

JÚLIO GOMES

Uma função punitiva para a responsabilidade
civil e uma função reparatória
para a responsabilidade penal?

Revista de Direito e Economia

Separata da Revista de Direito e Economia

Universidade
de Coimbra

Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?

JÚLIO GOMES

(LL.M., Columbia Univ.)
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade Católica, Porto

I Parte: A função punitiva da responsabilidade civil

Longe vão os tempos em que se julgava poder distinguir responsabilidade civil e responsabilidade criminal, afirmando que a primeira encarava o passado e a segunda olhava para o futuro, ou reparação do dano e pena, porque a primeira visava eliminar um mal e a segunda criar um sofrimento adicional. Na segunda parte deste trabalho diremos da importância crescente da reparação do dano em sede de direito penal e da tendência a, inclusive, incluí-la no elenco das reacções criminais. Para já, interessa, de modo especial, destacar que, hoje, embora continuando a doutrina dominante a atribuir à responsabilidade civil uma função essencialmente reparatória, se tem cada vez mais a consciência da justiça das palavras de EÖRSI, quando este autor afirma que «la responsabilité civile est, dès l'origine, contradictoire; le point de vue de la réparation exige que l'auteur du dommage rembourse toujours le dommage entier, tandis que les points de vue de la prévention et de l'éducation demandent que la responsabilité existe seulement pour une faute personnelle et ceci dans une mesure correspondant au degré de la

faute»¹. E, como este mesmo autor logo acrescenta, esta contradição é tanto mais grave quanto é certo que, nos nossos dias, «avec des inadver- tences minimes une grande masse de dommages peuvent être occasio- nés». Mesmo atribuindo-lhe um papel secundário, isto é, subordinado, aceita-se hoje, em princípio, a importância da finalidade preventivo- punitiva da responsabilidade civil. Dizemos preventivo-punitiva por- que, no fundo, prevenção e punição são duas faces de uma mesma meda- lha, expressões de um único princípio, «namely, that private law should promote, besides compensation and restoration, the independently sig- nificant purpose of controlling unlawful conduct»². Apesar de alguma incerteza terminológica — pois há quem, p.ex., apenas fale em função punitiva quando o montante da indemnização a pagar é superior ao dano³ — parece poder afirmar-se ser cada vez mais frequente e bem sucedida essa utilização da responsabilidade civil para o «controlo de con- dutas ilícitas»⁴. Neste trabalho optamos por aludir a três exemplos que, de resto, se situam em planos inteiramente distintos: a figura anglo- saxónica dos danos punitivos (a qual, aliás, conhece um êxito muito diverso, nos vários países da common law), o tratamento dos danos não patrimoniais e, finalmente, a estrutura da responsabilidade civil nos países socialistas, com uma finalidade marcadamente pedagógica.

Uma figura que tem despertado uma atenção crescente no espaço jurídico europeu-continental é a dos «punitive damages»⁵ — o inte-

¹ Gyula EÖRSI, *Quelques problèmes de la Responsabilité Civile Delictuelle selon le Droit Soviétique et le Droit Hongrois*, rev. trim. dr. civ. 1971, 735, 740.

² Hans STOLL, *Penal Purposes in the Law of Tort*, 18 Amer. J. Comp. Law 1970, 3. A afirmação de que punição e prevenção representam duas faces da mesma medalha é de Stoll mas tem de ser entendida em termos hábeis já que o simples conhecimento pelo agente da possibilidade de vir a reparar o dano que, eventual- mente, causar tem uma eficácia preventiva. Gostaríamos também de deixar feita uma advertência: ao longo deste trabalho, a nossa atenção incidirá, exclusivamente, sobre a responsabilidade civil *extracontratual*.

³ Hans STOLL, (n. 2), p. 4.

⁴ Sobre a redescoberta da pena privada cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 12 e ss. e 299 e ss.

⁵ É interessante notar que também em sistemas de «civil law» aparecem de quando em quando obrigações de reparar o dano com finalidade sancionatória. Vejam-se p. ex. o art. 1538 do Código Civil Brasileiro que dispõe «No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indemnizará o ofendido das despesas do trata- mento e dos lucros cessantes, até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a impor-

resse por ela suscitado tem, de resto, servido em primeiro lugar, como faz notar PONZANELLI, a dar maior força às opiniões interpretativas segundo as quais as penas privadas, ou de modo mais geral, as sanções civis punitivas, longe de serem relíquias históricas, podem constituir figuras sancionatórias úteis num quadro de declarada impotência do legis- lador penal e de estéril fidelidade do legislador civil a modelos ressarci- tórios⁶. Contudo, por maior que seja o interesse despertado pela figura, este não deve fazer esquecer que a mesma continua a padecer de alguma imprecisão quanto aos seus contornos, função e âmbito de aplicação.

Efectivamente, é de sublinhar, desde logo, uma acentuada confusão terminológica revelada pela profusão de expressões utilizadas pela juris- prudência e doutrina anglo-saxónicas — assim, e para referir algumas, «moral damages», «at large», «aggravated», «retributory», «vindictive», «punitive», «deterrent», «penal», «smart money», «swingeig», «indig- nant», «exemplary»⁷. Esta terminologia parece compreender, contudo, duas situações distintas — uma, em que a indemnização atribuída se reconduz, ainda, a uma finalidade de reparação do dano e outra, em que tal indemnização tem um escopo essencialmente punitivo-preventivo. É que nos encontramos aqui perante condutas merecedoras de uma especial censura e em que o desvalor da acção é particularmente acentuado, desig- nadamente, condutas dolosas (ver, contudo, infra) — ora, o dolo, se é, por um lado, um elemento a ter em conta na identificação do respon-

tância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. § 1 Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. § 2 Se o ofendido, alei- jado ou deformado, fôr mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indemniza- ção consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, às circunstâncias do ofendido e à gravidade do defeito» e ainda o art. 1547 parágrafo único, do mesmo Código, onde se pode ler que, se o ofendido por calúnia ou injúria «não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máxima da pena criminal respectiva».

⁶ Giulio PONZANELLI, *I Punitive Damages Nell'Esperienza Nordamericana*, Riv. Dir. Civ. 1983, 435; cf. também do mesmo autor, *I Punitive Damages, Il Caso Texaco e il Diritto Italiano*, Riv. Dir. Civ. 1988, 405 e ss. A bibliografia sobre os punitive damages é praticamente infundável. Vale a pena todavia a título exemplificativo referir os trabalhos de David G. OWEN, *Civil Punishment and the Public Good*, 56 Southern California L. Rev. 103 (1982).

⁷ Esta e outra terminologia é referida por CHERNIAK e MORSE in *Aggravated, Punitive and Exemplary Damages in Canada, Torts in the 80's*, p. 151 e ss., Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1983.

sável pelo dano é, ainda susceptível, o que nem sempre se tem presente, de influir no próprio montante deste, como é sublinhado, p.ex., por CENDON, o qual refere, a propósito, as lesões à honra e ao decoro, ou a destruição de bens pelos quais o seu proprietário tem um determinado interesse estimativo⁸, casos em que a extensão do dano — designadamente o sofrimento do lesado e a gravidade da ofensa que lhe é feita — pode, patentemente, depender da intenção do agente. Nesse caso, a atribuição de uma quantia mais elevada a título de indemnização, feita embora atendendo a essa mesma intenção, é ainda susceptível de ser explicada pela necessidade de reparar integralmente o dano causado. Nas palavras do LORD DEVLIN no célebre caso *Rooks v. Barnard* «... it is quiet proper without any departure from the compensatory principle to award a round sum based on the pecuniary loss proved. Moreover, it is very well established that in cases where the damages are at large the jury (or the judge if the award is left to him) can take into account the motives and conduct of the defendant where they aggravate the injury than to the plaintiff. There may be malevolence or spite or the manner of committing the wrong may be such as to injure the plaintiff's proper feelings of dignity and pride. These are matters which the jury can take into account in assessing the appropriate compensation...». A expressão que se afigura mais sugestiva para descrever esta situação é a de «aggravated damages»; trata-se de danos resultantes do impacto do ânimo ou intenção do agente sobre os sentimentos de dignidade e amor-próprio do lesado pelo que «the term 'aggravated' properly conveys the sense of additional compensation awarded the plaintiff for hurt or injury actually experienced flowing from the nature of the conduct complained of». Outra designação comumente empregue é a de «at large damages», utilizada sobretudo em casos de difamação («libel and slander») dada a dificuldade em calcular com exactidão a extensão do dano (trata-se aqui, todavia, também, de um dos domínios — designadamente o da difamação via imprensa — onde, como veremos, a figura dos danos punitivos tem conhecido maior sucesso).

