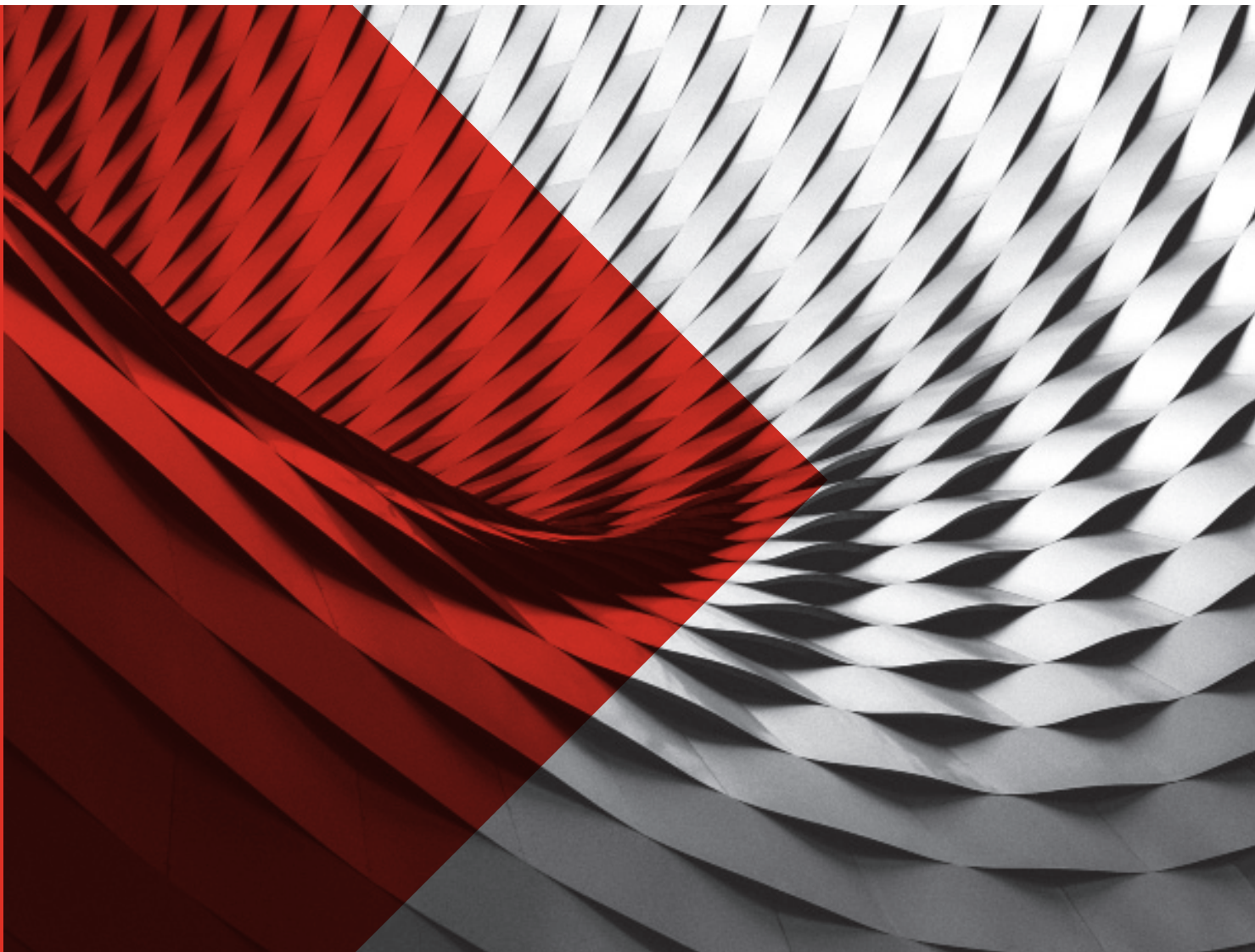


A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS COLECTIVAS

MARGARIDA SILVA PEREIRA



A responsabilidade civil das pessoas colectivas¹

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Foi com muito gosto que, na sequência da minha intervenção no Seminário de Março sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, aceitei o convite para voltar neste primeiro Curso subordinado ao mesmo tema que então abordei: a comparação entre a consagração da responsabilidade das pessoas colectivas e a sua responsabilidade criminal, também ela objecto de recente movimento legislativo, a saber, integrada pela última Reforma ao Código Penal, de 1982, entrada em vigor em 22 de Setembro de 2007, que veio dar-lhe existência em várias circunstâncias, indo assim ao encontro do pensamento doutrinário que mais versara a matéria.

1. Delimitação do problema.

O carácter recente da lei em apreciação neste curso, a natureza pioneira da sua abordagem universitária por estas duas iniciativas do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, e sobretudo, o interesse que se me afigura evidente numa tal abordagem, determinam que mais uma vez coloque sobre a pergunta então colocada: trata-se, neste movimento legislativo paralelo, de algo com significado meramente coincidente na cronologia, um episódio legislativo sem outra expressão, portanto, ou, muito mais do que isso, ele vem ao encontro de uma verdadeira confluência entre pressupostos da intervenção legislativa em dois ramos do Direito Público, o Direito Administrativo e o Direito Penal?

À primeira vista, a questão terá apenas um interesse extra-científico, mais não configurando do que uma simples coincidência de ordem prática.

No entanto, se o seu significado for muito para além disso, terá já um outro interesse, nesse caso determinante.

2. A responsabilidade do Estado e das pessoas colectivas nas sociedades actuais.

¹ Este texto corresponde à correcção da aula *desgravada*, proferida no dia 9/06/2007, no âmbito do curso pós-graduado sobre o Novo regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, coordenado pelos Professores Doutores Fausto de Quadros, Jorge Reis Novais e Maria José Rangel de Mesquita

Esta convergência, a existir, será sintomática de um plano jurídico - constitucional, também cultural, de fundo e ao mesmo tempo não sendo isenta de consequências dogmáticas, poderá a sua abordagem ser um auxílio importante na construção de soluções técnicas para ambos os casos.

