesado e, conseqüentemente, se transmite por via hereditária.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

B) DANOS SOFRIMENTO PERDA ENTE QUERIDO [PESSOAS QUE FIGURAM ART. 496.º/2 e 3 CC]

- Os valores de referência que têm sido atribuídos variam - deve ser encarado como extremamente variável, quer em função do vínculo jurídico que a ligava à vítima, quer em função do conteúdo afetivo deste;
- Assim será de majorar exponencialmente nos casos em que a morte determinou nestas pessoas uma alteração profunda da vida [quando existe uma ligação forte e estreita de laços de convivência, dação mútua, entrega recíproca, afeição, carinho e ternura - “a pessoa nunca mais foi a mesma”] e de minorar nos casos de quase ausência de relação afetiva ou de grande distância na relação de parentesco.
- E não será de conceder nos casos - mesmo em relações muito próximas - em que não existia qualquer relação afetiva, não tendo a morte encerrado qualquer sofrimento.



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Salvo raras e anómalas exceções que carecem de ser alegadas, apuradas e demonstradas, a perda do lesado é para os seus familiares mais próximos causa de sofrimento profundo, sendo factó notório o grave dano moral que a perda de uma vida humana traz aos seus familiares, às pessoas que lhe são mais chegadas



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

O CC apenas prevê expressamente, no art.496º/2, que, em caso de morte da vítima, certos familiares tenham direito a ser indemnizados por danos que essa morte lhes tenha causado.

Ac. Uniformização de Jurisprudência STJ de 16.01.2014, [www.dgsi.pt, proc. nº 6430/07.0TBBERG.S1, Diário da República, I Série, de 22 de Maio de 2014] - “Os artigos 483.º, n.º1 e 496.º, n.º1 do CC devem ser interpretados no sentido de abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima sobrevivente, atingida de modo particularmente grave”- assim deve ser reconhecido aquele direito indemnizatório por DNP nos casos particularmente graves em que não haja ocorrido a morte da vítima



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

C) PERDA DO DIREITO À VIDA - DANO MORTE

(SENTIDO ESTRITO)

NÃO IREI DISCUTIR A QUESTÃO EM TEORIA DA BONDAD E ACEITABILIDADE DO REGIME E DA SUA EXISTÊNCIA

EM TESE O PROBLEMA EXISTE E NÃO É MINIMAMENTE LÍQUIDO E CONSENSUAL A SUA EXISTÊNCIA E ADMISSIBILIDADE NOUTROS ORDENAMENTOS...



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

MONTANTE QUE TEM SOFRIDO EVOLUÇÃO AO LONGO DOS TEMPOS...

PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DE IR ATUALIZANDO E ADEQUANDO OS VALORES TIDOS POR JUSTOS ... OUSAR MAS COM EQUILIBRO, PROPORCIONALIDADE E BOM SENSO

QUAL O VALOR A FIXAR??



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

QUANDO COMECEI ... BITOLA ERA BAIXA!!! ...
por regra não chegava a 25.000,00 € ...

VALORES FORAM EVOLUINDO ... fruto de várias vicissitudes (acidente Entre-os-Rios e aquilo que foram as intervenções do Provedor de Justiça e da RCM 29-A/2001 e depois a própria Portaria n.º 377/2008) que apontaram para o valor de 50.000,00 €

HOJE [70.000,00 € / 80.000,00 €]



NOTAS FINAIS



DANOS NÃO PATRIMONIAIS

“A parte mais importante do progresso é o desejo de progredir” - Séneca

PAPEL DA JUSTIÇA COMO FATOR DE MUDANÇA
E DE RECRIAR A CONFIANÇA...

MEU OBRIGADO...





Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: ce

Temas de Direito Administrativo Carlos Carvalho, Juiz Conselheiro do Sup... Centro de Estudos Judiciários - Sala de Vídeo 05.02.2016 11:45

Carlos Carvalho

FCT | FCCN

FCT: Fundação para a Ciência e a Tecnologia
FCCN: Comissão Nacional de Arbitragem

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2e9k6v5wet/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. **A RESPONSABILIDADE CIVIL E DISCIPLINAR PELOS DEFEITOS E ERROS DOS PROJETOS DE OBRAS PÚBLICAS**

CARLOS LOUREIRO



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E DISCIPLINAR PELOS DEFEITOS
E ERROS DOS PROJETOS DE OBRAS PÚBLICAS**

Carlos Loureiro*

ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

**DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS
DE OBRAS PÚBLICAS**
Responsabilidade Civil e Disciplinar

Carlos Loureiro
Vice-Presidente Nacional

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

1

* Vice-Presidente do Conselho Diretivo da Ordem dos Engenheiros.



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

SISTEMATIZAÇÃO

1. A ATIVIDADE DE ENGENHARIA;
2. ATOS DE ENGENHARIA POR NATUREZA;
3. CONTRATOS DE EMPREITADA;
4. A INTERVENÇÃO DA ORDEM DOS ENGENHEIROS.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

2



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

SISTEMATIZAÇÃO

1. **A ATIVIDADE DE ENGENHARIA;**
2. ATOS DE ENGENHARIA POR NATUREZA;
3. CONTRATOS DE EMPREITADA;
4. A INTERVENÇÃO DA ORDEM DOS ENGENHEIROS.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

3



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ABRANGÊNCIA

Número 1 do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Engenheiros

O engenheiro ocupa-se da aplicação das ciências e técnicas respeitante às diferentes especialidades de engenharia nas atividades de **investigação, conceção, estudo, projeto, fabrico, construção, produção, avaliação, fiscalização e controlo de qualidade e segurança, peritagem e auditoria de engenharia**, incluindo a **coordenação e gestão** dessas atividades e outras com elas relacionadas.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

4



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ESPECIALIDADES DE ENGENHARIA

- | | |
|-------------------------|----------------|
| • Civil; | • Geográfica; |
| • Eletrotécnica; | • Agronómica; |
| • Mecânica; | • Florestal; |
| • Geológica e de Minas; | • Materiais; |
| • Química e Biológica; | • Informática; |
| • Naval; | • Ambiente. |

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

5



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ENGENHARIA CIVIL

CIVIL

Edificações e construções, estruturas, hidráulica, recursos hídricos, acústica, geotecnia, vias de comunicação, transportes, planeamento e administração do território, portos, aeródromos e aeroportos, engenharia costeira, reabilitação urbana, acessibilidades, património cultural, saneamento básico, abastecimento e tratamento de água, infraestruturas

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

6



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ELETROTÉCNICA, MECÂNICA E GEOLÓGICA E DE MINAS

ELETROTÉCNICA

Instalações, equipamentos e sistemas elétricos, telecomunicações, electrónica, computadores, automação, controlo e robótica

MECÂNICA

Aviação, máquinas e instalações mecânicas

GEOLÓGICA E DE MINAS

Águas subterrâneas, extração de minérios e massas minerais, sondagens e prospecção geofísica, explosivos, petróleo, gás natural e geotermia

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

7

	ORDEM DOS ENGENHEIROS	DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS PÚBLICAS Responsabilidade civil e disciplinar
QUÍMICA E BIOLÓGICA, NAVAL E GEOGRÁFICA		
QUÍMICA E BIOLÓGICA		
<i>Engenharia de processo, engenharia de produto, prevenção e controlo da poluição, produtos químicos, combustíveis, produção e gestão de energia e instalações industriais</i>		
NAVAL		
<i>Navios, embarcações e outras estruturas flutuantes</i>		
GEOGRÁFICA		
<i>Topografia, geodesia, hidrografia e cartografia</i>		
Lisboa, 12 de fevereiro de 2016	CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS	8

