

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AUTORIDADES REGULADORAS

*Jorge André Carita Simão**

ABSTRACT: With this paper we aim to offer a contribution in order to achieve two complementary objectives. On the one hand, to clarify the important role that independent regulatory authorities play in society, referring their functions, their powers and prerogatives of authority. On the other hand, to demonstrate and discuss critically the extent to which they may be civilly liable, whenever they exceed the powers granted to them or, on the contrary, in case they do not exercise their supervisory functions, trying to find a solution that marks out, correctly, all the interests involved, as well as all their possible implications.

SUMÁRIO: Introdução. I – A regulação e as Autoridades Reguladoras Independentes 1. O surgimento do Estado regulador: uma breve nota. 2. Os fins da regulação. 3. As Autoridades Reguladoras Independentes. 3.1. As suas origens. 3.2. Os seus poderes. 3.2.1. O poder normativo ou regulamentar. 3.2.2. O poder de supervisão. 3.2.3. O poder parajudicial. 3.2.4. O problema da captura. 3.3. A necessária colaboração entre ARI. II – A responsabilidade civil das Autoridades Reguladoras Independentes. 4. O regime jurídico português. 4.1. Considerações genéricas. 4.2. O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967. 4.3. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. 4.4. O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa. 5. A responsabilidade por acção das Autoridades Reguladoras Independentes. 6. A responsabilidade por omissão das Autoridades Reguladoras Independentes. 7. Síntese conclusiva.

INTRODUÇÃO

O fenómeno da regulação, com a crescente multiplicação das Autoridades Reguladoras Independentes (ARI), tem consubstanciado uma realidade de inegável importância nos últimos anos, sendo hoje um dos temas centrais do

* Mestrando em Direito e Advogado-Estagiário. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

moderno Direito Administrativo e dos modelos de intervenção pública na economia¹.

Estas ARI começaram a ganhar relevo na sociedade com a crescente redução da intervenção directa do Estado na economia, em substituição do reforço do seu papel regulador, tendo permitido a passagem de um paradigma de *Estado-empresário* a um de *Estado-regulador*.

Assim, assistiu-se a uma progressiva “desgovernamentalização”² da função reguladora do Estado, tendo este passado a confiar as tarefas de regulação a ARI, munindo-as de poderes regulamentares, administrativos e sancionatórios.

Com efeito, as ARI gozam de um especial poder de ingerência na esfera das entidades privadas, o qual poderá lesar variados interesses, já que podem efectuar buscas, fiscalizações e investigações em empresas³, afectando o seu património, o dos seus sócios e o dos seus investidores.

Assim, importa ter em consideração o facto de as ARI estarem sujeitas a deveres específicos de cuidado e diligência, já que os seus poderes de fiscalização e investigação poderão conflitar com vários direitos subjectivos⁴.

Só se poderá compreender a essência caracterizadora das ARI após se analisar, nomeadamente, o surgimento do Estado regulador; as finalidades que nortearam a necessidade de existência de uma regulação eficaz do mercado; a intensificação⁵ do fenómeno das ARI; e, ainda, as suas origens, os seus poderes e a necessidade de uma estrita colaboração entre elas.

Seguidamente, aprofundaremos o estudo da responsabilidade civil das ARI, com a enumeração e caracterização dos mecanismos legais relevantes neste âmbito. Uma vez percorridos tais institutos e definido o seu quadro geral de resposta, focaremos a nossa atenção nas duas formas possíveis de responsabilização destas autoridades: por *acção* ou por *omissão*.

1 Sobre este ponto podemos analisar alguns desenvolvimentos doutrinários, nomeadamente: Moreira & Maças, 2003: 9 e ss.; Morais, 2001: 101 e ss.; Sanches, 2000: 5 e ss. e Cardoso, 2002: 15 e ss.

2 Esta expressão é usada por Moreira & Maças (2003: 10).

3 Com efeito, as ARI dispõem de poderes que, no plano processual, são equivalentes aos dos órgãos de investigação (Órgãos de polícia criminal, Ministério Público e, em parte, Juiz de Instrução) no processo criminal, em relação a diversos meios de prova e de obtenção de prova.

4 Albuquerque & Pereira, 2005: 204.

5 Cfr. Wymeersch (2005: 993), onde questiona se não existirá já demasiada regulação no mercado, a qual reduz significativamente a liberdade dos agentes económicos e gera uma fraca concorrência entre eles: “(...) that over-regulation may be a point of concern and that a regulatory pause is needed (...)”.

Por fim, procuraremos extrair uma posição de princípio quanto à possibilidade de se efectivar uma responsabilização civil destas Autoridades.

Creemos ser importante lançar, desde já, algumas questões, cuja resposta tentaremos indagar e clarificar ao longo do texto: será viável proceder-se à responsabilização das ARI e fixar-lhes um dever indemnizatório por *todo e qualquer* dano que estas causem no exercício da sua função? E será viável a sua responsabilização por *qualquer* falha ou deficiente cumprimento dos seus deveres de supervisão?

I – A REGULAÇÃO E AS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

1. O surgimento do Estado regulador: uma breve nota

No início do século XX, abandonada a confiança na auto-suficiência do mercado, sendo posta de parte a ideia da “mão invisível”⁶ resultado das crises cíclicas do capitalismo e do esforço requerido pela I Guerra Mundial, o Estado passou a encarregar-se da regulação do mercado⁷. Desta forma, abandonou o tradicional distanciamento face ao processo produtivo, começando a intervir na vida económica.

Esta intervenção do Estado foi variando ao longo do tempo, passando de uma intervenção directa, em que o Estado produzia para compensar falhas de mercado e assegurava, desse modo, a provisão adequada de bens e serviços, até à fase da actualidade, caracterizada por uma economia de mercado indirectamente intervencionada, isto é, de mercado regulado⁸.

Particularmente na Europa, a partir dos anos 80, assistiu-se a uma privatização gradual de vários ramos da economia, liberalizando-se diversos sectores que, até então, estavam nas mãos do Estado. Isto teve como consequência uma alteração substancial do papel do Estado neste domínio. O seu controlo da economia e a sua prestação directa de um conjunto de serviços foi substi-

6 Conceito criado pelo economista escocês Adam Smith (1723-1790), considerado o “pai” do liberalismo económico. Esta teoria entende que a economia se auto-regula, corrigindo as suas próprias falhas, mediante um funcionamento livre do mercado, balizado entre a liberdade de competição e a imprevisibilidade da lei da oferta e da procura. Para maiores desenvolvimentos sobre este conceito, *vide* Araújo, 2005: 198 e ss.

7 Prata Roque (2009: 375) considera que “a crença quase supersticiosa na mão invisível que embala o mercado conduziu a que a própria opinião pública aceitasse mais facilmente a imposição de limitações e restrições aos agentes económicos por parte de especialistas do sector, designados para o exercício de cargos nessas entidades administrativas independentes (...)”.

8 Roque, 2006: 64.

tuído pelo cenário oposto, em que se foi crescentemente retirando essa “mão directa” do circuito económico⁹.

Houve uma forte tendência de diminuição do tradicional papel do Estado como Estado empresário ou Estado prestador de serviços públicos, passando a haver um substancial reforço da contribuição dos privados nas tarefas de prossecução directa dos fins públicos. Esta primeira fase é normalmente denominada de *desintervenção* do Estado na economia.

A título de exemplo, no domínio económico, assistimos a uma privatização contínua da prossecução dos interesses públicos, sendo os privados chamados a desenvolver, através de um mercado concorrencial, actividades económicas de interesse público e colectivo¹⁰. Efectivamente, assistiu-se a uma consecutiva privatização de áreas tradicionalmente públicas, como eram os correios ou as telecomunicações nacionais e internacionais¹¹.

Numa fase pós-privatização, o Estado abandonou a sua função dirigista e passou a assumir um novo papel, adoptando uma função de controlo e condicionamento da actuação dos privados relativamente às actividades que antes lhe cabiam em exclusivo. Surge assim o *Estado regulador*.

Através desse controlo, o Estado manteve-se indirectamente presente na Economia, assumindo um dever público de vigilância e de garantia do desenvolvimento das actividades económicas que tinham sido privatizadas. Efectivamente, é através desta função que o Estado poderá garantir um regime de livre concorrência dessas actividades, contribuindo para o seu correcto funcionamento¹².

Isto significa que, paradoxalmente, a presença do Estado e da Administração no mercado não se retraiu, o que apenas mudou foi a sua forma de

9 Moreira & Maçãs (2003: 10) referem que se passa de uma “regulação hostil ao mercado para uma regulação constitutiva e fomentadora do mercado [...] mediante a liberalização e o fomento da concorrência”.

10 Cfr. Figueiredo, 2006: 63.

11 Sanches, 2000: 11.

12 Cfr. Roque, 2006: 65: “De qualquer forma, a liberalização do mercado e a respectiva aplicação de soluções regulatórias precisam de ser postas em prática por políticas e leis da concorrência que sejam sólidas e eficazes, uma vez que são os instrumentos essenciais de que os Estados se socorrem para intervir sobre a actividade económica, procurando assegurar o bom funcionamento do mercado e a protecção dos consumidores”.

intervenção^{13/14}, passando o Estado a assumir nesta nova fase uma função de garantia, a qual possa permitir, nomeadamente, a efectividade da prestação dos serviços, a universalidade do seu acesso, a redução das assimetrias informativas entre quem presta o serviço e o seu cliente.

O Estado, ao deixar de ter uma intervenção directa na economia, não significa que regresse às suas políticas do “*laissez-faire*” e ao capitalismo liberal, mas sim que se verifique um reforço em geral da sua actividade reguladora¹⁵.

Deve ser realçado o facto de alguma actuação pública ser sempre indispensável para a correcção das falhas de mercado, tarefa essa que uma economia liberalizada nunca conseguiu garantir¹⁶.

Este controlo do mercado pelo Estado poderá permitir um maior equilíbrio entre as forças da oferta e da procura, já que dificilmente existem mercados perfeitos, uma vez que cada agente económico procura sempre a maximização do seu benefício e a minimização dos seus custos, mesmo que tal venha a ocasionar uma externalização negativa, isto é, a repercussão de uma desvantagem, não compensada por qualquer vantagem, para um terceiro¹⁷.

2. Os fins da regulação

A regulação económica, entendida como a criação de normas jurídicas que disciplinarão o exercício de algumas actividades, o modo de acesso a certos

13 Maçãs (2006: 22) considera que o Estado abandonou a actividade de produção directa de bens e serviços públicos, a qual passou para a iniciativa dos agentes económicos privados, passando a intervir através da regulação do interesse geral, garantindo a concorrência e a protecção dos interesses dos cidadãos, assumindo o papel de um ente regulador de uma economia crescentemente privatizada e submetida ao mercado.

14 Moreira & Maçãs (2003: 9 e 10) consideram que existiu mesmo, nas duas últimas décadas, uma “verdadeira revolução”, no que toca às relações do Estado com a economia e ao papel e sentido da regulação económica. No mesmo sentido, fazendo referência a um “abandono” do modelo intervencionista do Estado na economia, Albuquerque & Pereira (2005: 207 e 208).

15 Moreira & Marques, 2003: 13.

16 Neste sentido, Figueiredo (2006: 64), constatando ser interessante o debate ideológico subjacente à actuação pública, contrapondo uma visão neo-liberal a uma visão intervencionista.

17 Costa e Silva, 2006: 544. Para mais, cremos que é interessante notar esta dualidade de critérios: os agentes privados apenas se preocupam com o lucro. Contudo, até que ponto é que poderão ser onerados e ter que garantir as funções que sempre foram tipicamente do Estado? Esta parece ser a preocupação fundamental de Prosser (2005: 544 e ss).

bens ou o exercício de certas actividades comerciais^{18/19}, tem como função “regular” (em sentido amplo), i.e. decidir, ordenar e supervisionar toda a actividade privada em cada sector económico de forma a garantir o seu correcto funcionamento²⁰.

Efectivamente, com a regulação nega-se a teoria da “mão invisível”²¹. Através deste mecanismo, o Estado expressa a sua vontade sobre o panorama económico-social, prescindindo do seu papel de actuação como agente económico, ou seja, do seu papel interventor directo²².

No entanto, é com algum cuidado que se deve equacionar o papel regulador do Estado nas economias de mercado. Em princípio, a regulação deve partir de uma identificação das situações onde não existem mercados, onde estes funcionem mal, ou onde a concorrência enfrente limitações severas que sejam contrárias ao interesse da comunidade.

Em primeiro lugar, com a regulação pretende-se corrigir os defeitos e colmatar as falhas que o livre funcionamento do mercado acarreta²³. Assim, o Estado empreende esforços no sentido de defesa e fomento do mercado, de forma a permitir o seu eficaz funcionamento, marcado por critérios de transparência e idoneidade dos agentes económicos²⁴, bem como da regularidade dos seus comportamentos.

18 Albuquerque (1990: 577 e ss.) realça que, em alguns aspectos, é tarefa principal da regulação económica a promoção e defesa da concorrência. Esta teve em vista, primordialmente, a adesão ao Tratado de Roma. Tal processo iniciou-se com o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, o qual foi continuado pelo Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

19 Sobre esta matéria, Cordeiro (2010: 877 e ss.) oferece os seguintes exemplos elucidativos: “Regula-se o mercado do pão para permitir que todos, a ele, tenham acesso; regulam-se os medicamentos para conter os lucros das multinacionais farmacêuticas; regula-se o crédito para salvaguardar a estabilidade dos preços; regula-se o mercado financeiro para atestar a confiança no sistema (...)”.

20 Salvador Martinez, 2002b: 720.

21 Sanches, 2000: 5. Este Autor reforça, ao longo do seu texto, a necessidade da actividade reguladora da economia constituir uma situação excepcional que exige legitimação. Sobre o conceito de “mão invisível”, *vide supra* [n.6].

22 Sobre a crítica económica da regulação e a propósito dos vários significados da palavra regulação, *vide*, Sanches (2000: 14 a 17), onde confessa que: “Se existe regulação em vez da mão invisível temos o tipo de intervenção que vai conduzir a uma economia contemporânea onde mais facilmente se pode encontrar, no lugar desta, a mão confiscadora do Estado que procura obter a resolução dos problemas sociais por meio de uma ampla intervenção na economia e na sociedade. Passamos de mão invisível para uma outra mão com uma natureza largamente ablativa”.

23 Moreira & Maças, 2003: 22.

24 Hancher, Larouche & Lavrijssen, 2003: 358 e 359.

Isto significa que a tarefa do Estado é a de introduzir mecanismos de regulação nos sectores em que persistam desequilíbrios substanciais entre as forças de mercado da procura e da oferta, de forma a que se consiga gerar um equilíbrio que se aproxime do nível concorrencial²⁵, mesmo nos casos de monopólio natural²⁶, fazendo com que as empresas actuem como se estivessem em concorrência, otimizando a eficiência do sector, mediante a promoção dos interesses dos consumidores e dos interesses económico-financeiros das empresas²⁷. Deste modo conseguir-se-á garantir a concorrência entre os agentes do mercado e minimizar os “limites” e “falhas”²⁸ do mercado²⁹.

Em segundo lugar, uma regulação eficaz também permitirá reduzir as “externalidades negativas”, resultado do funcionamento próprio de uma economia liberal, em que cada agente é motivado apenas pela obtenção do lucro máximo, não se preocupando com os custos ambientais ou sociais causados pela sua actividade.

Para mais, também se poderá realçar o papel de protecção dos consumidores, já que se reduzem as assimetrias informativas entre os produtores e consumidores, garantindo uma informação adequada sobre os produtos, a sua qualidade e características³⁰.

