

## NOTA INFORMATIVA

(Eventual Responsabilidade do Estado por acto Legislativo consubstanciada pela  
Publicação e entrada em vigor do art. 9º do Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de Junho, e ulterior revogação)

### I - Antecedentes Legislativos

O direito dos cidadãos de assacarem *responsabilidade civil* ao Estado foi desconhecido da generalidade das jurisdições europeias antes do início do século XIX. A eventual indemnização a particulares lesados por acto do Estado dependia quase sempre da boa vontade do soberano aqui claramente confundido com o *Estado*.

A *responsabilização* do Estado é determinada, principalmente, pelas seguintes ordens de razão:

- a) A consolidação do Estado de Direito e a conseqüente adopção do princípio da legalidade;
- b) Evolução do enquadramento jurídico da relação entre o Estado e o seu funcionário (num contexto de regular exercício do poder público);
- c) O alargamento da intervenção económica, social e cultural do Estado na sociedade<sup>1</sup>.

De realçar que, mesmo na concepção de responsabilização do Estado, durante muito tempo se considerou que somente os actos praticados no exercício da *função administrativa* poderiam gerar responsabilidade do Estado; quanto aos actos legislativos e aos actos do poder judicial, estes seriam insusceptíveis de tal consequência.

Este era o entendimento dominante até há poucos anos.

Anteriormente ao actual regime em vigor, mandava o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, publicado na sequência do Código Civil, complementando este código, que dispunha, no artigo 501º, sobre a chamada responsabilidade civil *por actos de gestão privada* - isto é, os actos praticados pela Administração Pública despojada dos seus poderes de autoridade (*potestas*) e que são enquadrados por normas de direito privado -, aquele diploma veio estipular o regime da responsabilidade do Estado *por actos de gestão pública*.

---

<sup>1</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974, pp.45 a 55.

A distinção de regime substantivo reflectia-se identicamente no processual: a comum, no primeiro caso, a administrativa, no segundo.

Relativamente aos danos decorrentes da função *legislativa* do Estado, verificamos que o cidadão estava largamente desprotegido, porquanto apenas podia invocar, quanto ao direito interno, o art.º 22.º CRP. Todavia, mesmo quanto a esse artigo, havia algumas opiniões discordantes quanto à aplicabilidade e invocação directa por parte dos cidadãos. Restava por isso ao cidadão invocar *directamente* a Constituição

Não obstante, os cidadãos podem, desde 13 de Outubro de 1978, reagir contra as acções do Estado que considerem lesar os seus interesses, através do recurso à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cfr. art.º 34.º CEDH).

No âmbito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, já recorreram alguns cidadãos portugueses ao TEDH por violação do art.º 6.º, n.º 1 CEDH, devido à demora excessiva dos tribunais portugueses.

Já quanto à Responsabilidade do Estado pela função *legislativa*, não tem o TEDH sido chamado, tendo maior relevância neste âmbito, o Direito Comunitário.

De igual forma, o Estado Português foi, por diversas vezes, condenado por acções de incumprimento pelas instâncias Comunitárias perante a inadequação do supracitado Decreto-Lei face à Doutrina dominante do TJ<sup>2</sup>.

Com o *Acórdão Francovitch, de 19-11-1991*, ficou firmado ao nível da jurisprudência da Comunidade Europeia de que os Estados-membro poderiam ser partes passivas e conseqüentemente condenados, em acções por incumprimento do Tratado, devido à não transposição de uma directiva comunitária. Todavia, não eram (nem são) os cidadãos dos Estados-membro que tinham a legitimidade activa nestas acções de incumprimento. Só a Comissão tinha e tem esse *poder* (e não dever).

---

<sup>2</sup> A este respeito, o *Acórdão Comissão c. Portugal, de 14-10-2004*, o qual condenou o Estado português devido à não recepção legislativa do princípio da solidariedade, pois o Decreto-lei 48 051 só admitia a responsabilidade civil de agente e pessoas colectivas da Administração a título de *dolo* ou *negligência grosseira*, em clara violação à Directiva n.º 89/665/CEE. A recente Lei n.º 67/2007 foi alterada em 2008 (seis meses após a entrada em vigor) também em virtude de desconformidade face ao direito comunitário, também com base em violação da Directiva referida. Apesar da responsabilidade da Administração já ser de *falta leve*, todavia ela era elidível, o que era proibido pela referida Directiva.

De acordo com o referido Acórdão, os particulares (pessoas singulares ou colectivas) podem invocar determinados direitos ou obrigações relativos a determinada directiva não transposta, *contra o Estado*, pois entende o TJ que a directiva gerou para o Estado-membro uma vinculação imediata. Por exemplo, pode haver lugar a reparação de danos causados a particulares pela não transposição de uma directiva, desde que estejam reunidas as condições plasmadas no Acórdão em questão.