	ORDEM DOS ENGENHEIROS	DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS PÚBLICAS Responsabilidade civil e disciplinar
AGRONOMIA, FLORESTAL E MATERIAIS		
AGRONOMIA		
<i>Produção agrícola e animal, engenharia alimentar, proteção das plantas e engenharia rural</i>		
FLORESTAL		
<i>Espaços exteriores e ajardinamentos, infraestruturas, produtos e produção lenhosa e de cortiça, cinagética e pescas</i>		
MATERIAIS		
<i>Estrutura, propriedades, aplicações, desenvolvimento, processamento e desempenho de materiais</i>		
Lisboa, 12 de fevereiro de 2016	CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS	9



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

INFORMÁTICA E AMBIENTE

INFORMÁTICA

Sistemas e tecnologias de informação e de comunicação

AMBIENTE

Avaliação, tratamento e gestão ambiental, resíduos, ecossistemas, climatização e qualidade do ar

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

10



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

PORTARIA 701-H/2008 - Subsecções

Edifícios

Instalações, equipamentos e sistemas em edifícios

Águas e esgotos
Eletricidade
Comunicações
Aquecimento, ventilação e ar condicionado
Gás
Transporte de pessoas e carga
Segurança integrada
Gestão técnica centralizada
Condicionamento acústico

Pontes, viadutos e passadiços

Estradas

Caminhos de ferro

Via férrea
Catenária
Faseamento construtivo

Aeródromos

Área operacional
Apoio à navegação aérea

Obras hidráulicas

Túneis

Abastecimento e tratamento de água
Drenagem e tratamento de águas residuais
Resíduos urbanos e industriais
Obras portuárias e de engenharia costeira
Espaços exteriores
Produção, transporte e distribuição de energia elétrica
Redes de comunicações

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIAIS

11



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

SISTEMATIZAÇÃO

1. A ATIVIDADE DE ENGENHARIA;
2. **ATOS DE ENGENHARIA POR NATUREZA;**
3. CONTRATOS DE EMPREITADA;
4. A INTERVENÇÃO DA ORDEM DOS ENGENHEIROS.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

12



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ATOS DE ENGENHARIA

ORDEM DOS ENGENHEIROS
Regulamento n.º 420/2015
Atos de Engenharia por Especialidade da Ordem dos Engenheiros

Artigo 1º
Atos de engenharia

Sem prejuízo do disposto na legislação europeia aplicável e nos diplomas legais e regulamentares dimanados da Assembleia da República ou do Governo, que tratem da mesma matéria, os atos de engenharia, por especialidade, passíveis de serem exercidos por membros da Ordem dos Engenheiros, são os que constam do anexo ao presente Regulamento e dele fazem parte integrante.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

13



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

SISTEMATIZAÇÃO POR NATUREZA

1. Concepção;
2. Produção;
3. Gestão e Manutenção;
4. Estudos e consultoria;
5. Produção de materiais, sistemas e equipamentos.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

14



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ATOS DE CONCEPÇÃO

PROJETO: Elaboração do conjunto de documentos escritos e desenhados que definem e caracterizam a concepção funcional, estética e construtiva de uma obra.

COORDENAÇÃO DE PROJETO: Articulação da equipa de projeto, assegurando a compatibilidade entre os diversos projectos necessários e o cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis.

REVISÃO DE PROJETO: Análise crítica do projecto e emissão dos respectivos pareceres, por outrem que não o Projetista.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

15



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

REVISÃO DE PROJETO

Nº 2 do artigo 43º do Código de Contratos Públicos

“Quando a obra seja classificada, nos termos do n.º 7, na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o projeto de execução referido no número anterior deve ser objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.”

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

16



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ATOS DE PRODUÇÃO

EXECUÇÃO: Condução dos trabalhos de construção ou de processo de fabrico.

CONTROLO DE EXECUÇÃO: Monitorização dos trabalhos, deteção de desvios e implementação de medidas corretivas.

