O QUADRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DAS ENTIDADES REGULADORAS DO SETOR FINANCEIRO

Nuno Cunha Rodrigues[*] / *Rui Guerra da Fonseca*[**]

Abstract: *The paper analyzes aspects related to the legal regime of the liability of financial regulators in the financial sector, in order to investigate, among other aspects, whether the nature of a regulatory entity implies specificities in the weighting and verification of the assumptions of administrative civil liability, and, if so, which are the exact terms of this.*

Sumário: 1. Enquadramento inicial. 2. A Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes e a regulação do setor financeiro. 3. A responsabilidade civil extracontratual dos reguladores do setor financeiro. 3.1. Aspetos gerais. 3.2. Facto voluntário. 3.2.1. Ações. 3.2.2. O caso específico das recomendações. 3.2.3. Omissões. 3.3. Ilicitude. 3.4. Culpa. 3.4.1. Enquadramento. 3.4.2. Culpa leve e culpa grave. 3.5. Funcionamento anormal do serviço. 3.6. Nexo de causalidade. 3.7. Obrigação de indemnizar. 3.8. Noção de terceiros para efeitos de apuramento da responsabilidade.

1. ENQUADRAMENTO INICIAL

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

---

* Professor da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. Professor do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa Portugal.

** Professor da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. Professor do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.

Existem diferentes falhas de mercado que podem motivar, também elas, diferentes abordagens por parte dos reguladores[1]. Estão em causa falhas tão diversas como a informação assimétrica (que motiva a regulação no setor segurador ou dos valores mobiliários), o risco sistémico (que justifica a necessidade de ser evitado ou prevenido através da supervisão prudencial, micro e macro, exercida pelo Banco de Portugal), ou a transição de setores monopolizados para setores liberalizados (como ocorreu no setor energético e no setor das comunicações móveis), que determinam a específica regulação económica existente em determinados setores e, bem assim, as entidades reguladoras competentes para a exercer.

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

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

É deste último caldo – regulação económica – que emergem as modernas entidades reguladoras, correspondendo a um determinado modelo institucional em que dispõe de um elevado grau de autonomia – ou, para outros autores, de independência – atendendo à ausência de qualquer subordinação a poderes de direção[4] que, nestas, decorre de um desejável e necessário afastamento em relação ao poder político e, por outro lado, aos próprios regulados.

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

(i) Regras relativas à designação e destituição dos titulares de órgãos das entidades reguladoras, e

1 Descrevendo diversas falhas de mercado no setor da saúde e a forma como são colmatadas pela Entidade Reguladora da Saúde, cfr. Cunha Rodrigues, 2009: 613-651.

2 Cfr. Costa e Silva, 2006: 542.

3 Cfr. *ibidem*.

4 Cfr. Otero, 1995: 720.

(ii) Regras respeitantes à influência dinâmica que o poder político-administrativo (designadamente, o Governo) possa exercer ao nível dos processos decisórios, e que, nos termos da teoria geral da organização administrativa, reclama, pelo menos, a ausência de poderes de direção e de superintendência.

A *independência* administrativa pretende assim designar o estatuto de certo órgão ou entidade cuja atuação, em geral, não é suscetível de ser determinada pelo exercício de quaisquer poderes pertencentes a outro órgão – nesse sentido, supraordenado –, designadamente, poderes de direção, superintendência ou tutela[5]. Não nos ateremos aqui, porém, a um conceito estrito de independência, porque não é ele que determina, por si, a noção de entidade reguladora[6].

O que releva, neste contexto, é o facto de se tratar de pessoas coletivas públicas distintas do Estado, com competências normativas (*hard law* e *soft law*), decisórias (*adjudication*) e de autotutela executiva (*self-enforcement*), bem como sancionatórias (no que tal se autonomiza da autotutela executiva), relativamente a certa área da atividade económica[7], e que se caracterizem por um nível de autonomia administrativa (e financeira) a que seja estranha uma sobredeterminação dos respetivos processos decisórios[8].

Entre estatutos de "forte" independência ou um elevado grau de autonomia (como é o caso do Banco de Portugal[9]) e outros de independência mais "fraca"[10],

5 Cfr. Lucas Cardoso, 2002: 404-405. Veja-se também Vital Moreira, 1997: 126-127; sobre o conceito de administração autónoma, cfr. pp. 23 ss., e em especial 78 ss..

6 Para uma distinção entre autoridades administrativas independentes e autoridades reguladoras independentes, cfr. Leitão Marques,Simões de Almeida & Matos Forte, 2005: pp. 9 ss. Sublinhando a confusão entre ambas as figuras, no direito francês e depois no direito italiano e no direito espanhol, cfr. Mockle, 2008: 223 ss.

7 São assim aquelas que já foram apelidadas de "autoridades administrativas em sentido forte ou em sentido próprio" (cfr. Costa e Silva, 2006: 543-544; para uma consideração da figura das "autoridades administrativas independentes 'fracas'", cfr. Lucas Cardoso, 2002: 226 ss.).

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

9 Cfr. Guerra da Fonseca, 2008: 807 ss.

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

bem se descobre que a correspondente justificação colhe sentido, sobretudo, em razão da direta intervenção do Estado na economia.

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

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

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

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

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

11 Cfr. Guerra da Fonseca, 2008: 42 ss. e 180 ss.

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

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

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

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

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

i) A incapacidade técnica da administração pública "tradicional" para levar a cabo tarefas de regulação altamente especializadas, quer em termos objetivos (disponibilidade de informação), quer em termos subjetivos (disponibilidade de conhecimento), relativamente a áreas da atividade humana – da atividade económica, *prima facie* – cujo acompanhamento requer tais elementos e, muito em particular, no que toca ao elemento subjetivo, uma elevada preparação técnica dos agentes administrativos;

ii) A indesejabilidade da influência ou determinação política da atividade de regulação, que se tem por perturbadora da "objetividade" inerente à aplicação de critérios estritamente "técnicos", podendo então falar-se de uma pretensão de despolitização das entidades reguladoras e da correspondente atuação.