Já em 1996, surge o *Acórdão Brasserie du pêcheur c. Alemanha / Factortame, de 05-03-1996*. Aqui, inicia o TJ uma nova jurisprudência. É admitida pela primeira vez a responsabilidade do Estado-membro *legislador*, mesmo quando ele actuou, ou seja, mesmo quando houve transposição de directiva. O Estado-membro é considerado responsável civilmente, se actuou num domínio em que dispõe de um amplo poder de apreciação, comparável ao de que dispõem as instituições comunitárias para a implementação das políticas comunitárias.

Em suma, verificamos que os cidadãos em Portugal estavam protegidos, quanto aos danos decorrentes da função *legislativa* do Estado, no direito interno apenas pela Constituição.

E foi o direito *externo*, principalmente o direito comunitário, por via da jurisprudência do TJ, que protegeu mais vigorosamente os cidadãos dos possíveis danos decorrentes da função *legislativa* por *omissão* ou por *acção*.

O regime actualmente em vigor, acolhendo a responsabilidade do Estado por *acto legislativo*, consta da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou em anexo o *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*. A referida Lei já foi objecto de uma alteração, constante da Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

Faremos adiante, com propósitos de enquadramento da análise *in casu*, uma breve explicitação deste regime.

## II - A Lei 67/2007, de 31 de Dezembro

## 1. Aplicação da Lei no Tempo

A Lei nova não se faz acompanhar de qualquer norma de direito transitório. Valem, por isso, as regras gerais sobre a aplicação da lei no tempo.

Assim, dir-se-á, *grosso modo*, que de acordo com o princípio geral da lei civil em matéria de aplicação da lei no tempo, na falta de disposição em contrário, a lei só se aplica aos factos futuros, entendendo-se como tais os factos que se produzem após a entrada em vigor da norma (artº 12º, nº1, do Código Civil).

Deste modo, atendendo a que a Lei nº67/2007 não dispõe de modo diverso, a mesma aplicar-se-á aos factos fundamentadores de responsabilidade que se venham a produzir após a sua entrada em vigor

## 2. Delimitação subjectiva

a) Pessoas colectivas públicas: Estado, Regiões Autónomas e demais pessoas colectivas de direito público;

b) Pessoas colectivas de direito privado que exerçam poderes de autoridade;

c) Pessoas singulares: titulares de órgãos, agentes ou funcionários de pessoas colectivas de direito público; magistrados judiciais e do Ministério Público, trabalhadores de pessoas colectivas de direito privado que exerçam poderes de autoridade, titulares de órgãos sociais dessas empresas e seus representantes legais ou auxiliares.

## 3. Delimitação objectiva

A nova Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, estabelece o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por danos resultantes do exercício da função político-legislativa, jurisdicional e administrativa.

Pretende-se, assim, normatizar toda a acção funcional do Estado, com excepção dos danos decorrentes de privação da liberdade ilegal ou injustificada e da condenação penal injusta - densificado nos artºs 225º, 226º e 462º do CPP, e cujo quadro jurídico se mantém inalterado - cfr. artº 13º da Lei nº 67/2007.

De realçar, face à importância que se reveste, que a responsabilidade do Estado e das Regiões Autónomas fundada em omissão legislativa inconstitucional depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional (artº 15º, nº5).

Deste modo, sem essa prévia declaração de inconstitucionalidade por omissão, não é possível constituir o Estado e as Regiões Autónomas no correspondente dever de indemnizar.

#### 4. Dano

Tipos de dano ressarcível:

- a) *Danos gerais* - lucros cessantes e danos emergentes, actuais e futuros, patrimoniais e não patrimoniais;
- b) *Danos especiais e anormais* - responsabilidade objectiva, imputação pelo sacrifício (artº 16º).

#### 5. Responsabilidade subjectiva:

##### a) Ilícitude

Consideram-se ilícitas as acções 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 objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, sendo que também existe ilícitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço (artº 9º, nºs 1 e 2).

##### b) Culpa - Dolo/Negligência (culpa grave; culpa leve). (artº8º)

Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com

diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo. (artº 8º, nº1).

O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício. (artº 8º, nº2).

Critério de apreciação da culpa: - A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor (artº 10º, nº1).

Presunções de culpa: Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve da prática de actos jurídicos ilícitos (artº 10º, nº2), também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância (artº 10º, nº3).

## 5. Responsabilidade objectiva

### a) Imputação pelo risco

O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização (cfr. art. 11º nº1).

Quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso (artº 11º, nº2).

## b) Imputação pelo sacrifício

O Estado e as demais pessoas colectivas 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 afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado. (artº 16º).