Por último, poderemos também assacar à regulação a tarefa de manutenção dos serviços públicos essenciais, os quais deverão continuar a existir após a

25 Sobre este ponto, Leite, 2000: 127 e ss.

26 Os casos de monopólio natural são aqueles em que, por motivos de racionalidade económica e ambiental não se pode estabelecer a concorrência entre uma pluralidade de operadores, sendo essa a única forma de se assegurar um nível de eficiência económica socialmente desejável, aceitando-se apenas um operador no mercado. Veja-se, a título de exemplo, o caso das “indústrias de rede”, como as redes de transporte e distribuição da electricidade, de gás, de água, entre outros. Para maiores desenvolvimentos a respeito do conceito de “monopólio natural” e dos elementos que o distinguem de qualquer outro monopólio, *vide* Araújo, 2005: 605 e ss.

27 Monte, 2009: 243.

28 Podemos enquadrar nas “falhas de mercado” toda e qualquer situação em que exista uma perda absoluta de bem-estar social ou uma transferência de bem-estar social danosa dos interesses da comunidade.

29 O mercado de concorrência perfeita é indiscutivelmente atraente do ponto de vista teórico. Este caracteriza-se pela atomicidade dos produtores no mercado, não conseguindo qualquer um deles influenciar o preço de venda do bem. Nesse ponto de vista, o preço molda-se à disposição de pagar dos consumidores, dando origem à produção e ao consumo em condições de eficiência. Contudo, esta é sempre uma visão demasiado limitada para caracterizar a dinâmica das empresas, já que estas procuram arriscar, inovar, desenvolver novos produtos, experimentar novas formas de produção, investir e crescer. Ainda assim, devemos reter o seu modelo como referência de mercado que funciona bem e que auto-corrige as falhas e imperfeições de mercado.

30 Neste sentido, *vide* Morais, 2001: 102 e Moreira & Marques, 2003: 14.

privatização e liberalização das empresas que eram detidas exclusivamente pelo Estado e que asseguravam tais serviços³¹.

Roque considera que essencial nesta matéria é o que consta do artigo 9.º, alínea *d*) da Constituição da República Portuguesa (CRP), já que este revela a propensão reguladora do Estado em matéria económica e social, ao lhe ser fixada a tarefa fundamental de “promover o bem-estar e qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”³².

Para que seja possível alcançar tais objectivos são, no entanto, necessários elevados poderes de intervenção que possam permitir a certas entidades regular eficazmente o mercado (*v.g.*, mediante a outorga de licenças para se aceder aos mesmos, a inspecção de instalações, infra-estruturas e serviços, a fixação de preços máximos dos produtos, a imposição aos operadores de obrigações de serviço público ou a aplicação de sanções por incumprimento dessas obrigações, entre outros)³³.

É neste contexto que analisaremos em seguida o fenómeno das Autoridades Reguladoras Independentes³⁴.

31 Antoniou (2007: 243), onde refere que a tarefa da regulação é especialmente complexa já que, por um lado, tem de garantir a manutenção dos serviços públicos, de preferência a um nível próximo do concorrencial e, por outro, tem de confiar esses mesmos serviços a entidades privadas.

32 Roque (2004: 31): “Daí que o modo de cumprir o desiderio da disposição constitucional em causa reside na faculdade que o Estado tem de ordenar a vida social, lançando mão do seu poder de autoridade clássico, corporizado nas vias legislativa, judicial e sancionatória, mas também utilizando novas formas de influenciar os destinatários da sua acção, como as vias consensuais e prudenciais”.

33 Dando alguns destes exemplos, Maças, 2006: 22.

34 Veja-se o exemplo da Autoridade da Concorrência, que, de acordo com o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, “é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira” que “tem por missão assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos [seus] Estatutos”. Deste modo, conta, entre as suas atribuições, velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões destinados a promover a defesa da concorrência, fomentar a adopção de práticas que promovam a concorrência, difundir orientações consideradas relevantes para a política de concorrência, entre outros. Para isso, a Lei refere que “[p]ara o desempenho das suas atribuições, a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação”.

3. As Autoridades Reguladoras Independentes

3.1. As suas origens

As ARI³⁵ surgiram nos Estados Unidos da América em finais do século XIX, visando alargar a intervenção do Estado na Economia. Como se tratava de uma sociedade particularmente renitente àquela intervenção, optaram pela introdução deste mecanismo, o qual assentou na independência dos seus membros em face do poder político.

Com efeito, como resultado da manifestação da desconfiança em relação à actuação do Presidente Benjamin Harrison e da sua Administração relativamente à política de transportes, o Congresso dos Estados Unidos da América faz com que surja o primeiro acto de Regulação em 1887: *Interstate Commerce Act*, e a primeira entidade de regulação federal em 1889: *Interstate Commerce Commission*³⁶, apontada como a primeira ARI do mundo, conseguindo-se, dessa forma, uma não sujeição ao poder hierárquico do Presidente dos Estados Unidos da América.

Estas entidades, na figura das *Independent Agencies* e nas denominadas *Independent Regulatory Commissions* introduziram, desta forma, constantes limitações ao livre jogo económico³⁷.

Como observa Cardoso, a “causa-função” da criação das *independent regulatory agencies* consistiu na instituição de estruturas que criassem um acompanhamento da vida económica pelo Estado, embora a opção de delegar as tarefas da regulação a um órgão independente tenha sido sempre determinada por “razões de ordem político – institucional”, já que a razão da criação

35 Fazendo a diferenciação entre Autoridades Administrativas Independentes, as quais são vocacionadas directamente para a protecção de direitos fundamentais dos cidadãos e ARI, que se dirigem primordialmente à regulação dos mercados: Calvão da Silva (2008: 145 e ss.) e Maças (2006: 23 e 24). Para maiores desenvolvimentos sobre o âmbito de actuação das Autoridades Administrativas Independentes, *vide*, ainda, Costa e Silva (2006: 545 e ss.) Resumidamente, as Autoridades Administrativas Independentes caracterizam-se pela diversidade dos seus membros, sendo designados por diferentes órgãos e organismos estatais e pela sua presidência ser, por norma, confiada a magistrados. Frequentemente, estas autoridades visam áreas como os audiovisuais, o acesso a documentos administrativos, a protecção de dados pessoais, entre outros. Respectivamente, em Portugal, as autoridades dedicadas a estes sectores são a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos e a Comissão Nacional de Protecção de Dados.

36 Cfr., a este propósito, Salvador Martinez, 2002a: 90 e ss. e Cardoso, 2002: 42 e ss.

37 Moreira & Maças, 2003: 17 e 18.

de cada uma das “agencies” tenha sido sempre resultado de uma atitude de desconfiança do Congresso relativamente ao Presidente³⁸.

Mais tarde, nos anos 70 do século XX, após o escândalo de “Watergate”, o Congresso decide criar as agências independentes de 2ª geração, destinadas à protecção de direitos fundamentais³⁹.

Na Europa, as ARI chegaram mais tardiamente, no início dos anos 80 do século passado, por via do Reino Unido⁴⁰ e, diferentemente do que sucedeu nos Estados Unidos da América, não visavam aumentar a esfera de actuação do Estado na Economia, mas sim reduzi-la⁴¹, sendo isto apenas possível mediante entidades cujos membros fossem independentes da Administração Directa.

Na nossa ordem jurídica, estas Autoridades Reguladoras estão hoje plasmadas no artigo 267.º, n.º 3 da CRP⁴², sendo essa criação subordinada aos limites impostos pelo número anterior do mesmo artigo (artigo 267.º, n.º 2)⁴³. Deste modo se compreende que a lei pode criar entidades adminis-

38 Cardoso, 2002: 47.

39 Prata Roque, 2009: 376.

40 Para maiores desenvolvimentos sobre o aparecimento das ARI no ordenamento britânico, o qual já detinha a experiência dos organismos públicos relativamente independentes em relação ao Governo (que a doutrina denomina de “quangos”), vide Moreira & Maças (2003: 20 e 21).

A propósito do surgimento das ARI na Itália, vide Malinconico, 1998: 1213 e ss. As primeiras propostas de criação de ARI em Itália datam de 1992, tendo sido criadas pela lei em conjugação com a decisão política de privatizar sectores, de que o Estado detinha o controlo, para se conseguir obter fundos públicos.

41 Sobre a influência das “independent agencies” dos Estados Unidos como modelo inspirador das “autoridades reguladoras” da Europa, vide Salvador Martínez (2002b: 720).

42 Tendo este preceito resultado da 4ª revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. Para maiores desenvolvimentos, confronte-se a análise dos trabalhos preparatórios desta revisão constitucional em: Morais, 2001: 110.

Contudo, conforme assinala Moreira & Maças (2003: 248), já existiam (anteriormente a essa revisão) autoridades reguladoras criadas por lei [*maxime*, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários], o que levantou sempre objecções e dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Não obstante, estes autores consideram que esta norma não passa de uma “norma em branco”, já que a Constituição “legitima o legislador ordinário a criar autoridades independentes, mas nada adianta sobre os critérios que não-de presidir à sua instituição, funções que podem desempenhar, limitações e grau de independência”. No mesmo sentido, analisando a relação entre o texto constitucional dos Estados Unidos e as Autoridades Reguladoras Independentes, vide Custos (2006: 615 e ss).

43 Desenvolvidamente, acerca da natureza jurídica da norma consagrada no artigo 267.º, n.º 3 da CRP: Cardoso, 2002: 438 e ss. Este Autor realça que não existe qualquer imposição constitucional ao legislador ordinário no sentido da criação destas autoridades reguladoras, adquirindo o estatuto de uma norma permissiva, situação que é desde logo enunciada pela expressão “pode” nesse preceito constitucional. Contudo, apenas habilita o legislador ordinário a criar uma autoridade administrativa independente se essa opção constituir o meio mais adequado à prossecução de um determinado fim do Estado mas não o desonera de identificar qual o fundamento material para a positivação desse modelo organizatório.

trativas independentes mas tal desconcentração administrativa não poderá ser apta a prejudicar a eficácia nem a unidade de acção da Administração⁴⁴.

Poderão ser elencadas as principais *razões* que levaram à *emergência* das ARI, seguindo a esquematização feita por Calvão da Silva: “a neutralização política; o grau elevado de especialização atingido em áreas diversas; a tutela dos consumidores, do ambiente e de outros interesses especiais; a preocupação em distinguir as funções de prestador e de regulador, para assim se garantir a igualdade entre operador(es) do Estado e operador(es) privado(s); a necessidade de assegurar o acesso à rede a todos os operadores em condições iguais, no caso das indústrias de rede; a necessidade de aumentar a participação dos cidadãos”⁴⁵.

Podemos ainda referir que a criação destas autoridades foi norteadada essencialmente por duas *finalidades* principais.

Em primeiro lugar, a garantia do cumprimento dos serviços públicos⁴⁶, na sequência do processo de *privatização* de diversas entidades, conforme já foi por nós *supra* referido. Isto advém do facto de se querer garantir o respeito por um conjunto de princípios que devem reger tais prestações, *v.g.*, os princípios da universalidade, igualdade, continuidade, qualidade do serviço, participação e transparência⁴⁷.

Em segundo lugar, para se garantir a prevenção dos riscos, ou seja, para evitar (particularmente no sector financeiro) o risco sistémico de contágio das dificuldades por que passem as instituições financeiras.

Ora, uma vez chegados a este ponto, é necessário realçar que, para além da *desintervenção* do Estado como *empresário e operador directo*, se verificou,

44 Costa e Silva, 2006: 547. A Autora levanta aqui a dúvida de saber como será possível manter uma unidade de acção da Administração quando não existe qualquer coordenação entre a actividade desenvolvida pela entidade administrativa independente e a demais Administração, já que a independência implica uma “ausência do poder de direcção do órgão de cúpula da Administração sobre a autoridade independente”. Em sentido idêntico, Moreira & Maças (2003: 43), também referem que estas autoridades públicas de natureza administrativa não se integram em nenhuma das categorias de direito administrativo existentes, já que dispõem de um estatuto de independência orgânica e funcional que não tem paralelo na tradicional organização administrativa. Contudo, deve encarar-se esta situação como algo de excepcional que deve ter como limite a independência estritamente necessária para as ARI desempenharem a sua missão.

45 Calvão da Silva, 2008: 119 e 120.

46 Costa e Silva (2006: 543) afirma mesmo que as ARI funcionam como uma “espécie de *longa manus* do Estado no desempenho da actividade da regulação”.

47 Calvão da Silva (2008: 123 e 124), alerta para o facto de a prossecução dos serviços que dantes incumbiam ao Estado implicar, na maioria das vezes, que se forneçam bens ou serviços abaixo do seu custo. Daí que seja importante estabelecer-se uma compensação aos operadores que ficam incumbidos do cumprimento desse tipo de obrigações.

com a introdução destas entidades, a própria “*desgovernamentalização da actividade reguladora*”⁴⁸. Esta é caracterizada pela separação de, por um lado, as funções entre as tarefas de orientação política da economia (que continuam a pertencer ao Governo e ao Parlamento) e, por outro lado, as tarefas de regulação propriamente ditas, que são remetidas para estas autoridades tendencialmente independentes do Governo⁴⁹, tendo como vector principal a garantia de um mercado concorrencial em perfeito funcionamento e não sujeito à lógica dos ciclos eleitorais⁵⁰.

Efectivamente, a garantia de um mercado livre e concorrencial é dificilmente concretizável se uma das partes (no caso, o Estado) acumular as funções de agente que actua no mercado e entidade que detém o poder de estabelecer as regras do próprio mercado, já que assim se poderiam distorcer as regras do jogo, passando as empresas privadas que actuarem no mesmo sector que o Estado a fazê-lo numa posição de desigualdade⁵¹.

3.2. Os seus poderes

Com a criação destas Autoridades Reguladoras, que se caracterizam essencialmente pela sua *independência*⁵², são comumente apontados alguns *objectivos*, que procuraremos sintetizar.

48 Expressão de Moreira & Maças, 2003: 10.

49 Poderemos apontar alguns exemplos de ARI: Banco de Portugal (BP), Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM); Autoridade da Concorrência (AdC); Instituto de Seguros de Portugal (ISP); Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM); Entidade Reguladora das Águas e Resíduos (ERSAR); Instituto da Mobilidade dos Transportes Terrestres (IMTT); Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC); Instituto da Construção e do Imobiliário (InCI); Entidade Reguladora da Saúde (ERS); Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).

50 Cfr. Maças, 2006: 23 [n.9]. A Autora realça que a lógica da regulação deve ser separada, tanto quanto possível, da lógica dos ciclos eleitorais. Para isso, socorre-se do exemplo, bastante elucidativo a este respeito, dos Governos terem (ao longo da história) sacrificado com frequência a estabilidade da moeda por motivos de política económica geral. Daí que tais matérias devem retirar-se de orientação e influência governamentais, passando a estar a cargo de autoridades independentes.

51 Neste sentido, Moreira & Maças, 2003: 11.

52 Com algumas incertezas, Cardoso (2002: 390 e ss.) enfatiza o facto da independência destas autoridades ser sempre relativa. Isto porque deverão ser tidos em consideração alguns limites, tanto intrínsecos como extrínsecos. Relativamente aos primeiros, é necessário tomar em consideração que existe a limitação decorrente do mecanismo de designação dos respectivos titulares, na medida em que a competência para proceder à designação dos mesmos é sempre reservada a outros órgãos do poder político. Quanto aos limites extrínsecos, este Autor adianta alguns exemplos. Destes poderemos destacar “a sujeição a um limite de ordem genérica, que consiste na vinculação ao princípio constitucional da juridicidade da actividade da Administração Pública, do qual se extrai que serão aplicáveis todas as consequências decorrentes desse dever, nomeadamente a garantia da apreciação jurisdicional das decisões que proferem”. Outro

Em primeiro lugar, a garantia de uma efectiva separação entre operadores e reguladores, sendo possível a distinção entre a actividade de regulação da participação pública nas próprias actividades reguladas.