Concretizando.

Afirmei que a convergência de interesse legislativo pode traduzir preocupações jurídicas e culturais fundas, comuns a ambos os ramos do Direito.

E recorro a este propósito as palavras do Professor Fausto de Quadros quando, em fase (já) recuada dos trabalhos da Lei, afirmava estar-se perante um movimento de reforma ímpar ao nível do Direito Público, mas também, no caso do projecto da Lei sobre Responsabilidade Extracontratual do Estado, de um movimento de sentido cultural: o reconhecimento da responsabilidade que impende sobre o Estado enquanto prestador de serviços públicos, responsabilidade que determinaria um mecanismo de imputação directa dos prejuízos decorrentes das suas prestações, ainda que praticadas por agentes, funcionários ou não, responsáveis pelo dano em questão. Assim, escrevia então o Autor: “O pressuposto cultural da reforma assenta na ideia de que há responsabilidade pelo exercício do Poder. Ou seja, na ideia de que o princípio segundo o qual todo aquele que cause um dano a outrem responde por esse dano, princípio esse que constitui um princípio geral do Direito com origem no Direito Romano, e que está acolhido no nosso Código Civil, no artigo 483º, com remissão para outros preceitos, também se aplica ao poder (ao legislador, à administração, aos tribunais, e a outros poderes). Por isso, a nova Lei deve ser também, e antes de tudo, explicativa e pedagógica (1).

Ora, esta assunção de que ao Estado devem ser imputados os comportamentos em referência decorre de uma ideia bem determinada acerca da função do Direito. Trata-se de função constitucional que o Professor Jorge Miranda, ao acentuar no seu Manual, vem uma vez mais insistir no seu ensino: “...parecem ser funções da Constituição, com concretizações variáveis...estabelecer instrumentos de segurança jurídica e protecção de confiança em favor dos atingidos pelas mudanças tecnológicas(...). Longe de desaparecer, o papel da Constituição (...) enquanto integradora da comunidade política torna-se mais necessário do que parece. Nenhum outro sistema normativo, interno ou externo, se lhe pode (pelo menos, por ora) substituir (2).

Se com o pensamento dos dois Autores citados confrontarmos o pensamento do Professor Figueiredo Dias sobre a insistência na oportunidade de um regime criminal de responsabilidade das pessoas colectivas concluiremos que a ordem de preocupações

manifesta uma sintonia forte. Aquela sintonia que, a uma primeira análise, muito mais se vislumbraria entre os dois primeiros, abrange afinal ainda o último e de forma importante. Com efeito, e recordando também aqui as palavras deste outro Autor, encontramos a afirmação: “ O aparecimento de uma criminalidade cada vez mais organizada e complexa...puseram em causa o princípio da responsabilidade individual. Efectivamente, numa criminalidade deste tipo torna-se extremamente difícil determinar a real responsabilidade de cada um dos indivíduos que opera no seio da colectividade e a produção da prova é tarefa quase impossível, em virtude da extrema dispersão do poder decisório, da grande divisão de tarefas e das longas cadeias hierárquicas...” (3).

Subjaz, cremos, a estes entendimentos o pano sociológico de fundo em que assenta a chamada sociedade do risco, e que, aliás, Figueiredo Dias recorda um pouco à frente nesta sua análise do problema, sem contudo retirar do conceito sociológico consequências que invertam os princípios do Direito Penal tradicional, clássico, que a Constituição reconhece. As sociedades pós - industriais, ao mesmo tempo que incrementam a tecnologia, criam riscos, impessoais, e que para além da directa repercussão sobre sujeitos determinados originam ainda perigos globais.

No entanto, é a sociedade do risco que nos parece de chamar a depor, como subjacente ao plano cultural que refere Fausto de Quadros. Ou seja, o entendimento da sociedade cujos traços se marcam a partir do pós-guerra, do avanço tecnológico e da consciência crescente da dificuldade, ou mesmo impossibilidade, em reagir normativamente a ameaças graves de danos imprevisíveis. Danos que numa primeira fase se identificaram com os de origem ecológica e numa fase posterior identificam por igual danos tecnológicos controláveis ou não pelos seus autores, certamente insusceptíveis de controlo pelos destinatários, pelos próprios poderes instituídos que manifestam perante eles sentimentos evidentes de impotência. Mas não se ficaria por aqui o acervo das suas preocupações. Como é sabido, a breve trecho a sociedade do risco estendeu a sua ênfase na impotência perante perigos também aos de natureza pessoal, criados pela mente humana, os perigos da criminalidade organizada, terrorista, informáticos, económicos, para referir os mais salientes.

Mas com uma eventual identificação de um problema comum apenas se detecta o início de um caminho a percorrer. E que caminho é esse? O de ajuizar dos possíveis nexos de afinidade entre o modo de intervenção do Estado a nível penal e administrativo nestas matérias. Ou seja, posto que se reconheça, e nada está adquirido até agora sobre o ponto, que as motivações de intervenção são semelhantes, caminham para estratégias mais activas em tais domínios, será necessário ver em que medida estas traduzem um mesmo tipo de

consequências sobre os alvos, os autores da responsabilidade que se pretende chamar a depor. Concretizando: o caminho do reconhecimento das duas formas de responsabilidade colectiva parte em direcção a aferições do comportamento mais ou menos abrangentes de responsabilidade? Tem a ilicitude e mesmo a culpa, nestes casos, uma dimensão construída nos mesmos parâmetros ou revelam-se antes diferentes?

Em última instância, o que está em causa é determinar se uma possível unidade cultural verificada nos dois domínios implica igualmente respostas jurídicas construídas com base numa mesma atitude dogmática.