12 Cfr Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007: 282.

O nascimento das entidades reguladoras visa um acréscimo de qualidade técnica na atividade de regulação e, com ele, tanto um incremento da respetiva eficácia, quanto da própria legitimidade da atuação destas entidades, em face da hipótese contraposta de manutenção das tarefas de regulação na competência de entidades administrativas "tradicionais".

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

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

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

Na verdade, constitui uma característica que não pode deixar de ter-se por altamente variável, de entidade para entidade, e mesmo a respeito de uma mesma entidade em razão do tempo: certa entidade apresenta hoje um índice de credibilidade que, independentemente da possibilidade da sua mensurabilidade objetiva, pode não ser o mesmo amanhã, índice esse que, ademais, não

13 Cfr. Menezes Cordeiro, 2004: 44.

14 Cfr. Menezes Cordeiro, 2004: 76.

15 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 89 ss.

16 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 125. Recusando, porém, o que apelida de "alarido social" como critério de medida da atuação das entidades reguladoras no desempenho de funções de fiscalização (v.g. diligências de busca), por "fluidez terminológica e subjetividade de apreciação", que não permitiriam falar aí de um critério verdadeiramente normativo, cfr. Prata Roque, 2009: 412-413.

deixa de ter uma relação imediata com os titulares dos respetivos órgãos e com a sua própria "credibilidade".

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

Ao assumir as entidades reguladoras como uma necessidade técnica e institucional, o Estado está a autovincular-se a uma regulação segundo critérios técnicos[18] por parte de entidades compostas por pessoas mais aptas para tal do que o que normalmente se verifica ao nível da administração pública "tradicional"[19].

Deixando de parte a perspetiva patológica do desvio de poder na criação destas entidades – e ele pode ocorrer pelas mais diversas razões, desde motivações pessoais, até à pretensão desresponsabilização do Estado-pessoa coletiva pelo cumprimento das suas tarefas, quando não mesmo do afastamento de responsabilidade pelos danos causados por essa mesma atividade[20] –, tal autovinculação só pode admitir-se, por força do princípio da juridicidade, quando surja como conclusão de que assim melhor se cumpre o princípio do Estado de direito: por outras palavras, os fins do direito (e os fins do Estado, caso se pretenda vê-los separadamente dos do direito).

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

---

17 Cfr. Otero, 2010: 75 ss., e referências aí constantes. Passa, pois pelo princípio da juridicidade a "confiança" nas entidades reguladoras, aí se encontrando um pilar fundamental do sistema. Não deixam de vir à memória, neste contexto, algumas das últimas palavras de Tony Judt: "Se não pudermos confiar (...) que os reguladores públicos denunciem os negociantes desonestos, então o próprio capitalismo sofrerá uma paragem brusca" (Judt, 2010: 50).

18 Sobre a aplicação de normas extrajurídicas por parte da administração, a autovinculação desta a uma "normatividade de base factual", e o respetivo contributo para o reforço da "diversidade de conteúdo material da legalidade administrativa", cfr. Otero, 2013: 450 ss.; Otero, 2003: 763 ss. e 782 ss. Sobre o problema geral da colonização do direito por normas técnico-científicas, e mais especificamente, sobre a relevância e implicações de uma normatividade técnico-científica no exercício da atividade administrativa, cfr. Otero, 764 ss.; Sérvulo Correia, 1987: 171-172 e 478; Amado Gomes, 2007: 424 ss.; e outras referências em Guerra da Fonseca, 2012: max. 508 ss.

19 Cfr. Mockle, 2008: 228 ss.

20 Com relevantes considerações a este respeito, cfr. Costa e Silva, 2006: 548 ss.

padrão de exigência superior, em razão da aptidão técnica que justifica a sua própria existência.

Na verdade, tal acréscimo de exigência constitui mesmo um elemento existencial destas entidades, que não pode deixar de ser considerado no momento de ajuizar da respetiva atuação[21].

Tendo em mente as considerações antecedentes, bem como os diversos pressupostos da responsabilidade civil administrativa extracontratual, deve desde logo observar-se que a especial exigência na correspondente apreciação, decorrente da particular "qualidade" das entidades reguladoras, não se mostrará em todos os domínios do mesmo modo, nem em todos "de modo forte", mas sobretudo naqueles que constituírem característica particular da atividade de regulação.

Isto mesmo se mostra, por exemplo, logo no primeiro pressuposto, o fato voluntário (cfr. *infra*), onde a grande dicotomia entre ações e omissões não é, em si mesma e enquanto tal, carente de qualquer apreciação específica neste domínio, nem tão-pouco o respetivo conteúdo tipológico geral (regulamentos, atos administrativos, "simples atuações administrativas", "atos reais", e respetivas "omissões juridicamente relevantes"[22]).

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

2. A LEI-QUADRO DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES E A REGULAÇÃO DO SETOR FINANCEIRO

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

Esta Lei surgiu na decorrência do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, assinado pelo Governo Português, em 17 de maio de 2011[23]. Procurava-se, dessa forma, preencher um vazio legis-

---

21 Como é sabido, a construção dogmática do "homem médio", produzida sobre a figura do *bonus pater* famílias, postula a liberdade (jurídico-civil) de autodeterminação do sujeito na escolha da sua conduta perante situações jurídicas e juridicamente relevantes (tal como, aliás, a liberdade constitui substrato "significativo-ideológico" do direito subjetivo: cfr. Menezes Cordeiro, 2009: 327 ss.; *mutatis mutandis*, deve ver-se ainda *idem*, 1984: 1191-1192).

22 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20.

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

lativo uma vez que as entidades administrativas independentes não eram, nem são, reconduzíveis à noção de instituto público, dada a independência de que gozam, nem à noção de empresa pública, pois não visam prosseguir uma atividade empresarial ou comercial.

Porém, o âmbito subjetivo de aplicação daquela Lei é menor do que a noção de entidade administrativa independente comporta. Com efeito, a Constituição admite, no artigo 267.º, n.º 3, que podem ser criadas, por lei (lei *lato sensu*, podendo ser lei ou decretolei), entidades administrativas independentes. Como se sabe, cabem no conceito de entidade administrativa independente entidades tão diversas como as entidades reguladoras abrangidas pela nova Lei ou outras como a Comissão Nacional de Eleições (CNE) ou a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos (CADA).