O caso *Rooks v. Barnard* representou, contudo, o momento em que foi traçada, com toda a clareza possível, a fronteira entre «aggrava

⁸ Paulo CENDON, *Il Dolo Nella Responsabilità Extracontrattuale*, p. 78-83; como este autor afirma «pode acontecer, de facto, que seja o próprio dano a resultar quantitativamente mais amplo, pelo facto de ter sido causado com dolo pelo agente».

ted damages», por um lado, e os «punitive» ou «exemplary damages», por outro. Como LORD DEVLIN afirmou então «the object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter». Neste último caso, a quantia atribuída a título de indemnização não tem uma relação directa com o prejuízo sofrido pelo lesado antes traduz a reprovação feita pelo tribunal de uma conduta merecedora de forte censura. Como se pode ler numa sentença que data de 1914 «the law giving exemplary damages is an outgrowth of the english love of liberty regulated by law. It tends to elevate the jury as a responsible instrument of government, discourages private reprisals, restrains the strong, influential and unscrupulous, vindicates the right of the weak, and encourages recours to, and confidence in the courts of law by those wronged or oppressed by acts or practices not cognizable in, or not sufficiently punished by the criminal law» (o sublinhado é nosso).

Paradoxalmente, se o «amor inglês à liberdade» esteve na base do nascimento da figura, parece ter também determinado que, no seu próprio país de nascimento, ela esteja hoje relegada, como sublinha Stoll⁹ a um papel relativamente insignificante. Efectivamente, no próprio caso de *Rooks v. Barnard* ao mesmo tempo que se traçou uma distinção relativamente clara entre os «compensatory» ou «aggravated damages» e os «punitive» ou «exemplary damages», assinalou-se a estes últimos uma área de actuação relativamente limitada: assim, e para além dos casos expressamente autorizados na lei, a utilização da figura queda restrita aos casos de exercício arbitrário de poder, ou seja, nas palavras de DIAS e MARKESINIS «oppressive, arbitrary, or unconstitutional action by the servants of the Government» e ainda, aquelas situações em que a conduta do agente foi calculada de tal modo que este espera obter com o seu facto ilícito um lucro superior ao dano que eventualmente terá de reparar. Aqui, nas palavras de LORD DEVLIN, «...it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity... it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay...» (simplesmente, pode duvidar-se se se trata aqui de um genuíno problema de responsa-

⁹ Hans STOLL, (n. 2), p. 11; cf. do mesmo autor a obra *Schadensersatz und Strafe, Eine rechtsvergleichende Skizze*, Festschrift Rheinsteine, il 569 e ss. particularmente interessante na nossa opinião pelo tratamento que dedica aos sistemas latino-americanos.

bilidade civil ou, antes, de uma questão que poderá implicar um repensar de outro instituto, o enriquecimento sem causa, como p.ex., faz notar KÖNDGEN). Todavia, esta postura restritiva não foi seguida noutros países como a Austrália, o Canadá (salvo o Quebec) ou os E.U.A., (com excepção de quatro estados em que a figura é totalmente interdita: Louisiana, Massachusetts, Nebraska e Washington) em que os «punitive damages», conhecem uma considerável expansão mesmo que esta esteja longe de poder ser considerada pacífica.

Estas tendências conflituantes no que toca ao âmbito de aplicação da figura explicam-se pelas apreciações inteiramente díspares de que é objecto por parte da doutrina. Caracterizando-se os «punitive damages», como ensina PONZANELLI, por pressuporem como requisito subjectivo e psicológico a má fé do lesante, e, objectivamente, uma conduta particularmente grave, por desempenharem uma função sancionatória e preventiva («deterrence») e por dependerem, processualmente, do júri que decide do *an* e do *quantum* não falta quem os considere como uma «monstruous heresy... an unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law»¹⁰. Sublinha-se a possibilidade de violação do princípio do «nullum crimen sine lege» dado que é possível sancionar deste modo qualquer conduta dolosa ou praticada com claro desrespeito pelos direitos alheios (nas palavras de DIAS e MARKESINIS, «any kind of conduct which can be described «high handed», «oppressive» or «malicious»)¹¹, aponta-se a inexistência de um limite prévio para a quantia a ser paga a título de sanção e denuncia-se o perigo de sancionar duplamente o mesmo facto quando este é também passível de censura penal. Não tem, mesmo, faltado quem duvide, nos E.U.A., da constitucionalidade da figura, por estas e outras razões. As dúvidas perante esta espécie de «hybrid betwen a display of ethical indignation and the imposition of a criminal fine»¹² são também justificadas porque, por um lado, como referem DIAS e MARKESINIS, «the plaintiff's burden of proof is much lighter in a civil case then it is in a criminal case, so it is in the defendant's interest to be tried by a criminal court»¹³, e, por outro lado, há razões para suspeitar do carácter mais emotivo das decisões

¹⁰ Fay v. Parker, 53 NH 342 (1873), cit. apud PONZANELLI, (n. 6), p. 439.

¹¹ Tort Law, p. 391.

¹² Haines v. Schultz 50 NJL 481, cit. apud PONZANELLI, (n. 6), p. 439.

¹³ Tort Law, p. 391.

do júri. No entanto e apesar destas críticas numerosas e violentas a instituição dos punitive ou exemplary damages tem conhecido, como já dissemos, um relativo sucesso.

É que, em certas áreas, como é o caso da difamação via imprensa ou de certas formas de criminalidade económica e práticas de concorrência desleal as sanções civis podem revelar-se como as mais eficazes. Precisamente quanto à difamação observa Fleming que «a lei penal não oferece nenhuma alternativa realmente efectiva» e que «a tentação dos jornais de abusar da sua posição de domínio ou até de cinicamente procurar o lucro pela criação de escândalos» pode ser contrariada através do «espectro dos exemplary damages». Também a incapacidade de resposta do direito penal económico e sobretudo o aparecimento de formas de ilícito, intermédias entre o ilícito penal e o ilícito administrativo como é entre nós, o ilícito de mera ordenação social, onde aliás, considerações pragmáticas levam ao abandono de princípios fundamentais do direito penal clássico, sugerem que, longe de nos devermos ater a considerações estritamente lógicas do género de «o direito civil não é o meio apropriado para punir», temos antes que aproveitar as potencialidades das sanções civis, sobretudo, procurando satisfazer algumas das críticas que legitimamente lhe são feitas. Assim, p. ex., quanto aos «punitive damages», a crítica que incide sobre a possibilidade de uma dupla sanção ser aplicada ao infractor encontrou resposta no Estado de Indiana onde, depois da declaração da responsabilidade penal, no seu processo próprio, não há lugar para uma punição no processo civil e, portanto, para a concessão de «exemplary damages».

Mas a razão que explica a virulência das críticas deve procurar-se naquela convicção da existência de uma separação, simultaneamente ideal, natural (apesar da sua relativa modernidade) e absoluta entre o ilícito civil e o ilícito penal e as funções a desempenhar por estes — funções de reparação do dano, o primeiro (ou seja de solução do conflito de interesses privados), punitivas, o segundo, afirmando-se aqui a reacção da comunidade e a resposta pública por excelência ao facto cometido pelo agente (ver infra).