E as respostas são diversificadas. Entre os arautos da impotência interventiva através de meios jurídicos e os autores que preconizam formas de reacção eficientes há em todo o caso, pese a divergência essencial que os separa, um ponto em comum. É o reconhecimento que a todos une de que os perigos sociais são crescentes, em grau de sofisticação sempre aumentado também e as respostas que o Direito encontra para eles deverão ter em vista a adequação a tal realidade; ser, pois, respostas sempre adequadas ao nível dos perigos criados, dos danos ocorridos ou já pelo menos antevistos.

3. As respostas do Direito Público à sociedade do risco.

A sociedade do risco tem uma ligação funda, essencial, com a tese de responsabilidade do Estado, assumida em relação, no caso que nos ocupa, aos danos civis extracontratuais.

Trata-se, na verdade, de um segmento da ideia de Estado Segurança, ou seja, da concepção segundo a qual ao Estado cabe uma função provedora dos perigos causados por todas as formas de dano causado aos cidadãos, sejam estes o fruto de ataques oriundos de terceiros, sejam, diferentemente, o resultado de actuações que, não partindo do ente público supremo, a este compete assumir, na medida em que decorrem da actuação de pessoas, singulares ou colectivas, agindo no seu interesse e nome, o que fundamenta a sua responsabilidade última pelos eventos ocorridos em tal contexto.

É bem verdade que a ideia da sociedade do risco, da sua presença nesta matéria raramente se chama a depor (4). Trata-se de um conceito de raiz marcadamente penal, porventura civil, que não se tem compadecido com a dogmática constitucional de modo tão forte. Em todo o caso, a inclinação do pensamento mais recente vai nesse sentido e não é de surpreender que o vejamos referido por Canotilho/Vital Moreira na Constituição, ao anotarem o artigo 22º (5).

O mesmo vale para a responsabilidade das pessoas colectivas, que não provém necessariamente de uma sociedade do risco que fosse legitimadora de medidas penais duras, objectivas, capazes de perturbar o princípio da culpa. Do que se trata, neste caso, é de encontrar mecanismo adequado à realidade do ilícito que a tais pessoas colectivas se pode aplicar, sem postergar os princípios básicos da responsabilidade criminal pessoal, criando promiscuidades de regime que a Constituição e o Direito Penal em caso algum poderiam tolerar.

Compreende-se bem que assim aconteça. O Estado de Direito Democrático não se compadece com o excesso de autoritarismo para que propendem as soluções mais encarniçadas do Estado de Segurança, tal como não poderia integrar no seu seio normas penais infractoras do princípio da culpa, da dignidade, do direito à liberdade. Há, assim, balizas constitucionais à intervenção que compete ter em conta. A sociedade do risco é um conceito sociológico cujas soluções extra – jurídicas podem decerto desenvolver – se por vários caminhos, mas que não poderão encontrar acolhimento numa Constituição democrática de forma acrítica, a qualquer preço.

4. Do ponto de vista do Direito Penal, atenta a sua natureza que a Constituição a um tempo espelha e reflecte, do que se trata é de adequar o sistema de incriminação, as categorias do ilícito e da culpa das pessoas colectivas, à sua especificidade, sem prejudicar as regras da responsabilidade pessoal que o estado de Direito impede de precluir.

Ora esta sociedade complexa, que não conterà porventura, e cremos não conter, os meios de resposta eficaz através de mecanismos adequados normativos, penais ou outros, mas que em caso algum se exime de uma intervenção adequada, é a sociedade do Estado interveniente a que aludem os Autores portugueses citados. Concluimos assim, sobre o ponto, que há um pano de fundo comum à procura de responsabilização do Estado por danos que decorrem da sua função, responsabilização directa, por isso planificada, aferida enquanto tal e de acordo com padrões criados para o efeito e a responsabilidade que de novo o Estado assume, desta feita, no momento em que reconhece o desvalor penal dos comportamentos de entes colectivos, assumindo assim um grau de intervenção, também no direito penal, impensável nos termos da consideração liberal da intervenção estatal ou mesmo em tempos mais aproximados.

Ora, este eixo de simetria não pode passar despercebido ao exame do diploma que hoje nos ocupa. Pois está em causa saber se a aproximação dogmática dos critérios de imputação deve dar-se ou não por adquirida. Concretizando: tratar-se-á, do meu ponto de vista, de

aferir em que medida a responsabilidade por comportamentos ilícitos e culposos, que continua a ocupar a Lei 67/2007, sofre uma tendência idêntica, e norteadas por critérios comuns, para a objectivação, ou se pelo contrário as diferenças de regime devem permanecer, sem que nada sustente um fio de continuidade entre ambos os planos, penal e administrativo, no que respeita às matérias em apreço.

A evolução do regime da responsabilidade por actos e omissões públicos nos vários textos constitucionais dá uma ideia clara sobre as suas coordenadas, e bem assim, sobre a evolução sofrida e os seus fundamentos.

5. Olhando-os em perspectiva de evolução, verifica-se que a Constituição vintista, (de 1822), apenas consagrava a responsabilidade pessoal dos funcionários pelos seus comportamentos no exercício da função pública (artigo 14º), omitindo qualquer referência à hipótese de um juízo de imputação de tais comportamentos ao Estado. Compreende-se que o início legal do pensamento liberal, ao acentuar a capacidade de realização do homem e a expressão cidadã que a mesma contém, provocasse uma solução como esta. Por outro lado, o Estado não tem aqui, sabe-se, uma função provedora, antes e essencialmente guardiã, o que pretere que lhe seja cometida responsabilidade por comportamentos que lhe não sejam directamente imputáveis.

Do mesmo modo se inclina a Carta Constitucional, mercê, crê-se, do mesmo influxo ideológico nesta sede.