SEGURANÇA E SAÚDE: Controlo específico.

DIREÇÃO TÉCNICA: Responsabilidade pela gestão técnica global de empresa de construção.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

17



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ATOS DE GESTÃO E MANUTENÇÃO

GESTÃO DE PROJETOS E INVESTIMENTOS: Gestão técnica global de iniciativas que envolvam projetos e investimentos.

MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO: Atividades de gestão e controlo dirigidas a maximizar a disponibilidade e os padrões de desempenho de instalações e equipamentos.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

18



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ATOS DE ESTUDO E CONSULTORIA

PERÍCIA: Auditoria técnica.

SISTEMAS DE GESTÃO: Estudos técnicos incidentes sobre sistemas de gestão de qualidade, ambiente e segurança.

CONSULTORIA TÉCNICA: Estudos técnicos de diagnóstico, especificação e análise de soluções técnicas.

AVALIAÇÃO: Valorização associada a atividades e patrimónios.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

19



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

PRODUÇÃO DE MATERIAIS, SISTEMAS E EQUIPAMENTOS

GESTÃO TÉCNICA: Gestão global da empresa ou atividade de produção.

SISTEMAS DE GESTÃO: Gestão global da empresa ou atividade de produção de sistemas de gestão de qualidade, ambiente e segurança.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

20



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

SISTEMATIZAÇÃO

1. A ATIVIDADE DE ENGENHARIA;
2. ATOS DE ENGENHARIA POR NATUREZA;
3. **CONTRATOS DE EMPREITADA;**
4. A INTERVENÇÃO DA ORDEM DOS ENGENHEIROS.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

21

 ORDEM DOS ENGENHEIROS		DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS PÚBLICAS Responsabilidade civil e disciplinar	
CATEGORIAS DE OBRAS		CLASSES DE OBRAS (€)	
Categoria I			
– Simples, com elevado grau de repetição.		1	Até 166 000
		2	Até 332 000
		3	Até 664 000
Categoria II		4	Até 1 328 000
– Simples, com pequeno grau de repetição.		5	Até 2 656 000
		6	Até 5 312 000
Categoria III		7	Até 10 624 000
– Com exigências especiais.		8	Até 16 600 000
Categoria IV		9	Acima de 16 600 000
– Soluções individualizadas ou exigências severas de execução.			

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016 CENTRO DE ESTUDOS JUDICIAIS 22

 ORDEM DOS ENGENHEIROS		DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS PÚBLICAS Responsabilidade civil e disciplinar	
PROGRAMA PRELIMINAR			
<p>Documento fornecido pelo Dono da Obra ao Projectista para definição dos objectivos, características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra, bem como dos respectivos custos e prazos de execução a observar.</p>			
<p>Salvo exigências legais específicas, deverá incluir:</p>			
<ol style="list-style-type: none"> 1. Objectivos da obra; 2. Características gerais da obra; 3. Dados sobre a localização do empreendimento; 4. Elementos topográficos, cartográficos e geotécnicos; 5. Dados básicos relativos às exigências de comportamento, funcionamento, exploração e conservação da obra; 6. Estimativa de custo e respectivo limite dos desvios e, eventualmente, indicações relativas ao financiamento do empreendimento; 7. Indicação geral dos prazos para a elaboração do projeto e para a execução da obra. 			
Lisboa, 12 de fevereiro de 2016		CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS	
		23	



PROGRAMA PRELIMINAR – Erros e omissões

É referido, em relatórios sobre esta temática, que uma percentagem muito significativa de erros são originadas por falhas dos donos das obras.

No âmbito do Programa Preliminar, são apontadas as falhas seguintes:

1. Omissão de definição precisa das necessidades, finalidades e características da obra a realizar;
2. Omissão de disponibilização de informação exacta e actualizada sobre os locais de implantação da obra e sobre infraestruturas e edificações neles existentes;
3. Omissão de caracterização geológica dos terrenos ou da necessidade de realização dos necessários estudos geológicos e geotécnicos;
4. Promoção da elaboração de projetos para obras a implantar em terrenos indisponíveis ou desconhecidos.