## 6. Indemnização

a) Cálculo da indemnização - regra contida no artº 3º, que transcreve o princípio geral da lei civil (artºs 562º, 566º e 496º do CC).

b) Regime da prescrição - quer do direito à indemnização, quer do direito de regresso - esses direitos prescrevem no prazo de três anos (identicamente ao regime da responsabilidade civil extra-contratual do Código Civil) a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, sendo que se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável - artºs 5º da Lei nº67/2007 e 498º do CC.

## 7. Direito de regresso

O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar (artº 6º).

Sempre que satisfaçam qualquer indemnização (...) o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários os agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar (artº 8º, nº3).

Quando os magistrados judiciais e do Ministério Público tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles (artº 14º, nº2). A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça (artº 14º, nº2).

## 8. Aspectos processuais

Nos casos de direito de regresso de exercício obrigatório, a secretaria do tribunal onde pende o processo no qual a pessoa colectiva foi condenada, remete oficiosamente certidão da sentença ao decisor competente para aquele exercício (artº 6º, nº2).

O prosseguimento da acção judicial, no próprio processo, entre a pessoa colectiva de direito público e o titular do órgão, funcionário ou agente, na qual a pessoa pública tenha sido condenada por acto ilícito daqueles sem que se tenha apurado o respectivo grau de culpa, com vista a esse apuramento e ao correspondente exercício do direito de regresso (artº 8º, nº4).

### III - A eventual responsabilidade do Estado da revogação do art. 9º do cit. Diploma

Em 2 Junho de 2009, foi publicado o Decreto-Lei n.º 134/2009, o qual, no seu artigo 9º, mandava o seguinte:

#### *Artigo 9º*

*(...)*

*2 - O profissional deve promover e manter a gravação das chamadas efectuadas pelo consumidor ou pelo utente pelo prazo mínimo de 90 dias, permitindo a este o acesso ao seu conteúdo, nos termos previstos na legislação aplicável.*

*(...)*

*4 - A definição dos elementos que devem constar do registo histórico, bem como o tratamento a dar aos dados pessoais recolhidos, são aprovados por portaria do membro do governo responsável pela área da defesa do consumidor (...).*

As especificidades decorrentes das prestações de serviço de *call/contact centers* (centros telefónicos de relacionamento/centros de contacto etc.) que deram origem ao cit. Decreto-Lei, estabeleceu a obrigação legal de gravação de chamadas (e conservação dessas gravações) efectuadas pelo consumidor ou pelo utente pelo prazo mínimo de 90 dias (cfr. o n.º 2 *supra*).

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de Junho, o legislador consagrou o quadro legislativo aplicável aos centros telefónicos de relacionamento, vulgo *call/contact centers*, tendo estipulado a obrigatoriedade de gravação de chamadas para aquele sector (cit. Art. 9º), com consagração contra-ordenacional para o seu incumprimento, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 10.º, ambos daquele diploma legal.

Várias entidades se pronunciaram sobre o novo diploma, antes até da sua entrada em vigor, tendo a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) suscitado reservas sobre a constitucionalidade das opções vertidas no mencionado artigo 9º<sup>3</sup>.

O legislador, seguramente melhor ponderando as suas opções, veio recentemente, no contexto da aprovação do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho - Decreto-Lei de execução orçamental - revogar o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de Junho, por via do disposto no artigo 92.º e ainda, em decorrência da “descriminalização” da conduta, expurgar a matéria contra-ordenacional da obrigatoriedade de gravação de chamadas prevista no artigo 9.º, que constava do n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de Junho, operada por via da alteração constante do artigo 89.º do já referido Decreto-Lei de execução orçamental.

Analisando fáctica e temporalmente este episódio, temos que:

- a) Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 134/2009, de 2 de Junho, o que ocorreu em **1 de Janeiro de 2010**, os profissionais (entenda-se *call/contact Centers*), em cumprimento do disposto no artigo 9º supracitado, e na presença da sanção Contra-Ordenacional, em caso de incumprimento de tal obrigação, conforme o n.º 1 do artigo 10º do mesmo diploma, **colocaram em funcionamento sistemas de**

<sup>3</sup> Vide Deliberação da CNPD n.º 922/2009 de 9 de Novembro

gravações de chamadas nos respectivos estabelecimentos que adquiriram com esse exclusivo propósito;

- b) Com a revogação do cit. artigo 9º, operada pelo Decreto-Lei n.º 72-A/2010, desde 18 de Junho de 2010, com efeitos retroagidos a 1 de Janeiro de 2010 que os referidos profissionais deixaram não só de estar vinculados à obrigação constante do artigo 9º revogado, como deixaram de poder proceder às gravações de chamadas e guardar os dados nas mesmas incorporados, sem obter, previamente, o consentimento dos titulares dos dados (clientes e trabalhadores) <sup>4</sup>

Em face do exposto, somos levados a concluir que subsiste responsabilidade do Estado Legislador nos termos da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, pelos danos causados e/ou sacrifícios impostos aos call/contact centers, consubstanciados pelo investimento imposto até 1 de Janeiro de 2010 (aquisição e funcionamento de sistemas de gravação), o qual, hoje, se revela - em alguns casos - completamente inútil.