Ora, como já em 1918 notara Demogue, «the common law has never been guilty of the folly of putting theory entirely before practical ends and hence we find that the idea of punishment still holds its ground in the administration of civil justice». Aliás, importa também ter pre-

sente que, como faz notar ZENO-ZENCOVICH¹⁴, em toda a reacção do ordenamento jurídico à conduta ilícita de um agente é possível individualizar um certo momento sancionatório. É que, para além dos interesses dos particulares que podem ser afectados, há sempre um interesse público até, de algum modo, dúplice que é posto em causa: por um lado, um interesse público na própria realização dos interesses privados uma vez que «a aprovação — com conseqüente tutela — que o ordenamento concede a uma série de relações voluntariamente constituídas entre os particulares traduz-se num interesse do Estado em que tais relações se concluam e realizem de modo lícito e sem obstáculos»¹⁵ e, por outro lado, o interesse do ordenamento na sua própria auto-conservação e auto-tutela. Tal interesse, nas palavras de ZENO-ZENCOVICH, está necessariamente presente em todos os ramos do Direito e portanto também no Direito Privado e como a aplicação de penas constitui, desde sempre, um dos meios essenciais de afirmação da imperatividade da ordem jurídica «não se compreende por que é que também no direito privado não se deveriam aplicar penas aos transgressores daquele interesse público que é integridade dos comandos estaduais»¹⁶. A consideração fundamental aqui é, portanto, a de que «o ordenamento não renuncia em qualquer dos seus ramos à afirmação e defesa da sua autoridade, «servindo-se para tal dos meios que considera mais idóneos segundo a situação e a constelação dos interesses em causa (de algum modo sempre um misto de interesses públicos e privados)»¹⁷, numa gradação ou continuum de meios¹⁸ que vão desde a simples reparação do dano à pri-

¹⁴ ZENO-ZENCOVICH, *Il Problema della Pena Privata nell'Ordinamento Italiano: un Approccio Comparatistico ai «Punitive Damages» di «Common Law»*, Giurisprudenza italiana 1985, parte IV, 12 e ss.

¹⁵ Aut. e op. cit. na nota anterior, p. 16.

¹⁶ Op. e loc. cit. nas notas 15 e 16. A isto acresce, como o mesmo autor faz notar, que a sociedade civil procura sempre reproduzir, ainda que de forma parcial e imperfeita, os mecanismos reparatórios e punitivos do Estado; por outro lado, longe de constituir uma anomalia ou um anacronismo, a subsistência de penas ou medidas sancionatórias aplicadas por uma autoridade no quadro de uma regulamentação que tem por origem a autonomia privada surge como a lógica consequência da recusa em renunciar a favor do Estado a todo o âmbito de decisão e autotutela.

¹⁷ Op. cit. na nota 14, p. 17.

¹⁸ O desenvolvimento de alternativas civilísticas parece preferível todavia a uma inflação do ilícito administrativo, ao mesmo tempo que, como refere Franco BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, Foro It. 1985 V 1, 4,

vação da liberdade (a qual parece representar, como refere o autor que temos ultimamente vindo a citar, substancialmente a única — além de algumas sanções acessórias desta — rigorosamente reservada às violações penais)¹⁹. Tal continuum tem-se, aliás, manifestado de modo muito revelador, p. ex., no aparecimento, a que já aludimos, de formas mistas de ilícito como é o caso do ilícito de mera ordenação social onde se assiste à aplicação por autoridades administrativas de sanções patrimoniais e de outras que lhe são acessórias e que podem ser particularmente graves num processo que, exteriormente, faz referência ao processo penal. Apresentada como um corolário do princípio da subsidiariedade do direito criminal segundo o qual nas palavras do próprio preâmbulo do DL n.º 433/82 «o direito criminal deve apenas ser utilizado como a *ultima ratio* da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal», a referida evolução corresponde, fundamentalmente, a considerações pragmáticas e visa garantir a eficiência na utilização dos recursos disponíveis como, mais uma vez, resulta claro do preâmbulo do referido DL: trata-se de evitar um alargamento excessivo da intervenção do direito criminal que acarretaria «para além de uma manifesta degradação do direito penal, com a conseqüente e irreparável perda da sua força de persuasão e prevenção, impossibilidade de mobilizar preferencialmente os recursos disponíveis para as tarefas da prevenção e repressão da criminalidade mais grave». No entanto, a afirmação, tantas vezes repetida, de que a sanção criminal deve ser aplicada apenas às violações graves dos valores considerados pela comunidade como fundamentais, ou seja do mínimo ético jurídico fundamental, não deve fazer esquecer que o ameaçar uma certa conduta com uma sanção penal é um indício da sua gravidade ou até, inclusivé, um factor desta ao contribuir para criar junto da comunidade a convicção dessa mesma gravidade. Em suma, a criminalização ou des-criminalização de uma conduta não representa a mera constatação «neutral» por parte do legislador de que a mesma, respectivamente, passou a ou deixou de ser, considerada suficientemente grave pelo público para merecer uma censura penal, mas, antes, constitui, ou pode constituir,

o incremento e alternativas civilísticas de tutela permite dar corpo à tendência a atribuir ao direito penal um papel de *ultima ratio* (concepção subsidiária do direito penal).

¹⁹ Op. e loc. cit. nas notas 14 e 17.

um factor dessa evolução. Portanto, e é sobretudo este o aspecto que agora nos importa, a fronteira do direito penal mostra-se algo move-dia e susceptível, nos seus contornos, da manipulação pelo legislador.

Ora, a figura dos «danos punitivos», vista à luz destas considera-ções pragmáticas e do referido escalonamento das sanções apresenta alguns aspectos sedutores que, paradoxalmente, são também dos que suscitam maiores críticas. Assim, a circunstância de a quantia atribuída a título de «exemplary damages», não dever estar limitada à partida, apontada com frequência pelos detractores da figura como um dos seus defeitos essenciais, é, afinal, para empregar as palavras de ZENO-ZENCOVICH a única ou, ao menos, a principal, garantia da sua eficácia.

Na verdade, a incerteza do quantitativo da sanção e a inexistência de qualquer limite máximo desta impede, ou, na pior das hipóteses, dificulta que o agente se decida pela prática da conduta ilícita impelido pela convicção de que esta «vale a pena», após uma comparação entre o lucro que dela, previsivelmente, pode retirar e as quantias que poderá vir a ter que pagar a título de reparação do dano e a título de multa ou coima²⁰. Por outro lado, mesmo um dos aspectos que causam maior perplexidade, a saber, o de que a quantia atribuída ao lesado a título de indemnização é, aqui, superior ao dano efectivamente sofrido por este, que assim beneficia de um enriquecimento, serviria de incentivo aos lesados a recorrerem aos tribunais apesar dos incómodos e dos custos que inevitavelmente lhes andam associados. Aliás é significativo que, segundo ensina SAVIGNY, as penas privadas tinham no direito romano precisamente este escopo²¹.

Estas observações não pretendem, de modo algum, fazer esquecer a imprecisão que rodeia a figura dos «punitive damages». Desde logo, aliás, quanto ao seu próprio campo de aplicação. Efectivamente, se o

²⁰ Sobre o tema cf. também FRANCO BRICOLA (n. 18), p. 3, particularmente nota 15 onde se informa que o parágrafo 17 n.º 14 da lei alemã sobre infracções administrativas, «Gesetz über Ordnungswidrigkeiten», de 24 de Maio de 1968 prevê, precisamente que a pena pecuniária deve ser sempre superior à utilidade económica que o agente retirar da prática do ilícito.