Já a Constituição de 1911 se revela omissa sobre a matéria, o mesmo vindo a suceder com a Constituição de 1933. Razões ideológicas, se bem que diferentes, estarão agora na raiz da explicação. Por um lado, o princípio do século XX não é favorável a uma concepção tutelar do Estado. Por sua vez, o Estado Novo, pese a importância que comete ao papel dos entes públicos, e naturalmente que ao seu próprio papel, no exercício do poder, acentua a concepção do súbdito devedor, muito mais ou mesmo os antípodas desta outra ideia do cidadão titular de crédito a prestações sociais, prestações públicas, de forma generalizada.

Há, assim, um verdadeiro momento fundante no texto constitucional de 1976, quando toma a ruptura com o sistema anterior, que Canotilho/Vital Moreira ilustrativamente designam de Estado irresponsável. É pois, aqui, que de forma pioneira se firma o movimento de assunção das responsabilidades colectivas públicas.

E, no seio desta, três normas merecem especial realce. Chama-se de imediato a atenção para o artigo 22º, que sob a epígrafe “Responsabilidade das entidades Públicas” vem impor em primeiro plano, e ainda que sem prejuízo de solidariedade com os titulares dos seus

órgãos, funcionários e agentes, o princípio da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções.

6.No entanto, chamam-se por igual a depor, dada a importância que também revestem neste tema, os artigos 1665º1/s e 271º.1.

Ambos têm tido desenvolvimentos importantes do ponto de vista do legislador ordinário. Assim, o conceito de funcionário é hoje um conceito penal que caminha para a integração num espaço mais amplo, o espaço europeu. Compreendendo várias espécies de exercício de missões públicas e diversas situações em que emerge paredes meias com a titularidade de funções políticas, este conceito tem inerente uma responsabilidade que não se compreenderia como anular sempre que se comprovasse a culpa, o ilícito, ou o risco da função desempenhada.

No entanto, a emergência de uma nova concepção da responsabilidade dos entes públicos individuais não dilui a importância de, em simultâneo, proceder ao reconhecimento da responsabilidade do ente que em última instância decide.

Ora esta afirmação é comum ao problema da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e ao da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

Pois o que em ambos os casos sucede, é uma função pró-activa do Estado, se bem que revista modalidades muito diferentes em razão da especificidade dos dois casos. Assim, na responsabilidade civil extracontratual, a afirmação do Estado evidencia-se no reconhecimento da responsabilidade do poder público. È esse o aspecto fulcral que evidencia a assunção por ele das actuações lícitas ou ilícitas, mas em todo o caso lesivas, praticadas por aqueles que actuem em seu nome e no exercício de funções que lhe são inerentes.

Já no plano da responsabilidade criminal das pessoas colectivas a afirmação do Estado opera de modo muito diferente. Aqui, do que se trata é de tomar o Estado, no exercício da função legislativa, as rédeas de repartição da responsabilidade criminal quando se esteja em presença de comportamentos de entes plurais, de tal modo que seja reconhecida esta dimensão colectiva da responsabilidade como uma dimensão criminal autónoma. Mas também neste caso, o Estado opta por uma atitude tutelar, provedora, neste caso, reportada à determinação do elenco dos responsáveis criminais, que decide serem mais amplos, e desde logo, com prejuízo das regras tradicionais da responsabilidade singular que até aí vigoravam plenamente.

Apesar da semelhança que se acaba de assinalar entre as duas formas de responsabilidade de entes públicos, não será de perder de vista que a construção jurídica não apresenta as mesmas características em ambos os casos, e sobretudo, é muito mais difícil a sua própria edificação no âmbito da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

Com efeito, é sempre congruente, no plano dogmático, uma opção pela responsabilidade civil extracontratual do Estado por este assumida quer de forma exclusiva, quer de modo a reconhecer a titularidade de um direito de regresso, em função do grau do desvalor do comportamento do agente infractor (regime pelo qual opta a lei portuguesa, não isento de críticas, mas em todo o caso compatível com regras de justiça e de proporcionalidade na delimitação dos riscos e das responsabilidades). Mas, quanto à regra que define os pressupostos da responsabilidade criminal das pessoas colectivas apresenta muito mais dificuldades. Advêm estas, não apenas da determinação dos casos em que a ocorrência da responsabilidade deva ser reconhecida, mas sobretudo, do enquadramento de cada comportamento colectivo criminoso, num âmbito em que prima a responsabilidade individual e cada incursão no plano da responsabilidade colectiva será considerado suspeito, porque atentatório, ao menos de forma potencial, do princípio da culpa, da responsabilidade pelo facto, enfim, subversivo das regras estruturadoras do Direito Penal. Ou seja: o direito de regresso é uma opção de justiça, ao passo que a resposta penal obedece a outros pressupostos que se impõem ao legislador e dos quais este não pode abrir mão.

7.A tese da responsabilidade criminal das pessoas colectivas não constitui um *novum* na doutrina portuguesa. Foi aliás Eduardo Correia a invocar os primeiros argumentos em tal sentido, se bem que restringindo o âmbito ao domínio contra – ordenacional.

Já depois, como vimos, Figueiredo Dias enveredava pelo caminho da responsabilidade destas entidades, sem promiscuidade com as teses sistémicas, antes vislumbrando lugares paralelos para a culpa e responsabilidade colectiva.

A tese, aliás, estava longe de isolamento no domínio cultural e dogmático europeu. Foi a seu propósito que surgiu o acórdão emblemático do Supremo Tribunal Alemão, que a propósito de outra matéria, os crimes políticos organizados, não prescindiu de reconhecer a necessária assunção de responsabilidade por todos aqueles entes colectivos que, ainda no quadro do estado de Direito, desenvolvessem actividades criminosas, responsabilizando - os enquanto entes autónomos e não apenas em função de uma só ou de um conjunto de culpas individualizadas.

Em breve síntese, dar-se-á conta do modo como a doutrina vem enfrentando e cremos, debelando os sucessivos problemas que se suscitam.

8. Em primeiro lugar, chama-se a depor a cidadania empresarial, que começa por ser designada por *Corporate Citizenship*, expressão logo esclarecedora do âmbito em que se colocou e apresentou como solução para o problema (6).

