

el inicio de un procedimiento amistoso, llegado el caso en que no se resolviera el procedimiento amistoso, el interesado tendrá la posibilidad de acudir al arbitraje fiscal internacional. No obstante, en ese momento debería elegir una de las vías posibles, renunciando a la otra, o bien opta por someter la cuestión a los tribunales nacionales, o bien confía la cuestión al arbitraje. Llegado ese punto, el obligado tributario tendrá que tomar una decisión sobre la vía que debe seguirse, ya que simultanear ambos procedimientos podría generar multitud de problemas, tanto de competencia como de costes para los Estados.

Aunque será un punto ciertamente polémico, a nuestro parecer la cláusula de arbitraje fiscal internacional puede tener perfecto encaje en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, en ese caso, España y el Estado correspondiente someterían voluntariamente la cuestión a un tercero en vez de llegar a un acuerdo bilateral. Es decir, este arbitraje no supone una mayor cesión de soberanía que la resolución del procedimiento amistoso y tendría el mismo encaje legal que éste, si bien el acuerdo entre los Estados se alcanza por sumisión a la opinión de un tercero que las partes hacen suya como solución amistosa. En este sentido, los CDI válidamente suscritos por España forman parte del ordenamiento interno (artículos 94 a 96 de la Constitución) y son instrumentos que reparten la potestad tributaria de los Estados que los suscriben, potenciando y garantizando el tratamiento fiscal de las operaciones internacionales sobre las que se aplican las disposiciones de los CDI. En los procedimientos amistosos los Estados deciden de mutuo acuerdo sobre cuestiones sobre las que se han repartido su potestad tributaria soberana, y ello resulta perfectamente válido para ambos, luego por la misma razón y sobre la misma base debería poder adoptarse una cláusula de arbitraje en un CDI suscrito por España.

Conclusiones

La regulación del procedimiento amistoso por parte del legislador español merece una valoración positiva en términos generales. A nuestro entender, los problemas podrán surgir de simultanear los procedimientos amistosos con los económico-administrativos. Creemos que la opción para solucionar o anticipar tales problemas pasa por permitir suspender el procedimiento económico-administrativo mientras se resuelve el procedimiento amistoso y por establecer una regulación mínima en los CDI para los procedimientos amistosos.

Asimismo, consideramos que la cláusula de arbitraje introducida en el nuevo MC OCDE puede suponer un avance dentro del panorama fiscal internacional. Es importante que las autoridades españolas mediten sobre las posibilidades que ofrece la aplicación de esta mejora y que, en su caso, se adapte la normativa nacional en lo que fuere necesario.

PABLO ABENIACAR ARIAS (*)

PORTUGAL

O NOVO REGIME DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DAS ENTIDADES PÚBLICAS

Introdução

A Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro («Lei 67/2007»), aprovou o novo regime da responsabilidade extracontratual do Estado e das demais entidades públicas, tendo revogado o diploma que há mais de 40 anos disciplinava esta matéria – o Decreto-Lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967 («DL 48 051»).

De salientar que se impunha a publicação de um diploma que concretizasse o disposto no artigo 22º da Constituição da República Portuguesa («CRP»), que consagra a responsabilidade civil solidária do Estado e das demais entidades públicas pelos danos causados pelos respectivos órgãos, funcionários ou agentes, decorrentes de acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

A Lei 67/2007 — após um capítulo inicial dedicado às disposições gerais — apresenta uma estrutura tripartida, com base na clássica divisão dos poderes do Estado — poderes legislativo, executivo e judicial —, definindo as situações de dano decorrentes do exercício dos referidos poderes susceptíveis de gerar um dever de indemnizar, bem como o regime de efectivação da responsabilidade.

Em contraponto, o DL 48 051 referia-se genericamente aos «actos de gestão pública» como «facto» gerador da responsabilidade, não individualizan-

(*) Del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

do sistematicamente, nem em termos de conteúdo as especificidades da responsabilidade civil extracontratual consoante a função pública envolvida.

Alguns aspectos inovadores

A Lei 67/2007 veio desenvolver, actualizar e mesmo corrigir alguns aspectos do regime do DL 48 051. Por outro lado, o novo diploma avançou com novas soluções no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das entidades públicas que são uma resposta às dificuldades sentidas pelos interlocutores dos poderes públicos.

Assim, verifica-se desde logo um alargamento do âmbito subjectivo dos «destinatários» do novo regime da responsabilidade extracontratual, passando a ser abrangidos por este regime (i) os trabalhadores ao serviço do Estado e demais entidades públicas, bem como (ii) as pessoas colectivas de direito privado, e os respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, que actuem no âmbito de disposições ou princípios de direito administrativo.

Um outro aspecto a salientar — e que entendemos ser claramente positivo — passa pela previsão (*vide* artigo 4º da Lei 67/2007) de que o comportamento culposo do lesado, designadamente pela não utilização da via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, não implica automaticamente a preclusão do direito à indemnização pelos danos causados (mesmo que esse facto tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos). Com efeito, no novo diploma o legislador optou por transferir para o julgador a faculdade de ponderar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas advêm, se a indemnização ao lesado deve ser totalmente concedida, reduzida ou, então, excluída.