²¹ Sobre o tema, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 351 e ss.; este autor que trata do problema exaustivamente, sublinha que «os romanos utilizavam a pena privada no campo dos *delicta*» (op. cit. p. 353) e que a sua índole sancionatória — compulsiva é evidente (op. cit. p. 361).

seu domínio natural é o das condutas dolosas parece admitir-se, sem dificuldades de maior, a sua extensão a condutas meramente negligentes desde que a negligência seja grosseira e flagrante «evincing a reckless disregard of human life or of the safety of persons exposed to his dangerous effects». Mas o desenvolvimento que se afigura mais criticável é a aplicação dos «punitive damages» a casos de responsabilidade do produtor («products liability») que, como se sabe, é concebida nos USA como uma forma de responsabilidade independente de culpa («strict liability»).

Assim, embora a responsabilidade do produtor dependa não de culpa sua mas «do facto objectivo de ter colocado no mercado um produto unreasonably dangerous ou defective», admite-se ainda aqui a sua condenação a pagar «exemplary damages»; para muitos autores trata-se de tentar conciliar o inconciliável, aplicando a um caso de responsabilidade sem culpa uma figura concebida e moldada tendo em atenção situações culposas e de culpa grave. Mas tratar-se-á, também aqui, de tentar identificar de entre a multiplicidade de casos de responsabilidade do produtor aqueles em que se verifica uma indiferença mais flagrante para com a segurança do público.

Na tipificação que desses casos é feita por PONZANELLI cabe aqui referir as seguintes situações: condutas comerciais fraudulentas — assim p. ex., a falsificação de resultados de exames laboratoriais para conseguir uma autorização administrativa para a comercialização do produto e frequentes mensagens destinadas a tranquilizar os consumidores (apesar de já serem sobejamente conhecidos os efeitos colaterais do produto) — a violação de regras legais respeitando à segurança dos produtos, o incumprimento flagrante do dever de controlar a qualidade do produto, desde logo preventivamente testando-o de forma adequada, mas mesmo depois da sua comercialização, eliminando os defeitos do produto à medida que estes se tornam conhecidos, ou ao menos, advertindo potenciais utilizadores deste de tais perigos («post-marketing failure to remedy known damages», dever de aviso que, de resto, subsiste em relação a todos os perigos associados com o uso do produto). O recurso aos «exemplary damages» é sem dúvida, atraente já que possibilita, mais que nenhum outro, atender à situação económica do infractor, sendo por isso uma reacção particularmente temida pelas pessoas colectivas dado que se, como refere uma sentença norte americana de 1869, «these ideal existences can neither be hung, imprisoned, whipped

or put in the stocks... *there is but one vulnerable point about... corporations and that is, the pocket of the monied power that is canceled behind them, and if that is reached they will wince...*». Se bem que este recurso se faz sem ter em conta a existência de algumas contradições e injustiças; sem pretender, de modo algum, ser exaustivo, bastará referir que parte da jurisprudência e doutrinas norte-americanas admitem a validade do contrato de seguro que cobre os «punitive damages», se bem que, deste modo, se esvazie a ameaça por eles representada. Por outro lado, subsistem dúvidas quanto a saber se o lesado tem que provar que sofreu um dano real, a indemnizar nos termos gerais, com a violação dos seus direitos como condição para a concessão dos «punitive damages» e ainda quanto à postura a adoptar quando vários lesados por uma mesma conduta, de forma simultânea ou sucessiva, solicitam essa concessão. Seja qual for o veredicto final que esta figura mereça e o destino que lhe está reservado (o que é difícil de prever numa época em que, por outro lado, conhece certa expansão penetrando até, insidiosamente, no domínio contratual mas, por outro, é, como vimos, alvo de duras críticas) ela tem ao menos, o mérito de chamar a atenção para a responsabilidade civil como meio de prevenção e controlo de condutas socialmente nefastas. E não é decerto por acaso que têm surgido p. ex. em Itália normas como o art. 129 bis C.C. que estabelece a obrigação de o cônjuge — ou terceiro — ao qual seja imputável a nulidade do matrimónio indemnizar o cônjuge de boa-fé «anche in mancanza di prova del danno sofferto» e onde se fixa, desde logo a medida de tal indemnização numa quantia correspondente à prestação de alimentos por três anos) ou o art. 12.º da Lei da Imprensa (L. 8-II-1948) segundo o qual a vítima de uma difamação via imprensa poderá obter, além da reparação total do dano sofrido, uma quantia proporcional à gravidade da ofensa e à difusão do escrito, a ser concedida segundo o prudente arbítrio do juiz e que poderá consistir na totalidade do ganho ilícito do infractor (o que, como refere LUIGI CANDINO pode revelar-se particularmente oportuno para destruir a motivação para estas condutas ilícitas em que previsivelmente os lucros associados com a sua prática são maiores que os danos que eventualmente haverá que reparar), normas em que um momento sancionatório parece evidente.

Iremos agora indagar da existência de uma função punitiva da responsabilidade civil no que respeita aos danos não patrimoniais. A refe-

rência autónoma a estes danos compreende-se dado os danos patrimoniais e os não patrimoniais serem concebidos como «realidades jurídicas heterogêneas»²², correspondendo, de facto, a dois modelos distintos de responsabilidade²³.

Muito embora a distinção entre estas duas espécies de dano seja assaz fluida e até, em certo sentido, na expressão de Scognamiglio mais simplista que simplificadora²⁴, ela deve, em toda a sua relatividade²⁵, ser aceite. Com efeito, há que reconhecer que, quanto aos danos patrimoniais o seu ressarcimento tem uma «função essencialmente económica. Com o ressarcimento do dano opera-se a translação de uma perda, que se verificou efectivamente... do sujeito que, de facto, a sofreu a um outro sujeito (individualizado como responsável com base num dos critérios de imputação)». Sem nos querermos alongar demasiado sobre esta modalidade de um dano não podemos deixar de sublinhar que, historicamente, o próprio termo «dano» parece ter designado, inicialmente, a perda patrimonial e que, por outro lado, se pode afirmar, com SALVI, que «a inteira trama — normativa e categorial — do direito privado moderno vem a construir-se em torno do elemento da patrimonialidade que aparece assim como o único idóneo, em princípio, a dar relevância objectiva aos valores jurídicos e a identificar a essência das estruturas fundamentais do direito civil (propriedade, obrigação, contrato)»²⁶. Daí o lugar secundário ocupado pela problemática do dano não patrimonial e a tendência — natural — de aplicar a este os quadros mentais desenvolvidos para o dano patrimonial.

Com efeito, também aqui, em sede dos danos não patrimoniais, muitas vezes de modo inconsciente, se faz valer a ideia de que se trata de restaurar a situação e de repô-la como ela seria não fora o evento lesivo. Há, sem dúvida, a consciência de que a perda não é aqui mensu-

²² DIAZ, *Danno Patrimoniale e Danno non Patrimoniale come Realtá Giuridiche Eterogenee e Indipendenza della Correlative Azioni Riscarcitorie*, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1980, 1475 e ss.

²³ Cesare SALVI, *Il Dano Extracontrattuale, Modelli e Funzioni*, p. 95.

²⁴ SCOGNAMIGLIO, *Il Danno Morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)* in Riv. Dir. Civ. 1957, 1, 277, 280; o autor classifica a distinção entre danos patrimoniais e não-patrimoniais de apriorística.

²⁵ Cf. Johannes KÖNDGEN, *Haftpflichtfunktionen und Immaterialscha-den*, particularmente nas p. 104 e ss.

²⁶ SALVI, op. cit. na nota 23, p. 97.

rável segundo um critério objectivo, mas, por vezes, parece supor-se ser essa a única diferença entre danos patrimoniais e não patrimoniais.

Tal atitude, colocando ao mesmo nível, dinheiro e sofrimento, foi, em parte, a responsável pela posição hostil assumida por aqueles que diziam ser imoral permitir ao pai pedir dinheiro pela morte do filho; hoje, como se sabe, a doutrina dominante resolve o problema falando aqui em compensação do dano, termo com o qual se quer sugerir, precisamente, que se trata, apenas, ao atribuir uma quantia ao lesado de lhe proporcionar uma fonte de prazer capaz de lhe amenizar a dor e não de fixar um preço, um equivalente monetário desta.