A cidadania empresarial é nem mais nem menos o reconhecimento da titularidade de direitos e obrigações na esfera pública por parte de entes colectivos, que se ramifica por sectores variados e compreende a dado passo a assunção da responsabilidade criminal. Por ela entende-se, desde logo, a obrigação que deve assumir toda a realidade empresarial de fidelizar uma cultura de responsabilidade jurídica, o que vale por dizer, de possuir um *ethos* empresarial. Neste sentido, a empresa será considerada cidadã corporativa, realidade que a circunstância de participar em assuntos públicos consolida, ao mesmo tempo que lhe confere, tomando as palavras de Jakobs, a dimensão da cidadania. Não se trataria, segundo esta ordem de ideias, de considerar a existência de estatutos de cidadania equivalentes para pessoas singulares e colectivas, mas sim de fundamentar a responsabilidade criminal empresarial. Esta teria, de acordo com a ideia exposta, o estatuto de “membros de pleno direito da comunidade moral”, o que significa na prática que deveriam ser consideradas membros de uma comunidade cultural tal como as pessoas singulares. E, sendo assim, do mesmo modo que estas, seriam membros de instâncias com axiologia compatível, o que serviria de base a toda a sustentação da já referida cidadania empresarial.

9. Mas, se é já complexo este problema da cidadania e personalidade empresarial, este atinge o seu ponto máximo na faceta mais evidente e que se aflorou ao equacionar o problema. Trata-se da culpa penal. Como imputar juízo de censura a um ente que não tem a capacidade de motivação pela norma próprio de um ente humano?

A doutrina da pessoa empresarial não se enreda neste escolho. Ultrapassa-o, afirmando a diferença entre as duas culpas em presença, a culpa pessoal e a culpa própria destas outras entidades.

A tese terá as seguintes características. Por um lado, convirá partir de que a “comunicação retributiva”, princípio de responsabilidade em que a culpa se funda, não tem que se apartar nas pessoas singulares e colectivas: pode muito bem convergir. E, sendo assim, o fundamento da culpa empresarial não falece, antes serão outros os pressupostos de que é dotada.

A linguagem utilizada deixa muito clara a inspiração sistémica da tese em presença. Na verdade, são as teses com esta matriz o berço da explicação dos novos tipos de responsabilidade criminal colectiva, ainda que a mesma tese enverede em muitos casos por outro percurso fundamentador e mais ainda, se afaste das soluções sistémicas típicas mesmo no domínio do pensamento dos autores que o tomaram como ponto de partida. O que permite entrever uma enorme liberdade, ou descompromisso, entre soluções e pressupostos teóricos, que desta forma terão a vantagem de ser utilizados sem transportarem o vínculo a uma tese constitucionalmente discutível, ou mesmo incompatível com o ordenamento constitucional português.

10. Assim, conclui-se que, tal como se viu suceder em relação à tese da fidelidade ao Direito, também a reposição da vigência da norma, uma vez considerada fundamento necessário ou até único da pena, não apresentaria diferenças assinaláveis nos planos da responsabilidade individual e empresarial.

O problema da responsabilidade destas entidades não está, porém, aqui, mas sim no modo da sua aferição. Pois ainda que sejam idênticas as fundamentações, sempre há-de sobrar o problema complexo de saber com base em que critérios se poderá aferir a responsabilidade de uma pessoa colectiva; como proceder à determinação do juízo de censura que sobre ela impenda.

É assim que surgem teses de natureza estritamente penal, ou seja, oriundas da dogmática penal tradicional.

Refere-se, pela representatividade e interesse, a tese de Tiedemann. Segundo o Autor, a culpa da pessoa colectiva compreende-se por recurso à figura da *actio libera in causa*. Ou seja: Será possível encontrar esta culpa, não no comportamento directamente praticado, mas naqueles outros, de ordem pessoal, que lhe deram origem.

Mas, para além de clara fuga à solução do problema, a tese de Tiedemann tem a debilidade de incorrer num inevitável processo de regresso ao infinito que sempre inviabilizará a detecção da responsabilidade.

Dando um passo com maior precisão, afirmará Heine que distingue a culpa pelo facto da culpa pela condução da actividade empresarial (*Betriebsführungsschuld*) Assim, a crítica incidente sobre os entes colectivos e a realidade fundamentadora do seu comportamento culposos seria a aproximação entre o modo de agir da empresa e o modo censurável de uma certa condução de vida. Esta conduta poderá ser actual, o que viabiliza a compatibilidade com o princípio da responsabilidade pelo facto (7).

Mas em todo o caso não é fácil encontrar um termo de comparação ajustado.

O mais aventado e que recolhe credibilidade superior é a tese do “domínio da organização”. Segundo este princípio, quem for titular de tal domínio será susceptível de ser titular de culpa.

Há aqui uma evidente assunção de paralelismo entre a culpa empresarial e a centralidade nos mundos plurisubjectivos que o direito penal pune, a partir da teoria do domínio do facto. Também aqui, uma pluralidade de agentes converge para a realização de obra comum. Também aqui, um ou vários assumirão um protagonismo que acarretará uma dimensão superior, porventura única em tal contexto, à sua prática como criminal.

Mas em tudo o mais são realidades diferentes. Pois a comparticipação assume, sem dúvida a obra comum, mas tem a preocupação de em cada momento reconhecer a autonomia de cada agente e a partir dela, seguir o caminho punitivo mais congruente com a responsabilidade por facto próprio. Mesmo aí onde esta separação absoluta entre os vários comportamentos seja uma relativa quimera; mesmo que não se logre evitar a transferência, ainda que indirecta, da responsabilidade pelo comportamento de um agente para outro, nunca é o crime entendido como obra de um agregado que se analisa, mas sim, o crime singular por contraposição a outro crime singular.