De referir que, ao abrigo do DL 48 051, o direito dos lesados à reparação dos danos só subsistiria na medida em que esse dano não pudesse ser imputado à falta de interposição de recurso do acto causador do dano ou a negligente conduta processual da parte no recurso interposto (cf. parte final do artigo 7º do DL 48 051).

Por outro lado, o exercício do direito de regresso nas situações expressamente previstas na Lei 67/2007, passou a ser definido como obrigatório, com poucas excepções às quais nos referiremos adiante. Com efeito, após a condenação judicial da pessoa colectiva, a secretaria do Tribunal que deci-

diu pela condenação deve remeter certidão da sentença transitada em julgado à(s) entidade(s) competente(s) para o exercício do direito de regresso, a qual tem o dever de accionar os titulares do órgão, os funcionários ou os agentes responsáveis pelo dano.

No que tange à noção de ilicitude, na Lei 67/2007 considera-se também existir ilicitude sempre que a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal de serviço. Nos termos da lei verifica-se um funcionamento anormal de serviço sempre que *«atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos»*.

Ora, com esta ampliação da noção de ilicitude, o legislador reconhece os prejuízos causados pela ineficiência dos serviços. No entanto, em face do carácter vago da formulação do preceito normativo, advinha-se que a respectiva aplicação terá de ser desenvolvida pelos Tribunais, na medida em que se prevê que possam avultar os pedidos de indemnização fundados no funcionamento anormal de serviços públicos.

No plano da responsabilidade decorrente do exercício da função administrativa, será de dar nota que a responsabilidade solidária do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público com os titulares dos órgãos, funcionários e agentes, por acções ou omissões por estes cometidas no exercício das suas funções, passou a abranger, para além das situações de dolo — já previstas no DL 48 051 —, os casos de culpa grave (i.e. actuação com diligência e zelo manifestamente inferiores aos exigíveis em função do cargo).

No âmbito da responsabilidade pelo risco, prevê-se que na eventualidade de um facto culposo de terceiro ter concorrido para a produção ou agravamento dos danos, existe responsabilidade solidária do Estado e das demais pessoas colectivas públicas, sem prejuízo do direito de regresso. Neste ponto houve uma inflexão do regime previsto no DL 48 051, no qual se previa — em notório desfavor do lesado — que a culpa de um terceiro poderia redundar na diminuição, ou mesmo na exclusão, da culpa do Estado ou da pessoa colectiva pública.

No que se refere à responsabilidade civil pelos danos causados no exercício da função político — legislativa, é de observar a audaz previsão da responsabilização do Estado e das Regiões Autónomas

pelos «danos anormais» causados por actos praticados em desconformidade com a CRP, o direito internacional, o direito comunitário ou um acto legislativo de valor reforçado, bem como pela omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as injunções constitucionais.

A efectivação da referida responsabilidade pressupõe, no entanto, a intervenção jurisdicional. Por um lado, será necessária a apreciação judicial da inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma jurídica, ou da respectiva desconformidade com o instrumento de direito internacional. Por outro lado, quanto à «omissão legislativa», será necessária a prévia sindicância da inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

A responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional

Como se aludiu, a Lei 67/2007 autonomiza o regime da responsabilidade fundada no exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional. Ora, a responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional tem sido um dos pontos do novo regime mais intensamente debatidos.

Por força do disposto no artigo 12º da Lei 67/2007, aos danos causados ilicitamente no exercício da função jurisdicional é aplicável o regime da responsabilidade por factos ilícitos no exercício das funções administrativas. O legislador exemplifica como dano decorrente da administração da justiça, aquele que resulte da violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.

O legislador acolheu, assim, na legislação ordinária, a responsabilização dos Magistrados Judiciais e dos Magistrados do Ministério Público pelos danos causados no exercício das respectivas funções.

Antes da entrada em vigor da Lei 67/2007, a responsabilidade fundada em erro judiciário — fora das situações previstas na CRP e na lei relativas a privação ilegal da liberdade e condenação injusta de cidadão em processo crime —, era apreciada em termos jurisprudenciais com base na aplicação directa do artigo 22º da CRP e do disposto no número 1 do artigo 9º do DL 48 051. Os pressupostos de culpa e de ilicitude apenas se consideravam preenchidos em casos de flagrante denegação de justiça.

O legislador veio assim definir os princípios gerais da responsabilidade por erro judiciário e, em concreto, as circunstâncias de responsabilização pessoal dos Magistrados.

Estatui-se no novo diploma que «o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto».

De notar, porém, que nos termos da Lei 67/2007, o pedido de indemnização fundado em erro judiciário pressupõe a prévia revogação da «decisão danosa», pela jurisdição competente.

Assim, no contexto de decisões judiciais lesivas impõe-se a prévia revogação da decisão judicial danosa, sob pena de ser prejudicado o conhecimento — em sede de acção a instaurar para o efeito — da responsabilidade civil fundada em erro judiciário.