Assim, falham redondamente o alvo as críticas daqueles autores que como FLOUR e ALBERT²⁷ ou BONILINI²⁸ persistem em afirmar que pretender que o dinheiro é uma consolação da dor e «à la limite, permet de ne plus y penser»²⁹ pode ser sustentável em certos casos (como, por exemplo, em certos sofrimentos físicos), mas noutros (por exemplo, a morte de uma pessoa querida) «si d'aventure l'analyse était exacte, il y aurait là... un renforcement de l'objection suivant laquelle toute réparation est ici choquante: que penser du demandeur qui plaiderait ouvertement que, moyennant attribution d'une somme suffisante, il cessera de pleurer la mort de son père ou de sa mère, de son fils ou de sa fille»³⁰. É que, não se trata aqui de atribuir ao lesado uma quantia idêntica à sua perda, não só porque esta não pode ser quantificada em termos objectivos, mas porque o dinheiro não tem, por muitos que sejam os seus poderes, a capacidade de fazer milagres e de ressuscitar o filho de entre os mortos para o devolver ao pai ou de criar qualquer situação equivalente a esta, precisamente, porque não existe equivalente. Como se vê, a responsabilidade por danos patrimoniais e a responsabilidade por danos não patrimoniais correspondem a modelos estruturalmente distintos: na primeira, transfere-se uma perda de um património para outro património, enquanto na segunda se assiste sempre, como sublinha SALVI³¹,

²⁷ FLOUR et AUBERT, *Droit Civil les Obligations*, vol. II, Sources: *Le Fait Juridique*, p. 156.

²⁸ Giovanni BONILINI, *Il Danno non Patrimoniale*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1985, Parte Seconda, 205, 213.

²⁹ FLOUR et AUBERT, op. e loc. cit. na nota 27.

³⁰ Aut. e loc. cit. na nota 27.

³¹ SALVI (n. 23), p. 27.

a um enriquecimento (num plano estritamente patrimonial) do lesado³². De resto, o próprio BONILINI sublinha³³ ser o dano não patrimonial quantificado através de uma operação que tem como seu único critério um juízo de equidade (ao passo que no dano patrimonial este critério é secundário e ancilar). Compreende-se, por isso, que se trate, assim, de um sector muito mais permeável a considerações de ordem punitiva, mais ou menos camufladas.

O entendimento de que se trata aqui, em sede de danos não patrimoniais, de uma compensação do dano tem, levado, por vezes, a desenvolvimentos algo inesperados: tenha-se em atenção, a título de exemplo a proposta contida no Relatório PEARSON de não compensar as dores e sofrimentos do próprio lesado quando este em virtude do evento lesivo entrou em estado de coma do qual não volta a sair por, em tal caso, como é evidente, o lesado não poder aplicar quaisquer quantias que lhe sejam atribuídas para conseguir fontes de prazer alternativas.

O pensamento da compensação aparece, entretanto, associado, em algumas ordens jurídicas, é o que se passa, por exemplo, na RFA e na Suíça, com o da satisfação (Genugtuung) do lesado. Não é, contudo, fácil saber o que se pretende designar com esta última expressão tanto mais que, se para alguns, ela quase não se distingue da compensação, para outros, ela comporta uma faceta punitiva assinalável (e mesmo, dir-se-ia, uma faceta de vingança, se tal palavra não estivesse proscrita)³⁴. Assim, pode dizer-se que qualquer atribuição pelo agente do

³² Por isso mesmo a compensação dos danos não patrimoniais tem sido persistentemente recusada no direito soviético; cf. Christopher OSAKWE, *An Examination of the Modern Soviet Law of Torts*, 54 Tulano L. Rev. 1, 10 (1979): Any harm that is not materially quantifiable, such as the so-called «moral harm» is not recoverable. For example, harm suffered as result of mental anguish resulting from the infliction of bodily injury or loss of property, etc. is not subject to compensation.

³³ BONILINI, (n. 28), p. 212.

³⁴ «Die dadurch erzeugte Befriedung und das Bewusstsein, dass diese Geldsumme dem Schuldigen abgenommen wird, soll... zur Besänftigung des Rachegefühls dienen, welches auch beim modernen Menschen, trotz Christentum und Zivilisation, nicht erloschen ist» V. TUHR, cit. apud. Erwin DEUTSCH, *Schmerzensgeld und Genugtuung*. JuS 1969, 197, 201. A respeito da exigência, atrás mencionada no texto, de que o lesado esteja em condições de beneficiar da quantia atribuída para compensação dos danos não-patrimoniais, veja-se, por todos, Carel J. J. M. STOLKER, *The Unconscious Plaintiff: Consciousness as a Prerequisite for Compensation for Non-pecuniary Loss*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, págs. 82 e segs.

facto danoso de uma quantia ao lesado «satisfaz» este, como, também, se pode afirmar que o mesmo ficará «satisfeito» ao ver como o infractor tem de pagar pelo ilícito que cometera. Esta condenação do infractor apaziguará o lesado cujo sentimento jurídico foi violado e reforçará a sua confiança no Direito (trata-se aqui, de uma argumentação que já se pode encontrar em JHERING. Para lá do seu conteúdo simbólico a função de satisfação do lesado exprime nas palavras do BGH «uma certa relação pessoal entre lesante e lesado, criada através do facto danoso» e possibilita, sobretudo, ter em atenção o grau de culpa do lesante e a situação económica deste e do lesado. Pode-se assim, atribuir ao lesado uma quantia superior quando o agente actuou com dolo ou culpa grave do que quando este agiu com culpa leve. Simplesmente, esse resultado tanto pode justificar-se dizendo que o grau de culpa do agente tem repercussões sobre o montante do dano, como admitindo, mais ou menos abertamente, que se trata aqui de dar ao lesado a «satisfação» de ver o agente ser punido. Autores há, de resto, que como DEUTSCH, incluem estas duas facetas na ideia da «satisfação» do lesado: tratar-se-ia por um lado de complementar o princípio da compensação e, por outro, de sancionar a violação culposa de uma norma reafirmando a pretensão de validade de uma ordem jurídica³⁵.

É este segundo aspecto que agora nos interessa sobremaneira; quanto a ele refere STOLL, que, diferentemente do que se passa na pena, com a «satisfação» do lesado, a retribuição ou expiação do lesante não é um fim em si própria mas apenas um meio, um meio para o «apaziguamento», a «pacificação» do lesado. Esta observação de STOLL revela também que, após uma época em que, como faz notar HIRSCH³⁶, a problemática da «satisfação» do lesado foi tratada como uma questão estritamente civilística, há hoje a preocupação de defender esta pretensão função da indemnização dos danos não patrimoniais da acusação de representar afinal uma usurpação pelo direito civil das funções próprias do direito penal. Mas, muito embora se sublinhe que aqui estão em causa, fundamentalmente os interesses do lesado e não os da comunidade e que são sobretudo aqueles, e não estes, que determinam a medida da quantia a atribuir a título de indemnização, parece inegável que, se à

³⁵ DEUTSCH, op. cit., p. 202.

³⁶ Hans Joachim HIRSCH, *Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht*, Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt am Main, 1969, p. 304 e ss., p. 306.

responsabilidade civil cabe fundamentalmente uma função de reparação do dano (cf. supra) e só, de modo subordinado uma função preventiva-sancionatória, o apelo à ideia de «satisfação» do lesado acaba por significar, nas palavras de DEUTSCH, uma inversão nesta hierarquia (que o mesmo autor considera existir, por exemplo, também na cláusula penal)³⁷.