Ora o problema que a responsabilidade criminal das pessoas colectivas coloca é outro. Aqui, trata-se de imputar um facto colectivo a uma pessoa também colectiva, sem prejuízo, é certo, dos mecanismos paralelos de imputação pessoal que devam ocorrer, mas que se autonomizam deste aspecto, dada a diferença da sua natureza (nesta medida, há uma separação de águas entre a dogmática das possíveis cumulações de responsabilidade que se verifiquem aqui e a responsabilidade do Estado e dos seus funcionários ou agentes; enquanto nesta tem o legislador autonomia na definição do regime a adoptar, no caso das pessoas colectivas, a responsabilidade criminal face à dos entes singulares estará sempre vinculada às consequências do princípio da responsabilidade pessoal).

11. Indo um tanto mais longe na ontologização das pessoas colectivas, mas através do recurso a um conceito normativo, ensaia Lampe (8) a ideia da responsabilidade social. Pretende com esta designação tomar a ideia de que a pessoa empresa pode ser um produtor de ilícito, operando a partir da sua capacidade de organização. Ora, neste contexto, a culpa a emergir seria sempre diferente da culpa pessoal, mas ainda assim funcionalmente equivalente, por um processo de fundamentação muito mais nítido e que, diferentemente

da analogia estabelecida pela tese anterior com a comparticipação criminosa, tem forte suporte numa natureza das coisas.

Tendo concluído que há fundamento comum e legitimidade dogmática para proceder ao exame das duas formas de responsabilidade, como subespécies de um denominador comum, a responsabilidade de entidades colectivas, pergunta-se agora sobre a eventual sintonia entre os respectivos regimes e categorias dogmáticas. Por outras palavras, trata-se de saber em que medida no âmbito da responsabilidade por facto ilícito, a categoria da ilicitude e da culpa tem o mesmo sentido em ambos os casos, ou se acaso se verificam alterações significativas, neste último caso, devido a que factores.

Este aspecto é crucial, na medida em que dele parte a ramificação argumentativa para dizer concluir se converge ou não o regime dogmático dos dois direitos.

Antes de avançar no exame do Direito agora em vigor e bem assim, na sua crítica, compete deixar cair algumas considerações reflexivas. Pois não se trata de um tema novo, antes recorrente na evolução legislativa e consequente discussão doutrinária portuguesa, que nunca, por sua vez, deixou indiferente o legislador.

Antecipando algumas das conclusões que se me afiguram determinantes neste domínio, compete dizer que a lei sofre uma evolução entre o diploma inicial, o Decreto – Lei nº 48053 e o corpo normativo que acaba de conhecer vigência, a Lei nº 67/2007.

Tal diferença começa por se identificar no terreno sistemático. Ao passo que antes a lei inseria a responsabilidade por prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e actividades da Mesma natureza, ressaltando apenas a prova de força maior estranha a tal funcionamento, ou ao exercício das actividades (artigo 8º), a Lei actual explicita com muito mais incisividade que o risco a ter em conta nestes casos em que é ainda possível imputar a falta do serviço ao agente tem de provir de uma infracção à natural capacidade de exigir uma actuação capaz de evitar os danos produzidos, segundo os padrões médios (nº 4 do artigo 7º da Lei actual).

É certo que o ponto se vinha rodeando de grande polémica neste aspecto. Assim, de acordo com uns, seria de toda a conveniência a exigência de uma ligação entre o facto e a falta de um Autor, pois que de outro modo acabaria por se resvalar num objectivismo susceptível de colocar o Estado ante o dever de indemnizar em domínios que exorbitavam muito a sua matéria inicialmente previsível.

12. Segundo outros autores, o problema deverá colocar-se mesmo às avessas. Ou seja. Posto que se verifica o reconhecimento, pelo Direito actual, da responsabilidade do poder pelas actuações dos seus órgãos, esta não deverá circunscrever-se ao mundo legislativo ou jurisdicional, antes a todo o mundo em que emergem situações que mais favorecem a existência de riscos e de danos. Este, afinal, o sentido da sociedade do risco a que aludimos supra.

Quando comparamos os dois diplomas, fica á primeira leitura a impressão de que, nesta ordem de considerações, o legislador retrocedeu. Actualmente, a responsabilidade por falha do serviço ingressa no âmbito da responsabilidade por comportamentos ilícitos, o que parece um forte depoimento nesse sentido (9).

Mas a verdade é que a epígrafe da lei não é impeditiva de uma leitura mais adequada da mesma lei ao seu espírito.

E, ponderando o sentido deste último, há aspectos não esclarecidos pelas reformas anteriores que possuem agora importância enorme.

Assim, desde logo, a conformação do juízo de ilicitude, os seus pressupostos.

È verdade que a ilicitude civil evoluiu muito nas últimas décadas, por sorte a integrar elementos subjectivos, tendência que parecera antes apanágio só da ilicitude penal. E, quando se olha a formulação legal do diploma em apreço, não emergem diferenças assinaláveis neste território.

13. No entanto, a realidade está longe de se equacionar cabalmente através apenas destes aspectos.

Pois a ilicitude é hoje o dano social objectivo, que muitas vezes mal divisa distinção face à culpa. Ou seja: sempre que se verifique uma violação de cuidado, ainda que insignificante, o legislador faz surgir a imputação civil, extracontratual neste caso, do facto ao agente, sem prejuízo de ser diminuta a censura que impenda sobre o agente em causa. Mais ainda: sem prejuízo mesmo de ser mínima a gravidade do comportamento gerador de dano provocado pelo agente, e dando-se por aceite que em muitos casos tal comportamento pode mesmo ver questionada a sua infracção pessoal ao Direito, deixando de pé, apenas, uma forte probabilidade de que assim tenha acontecido, já que outro fundamento não se vislumbra para explicar o “desastre” provocado, em princípio decorrente, segundo regras empíricas, de acção ou omissão humana.