De facto, e salvo melhor opinião, estabelece o art. 15.º, n.º1, da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro

#### «Artigo 15.º

#### *Responsabilidade no exercício da função político-legislativa*

*1 - O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado. (...)*»

A responsabilidade civil do Estado por actos da função legislativa depende fundamentalmente (1) da contrariedade da lei (em sentido material) com a Constituição, (2) de ter a correspondente lei causado um dano que se inscreva no conteúdo de um direito ou interesse legalmente protegido e (3) de ser esse dano anormal.

---

<sup>4</sup> Vide Deliberação da CNP n.º 629/2010 de 13 de Setembro

Confrontando estas exigências com o caso concreto, temos que:

- a) Alegada inconstitucionalidade da obrigação patente no artigo 9º revogado, já oportunamente invocada pela CNPD (cfr. cit. Deliberação da CNPD nº 922/2009 de 9 de Novembro. Atento o curto período de tempo de vida da norma, a verdade é que nunca foi apreciada a desconformidade com a Constituição, seja porque via fosse, mas julgamos como facto não impeditivo de verificação ulterior (o que teria sido se...) para aferição do devido requisito de responsabilidade do Estado Legislador;
- b) Dano causado pela citada obrigação, consistente na aquisição por valores muito elevados, de equipamentos que se revelam, em alguns e só nesses casos, completamente inúteis (daí o *dano/prejuízo*)
- c) *In casu*, o dano é indiscutivelmente anormal, seja pela especialidade do destinatário, seja pelos elevados montantes em causa do dano por cada um dos destinatários da norma.

Em suma, entendemos, existir responsabilidade do Estado no caso com fundamento no art. 15.º do Lei 67/2007.

Sem prejuízo do exposto, temos que poderá sempre ser assacada responsabilidade ao estado pela prática de um acto que, não obstante ser lícito e conforme com a Constituição, seja causa adequada de um dano.

Essa previsão consta do normativo vertido no art. 16.º da Lei 67/2007.

Dispõe o citado normativo:

«Artigo 16.º

*Responsabilidade pelo sacrifício*

*O Estado e as demais pessoas colectivas 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 afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.»*

De acordo com esta norma, para que se possa responsabilizar o Estado, devemos estar na presença da imposição um dano *especial e anormal* aos titulares dos direitos ou interesses sacrificados.

Entendendo-se como **especial** o prejuízo que incida sobre uma pessoa ou grupo, sem afectar a generalidade das pessoas e **anormal** o prejuízo que ultrapasse os custos próprios da vida em sociedade e mereça, pela sua gravidade, a tutela do direito (cfr. o art. 2.º da Lei 67/2007).

Confrontando estes requisitos com o caso concreto, em tese residual, entendemos estarem os mesmos preenchidos:

- a) Quanto ao requisito da **especialidade do dano** parece estar verificado *in casu*, porque se trata de um custo imposto *apenas* aos profissionais de determinado sector (*call/contact centers*);
- b) Quanto à **anormalidade do dano**, quantificável no custo de aquisição de equipamento de gravação, instalação e configuração de toda a plataforma de atendimento, que se revelou inútil, agora acrescido no custo de desinstalação e reposição do sistema anterior - em face da impossibilidade/proibição em muitos casos de se proceder a gravações - o que não nos parece que faça parte dos custos próprios do exercício de qualquer actividade económica e sobretudo reverter em próprio benefício dos profissionais de *call centers* (atenta a inutilidade do sistema).

O argumento que é às empresas que cabe fazer repercutir esse custo nos preços dos serviços que prestam e não ao Estado que compete compensá-las de tais custos, não nos parece ter acolhimento no caso em apreço nem, em boa verdade, em qualquer outro com factualidade semelhante. Não se pode considerar comportamento normal do mercado a interferência nefasta do estado na imposição legislativa de custos que se revelam desnecessários imediatamente a seguir.

Atento todo o exposto, afigura-se-nos que os *call/contact centers* poderão demandar o Estado por acto legislativo gerador de responsabilidade extracontratual, constituindo-se o Estado na obrigação de indemnizar os mesmos pelos danos causados.

Este é, salvo melhor opinião, o nosso entendimento.

Pedro Teixeira da Costa

Cascais, 21 de Setembro de 2010