Não surpreende pois, a acusação lançada com veemência por HIRSCH, de que se trata aqui, no fim de contas, do regresso à pena privada e a uma fase de evolução que se deveria ter por superada³⁸. Efectivamente, a circunstância de a quantia atribuída a título de compensação se adequar aos interesses do lesado e não ter em vista fundamentalmente os interesses da comunidade não seria nem decisiva no sentido de afastar a qualificação de pena — pois para o lesante é obviamente indiferente pagar ao Estado ou à pessoa do lesado — nem, sobretudo, legítima. Quanto a este último aspecto, HIRSCH, escrevendo em 1969, afirma que na punição do agente só pode estar em causa a reacção frente à violação da ordem jurídica como uma parte do ordenamento ético-social de uma comunidade — assim, o agente, surge aqui como «devedor», não de uma ou outra pessoa individualmente consideradas, mas da comunidade, designadamente, da comunidade estadual (trata-se, como se vê, da perspectiva tradicional, anterior à «grande descoberta do lesado» operada nestes últimos anos pela criminologia). Quanto à necessidade de pacificação e à atribuição de uma soma pecuniária ao lesado em virtude da violação do seu sentimento jurídico, HIRSCH considera expressamente, tratar-se aqui de um «Atavismo cultural e jurídico»³⁹. Rejeita, portanto, liminarmente, a tese que vê nesta evolução um contributo positivo para a descriminalização, para a encarar, tão-só, como uma involução e um retrocesso. Trata-se, no fim de contas, de uma postura que tendo o mérito de ter chamado a atenção para alguns perigos possíveis deste entendimento da indemnização dos danos não patrimoniais (como, por exemplo, a violação da regra na bis in idem quando pelo mesmo facto seja também aplicada uma multa) é paradigmática de uma concepção (que adiante criticaremos) que vê no crime tão-só uma violação da ordem jurídica e uma ofensa à comunidade que urge sancionar,

³⁷ Op. e loc. cit.

³⁸ HIRSCH, op. cit., p. 317.

³⁹ HIRSCH, op. cit., p. 317.

tarefa exclusiva do direito criminal, que não deve ser levada a cabo por qualquer outro ramo do Direito sob pena de degradação da diferença qualitativa entre estes existentes.

Concluindo, queremos aludir à importância prática, por vezes inesperada, de que se pode revestir a discussão em torno das funções da indemnização dos danos não patrimoniais. Assim um dos pressupostos para a aplicação do art. 75.º do Código Penal vigente, respeitante à dispensa de pena, é que o dano haja sido reparado. Ora, se alguma jurisprudência tem entendido que este instituto se deve aplicar quer aos crimes patrimoniais quer aos não patrimoniais, pois «não parece que só os crimes patrimoniais possam ser reparados» e «a lei não distingue e não se vê razão para distinguir»⁴⁰, não falta quem, todavia sustente que a isenção de pena só tem aplicação em relação aos crimes contra o património pois «só em relação a eles é que se poderá falar em reparação do ano (e nem sempre), pensando a lei na restituição natural (art. 562.º do Código Civil), caso em que se poderá afirmar que o dano foi reparado; quando o evento em causa ocasionou danos não patrimoniais então fala-se em indemnização destinada a minorar o dano sofrido»⁴¹.

Não podemos deixar de manifestar a nossa discordância relativamente a esta opinião; se é certo que não se pode falar aqui, em sede de danos não patrimoniais, em «reparação» do dano, no sentido do seu ressarcimento, de reconstituir a situação que existiria não fora o evento lesivo, e que a indemnização tem, aqui, sempre por base a equidade não se pode esquecer que, por isso mesmo, é mais fácil atender nesta sede ao grau de culpa do agente na fixação do seu montante (seja porque se considera que ele influiu sobre a gravidade do dano seja por motivações punitivas mais ou menos conscientes), pelo que, por identidade ou, estaríamos tentados a dizê-lo, por maioria de razão (dado o seu carácter sancionatório), se deve também nesta sede aplicar o instituto da dispensa de pena.

⁴⁰ Cf. Acórdão da Relação do Porto de 27 de Julho de 1983 in Revista do Ministério Público, ano IV, 157, 161.

⁴¹ Manuel SIMAS SANTOS, Comentário ao Acórdão da Relação do Porto de 27 de Julho de 1983, «Lei mais favorável (aplicação osmótica) — isenção de pena (art. 75.º do Código Penal)», Revista do Ministério Público, ano IV, 157, 167-168.

A função preventiva (e portanto, pedagógica) da responsabilidade civil apareceu, em primeiro plano, nos sistemas socialistas. Paradigmáticas desta afirmação são as regras que regulam a responsabilidade civil extracontratual contidas no ZGB da D.D.R. de 16/6/75 e que escolhe-mos como exemplo, não apenas pelo seu mais fácil acesso linguístico mas, também, por se tratar de um código recente, de grande perfeição técnica como mesmo os seus detractores reconhecem e que não deixa de surpreender pela ousadia de algumas soluções.

O pensamento preventivo, que inspira as regras da responsabilidade delitual, transparece logo no § 323 quando este afirma em sede geral o dever de cidadãos e empresas, de acordo com os princípios da moral socialista, assumirem uma conduta activa no sentido de impedirem danos e afastarem perigos que ameacem a sociedade socialista, os seus cidadãos e empresas, acabando o referido parágrafo por estabelecer que os direitos e deveres consagrados nas normas seguintes visam a «educação» («Erziehung») de todos os cidadãos a respeitar a vida, a saúde e a propriedade. Afirmações deste teor poderiam parecer triviais e meramente programáveis não fora a circunstância de conformarem, como adiante se verá, as soluções concretas. Mas, para já, convém sublinhar que, como ensina MARTIN POSCH⁴², o que aqui está em causa é estimular formas de conduta determinadas pela moral e consciência jurídica socialista, designadamente, o cumprimento do dever geral de conduta de evitar causar danos a outrem (cuja consagração, aliás, sob a forma de uma cláusula geral não representa sequer, como refere VALENTIN PETEV⁴³ qualquer especialidade dos sistemas socialistas) e, ainda, o dever de os reparar ou contribuir para a sua reparação, uma vez que estes hajam sido causados. Nas palavras de POSCH, corresponde a uma postura socialista sentir-se responsável pelos danos causados a outrem e cuidar da sua reparação; as regras da responsabilidade civil têm, de resto, precisamente o escopo de reforçar este «sentir-se responsável» pelo lesado, estimulando assim a criação de relações socialistas entre os homens. Sem dúvida que este elevado sentido de responsabilidade não pode ser criado apenas através do Direito mas nem por isso o papel deste deve ser substituído. Daí que o regime estabelecido pelo ZGB seja mais severo em

⁴² Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Schadenszufügung und ihre Voraussetzungen, NJ 1987, 10.

⁴³ Sozialistisches Recht, Berlin (de Gruyter), 1975, p. 215.

relação ao lesante do que aqueloutro estabelecido p. ex., pelo ZGB. Trata-se, aliás, quanto ao primeiro, de um regime que, desde logo, se caracteriza — e aqui está uma das novidades que atrás referimos — por uma diferença fundamental de tratamento consoante o agente seja uma pessoa física (um «cidadão») ou uma empresa.