A lei penal, que em princípio se manifestaria muito mais arredia a esta ordem de conclusões, mostra bem a que ponto é sensível ao argumento, no seu terreno próprio de argumentação.

Atentamos de novo, claro está, na responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

Quando se admite que um comportamento criminoso possa resultar da actuação de uma tal entidade, abrindo mão da prova da responsabilidade criminal das entidades individuais, assume-se afinal que é admissível uma concepção de desvalor que se não reporta directamente ao comportamento mas sim ao conjunto dos comportamentos que integram a unidade de sentido e a expressão social que a pessoa colectiva condensa. Ora, sendo assim, é a uma diminuição ainda que pontual, confinada a aspectos delimitados, do direito penal, que assistimos aqui. E nesse sentido, a verificação da possibilidade, ou mais ainda, da necessidade de punir em razão de m ilícito que esbate os seus elementos subjectivos evidencia-se plenamente. Afinal, fenómeno idêntico ao que vimos ocorrer para a matéria da antes mencionada falha do serviço.

Da sua perspectiva, limitada pelo princípio da responsabilidade penal pelo facto, o legislador ordinário parte para a possibilidade de assumir entes públicos responsáveis. E seria nessa linha de ideias que o Tribunal Constitucional, em 1995, afirmaria não existirem, no seu entendimento, razões impeditivas da responsabilidade penal no direito penal secundário. Se bem que fosse este o seu ponto de ensaio para a matéria, o certo é que o Tribunal Constitucional colocou, na ocasião, a ênfase na responsabilidade penal de modo a proteger bens jurídicos e não criar obstáculos ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Ora, face a esta motivação essencial, aceitava o Tribunal um alargamento punitivo antes inimaginável.

14. A pergunta que logo surge desmembra-se em dois planos. Por um lado, o de saber em que medida há razões legais para a restrição desta responsabilidade ao direito penal secundário. A resposta afigura-se negativa. A lei não o afirma, o problema não tem qualquer afloramento no artigo 11º do Código Penal. Como, assim, dar-lhe fundamentação credível?

Por outro lado, valem para o chamado direito penal de justiça as razões que se aduziram para o hipotético confinamento ensaiado. A verdade é que este direito penal de justiça encontra as mesmas razões para a incriminação que vimos valerem em todos os casos referidos.

É certo que uma das grandes novidades que o novo diploma da responsabilidade civil extracontratual desenvolve, situa-se no plano da responsabilidade por actos legislativos, sendo aliás nesse ponto que o foco de discórdia mais se encarna. Mas este ponto novo não pretere nem sequer obnubila a importância da responsabilidade por omissões e acções ilícitas, assim como pelo risco. Aliás, a este propósito o legislador está longe de ter logrado a clarificação tranquilizante, uma vez que transfere para o plano dos comportamentos ilícitos, como veremos, situações que porventura colheriam maior adequação no âmbito da responsabilidade pelo risco.

Ora são estas que se mostram mais problemáticas. E dando-se que a possibilidade de estabelecer um paralelo com a responsabilidade criminal dos entes colectivos, longe de revelar diletantismo ou irrelevância dogmática, poderá fornecer tópicos de reflexão e alicia importante para as conclusões que se impõem neste domínio.

Olhemos em primeiro lugar a emblemática das faltas do serviço, a responsabilidade que o Estado reconhece desde a entrada em vigor do diploma, sempre que não é possível imputar a um agente concreto a responsabilidade por dano verificado, mas em todo o caso resulta claro que tal dano provém de uma falha sensível, de gravidade consistente, devida a um funcionamento incorrecto do serviço em questão.

Que fazer num caso assim?

15. Uma primeira solução apontaria para a impunidade. Posto que o dano é grave e não tem o Estado como materializar um direito de regresso caso assumia a responsabilidade vertente, teríamos que a solução legal se traduzia em não assumir a responsabilidade criminal pelo Estado.

Mas a verdade é que se verificou um dano, de incontornável origem pública, e não lhe retirar consequências é inverter os princípios que o diploma pretendeu introduzir.

Ora, nesta situação, o problema fulcral não se coloca na opção entre a punibilidade e a impunidade, mas sim na opção entre a imputação de um comportamento ilícito ou lícito a incerto, que em última instância é assumido pelo serviço em plena responsabilidade.

Ora, neste ponto, a Lei procedeu a uma ligeira modificação.

Enquanto ao tempo da lei em vigorava um regime que apontava com clareza para a responsabilidade do Estado, sem proceder a considerações acerca da verificação de ilicitude no comportamento em apreço, a nova lei inclui esta matéria no âmbito da responsabilidade por comportamentos ilícitos. A solução, que não é isenta de consequências no domínio da relação entre o Estado e um eventual ente titular de culpa, coloca agora, uma vez requerido

o pressuposto da ilicitude e da culpa, o problema complexo da sua determinação. Pois tratar-se-á segundo a lei de uma culpa grave, de uma falha importante no funcionamento da entidade pública, e enfrentamos a questão complexa de saber como determinar a censura imputável a um agente sobre cujos contornos a lei nada nos afirma.

E surge a questão. Não se tratará aqui, antes, de um caso de responsabilidade objectiva, responsabilidade pelo risco, tal como parece concebê-la o regime da lei anterior?

Clarificando à partida que esta responsabilidade objectivada, por força do maior peso dogmático do resultado face ao papel que se comete ao resultado e à circunstância de se relegar para um papel menos importante o juízo sobre o comportamento dos agentes que possam estar na origem do dano que se imputa ao serviço, haverá um aspecto essencial a unir os dois tipos de responsabilidade de pessoas colectivas, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e a responsabilidade criminal das pessoas colectivas em geral. Residirá ele exactamente num ponto em que os dois regimes, em princípio, mais prometeriam enveredar por outro caminho. O caminho da responsabilidade subjectiva, da ilicitude atenta a elementos pessoais, no que compete à responsabilidade criminal em geral, que não prescindiria deste seu carácter pelo facto de incidir sobre pessoas colectivas. A responsabilidade penal reconheceu-se sempre, no essencial como responsabilidade de uma pessoa pela natureza do seu comportamento e não por eventos aleatórios. Trazer para o seu seio a ideia de risco é em princípio desconfigurá-la. Ora, vimos que os novos surtos sociológicos vêm chamando a depor a necessidade de aliar um ponto de responsabilidade extrema a um outro ponto de consideração extrema pela álea, pelo perigo objectivo. O Direito Penal, ante a realidade, adaptou-se.