Em segundo lugar, a criação de condições de acesso livre e de concorrência em mercados que sejam aptos a originar situações de monopólio natural.

Por último, a criação de organismos especializados e com conhecimentos técnicos sobre cada um dos mercados objecto de regulação⁵³.

Efectivamente, compete às ARI a regulação de dadas actividades de cariz económico, movendo-se no diagrama em que o Estado se cruza com a Economia⁵⁴, tendo um papel crucial no funcionamento dos sectores da economia que estão na “mão” dos privados⁵⁵.

Contudo, para que tais objectivos fossem alcançáveis, tornou-se necessário dotar as ARI de elevados *poderes*⁵⁶. São geralmente apontados, como necessários à prossecução da sua tarefa, três poderes essenciais⁵⁷: o *poder normativo ou regulamentar* (3.2.1.), o *poder de supervisão* (3.2.2.) e o *poder parajudicial* (3.2.3.), o qual ainda se divide no poder de fiscalizar o cumprimento das normas e de reprimir a sua violação (I) e, em algumas situações ainda, no poder de resolução de litígios (II).

limite será o decorrente da ausência de autonomia financeira de tais autoridades, sendo as suas despesas suportadas pela dotação inscrita no Orçamento do Estado a favor da Assembleia da República. Por fim, o dever imposto à Entidade Reguladora do Sector Eléctrico e ao Banco de Portugal de submeterem os respectivos relatório, balanço e contas anuais à aprovação dos respectivos Ministros da Tutela. Em sentido idêntico, *vide* Custos, (2006: 632 e 633), onde o Autor evidencia que a independência das ARI não é total, já que estas se encontram na dependência dos órgãos do poder político e as suas decisões podem ser alvo de revisão judicial. Este Autor também relembra o facto das autoridades reguladoras poderem ser influenciadas pelas próprias empresas reguladas. Contudo, faremos os necessários desenvolvimentos sobre este problema no texto do nosso artigo.

Veja-se, ainda, os argumentos que nos são dados por Mwenda, a favor e contra esta independência: Mwenda, 2006: 31 e 32. O Autor pronuncia-se a favor de uma maior independência destas autoridades em países que apresentem um mercado e instrumentos financeiros desenvolvidos, notando no entanto que as autoridades independentes poderão ser influenciadas pelas empresas mais poderosas. Sobre este problema da captura, iremos tecer algumas considerações no ponto 3.2.4. do presente artigo.

53 Cfr. Figueiredo, 2006: 65.

54 Cardoso (2002: 396), enfatiza que as autoridades reguladoras são “inequivocamente públicas”, já que são criadas pelos órgãos de soberania para prosseguirem os fins a que o Estado está constitucionalmente incumbido.

55 Sobre a influência das autoridades reguladoras na gestão e funcionamento das empresas privadas, *vide* Meroño Vélez (2002: 777 e ss.)

56 Malinconico (1998: 1219 e 1220): “These powers must relate both to fact-finding and decision-taking”.

57 Cfr. Moreira & Maçãs, 2003: 14 e ss.

3.2.1. O poder normativo ou regulamentar

Através do *poder normativo ou regulamentar*⁵⁸ são editadas regras ou normas técnicas para os sectores regulados, tendo os regulamentos, que forem emanados por ARI, que obedecer a determinados requisitos, tais como o respeito pela Constituição (*maxime*, o princípio constitucional da reserva de lei, pela legalidade estatal e pela legalidade comunitária⁵⁹). Alguns autores defendem que os poderes de regulamentação destas autoridades devem ter carácter secundário relativamente aos poderes regulamentares do Governo, já que, enquanto que este último responde directamente perante o poder Legislativo, o mesmo não acontece com aquelas, que vivem “inteiramente à margem da Assembleia da República e de qualquer controlo parlamentar”, assistindo-se a uma “quase total separação entre as autoridades reguladoras (independentes ou não) e o parlamento”⁶⁰.

Problema distinto, ainda no âmbito do *poder normativo ou regulamentar*, consiste em aferir a legitimidade das ARI para emitirem regulamentos independentes, os quais contêm um Direito *inicial ou primário*. Os poderes regulamentares que lhes são conferidos pelos seus estatutos, de forma a que se obtenham respostas rápidas aos problemas ocasionados nos sectores por elas regulados, permitem-lhes emitir, para além dos regulamentos de execução e complementares, regulamentos independentes, no exercício do seu poder discricionário, já que o sentido de tais regulamentos não é determinado por uma qualquer lei habilitante mas sim pela própria ARI, no âmbito das suas atribuições específicas. Com efeito, as ARI dispõem de uma enorme margem de liberdade para emanar normas que contêm um verdadeiro direito inicial, que será uma das principais fontes de direito do respectivo sector⁶¹. Contudo, alguma doutrina⁶² realça a ausência de legitimidade das ARI para emitirem tais regulamentos, mesmo na falta de critérios legais substantivos, acrescentando

58 Maças (2006: 38) afirma que o poder regulamentar geral das ARI é “fruto da especial qualificação e *autoritas* derivada da legitimação técnica que se arrogam, ao abrigo do qual ficam autorizadas a elaborar regulamentos no âmbito das suas atribuições”.

59 A propósito da possível colisão com a função legislativa, embora a respeito das AAI: Costa e Silva, 2006: 555 e 556.

60 Moreira & Marques, 2003:196. Estes autores defendem a extrema importância de algum acompanhamento parlamentar sobre a actuação das ARI, permitindo restabelecer algum escrutínio democrático, ao qual todo o poder público deve estar sujeito.

61 Cfr. Maças, 2006: 38.

62 Nomeadamente Maças, 2006: 38 e ss. e Calvão da Silva, 2003: 161 e 162.

ainda o facto de tais regulamentos atingirem uma elevada tecnicidade, tornando muito difícil o seu controlo judicial.

No entanto, cremos que, em termos práticos, esta situação se depara com menores problemas, já que na feitura de tais regulamentos se obedece a uma ampla participação dos interessados⁶³ (veja-se, como exemplo, o que dispõe o artigo 212.º do Código dos Valores Mobiliários).

3.2.2. O poder de supervisão

Complementarmente, o *poder de supervisão* garante a efectiva aplicação das normas regulamentares criadas pela ARI⁶⁴. As decisões tomadas no âmbito deste poder são individuais e concretas, traduzindo-se em poderes de autorização, aprovação e registo, para além de prerrogativas de inspecção e investigação de elementos relevantes no que toca ao controlo dos agentes económicos.

Este poder assume uma elevada importância, já que é através dele que se previnem os riscos de funcionamento dos sistemas e se asseguram os níveis de eficiência económica, garantindo a regularidade comportamental e a idoneidade dos agentes económicos. Este poder funciona numa lógica de *prevenção*, sendo visto como uma alternativa ao *poder sancionatório* e de *resolução de litígios*, que analisaremos de seguida⁶⁵.

Problema essencial deste *poder de supervisão* ocorre quando as ARI, no seu exercício, violam direitos e interesses legalmente protegidos das sociedades supervisionadas, o que fará desencadear a responsabilidade civil daquelas, sendo a *ilicitude* e a *culpa* (chamada “*culpa funcional*” ou “*de serviço*”, por abranger tanto as *acções* ou *omissões* anónimas como as colectivas) pressupostos indispensáveis de tal responsabilização⁶⁶.

63 Alertando para a necessidade desta participação, de forma a assegurar em certa medida a sua legitimação democrática, Antoniou (2007: 256 e ss).

64 Salvador Martinez (2002b: 724 e ss.) considera que a tarefa primordial das autoridades reguladoras é de supervisionar os sectores da economia, entendendo que a tarefa de supervisão é a mais relevante no âmbito dos poderes destas autoridades. As autoridades reguladoras normalmente exercem as suas competências de supervisão por iniciativa própria, embora também possam actuar a partir de queixas ou reclamações que lhes sejam feitas.

65 Cfr. Costa Pinto, 2000: 90 e ss. O Autor enfatiza que este poder de *supervisão* cumpre uma “verdadeira função político-legislativa ao evitar que a primeira resposta do sistema jurídico em relação às irregularidades que surgem no mercado seja de natureza penal ou para-penal”. Assim se poderá contribuir para uma desconcentração judicial, deixando os tribunais de ser “uma resposta para tudo”.

66 Faremos os necessários desenvolvimentos acerca desta temática no decorrer deste artigo.

3.2.3. O poder parajudicial

Por fim, o *poder parajudicial* concretiza-se na fiscalização do cumprimento das normas e repressão da sua violação (I), tendo ainda, em alguns casos, poder de resolução de certos litígios (II).

I. Este poder está relacionado com o incumprimento, por parte dos supervisionados, das normas reguladoras do sector em que estão inseridos, e ainda, com a função principal destas autoridades de prevenir, conciliar, ou arbitrar os conflitos que surjam no sector regulado. É indispensável, então, dotar as ARI de poderes que lhes permitam fazer cumprir tais normas⁶⁷, ou seja, é necessário dotá-las de poder efectivo para punir os infractores⁶⁸. Isto significa que estes poderes são entendidos como um “prolongamento natural das prerrogativas de supervisão e fiscalização”⁶⁹.

Efectivamente, o poder parajudicial tem carácter sancionatório, uma vez que permite às ARI optar pela aplicação de dois tipos de sanções.

Por um lado, as sanções de carácter *punitivo*, que por norma revestem um carácter pecuniário e podem ainda ser acompanhadas por sanções acessórias (*v.g.* o encerramento dos estabelecimentos).

Por outro lado, as sanções de carácter *persuasivo*, as quais são, por sua vez, utilizadas como forma de prevenir a prática (ou a repetição) de infracções ao quadro regulatório. Este poder também poderá gerar alguns problemas, já que estão em causa sérias restrições de direitos, a possível eliminação de agentes do mercado e até a insolvência de pessoas colectivas ou singulares, que tenham de ser, *v.g.*, obrigadas a cessar a sua actividade profissional⁷⁰.

67 Sublinhando o facto de ser mais importante prevenir as infracções do que punir os regulados, Maças (2006: 30)

68 Roque, 2004: 27.

69 Cfr. Calvão da Silva, 2008: 173.

70 Neste sentido, Veiga (2009: 147), refere que deve ser clara a distinção entre a actividade de supervisão e de sancionamento, já que a primeira apenas deve privilegiar uma lógica de prevenção e de oportunidade para os agentes corrigirem os seus comportamentos e a segunda já contende com sérios direitos fundamentais. No mesmo estudo (pp. 165 e 166), este Autor defende a criação de uma lei-quadro das autoridades reguladoras, a qual garanta a ARI ou da entidade competente para aplicar as sanções. Este Autor, embora aplauda o projecto de lei-quadro de Moreira & Maças (2003: 257 e ss.), considera que o mesmo era pouco ambicioso, já que nada adianta em matéria de processo das contra-ordenações e incorre no erro de instituir genericamente as ARI em acusadoras e juízes, com a agravante de isso constituir um retrocesso nos sectores em que as ARI eram investigadoras e acusadoras, mas não juízes.

É interessante notar que a actividade sancionatória decorre com submissão ao regime jurídico do ilícito de mera ordenação social; isto pode suscitar graves problemas, já que aqui este ilícito não se limita à sanção de infracções puramente bagatelares⁷¹. Com efeito, o ilícito de mera ordenação social só tem sentido para pequenas infracções, as quais sejam facilmente investigadas e tenham implicações sociais limitadas e penas ligeiras⁷². No entanto, as coimas máximas aplicáveis pelas autoridades independentes não se assemelham em nada a pequenas infracções⁷³. Para mais, poderão existir ainda sanções acessórias (*v.g.*, o artigo 404.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários⁷⁴).

71 Fazendo referência a este problema, Leitão, 2009a: 272 [n.742].

72 Elucidativos a este respeito: Veloso, 2005: 57 e 58 e Costa e Silva, 2006: 557.

73 Veiga (2009: 140) menciona o facto dos cidadãos que reclamam pelos direitos e garantias de defesa próprios do Direito Penal e do Direito Processual Penal o fazerem com razão, já que as sanções aplicáveis são muito restritivas de direitos fundamentais, as quais podem atingir vários milhões de euros ou até sanções acessórias muito graves, como a proibição do exercício de determinada profissão por vários anos. Deste modo, defende que, ou se escolhe o caminho do consenso e da eficácia, sem a aplicação de sanções gravemente restritivas de direitos fundamentais, ou se opta pelo caminho da aplicação dessas sanções, mas no quadro de um processo garantístico. Em sentido semelhante, Monte (2009: 264) também refere, no âmbito do poder sancionatório, que o recurso ao Direito de mera ordenação social deveria ser limitado ao mínimo indispensável (ou até excluído), já que a mesma entidade não deve ter a função de auxiliar e de punir; e Bolina (2009: 756) nota a interessante dualidade: por um lado, as coimas são cada vez mais elevadas e, por outro, reclama-se a necessidade de “opções processuais menos formalizadas e mais expeditas”, concluindo que o regime do ilícito de mera ordenação social não é adequado para regular o processamento de contra-ordenações de áreas fortemente reguladas e especializadas, onde se esteja perante montantes de coimas elevados e complexidade técnica das matérias reguladas.

Pensamos que estes autores têm razão, bastando pensar nas recentes coimas aplicadas pela AdC à Portugal Telecom (PT), de 38 milhões de euros (em Agosto de 2007) e de 45 milhões de euros (por abuso de posição dominante, em Setembro de 2009). A primeira delas já foi, no entanto, anulada por decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa, a 2 de Março de 2010. A propósito da eventual responsabilização civil destas autoridades por difusão de factos infundados ou propagação de inverdades, teceremos as respectivas considerações no decorrer do nosso artigo.

É de notar, no entanto, que embora seja necessário este controlo jurisdicional, tal poderá levar ao descrédito das próprias ARI, já que todas as suas decisões poderão ser postas em causa pelo Tribunal de Comércio, esvaziando as funções de controlo e de supervisão exercidas pelas ARI. Outro exemplo que poderá descredibilizar as ARI é o contido no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. Este regula o recurso extraordinário, mediante o qual “(...) o membro do Governo responsável pela área de economia pode, mediante decisão fundamentada, autorizar uma operação de concentração proibida por decisão da Autoridade (...)”. No entanto, também se percebe que a sua decisão deva prevalecer sobre a da Autoridade, já que lhe caberá a ponderação final dos interesses públicos em presença. Contudo, tal mecanismo deve ser usado com a devida precaução e apenas quando razões *imperiosas* de interesse público o ditarem, sob pena de se esvaziar as competências da ARI.

74 Este preceito estabelece que podem ser cumuladas com as coimas várias sanções acessórias, sendo especialmente gravosa a sua alínea b), a qual estabelece que: “[Poderá ser aplicada cumulativamente] uma interdição temporária do exercício pelo infractor da profissão ou da actividade a que a contra-ordenação respeita”.

Assim se compreende que a prática do exercício da função judicial por órgãos não judiciais é estranha ao nosso ordenamento jurídico e pode levantar sérias dúvidas de admissibilidade⁷⁵.