Se se tratar de uma pessoa física responderá pelos danos que ilícitamente causar através da violação dos seus deveres (§ 330 ZGB) desde que haja actuado com culpa (§ 333 ZGB), simplesmente caberá ao lesante provar que não agiu com culpa se pretender eximir-se de qualquer responsabilidade. Como POSCH refere, a responsabilidade civil do cidadão pela provocação ilícita de um dano baseia-se, em princípio, na presunção de que a sua violação objectiva de um dever ocorreu culposamente. Efetivamente, se se espera de cada um que adopte uma conduta que não cause danos a outrem, a ocorrência de tais danos faz supôr a existência de, ao menos, um desleixo ou indiferença no cumprimento de tal dever. «A circunstância de que o cidadão que provocou um dano violou objectivamente um dever fala primeiro contra ele», não devendo o lesado sofrer as consequências de uma incerteza acerca da culpa do lesante. Esta presunção de culpa do lesante, aliás dominante nos países socialistas, não é mais, como sublinha RICHARD MOTSCH que uma expressão do pensamento pedagógico pois «a inversão do ónus da prova acentua a obrigatoriedade dos deveres jurídicos gerais. «Por outro lado, é ainda expressão do mesmo pensamento, a possibilidade concedida ao lesante de se isentar de responsabilidade, demonstrando que não agiu com dolo ou negligência, entendendo-se quanto a esta última que «age com negligência o cidadão que provocou o dano, quando este por falta de diligência, desleixo, indiferença ou motivo semelhante não se comporta como, na situação dada, e correspondentemente às exigências gerais que lhe eram feitas, era necessário para evitar o dano» (§ 333 Abs 3 ZGB). É de destacar, aqui, não só a alusão às «exigências gerais» — que englobam, como observa RENÉE SANILEVICI⁴⁴, as próprias do exercício de uma certa profissão — mas, ainda, a circunstância de se referir tais exigências à pessoa do agente: trata-se, como já se disse, das exigências que *lhe* eram feitas. MOTSCH retira daqui ser decisivo para a apreciação da culpa

⁴⁴ Renée SANILEVICI, *La Réglementation de la Responsabilité Civile Délictuelle Dans les Codes Civils des Pays Socialistes Européens*, *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1981, 821, 824.

não, como entre nós, o padrão objectivo do homem médio e da diligência que se pode esperar no tráfego mas um padrão subjectivo referido à pessoa do agente — trata-se, contudo, de uma ilação duvidosa e, de modo algum, pacífica.

Além disso, quanto às pessoas físicas, a responsabilidade pelo risco continua a ser excepcional: está prevista, p. ex., a responsabilidade «alargada» dos titulares de veículos automóveis e barcos (§ 345), de animais (§ 346) e prédios (§ 347).

Por comparação com o regime aplicável às pessoas físicas, o regime da responsabilidade extracontratual das empresas é bastante mais severo. Assim, se também aqui vale o princípio expresso no § 330 ZGB e por nós já referido de que quem causa ilícitamente um dano fica obrigado a repará-lo, só será possível à empresa afastar a sua responsabilidade, nos termos do § 334 se demonstrar que não podia evitar as circunstâncias que conduziram ao dano «apesar da utilização de todas as possibilidades que lhe eram concedidas pelas relações de produção socialistas». Quanto à responsabilidade pelo risco ela é estabelecida como *regra* para as empresas (§ 334 Abs 1 «As empresas cuja actividade represente um acrescer do perigo para as outras são responsáveis pelos danos causados por essa actividade...») que só poderão afastar demonstrando que o dano tem a ver com um acontecimento inevitável, entendendo como tal uma ocorrência «que não era previsível e que a empresa apesar de todas as medidas correspondentes às possibilidades e conhecimentos actuais não podia impedir» (§ 343 Abs 2). Saliente-se que o conceito de «inevitável» do § 334 não coincide, como é, de resto, evidente com o do § 343: num caso atende-se à situação concreta da empresa e às possibilidades de que esta dispunha, no outro é decisivo o estado actual da técnica das medidas de segurança.

Esta dualidade de regimes que nos parece aliás perfeitamente coerente (quando não é mesmo aconselhável) por uma intenção de prevenção do dano é sem dúvida, um dos traços mais marcantes e sedutores da moderna lei alemã-oriental. E se as regras da responsabilidade civil se inserem aqui no élan pedagógico de todo o Direito socialista, para empregar as palavras de MOTSCH⁴⁵, e têm na base uma certa visão do

⁴⁵ Richard MOTSCH, *Schadenersatz als Erziehungsmittel* JZ 1984, 211, 220: «erzieherischer Elan».

Homem que pode parecer irreal por demasiado optimista ⁴⁶, nem por isso elas deixam de demonstrar — e daí esta nossa breve digressão pelos sistemas socialistas — a possibilidade de construir um todo harmónico e coerente com base na premissa da atribuição à responsabilidade civil de uma função marcadamente preventiva.

II Parte: A reparação do dano e o direito penal

O direito penal tende a ser, nos tempos modernos, e como refere SESSAR ⁴⁷, um direito «sem vítimas». Preocupado com reafirmar a norma posta em causa pela conduta do agente (conduta cuja ilicitude é independente da ocorrência de um dano e se além, antes, ao desvalor da acção), garantindo a funcionalidade do sistema social, o direito penal visa a tutela de bens jurídicos que constituem, precisamente o objecto da protecção da norma e se situam num plano abstracto e funcionalmente orientado. A defesa dos valores situa-se, todavia, num plano inteiramente distinto do da reparação dos interesses individuais concretamente lesados. Nas palavras de HELLMER ⁴⁸, o direito penal serve para restabelecer o direito da sociedade, o sistema jurídico socialmente constituído, não podendo a reparação da esfera dos interesses individuais «co-determinar nem em termos positivos, nem em termos negativos as exigências estaduais de penalização». A tarefa da reparação do dano é, assim, delegada, como tarefa «menor» a um outro ramo de direito e a uma outra forma de responsabilidade (a responsabilidade civil), considerando-se que se trata aqui, fundamentalmente, do aparecimento de um direito de crédito «como outro qualquer» e, portanto, sem que seja preocupação do Estado assegurar a reparação, quando não se conse-

⁴⁶ Neste sentido veja-se a crítica de MOTSCH, op. cit., p. 220: «Den Optimismus, der Mensch sei perfekt erziehbar, teilen wir nicht. Auch ist die Erziehung von selbstverantwortlichen Personen heikel: zu leicht kann sie in Bevormundung und Indoktrination umschlagen».

⁴⁷ Klaus SESSAR, *Das Verhältnis von Täter und Opfer in der Strafrechtspflege*, Zeitschrift für Evangelische Ethik n.º 28, 1984, 167, 168: «Unser Strafrecht, das (meist) ohne Opfer nicht wäre, ist ein Strafrecht ohne Opfer».

⁴⁸ Joachim HELLMER, *Wiedergutmachung und Strafe*, AcP 155 (1956) 527, 533.

gue descobrir a pessoa do lesante ou este não tiver meios para efectuá-la, ou coagir este, de modo especial, a fazê-lo quando tal lhe é possível. Não surpreende, pois, o desabafo de SUTHERLAND: «It is rather absurd that the state undertakes to protect the public against crime and then, when a loss occurs, takes the entire payment and offers no effective remedy to the individual victim» ⁴⁹. Tal situação representa, no entanto, o corolário de uma evolução histórica.

Como se sabe, o sistema penal de outras épocas — designadamente, o da Alta Idade Média ⁵⁰ — era, essencialmente, um sistema de justiça privada «sendo o crime considerado como ofensa individual (excepção feita ao delito de traição)» ⁵¹, ofensa feita não apenas ao lesado mas, também, ao grupo, nomeadamente familiar, em que este se inseria e ao qual pertencia a tarefa de o vingar (solidariedade penal activa), vingança que, em certos termos, se podia estender aos familiares do lesante (solidariedade penal passiva), se bem que esta hipótese pareça ter tido menos relevância do que, geralmente, se lhe atribui ⁵². A visão mais generalizada da evolução ocorrida é, sensivelmente, esta: dado o clima de violência que este sistema de vingança institucionalizada teria fomentado, foi-se introduzindo e alargando a possibilidade de o agente «comprar» a paz, mediante o pagamento de uma certa soma ao ofendido ou à sua família, de acordo com determinadas tabelas ou tarifas. Progressivamente, uma parte da referida soma pecuniária passa a ser paga à autoridade pública «as a commission for its trouble in bringing about a reconciliation between the parties, or perhaps, as the price payable by the malefactor either for the opportunity which the community secures for him of redeeming his wrong by a money payment, or for the protection which it affords him, after he has satisfied the award, against further retaliation on the part of the man whom he has injured».

⁴⁹ Cit. apud DETLEV Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, p. 91.

⁵⁰ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal*, p. 15 e ss.