Por outro lado, nos termos do disposto no artigo 14º da Lei 67/2007, a responsabilização dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público — que pressupõe uma actuação dolosa ou com culpa grave por partes destes — apenas poderá ser efectivada após a condenação do Estado e em sede de «direito de regresso». O legislador manteve assim o princípio geral de que não é possível responsabilizar directamente os Magistrados pelos danos causados no exercício das suas funções.

De notar que a decisão de accionar o «direito de regresso» é tomada pelo órgão competente para o exercício do poder disciplinar sobre os Magistrados — o Conselho Superior da Magistratura («CSM») ou o Conselho Superior do Ministério Público («CSMP») —, oficiosamente ou por iniciativa do Ministério da Justiça.

Verifica-se, portanto, que, neste caso, o exercício do direito de regresso é objecto de ponderação e está na dependência do aval do CSM ou do CSMP, não se aplicando a regra geral da obrigatoriedade do seu exercício.

Conclusão

O novo regime da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas afigura-se bastante mais abrangente do que o regime legal que veio substituir, e, em vários aspectos, inovador.

Por um lado, fruto da experiência da aplicação do DL 48 051, foram reformulados aspectos do regime anterior cuja aplicação se revelou limitadora da efectivação dos direitos dos lesados, bem como se redefiniram as situações de responsabilização correspondentes a cada uma das clássicas funções públicas.

Por outro lado, a Lei 67/2007 mantém uma considerável margem para a intervenção dos Tribunais, a quem competirá em larga medida, na tarefa de interpretação das disposições do novo diploma, definir o efectivo alcance das novas soluções propostas.

PEDRO TEIXEIRA DE SOUSA Y HELENA DA SILVA E SOUSA (*)

DEVERES DE CONTROLO INTERNO DOS INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS AO ABRIGO DA MIFID

A Directiva n.º 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros («MiFID»), transposta para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 357-A/2007 de 31 de Outubro, constitui a alteração mais substancial do Código dos Valores Mobiliários («CdVM») português desde a sua aprovação em 1999.

Entre o complexo de novos deveres impostos aos intermediários financeiros, encontra-se o dever de estabelecer uma orgânica específica para o controlo interno do exercício da sua actividade, que lhe permita assegurar a prestação de serviços de investimento em condições adequadas de qualidade, profissionalismo e eficiência (artigo 305º do CdVM).

Sem prejuízo de impor os referidos deveres de controlo, a lei estabelece uma relação entre a complexidade dos procedimentos a cumprir pelos intermediários financeiros e a natureza, a dimensão e a complexidade dos serviços de investimento que prestam aos seus clientes.

Neste sentido, todos os intermediários financeiros, independentemente da sua dimensão, têm a obrigação de implementar um Sistema de Controlo do Cumprimento. Todavia, o leque de deveres a cumprir pelo Sistema de Controlo do Cumprimento varia em função do facto do intermediário financeiro preencher determinadas condições.

Por outro lado, este princípio de imposição de deveres em função da dimensão das necessidades de controlo, implica que os intermediários financeiros que preencham determinadas condições tenham também a obrigação de instituir dois sistemas

adicionais — o Sistema de Gestão de Risco e o Serviço de Auditoria Interna.

Fazemos de seguida uma breve descrição de cada um dos referidos sistemas.

O Sistema de Controlo do Cumprimento

Funções Gerais do Sistema

De acordo com a nova lei, o Sistema de Controlo do Cumprimento deve detectar os riscos de incumprimento de normas legais aplicáveis a intermediários financeiros, bem como conter as medidas necessárias para impedir a ocorrência de novas violações dos deveres em causa.

É também seu objectivo assegurar ou permitir às autoridades reguladoras, como o Banco de Portugal (no âmbito da supervisão prudencial) e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários («CMVM») (no âmbito da supervisão comportamental) o exercício eficiente dessas funções de supervisão.

Outra das funcionalidades essenciais do Sistema de Controlo do Cumprimento é o de servir de apoio a todos os funcionários e pessoas ou entidades que prestem serviços ao intermediário financeiro.

A noção de funcionários e prestadores de serviços engloba um vasto conjunto de pessoas, nomeadamente: (i) membros do conselho de administração do intermediário financeiro; (ii) pessoas que, não sendo membros do conselho de administração do intermediário financeiro, exercem cargos de topo no intermediário financeiro dirigem efectivamente a actividade deste; (iii) e os funcionários do intermediário financeiro ligados à prestação ou auditoria de serviços de investimento ou funções operacionais essenciais à prestação desses serviços numa base contínua («Funcionários e Prestadores de Serviços»).

O Sistema de Controlo do Cumprimento apoia também os Funcionários e Prestadores de Serviços de outras entidades, distintas do intermediário financeiro, mas que prestam serviços a terceiros por conta deste, nas seguintes qualidades:

- (i) Agentes vinculados, ou seja, representantes/mediadores dos serviços prestados pelo intermediário financeiro, que podem, por conta deste último, prestar serviços de: (i) prospecção de investidores; (ii) recepção e transmissão de ordens, (iii) colocação e consultoria sobre instrumentos financeiros ou sobre os serviços prestados pelo intermediário financeiro ao qual estão vinculados;

(*) Abogados Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Oporto)