Também será legítimo questionarmo-nos a propósito de saber se a aplicação de determinadas coimas, as quais resultam (normalmente) em elevados montantes, não poderá prosseguir outros objectivos, que não apenas o de *retribuição*, *prevenção* e *regulação*. A dúvida gera-se porque, regra geral, uma parcela do valor cobrado destina-se à própria autoridade reguladora que aplica a coima⁷⁶.

Apesar de todas estas dúvidas, parece-nos inegável que o Estado lida com a emergência de novas formas de exercício da administração, as quais devem ser legitimadas através da demonstração de que estas novas formas prosseguem da melhor maneira possível o interesse comum⁷⁷.

II. Quanto ao *poder de resolução de litígios* por parte destas autoridades, deve ser feita a distinção⁷⁸ entre dois tipos de casos: no primeiro, as ARI intervêm na resolução de um determinado litígio como uma terceira entidade imparcial, regendo-se pelo direito privado e com possibilidade de recurso para os tribunais judiciais (aí adquirindo força de caso julgado), sendo essa sua intervenção resultado de um acordo prévio entre as partes e não prosseguindo um interesse público específico, mas antes a resolução de uma “questão de direito” segundo as leis da arbitragem⁷⁹. Já no segundo caso, as ARI são parte no processo, regendo a sua actuação pela defesa do interesse público que estará subjacente ao correcto funcionamento daquele sector de mercado. Neste último caso a sua decisão é denominada de *acto administrativo de resolução de litígios*, sendo recorrível para os tribunais administrativos, motivo pelo qual se considera que tal está ainda inserido na actividade administrativa.

Alguma doutrina questiona o facto de saber se a resolução de litígios por parte destas autoridades não porá em causa o princípio da tutela jurisdicional

75 A este propósito, Costa e Silva refere que tal prática não deve ser aceite de ânimo leve, já que “(...) estes novos decisores não estão abrangidos no estatuto dos magistrados” – Cfr. Costa e Silva, 2006: 559.

76 Não pretendemos desenvolver este ponto, uma vez que tal extravasaria o âmbito do presente artigo.

77 Cfr. Antoniou, 2007: 259.

78 Cfr. Maçãs, 2006: 44 e 45.

79 É aqui que estamos perante a função arbitral em sentido estrito.

efectiva, já que se constitui aqui um obstáculo à via jurisdicional⁸⁰. Efectivamente, deve ser equacionado se os tribunais e os juízes detêm em exclusivo o exercício de funções jurisdicionais ou se a resolução dos litígios pode ser feita por outras autoridades que não as pertencentes ao poder jurisdicional. Maçãs e Calvão da Silva no sentido da inexistência de um monopólio jurisdicional, apontando como principais argumentos a necessidade de celeridade na resolução de litígios em determinados sectores, bem como a maior especialização e proximidade das autoridades reguladoras que justificam a intervenção da Administração⁸¹. Adicionalmente, a reserva jurisdicional encontra-se assegurada desde que exista uma garantia de recurso para os tribunais, sendo-lhes concedida a última palavra⁸². Contudo, os referidos autores alertam para o facto de nem só os sectores regulados pelas ARI necessitarem de celeridade na resolução de litígios, abrindo portas a uma discussão de saber se, neste tipo de casos, não seria suficiente o mecanismo das medidas cautelares como técnica adequada a superar a lentidão dos tribunais, medida essa que bastaria para se evitarem factos já consumados.

3.2.4. O problema da captura

Acreditamos que, ainda em sede do uso dos poderes de que dispõem as ARI, será necessário fazer uma referência ao problema da potencial *captura* das entidades reguladoras pelas empresas reguladas. Efectivamente, será sempre necessário que as Autoridades Reguladoras se rejam por critérios de *imparcialidade e independência* (e prossecução do interesse público) em relação às empresas do sector que regulam. No entanto, a captura regulativa existe, traduzindo-se na situação em que os interesses privados que deveriam ser regulados acabam por ser os principais beneficiados com a regulação, encobrendo-se formas de *auto-regulação* do mercado. Haverá aqui a chamada “*captura do regulador pelos regulados*”⁸³. Poderemos assistir a cenários destes em múltiplas

80 Para tal deve lembrar-se o disposto no artigo 202.º, n.º 1, da CRP: “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.”

81 Cfr. Maçãs, 2006: 47 e 48 e Calvão da Silva, 2008: 176.

82 Cfr. Calvão da Silva, 2008: 176.

83 Neste sentido, Monte (2009: 243) alerta que por um lado existe, em alguns casos, uma certa relação com a tutela governamental e, por outro, “há o risco de os reguladores sectoriais poderem ficar sujeitos a tentativas de captura pelas empresas reguladas. Pretende-se que seja imparcial, mas na medida em que é árbitro, ao regular a aplicação de preços, e julgador, ao aplicar coimas, pode não ser sempre imparcial.” No mesmo sentido: Mwenda, 2006: 33.

situações da administração: veja-se, por exemplo, o caso das administrações públicas e dos políticos, que têm a seu cargo a aplicação e o desenvolvimento de uma dada intervenção regulativa, agirem favorecendo os interesses privados que deveriam regular e, nesse caso, serem eles os capturados⁸⁴.

Assim, se for demonstrado que as suas competências foram exercidas em benefício de um fim de interesse privado (e não de interesse público), fará com que se esteja perante uma actuação em “desvio de poder”, podendo ser accionados os mecanismos de reacção ao “acto administrativo ilegal”⁸⁵.

3.3. A necessária colaboração entre Autoridades Reguladoras Independentes

Será de referir, ainda no âmbito da análise às Autoridades Reguladoras Independentes, que estas, para lograrem os seus objectivos, deverão articular-se e cooperar entre si, de forma a evitarem conflitos de competência. Efectivamente, tem-se verificado que, se por um lado se assiste a uma multiplicação de entes reguladores, por outro se verifica um fenómeno de esbatimento das fronteiras entre os diversos sectores regulados⁸⁶. Daí que seja imperioso reforçar a cooperação entre as autoridades reguladoras a todos os níveis⁸⁷.

Quando ocorrerem casos de conflitos de competência, estes deverão ser ultrapassados mediante uma colaboração recíproca, justificando o seu objectivo comum de se assegurar um funcionamento íntegro e transparente dos mercados livres e concorrenciais⁸⁸.

Na nossa ordem jurídica, a Lei n.º 18/2003⁸⁹, de 11 de Junho, regula precisamente essa relação, impondo a troca de informação, pareceres e diálogo

84 Note-se, no entanto, que o conhecimento que a administração pública tem do mercado é sempre limitado, dependendo em larga escala das informações que cada empresa lhes presta.

85 Cfr. Costa e Silva, 2006: 552 e 553.

86 Wymeersch (2005: 995) realça que existe uma proliferação exagerada de autoridades reguladoras e que, por vezes, a sua cooperação não é conseguida, já que se verifica alguma competição entre elas, não permitindo celebrar acordos de cooperação.

87 Reforçando a necessidade de uma clara repartição de competências entre os reguladores sectoriais, e essencialmente, entre estes e a autoridade transversal (AdC), sublinhando a necessidade de um aprofundamento do diálogo e cooperação: Calvão da Silva, 2008: 150. Contudo, veja-se que tal nem sempre é tarefa fácil, já que todos prosseguem a mesma finalidade política.

88 Calvão da Silva, 2008: 152.

89 Veja-se, nomeadamente, os artigos 29.º e 39.º da Lei n.º 18/2003, nos quais se refere que as ARI têm deveres de colaboração, quer em matérias de processos relativos às práticas proibidas, quer em matéria de procedimento de controlo das operações de concentração das empresas, que se traduzem na comunicação de determinadas informações retidas, exigida para que se verifique o cumprimento daquele dever, à AdC, que detém o correspondente direito à informação.

entre as ARI sectoriais e a Autoridade da Concorrência (AdC), a qual se apresenta, no nosso Direito, como uma autoridade transversal com a missão da defesa da concorrência em todos os sectores liberalizados⁹⁰.

No entanto, um problema distinto é o da articulação entre este dever de colaboração e o *dever de sigilo* a que cada ARI está obrigada perante as sociedades por ela reguladas, o qual as impede de transmitir informações que possam levar à frustração do segredo da actividade económica empresarial ou da confiança na relação regulador – regulados. Embora não nos alongando sobre este assunto, corroboramos a ideia de que o dever de colaboração terá sempre como limite o dever de sigilo⁹¹.

II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

4. O regime jurídico português

4.1. Considerações genéricas

Uma vez feita a exposição dos motivos que levaram ao aparecimento das Autoridades Reguladoras Independentes, a sua caracterização e o estudo dos amplos poderes que lhes são conferidos, cremos já ser possível proceder ao estudo da sua responsabilidade civil.

Conforme procurámos demonstrar anteriormente, com o fenómeno da *regulação*, o Estado passou a assumir uma nova função, resultado de uma economia cada vez mais privatizada e dependente da livre iniciativa económica dos privados. Com efeito, assistiu-se a uma mudança de paradigma, tendo passado a ser notória a posição de *garante* para que o Estado foi tendencialmente remetido, assumindo a tarefa de manutenção das condições necessárias para um funcionamento eficaz do mercado e a manutenção do seu nível concorrencial.

Por sua vez, as ARI, ao desempenharem as tarefas que incumbiam ao Estado, integraram-se totalmente no âmbito da função administrativa, sendo pessoas colectivas de Direito Público.

90 Calvão da Silva, 2008: 149.

91 Cfr. Calvão da Silva (2008: 156), fazendo referência ao artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, que criou a Entidade Reguladora da Saúde.

O Direito Português estabelece a responsabilidade civil das autoridades reguladoras em alguns preceitos legais⁹², nos quais se faz sempre uma referência remissiva para a CRP e para a lei geral da responsabilidade administrativa⁹³. Deste modo se compreende que, para estudarmos o regime da responsabilidade civil das ARI, será necessário passar em revista o regime legal que estabelece a responsabilidade civil do Estado.

Neste âmbito, é necessário ter sempre presente que a responsabilidade civil das ARI é objectiva por facto de outrem, visando compensar alguém de um prejuízo sofrido em consequência da sua actividade e não de prevenir a prática ulterior de um ilícito⁹⁴. Deste modo, essencial na atribuição da indemnização é o seu carácter *reparatório*⁹⁵, devendo realçar-se o *prejuízo* sofrido na esfera do particular e o *nexo de causalidade* que deve existir entre o dano e a actuação estadual⁹⁶.

A responsabilidade pelos danos causados será sempre da própria pessoa colectiva pública, ou seja, a autoridade reguladora responsável pela prática do acto⁹⁷. Conforme nota Costa e Silva, é de causar alguma estranheza o facto de o Estado conseguir desonerar-se patrimonialmente, mediante a transmis-

92 Poderemos coligir o exemplo do artigo 35.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10/2003, relativo à AdC, o qual dispõe que: “Os titulares dos órgãos da Autoridade, bem como o seu pessoal, respondem financeira, civil e criminalmente pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar a que houver lugar” e o artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, relativo ao ICP-ANACOM, o qual estabelece que: “Os titulares dos órgãos do ICP-ANACOM e os seus trabalhadores e agentes 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”.

93 Contudo, na maioria dos casos, os litígios que envolvem as ARI são na totalidade remetidos para a jurisdição comum, embora de competência especializada: veja-se o caso do que se passa com a AdC, cujos litígios são resolvidos pelo Tribunal de Comércio de Lisboa (*maxime, vide* artigos 50.º e 54.º da Lei n.º 18/2003). Tecendo fortes críticas a esta atribuição, *vide* Maças (2006: 33 e 34) e Ferrão (2007: 631 e 632).

94 Cfr. Garcia, 2004: 205. Adoptando esta posição, *vide* igualmente, Albuquerque & Pereira (2005: 213).

95 Para maiores desenvolvimentos sobre os motivos e finalidades, em geral, do dever de indemnizar, *vide* Larenz (1987: 421 e ss. – § 27.º). O Autor alerta que a questão mais problemática será a de aferir quais os factores que limitam este dever de indemnização, devendo recorrer-se a uma interpretação sistemática dos preceitos que o estabelecem, devendo a jurisprudência clarificar o sentido das disposições que estabelecem a indemnizabilidade de um dano e estabelecer critérios claros que permitam extrair os limites deste dever. Essencial será sempre o lesado ser compensado pelo prejuízo sofrido, devendo ser “colocado” na posição em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Para maiores desenvolvimentos sobre esta ideia de compensação: Larenz, 1987: 424 e 425.

96 Garcia, 2004: 206.

97 Prata Roque (2009: 409) menciona que, pelo facto das autoridades gozarem de plena autonomia jurídica, administrativa e financeira, faz com que só o seu próprio património possa responder pelos danos causados a terceiros.

são de atribuições que antes lhe pertenciam (por vezes, em exclusivo) para este tipo de autoridades reguladoras⁹⁸.

De facto, essa atribuição de funções a autoridades independentes poderá consistir numa forma do Estado deixar de ser responsabilizado por erros ou falhas na prestação de tais serviços, passando tal responsabilidade a pertencer às autoridades independentes⁹⁹.

No entanto, recai sobre o Estado um dever de garantia da solvabilidade da pessoa colectiva pública, designadamente através das transferências anuais previstas na Lei do Orçamento, as quais constituem receita dessa entidade administrativa independente e traduzem a “parcela de contribuição da comunidade para a prossecução das atribuições de manifesto e relevante interesse público”¹⁰⁰.

4.2. O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967

O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, estabeleceu a responsabilidade por danos causados no exercício da função pública e manteve-se em vigor durante cerca de 40 anos, até ser revogado pela Lei n.º 67/2007.

Quando este codificou as regras e os princípios relativos ao instituto da responsabilidade civil da Administração, o nosso ordenamento jurídico era típico de um “*Estado-de-legalidade*” e não de um “*Estado Constitucional*”¹⁰¹.

Tendo surgido para colmatar a lacuna no direito positivo que ocorreu com a publicação do Código Civil de 1966, o qual regulou a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas por actos ilícitos praticados no exercício de actividades de *gestão privada*¹⁰², este diploma consagrou, no seu artigo 1.º, o regime geral da “*responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio de actos de gestão pública*”.

O diploma veio regular, em 1967, no âmbito dos actos de gestão pública, não apenas a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas

98 Cfr. Costa e Silva, 2006: 562 e ss., chegando a Autora mesmo a sugerir uma possível aplicação do regime da responsabilidade do comitente pelos actos do comissário.

99 Antoniou, 2007: 287.

100 Prata Roque, 2009: 409 (a propósito do artigo 50.º, n.º 1, alínea a), dos Estatutos da ERC).

101 Expressões de Correia (1998: 450), notando que nessa altura o princípio básico que estruturava o sistema de fontes de direito era o da supremacia de lei ordinária e não o da supremacia da Constituição.

102 Cfr. Mesquita, 2004: 65.

em virtude de *actos ilícitos culposos*, mas também a chamada *responsabilidade administrativa*: responsabilidade por *factos causais* e responsabilidade por *actos ilícitos*¹⁰³.

De forma esquemática, no âmbito do diploma, eram tratadas três modalidades de responsabilidade da Administração: a responsabilidade por factos ilícitos e culposos, a responsabilidade por actos lícitos e a responsabilidade pelo risco¹⁰⁴. Cremos dever centrar a nossa atenção na primeira delas, relembrando-nos que esta é sempre *objectiva*, por *facto de outrem*¹⁰⁵.

A responsabilidade por factos ilícitos e culposos dependia de quatro pressupostos essenciais: o facto ilícito; a culpa; o prejuízo e o nexo de causalidade.