PROGRAMA BASE

Documento elaborado pelo Projetista a partir do programa preliminar resultando da particularização deste, visando a verificação da viabilidade da obra e do estudo de soluções alternativas.

Salvo exigências legais específicas, deverá incluir:

1. Esquema e programação da obra;
2. Critérios gerais de dimensionamento das diferentes partes constitutivas da obra;
3. Condicionamentos principais relativos à ocupação do terreno, topográficos, urbanísticos, geotécnicos, ambientais, térmicos e acústicos;
4. Peças escritas e desenhadas e outros elementos informativos necessários para o perfeito esclarecimento do Programa Base;
5. Estimativa geral do custo da obra, tomando em conta os encargos mais significativos com a sua realização e análise comparativa dos custos de manutenção e consumos da obra nas soluções propostas;
6. Descrição sumária das opções relacionadas com o comportamento, funcionamento, exploração e conservação da obra;
7. Informação sobre a necessidade de obtenção de elementos e realização de estudos.



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

PROGRAMA BASE – Erros e omissões

As referências constatadas em auditorias realizadas, nomeadamente pelo Tribunal de Contas, é que, por regra, e ao contrário do que se impunha, os **Donos de Obra** nem definiam, à partida e suficientemente, os objectivos e características das obras que pretendiam nem faziam qualquer avaliação crítica dos projetos para aferir do seu ajustamento às efectivas necessidades.

Como veremos, esta referência é também aplicável aos documentos elaborados nas fases imediatamente posteriores (**Estudo Prévio e Projeto Base**).

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

26



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ESTUDO PRÉVIO

Documento elaborado pelo **Projetista**, depois da aprovação do programa base, visando a opção pela solução que melhor se ajuste ao programa, essencialmente no que respeita à concepção geral da obra.

Salvo exigências legais específicas, deverá incluir:

- Memória descritiva e justificativa, incluindo capítulos respeitantes a cada um dos objetivos relevantes;
- Elementos gráficos elucidativos sob a forma de plantas, alçados, cortes, perfis, esquemas e outros elementos;
- Dimensionamento aproximado e características principais dos elementos fundamentais da obra;
- Definição geral dos processos de construção e da natureza dos materiais e equipamentos mais significativos;
- Análise prospectiva do desempenho térmico e energético e da qualidade do ar interior;
- Análise prospectiva de desempenho acústico;
- Estimativa do custo da obra e do seu prazo de execução.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

27



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

ANTEPROJETO OU PROJETO BASE

Documento elaborado pelo **Projetista** em desenvolvimento do Estudo Prévio aprovado pelo Dono da Obra, destinado a estabelecer, em definitivo as bases de elaboração do Projeto de Execução.

Salvo exigências legais específicas, deverá incluir :

- Memórias descritivas e justificativas, incluindo capítulos especialmente destinados a cada um dos objetivos especificados para o anteprojecto, onde figuram designadamente descrições da solução orgânica, funcional e estética da obra, dos sistemas e dos processos de construção previstos para a sua execução e das características técnicas e funcionais dos materiais, elementos de construção, sistemas e equipamentos;
- Avaliação das quantidades de trabalho a realizar por grandes itens e respectivos mapas;
- Estimativa de custo actualizada;
- Peças desenhadas e outros elementos gráficos que explicitem a localização da obra, a planimetria e a altimetria das suas diferentes partes com pontes e o seu dimensionamento bem como os esquemas de princípio detalhados para cada uma das Instalações Técnicas, garantindo a sua compatibilidade;
- Identificação de locais técnicos, centrais interiores e exteriores, bem como mapa de espaços técnicos verticais e horizontais para instalação de equipamentos terminais e redes.
- Os elementos de estudo que serviram de base às opções tomadas, de preferência constituindo anexos ou volumes individualizados identificados nas memórias;
- Programa geral dos trabalhos.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