É por isso que o legislador procurou limitar o âmbito de aplicação da Lei n.º 67/2013, definindo, no artigo 3.º do anexo, entidades reguladoras como "*pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da atividade económica*".

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

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

No caso do Banco de Portugal, a não aplicação da Lei pode ser sustentada com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que prevê, nos artigos 130.º e 131.º, a independência dos bancos centrais nacionais, independência, de resto, replicada, no artigo 102.º da Constituição, cuja redação, resultante da revisão constitucional extraordinária de 1992, visou, justamente, harmonizar o texto constitucional com a (então) alteração introduzida pelo Tratado de Maastricht[24].

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

---

24 Cfr. Guerra da Fonseca, 2008: 803 ss.

25 A este propósito v. Cunha Rodrigues, 2014: 88-94.

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

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

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

A coordenação e articulação da atividade dos três reguladores é assegurada pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros que intervém em questões sensíveis tais como, exemplificativamente, as que envolvem a regulação de conglomerados financeiros, isto é, de grandes instituições financeiras que operam, simultaneamente, nos três subsetores[26].

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

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

---

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

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

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

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DOS REGULADORES DO SETOR FINANCEIRO

3.1. Aspetos gerais

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

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

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

---

27 Neste sentido v. Paz Ferreira & Morais, 2009: 30-31, que afirmam considerar "(...) contraproducente a qualificação deste tipo de autoridade reguladoras como entidades "independentes". Será, assim, mais rigoroso qualificá-las como autoridades reguladoras autónomas, com graus variáveis de autonomia (normalmente autonomia reforçada)". Em sentido diverso, v. Vital Moreira & Maçãs, 2003: 31 e segs. Rejeitando essa qualificação porque o conceito de administração autónoma ter-se-ia consolidado para enquadrar a categoria de entidades coletivas públicas que correspondessem a uma expressão direta de outras comunidades territoriais ou de formações sociais com interesses próprios distintos dos do Estado. Porém Paz Ferreira & Morais, 2009: 31 concluem que "(...) o risco de uma tal confusão terminológica não existe devido ao terceiro elemento da denominação que preconizamos (autoridades reguladoras autónomas ou com autonomia reforçada). A menção específica à qualidade de reguladores deste tipo de organismos envolve por si só a ideia de prossecução de interesses públicos com relevância estadual e afasta a potencial confusão terminológica ou conceptual acima referenciada."

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

A submissão das entidades reguladoras ao regime da responsabilidade civil administrativa era já reconhecida no domínio da vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967[29], fundamentalmente em razão da sua inequívoca qualificação como entidades públicas de natureza administrativa, e do facto de desenvolverem uma atividade típica de gestão pública, tudo numa concretização do artigo 22.º da CRP, que erige em pilar do princípio do Estado de direito a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado e demais entidades públicas por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções "e por causa desse exercício", de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem[30].

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

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

Não nos percamos na análise do sempre complexo deslinde do significado de "prerrogativas de poder público" para o que ora nos ocupa[31]; desde logo porque também elas – e *prima facie* – são "reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo", expressão normativa que cobre "virtualmente todas

28 Sobre o sentido do qualificativo civil, para efeitos de distinção entre outros regimes de responsabilidade, como acentuando o escopo predominante da "reparação de danos", cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 11.

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

30 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 99.

31 Sobre a noção de "poderes públicos de autoridade", cfr. Gonçalves, 2005: 590 ss.

as ações e omissões administrativas", fazendo decair a relevância da distinção entre atos de gestão pública e de gestão privada, exceção feita ao domínio da responsabilidade contratual[32].

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

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

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

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

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

Esta possibilidade decorre do disposto na (i) LeiQuadro das Entidades Reguladoras[33]; (ii) no RRCEC e (iii) nos estatutos de cada uma das enti-

---

32 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 17. Como aí assinalam os Autores, a distinção entre atos de gestão pública e de gestão privada suscitaria reais dificuldades no domínio dos contratos e dos atos materiais, mas já não dos regulamentos e atos administrativos que são, "sem exceção, atos de gestão pública", e que talvez possa dizer-se corporizarem, acrescentamos, o essencial das formas jurídicas da atividade de regulação.

33 A Lei-Quadro das entidades reguladoras determina, no artigo 46.º, n.º 1 que "os titulares dos órgãos das entidades reguladoras e os seus trabalhadores respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos atos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável."
A responsabilidade dos membros do conselho de administração pelos atos praticados no exercício das suas funções é solidária (cfr. artigo 24.º, n.º 1) sendo excluída apenas relativamente aos membros que,

dades reguladoras do setor financeiro (Banco de Portugal[34]; CMVM[35] e ASF[36]).

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

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

---

tendo estado presentes na reunião em que foi tomada a deliberação, tiverem votado contra, em declaração registada na respetiva ata, bem como os membros ausentes que tenham declarado por escrito o seu desacordo, que igualmente é registado na ata (cfr. artigo 24.º, n.º 2).

34 Cfr. artigos 39.º e 62.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal:
"Artigo 39.º: Dos atos praticados pelo governador, vice-governadores, conselho de administração e demais órgãos do Banco, ou por delegação sua, no exercício de funções públicas de autoridade, cabem os meios de recurso ou ação previstos na legislação própria do contencioso administrativo, incluindo os destinados a obter a declaração de ilegalidade de normas regulamentares. (...)
Artigo 62.º: Sem prejuízo do disposto no artigo 39.º, compete aos tribunais judiciais o julgamento de todos os litígios em que o Banco seja parte, incluindo as ações para efetivação da responsabilidade civil por atos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com o Banco."