Conforme podemos extrair do seu artigo 2.º, a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas pressupõe a culpa dos titulares dos órgãos ou agentes, autores materiais do acto ilícito causador de danos, culpa essa apreciada nos termos do artigo 487.º do CC (*ex vi* artigo 4.º do diploma em análise)¹⁰⁶.

Será de referir ainda que os artigos 8.º e 9.º deste diploma sugeriam que o prejuízo sofrido pelo particular, para adquirir relevância ressarcitória, teria de configurar-se como um *prejuízo especial e anormal*¹⁰⁷.

Este diploma é então uma primeira abordagem ao tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado e merece aqui referência pelos seus 40 anos de vigência.

4.3. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007, actualmente em vigor, estabelece o regime da responsabilidade por danos resultantes da função

103 Mesquita, 2004: 66.

104 Cortez, 2000: 21.

105 Enfatizando sempre esta classificação, entendendo que a mesma não se encontra bem explicitada na doutrina, *vide* Albuquerque & Pereira (2005: 212 – com especial ênfase na n.13).

106 Cortez, 2000: 34.

107 Desenvolvendo estes pressupostos, Garcia (2004: 208 e 209) conclui que, para que seja especial, tem de provar-se “que um cidadão ou grupo de cidadãos tenha sido, através de um encargo público, colocado em situação desigual em relação à generalidade das pessoas”. Já quanto ao critério da anormalidade: “É ainda necessário que o prejuízo, pela sua gravidade, pela sua importância, pelo seu peso, ultrapasse o carácter de um ónus natural decorrente da vida em sociedade, mesmo no âmbito de um Estado intervencionista como é o Estado moderno”.

administrativa^{108/109}, tendo revogado o Decreto-Lei n.º 48051, por nós analisado anteriormente.

Neste regime contempla-se qualquer forma de actividade administrativa, da qual resulte o exercício de poderes de autoridade ou a sujeição a princípios e normas de Direito Administrativo, cuja *actuação* ou *omissão* seja lesiva do interesse dos particulares¹¹⁰.

Contrariamente ao anterior regime, esta Lei tem o mérito de não procurar a protecção do Estado e demais entidades públicas, nem dos seus órgãos, agentes ou representantes, obtendo a sua efectiva responsabilização¹¹¹.

Por um lado, procurou-se um alargamento da responsabilidade directa do Estado, responsabilizando-o não apenas quando ocorram *acções* ou *omissões* ilícitas cometidas com *culpa leve* (artigo 7.º, n.º 1), mas também quando os danos ocorram devido a um *funcionamento anormal do serviço*^{112/113} (o qual é também considerado ilícito, segundo o preceito que define o conceito de ilicitude – artigo 9.º), mesmo que para tal não tenha havido um comportamento concreto de um titular de um órgão, funcionário ou agente (artigo 7.º, n.º 3): esta é a denominada *culpa funcional* ou *culpa de serviço*¹¹⁴.

Assim se percebe que o legislador cobriu todas as hipóteses de responsabilização das entidades que exercem a função administrativa, desde a “falta leve à falta dolosa”¹¹⁵.

108 Esta Lei foi de difícil aprovação, já que se temiam as consequências que o alargamento da responsabilização do Estado poderia causar. Com efeito, esta Lei foi objecto de um veto político por parte do Presidente da República, obrigando a confirmação pela Assembleia da República, conforme o artigo 136.º, n.º 2 da CRP.

109 Neste contexto, veja-se o estudo efectuado por Sousa & Matos (2008: 11 e ss). e a anotação a esta lei de Cadilha (2008: 23 e ss).

110 Gomes, 2008: 31.

111 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 5.

112 Miranda & Medeiros (2005: 216) já constatavam que tal era o sentido decorrente do artigo 22.º da CRP, recorrendo a um argumento de ordem teleológica para apurar que as faltas anónimas e as faltas colectivas, decorrentes, *vg.*, de vícios de organização, estavam a coberto deste preceito constitucional. Faremos os necessários desenvolvimentos sobre este preceito no ponto 4.4.

113 Gomes (2008: 33) critica esta opção do legislador, afirmando que o mau funcionamento dos serviços apenas deve relevar em termos de responsabilidade civil quando o mesmo for causa adequada de um dano individualizado, não bastando “um incómodo para a colectividade em geral”. Contudo, isto é o que já nos parece ser de extrair do disposto nos artigos 9.º, n.º 2 e 7.º, n.º 3. Daí que não subscrevamos a crítica aqui feita por esta Autora.

114 Neste sentido, Calvão da Silva, 2008: 169.

115 Cfr. Gomes, 2008: 32.

Já relativamente à culpa, o artigo 10.º, n.º 2 estabelece que: “Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”. Assim concluímos, desde já, que não é necessária a demonstração de culpa no caso da prática de actos ilícitos^{116/117}.

Por outro lado, esta Lei consagrou a responsabilidade solidária por facto de outrem, no caso de existir dolo ou negligência grosseira por parte do órgão administrativo, com a consequente obrigatoriedade¹¹⁸ do exercício do direito de regresso. Isto resulta de uma análise conjunta do artigo 8.º, n.ºs 1, 2 e 3¹¹⁹ em conjugação com o artigo 6.º.

Veja-se ainda o disposto no artigo 16.º que estabelece uma indemnização pelo sacrifício sempre que o Estado ou as pessoas colectivas de direito público tenham, por razões de interesse público, imposto encargos ou danos *especiais* ou *anormais*¹²⁰, devendo atender-se (para o cálculo da indemnização a atribuir) ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

116 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 6.

117 Vejam-se as críticas tecidas por Gomes (2008: 35 e 36), a propósito da presunção de culpa leve decorrente da ilicitude, ainda que “sem possibilidade de identificação do culpado”. Embora a Autora reconheça que tal se justifique por uma ideia de proporcionalidade (só faltas com um determinado grau de culpa devem penalizar o funcionário) e por uma ideia de prossecução do interesse público e eficiência administrativa (a responsabilização do funcionário por qualquer falta poderia conduzir à paralisação da actividade administrativa), conclui que, “*de iure condendo*”, se deverá repensar nesta solução. Isto porque “deve ser admitida uma margem de risco de erro inerente à actuação da Administração prestadora, com múltiplas solicitações, crescentemente complexas. Quer devido a falhas humanas, quer em virtude de problemas de implementação de novas tecnologias de atendimento e processamento de pedidos, gera-se um risco de civilização neste contexto que deve ser suportado por todos, salvo em situações de danos anormais”. Quanto a nós, subscrevemos por inteiro esta posição.

118 Esta foi uma excelente novidade desta Lei: efectivamente, alguma doutrina já tinha alertado para a necessidade de consagração desta obrigatoriedade. Isto por duas ordens de razões: em primeiro lugar, a Administração nunca exerceu o direito de regresso previsto no artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei anterior; em segundo lugar, não devem ser os contribuintes os obrigados a suportar os prejuízos decorrentes da negligência grave ou dolo de funcionários da Administração.

119 Onde se pode analisar, segundo o artigo 8.º, n.º 1: “Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que 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”. O artigo 8.º, n.º 2 estabelece que: “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes (...)”. Por fim, o artigo 8.º, n.º 3 enuncia que: “(...) o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis (...)”, referindo o artigo 6.º que: “O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório (...)”.

120 O itálico é nosso.

4.4. O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa

O artigo 22.º da nossa Constituição¹²¹ é resultado do texto da revisão constitucional de 1982, aí se estabelecendo o princípio da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas por factos ilícitos danosos praticados no exercício das funções públicas e por causa desse exercício¹²².

A redacção deste artigo já era a que resultava da versão original da CRP de 1976, embora estivesse consagrada no artigo 21.º. Foi esta Constituição de 1976 que estabeleceu, pela primeira vez, um princípio geral de responsabilidade da Administração Pública¹²³.

Com o actual artigo 22.º é regulado o princípio geral de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, referindo-se genericamente “às acções ou omissões no exercício das suas funções”¹²⁴.

O seu âmbito de aplicação não se circunscreve apenas em actividades de gestão pública, não podendo a Administração esquivar-se às suas responsabilidades através da fuga para o Direito Privado ou da manipulação da natureza jurídica da personalidade colectiva¹²⁵. Este preceito constitucional representa, assim, o principal em matéria de responsabilidade civil extracontratual da Administração¹²⁶.

Com efeito, a inserção desta disposição na primeira parte da Constituição, relativa aos direitos fundamentais, denuncia que o legislador constitucional se preocupou em assegurar uma resposta ao princípio da indemnização como resultado da ocorrência de danos, tanto numa perspectiva organizatória, como

121 Recordamos aqui o disposto neste artigo: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”. Este artigo é socorrido pelo artigo 268.º, n.º 4 da CRP, o qual consagra o direito à tutela jurisdicional efectiva, implicando a natural exigência de responsabilização das pessoas colectivas públicas.

122 Correia (1998: 414), a propósito da análise a este artigo, funda este dever de indemnizar num princípio de justiça comutativa, devendo o Estado cumpri-lo porque deve “repor um *statu quo ante* privado que, com a sua acção, indevida e inadvertidamente se alterou”.

123 Não nos alargaremos neste ponto. Contudo, para superiores desenvolvimentos a respeito da análise às anteriores Constituições, *vide* Cortez (2000: 11 e ss).

124 Miranda & Medeiros (2005: 211), a propósito da anotação a este artigo, aplaudem a manutenção desta consagração genérica, já que não foi consagrada a posição defendida no projecto de 1980 por Francisco Sá Carneiro, a qual sugeria que o preceito constitucional se referisse apenas “às acções ou às omissões praticadas no exercício das funções administrativas”.

125 Neste sentido, Miranda & Medeiros, 2005: 211.

126 Cfr. Mesquita, 2004: 101.

numa perspectiva de instrumento essencial à protecção dos particulares¹²⁷. Assume, desta forma, uma dimensão de *garantia institucional*, constituindo um importante avanço no nosso “património” jurídico¹²⁸.

É de frisar também que a referência expressa à “solidariedade”¹²⁹ da responsabilidade visa, para além de tornar efectivo o direito do lesado à reparação do dano, estimular a diligência dos agentes encarregues da prossecução das tarefas do Estado.

Por último, deve ser realçado o facto do artigo 22.º da CRP apenas consagrar a responsabilidade do Estado por actos administrativos *ilícitos*¹³⁰. Remete-se esta problemática para o ponto seguinte, o qual constituirá o foco principal da nossa atenção nas restantes páginas do nosso artigo.

5. A responsabilidade por acção das Autoridades Reguladoras Independentes
É inegável que a actuação administrativa por parte das ARI é lícita e necessária à defesa de direitos e liberdades fundamentais contrapostos aos interesses dos regulados¹³¹.

Contudo, também é inegável que as autoridades reguladoras poderão vir a exceder os contornos dos poderes que lhes foram confiados, no âmbito do exercício das suas atribuições¹³².

Efectivamente, as ARI são dotadas de amplas prerrogativas de inspecção, de investigação e de sancionamento¹³³, as quais, se não forem exercidas *propor-*

127 Cfr. Miranda & Medeiros, 2005: 212.

128 Correia (1998: 457), considera este artigo “uma verdadeira *garantia de status quo*”, já que proíbe qualquer tipo de retrocesso a este nível.

129 Assim, qualquer norma legal que exclua a responsabilidade solidária perante acções ou omissões ilícitas realizadas por funcionários ou órgãos do Estado, com diligência e zelo manifestamente inferiores aos que estariam obrigados em razão do cargo, sofrerá de inconstitucionalidade. Neste sentido, *vide* Miranda & Medeiros, 2005: 215.

130 Entendemos por acto *ilícito* aquele que é contrário ao direito, fornecendo um pressuposto típico da genese de um dever de indemnizar. Neste sentido *vide*, nomeadamente, Correia, 1998: 423.

131 Prata Roque, 2009: 412.

132 Quem goza de poderes de autoridade poderá usá-los sem ter em consideração que os mesmos têm limites. Veja-se, a título de exemplo, os OPC, que por vezes *abusam* no uso dos seus poderes.

133 Veja-se, nomeadamente, os poderes de tipo policial atribuídos pelo artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11/06, à AdC, e também o que já foi estudado no presente trabalho a propósito dos poderes que são atribuídos a estas autoridades.

cionalmente, poderão atentar contra posições jurídico-subjectivas¹³⁴ dos regulados, implicando deveres de indemnização a cargo das ARI¹³⁵. Contudo, até onde se poderá estender esse direito à indemnização? Embora a actividade de fiscalização ou investigação possa contender com direitos fundamentais de empresas, sócios ou investidores, será que todos estes terão direito à indemnizabilidade dos danos que lhes foram causados?

É então necessário verificar em que casos se poderá proceder a uma *viável* responsabilização *por acção* das autoridades reguladoras¹³⁶.

Veja-se o caso dos poderes sancionatórios¹³⁷ que são atribuídos às ARI, os quais poderão suscitar diversos problemas a propósito da sua responsabilização pela prática de actos administrativos ilícitos¹³⁸, já que poderão ocasionar danos patrimoniais ou morais na esfera jurídica dos sujeitos que são “alvo” das actividades de regulação e de supervisão.

134 Cordeiro, 2005: 155. O Autor fala de atentados contra o bom nome e a reputação das empresas e até mesmo de atentado contra a sua propriedade privada, no sentido do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição.

135 Socorramo-nos de alguns exemplos que são avançados por Albuquerque & Pereira (2005: 215 e 216) para ilustrar o problema. Imagine-se que, o ICP-ANACOM, sem a precedência de quaisquer averiguações relativamente ao fundamento de queixas de utentes de um operador de comunicações licenciado, dá início a uma investigação, tornando pública a abertura do correspondente processo e as queixas vêm, mais tarde, a revelar-se manifestamente infundadas; ou que, a CMVM procede a um inquérito, destinado a averiguar a existência de uma infracção de uma entidade supervisionada e usa, para tal, meios desproporcionados à gravidade da infracção e o grau de probabilidade de ela ter sido efectivamente praticada. Em ambos os casos se causaram danos ao bom nome, clientela e valor das acções da sociedade investigada.

136 Wymeersch (2005: 1000) nota que: “Liability for deficiencies in supervision should be made clear: the supervisor in charge should assume full responsibility, including for the supervised subsidiaries. In case of deficient supervision, the supervisor should be held responsible, and this according to the liability standards applicable in the home State”.

137 Conforme já tivemos oportunidade de desenvolver no presente artigo. Uma autoridade reguladora, ao punir uma certa empresa, poderá fazer com que esta seja afectada, podendo contender, nomeadamente, com o “direito de funcionamento da empresa”, ou “*Recht am Gewerbebetrieb*”. Desenvolvidamente, considerando esse direito um “*Sonstiges Rechts*”, nos termos do § 823.º- I BGB, Larenz & Canaris (1994: 392 e 393).

138 Existe doutrina jus-administrativista que afasta a inclusão da “responsabilidade por acto lícito” no instituto da responsabilidade civil. Aquela corresponde tão só a uma compensação pelo sacrifício dos particulares pela privação ou restrição desproporcionada de um direito fundamental, em prol da prossecução de um interesse público. Neste sentido, entre outros: Prata Roque, 2009: 408.

Albuquerque & Pereira e Cordeiro têm proposto o critério do “alarido social”¹³⁹ para se determinar a ocorrência do “excesso administrativo”¹⁴⁰.