28



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

PROJETO DE EXECUÇÃO

Documento elaborado pelo **Projetista**, a partir do estudo prévio ou do anteprojecto aprovado pelo Dono da Obra, destinado a facultar todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar

Salvo exigências legais específicas, deverá incluir:

- Memória descritiva e justificativa, incluindo a disposição e descrição geral da obra, com indicação das características dos materiais, dos elementos da construção, dos sistemas, equipamentos e redes;
- Cálculos relativos às diferentes partes da obra apresentados de modo a definirem, pelo menos, os elementos referidos na regulamentação aplicável a cada tipo de obra e a justificarem as soluções adoptadas;
- Medições e mapas de quantidade de trabalhos, dando a indicação da natureza e da quantidade dos trabalhos necessários para a execução da obra;
- Orçamento baseado nas quantidades e qualidades de trabalho constantes das medições;
- Peças desenhadas de acordo com o estabelecido para cada tipo de obra na regulamentação aplicável, devendo conter as indicações numéricas indispensáveis e a representação de todos os pormenores necessários à perfeita compreensão, implantação e execução da obra;
- Condições técnicas, gerais e especiais, do caderno de encargos.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

29



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

FORMAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Artigo 41º do Código de Contratos Públicos

As peças dos procedimentos de formação de contratos são as seguintes:

1. No ajuste direto, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos, sem prejuízo do disposto no artigo 128º (regime simplificado – valor não superior a € 5.000,00);
2. No concurso público, o programa do procedimento e o caderno de encargos;
3. No concurso limitado por prévia qualificação, o programa do procedimento, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos;
4. No procedimento de negociação, o programa do procedimento, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos;
5. No diálogo concorrencial, o programa do procedimento, o convite à apresentação das soluções, o convite à apresentação das propostas, a memória descritiva e o caderno de encargos.
6. As peças do procedimento referidas no número anterior são aprovadas pelo órgão competente para a decisão de contratar.
7. Nos concursos de concepção, os termos de referência constituem a única peça do procedimento, sendo aprovados pelo órgão competente para a decisão de selecionar um ou vários trabalhos de concepção.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

30



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

FORMAÇÃO DE CONTRATOS DE EMPREITADA

Números 1 e 7 do artigo 43º do CCP

1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo anterior, o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve incluir um projeto de execução.

7 - O conteúdo obrigatório dos elementos referidos nos n.ºs 1 e 3 é fixado por portaria do ministro responsável pela área das obras públicas.

Portaria 701-H/2008, de 29 de junho

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

31



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

CADERNO DE ENCARGOS

Nº 3 do artigo 43º do Código de Contratos Públicos

“O caderno de encargos é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar.”

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

32



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

CONTRATO DE CONCEPÇÃO - CONSTRUÇÃO

Nº 1 do artigo 43º do Código de Contratos Públicos

Em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos termos do caderno de encargos, **obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar**, ou nos quais a **complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar** requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspeto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projeto de execução, caso em que o **caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa preliminar**.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

33



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

DETEÇÃO DE ERROS E OMISSÕES

N^{os} 1 e 2 do artigo 63^o do Código de Contratos Públicos

1. Até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas, os interessados devem apresentar ao órgão competente para a decisão de contratar uma lista na qual identifiquem, expressa e inequivocamente, os erros e as omissões do caderno de encargos detectados e que digam respeito a:
 - a) Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade;
 - b) Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar;
 - c) Condições técnicas de execução do objecto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis.
2. Exceptuam-se do disposto no número anterior os erros e as omissões que os concorrentes, atuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, apenas pudessem detectar na fase de execução do contrato.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