E no plano da responsabilidade civil extracontratual do Estado? Aqui, muito menos do que a susceptibilidade de integração da responsabilidade objectiva (sempre possível através dos adequados mecanismos de imputação) coloca-se o problema da chamada a depor de um ente cuja responsabilidade é em princípio pouco expressiva no domínio da obrigação de indemnizar danos cuja envergadura, tanto pelo carácter financeiro, como pela expressão social, evidenciam enorme importância. A lei aceita-o, afinal, em razão de fundamento comum. Trata-se de fazer relevarem a importância social dos danos e a função dos entes públicos em proceder ao seu ressarcimento, assumindo a responsabilidade última e que de outro modo ficaria esvaziada, lacunar. Ora neste ponto de fundamentação social para um desvio daquele que era o seu caminho técnico, dogmático tradicional, confluem os objectivos e as estratégias legislativas dos dois ramos do Direito.

CONCLUSÕES:

1. A comparação entre os pressupostos da imputação de responsabilidade ao Estado bem como às pessoas colectivas dos danos que as façam incorrer em responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade criminal das pessoas colectivas tem um interesse manifesto. Ambos os tipos de responsabilidade provêm de uma matriz comum, de pendor social e jurídico recente. È o reconhecimento que a uma sociedade portadora de riscos acrescidos e agora consciencializados pela sociologia e pelo Direito, compete responder de forma adequada, ou seja, não omitir um papel tutelar no seu processo de mitigação junto dos particulares, utilizando os mecanismos adequados para o efeito.
2. Tais mecanismos desfiguram à primeira vista a dogmática de ambos os tipos de Direito Público. Com efeito, a responsabilidade civil é uma responsabilidade que o Estado não tem o costume de assumir que não seja de forma compartilhada e

subsidiária face à responsabilidade efectivamente imputável aos entes titulares da responsabilidade pelo evento. E a responsabilidade penal chama, para postergar os princípios da ilicitude pessoal e da culpa, sobretudo a atenção para a vertente subjectiva da responsabilidade, vertente esta que se afigura incompatível com uma ideia de responsabilidade pelo perigo, que se alheia do tipo de actuação do agente.

3. No entanto, o caminho social da sociedade do risco, que o Direito, também o Direito Público, reconhece e insiste em preencher de consequências, provoca

inflexão noutra direcção. Deste modo, convergem as alterações na responsabilidade em Direito Público no sentido de adequar os seus quadros dogmáticos tradicionais, próprios de pensamento jurídico pessoal, no sentido da adequação às novas realidades; ter em conta o risco, assumir responsabilidade sempre que se vislumbra causação de prejuízo a entidades sociais, é a nova preocupação. A incorporação das consequências de um Direito de cidadania na dogmática dos ramos jurídicos em que impera a responsabilidade pelo próprio facto é um dos grandes incumbências deste tempo e desta nova legislação.

4. No Direito português, os diplomas relativos à responsabilidade civil extracontratual do Estado tiveram presente a álea da responsabilidade que pode ser ocasionada por funcionamento anormal de qualquer serviço público e em ambos se encontram disposições que fazem impender sobre o Estado a responsabilidade relativa a tal matéria. Por um lado, a Lei 48051 incumbia o Estado de responder pelo dano resultante de funcionamento anormal do serviço, ainda que não se detectasse responsabilidade de um agente ou funcionário que tivesse intervindo directamente no processo que conduzira a tal dano. Agora, a Lei 67/2007 vem considerar que a responsabilidade por falha do serviço deverá considerar-se uma forma de responsabilidade por facto ilícito, mas sem prejudicar através do recurso a esta expressão a possibilidade de imputar o ilícito que a lei refere submetendo-se ao entendimento de que é ele um ilícito da entidade colectiva, e não, como tradicionalmente acontece, um ilícito de agente singular. Por este caminho, será de novo a objectivização da responsabilidade que toma lugar e será, também, o paralelo entre esta e a responsabilidade penal das pessoas colectivas que ganha foros de aproximação.

5. Neste sentido, reflectindo a preocupação identificada na medida em que esta se lhes propõe, aproximam-se os regimes da responsabilidade civil extracontratual do estado e da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

BIBLIOGRAFIA

- (1) Quadros, Fausto de Colóquio “A responsabilidade civil extracontratual do Estado”, Problemas Gerais. Intervenção do Professor F. de Quadros, Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, AAVV, págs. 53-66
- (2) Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo II. Constituição, 5ª edição, Coimbra Editora.
- (3) Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, 2ª edição

(4) Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt, 1993

(5) Gomes Canotilho / Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1º a 107º, Coimbra Editora, comentário ao artigo 22º.

(6) Plasencia, José Ulises, La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, Hirsch/Mir/Donna, Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Rubinzal Editores, 2005

(7) Gil, Gil, Prevención General Positiva y valores ético-sociales, La Ciência del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir

(8) Lampe, “Unrechtsystem und Systemunrecht”, ZStW 1996

(9) Medeiros, Rui, “A responsabilidade do Estado por actos da Função Legislativa”, Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, AAVV, págs. 193-216

(10) Cadilha, Alberto Fernandes, “Responsabilidade da Administração Pública”, A Responsabilidade extracontratual do Estado, AAVV, págs. 235- 256

(11) Cortez, Margarida, “Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração”, “A responsabilidade civil extracontratual do Estado, AAVV, págs. 257-266