Segundo esse critério, o exercício dos poderes parajurisdicionais (*maxime*, o poder de buscas) deve ser exercido de modo proporcional, com prudência e cautela, evitando “alarido(s) desnecessários” ou “excesso de zelo”, defendendo mesmo que não são justificáveis as buscas que ultrapassem os “limites do razoável, da proporcionalidade ou do necessário”. Contudo, apenas perante circunstâncias concretas se poderá aferir esse excesso, pecando esta posição pela sua subjectividade terminológica.

No nosso ordenamento jurídico, a selecção dos danos que merecem ser ressarcidos resulta, em primeiro lugar, do artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil (CC), norma central em sede de responsabilidade civil¹⁴¹. Este preceito dispõe que: “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”¹⁴².

É necessário analisar o disposto no artigo 484.º do CC, relativamente ao dever de indemnizar por lesão do bom nome das próprias empresas reguladas¹⁴³, isto porque este artigo não vem *estender* a tutela delitual que resulta do artigo 483.º do CC, vem apenas confirmar o que já resulta desta norma central. Assim sendo, basta que para tal se verifique alguém *afirmar ou difundir*

139 Em sentido crítico a este conceito, Prata Roque (2009: 413) defende que este critério não se afigura como eminentemente normativo, “pecando pela sua fluidez terminológica e subjectividade de apreciação”. Para mais, também refere que tal critério demonstra a desconsideração pelo interesse público prosseguido pela entidade encarregue da regulação e supervisão, já que na maioria dos casos apenas a divulgação pública das diligências administrativas permite restabelecer o respeito pela legalidade democrática.

140 Albuquerque & Pereira, 2005: 204 e Cordeiro, 2005: 155.

141 O nosso sistema de responsabilidade civil, de clara inspiração alemã (contraposto, *v.g.*, ao sistema francês da *faute*), exige o preenchimento dos pressupostos diversos da ilicitude e da culpa, desde logo, nos termos e para os efeitos do artigo 483.º, n.º 1 do CC, o qual constitui a pedra-angular de todo este sistema. Para maiores desenvolvimentos, *vide*, por todos, Leitão (2009a: 237 e ss).

142 Sobre a análise do anteprojecto de Vaz Serra a propósito da elaboração deste artigo, e a referência de Direito Comparado aos sistemas jurídicos francês, alemão e italiano, os quais oferecem dois modelos essenciais em sede de responsabilidade civil, *vide* Vasconcelos (2007: 153 e ss.) e mais desenvolvidamente, Leitão (2009a: 239 e ss).

143 Apontando no sentido da sua admissibilidade, *vide*, nomeadamente, Albuquerque & Pereira (2005: 225) e Cordeiro (2005: 155). Sobre este assunto, a propósito da admissibilidade dos danos morais no contexto de pessoas colectivas, *vide*, desenvolvidamente, Dias (2001: 37 e ss.), que considera que “O teor do artigo 484.º do CC – *ofensa do crédito ou do bom nome* – constitui, igualmente, uma achega importante” (p. 40).

*factos susceptíveis de denegrirem a reputação de outrem*¹⁴⁴, para que se accione o dever de indemnizar.

Deste modo, se as autoridades reguladoras não respeitarem os limites que são impostos à sua actuação, poderão ser acusadas de lesar o direito subjectivo ao bom nome relativamente às empresas reguladas. No entanto, é necessário ter em consideração que, em última análise, essa acusação poderá propiciar o esvaziamento do conteúdo da própria actividade reguladora, já que estas poderão ser acusadas sempre que divulgarem qualquer facto que seja susceptível de lesar o direito subjectivo ao bom nome de uma certa empresa alvo da actividade reguladora.

Contudo, o maior problema com que nos deparamos é o de saber como se poderá desvendar uma natureza ilícita do acto causador do dano, já que existe uma expressa autorização legal para a divulgação deste tipo de informações. No entanto, não devemos olvidar que qualquer exercício de uma posição jurídica deverá passar sempre pelo crivo da boa fé, ou seja, pelo juízo da figura do *abuso de direito* consagrado no artigo 334.º do CC¹⁴⁵.

Prata Roque sugere que o exercício dos poderes de investigação constitui sempre o exercício de um direito e, até mais, de um dever cometido pela Constituição (artigo 39.º, n.º 1, da CRP), verificando-se sempre uma causa de exclusão da ilicitude¹⁴⁶. Deste modo, sugere que a aferição de um eventual “excesso administrativo” tenha como base sempre o princípio da *proporcionalidade* e não a concepção “empírica” de “alarido social”¹⁴⁷ para se aferir quando é que os limites de actuação são ultrapassados.

Pela nossa parte, consideramos que é necessário averiguar em que casos é que as Autoridades Reguladoras não respeitaram o princípio da *proporcionalidade*.

144 Neste sentido, Albuquerque & Pereira, 2005: 226.

Já no direito alemão, o § 824.º – I do BGB, ao contrário do nosso artigo 484.º do CC é uma disposição que alarga a responsabilidade delitual, sendo uma excepção ao princípio de que os danos puramente patrimoniais causados por negligência não são indemnizáveis no âmbito delitual (cfr. Larenz & Canaris, 1994: 463). Qualquer facto afirmado, para ser susceptível de originar um direito a indemnização, tem de ser apto a colocar em causa a credibilidade da entidade que foi lesada (p. 470). Contudo, estes Autores referem que o Tribunal Superior de Justiça Alemão (BGH) tem exigido um entendimento muito restritivo do § 824.º – I do BGB, já que a afirmação de factos falsos tem de ser *apta* a influenciar a decisão das “pelo menos potenciais” partes do “negócio”.

145 Albuquerque & Pereira, 2005: 219.

146 Prata Roque, 2009: 413.

147 Prata Roque, 2009: 413.

lidade, i.e., em que casos é que usaram dos seus poderes de intervenção, sem ter sido realmente necessário. Adicionalmente, é também imprescindível que sejam escolhidas as medidas mais apropriadas e proporcionais para alcançarem os seus objectivos¹⁴⁸.

Um outro problema neste âmbito é o facto da divulgação de informações relativas a procedimentos de investigação afectar grandemente o valor societário das principais entidades sujeitas à actividade de regulação¹⁴⁹.

Torna-se perceptível que, no que diz respeito às sociedades cotadas em bolsa, possam existir riscos de perda do valor patrimonial dos títulos representativos do capital daquelas, resultado da divulgação de informações lesivas do bom nome das entidades reguladas e dos seus administradores¹⁵⁰.

Quanto à posição dos investidores é verificável que os titulares de acções de sociedades sujeitas à ingerência das autoridades reguladoras possam sofrer um dano. Este dano consiste no facto de os accionistas, quando alienam as suas acções, o fazerem por um preço inferior àquele que seria normal. O dano será a diferença, para menos, entre as duas situações patrimoniais globais do lesado, i.e., do titular de uma parte das acções de certa sociedade¹⁵¹.

Para a análise deste problema, será essencial fazer uma referência, ainda que (inevitavelmente) breve, sobre a questão da *ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais em sede delitual*.

A questão central dos danos puramente patrimoniais consiste em saber se os mesmos são ressarcíveis em sede delitual¹⁵². Poderemos definir dano pura-

148 Hancher, Larouche, & Lavrijssen (2003: 365 e 366) sugerem que, para tal efeito, que se faça sempre uma análise custo-benefício.

149 Neste sentido: Cordeiro, 2005: 156 e Albuquerque & Pereira, 2005: 205.

150 Cfr. Cordeiro, 2005: 149 e ss. e Albuquerque & Pereira, 2005: 224 e ss. Estes autores defendem que, mediante uma apreciação casuística, se poderá defender uma extensão do direito à tutela do bom nome às pessoas colectivas.

151 Albuquerque & Pereira, 2005: 229. Veja-se o conceito de dano no direito alemão, em Larenz (1987: 426 e ss. – § 27.º – II). Resumidamente, Larenz entende que o dano apenas se pode aferir com a comparação de duas grandezas, i.e., a anterior à ocorrência do evento lesivo e a posterior à ocorrência desse efeito, considerando que o conceito de “dano natural” não basta: a comunidade jurídica deve partir dele e dar-lhe maior precisão (atendendo a lógica de compensação), até se chegar ao conceito de “dano indemnizável juridicamente”, pela qual certo agente seja responsável.

152 Cfr. Leitão, 2002: 197 e 198. A Autora refere que “[...] perguntar pelo núcleo dos danos puramente económicos indemnizáveis, é dar uma resposta aos limites da responsabilidade civil e ao modo como se inserem num sistema coerente”, não existindo ainda uma resposta estável e coerente a este problema. Nesse estudo, a Autora investiga os casos mais significativos da jurisprudência anglo-americana e as suas evoluções, tentando chegar a algumas conclusões. Mais recentemente, a Autora continuou a sua pesquisa, analisando jurisprudência norte-americana, a propósito da erosão da regra de não recuperação dos danos

mente patrimonial como sendo aquele em que se verifica um dano, traduzido numa perda patrimonial, sem que se tenha verificado uma prévia violação de um direito subjectivo absolutamente protegido^{153/154}.

Um dos argumentos que se costuma avançar é o de que não existe por parte dos sujeitos um direito subjectivo que incida sobre o património e, como tal, não podem existir na esfera delitual deveres de segurança no tráfego que incidam sobre a tutela do património, já que tal se mostraria incompatível com o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas¹⁵⁵.

Contudo, necessário é ter em consideração que na resposta à admissão da indemnização dos danos puramente patrimoniais, “não se joga uma resposta sobre uma protecção ampla do património, que nunca poderá ser subscrita, mas antes a resposta a quais os danos puramente patrimoniais em relação aos quais é materialmente justo que se preveja normativamente o seu ressarcimento”¹⁵⁶.

Também no âmbito dos danos puramente patrimoniais, será importante retomarmos novamente o instituto do abuso do direito, consagrado no artigo 334.º do CC^{157/158}.

puramente patrimoniais, afirmando “[ser] relevante traçar linhas de determinação de um *standard* para a indemnização”. Assim, conclui por um critério triplo que poderá contribuir para a uniformização dos danos puramente patrimoniais: “[a] previsibilidade dos lesados, previsibilidade dos prejuízos e transmissão do risco”. Este último estudo pode ser confrontado em Leitão, 2009b: 1059 a 1080.

153 Neste sentido, *vide*, por todos, Monteiro, 1989: 187. Este Autor inicia esta temática abordando a necessidade de limitação dos danos que são ressarcíveis (p. 175 e ss.).

154 Sobre a origem e evolução dos danos puramente patrimoniais, a sua análise no sistema de *common law* e nos sistemas continentais (particularmente, no francês e alemão): Leitão, 2009a: 295 e ss. (*maxime*, 301 e ss.)

155 Abstemo-nos de entrar em desenvolvimento sobre estes aspectos. Assim, desenvolvidamente, *vide*, Albuquerque & Pereira (2005: 235) e Vera-Cruz Pinto (2005: 176 e ss.). Todos estes Autores acabam por concluir que os organismos públicos não têm direito a um livre desenvolvimento da personalidade, o qual não deve ser tutelado em detrimento dos interesses puramente patrimoniais dos investidores.

156 Cfr. Leitão, 2009a: 273 e 274. Assim, a Autora defende que estes danos devem ser inseridos no sistema de responsabilidade civil e compreender em que situações é que deverão ser indemnizados.

157 Frada & Vasconcelos (2006: 158) referem que o abuso do direito assume uma particular relevância na tutela dos interesses puramente patrimoniais, já que o que conta para o abuso do direito é “(...) a circunstância de, no respectivo exercício [de um direito], o seu titular ter excedido manifestamente os limites, impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito”.

158 Monteiro (1989: 545 e 546) refere que a ausência, na secção da responsabilidade civil do nosso código, a disposição semelhante à consagrada no § 826.º do BGB (a qual possibilita o ressarcimento de danos causados dolosamente contra os bons costumes independentemente dos bens atingidos), não pode ser considerada uma lacuna no sistema da responsabilidade delitual, já que o nosso artigo 334.º do Código Civil desempenha precisamente a mesma função.

Este preceito diz respeito ao facto de um titular de um direito exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou económico desse direito¹⁵⁹. No entanto, para que o abuso possa dar lugar a responsabilidade civil é necessário que os pressupostos previstos no artigo 483.º do CC se encontrem preenchidos (*maxime*, a existência de culpa)¹⁶⁰. Note-se, no entanto, que o abuso do direito deverá ser de aplicação residual, já que só deverá intervir para tutelar interesses puramente patrimoniais quando não existir nenhuma disposição de protecção que tenha por objecto a tutela desse tipo de interesses¹⁶¹.

Cordeiro acaba por concluir que, quando o exercício dos poderes de autoridade por parte das ARI (no caso, analisando a AdC) atente contra direitos fundamentais ou de personalidade das empresas, tal irá dar azo à sua responsabilização civil por danos patrimoniais e morais, chegando mesmo a concluir que todos os danos causados (inclusive, aos próprios accionistas) deverão ser ressarcidos, dando como argumentos o facto de a sociedade confiar na actuação da ARI, sendo-lhe exigível um dever especial de ponderação e cuidado, e também o facto da própria defesa da concorrência o exigir¹⁶².

Vera-Cruz Pinto também entende que os danos causados aos investidores devem ser ressarcidos, dando uma resposta positiva ao problema da indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais em sede delitual¹⁶³.

Por sua vez, Albuquerque & Pereira também entendem que *todos* os danos decorrentes de uma actuação *desproporcionada* ou *injustificada* das ARI devem ser ressarcidos, referindo três argumentos:

Por um lado, a não aplicação do princípio do livre desenvolvimento da personalidade relativamente à prática de actos de gestão pública, entendendo que o estabelecimento desta responsabilidade não constitui um entrave à dinâmica da actuação dos sujeitos na vida económica ou de circulação de riqueza. Por outro lado, que as ARI, devido aos seus elevados poderes de ingerência na esfera das sociedades, estão em melhores condições para influenciar

159 A propósito do surgimento deste instituto e das suas concepções fundamentais, *vide* Vasconcelos (2007: 194). Esta Autora considera, no entanto, que essencial para efeitos de responsabilidade civil é o abuso por manifesto excesso dos limites impostos pelos bons costumes.

160 Neste sentido, Vasconcelos, 2007: 200.

161 Cfr. Leitão, 2000: 152.

162 Cordeiro, 2005: 156 e 157.

163 Vera-Cruz Pinto, 2005: 179 e ss.

as decisões dos investidores. E, por último, que tal é coerente com alguns preceitos do Código dos Valores Mobiliários, o qual consagra a protecção de uma informação clara e verdadeira aos investidores, justificando por aí a admissibilidade da responsabilidade das Autoridades Reguladoras por danos puramente patrimoniais causados aos titulares de acções das sociedades¹⁶⁴.

Calvão da Silva discorda dos entendimentos referidos e, embora reconheça o direito à indemnização por parte das entidades reguladas (as próprias empresas) no caso de existir uma actuação culposa das ARI que viole direitos subjectivos ou dispositivos legais destinados a “proteger, directa ou reflexamente, os seus interesses”, entende que no caso dos titulares das participações sociais dos regulados deve “impor-se uma abordagem cautelosa da possibilidade da sua indemnização pelas ARI”¹⁶⁵.

Num estudo recente, Menezes Leitão, em consonância com a opinião de Calvão da Silva, entende que são indemnizáveis os danos puramente patrimoniais que resultem da violação de uma norma de protecção, devendo considerar-se como tal as normas que estabelecem a responsabilidade das autoridades reguladoras.

No que diz respeito à indemnização dos accionistas, o Autor entende que estes são terceiros relativamente à empresa lesada e que tal constitui um dano reflexo. Acrescidamente, salienta o facto dessa indemnização aos accionistas poder colocar em causa a prossecução do interesse público por parte das autoridades reguladoras, de acordo com um argumento de realismo ou praticabilidade do direito. Salienta ainda o facto de as acções constituírem mais-valias latentes, e apenas quando são alienadas é que revelarão o dano¹⁶⁶. Por fim, ao indemnizar-se a empresa, já se estará indirectamente a indemnizar os

164 Albuquerque & Pereira, 2005: 247 e 248.

165 Cfr. Calvão da Silva, 2008: 170 e 171. Este Autor entende que se deve concretizar dessa forma a expressão “ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”, contida no artigo 9.º da Lei n.º 67/2007. Deste modo, conclui que deve ser dada uma resposta negativa a respeito da indemnizabilidade das situações em que os accionistas (das empresas reguladas) sofrem um dano, independentemente de ter sido violado qualquer direito absoluto seu ou normas legais destinadas à sua protecção. Este Autor também dá uma resposta negativa à questão da indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais, já que tal não ponderaria adequadamente os interesses públicos subjacentes à actividade da regulação, nem o valor do realismo ou praticabilidade do Direito.

166 Este problema é interessante: pense-se numa acção que foi comprada, ficticiamente, a “50”, antes do início da investigação valia “80”, tendo descido o seu valor para “60”. Será que existe algum dano? Quando é que se “cristalizará” o dano?

accionistas, não podendo existir uma dupla indemnização pelo mesmo facto, o qual consubstanciaria um enriquecimento sem causa¹⁶⁷.

Pela nossa parte, parece-nos que a razão está do lado destes últimos Autores, sendo necessário ponderar os interesses em jogo.

Considerada a efectivação de uma responsabilidade por *acção* das ARI a *todos os seus níveis*, conforme o defendem Albuquerque & Pereira, Cordeiro e Vera-Cruz Pinto, ir-se-á atentar contra o âmbito de actuação próprio das ARI. Ou seja, assim qual seria o motivo para que elas teriam sido criadas?¹⁶⁸

No nosso ponto de vista, cremos que deve ser adoptado um padrão de actuação conforme a um funcionário médio (no caso, regulador médio). É fundamental que o dano se verifique no círculo de interesses privados que a norma visa tutelar, não deixando de ter presente que estas normas são essencialmente dirigidas para proteger o funcionamento (eficaz) do mercado, mesmo que tal implique um risco genérico da ocorrência de danos.

Se todos os accionistas estivessem legitimados a exigir uma indemnização, os credores da obrigação de indemnizar multiplicar-se-iam para um número incomportável, pondo em causa a manutenção da indemnização dentro de limites *razoáveis*, gerando os chamados “danos em cascata”. Com efeito, apenas muito remotamente se poderá aferir a existência de qualquer nexo de causalidade¹⁶⁹ entre o acto da autoridade reguladora e aquele que produziu o dano decorrente da descida do valor das acções.

Em conclusão, não nos parece haver lugar à indemnização por parte destas autoridades a cada um dos accionistas pela descida do valor das suas participações sociais. Qualquer posição contrária levaria a que não houvesse uma ponderação adequada dos interesses públicos prosseguidos inerentes à actividade de supervisão das ARI, para além de que a atribuição dessa indemnização se traduziria num duplo ressarcimento dos sócios, uma vez que estes beneficiam, desde logo, ainda que indirectamente, da atribuição de uma indemnização à própria empresa, na qual detêm as suas acções. Semelhante ordem de ideias e

167 Estes argumentos podem ser confrontados em Menezes Leitão, 2010: 8 e 9.

168 A título ilustrativo, vejam-se as críticas de Larenz & Canaris (1994: 474), afirmando os Autores que alguém que seja impedido de comunicar um facto, do qual estivesse convencido da sua veracidade, no qual um terceiro ou o público tenham um interesse legítimo, mas não o consiga logo provar, deixaria de o fazer, constituindo uma violação do artigo 5.º I GG.

169 Adoptamos, nesta sede, a *teoria da causalidade adequada*, segundo a qual não basta que o facto tenha sido em concreto causa do dano, em termos de *conditio sine qua non*, mas sim que, em abstracto, seja também adequado a produzi-lo, segundo o curso normal das coisas.

o mesmo raciocínio, se nos parece impor quanto à responsabilidade das ARI relativamente a terceiros (sejam clientes ou agentes afectados que se relacionem com as empresas reguladas).

Afigura-se-nos, por outro lado, que já é sustentável, não devendo levantar qualquer tipo de objecção, o dever que recai sobre cada ARI em indemnizar as próprias empresas cujos respectivos direitos e interesses legalmente protegidos foram postos em causa com a sua actuação.

6. A responsabilidade por omissão das Autoridades Reguladoras Independentes

Problema distinto e, no nosso ponto de vista, mais complexo, é o da responsabilidade civil das ARI *por omissão*¹⁷⁰.

Efectivamente, nestes casos, gera-se um problema de responsabilidade administrativa *in vigilando*, sendo particularmente relevante a análise do disposto no artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007¹⁷¹. Assim, devemos indagar, ainda que de acordo com outro pressuposto, a possibilidade de se efectivar um direito à indemnização por responsabilidade extracontratual da entidade reguladora¹⁷².

Atente-se no exemplo de uma ARI não ter fiscalizado um qualquer ilícito concorrencial, o qual lesou o interesse dos concorrentes dessa empresa no mercado e, ainda, os consumidores.

Em primeiro lugar, devemos fixar o conceito de *omissão*. Omitir não significa “não fazer nada”, mas sim “não fazer algo que era esperado”¹⁷³. A *omissão como comportamento* esperado para o Direito é a ideia que devemos reter¹⁷⁴.

170 Importante a este respeito o estudo de Carvalho (1999), sobre uma teoria geral da omissão e dever de agir em Direito Civil.

171 Este preceito parece implicar a remissão para o artigo 493.º, n.º 1 do CC (cfr. Cadilha, 2008: 168).

172 A este respeito, Maçãs, 2006: 27 [n. 29]. A Autora, sem desenvolver este problema, refere o conhecido exemplo da falência da casa de câmbios “Deak e Companhia Macau Lda.”, de 1972, que foi resolvido em sentido desfavorável pelo Tribunal Superior de Justiça de Macau. Resumidamente, os clientes que se viram impedidos de receber a totalidade do que tinham depositado, intentaram acção de responsabilidade civil contra o Instituto Emissor de Macau, tendo vindo a ser negada a sua pretensão.

173 Carvalho, 1999: 115. O autor socorre-se dos seguintes exemplos, bastante elucidativos, para demonstrar que se deve verificar todo o contexto em que se verifica uma abstenção (p. 123): “Assim, se A ficou sentado na cadeira em casa, temos uma atitude sem qualquer sentido e é impossível falar em acção esperada. (...) Mas se considerarmos o evento «A não esteve no emprego», já se pode identificar a acção esperada e a atitude ganha relevância social. Por outras palavras, a omissão só pode ser considerada como forma de comportamento se a considerarmos no contexto conduta-evento”.

174 Desenvolvidamente, a propósito da omissão como resultado de uma falta de acção, *socialmente* esperada: Carvalho, 1999: 119.

Este problema tem ocupado poucas páginas na doutrina. Calvão da Silva aborda esta temática, ainda que de forma superficial¹⁷⁵, questionando se poderá existir responsabilidade das ARI por danos directamente causados por estas entidades reguladoras a terceiros (clientes, fornecedores, credores, entre outros): “Deve a entidade reguladora indemnizar os clientes de uma empresa sob a sua supervisão, quando os prejuízos daqueles se devam à *actuação ilícita e culposa da sociedade?*”¹⁷⁶. Este Autor dá uma resposta negativa a esta questão, justificando-a no facto da livre iniciativa económica implicar a responsabilidade dos operadores do mercado para com os seus clientes por danos que lhes causem. Contudo, entende que, se a actuação da empresa regulada, geradora dos danos, apenas foi possível devido a *falhas na vigilância* por parte das ARI, se poderá justificar a sua co-responsabilidade, “tendo em conta a legítima confiança depositada pelo público na supervisão estatal”¹⁷⁷. No entanto, após esta conclusão, parece retroceder no seu raciocínio, entendendo que se deve admitir um dever de indemnização das ARI *apenas* quando existirem acções ou omissões *graves* na supervisão¹⁷⁸.

Menezes Leitão entende que, para ser possível estabelecer este tipo de responsabilidade é necessário que o “fim da actividade de supervisão corresponda à tutela desses interesses [referindo-se à tutela de interesses alheios, correspondentes à segunda variante de ilicitude prevista no artigo 483.º, n.º 1 do CC] e que o dano se verifique no círculo de interesses que a norma visou impedir, quando estabeleceu a imposição desses comportamentos ao regulador”¹⁷⁹. Este Autor acaba por concluir que a Lei n.º 67/2007 é clara, de acordo com o artigo 10.º, n.º 3¹⁸⁰, estabelecendo que as ARI serão responsáveis

175 Calvão da Silva, 2008: 172 e 173.

176 O itálico é nosso.

177 Calvão da Silva, 2008: 172.

178 Cfr. Calvão da Silva (2008: 173), oferecendo um argumento de comparação com a responsabilidade dos juizes, atendendo à sua autonomia e responsabilidade dos regulados e à frequente escassez de meios técnicos e humanos dos reguladores para cumprir a sua missão.

179 Menezes Leitão, 2010: 9.

180 Cadilha (2008: 119) afirma que o artigo 10.º, n.º 3 inclui a omissão de deveres de inspecção, supervisão ou controlo sobre actividades que devam estar sujeitas a autorização administrativa, ainda que tal possa bastar-se numa corresponsabilidade da Administração com os particulares lesantes quanto aos danos produzidos. Assim, a ilicitude da omissão “resulta da existência, na situação concreta, de uma obrigação de agir (que deverá estar fixada por lei, regulamento, acto ou contrato administrativo), estando a culpa na omissão associada a um padrão médio de comportamento, segundo a definição constante do artigo 10.º, n.º 1”. Este Autor continua (p. 120), afirmando que “mesmo nos casos em que não haja presunção de culpa –

em caso de incumprimento dos deveres de vigilância, presumindo-se a culpa leve nessa situação. Quando haja pluralidade de responsáveis, aplicar-se-á o artigo 497.º do CC (*ex vi* artigo 10.º, n.º 4 da Lei n.º 67/2007), respondendo a ARI, solidariamente com o lesante principal, pelos danos causados¹⁸¹.

O problema principal, no âmbito da responsabilidade civil das ARI por *omissão*, tem a ver com o facto dos danos causados terem um lesante principal, distinto do regulador. É verdade que existiu uma omissão de regulação. Contudo, também é verdade que quem causou *directamente* o dano não foi a ARI, mas sim o agente económico que infringiu as regras¹⁸². Para mais, este poderá ter usado mecanismos subtis e evasivos para que não viesse a ser descoberto pela ARI. O uso de tais mecanismos e a frequente escassez de meios técnicos e humanos da própria ARI, poderá dificultar a prossecução eficaz dos objectivos tentados por esta. Efectivamente, se o “ladrão” fizer de tudo para que não seja descoberto pela “polícia”, será que ainda assim a devemos responsabilizar por não ter descoberto o “ladrão”?

Deve procurar-se formular o critério de determinação do nexos de causalidade entre uma omissão e um dado evento, adoptando a fórmula de Carvalho, segundo a qual existe nexos de causalidade entre uma omissão e um certo evento quando “dadas as regras da experiência e as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo sujeito, a prática do acto omitido teria, segura ou muito provavelmente, evitado esse evento, previsto ou previsível para o sujeito”¹⁸³.

como sucede em relação aos deveres prestacionais genéricos –, a culpa pode resultar de um funcionamento anormal do serviço, entendido, segundo o disposto no artigo 8.º, n.º 3, como correspondendo a uma situação em que, «atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigido ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos». Cremos que esta posição não pondera adequadamente os interesses em jogo, conforme teremos oportunidade de explicitar no texto principal.

181 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 10.

182 Veja-se, sobre este aspecto, o Direito inglês, que se encontra dividido sobre esta questão: o caso *Murphy vs Brentwood District Council*, em que o Senhor Murphy comprou uma casa licenciada e descobriu mais tarde que esta padecia de graves deficiências de construção. Assim, exigiu uma indemnização pelo dano à autoridade municipal *Brentwood District Council* por falha no dever de fiscalização. Contudo, a sua pretensão veio a ser rejeitada na Câmara dos Lordes, que entendeu que não se poderia responsabilizar o supervisor, já que não foi este a causar o dano. Esta decisão revogou o precedente *Anns vs Merton London Borough*, que perante o mesmo cenário tinha responsabilizado o supervisor por considerar que os órgãos municipais encarregados de fiscalizar as actividades de construção têm um *duty of care* relativamente aos adquirentes na actividade inspectiva. Sobre a análise destes casos, a propósito do estudo dos danos puramente patrimoniais: Leitão, 2002: 202 e ss.

183 Carvalho, 1999: 126.

A responsabilidade *por omissão* não pode encarar-se na mesma perspectiva dogmática da responsabilidade *por acção*. O dano não é directamente causado pela Administração, mas sim por facto de terceiro.

Em termos naturalísticos¹⁸⁴, não pode existir qualquer consequência da omissão da Administração: *ex nihilo nihil fit*. Daí ser necessário fundamentar o dever de indemnizar, decorrente da verificação de uma omissão, no *dever* e na *possibilidade de evitar* o resultado lesivo, sendo uma incumbência das ARI impedir o facto que causará a lesão. Embora pensemos que exista um *dever de agir*, que deve resultar da posição de garante que é dada à Administração, não se poderá dar uma resposta unívoca e de “ânimo leve” ao problema.

Pense-se, por exemplo, nos recentes casos em que a AdC não conseguiu esclarecer as controvérsias existentes em torno da evolução dos preços dos combustíveis, entendendo não existir qualquer cartelização de preços entre as gasolinehas¹⁸⁵. Ou no caso em que alguém compra uma casa com licença de utilização e ainda assim, o imóvel vem a revelar-se com graves deficiências de construção, implicando a sua reconstrução¹⁸⁶. Ou, ainda, no caso das recentes insolvências dos Bancos BPP e BPN, sendo legítimo questionarmo-nos a propósito da possível responsabilização, por deficiente regulação, por parte do Banco de Portugal. Com efeito, tais factos poderão levar a um crescente descrédito da sociedade relativamente à actuação das ARI¹⁸⁷. Mas será *viável* responsabilizá-las?

Cada caso é um caso e o julgador não poderá obrigar cada ARI a indemnizar *todo* e *qualquer* dano resultante da sua omissão de actuação, ou do incum-

184 Carvalho, 1999: 123. O Autor entende que entre omissão e evento não pode existir nunca um nexo causal naturalístico. Contudo, o nexo causal puramente naturalístico não se adapta às necessidades do Direito.

185 Contrariamente, veja-se a decisão da Autoridade da Concorrência Espanhola que, a 30 de Julho de 2009, condenou 3 empresas petrolíferas a uma coima total de 7.9 milhões de euros, por fixação indirecta dos preços de venda ao público em estações de serviço independentes, nomeadamente, através de cláusulas contratuais com esse fim. Essa Autoridade divulgou também, a 3 de Setembro de 2009, um relatório em que analisa as falhas identificadas no mercado dos combustíveis, propondo medidas estruturais para promover a concorrência.