34



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

SUPRIMENTO DE ERROS E OMISSÕES

N^{os} 1 a 5 do artigo 378^o do Código de Contratos Públicos

1. O dono da obra é responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões resultantes dos elementos que tenham sido por si elaborados ou disponibilizados ao empreiteiro, designadamente os elementos da solução da obra.
2. Quando o empreiteiro tenha a obrigação de elaborar o projecto de execução, é o mesmo responsável pelos trabalhos de suprimento dos respectivos erros e omissões, excepto quando estes sejam induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra.
3. O empreiteiro é responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões cuja deteção era exigível na fase de formação do contrato nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 61.º, exceto pelos que hajam sido identificados pelos interessados na fase de formação do contrato mas que não tenham sido expressamente aceites pelo dono da obra.
4. O empreiteiro é ainda responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões que, não sendo exigível que tivessem sido detetados na fase de formação do contrato nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 61.º, também não tenham sido por ele identificados no prazo de 30 dias a contar da data em que lhe fosse exigível a sua deteção.
5. A responsabilidade do empreiteiro prevista no n.º 3 corresponde a metade do preço dos trabalhos de suprimento dos erros e omissões executados.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

35



ERROS E OMISSÕES DE PROJETO

N.ºs 6 e 7 do artigo 378.º do Código de Contratos Públicos

6 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, caso os erros ou omissões decorram do incumprimento de obrigações de concepção assumidas por terceiros perante o dono da obra:

- a) Deve o dono da obra exercer obrigatoriamente o direito que lhe assista de ser indemnizado por parte destes terceiros;
- b) Fica o empreiteiro sub-rogado no direito de indemnização que assista ao dono da obra perante esses terceiros até ao limite do montante que deva ser por si suportado em virtude do disposto nos n.ºs 3 a 5.

7 - No caso previsto no número anterior, a responsabilidade dos terceiros perante o dono da obra ou o empreiteiro, quando fundada em título contratual, é limitada ao triplo dos honorários a que tenham direito ao abrigo do respectivo contrato, salvo se a responsabilidade em causa tiver resultado de dolo ou de negligência grosseira no cumprimento das suas obrigações.



SÚMULA DO FASEAMENTO

Interação (Dono da Obra + Projetista)

1. Programa Preliminar (Objetivos, Localização, Geotecnia, Custo, Prazo).

Interação (Projetista + Dono da Obra)

2. Programa Base (Programa, Desenhos, Custo, Prazo);
3. Estudo Prévio (MDJ, Dimensionamentos, Processos, Materiais, Térmica, Energia, Ar ambiente, Acústica);
4. Projeto Base (Mapas de trabalhos, Locais técnicos, Programação);
5. Projeto de Execução (MDJ, Cálculos, Medições, Mapas de trabalhos, Orçamentos, Desenhos, Condições Técnicas).

Interação (Empreiteiro + Dono da Obra)

6. Identificação de Erros e Omissões;
7. Suprimento de Erros e Omissões.



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

SISTEMATIZAÇÃO

1. A ATIVIDADE DE ENGENHARIA;
2. ATOS DE ENGENHARIA POR NATUREZA;
3. CONTRATOS DE EMPREITADA;
4. **A INTERVENÇÃO DA ORDEM DOS ENGENHEIROS.**

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

38



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

POSICIONAMENTO DA ORDEM DOS ENGENHEIROS

Intervenção do Bastonário no Tribunal de Contas, em novembro de 2008

Tipificar os diferentes trabalhos a mais e condições para a sua admissibilidade;

Limitar, com razoabilidade, os valores (%) admissíveis para os trabalhos a mais de cada natureza;

Admitir os trabalhos a mais para corrigir os erros de projecto, que sejam indispensáveis para a obra e que não configurem um “já agora”;

Estabelecer o sentido de responsabilidade partilhada entre os projectistas, donos de obra (representante técnico – gestor do empreendimento), directores de obra, fiscalização e entidade de avaliação independente, para justificar a necessidade desses trabalhos;