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

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

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

38 Cfr. artigo 340.º do TFUE, terceiro parágrafo: "(...) Em derrogação do segundo parágrafo, o Banco Central Europeu deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. (...)"
Cfr. igualmente artigo 46.º do Protocolo n.º 3 relativo ao estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia: "*As ações contra a União em matéria de responsabilidade extracontratual prescrevem no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do facto que lhes tenha dado origem. A prescrição interrompe-se, quer pela apresentação do pedido no Tribunal de Justiça, quer através de pedido prévio que o lesado pode dirigir à instituição competente da União. Neste último caso, o pedido deve ser apresentado no prazo de dois meses previsto no artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; o disposto no segundo parágrafo do artigo 265.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é aplicável, sendo caso disso. O presente artigo aplica-se igualmente às ações contra o Banco Central Europeu em matéria de responsabilidade extracontratual.*"

Noutros casos pode ser o BCE a propor ações contra os bancos centrais nacionais[39].

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

A aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, prevista no artigo 7.º do RRCEE, implica a verificação de (a) facto voluntário; (b) ilicitude; (c) culpa (dolo ou negligência); (d) dano e (e) nexo de causalidade conceitos que devem ser, consequentemente, escrutinados.

3.2. Facto voluntário

3.2.1. Ações

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

Para efeitos da verificação de um *facto voluntário* (cfr. artigos 7.º, n.º 1, e 8.º, n.ºs 1 e 2 do RRCEC) constituem ações tanto os atos administrativos[41],

39 Cfr. artigo 271.º do TFUE: "Nos limites a seguir indicados, o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos litígios respeitantes: (...) d) À execução das obrigações resultantes dos Tratados e dos Estatutos do SEBC e do BCE pelos bancos centrais nacionais. O Conselho do Banco Central Europeu disporá, neste contexto, em relação aos bancos centrais nacionais, dos poderes atribuídos à Comissão no artigo 258.º em relação aos Estados-Membros. Se o Tribunal declarar verificado que um banco central nacional não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse banco central deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal."

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

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

como os regulamentos, ou ainda as simples atuações administrativas e atos reais[42].

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

1.1.2. O caso específico das recomendações

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

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

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

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

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

Porém, ainda que não imediatamente vinculativas, as recomendações não deixam de constituir um padrão normativo de aferição da conduta dos regulados em momentos de fiscalização por parte das entidades reguladoras: pois o simples fato de terem sido emitidas constitui autovinculação destas últimas

42 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20, salientando os Autores que a responsabilidade civil emergente de atos positivos "tem caráter genérico, na medida em que decorre de um dever também genérico de não lesar ativamente as posições jurídicas subjetivas de outrem (...)".

43 Sobre esta figura, cuja distinção face a outras e afins não é, apesar de tudo, unívoca nem evidente, cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 376-377; Otero, 2003: 911-912; Gonçalves, 2001: max. 742 ss.; Amado Gomes, 1999: 224 ss.

44 Aqui se assinalando um momento de relevância da distinção entre liberdade jurídica e liberdade fáctica – cfr. Gonçalves, 2001: 731. Como adiante diz o Autor, a recomendação expressa uma "preferência pública", sem que constitua pretensão da administração, porém, "retirar ao destinatário a liberdade (fáctica) de adotar comportamentos alternativos" – cfr. p. 743. Independentemente da sua qualificação dogmática, é inegável, contudo, que as recomendações "condicionam os comportamentos jurídicos" – cfr. Amado Gomes, 1999: 234.

quanto à conduta que entendem ser a melhor para a categoria (hipótese) de casos em questão.

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

O habitual será, no entanto, que tais recomendações sejam seguidas, em razão da particular "qualidade" das entidades reguladoras, mas também, mais concretamente, do ónus inerente à justificação da dispositividade e suas consequências[45].

3.2.3. Omissões

As *omissões* implicam também referência particular.

Desde logo porque à administração pública assiste sempre o dever, "nos domínios abrangidos pelas suas tarefas de polícia", de evitar a produção de danos para terceiros[46]. No que toca às recomendações, muito embora pareça difícil considerar ilícita a omissão de "certa" recomendação, nem por isso a ausência de recomendações em certo domínio pode deixar de ser considerada relevante, designadamente, para efeitos de preenchimento da cláusula de "funcionamento anormal do serviço" (artigo 7.º, n.º 3 RRCEC).

1.2. Ilicitude

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

Assim, tem-se por ilícita toda a conduta violadora do chamado "bloco de legalidade", sendo este composto por princípios e regras constitucionais, legais, regulamentares, seja a sua origem nacional, internacional ou europeia[48].

---

45 Pode, assim, dizer-se destas recomendações serem elas "medidas moles de efeitos duros", como certa doutrina alemã diz especificamente das advertências, o que leva a "não desconsiderar a importância do princípio da legalidade administrativa" (cfr. Gonçalves, 2011: 759 e 774 ss.).

46 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20.

47 Cfr. Otero, 2013: 80.

48 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20-21.

Relativamente a esta última dimensão em particular – Direito da União Europeia (DUE) – é hoje em dia indubitável que integram o "bloco de legalidade" que vincula a administração pública as normas de Direito da União Europeia que gozem de aplicabilidade direta ou de efeito direto, cuja violação impõe então considerar verificado o pressuposto da ilicitude da responsabilidade extracontratual da administração[49].

Nem por isso deve desconsiderar-se, ainda assim, que desde os anos noventa do século XX, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) admite a responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia por parte da administração (cfr. acórdão *Hedley Lomas*[50] , aplicando as considerações anteriores dos famosos acórdãos *Francovich*[51] e *Brasserie du Pêcheur*[52])[53].

Normalmente, a responsabilidade civil dos Estados-Membros por incumprimento do DUE exige a verificação de três requisitos, a saber: (i) estar em causa a violação / incumprimento de uma norma que atribua direitos a particulares; (ii) tratar-se de uma *violação suficientemente caracterizada*, no sentido de ser grave e manifesta; (iii) e existir um nexo de causalidade entre a violação e o prejuízo sofrido pelo particular envolvido[54].

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

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

---

49 Considerando, aliás, que a desaplicação interna do "Direito Comunitário primário (...) se traduz sempre numa violação da cláusula constitucional de empenhamento na edificação da União Europeia", e que "também o Direito Comunitário derivado goza de prevalência sobre o Direito interno infraconstitucional anterior e posterior: a desaplicação do Direito Comunitário derivado pelo Direito interno infraconstitucional padecerá sempre, nos termos da cláusula constitucional de empenhamento na edificação da União Europeia, de inconstitucionalidade.", cfr. Otero, 2003: 612.

50 Acórdão Hedley Lomas, proc. 5/94, de 23 de maio de 1996.

51 Acórdão Francovich, procs. apensos C-6/90 e 9/90, de 19 de novembro de 1991.

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

53 Cfr. Oliveira, 2010: 622.

54 Cfr. Otero, 2016: 239; Rangel de Mesquita, 2009: 33 ss.; Oliveira, 2010: 621 ss.

55 Cfr. Rangel de Mesquita, 2009: 36, em nota.

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

(i) Dos danos causados por ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício;
(ii) Quando os danos resultem do funcionamento anormal do serviço[56] quando estes não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado.

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

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

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

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

57 Ou da violação do "bloco legal" que redunde em violação de norma de proteção da posição jurídica cuja lesão se pretende ver reparada: cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 21.

58 Cfr. Otero, 2003: 701-702. Sobre a autotutela administrativa e suas várias dimensões, cfr. Guerra da Fonseca, 2012: 243 ss.

59 O artigo 11.º, n.º 2, do CPA assenta a responsabilidade da administração pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não obrigatórias, o que, como notam Rebelo de Sousa e Salgado de Matos, 2008: 20-21, constitui situação específica de ilicitude para efeitos de responsabilidade civil administrativa decorrente da prestação de informações. Cfr. também Esteves de Oliveira; Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2003: 118 ss.

1.3. Culpa

3.3.1. Enquadramento

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

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

Ademais, se a diligência das pessoas coletivas "é, no fundo, a diligência das pessoas singulares que constituem os seus titulares de órgãos e agentes"[60], e se são essas mesmas pessoas singulares que fazem a credibilidade das entidades reguladoras, não pode senão admitir-se a possibilidade de relevância da correspondente *culpa in eligendo* quando a escolha dos titulares de órgãos e agentes, no âmbito da própria entidade reguladora, não respeite a particular exigência decorrente daquela heterovinculação, e daí decorra uma atuação lesiva para os regulados[61].

Não está apenas em causa, como é bom de ver, obviar a qualquer tendência *benevolente nos padrões de diligência das condutas dos titulares de órgãos ou agentes administrativos de topo, em razão da importância das funções que lhe estão cometidas*[62], mas uma particular responsabilização da entidade reguladora pela escolha (*v.g.*, ao nível da eleição dos critérios de seleção e da margem de livre apreciação na respetiva avaliação) dos seus agentes, que tem de refletir, desde logo, as exigências que dão substância àquela heterovinculação[63].

Por outras palavras, neste mesmo "momento de seleção" começa a "missão" das entidades reguladoras.

---

60 Cfr Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 26-27.

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

62 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 26.

63 Tais exigências poderão aproximar-se da categoria dos "deveres não relacionais" – cfr. Gomes Canotilho, 2003: 250-1251.

No que respeita ao pressuposto da *culpa*, há que observar o regime geral constante do artigo 10.º, n.º 2 do RRCEC, segundo o qual, sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos[64].

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

3.3.2. Culpa leve e culpa grave

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

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

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

Sobre a operatividade desta solução legal face à atividade dos reguladores, deve considerar-se que estes gozam de um estatuto de independência inerente à atuação dos titulares dos seus órgãos e, por isso, é necessário assegurar-lhes a liberdade indispensável à tomada de decisões. De outro modo, estar-se-ia a limitar a independência de decisão dos titulares dos seus órgãos, uma vez que, sobre eles, pairaria sempre o fantasma do exercício obrigatório do direito de regresso a ser acionado pelo Estado.

Note-se também que, nestas situações, pode acontecer que os titulares dos órgãos, ao verem exercido o direito de regresso obrigatório, poderiam encontrar-se perante uma situação em que o seu património passasse a estar totalmente onerado em virtude do exercício do direito de regresso, o que, além

64 Como sublinha Aroso de Almeida, 2015: p. 492, esta solução legislativa é inteiramente justificada, tanto mais que, "por via de regra, existe efetivamente culpa na emissão de atos administrativos ilegais, já que o primeiro dever da Administração é conhecer e respeitar o Direito, pelo que se afigura inteiramente justificada a consagração formal de uma presunção de culpa no domínio da responsabilidade da Administração por danos resultantes da prática de atos administrativos ilegais".

do mais, teria como consequência reflexa o desincentivo ao aparecimento de interessados, com elevado grau de competência, que quisessem assumir esses cargos.

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

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

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

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

---

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

66 Na Alemanha, a lei prevê a imunidade da autoridade de supervisão por falhas de supervisão bancária que tenham provocado danos a terceiros. Contudo, a jurisprudência dos Tribunais alemães, na sequência de dois acórdãos proferidos em 1979, foi contrária a esta solução considerando que, atendendo à lei bancária alemã de 1961 e às finalidades da supervisão bancária, o "Kreditwesengesetz –. KWG" teria, afinal, o propósito de proteger as pessoas com créditos bancários que, em virtude de uma qualquer falha de supervisão, lhes tenham causado um dano podendo, consequentemente, reclamar uma indemnização. Em 1984 o "Kreditwesengesetz –. KWG" foi alterado, tendo sido acrescentando um novo paragrafo (3) ao então § 6 da respetiva lei, ficando agora expressamente determinado que o supervisor bancário, quando atue no exercício das suas competências e em conformidade com o seu estatuto legal, ao fazê-lo, fá-lo exclusivamente em função do interesse público. Pretendeu-se, desta forma, afastar a possibilidade de terceiros poderem reclamar do supervisor uma indemnização, por danos que lhe foram causados, em resultado de falhas na supervisão bancária.
Descrevendo todos estes factos, cfr. Santos Conde, 2016: 261.

67 Assim, Maçãs, 2011: 67.

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

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

1.4. Funcionamento anormal do serviço

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

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

A este propósito, podem suscitar-se algumas questões resultantes da atuação das entidades reguladoras do setor financeiro no contexto da crise económica que atravessaram – e atravessam – e que se relacionam, nomeadamente, com (i) o modelo institucional de regulação; (ii) com os novos produtos financeiros, cada vez mais complexos, que devem ser apreciados e escrutinados pelos reguladores e (iii) a escassez de meios humanos e financeiros que permitam às entidades reguladoras cumprir, de forma cabal, a missão de que foram incumbidas[70].

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

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

Atente-se no setor financeiro. Neste podem ser adotados fundamentalmente três modelos institucionais de regulação: o modelo único; o modelo tripartido

68 Cfr. Maçãs, ibidem. No mesmo sentido, Amado Gomes, 2008: 36.

69 Neste sentido, cfr. Mendonça Gonçalves, 2015.

70 Cfr. Santos Conde, 2016: 265.

e o chamado modelo *twin peaks*. Nenhum deles provou, até hoje, ser melhor do que outro, num contexto pré ou pós-crise.

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

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

Por outro lado, a crescente complexidade dos produtos financeiros não pode, igualmente, motivar a responsabilidade das entidades reguladoras. Neste domínio assiste-se, frequentemente, a um "jogo do gato e do rato" em que as entidades reguladoras procuram atuar de forma reativa face aos novos produtos que entretanto surgem no mercado.

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

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

Porém, e em sentido oposto, sempre se dirá que vivemos, hoje, numa sociedade altamente dependente do são funcionamento da atividade bancária. Assim, o legislador deve atender a esta realidade fáctica aquando do processo legislativo e, em Portugal, fê-lo, ao compreender na responsabilidade por culpa leve e no mau funcionamento do serviço a responsabilidade da entidade de supervisão sobre a qual impende um especial dever de garante.

Deste modo, os reguladores do setor financeiro devem atuar com especial diligência, rigor, eficácia e assertividade. É isto que a sociedade exige do

71 Cfr. Maçãs, 2011: 67.

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

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

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

Neste domínio, a escassez de meios humanos ou materiais pode, consequentemente, justificar o *funcionamento anormal do serviço.* O que está aqui em causa é a especial posição ou "qualidade" destas entidades relevante para efeitos da aferição do *anormal funcionamento do serviço*, porque tal anormalidade se verifica a respeito da sua deficiente organização ou atividade material.

1.5. Nexo de causalidade

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

---

72 Como já noutros lugares se afirmou, não se vê que a organização administrativa – como, aliás, qualquer outra atividade estadual – possa deixar de se referir aos direitos fundamentais e ainda assim pretender permanecer no quadro da constitucionalidade (cfr. Guerra da Fonseca, 2010: 1215 ss.) Sobre esta temática, bem como sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no domínio de "matérias estranhas aos direitos fundamentais", com várias referências à doutrina germânica, cfr. Gonçalves, 2005: 944-945; mais adiante, afirma o Autor que "[a]pesar do limitado relevo dos direitos fundamentais em matéria de organização administrativa, não pode deixar de se entender que o legislador se encontra constitucionalmente impedido de configurar o modelo de organização administrativa em termos que representem um perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos" – cfr. 990, em nota.

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

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

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

Por isso, ou também por isso, talvez se justifique o recurso melhor a superações teóricas da teoria da causalidade adequada que apontam a necessidade de uma imputação sobretudo objetiva: (i) como à *teoria da esfera de proteção* ou "do fim de proteção do mandado de cuidado", que considera verificado o nexo causal entre fato e dano sempre que este "incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjetivo ou pela norma de proteção"[74]; (ii) ou mesmo à *teoria da conexão do risco*, concebida por Roxin para o domínio jurídico-penal, nos termos da qual haverá imputação objetiva caso se verifique criação ou aumento (ação) ou a sua não eliminação ou não diminuição (omissão) "de um risco não permitido" concretizando-se este num dano[75].

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

Com efeito, e no domínio da regulação do setor financeiro, estaremos em presença de dois potenciais agentes causadores do dano: (i) o regulador, na medida em que tenha contribuído, com a sua omissão ilícita e culposa, para a ocorrência do dano para terceiros, e (ii) o regulado, na medida em que, atuando

---

73 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 31.

74 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 31.

75 Cfr. *idem*, pp. 31-32, considerando que se trata, "porventura, da construção mais aperfeiçoada da teoria da causalidade jurídica".

ilicitamente sobre a realidade concreta, provoque danos a terceiros. Estamos assim perante um problema de concausa.

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

Embora seja difícil, cremos ser possível estabelecer-se um nexo de causalidade entre o facto e o dano em sede de apuramento de responsabilidade para com a entidade reguladora. Assim, face a omissões de supervisão que, em concreto, tenham contribuído de forma adequada para a produção do resultado lesivo ao terceiro podemos afirmar a possibilidade de imputação do facto ao dano, responsabilizando assim a autoridade supervisora.

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

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

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

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

---

76 No caso Murphy v. Brentwood District Council, ocorrido em 1990, no Reino Unido, discutia-se uma situação em que o Senhor Murphy tinha comprado uma casa, com as licenças legalmente devidas, tendo vindo a descobrir, posteriormente, que o imóvel tinha deficiências de construção profundas. Consequentemente propôs uma ação contra a autoridade municipal Brentwood District Council, exigindo o pagamento de uma indemnização pelo dano causado em virtude da falha daquela entidade no dever de fiscalização. O autor obteve vencimento de causa na primeira instância. Porém, a decisão foi revogada na Câmara dos Lordes considerando que, neste caso, não se podia responsabilizar o supervisor uma vez que não tinha sido este a causar o dano em apreço. Esta decisão alterou uma outra, anterior, dos tribunais ingleses – o caso Anns v. Merton London Borough, de 1978 – que, perante factos idênticos, tinha concluído pela responsabilidade do supervisor, por considerar que os órgãos municipais encarregados de fiscalizar as atividades de construção têm um dever de vigilância (*duty of care*).

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

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

No plano das relações internas o problema é mais complexo.

Isto porque (i) não existe regra especial em nenhum dos diplomas que regem as entidades reguladoras do setor financeiro que preveja a possibilidade de exercício de direito de regresso relativamente a entidades reguladas quando da ocorrência de um dano indemnizável a um terceiro lesado em virtude de uma atuação danosa praticada pelo ente regulado que afete a esfera jurídica daquele mesmo terceiro – pese embora haja a ocorrência de alguma falha, e (ii) prevê-se apenas a possibilidade do exercício do direito de regresso dos reguladores em relação aos seus agentes relativamente a decisões que estes tomem na medida da gravidade da sua culpa, i.e., quando a gravidade da conduta do agente o justificar, salvo se a mesma constituir crime, ou seja, esta previsão normativa destina-se às situações típicas de ocorrência de atuações positivas.

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

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

---

77 Há inúmera jurisprudência sobre responsabilidade dos bancos perante clientes. Assim, v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 153/13.8TVLSB.L1-7: *"I- (...) pode concluir-se que o Banco se vinculou, perante a A., a coassumir a obrigação de reembolso do capital subscrito e respetivos juros que sobre a entidade emitente do dito papel comercial recaía, assegurado o pagamento como direto responsável por ela; II- Ainda que assim se não entenda, e tendo em conta que o produto financeiro em questão não tinha as reais características descritas, sempre será de concluir que o Banco violou de forma grosseira o dever de informação a que estava obrigado, convencendo desse modo a A. a subscrever o papel comercial (...) o que o torna responsável pelos prejuízos causados* à A.*, quer pela sua atuação na formação do contrato, quer na celebração e execução do mesmo".* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra n.º 1432/09.4T2AVR. C1: *"1. Se as informações prestadas por um banco são inexatas, incompletas ou falsas e foram causais da celebração de um ato ou contrato, então terá aquele de ser responsabilizado pelos danos que assim causa, quer por via contratual quer extracontratual".*

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

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

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

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

Basta pensar nos casos em que, por exemplo, se exerçam poderes sancionatórios ou inspetivos, ou quando seja necessário efetuar-se buscas em qualquer local onde se desenvolve a atividade do regulado ou até quando haja "a violação dos direitos de defesa, quando no caso de instrução de processo de contraordenação, seja necessário proceder à apreensão do documentos, apreensão de documentos, apreensão ou congelamento de valores"[78].

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

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

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

---

78 Cfr. Maçãs, 2011: 73.

79 Cfr. *idem*, p. 74.

1.6. Obrigação de indemnizar

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

Indubitável também é a responsabilidade pessoal dos titulares de órgãos e agentes das entidades reguladoras por ações ou omissões no âmbito das suas funções que constituam ilícitos geradores de danos para terceiros[80], quando tais ações ou omissões o sejam com "dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo" (artigo 1.º, n.os 3 e 4, e artigo 8.º, n.º 1, do RRCEC).

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

Havendo aqui situações várias a distinguir[81], não deve descartar-se a hipótese de recair no Estado a obrigação de indemnizar quando o património das entidades reguladoras se mostra insuficiente.

Aqui há a considerar os seguintes aspetos:

i) Em primeiro lugar, a criação de entidades reguladoras só pode justificar-se quando represente um ganho em termos de implementação dos direitos fundamentais como, aliás, para a organização administrativa em geral.

ii) Nunca pode tratar-se, por conseguinte, de uma forma de desoneração do Estado relativamente ao desempenho das suas tarefas essenciais e incumbências prioritárias, mas antes, pelo contrário, um mecanismo de melhor desempenho dessas tarefas e incumbências, pautado pelo princípio da proporcionalidade.

iii) Se só pode, então, estar-se perante um reforço da garantia dos direitos fundamentais, a desconcentração através da criação de entidades reguladoras nunca pode significar uma limitação da responsabilidade do Estado que ponha em causa esse mesmo reforço: assim o ordena o princípio da máxima efetividade interpretativa das normas que consa-

80 Cfr. Costa e Silva, 2006: 561.

81 Pela escolha dos titulares dos órgãos da entidade reguladora (*culpa in eligendo*), inclina-se a doutrina para uma resposta negativa, em face dos "dados do sistema positivo": como diz Paula Costa e Silva, estando em causa "a responsabilidade do titular do órgão por fato ilícito, presumindo-se a sua autonomia de atuação face ao Estado no cometimento desse ilícito (uma vez que o titular do órgão da autoridade independente não recebe quaisquer ordens ou instruções exógenas), não seria possível encontrar título de imputação da obrigação de indemnizar a quem o escolheu" (cfr. Costa e Silva, 2006: 563).

gram direitos fundamentais (como o artigo 22.º da CRP) e de outras que lhe sejam instrumentais[82].

iv) A personalidade coletiva distinta da do Estado para desempenho de fins deste não pode, portanto, degradar as garantias dos administrados, designadamente em sede de ressarcibilidade por danos em sede de responsabilidade civil, conduzindo à responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados pela atividade das entidades reguladoras, após excussão do seu património[83].

1.7. Noção de terceiros para efeitos de apuramento da responsabilidade

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

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

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

  (i) Agentes económicos *proprio sensu* e
  (ii) Titulares do respetivo capital ("sócios"[84] ou "titulares de valores mobiliários emitidos por essas entidades"[85]).

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

---

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

83 Para conclusão idêntica, mas relativamente a dívidas das entidades públicas empresariais (EPE), cfr. Assis Raimundo, 2009: 707 ss.

84 Cfr. Menezes Cordeiro, 2004: 76.

85 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 97 ss.

86 A regulação encontra várias justificações teórico-racionais, à luz do princípio democrático, desde a teoria do interesse público (conceção tradicional e corrente, segundo a qual são os interesses gerais que

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

Não se suscitam dúvidas relativamente à sua inserção no perímetro de aplicação do RRCEC. Estes podem ser indemnizados em virtude de ações ou omissões praticadas por entidade reguladora que, de forma ilícita e culposa, lhes provoquem danos. Podem estar em causa, exemplificativamente, atos praticados pelo regulador que atentem contra a sua credibilidade, bom nome e reputação como vimos anteriormente.

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

Aqui devem abrir-se duas sub-hipóteses.

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

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

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

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

Ainda na esteira de Edmilson Conde, pode afirmar-se que o problema sucede "(…) perante a ocorrência de danos causados a acionistas de um banco

---

justificam a regulação, como aliás toda a atividade económica pública) à teoria da proteção das atividades reguladas (para a qual a regulação deriva dos interesses dos regulados, restringindo a concorrência excessiva e defendendo-os contra atividades concorrentes (aqui na senda de Stigler e da escola de Chicago): sobre esta temática, Vital Moreira, 1997: 17 ss.; Vital Moreira e Maçãs, 2003: 9 ss. No sentido de que o termo "regulação" se transformou progressivamente numa fórmula genérica para designar a ação do Estado ou mesmo a intervenção de outros agentes económicos, cfr. Mockle, 2008: 45.

87 Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 1082.

88 Cfr. Santos Conde, 2016.

que, no papel de investidores, tenham de alienar as suas ações em condições objetivamente mais desvantajosas das que existissem na hipótese de não ter ocorrido uma falha de atuação do supervisor que tivesse provocado ou potenciado esse dano.

Relativamente a este problema a doutrina tem-se dividido entre, (i) aqueles que negam a possibilidade de indemnizar os acionistas lesados caso haja uma falha de atuação do supervisor que contribua para a produção dos danos por eles sofridos, e (ii) os que admitem a ressarcibilidade dos danos em sede indemnizatória, relativamente aos acionistas, em resultado de uma lesão patrimonial decorrente, ou potenciada, por falhas de atuação do supervisor"[89].

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

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

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

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

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

---

89 Cfr. *ibidem*, ponto 4.

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

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Pedro de & Pereira, Maria de Lurdes

2004 *A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão*, O Direito, Ano 136.º, I.

Amado Gomes, Carla

1999 *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública,* Coimbra: Coimbra Editora.

2007 *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.

2008 *O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, in A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por facto ilícito.

Aroso de Almeida, Mário

2015 *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina.

Canotilho, J. J. Gomes

2003 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Coimbra: Almedina.

Canotilho, J. J. Gomes & Moreira, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa,* 4.ª Ed., I, Coimbra: Coimbra Editora.

Costa e Silva, Paula

2006 *As autoridades independentes. Alguns aspetos da regulação económica numa perspetiva jurídica*, O Direito, ano 138, III.

Cunha Rodrigues, Nuno

2009 *A regulação da Saúde, in AAVV., Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina.

2014 *A nova Lei Quadro das Entidades Reguladoras,* in Revista Direito & Política, n.º 6, fevereiro-abril.

Esteves de Oliveira, Mário, Costa Gonçalves, Pedro & Amorim, J. Pacheco de

2003 Código do Procedimento Administrativo – Comentado, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina.

Guerra da Fonseca, Rui

2008 *Comentário à Constituição Portuguesa, II – Organização Económica (artigos 80.º a 107.º), coord. Paulo Otero*, Coimbra: Almedina.

2010 *Sobre uma hipotética harmonização europeia ao nível dos campos de aplicação da descentralização territorial*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha –Volume I – Assuntos Europeus e Integração Económica, Coimbra: Almedina.

2012 *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*. Coimbra: Almedina.

Gonçalves, Pedro

2005 *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina.

2011 *"Advertências da Administração Pública"*, in Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra.

Judt, Tony

2010 *Um Tratado Sobre os Nossos Actuais Descontentamentos*, trad. Marcelo Félix, Edições 70, Lisboa.

Leitão Marques, Maria Manuel, Almeida, João Paulo Simões de & Forte, André Matos

2005 *Concorrência e Regulação*, Coimbra

Lucas Cardoso, José

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

Maçãs, Fernanda

2011 *Responsabilidade civil das entidades reguladoras*, CJA, n.º 88 (Jul-Ago).

Mendonça Gonçalves, João

2015 *Da culpa leve na responsabilidade extracontratual do Banco de Portugal*, IVM, Lisboa.

Menezes Cordeiro, António

1984 *Da Boa Fé no Direito Civil, II.* Coimbra: Almedina.

2004 *Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas*, O Direito, Ano 136.º, I.

2009 Tratado de Direito Civil Português, I, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

Mockle, Daniel

2008 *La gouvernance, le droit et l'État,* Emile Bruylant.

Moreira, Vital

1997 *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Almedina.

1997 *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina.

Moreira, Vital & Maças, Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projeto de lei-quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.

Oliveira, Heloísa

2010 *Jurisprudência comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Influência, omissão e desconformi-*

dade, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, IV, Coimbra, Coimbra Editora.

Paz Ferreira, Eduardo & Morais, Luís

2009 *A regulação setorial da economia – Introdução e Perspectiva Geral, in Regulação em Portugal, Novos Tempos, Novo Modelo?,* Coimbra: Almedina.

Prata Roque, Miguel

2009 *Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social.*

Otero, Paulo

1995 *O Poder de Substituição em Direito Administrativo, II,* Lisboa: Lex.

2003 *Legalidade e Administração Pública,* Coimbra: Almedina.

2009 *Instituições Políticas e Constitucionais, I,* Coimbra: Almedina.

2013 *Manual de Direito Administrativo, I*, Coimbra: Almedina.

2016 *Direito do Procedimento Administrativo, I,* Coimbra: Almedina.

Rangel de Mesquita, Maria José

2009 *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina.

Raimundo, Miguel Assis

2009 *Da responsabilidade por dívidas das empresas públicas dotadas de personalidade jurídico-pública (E.P.E. e E.E.L.)*, Separata da Revista de Direito das Sociedades, Ano I, 3.

Rebelo de Sousa, Marcelo & Salgado de Matos, André

2008 *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral, III*, Lisboa: Dom Quixote.

Santos Conde, Edmilson Wagner

2016 *Breves reflexões sobre a Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras: em especial, o caso do Banco de Portugal*, Revista E-publica, volume 3, n.º 2, novembro.

Sérvulo Correia, J. M.

1987 *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos,* Coimbra: Almedina.