186 Cfr. já foi abordado *supra*.

187 Jenny, 2009: 449. Este Autor alerta que os mercados financeiros se baseiam na confiança da estabilidade e solidez dos bancos e das instituições financeiras. Daí que, por norma, os bancos emprestem mais dinheiro do que aquele que recebem de depósito, permitindo a circulação do dinheiro e garantindo a “saúde” da economia. Quando um dos bancos entra em falência, tal poderá levar ao pânico generalizado, o que fará com que as pessoas retirem o seu dinheiro dos bancos, e consequentemente, se gerem efeitos sistémicos em toda a economia. Daí que a actuação do Banco Central deva ser eficaz, aniquilando a possibilidade de falência de qualquer desses bancos em risco, assegurando a estabilidade e segurança do sector.

primento dos deveres de vigilância, tal como parece resultar do artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007.

No caso de se entender que o artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007 poderá legitimar a indemnização por *qualquer* incumprimento dos deveres de vigilância da ARI, os contribuintes acabarão assim por ser duplamente prejudicados: por um lado, pagam os custos do (mau) funcionamento dos serviços administrativos; por outro, têm ainda que suportar as indemnizações por *qualquer* dano decorrente de uma falta leve ou do mau funcionamento (não raras vezes) da complexa máquina administrativa da Administração.

Afigura-se-nos que, *de iure condendo*, a opção do legislador deveria ser repensada: o dever de indemnizar por *falta leve* deveria limitar-se aos casos em que se geram *danos anormais* na esfera jurídica dos particulares, e não *todo* e *qualquer dano* resultado de uma *falta leve*, muitas vezes *inevitável* no funcionamento da Administração¹⁸⁸.

Assim, entendemos que deve ser exigida cautela e prudência na aplicação destes preceitos, devendo o julgador pautar-se por critérios de razoabilidade no estabelecimento de uma obrigação de indemnizar. Para tal, cremos que apenas danos *especiais* ou *anormais* deverão ser ressarcidos neste contexto, podendo para tal o critério consagrado no artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, relativo a este tipo de danos e que estabelece uma indemnização pelo sacrifício, dar-nos uma preciosa ajuda.

7. Síntese conclusiva

No final do caminho que nos propusemos percorrer, pensamos estar em condições de estabelecer algumas conclusões.

As ARI têm vindo a assumir-se como um dos produtos da evolução do Estado regulador e das novas tarefas e responsabilidades que este tem vindo a avocar nas últimas décadas, em consequência da gradual privatização de empresas e de funções que inicialmente cabiam ao Estado prestador.

Assim, as ARI poderão arrogar-se como uma nova forma de actividade administrativa, com independência face à Administração do Estado, que promove a modernização das estruturas económicas e sociais.

188 Bastante elucidativo a este respeito: Gomes (2008: 36 e 37), referindo que mesmo o artigo 22.º da CRP deve ser "submetido a um teste de compatibilidade com outras posições jurídicas, nomeadamente com valores constitucionalmente protegidos que possam provocar compressões no seu conteúdo". Veja-se o que foi dito *supra* [na nossa n. 107].

Este novo modo de exercício do poder estadual, que se tem vindo a intensificar, não pode, no entanto, desconectar-se da prossecução do interesse público, nem privilegiar a eficácia em detrimento das garantias inerentes a um Estado de Direito. A sua actuação deverá procurar sempre um equilíbrio entre a concorrência e a regulação, mediante a promoção de um mercado estável e seguro.

Como garantia da prossecução dessa eficácia, as entidades reguladoras movem-se num quadro de novos poderes administrativos e prerrogativas de autoridade, nomeadamente, de supervisão inspectiva, poderes repressivos, coercitivos, cautelares, de orientação do mercado regular e até de resolução de litígios.

Os poderes e a especial confiança que é depositada pela sociedade na actuação das ARI poderá suscitar o problema da sua responsabilização civil.

Como analisámos ao longo deste artigo e tivemos oportunidade de demonstrar, o instituto da responsabilidade civil da Administração tem vindo a sofrer uma evolução largamente favorável aos particulares.

O princípio da irresponsabilidade do Estado e demais entidades públicas deixou de ser a regra, confirmando-se isso com a Lei n.º 67/2007, que teve o mérito de não procurar a protecção das entidades públicas, introduzindo sim a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

É fundamental o aprofundamento do estudo da responsabilização das ARI, sob pena de estas serem consideradas anti-democráticas. No entanto, também é necessário que não nos procuremos refugiar no Estado para indemnizar *todos* os danos que possam ser causados pela actuação ou omissão da actuação destas autoridades.

É imprescindível aplicar o regime com prudência e cautela e não responsabilizar o Estado e as entidades públicas a todos os níveis. Embora tal possa parecer tentador à primeira vista, é importante interiorizarmos que os prejudicados seremos todos nós, ou seja, os contribuintes. Para além de o dinheiro público já ser usado para a criação e manutenção das ARI e dos seus órgãos, não se poderá sustentar que ainda se concedam indemnizações *sem limites* pela actuação (ou omissão de actuação) destas autoridades, canalizando ainda mais recursos públicos.

Apenas o julgador poderá aferir, prudentemente, quando se impõe um dever de indemnizar a ser atribuído pelas ARI pelos danos que estas tenham causado.

Parece-nos, por isso, que não se poderão responsabilizar as ARI por todo o tipo de danos que estas possam causar com a sua actuação, nem, por outro lado, responsabilizá-las ainda por todas as omissões ou falhas de supervisão que cometam.

Afigura-se-nos evidente que, por vezes, o controlo judicial dos actos praticados pelas ARI possa ser difícil, já que existe uma insuficiente preparação especializada dos magistrados para acompanhar a tecnicidade exigida para controlar este sector de actividade. Poderíamos acabar por ver provas obtidas pelas ARI totalmente desacreditadas e até um esvaziamento do conteúdo da actuação destas entidades reguladoras.

Com a evolução da Ciência do Direito, cremos que se deveria apostar na especialização dos juízes, para existir um melhor e mais efectivo controlo dos agentes que estão incumbidos da prossecução das tarefas tipicamente estatais¹⁸⁹.

Efectivamente, existe hoje uma cláusula geral facultativa de criação legislativa destas autoridades – o artigo 267.º, n.º 3 da CRP –, não nos devemos, contudo, esquecer, que estas não configuram uma forma normal e geral de organização administrativa.

Deve ser dada primazia a uma unificação da regulação no que concerne à criação das ARI, de forma a que se possa tornar claro um reconhecimento da importância que a administração indirecta constitui. Apenas assim se poderão tornar melhor aceites, pela comunidade em geral, os seus poderes legais, os seus mecanismos de supervisão e sancionamento, a sua organização e estrutura, bem como a possibilidade da sua efectiva responsabilização.

Densificados os pressupostos que presidem à criação de cada ARI e identificados, com maior rigor, os seus fins e poderes, consideramos que poderiam ser repensadas muitas entidades do nosso sector público.

Muitas destas figuras apareceram num contexto de “desregulamentalização”, de euforia do mercado, podendo algumas delas ser repensadas e (re) avaliadas.

Com efeito, se se verificar que certa ARI não cumpre os fins para que foi instituída e não responde eficazmente às necessidades do mercado, porque

189 Apostando-se exactamente nesta especialização dos juízes, veja-se a nova Proposta de Lei n.º 180/2010, onde a necessidade de “novos mecanismos para a uniformização da jurisprudência”, dão o mote à criação de um Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação, Supervisão, e outro de Propriedade Industrial, na Comarca de Santarém (www.asjp.pt/wp-content/uploads/2010/06/Parecer-sobre-Proposta-de-Lei-180-2010.pdf).

não proceder a um “*down-sizing*” desses órgãos e serviços *desnecessários* em vez de se pensar na sua responsabilização *a todos os níveis*?

Efectivamente, verificamos que a intensidade da regulação não é sequer igual em todos os sectores da economia. Existem actividades económicas que são alvo de uma regulação muito intensa e outras que, na sua essência, se mantêm desreguladas¹⁹⁰.

Neste último caso, é necessário melhorar a regulação desse tipo de sectores, fazendo com que as instâncias de supervisão, dotadas de autoridade e meios adequados para tal efeito, possam reforçar os seus deveres de transparência e informação.

De futuro, deve apostar-se num acerto e qualidade técnica irrefutável das decisões das ARI, e não, como parece que se tem vindo a fazer até agora, tentar responsabilizá-la por *tudo* (quando elas actuam) e por *nada* (quando já não o fazem). Só assim o público voltará a acreditar na qualidade destas entidades.

Em vez de nos refugiarmos numa responsabilização do Estado em geral que, ainda que tentadora, nos prejudica a todos, deverá ser repensada a função e a razão que presidiu à criação de cada ARI em especial.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de

1990 “Direito Português da Concorrência (Em torno do Decreto-Lei. n.º 422/83)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 50, Dezembro, pp. 577-669.

ALBUQUERQUE, Pedro de & PEREIRA, Maria de Lurdes

2005 “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 203-248.

190 Alertando para este facto: Moreira & Marques, 2003: 115 e ss. Estes autores dão o exemplo paradigmático das farmácias vs construção civil. No primeiro, verifica-se um sector estritamente protegido, onde as regras do mercado e da concorrência praticamente não têm aplicação. O segundo, pelo contrário, pauta-se por um défice de regras e de incumprimento das (poucas) que existem. É este segundo exemplo que nos trará um importante contributo ao tema que ora analisamos. Os autores perguntam-se: “Como se suporta que essas mesmas obras sofram com tanta frequência de defeitos graves, mal começam a ser utilizadas? (...) Quantos cidadãos não tiveram já que suportar do seu bolso reparações em casas novas, por não terem conseguido responsabilizar os respectivos construtores?”.

ANTONIOU, Theodora

2007 “The role of independent administrative authorities”, in *Staatsmodernisierung in Europa*, pp. 237-289.

ARAÚJO, Fernando

2005 *Introdução à Economia*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.

BOLINA, Helena Magalhães

2009 “O regime dos processos de contra-ordenação dos reguladores independentes”, in Ferreira, Eduardo Paz, Morais, Luís Silva & Anastácio, Gonçalo (coord.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes

2008 *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de

1999 *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*, Coimbra: Almedina.

CARDOSO, José Lucas

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição. Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da administração independente*, Coimbra: Coimbra Editora.

CORDEIRO, António Menezes

2005 “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 121-157.

2010 *Manual de Direito Bancário*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

CORREIA, Maria Lúcia Pinto

1998 *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora.

CORTEZ, Margarida

2000 *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora.

CUSTOS, Dominique

2006 “The rulemaking power of independent regulatory agencies”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54 (Supplement), pp. 615-639.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira

2001 *O Dano Moral na Doutrina e na Jurisprudência*, Coimbra: Almedina.

FERRÃO, Marisa Caetano

2007 “As entidades administrativas independentes com funções de regulação económica e a dualidade de jurisdições. Breves notas”, in *O Direito*, ano 139, III, pp. 601-637.

FIGUEIREDO, André

2006 “A informação difundida no Mercado de Valores Mobiliários e os poderes da CMVM: uma «nova dimensão do direito administrativo?»”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 24, Novembro, pp. 63-100.

FRADA, Manuel Carneiro da & VASCONCELOS, Maria João Pestana de

2006 “Danos económicos puros – Ilustração de uma problemática”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, vol. II, pp. 151-176.

GARCIA, António Dias

2004 “Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas”, in Quadros, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 180-216.

GOMES, Carla Amado

2008 *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: AAFDL.

HANCHER, Leigh, LAROCHE, Pierre & LAVRIJSSEN, Saskia

2003 “Principles of good market governance”, in *Journal of Network Industries*, vol. 4, n.º 4, pp. 355-389.

JENNY, Frédéric

2009 “The economic and financial crisis, regulation and competition”, in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 32, n.º 4, December, pp. 449-464.

LARENZ, Karl

1987 *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München: C. H. Beck.

LARENZ, Karl & CANARIS, Claus-Wilhelm

1994 *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, München: C. H. Beck.

LEITÃO, Adelaide Menezes

2000 *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina.

- 2002 “Os danos puramente económicos nos sistemas da common law-I”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 197-218.
- 2009a *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra: Almedina.
- 2009b “Jurisprudência nos danos puramente económicos nos sistemas da common law-II (jurisprudência norte-americana)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1059-1080.
- LEITÃO, Luís Menezes
- 2010 *A Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, disponível em: <http://icjp.pt/seccoes/658> [consultado em 2.06.2010].
- LEITE, António Nogueira
- 2000 “Funcionamento dos mercados e regulação”, in *A Regulação em Portugal*, pp. 127-156.
- MAÇÃS, Maria Fernanda
- 2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58 – Julho/Agosto, pp. 21-49.
- MALINCONICO, Carlo
- 1998 “The institutional profile and powers of the utility regulator”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, anno 8, n.º 6, pp. 1213-1223.
- MEROÑO VÉLEZ, Pedro Maria
- 2002 “Influencia de los reguladores en el funcionamiento de las empresas privadas”, in *La Modernización de la Justicia en España: XXIV Jornadas de Estudio*, pp. 777-784.
- MESQUITA, Maria José Rangel
- 2004 “Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente”, in Quadros, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 45-126.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
- 2005 *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTE, Mário Ferreira
- 2009 “A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os sectores da energia e do ambiente”, in Palma, Maria Fernanda & Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 239-270.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde

1989 *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*, Coimbra: Almedina.

MORAIS, Carlos Blanco de

2001 “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, pp. 101-154.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Maria Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital & MARQUES, Maria Manuel Leitão

2003 *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina.

MWENDA, Kenneth Kaoma

2006 *Legal Aspects of Financial Services Regulation and the Concept of a Unified Regulator*, Washington DC: The World Bank.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz

2005 “A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 159-201.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

2000 “A supervisão no novo código dos valores mobiliários”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril, pp. 90-103.

PROSSER, Tony

2005 “Competition Law and Public Services: from single market to citizenship rights?”, in *European Public Law*, vol. 11, Issue 4, pp. 543-563.

ROQUE, Ana

2004 *Regulação do Mercado: novas tendências*, Lisboa: Quid Juris.

2006 “A regulação do mercado: aspectos essenciais”, in *Galileu Revista de Economia e Direito*, vol. XI, n.º 1, pp. 63-74.

ROQUE, Miguel Prata

2009 “Os poderes sancionatórios da ERC- Entidade reguladora para a comunicação social”, in Palma, Maria Fernanda & Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 367-442.

SALVADOR MARTINEZ, Maria

2002a *Autoridades independientes; Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona: Ariel Derecho.

2002b “Función y competencias de las autoridades reguladoras en España”, in *La Modernización de la Justicia en España: XXIV Jornadas de Estudio*, pp. 719-730.

SANCHES, José Luís Saldanha

2000 “A regulação: história breve de um conceito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, pp. 5-22.

SILVA, João Nuno Calvão da

2008 *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.

SILVA, Paula Costa e

2006 “As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica”, in *O Direito*, ano 138, III, pp. 541- 569.

SOUSA, Marcelo Rebelo de & MATOS, André Salgado de

2008 *Responsabilidade Civil Administrativa. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa: D. Quixote.

VASCONCELOS, Maria João Sarmiento Pestana de

2007 “Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português”, in *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, pp. 147-206.

VEIGA, Raul Soares da

2009 “Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in Palma, Maria Fernanda & Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 139-173.

VELOSO, José António

2005 “Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 29-106.

WYMEERSCH, Eddy

2005 “The future of financial regulation and supervision in Europe”, in *Common Market Law Review*, Vol. 42, n.º 4, pp. 987- 1010.