Clarificar a admissibilidade de erros e omissões após a reclamação em concurso, durante a execução da obra.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

39



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

REVISÃO DO CCP (decreto-lei 149/2012, de 12/07)

Extratos do preâmbulo do diploma

Altera-se igualmente o regime de erros e omissões:

- Clarificação do universo dos erros e omissões abrangidos pelo CCP e à insuficiência do prazo concedido às entidades adjudicantes para se pronunciarem sobre as listas de erros ou omissões elaboradas pelos interessados;
- Revê-se ainda o regime dos trabalhos a mais e dos serviços a mais, com vista à não contabilização dos trabalhos de suprimento de erros e omissões para o apuramento do limite percentual que aqueles podem atingir face ao preço contratual;
- Neste sentido, atribui-se aos trabalhos e aos serviços a mais um limite percentual próprio e autónomo de 40 % do preço contratual e aos trabalhos de suprimento de erros e omissões um limite percentual próprio e autónomo de 5 % do preço contratual, elevado para 10 %, quando a execução dos trabalhos não implique uma modificação substancial do contrato e estejam em causa obras cuja execução seja afetada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente as obras marítimo-portuárias e as obras complexas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis, bem como as obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

40



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

DEVERES DO ENGENHEIRO NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Artigo 378º do Estatuto da Ordem dos Engenheiros

- 1 — O engenheiro, na sua atividade associativa profissional, deve pugnar pelo prestígio da profissão e impor-se pelo valor da sua colaboração e por uma conduta irrepreensível, usando sempre de boa-fé, lealdade e isenção, quer atuando individualmente, quer coletivamente.
- 2 — O engenheiro deve opor-se a qualquer concorrência desleal.
- 3 — O engenheiro deve usar da maior sobriedade nos anúncios profissionais que fizer ou autorizar.
- 4 — O engenheiro não deve aceitar trabalhos ou exercer funções que ultrapassem a sua competência ou exijam mais tempo do que aquele de que disponha.
- 5 — O engenheiro só deve assinar pareceres, projetos ou outros trabalhos profissionais de que seja autor ou colaborador.
- 6 — O engenheiro deve emitir os seus pareceres profissionais com objetividade e isenção.
- 7 — O engenheiro deve, no exercício de funções públicas, na empresa e nos trabalhos ou serviços em que desempenhar a sua atividade, atuar com a maior correção e de forma a obstar a discriminações ou desconsiderações.
- 8 — O engenheiro deve recusar a sua colaboração em trabalhos sobre os quais tenha de se pronunciar no exercício de diferentes funções ou que impliquem situações ambíguas.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

41



ORDEM
DOS
ENGENHEIROS

DEFEITOS E ERROS EM PROJETOS DE OBRAS
PÚBLICAS
Responsabilidade civil e disciplinar

EXERCÍCIO NO ESTADO, REGIÕES AUTÓNOMAS E AUTARQUIAS LOCAIS

Nº 5 do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Engenheiros

5 — Os trabalhadores dos serviços e organismos da administração direta e indireta do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais e das demais pessoas coletivas públicas, que pratiquem, no exercício das suas funções, atos próprios da profissão de engenheiro, e realizem ações de verificação, aprovação, auditoria ou fiscalização sobre atos anteriores, devem estar validamente inscritos como membros efetivos da Ordem.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

42

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: ce

Temas de Direito Administrativo Carlos Loureiro, Vice-Presidente do Cons... Centro de Estudos Judiciários - Sala de Vídeo 12.02.2016 14:31

Lisboa, 12 de fevereiro de 2016

Carlos Loureiro

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia FCCN Conselho Nacional de Contas

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/24wtm2mmj1/flash.html?locale=pt>

Título:

Responsabilidade civil dos poderes públicos

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-07-0

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt