



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Reguladoras do Setor Financeiro

Maria João Torres Cruz

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Reguladoras do Setor Financeiro

Maria João Torres Cruz

Orientador: Professora Doutora Carla Amado
Gomes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

À minha família.

Agradecimentos

Um primeiro e especial agradecimento é devido à Professora Doutora Carla Amado Gomes, não só enquanto docente da parte letiva deste mestrado que agora concluo, mas também, e em particular, pela tarefa de orientação desta dissertação, sem qual este trabalho não teria sido possível.

Mas outros agradecimentos são, naturalmente, devidos. Desde logo, à minha família, pelo apoio incondicional. Em especial, às minhas irmãs, pela admiração que por vezes acho pouco merecida, e que há muito vem alimentando a minha ambição e força de vontade, sem as quais esta e outras conquistas não teriam sido possíveis.

Ao José, pela motivação ao longo de toda esta etapa que agora chega ao fim.

Aos meus amigos, pela entreaajuda constante e pelas palavras de encorajamento.

Aos docentes da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, pela sabedoria que com tanto engenho transmitiram.

A todos, o mais sincero agradecimento!

Resumo

A temática da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro reveste, nos dias de hoje, uma relevância singular, em grande parte graças aos colapsos recentemente vividos no setor bancário português. O presente texto visa oferecer um entendimento teórico geral sobre a temática da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras – em especial, as do setor financeiro –, através do estudo do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

Pretende-se, acima de tudo, oferecer uma perspetiva crítica do regime legal, questionando-se a bondade de algumas soluções, bem como explanando divergências doutrinárias que se fazem sentir a respeito de diversos aspetos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil extracontratual; entidades administrativas independentes; atividade de regulação; setor financeiro; ilicitude; culpa; dano; nexo de causalidade.

Abstract

The issue of non-contractual civil liability of the state and other public entities is, today, of singular relevance, largely thanks to the collapses recently experienced in the Portuguese banking sector. This text aims to offer a general theoretical understanding on the theme of non-contractual civil liability of regulatory entities – in particular, those of the financial sector – through the study of the legislation that regulates the non-contractual civil liability of the state and other public entities.

It is intended, above all, to offer a critical perspective of the legal regime, questioning the goodness of some of the solutions, as well as explaining doctrinal divergences that are felt concerning different aspects.

Keywords: Non-contractual civil liability; independent regulators; regulation; financial sector; unlawful; fault; damages.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas.....	10
1. Introdução.....	12
2. O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEE) – a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.....	13
3. A Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Reguladoras.....	14
3.1. A noção de entidades reguladoras	14
3.2. A responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras em geral	16
3.3. A responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro – o Banco de Portugal (BdP), a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)	18
3.3.1. A aplicação do RRCEE ao BdP.....	20
3.3.2. A aplicação do RRCEE às demais entidades reguladoras do setor financeiro	25
3.4. O regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro	25
3.4.1. Responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras por facto ilícito.....	25
3.4.2. Responsabilidade por culpa <i>in vigilando</i>	32
3.4.3. A indemnização pelo sacrifício	34

3.4.4. A culpa do lesado no contexto da atividade regulatória no âmbito do setor financeiro	35
3.5. A responsabilidade civil concorrente	37
3.5.1. Responsabilidade civil do regulador e do regulado.....	38
3.5.2. Responsabilidade civil do regulador e do Estado.....	39
3.5.3. Responsabilidade civil do regulador nacional e de ente público europeu....	39
4. A Obrigação de Indemnizar	40
5. Conclusão	41
Bibliografia.....	43

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
ASF	Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões
<i>BaFin</i>	<i>Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i>
BCE	Banco Central Europeu
BES	Banco Espírito Santo
BdP	Banco de Portugal
BPN	Banco Português de Negócios
BPP	Banco Privado Português
<i>Cfr.</i>	Conferir
CIDP	Centro de Investigação de Direito Público
CMVM	Comissão de Mercado de Valores Mobiliários
<i>Coord.</i>	Coordenação
CRP	Constituição da República Portuguesa
CVM	Código dos Valores Mobiliários
ICJP	Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
P.	Página
PGDL	Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
SEBC	Sistema Europeu de Bancos Centrais
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia

Vol.

Volume

1. Introdução

A temática da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro reveste, nos dias de hoje, uma relevância singular, em grande parte graças aos colapsos vividos no setor bancário português – pensemos nos casos do BPN¹, do BPP², do BES³ e do BANIF⁴. Em todas estas situações foram sofridos danos por parte de investidores que registaram perdas nos seus investimentos e, conseqüentemente, intentaram ações judiciais contra as instituições bancárias em questão, mas também contra as entidades reguladoras com competências de supervisão (o BdP e a CMVM).

Ao longo do presente texto, abordaremos a temática da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras, em especial as do setor financeiro (onde o setor bancário se encontra) – o BdP, a CMVM e a ASF. Trataremos, essencialmente, de questões relacionadas com a aplicabilidade do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas estabelecido pelo regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, às entidades reguladoras em geral e às do setor financeiro em especial; o regime de responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos destas entidades (e os respetivos pressupostos, já bem conhecidos do Direito Civil – facto, ilicitude, culpa, dano e nexó de causalidade), bem como o regime de responsabilidade civil por *culpa in vigilando*. Abordaremos ainda questões como a indemnização pelo sacrifício, a culpa do lesado e a responsabilidade civil concorrente.

A compreensão da temática que aqui nos propomos a estudar revela uma especial dificuldade, que se explica, em grande parte, pela complexidade que a natureza das atividades por elas prosseguidas assume, bem como pelo impacto que essa atividade pode, em abstrato, provocar no âmbito dos direitos dos regulados.

Procuramos, com este estudo, oferecer uma abordagem teórica completa da temática da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras – em particular, as do setor financeiro –, apontando os principais desafios que se colocam à efetivação dessa responsabilidade, bem como soluções para que estes sejam ultrapassados.

¹ Objeto de nacionalização em 2008, por via da Lei n.º 62-A/2008, de 11 de novembro.

² Após intervenção do BdP entre novembro de 2008 e abril de 2010, e na sequência da retirada da licença para o exercício da atividade bancária, entrou em liquidação.

³ Objeto de medida de resolução, na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 145.º-E do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras em agosto de 2014.

⁴ Objeto de medida de resolução, na modalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 145.º-E do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras em dezembro de 2015.

2. O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEE) – a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro

A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, veio estabelecer o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa (cfr. n.º 1 do artigo 1.º do RRCEE). É a “concretização do comando constitucional consagrado no artigo 22.º da CRP”⁵, que estabelece um verdadeiro “princípio geral de responsabilidade do Estado e demais entidades públicas”⁶.

O RRCEE revogou e substituiu o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1969, que durante décadas regulou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas.

O atual quadro legal inovou ao estender o regime da responsabilidade civil ao exercício das funções jurisdicional e legislativa⁷, em parte por força de um impulso da doutrina e jurisprudência, que ancoravam no artigo 22.º da CRP a possibilidade de exigir uma indemnização por danos causados pelo Estado e demais pessoas coletivas públicas “no exercício das suas funções”⁸.

Como ensina JORGE SILVA SAMPAIO⁹, o atual regime inovou também no sentido de um alargamento subjetivo, ao abranger *i)* “a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de ações ou omissões adotadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício” (artigo 1.º, n.º 3 do RRCEE) e *ii)* “a responsabilidade civil de pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por ações ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” (artigo 1.º, n.º 5 do RRCEE).

⁵ SILVA SAMPAIO, Jorge, “A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018, p. 39

⁶ MEDEIROS, Rui, *Anotação ao artigo 22.º*, in MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2005, p. 472.

⁷ O Decreto-Lei n.º 48 051 apenas abrangia os atos integrados na função administrativa.

⁸ Como ensina a Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (PGDL), in *Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007 – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* (disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/textos/files/tex_0040.pdf), p. 1.

⁹ SILVA SAMPAIO, Jorge, *op. cit.*, p. 40.

Ao mesmo tempo que alarga o âmbito subjetivo da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, o atual regime legal procede ainda a uma “progressiva objetivação da culpa na responsabilidade civil da Administração por facto ilícito” e “alarga a responsabilidade civil pelo risco e os pressupostos da indemnização por sacrifício”¹⁰, mesmo não sendo clara “a existência de uma imposição constitucional nesse sentido em face da letra do artigo 22.º da CRP”¹¹.

Urge não esquecer a evolução do regime de responsabilidade civil das entidades públicas. Note-se que, de um cenário de “irresponsabilidade” do Estado¹², passou-se a um regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, que se encontram, hoje, obrigadas a reparar os danos causados aos lesados.

3. A Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Reguladoras

3.1. A noção de entidades reguladoras

Afigura-se necessária a uma boa compreensão do tema objeto do nosso estudo, antes de passarmos à análise do regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras, uma breve excursão pela própria noção de entidades reguladoras, que se nos apresenta, aqui, como basilar.

A disciplina legal destas entidades resulta da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto¹³ – Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, que rege as entidades reguladoras (com exceção do BdP e da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que se regem por legislação própria, conforme resulta do disposto no artigo 2.º, n.º 3 do diploma).

Ora, entidades reguladoras são, tal como definidas pelo referido normativo, “pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da atividade económica, de

¹⁰ MEDEIROS, Rui, *Anotação ao artigo 22.º...*, *op.cit.*, p. 473.

¹¹ SILVA SAMPAIO, Jorge, *op. cit.*, p. 41.

¹² Marcado pela célebre frase “*The king can do no wrong*”.

¹³ Esta Lei surgiu na decorrência do “Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica” assinado pelo governo português a 17 de maio de 2011, como ensinam NUNO CUNHA RODRIGUES e RUI GUERRA DA FONSECA – CUNHA RODRIGUES, Nuno, e GUERRA DA FONSECA, Rui, “*A Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Reguladoras e do Estado no Setor Financeiro*”, in *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*, Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2018, p. 85 (http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_RespCivil_PP.pdf).

defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção da defesa da concorrência dos setores privado, público, cooperativo e social” (artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2013). É importante sublinhar que o âmbito de aplicação da Lei n.º 67/2013 é menos abrangente do que a noção de entidade administrativa independente. Isto é, cabem neste conceito mais lato de entidade administrativa independente as entidades reguladoras abrangidas pelo referido diploma, mas também outras (como sejam a Comissão Nacional de Eleições e a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos). É por esta razão que o legislador utiliza, no n.º 1 do artigo 3.º, a expressão “com atribuições em matéria de regulação da atividade económica”¹⁴.

Tendo presente a noção legal, cabe-nos agora analisar a evolução e a própria razão de ser da figura. Ora, as entidades reguladoras, que visam “o desempenho de funções de regulação de diversas atividades económicas, desenvolvidas pelos setores privado, público e cooperativo”¹⁵, surgem como consequência de uma profunda alteração do papel do Estado no domínio da economia, num contexto de um “generalizado movimento de liberalização”¹⁶ desta, que desde meados da década de 80 do século XX caracteriza a Europa. Esta verdadeira “revolução regulatória”¹⁷ caracterizou-se, por um lado, por uma progressiva “desintervenção do Estado na economia”¹⁸ (o Estado como *regulador* de uma economia cada vez mais privatizada e submetida ao mercado), e, por outro lado, e um pouco na esteira da tradição reguladora norte-americana, por uma “desgovernamentalização da regulação”¹⁹, isto é, pela confiança a organismos independentes da esfera política de tarefas de supervisão.

É perante este quadro que o legislador português tem vindo a constituir entidades administrativas independentes com funções de regulação, face a uma “abertura ao mercado de muitos (quase todos) os setores da atividade económica”²⁰ – falamos de setores como os da água, transportes, energia, comunicações, banca e seguros, entre muitos outros. Podem destacar-se, essencialmente, duas das grandes finalidades que

¹⁴ CUNHA RODRIGUES, Nuno, e GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 85 e 86.

¹⁵ FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo, Vol. 1*, 4.ª edição, Almedina, 2016, p. 277.

¹⁶ MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projeto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

¹⁷ Como lhe chamam VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS - MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸ MOREIRA, Vital, MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ MOREIRA, Vital, MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 10.

²⁰ FREITAS DO AMARAL, Diogo, *op. cit.*, p. 277.

presidem à criação destas entidades²¹: *i*) por um lado, está subjacente uma ideia de neutralidade, isto é uma intenção de criar um poder neutro; e, *ii*) por outro lado, uma ideia de eficácia, de forma a garantir a diminuição da morosidade e ineficiência, características que tanto marcam a nossa Administração Pública, e as quais devem ser combatidas.

Ora, a criação destas entidades reguladoras, independentes do Governo, resulta da autorização do legislador constitucional, que no artigo 267.º, n.º 3 da CRP, ainda que “laconicamente”, como sublinha FREITAS DO AMARAL²², autoriza a criação de entidades administrativas independentes, autorização essa sem a qual não seria possível excluir pessoas coletivas públicas dos poderes de direção, superintendência e tutela do Governo, “órgão superior da Administração Pública” (artigo 182.º da CRP)²³.

Importa, no entanto, sublinhar que esta autorização do legislador constitucional não é um “cheque em branco passado ao legislador”²⁴, que não pode criar todas e quaisquer entidades administrativas independentes, correndo-se assim o risco de desaparecimento completo da Administração direta e indireta. Por essa razão, o artigo 6.º da Lei n.º 67/2013, que tem por epígrafe “processo de criação” [de entidades reguladoras], estabelece as situações em que podem (ou não) ser criadas estas entidades.

Apesar de muito mais haver a dizer acerca do conceito de entidades reguladoras, tal não se mostra adequado num texto cujo objeto de estudo é a responsabilidade civil extracontratual destas, e não o seu regime ou modo de funcionamento.

3.2. A responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras em geral

Já durante a vigência do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1969, era reconhecida a sujeição das entidades reguladoras ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, em grande parte graças à sua “inequívoca qualificação como entidades públicas de natureza administrativa”²⁵.

Essa sujeição mantém-se, hoje, naturalmente, na vigência do RRCEE, na medida em que, conforme dispõe o artigo 1.º, n.º 1 do RRCEE, “a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos

²¹ MENEZES LEITÃO, Luís, *A Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, ICJP, CIDP, p. 2 (disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/416-364.pdf>).

²² FREITAS DO AMARAL, Diogo, *op. cit.*, p. 278.

²³ Conforme ensina FREITAS DO AMARAL - FREITAS DO AMARAL, Diogo, *op. cit.*, p. 278.

²⁴ FREITAS DO AMARAL, Diogo, *op. cit.*, p. 278.

²⁵ CUNHA RODRIGUES, Nuno, e GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 88.

resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto na presente lei”, correspondendo ao exercício desta última – a função administrativa – “as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” (artigo 1.º, n.º 1 do RRCEE). Ora, como sabemos, a atividade de regulação é “regida por disposições e princípios de direito administrativo”²⁶, não restando dúvidas quanto à sua integração no âmbito da função administrativa.

De referir ainda o artigo 46.º, n.º 1 da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, nos termos do qual “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”.

Posto isto, “é inegável que as entidades reguladoras podem ser responsabilizadas pela sua atuação”²⁷, sendo-lhes aplicável o RRCEE²⁸.

Não obstante, importa sublinhar que os autores que sobre este tema se debruçam defendem que a atividade de regulação “pode impor um regime de responsabilidade civil próprio ou, pelo menos, diferente do previsto para a atividade administrativa em geral”²⁹. De facto, esta matéria constitui um problema jurídico complexo, “que extravasa dos quadros tradicionais em que tem sido considerada a responsabilidade civil no âmbito da função administrativa”³⁰. Assim, defende ainda alguma doutrina que a regulação de setores como o que aqui se assume como objeto de estudo – o financeiro –, pode impor certas especificidades no que respeita ao regime de responsabilidade civil³¹. Tendemos a concordar com esta linha de pensamento. Vejamos o porquê de seguida.

²⁶ CUNHA RODRIGUES, Nuno, e GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 89.

²⁷ CUNHA RODRIGUES, Nuno, e GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 89.

²⁸ Note-se que não é assim em todos os ordenamentos jurídicos: veja-se o caso da Alemanha, onde o *Kreditwesengesetz* – o Ato Bancário Alemão – prevê um regime de imunidade da autoridade de supervisão bancária, o *BaFin* (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) por falhas de supervisão que tenham provocado danos. Também o caso britânico merece aqui uma nota: o *Banking Act of 2013* consagra um regime de afastamento da responsabilidade civil do *Bank of England* e dos titulares dos seus órgãos relativamente a falhas de supervisão que tenham provocado danos, com exceção das situações em que estes tenham atuado com dolo (a *bad faith*).

²⁹ PEDRO, Ricardo, “Responsabilidade civil administrativa no âmbito das atividades de regulação e de garantia de direitos: *status quaestionis*” in *Garantia de Direitos e Regulação: Perspetivas de Direito Administrativo*, coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maças, AAFDL, 2020, p. 166.

³⁰ MENEZES LEITÃO, Luís, *op. cit.*, p. 9.

³¹ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 167.

3.3. A responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro – o Banco de Portugal (BdP), a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)

Concentrar-nos-emos agora na responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro (que, em sentido amplo, compreende o setor bancário, o setor dos valores mobiliários e o setor dos seguros³²). São elas: o BdP, a CMVM e a ASF. O setor financeiro é, assim, na definição formulada por CARLOS COSTA PINA, “o conjunto ordenado de princípios e regras relativos à organização e funcionamento das instituições e dos mercados financeiros, aos ativos que nos mesmos são transacionados – com base nos quais se caracterizam e delimitam os mercados –, e às operações que tendo estes por objeto, naqueles têm lugar”³³.

Note-se, antes de mais, que a tradicional distinção entre os setores bancário, segurador e dos valores mobiliários tem vindo a atenuar-se, verificando-se uma tendência a integrá-los num único setor – o financeiro (artigo. 101.º da CRP³⁴). Esta tendência deve-se a uma progressiva indiferenciação entre produtos da banca, seguros e valores mobiliários, desde logo, mas também ao facto de todos estes setores prosseguirem, em primeira linha, finalidades idênticas, como sejam o combate ao branqueamento de capitais e a proteção dos consumidores e investidores.³⁵

Vigorando, no ordenamento jurídico português, o modelo tripartido de supervisão do sistema financeiro³⁶, são três as entidades reguladoras em causa, tendo cada uma a seu cargo a supervisão de um dos três subsectores em que se divide o setor: o BdP, enquanto entidade reguladora do setor bancário; a CMVM, enquanto entidade reguladora do setor dos mercados financeiros; e a ASF, enquanto entidade reguladora do setor segurador.

³² MAÇÃS, Fernanda, “Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, julho/agosto 2011, p. 57.

³³ COSTA PINA, Carlos, *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina, 2005, p. 21.

³⁴ O artigo 101.º da CRP determina que “O sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social”.

³⁵ CATARINO, Luís Guilherme, “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2010, p. 373 e 374.

³⁶ GONÇALVES, José Luís Dias, “A Responsabilidade Civil das Autoridades Reguladoras do Setor Financeiro por Omissão dos Poderes de Supervisão: a imputação dos danos sofridos por clientes e investidores da entidade supervisionada”, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, p. 185.

A doutrina é “pacífica no sentido da natureza administrativa destas entidades, bem como das funções que desenvolvem por terem em comum o facto de atuarem em nome do Estado, na prossecução de interesses administrativos”³⁷.

Dissemos, em 3.2., que dúvidas não restam quanto à possibilidade de responsabilização das entidades reguladoras pela sua atuação, sendo-lhes, assim, aplicável o regime aprovado pela Lei n.º 67/2007. No entanto, no que toca à subordinação das entidades reguladoras do setor financeiro a este regime, surge, como referimos, na doutrina nacional e internacional alguma controvérsia. Como ensina FERNANDA MAÇÃS, tendo em conta a “especial dificuldade da atividade de supervisão, o risco da atividade financeira e a magnitude das crises que podem ocorrer no setor financeiro em geral e, em especial, no bancário”³⁸, muitos são os argumentos contra a subordinação destas entidades ao regime geral da responsabilidade civil extracontrolo do Estado e demais entes públicos. Destacam-se os seguintes³⁹:

- i) O facto de a atividade de vigilância bancária estar fortemente dependente da colaboração das instituições supervisionadas, nomeadamente do fornecimento de informação sobre a sua situação, de tal modo que a falta ou o mero atraso desse fornecimento pode impossibilitar que determinadas perdas sejam evitadas;
- ii) O facto de os operadores se moverem no contexto de uma economia de mercado, assente na liberdade e iniciativa privada, mercado esse que, quanto mais livre, mais os operadores económicos assumem os riscos dos investimentos que fazem;
- iii) O facto de a assunção do risco ser essencial no contexto dos mercados financeiros, sendo irrealista a ideia de eliminar por completo as falências do sistema financeiro;
- iv) Pode ser irrazoável (ou até mesmo desproporcionado) esperar que o regulador suporte todas as perdas financeiras resultantes da falência de uma instituição de crédito.

³⁷ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 57.

³⁸ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 61.

³⁹ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 61 e 62.

Do lado oposto, destacam-se os seguintes argumentos a favor da responsabilização das entidades reguladoras do setor financeiro⁴⁰:

- i) A atenuação da responsabilidade das autoridades de supervisão por omissão de vigilância ou controlo pode trazer graves prejuízos para o sistema financeiro;
- ii) A sujeição à vigilância dos operadores privados visa criar nos investidores uma sensação de confiança, pelo que será justo que, quando perante erros e omissões no âmbito dessa atividade de vigilância, sejam as entidades responsáveis pela supervisão a responder pelos danos provocados.

Apesar das vozes que se levantam contra a responsabilização das entidades reguladoras do setor financeiro, a verdade é que, no nosso ordenamento jurídico, estas estão sujeitas ao RRCEE.

Não obstante, a verdade é que o legislador, sensível a todas as dificuldades que aqui foram enunciadas, e de forma a garantir o funcionamento regular da atividade administrativa, tentando evitar a sua paralisação, optou pela não responsabilização dos servidores públicos (isto é, os titulares de cargos públicos, agentes e funcionários) por culpa leve, estando esta destinada exclusivamente aos entes públicos. Significa isto que apenas quando se verifique dolo ou culpa grave é que os servidores públicos serão chamados a responder – de forma autónoma quando as ações ou omissões não tenham sido praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, e solidariamente com o ente público quando o sejam.⁴¹ Trata-se, no fundo, de uma opção legislativa que procura afastar a ameaça de que qualquer culpa, por muito reduzida que fosse, gerasse responsabilidade civil dos titulares de cargos públicos, agentes e funcionários.

3.3.1. A aplicação do RRCEE ao BdP

O BdP, “para além das funções de banco central que é chamado a desempenhar, no quadro do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC)”⁴², é a autoridade encarregue da atividade de supervisão das instituições de crédito e sociedades financeiras.

⁴⁰ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 172.

⁴² MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 65.

Como referimos anteriormente, do artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2013 (Lei-Quadro das Entidades Reguladoras) resulta que está excluído do âmbito de aplicação desta o BdP. Esta exclusão pode justificar-se com o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), na medida em que este estabelece, nos artigos 130.º e 131.º, a independência dos bancos centrais nacionais⁴³. Ora, assim, a possibilidade de responsabilização do BdP resulta, tal como foi dito para as entidades reguladoras em geral, do artigo 1.º do RRCEE, na medida em que se trata de uma pessoa coletiva de direito público, nos termos do artigo 1.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal (Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro), e não do já referido artigo 46.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, que não lhe é aplicável.

Assim, é aplicável ao BdP o regime da responsabilidade civil extracontratual aprovado pela Lei n.º 67/2007, com uma exceção, na medida em que se aplica o disposto no artigo 12.º, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e que consagra o regime da responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos do BdP, uma vez que a referida norma determina que, nos casos em que das decisões do BdP resultem danos para terceiros, “a responsabilidade civil pessoal dos seus autores apenas pode ser efetivada mediante ação de regresso do Banco e se a gravidade da conduta do agente o justificar, salvo se a mesma constituir crime”⁴⁴.

Acresce ainda, para sustentar a possibilidade de responsabilização do BdP, o disposto no artigo 62.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal, nos termos do qual “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”.

Há, no entanto, comentários a tecer acerca da aplicabilidade do regime geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas no caso particular do BdP. Desde logo, a questão da responsabilidade objetiva por danos causados pelo funcionamento anormal do serviço (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4 do RRCEE), à qual

⁴³ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁴ Poder-se-ia questionar se a entrada em vigor do RRCEE teria determinado a cessação de vigência do n.º 3 do artigo 12.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. A resposta tem de ser negativa, na medida em que estamos perante um regime especial, que só seria revogado pelo regime geral do RRCEE se existissem elementos que, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 7.º do Código Civil, permitissem extrair de forma clara a conclusão de que era essa a intenção do legislador, o que não sucede. Acresce que o n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, “salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa”.

FERNANDA MAÇÃS levanta alguns problemas quando aplicada ao setor financeiro, e em particular ao setor bancário. Por ser “mais fácil cometer erros”⁴⁵, tendo em conta as especificidades e sensibilidades do setor, questiona a autora se não se justificaria “mitigar este regime de responsabilidade com elementos de subjetivação”⁴⁶, sendo a entidade reguladora responsabilizada apenas nos casos de falta grave (a *faute lourde* do sistema francês)⁴⁷.

No entanto, em sentido diverso, NUNO CUNHA RODRIGUES e RUI GUERRA DA FONSECA destacam o facto de vivermos, hoje, numa “sociedade altamente dependente do seu funcionamento da atividade bancária”⁴⁸ (e financeira), realidade a que o legislador atendeu ao incluir na responsabilidade por culpa leve e no funcionamento anormal do serviço a responsabilidade das entidades reguladoras, sobre as quais “impõe um especial dever de garante”⁴⁹.

Não desvalorizando esta última posição, tendemos, todavia, a concordar com o entendimento de que, face às especificidades e sensibilidades várias do setor financeiro, deve o regime de responsabilidade civil das entidades que nele operam ser mitigado com “elementos de subjetivação”, de forma a que estas apenas sejam responsabilizadas em casos de falta grave, evitando assim um número sem fim de ações judiciais que podem vir a resultar num também sem fim número de indemnizações devidas pelo património destas pessoas coletivas de direito público (e, eventualmente, e conforme se verá *infra*, pelo património do Estado, em caso de insuficiência dos primeiros).

Para além da responsabilização nos casos de funcionamento anormal dos serviços, é ainda criticável, quando aplicado ao BdP (o mesmo se diga para as restantes entidades reguladoras do setor financeiro), o “regime de imputabilidade genérica por faltas leves”⁵⁰ do artigo 7.º, n.º 1 do RRCEE⁵¹. “Sem negar a imperatividade do princípio da responsabilização das entidades com funções administrativas por quaisquer ações e omissões ilícitas”⁵², na medida em que este decorre do artigo 22.º da CRP, a verdade é que esta responsabilização por mera verificação de culpa leve, para além de se mostrar

⁴⁵ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁶ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁷ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁸ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁹ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁰ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 67.

⁵¹ De sublinhar que a culpa leve se presume quando tenha havido a prática de atos jurídico ilícitos e incumprimento dos deveres de vigilância, conforme resulta do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 10.º do RRCEE.

⁵² AMADO GOMES, Carla, *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, AAFDL Editora, 2008, p. 36.

desproporcionada e desequilibrada, face ao “risco e complexidade que assume a regulação do setor financeiro”⁵³, pode ter como consequência o constante envolvimento das entidades reguladoras em “permanente litígio”⁵⁴, perturbando, desta forma, o seu funcionamento.

Não obstante estas críticas, a verdade é que é aplicável ao BdP, na sua totalidade, o regime do RRCEE, com a já referida exceção do artigo 12.º, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Passemos então à análise deste regime especial da responsabilidade dos titulares dos órgãos do BdP.

No regime geral, em caso de dolo ou culpa grave, há responsabilidade solidária do titular de órgão, funcionário ou agente e da pessoa coletiva pública (conforme resulta do artigo 8.º, n.º 1 do RRCEE), gozando esta última de direito de regresso, que, aliás, é obrigatório, nos termos do artigo 6.º, n.º 1 do RRCEE⁵⁵. Diferentemente, o artigo 12.º, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras estabelece, quanto à responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos do BdP por danos causados a terceiros, decorrentes de decisões tomadas no exercício dos poderes de autoridade que lhes são conferidos, que essa responsabilidade só pode ser efetivada mediante ação de regresso do Banco⁵⁶, salvo nos casos em que a conduta do agente constitua a prática de um crime. Ou seja, ao contrário do que sucede no regime geral, a regra, no caso de decisões do BdP, é a de que este assume em exclusivo a responsabilidade perante o lesado, ficando o titular do órgão apenas sujeito a que o Banco de exija o reembolso (total ou parcial) da quantia paga a título de indemnização, mediante ação de regresso.

A consagração deste regime especial justifica-se pelo “estatuto de independência inerente”⁵⁷ à atuação dos titulares dos órgãos. É que, de outro modo, estaríamos perante uma forte limitação da independência de decisão dos titulares dos órgãos do BdP, na medida em que sobre estes “pairaria sempre o fantasma do exercício obrigatório do direito de regresso”⁵⁸ por parte do Banco. Para além disso, a solução resultante do regime geral poderia levar a um fenómeno de “desincentivo” à assunção de certos cargos, uma vez

⁵³ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁵ Esta obrigatoriedade surge, no entender de TIAGO SERRÃO, como uma resposta à “quase absoluta inoperacionalização” desta figura durante o período de vigência do Decreto-Lei n.º 48 051 – SERRÃO, Tiago, “Anotação ao artigo 6.º” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018, p. 471.

⁵⁶ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁷ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁸ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 97.

que, vendo exercido o direito de regresso obrigatório, os titulares dos órgãos poderiam ficar numa situação de total oneração do seu património⁵⁹. Parece-nos, no entanto, ser o primeiro argumento enunciado o mais determinante.

Surge, no entanto, numa questão importante⁶⁰: sendo o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras anterior à entrada em vigor do RRCEE, pode o primeiro subsistir? Ora, no que respeita à questão da não responsabilização dos titulares dos órgãos do BdP diretamente perante os lesados, a resposta à pergunta é inequivocamente positiva, na medida em que o regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 é bastante clara ao salvaguardar os regimes especiais. No entanto, FERNANDA MAÇÃS coloca a questão de saber se essa ressalva do regime especial abrange também o direito de regresso. Ora, na medida em que, no que ao direito de regresso diz respeito, não há aqui qualquer antinomia normativa (uma vez que o artigo 12.º, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras nada refere a propósito da obrigatoriedade de efetivação do direito de regresso), parece ser de afirmar que vale aqui a disciplina do RRCEE. Contudo, esta solução contrariaria a razão de ser do preceito do n.º 3 do artigo 12.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, que pretende consagrar um regime mais favorável. A verdade é que o regime especial apenas faz sentido se o direito de regresso for facultativo (como, aliás, era aquando da elaboração do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras⁶¹).

Acresce que esta solução adotada pelo Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras não é única. Encontramos uma solução idêntica no próprio RRCEE para os magistrados judiciais e do Ministério Público (artigo 14.º do RRCEE, pelo que, tendo em conta tudo o que foi dito, entendemos não haver razão para recusar a aplicação da solução consagrada pelo Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras⁶²).

⁵⁹ Também este argumento é sublinhado em CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁰ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 68.

⁶¹ MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 69.

⁶² Note-se que FERNANDA MAÇÃS, autora que seguimos na abordagem desta problemática, vai mais longe, entendendo dever estender-se a solução consagrada pelo Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras aos titulares dos órgãos das demais entidades reguladoras do setor financeiro – MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 70.

3.3.2. A aplicação do RRCEE às demais entidades reguladoras do setor financeiro

A aplicação do regime geral de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas às restantes entidades reguladoras do setor financeiro – a CMVM e a ASF –, resulta, naturalmente, do artigo 1.º do RRCEE, e ainda do disposto nos respetivos estatutos (cfr. artigo 39.º dos Estatutos da CMVM e artigos 2.º, n.º 3, alínea b), 19.º e 53.º dos Estatutos da ASF), que remetem para a “demais legislação aplicável” (leia-se, o RRCEE).

3.4. O regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro

3.4.1. Responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras por facto ilícito

Centraremos agora a nossa atenção no regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras (em especial, as do setor financeiro) por facto ilícito, que se encontra prevista no artigo 7.º do RRCEE.

Ora, resulta do disposto no n.º 1 do artigo 7.º do RRCEE que a aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito implica a verificação dos seguintes pressupostos: *i)* facto voluntário (“ações ou omissões”); *ii)* ilicitude; *iii)* culpa; *iv)* dano; e *v)*nexo de causalidade.

Passemos à análise de cada um destes pressupostos.

3.4.1.1. Facto voluntário

O primeiro requisito cuja verificação é exigida pelo n.º 1 do artigo 7.º do RRCEE para que se gere responsabilidade civil é a “existência de um comportamento”⁶³, que pode consistir numa ação ou omissão. Para este efeito, serão ações, desde logo, “as atuações típicas e tradicionais”⁶⁴ da Administração Pública – os atos administrativos e os

⁶³ CARVALHO, Raquel, *Anotação ao artigo 7.º, in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, p. 171.

⁶⁴ CARVALHO, Raquel, *op. cit.*, p. 171.

regulamentos administrativos; mas também as “atuações não típicas”⁶⁵ – as atuações materiais que não se reconduzem à execução de atos administrativos.

Já no que diz respeito às omissões, falamos das situações em que “pendia sobre a Administração o dever legal de decidir ou de atuar”⁶⁶ e esta não o fez. Isto é, para que a entidade reguladora possa ser responsabilizada, é necessário que se esteja perante um dever de praticar a ação omitida, não bastando uma mera ausência de atuação. Assim, no contexto da atividade de regulação do setor financeiro, a omissão do exercício de poderes de supervisão conferidos às entidades reguladoras pelos respetivos estatutos ou demais legislação aplicável constitui um facto voluntário para efeitos de preenchimento do pressuposto “facto voluntário”, na medida em que se trata de um verdadeiro dever jurídico de atuar⁶⁷.

Importa-nos ainda, no contexto da atividade exercida pelas entidades reguladoras, o caso das recomendações, “que as entidades reguladoras dirigem aos regulados, e cuja emissão amiúde integra os respetivos catálogos competenciais”⁶⁸. Apesar de não serem imediatamente vinculativas para os regulados, as recomendações são um “padrão normativo de aferição da conduta”⁶⁹ destas aquando da sua fiscalização por parte das entidades reguladoras. O mais frequente é que as recomendações sejam seguidas, não só em razão da “particular qualidade das entidades reguladoras”⁷⁰, mas também em virtude do ónus de justificação que recai sobre os regulados quando não as acatem.

3.4.1.2. Ilicitude

É importante, a propósito do pressuposto da ilicitude, analisar o disposto no artigo 9.º do RRCEE, nos termos do qual “consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” (n.º 1). O legislador estabelece, assim, uma noção de ilicitude decomposta

⁶⁵ CARVALHO, Raquel, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁶ CARVALHO, Raquel, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁷ GONÇALVES, José Luís Dias, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁸ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁹ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁰ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 92.

em duas dimensões cumulativas: *i)* a da conduta e *ii)* a do resultado⁷¹. A primeira dimensão – a que incide sobre a conduta dos titulares de órgãos, funcionários e agentes – verificar-se-á sempre que as ações ou omissões violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres de cuidado. Ora, é então ilícita a conduta violadora do “bloco de legalidade”⁷² no qual se integram princípios e regras constitucionais, legais e regulamentares, de origem nacional, internacional e europeia^{73 74}. Por sua vez, a dimensão que incide sobre o resultado verificar-se-á quando das ações ou omissões resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Quando é do pressuposto da ilicitude que se trata, urge distinguir entre as situações de responsabilidade civil por ação e as de responsabilidade civil por omissão. Começemos pelas primeiras. Quando falamos de um facto voluntário consubstanciado numa ação, a ilicitude “pode resultar do exercício de poderes sancionatórios e da atividade de fiscalização”⁷⁵. É, neste contexto, importante lembrar que as entidades reguladoras estão munidas de amplos poderes discricionários, nomeadamente no âmbito da sua atividade inspetiva⁷⁶.

O tratamento do pressuposto da ilicitude revela-se, todavia, bastante mais complexo quando falamos de uma omissão. Estamos no domínio da violação de um dever de agir, que pode surgir no âmbito do incumprimento de um dever específico de vigilância ou do chamado dever de vigilância geral^{77 78}. Não é, naturalmente, qualquer omissão que

⁷¹ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 174.

⁷² ANTUNES, Tiago, *Anotação ao artigo 9.º*; in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018, p. 617.

⁷³ Como sublinha TIAGO ANTUNES, dificilmente se compreende o silêncio por parte do legislador nacional quanto ao Direito da União Europeia no artigo 9.º do RRCEE, na medida em que, desde logo, este diploma “foi aprovado, em parte, por impulso do Direito da União Europeia”, e ainda tendo em conta que o “direito comunitário” vem expressamente referido noutras disposições do RRCEE, como é o caso do artigo 7.º, n.º 2 e do artigo 15.º, n.º 1 – ANTUNES, Tiago, *op. cit.*, p. 619.

⁷⁴ Ainda no que respeita do Direito comunitário, o TJUE tem vindo a admitir a responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia pela Administração (*cf.* Ac. Hedley Lomas, proc. 5/94, de 23 de maio de 1996 - <http://curia.europa.eu/>), verificados três requisitos: 1) violação/incumprimento de norma que atribua direitos a particulares; 2) violação “suficientemente caracterizada”, isto é, grave e manifesta; 3) nexos de causalidade entre a violação e o prejuízo sofrido pelo particular - CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 93 e 94.

⁷⁵ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁶ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁷ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 194.

⁷⁸ É importante, todavia, sublinhar, neste último caso (de incumprimento do dever geral de vigilância), a aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE, nos termos do qual “(...) se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância”.

poderá dar origem ao dever de indemnizar, é necessário que estejamos perante a inobservância de um dever de agir resultante de norma ou negócio jurídico (artigo 486.º do Código Civil)⁷⁹.

Cumpre-nos ainda referir uma outra figura. É que, conforme dispõe ainda o artigo 9.º, agora no seu n.º 2, “também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço”. Quer isto dizer que a ilicitude pode ainda ser atribuída ao próprio servidor público (ao invés dos titulares de órgãos, funcionários e agentes). Existe funcionamento anormal do serviço quando, diz-nos o n.º 4 do artigo 7.º, “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”. A ilicitude, no caso da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço, consubstancia-se assim na ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos “decorrente do serviço não ter adotado a atuação devida para evitar a produção de danos”⁸⁰. A aferição deste mau funcionamento do serviço não é empírica, isto é, não é determinada em função de um certo ideal ou padrão de funcionamento abstrato, conforme ensina ANA FERNANDA NEVES, mas antes através de “parâmetros legais (v.g. dever de decidir em certo prazo, princípio da boa fé), técnicos e deveres objetivos de cuidado”⁸¹.

É importante destacar a “relevância particular ao nível da apreciação do cumprimento de um dever como causa de exclusão da ilicitude”⁸², na medida em que apenas um dever “prevalente” poderá ser invocado, e tendo presente que as entidades reguladoras, em virtude da sua especial qualidade, estão, mais do que qualquer outra entidade administrativa, vinculadas à “correção da apreciação dessa prevalência”⁸³.

Ainda a propósito do pressuposto da ilicitude, e por fim, afigura-se necessário referir que também em sede de responsabilidade por prestação de informações (artigo 11.º, n.º 2 do CPA) se deve ter em consideração a já muito referida “especial qualidade” das entidades reguladoras, na medida em que estas têm a “obrigação de uma superior seleção da informação relevante a prestar”⁸⁴.

⁷⁹ SILVEIRA, João Tiago, *Anotação ao artigo 7.º* in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018, p. 482.

⁸⁰ NEVES, Ana Fernanda, “*Anotação ao artigo 9.º*” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018, p. 643.

⁸¹ NEVES, Ana Fernanda, *op. cit.*, p. 643 e 644.

⁸² CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 95.

⁸³ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁴ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 95.

3.4.1.3. Culpa

A propósito do pressuposto da culpa, note-se que o legislador do RRCEEE determina, no n.º 1 do artigo 10.º, “um critério autónomo – de cunho não civilístico – para aferição do seu preenchimento”⁸⁵, adotando um conceito de “servidor público médio” que procura aferir a diligência e a aptidão em abstrato exigíveis de um servidor deste tipo, sem ignorar, naturalmente, as circunstâncias do caso concreto⁸⁶. Significa isto que o julgador terá de apurar se um “servidor público médio” atuaria ou não de forma idêntica à do servidor público concreto.

No que ao pressuposto da culpa diz respeito, é necessário observar também o disposto no artigo 10.º, n.º 2 do RRCEE, nos termos do qual “sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos”. Acompanhamos, neste ponto, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que sublinha que esta solução se afigura justificada, na medida em que, sendo dever da Administração Pública “conhecer e respeitar o Direito”⁸⁷, faz sentido associar às situações de ilegalidade administrativa um “especial juízo de censura”⁸⁸. Acresce ainda, conforme ensina o autor, que por via de regra existe, de facto, culpa na emissão de atos administrativos ilegais, de tal modo que se justifica esta presunção de culpa. Não obstante, mantêm-se as críticas a que já tivemos oportunidade de nos referir, a propósito da especial qualidade das entidades reguladoras, em particular as do setor financeiro.

De forma semelhante ao disposto no n.º 2, o legislador presume ainda a culpa leve sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância. Estas duas presunções legais relevam uma “clara objetivação da responsabilidade”⁸⁹ e evidenciam uma certa influência civilística⁹⁰, na medida em que determinam a inversão do ónus da prova, relegando para a Administração a tarefa de demonstrar que agiu sem culpa.

Excetuando os dois casos acabados de referir, suscetíveis de enquadramento nas presunções de culpa previstas no artigo 10.º do RRCEE⁹¹, são aplicáveis, no que respeita à averiguação da culpa, as regras gerais de repartição do ónus da prova previstas no artigo

⁸⁵ SERRÃO, Tiago, *O Direito de Regresso na Responsabilidade Administrativa*, AAFDL, 2020, p. 109.

⁸⁶ SERRÃO, Tiago, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁷ AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 3.ª edição, Almedina, 2016, p. 5042

⁸⁸ AROSO DE ALMEIDA, Mário, *op. cit.*, p. 504.

⁸⁹ SERRÃO, Tiago, *op. cit.*, p. 109.

⁹⁰ *Cfr.* n.º 1 do artigo 344.º do Código Civil.

⁹¹ Note-se que as aludidas presunções não impedem, naturalmente, que se demonstre o dolo ou a culpa grave.

342.º do Código Civil, sob o postulado segundo o qual àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo.

Ainda no que ao pressuposto da culpa respeita, afigura-se necessária uma referência, também aqui, ao funcionamento anormal do serviço. O RRCEE determina, no artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, a responsabilização do Estado e demais pessoas coletivas de Direito Público quando “os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço” (n.º 3 do artigo 7.º do RRCEE). Ora, conforme já tivemos oportunidade de explanar, existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos.

Já tivemos oportunidade (em 3.3.1.) de nos pronunciar a respeito das críticas levantadas a propósito desta responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço, pelo que não se justifica abordar de novo esta temática. Sublinharemos, no entanto, um aspeto positivo: é que, por via deste regime de responsabilidade por funcionamento anormal do serviço, àqueles que venham a ser lesados é dada a possibilidade de exigir a tutela jurisdicional efetiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos que, em resultado de uma atuação abaixo dos padrões médios exigíveis à entidade reguladora, vejam violados.

3.4.1.4. Dano

O dano pode ser definido, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, como a “diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica”⁹². O conceito de dano para efeitos de responsabilidade civil administrativa abrange, conforme ensinam os autores: i) os danos emergentes e lucros cessantes; ii) os danos presentes e os danos futuros (artigo 3.º, n.º 3 do RRCEE); e iii) os danos patrimoniais e os danos morais (artigo 3.º, n.º 3 do RRCEE).

⁹² REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª edição, 2008, p. 29.

O artigo 3.º, n.º 3 do RRCEE remete para “os termos gerais de direito”, pelo que parece ser de aplicar o artigo 496.º, n.º 1 do Código Civil, que limita a indemnização dos danos morais aos casos que, “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

É este o regime aplicável à responsabilidade por factos ilícitos e à responsabilidade pelo risco, que abordaremos adiante. Não é, todavia, este o regime aplicável à indemnização pelo sacrifício, prevista no artigo 16.º do RRCEE, que abrange apenas os danos especiais, que o legislador define, no artigo 2.º, como aqueles que “incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas”, e anormais, que o legislador descreve como aqueles que “ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”. Debruçar-nos-emos, no entanto, sobre a indemnização pelo sacrifício adiante.

3.4.1.5. Nexo de causalidade

Para que possa haver responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito é “necessário que o dano possa ser objetivamente imputado ao facto voluntário”⁹³. Isto resulta do disposto nos artigos 7.º, n.º 1 e 8.º, n.º 1 do RRCEE, que se referem aos danos “que resultem” de atos ilícitos e culposos.

São três as teorias doutrinárias acerca do pressuposto do nexos de causalidade: i) a teoria da causalidade adequada; ii) a teoria da esfera de proteção da norma; e iii) a teoria da conexão do risco.

Segundo a teoria da causalidade adequada, “um dano é imputado a um facto voluntário quando, perante a prática deste, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do primeiro”⁹⁴. Ou seja, olha-se para o comportamento do lesante para se averiguar se, em abstrato, ele é ou não idóneo a produzir aquele dano. A avaliação desta previsibilidade é feita através de um juízo de prognose póstuma, e deve atender-se aos “conhecimentos específicos do agente”⁹⁵. A questão é, “numa formulação positiva, a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gerre aquele tipo de dano; ou, numa formulação negativa, a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante”⁹⁶.

⁹³ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁴ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁵ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁶ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, 2017, p. 261.

A teoria da esfera de proteção da norma, por sua vez, resolve o problema “a partir de considerações de tipo normativo, centradas na indagação da finalidade da norma violada”⁹⁷. Ou seja, existirá nexo de causalidade quando um dano causado por um facto voluntário “incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjetivo ou pela norma de proteção”⁹⁸.

Para a teoria da conexão do risco, por seu turno, “há imputação objetiva quando exista a criação ou aumento (em caso de ação), bem como a não eliminação ou não diminuição (em caso de omissão) de um risco não permitido, e esse risco se concretize num resultado danoso”⁹⁹.

A teoria da causalidade adequada é a dominante no Direito português da responsabilidade civil, tanto privada como administrativa, e encontra-se consagrada no artigo 563.º do Código Civil, nos termos do qual “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Urge sublinhar a dificuldade com que nos deparamos quando em causa estão omissões da entidade reguladora, caso em que será significativamente mais delicada a tarefa de verificar se está preenchido o pressuposto do nexo de causalidade.

3.4.2. Responsabilidade por culpa *in vigilando*

A responsabilidade por culpa *in vigilando* diz respeito a “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”¹⁰⁰. Não se devem confundir estas situações com as de responsabilidade *in omittendo*, que dizem respeito a situações em que “estando juridicamente constituída no dever de atuar”¹⁰¹, a Administração não o faz, gerando essa omissão danos para outrem.

No contexto da atividade de regulação das entidades reguladoras do setor financeiro, este dever de controlo resulta, em primeira linha, da sua própria natureza enquanto autoridade de supervisão dos respetivos subsectores, e, de forma expressa, da

⁹⁷ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 262.

⁹⁸ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁹ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁰ RAPOSO, João, “*Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, p. 69.

¹⁰¹ RAPOSO, João, *op. cit.*, p. 69.

legislação que lhes é aplicável. Vejamos: *i*) compete ao BdP, nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 1 da Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, “exercer a supervisão das instituições de crédito, sociedades financeiras e outras entidades que lhe estejam legalmente sujeitas, nomeadamente estabelecendo diretivas para a sua atuação e para assegurar os serviços de centralização de riscos de crédito, bem como aplicando-lhes medidas de intervenção preventiva e corretiva”; *ii*) compete à CMVM, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 1 dos seus Estatutos, “a regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros, bem como das entidades que neles atuam”, bem como, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 353.º do CVM, “a regulação do mercado de instrumentos financeiros, das ofertas públicas relativas a valores mobiliários, das atividades exercidas pelas entidades sujeitas à sua supervisão (...)”; e *iii*) compete à ASF, nos termos do disposto no artigo 6.º dos seus Estatutos, “assegurar o regular funcionamento do mercado segurador e dos fundos de pensões, através da promoção da estabilidade e solidez financeira das entidades sob a sua supervisão, bem como da garantia da manutenção dos elevados padrões de conduta por parte das mesmas”, e ainda o exercício de supervisão das atividades previstas no artigo 20.º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro.

Queda assim claro que estão as entidades reguladoras do setor financeiro incumbidas de um especial dever de agir, que, quando incumprido (na modalidade de violação dos deveres de vigilância), consubstancia uma situação de responsabilidade por culpa *in vigilando*.

A propósito da questão da responsabilidade por culpa *in vigilando* das entidades reguladoras, é indispensável referir o n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE, que consagra uma presunção de culpa leve nos casos de incumprimento de deveres de vigilância, o que denota, desde logo, uma tendência “objetivante” da culpa.

A consagração da norma do artigo 10.º, n.º 3 do RRCEE veio esclarecer uma discussão travada face ao Decreto-Lei n.º 48 051, que dizia respeito à aplicabilidade das presunções de culpa previstas no Código Civil à responsabilidade civil extracontratual administrativa¹⁰². O disposto neste n.º 3 visa equilibrar, por um lado, a dificuldade probatória por parte do lesado, e o dever de boa administração, por outro. Trata-se, no fundo, de uma aplicação do regime de Direito privado de inversão do ónus da prova, na

¹⁰² MELO EDÍGIO, Mariana, *Anotação ao artigo 10.º, in O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018, p. 686 e 687.

medida em que cabe ao lesante provar que não agiu com culpa. No entanto, e conforme sublinha o STA, num aresto de 9 de maio de 2002 (processo n.º 048301)¹⁰³, o facto ilícito é o “elemento desencadeador da operacionalidade da presunção de culpa”, ou seja, “só é admissível colocar a questão da presunção da culpa *in vigilando* depois de estar demonstrado que o agente, por ação ou omissão, praticou um ato ilícito, isto é, um ato violador de direito de terceiro, em que o objeto cuja vigilância lhe coubesse tenha tido uma intervenção ilícita relevante”. Ao lesante cabe ilidir a presunção de culpa que contra si é estabelecida, mas ao lesado cabe, *a priori*, demonstrar a prática do ato.

Para que possamos afirmar a falha de supervisão relevante para efeitos do n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE, é necessário que estejam preenchidos os já analisados pressupostos da responsabilidade civil: facto voluntário, ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade. Foquemo-nos, no que ao domínio da supervisão bancária diz respeito, no requisito do nexo de causalidade. É que, neste domínio, surgem dois potenciais agentes causadores do dano – o supervisor e o supervisionado. Levanta-se, então, a questão de saber se se pode responsabilizar a entidade reguladora – *rectius*, o BdP, por danos que foram causados pela entidade supervisionada. Para que se possa imputar ao BdP qualquer tipo de responsabilidade é necessário averiguar a existência de nexo causal, de modo a que se possa afirmar que a omissão de deveres de vigilância contribuiu para a produção do dano. Temos fortes dúvidas quanto à facilidade da tarefa de averiguação do nexo de causalidade entre a falha na supervisão e o dano provocado a terceiros.

Não obstante, faremos, *infra*, uma referência à possibilidade de concorrência de responsabilidades.

3.4.3. A indemnização pelo sacrifício

O RRCEE prevê ainda uma outra figura que merece, nesta sede, um brevíssimo ensaio – a indemnização pelo sacrifício. O legislador regula-a no artigo 16.º, nos termos do qual “O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.”

¹⁰³ Acórdão disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>.

Quer isto significar que, sempre que se verifique conflito entre interesses públicos e privados, e no caso de deverem os primeiros prevalecer, sacrificando, de forma legítima, os segundos, os particulares têm direito a uma compensação¹⁰⁴. Assim, estaremos perante uma situação de responsabilidade civil por factos lícitos, como se referiu, inexistindo, em nosso entender, razões que obstem à aplicação deste regime no contexto da atividade de regulação do setor financeiro.

Note-se que apenas são indemnizáveis, ao abrigo da figura da indemnização pelo sacrifício, os encargos ou danos especiais e anormais. Significa isto que o legislador procurou, desta forma, “dar concretização prática a um princípio de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, desvalorizando a ocorrência de danos generalizados ou de pequena gravidade que devam ser entendidos como um encargo normal exigível como contrapartida dos benefícios que derivam do funcionamento dos serviços públicos”¹⁰⁵.

3.4.4. A culpa do lesado no contexto da atividade regulatória no âmbito do setor financeiro

Importa ainda fazer uma referência à figura da culpa do lesado, que o legislador prevê no artigo 4.º do RRCEE, que determina que quando a conduta (culposa) do lesado tenha concorrido para a produção dos danos ou para o agravamento destes, cabe ao tribunal determinar, de acordo com o grau de culpa das partes e as consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve sere totalmente concedida, reduzida ou até excluída.

A importância desta figura “reside no facto de esta oferecer um ponto de equilíbrio na distribuição de responsabilidades”¹⁰⁶, uma vez que o regime do RRCEE apresenta um amplo leque de possibilidades de reparação dos danos provocados pelas entidades públicas. Assim, é importante ponderar o contributo que uma qualquer conduta (ativa ou passiva) por parte do lesado possa ter na produção dos danos sofridos. Nesse sentido,

¹⁰⁴ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 179 e 180.

¹⁰⁵ CADILHA, CARLOS, “O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa” in *VI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura*, 2009, p. 12 (disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf).

¹⁰⁶ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 211.

pode a culpa do lesado “excluir a responsabilidade do lesante ou implicar a distribuição proporcional da responsabilidade pelas esferas patrimoniais do lesante e do lesado”¹⁰⁷.

Como ensinam CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, a figura da culpa do lesado “aproxima-se do princípio *tu quoque*, que concretiza uma situação de abuso de direito: é proibido forjar um facto ilícito e pretender invoca-lo em seu favor, contra outrem”¹⁰⁸.

Pode causar estranheza a inclusão, por parte do legislador do RRCEE, de um artigo 4.º que regula a figura da culpa do lesado, quando esta tem sede no artigo 570.º do Código Civil, assumindo-se como princípio geral do Direito da responsabilidade civil¹⁰⁹. Tratar-se-á de uma mera redundância ou significará tal inclusão que o legislador administrativo¹¹¹ pretendeu dar à figura contornos especiais em sede de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?¹¹² Pendemos para a segunda das hipóteses, uma vez que, conforme se verá, a figura assume, nesta sede, especificidades que devem ser assinaladas.

Note-se, desde logo, que a figura aqui em apreço não é exclusiva do nosso ordenamento jurídico, configurando um princípio geral de Direito no âmbito da temática da responsabilidade civil comum aos diversos ordenamentos jurídicos europeus¹¹³. De facto, no que respeita à efetivação da responsabilidade do Estado, o TJUE já considerou

¹⁰⁷ REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁸ AMADO GOMES, Carla, ASSIS RAIMUNDO, Miguel, “*Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades*” in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, CEDIPRE, março de 2010, p. 16 (disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/revista_5.pdf).

¹⁰⁹ Sobre esta questão, AMADO GOMES, Carla, “*A culpa (ou a conduta?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto*” in *Revista do Ministério Público*, n.º 139, julho – setembro 2014, p. 9.

¹¹⁰ A culpa do lesado já se encontra prevista no Direito Civil há muito, enquanto causa de redução ou exclusão da indemnização devida no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

¹¹¹ Note-se que o RRCEE não foi o primeiro diploma a incluir a figura da culpa do lesado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Também o já nosso conhecido Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967 continha, no seu artigo 7.º, uma previsão muito semelhante à que hoje se encontra no artigo 4.º do RRCEE: “O dever de indemnizar, por parte do Estado e demais pessoas coletivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer dos atos causadores do dano; mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou a negligente conduta processual da sua parte no recurso interposto”. Este preceito acabou por suscitar fortes divergências interpretativas no seio da doutrina, sendo possível identificar uma corrente processualista, por um lado, e uma corrente substancialista, por outro, tendo a jurisprudência administrativa acabado por se inclinar para a segunda. Sobre esta temática, CALDEIRA, Marco, “*Anotação ao artigo 4.º*” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018, p. 373 – 380.

¹¹² AMADO GOMES, Carla, *A culpa (ou a conduta?) do lesado...*, *op. cit.*, p. 10.

¹¹³ Neste sentido, MOTA DE CAMPOS, João, PINTO PEREIRA, António, MOTA DE CAMPOS, João Luiz, *O Direito Processual da União Europeia – Contencioso Comunitário*, 2.ª edição revista e aumentada, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 639.

que o juiz nacional pode verificar se o lesado atuou com diligência razoável de forma a evitar ou limitar os danos¹¹⁴.

Centremos então a nossa atenção na letra do artigo 4.º do RRCEE, que “indicia a consideração de uma vertente puramente processual da figura”¹¹⁵ com a referência à hipótese de o lesado “não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo”. Não obstante, mesmo quando esteja em causa a não utilização da via processual adequada, antes de atender à conduta processual do lesado, o juiz sempre terá de conduta substantiva¹¹⁶. Ou seja, é necessário, no caso concreto, verificar se o comportamento substantivo do lesado contribuiu para a ocorrência ou agravamento do facto lesivo, e só depois deverá ser avaliada a sua conduta processual, que pode, também ela, contribuir para a exclusão ou redução da responsabilidade da entidade pública.

Na verdade, o alcance deste preceito é bastante mais amplo do que uma primeira leitura parecer demonstrar. De facto, para efeitos de aplicação da figura da culpa do lesado revela toda e qualquer conduta do lesado que tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos. A utilização do advérbio “designadamente” por parte do legislador evidencia precisamente a natureza meramente exemplificativa da hipótese formulada na letra da norma.

3.5. A responsabilidade civil concorrente

Um outro aspeto que merece, nesta sede, a nossa atenção, é o da responsabilidade civil concorrente¹¹⁷. Falamos, naturalmente, daquelas situações em que o dano é imputado a agentes diversos¹¹⁸.

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras, são várias as hipóteses que podem configurar situações de responsabilidade civil concorrente.

¹¹⁴ MOTA DE CAMPOS, João, PINTO PEREIRA, António, MOTA DE CAMPOS, João Luiz, *op. cit.*, p. 639.

¹¹⁵ AMADO GOMES, Carla, ASSIS RAIMUNDO, Miguel, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁶ AMADO GOMES, Carla, ASSIS RAIMUNDO, Miguel, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁷ Também denominada por “concurso de causas” ou “causalidade múltipla”.

¹¹⁸ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 202.

3.5.1. Responsabilidade civil do regulador e do regulado

No âmbito da atividade das entidades reguladoras, em especial as do setor financeiro, não são raras as situações que concorrem para a produção dos danos tanto a entidade reguladora como a entidade regulada. Pense-se na hipótese em que, para além da atuação do regulado, determinados danos podem ainda ser imputados a uma conduta omissiva por parte da entidade reguladora¹¹⁹. Coloca-se, então, a questão de saber quem responderá por esses danos?

A generalidade dos autores entende que a resposta a esta questão resulta do disposto no n.º 4 do artigo 10.º do RRCEE, que remete para o regime da responsabilidade civil solidária do artigo 497.º do Código Civil.

Defende alguma doutrina, todavia, que a solução preconizada pelo legislador no n.º 4 do artigo 10.º do RRCEE não é a mais adequada, entendendo dever aplicar-se, nestas situações, um regime de responsabilidade conjunta, em vez de solidária¹²⁰. Acompanhamos, nesta sede, este último entendimento, que ainda que maioritário, parece-nos aquele que mais assegura um equilíbrio dos interesses em presença. Isto porquanto ainda que se defenda “um princípio de responsabilização efetiva das autoridades reguladoras pela omissão culposa dos seus deveres de supervisão”¹²¹, não deve tal responsabilização transformar-se numa imposição às entidades reguladoras de satisfazer, na totalidade, as pretensões dos lesados, incluindo os danos provocados pelo regulado.

É claro que pode contra-argumentar-se tal entendimento com o exercício do direito de regresso, ao abrigo do disposto no artigo 6.º do RRCEE. Não obstante, não entendemos que a discussão da responsabilidade do regulado deva ser relegada para uma ação de regresso, na medida em que tal solução apenas contribuirá para um número sem fim de ações judiciais, afundando as entidades reguladoras – em especial, as de que aqui falamos – numa luta constante pela efetivação do direito de regresso de que beneficiam¹²².

Assim, cremos que a solução a adotar na hipótese de responsabilidade concorrente do regulado e da entidade reguladora deve ser a da responsabilidade conjunta, e não a da

¹¹⁹ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 203.

¹²⁰ Neste sentido, acompanhamos JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES – GONÇALVES, José Luís Dias, *op. cit.*, p. 196 e 197.

¹²¹ GONÇALVES, José Dias Luís, *op. cit.*, p. 197.

¹²² Partimos, aqui, do pressuposto de que, na grande maioria dos casos de responsabilidade concorrente do regulador e do regulado que surjam, eventualmente, nos nossos tribunais, os lesados intentarão a ação de responsabilidade civil contra os primeiros, na medida em que será mais fácil obter das entidades reguladoras o pagamento da indemnização que venha a ser fixada.

responsabilidade solidária (como parece resultar do disposto no artigo 10.º do RRCEE), devendo os tribunais fixar, caso a caso, “o montante dos danos indemnizáveis cuja responsabilidade caberá às entidades reguladoras”¹²³.

3.5.2. Responsabilidade civil do regulador e do Estado

Pode ainda equacionar-se a hipótese em que uma entidade reguladora provoca danos por não ter à sua disposição os meios (humanos e/ou materiais) necessários ao adequado exercício das suas funções; ou uma qualquer situação de culpa *in elegendo* do Estado¹²⁴. Nestes casos, tem a doutrina “equacionado a solução da responsabilidade civil subsidiária do Estado pela atividade administrativa de regulação quando o património da entidade reguladora se mostre insuficiente”¹²⁵. É esta, aliás, a solução que parece resultar do disposto no n.º 3 do artigo 35.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, que, sob a epígrafe “Património [das entidades reguladoras]”, dispõe que “pelas obrigações da entidade reguladora responde apenas o seu património, mas os credores, uma vez executada a integralidade do património da mesma ou extinta a entidade reguladora, podem demandar o Estado para satisfação dos seus créditos”.

3.5.3. Responsabilidade civil do regulador nacional e de ente público europeu¹²⁶

Esta é uma hipótese que importa colocar quando falamos de entidades reguladoras do setor financeiro, em especial quando nos referimos ao BdP, uma vez que surge, nesta sede, uma entidade terceira – o BCE –, que pode, também ele, contribuir para a produção de determinados danos.

Ficaremos, todavia, pela breve referência a esta temática, que se revela de extrema complexidade, na medida em que “certas competências regulatórias se tornam originariamente europeias e executadas a nível nacional por delegação ou (...) as agências

¹²³ GONÇALVES, José Dias Luís, *op. cit.*, p. 197.

¹²⁴ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 203.

¹²⁵ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 203 e 204.

¹²⁶ Importa lembrar que, estando em causa uma o BCE, é aplicável o regime de responsabilidade civil previsto no artigo 340.º do TFUE, nos termos do qual “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” (§ terceiro).

européias tenham algum poder de supervisão sobre as entidades reguladoras nacionais”¹²⁷.

4. A Obrigação de Indemnizar

Como decorrência do princípio do Estado de direito, a Administração Pública está obrigada a reparar os prejuízos provocados pela sua atividade aos particulares. Assim, dúvidas não se levantam quanto à afirmação de que cabe à entidade reguladora indemnizar o lesado, enquanto pessoa coletiva à qual foi imputada a responsabilidade. O mesmo se diga para os casos de responsabilidade pessoal dos titulares de órgãos, agentes e funcionários das entidades reguladoras, por factos ilícitos geradores de danos para terceiros, praticados no exercício das suas funções, com “dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” (artigo 8.º, n.º 1 do RRCEE).

Mais interessante parece ser a análise da possibilidade de recair sobre o Estado a obrigação de indemnizar. É que, nos casos em que o património das entidades reguladoras responsáveis é insuficiente, pode a obrigação recair sobre o Estado. A propósito da razão de ser desta solução, há que sublinhar que, na medida em que “a criação de entidades reguladoras só pode justificar-se quando represente um ganho em termos de implementação dos direitos fundamentais”¹²⁸, não podendo, por isso, servir como uma forma de “desoneração do Estado”¹²⁹ das suas tarefas, justifica-se que, em caso de insuficiência patrimonial dessas entidades, seja o Estado a indemnizar os lesados por danos que, se não tivessem sido praticados por elas (isto é, se estas não existissem), o teriam sido pelo próprio Estado. Quer isto dizer que o facto de estas entidades reguladoras terem personalidade jurídica distinta do Estado não pode degradar as garantias dos administrados, nomeadamente em sede de indemnização. Assim, há responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados pela atividade das entidades reguladoras, após excussão do património destas¹³⁰.

¹²⁷ PEDRO, Ricardo, *op. cit.*, p. 204.

¹²⁸ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 105.

¹²⁹ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 105.

¹³⁰ CUNHA RODRIGUES, Nuno, GUERRA DA FONSECA, Rui, *op. cit.*, p. 106.

5. Conclusão

É inegável que, face às especificidades próprias das entidades reguladoras, especialmente as do setor financeiro, em virtude das sensibilidades que o próprio setor apresenta, o regime da responsabilidade civil extracontratual destas entidades apresenta especiais complexidades quando comparado ao regime geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas aprovado pela Lei n.º 67/2007.

Posto isto, e apesar de estarem sujeitas ao referido regime geral, compreende-se que, relativamente a certos aspetos, as entidades reguladoras do setor financeiro estejam submetidas a regimes específicos. É o que sucede, como vimos, no caso do regime da responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos do BdP, que resulta do artigo 12.º, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Feita a análise das implicações práticas que a aplicação do regime geral de responsabilidade civil extracontratual aprovado pela Lei n.º 67/2007 possa vir a ter no caso das entidades reguladoras em apreço, justificar-se-ia ainda que, no que respeita a outros aspetos, elas estivessem sujeitas a regimes especiais. É o caso da questão da responsabilidade objetiva por danos causados pelo funcionamento anormal do serviço (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4 do RRCEE) e do regime de imputabilidade genérica por faltas leves do artigo 7.º, n.º 1 do RRCEE, que, como vimos, levantam algumas dúvidas quando aplicados a estas entidades.

Face a todo o exposto, não podemos deixar de concluir pela necessidade (que diríamos urgente) de criação de um regime especial de responsabilidade civil extracontratual das entidades administrativas independentes – onde se inserem as entidades reguladoras –, que acautele aspetos e problemas que se colocam em particular no contexto da atividade de regulação. Diríamos ainda que tal necessidade se revela mais patente no âmbito do setor que aqui mereceu a nossa atenção – o setor financeiro – em virtude das sensíveis especificidades que fomos apresentando.

Importa sublinhar que não se conhece, ainda, jurisprudência nacional sobre o regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades administrativas independentes. Assim, não podemos deixar de expressar a forte curiosidade que nos suscita tal aplicação prática, na medida em que, face a todas as especificidades, dúvidas e defeitos que ao longo deste texto se vêm apontando a este regime, cremos que a resolução de questões desta natureza por parte dos tribunais será tudo menos pacífica.

Diríamos, assim, e em jeito de conclusão, que se avistam discussões interessantes – e que se esperam frutíferas – em sede judicial.

Bibliografia

AMADO GOMES, Carla, “*A culpa (ou a conduta?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto*” in *Revista do Ministério Público*, n.º 139, julho – setembro 2014;

AMADO GOMES, Carla, ASSIS RAIMUNDO, Miguel, “*Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades*” in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, CEDIPRE, março de 2010 (disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/revista_5.pdf);

AMADO GOMES, Carla, *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, AAFDL Editora, 2008;

ANTUNES, Tiago, *Anotação ao artigo 9.º*, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018;

AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 3.ª edição, Almedina, 2016;

CALDEIRA, Marco, “*Anotação ao artigo 4.º*” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL Editora, 2018;

CARVALHO, Raquel, *Anotação ao artigo 7.º*, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013;

CATARINO, Luís Guilherme, “*Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários*”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2010;

CUNHA RODRIGUES, Nuno, e GUERRA DA FONSECA, Rui, “*A Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Reguladoras e do Estado no Setor Financeiro*”, in *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*, Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2018, (http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_RespCivil_PP.pdf);

FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo, Vol. 1*, 4.^a edição, Almedina, 2016;

GONÇALVES, José Luís Dias, “*A Responsabilidade Civil das Autoridades Reguladoras do Setor Financeiro por Omissão dos Poderes de Supervisão: a imputação dos danos sofridos por clientes e investidores da entidade supervisionada*”, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019;

MAÇÃS, Fernanda, “*Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, julho/agosto 2011;

MELO EDÍGIO, Mariana, *Anotação ao artigo 10.º*, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.^a edição, AAFDL Editora, 2018;

MENEZES LEITÃO, Luís, *A Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, ICJP, CIDP, (disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/416-364.pdf>);

MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncípia, 2017;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2005;

MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projeto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, 2003;

MOTA DE CAMPOS, João, PINTO PEREIRA, António, MOTA DE CAMPOS, João Luiz, *O Direito Processual da União Europeia – Contencioso Comunitário*, 2.^a edição revista e aumentada, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014;

NEVES, Ana Fernanda, “Anotação ao artigo 9.º” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.^a edição, AAFDL Editora, 2018;

PEDRO, Ricardo, “Responsabilidade civil administrativa no âmbito das atividades de regulação e de garantia de direitos: status quaestionis” in *Garantia de Direitos e Regulação: Perspetivas de Direito Administrativo*, coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maçãs, AAFDL, 2020;

RAPOSO, João, “Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006;

REBELO DE SOUSA, Marcelo, SALGADO DE MATOS, André, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.^a edição, 2008;

SERRÃO, Tiago, “Anotação ao artigo 6.º” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.^a edição, AAFDL Editora, 2018;

SERRÃO, Tiago, *O Direito de Regresso na Responsabilidade Administrativa*, AAFDL, 2020;

SILVA SAMPAIO, Jorge, “A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional” in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.^a edição, AAFDL Editora, 2018;

Outros:

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (PGDL), in *Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007 – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* (disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/textos/files/tex_0040.pdf).