⁵¹ Aut. e op. cit., p. 25.

⁵² Aut. e op. cit., p. 19, nota 20.

A evolução para este sistema de composição pecuniária acabou, aliás, por representar a gênese da multa ⁵³.

Não queremos deixar de observar que o modelo, atrás sucintamente exposto, de progressão de vingança para a composição pecuniária e, depois, para formas de exercício do *ius puniendi* pelo Estado é susceptível de várias críticas e reparos. Em primeiro lugar, como refere MACCORMACK ⁵⁴, parece conceber-se, geralmente, a vingança como um impulso irracional para causar o maior dano possível à pessoa que, inicialmente, causou uma ofensa. Daí a suposição de que, originariamente, o direito de vingança era ilimitado, tendo-lhe sido introduzidas restrições, paulatinamente, por força, do costume ou de uma autoridade central: vingança e composição são tidas como noções antitéticas. Ora, na realidade, a vingança, segundo confirmam estudos antropológicos, não se configura, em regra, como reacção indiscriminada, capaz de criar uma espiral de violência, antes se apresenta estruturada segundo um princípio de equilíbrio e reciprocidade. Em segundo lugar, não tem sido possível demonstrar, através dos mencionados estudos antropológicos, que a forma «natural» de progressão seja, precisamente, a de formas de vingança para formas de composição pecuniárias dos conflitos. Tem-se, antes, constatado, além de uma acentuada disparidade de soluções, pois, tanto existem sociedades em que a vingança do lesado ou da sua família é a única reacção possível, como sociedades em que se conhece a composição pecuniária para todos os crimes, mesmo os mais graves, uma coexistência, em regra, da vingança e da composição, sem que se possa estabelecer, com segurança, uma qualquer prioridade (cronológica ou outra) entre estas duas realidades.

Seja como for, este modelo, ainda que, porventura, simplificado, tem o inegável mérito de pôr em destaque um dos aspectos fundamen-

⁵³ Richard LASTER, *Criminal Restitution: A Survey of its Past History and an Analysis of its Present Usefulness*, 5 University of Richmond L. Rev. 71, 77 (1970): Thus the system of fines paid to the Crown gave impetus to the separate growth of a criminal law involving harm to individuals because it involved the state in the dispositionary stage of a legal proceeding in its own behalf. From this minor intrusion, the role of the state eventually changed from that of an arbitrating or mediating force to a punishing one.

⁵⁴ Geoffrey MACCORMACK, *Revenge and Compensation in Early Law*, 21 Am. J. Comp. Law 69 (1973).

tais da evolução histórica verificada, precisamente, aquele que, aqui, mais nos interessa; é que o crime era, essencialmente uma questão entre lesante e lesado, dominada pelo princípio da reciprocidade e pela justiça comutativa. Gradualmente, contudo, a relação foi-se tornando triangular, pela crescente intervenção do poder central. Esta ficou-se a dever aos mais diversos motivos, que iam da necessidade de afirmação do poder central ao interesse patrimonial deste, e justificou-se pela publicização do crime, cada vez mais considerado, fundamentalmente, como a violação de uma ordem de que o rei é o garante (quando não a fonte) — e daí, a «consideração do delito como ofensa ao rei, senhor e representante natural do todo nacional» e uma violação do seu imperium. A dicotomia entre responsabilidade civil e penal acentua-se segundo uma perspectiva subjectiva e objectiva. Segundo a primeira, a responsabilidade penal mostra-se mais atenta ao grau de culpa do agente, uma vez que esta traduz a sua atitude perante a lei, ou seja, perante a vontade do Estado. De acordo com a segunda perspectiva, o ilícito penal representa uma violação do direito objectivo, enquanto o ilícito civil é, sobretudo, dado pela violação de direitos individuais. A relação triangular, a que acima aludimos, acaba, assim, por desaparecer, para termos no palco do direito penal, de novo, apenas dois actores — simplesmente, já não se trata agora do lesante e do lesado, mas sim, do infractor e do Estado. A pessoa do lesado desaparece da cena e é remetida para o campo da responsabilidade civil, num movimento — aliás, nunca inteiramente completo — facilitado, inclusivé, por razões adjectivas: como HELLMER refere, a ligação de penas cada vez mais cruéis à prática de crimes, dentro daquela, na sugestiva expressão de TAIPA DE CARVALHO ⁵⁵, «dinâmica terrorista» do poder central, o atendimento do grau de culpa do agente a radical desigualdade das partes no processo, contribuíram para uma importância acrescida da prova (tarifada) e um processo inquisitório dificilmente compatíveis com a resolução de questões como a do montante da indemnização a pagar pelo lesante. É aliás, interessante notar que foi, em grande medida, a separação entre reparação da situação do lesado e pena que suscitou a questão até hoje sempre renovada, da legitimação desta ⁵⁶.

⁵⁵ Op. cit., p. 41, nota 62.

⁵⁶ HELLMER, (n. 48), p. 532: «O dever de indemnizar do Direito Civil permanece estreitamente ligado com o nosso profundo sentimento humano de reciprocidade, enquanto a pena se desligou dele e se transformou num instrumento de poder

O Estado afirma-se, assim, como titular exclusivo de um direito, o direito de punir, que, não só não é atingido pela atitude pessoal do lesado, ou pela reparação, em concreto, do dano que este sofreu, mas, nem sequer se trata de um direito de exercício vinculado, pois que, o poder central se reserva a faculdade, arbitrária, de não o exercer, manifestando uma clemência que mais não é que uma forma extrema de despotismo.

Já reduzida a um diálogo, a relação jurídica penal torna-se ainda, mais abstracta, com a escola clássica, que sob certo aspecto, representa o culminar da evolução. É agora, o próprio infractor que se desencarna e, de algum modo, se despoja da sua própria individualidade, para só ficar no palco a sua conduta, expressão simbólica de um desafio, e da violação de um equilíbrio, que a pena, como resposta simétrica, visa restaurar. A escola clássica é, mesmo, a este nível o paradigma de um discurso, tantas vezes renovado, que, em nome da dignidade e da liberdade, ignora o homem concreto, as suas imperfeições e fraquezas, (em suma, a sua identidade) e a sua situação.

Será, como é sabido, a escola positiva, a «chamar a atenção para a necessidade da consideração da personalidade concreta do delinquente». Mas e ao mesmo tempo, aspecto que tem quedado na penumbra, até por ter tido, comparativamente, uma ressonância muito menor, também se exige do Estado que se preocupe com a situação da pessoa lesada pelo facto criminoso. Paradigmático desta exigência é o texto considerado por PISANI⁵⁷ como «o documento mais elaborado e mais importante da escola positiva sobre o problema da reparação do dano», a saber, «o Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti» (1921),

de um terceiro, o Estado. Não discutimos hoje sobre a justificação do dever de indemnizar mas a justificação da pena é controversa». Cf. também o que afirma Klaus Sessar, *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik*, in *Festschrift für Heinz Leferenz*, 145, 157, para quem o ponto de partida da transformação da reparação do dano em um elemento autónomo da doutrina penal sobre o fim das penas deveria ser o de que em muitos casos não existe na realidade um interesse público na punição mas tão-só interesses privados naquela reparação. A nova orientação do direito penal em benefício da prevenção especial à custa da retribuição e da prevenção geral contribuiria também para esta importância crescente da reparação do dano (op. cit. pág. 160).

⁵⁷ MARIO PISANI, «L'Indemnisation des Victimes de l'Infraction Pénale», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1974, 189, 191.

fortemente influenciado pelas teses de FERRI, presidente da comissão de redacção. A filosofia subjacente a tal projecto ressalta, com clareza, das próprias palavras de FERRI ao apresentá-lo: «na defesa social contra a criminalidade, os meios de reparação que, com os meios de prevenção da infracção, foram, até ao presente, demasiado negligenciados em relação aos meios de repressão e eliminação tomam, assim, um papel importante. E, pois que todos estes meios de defesa social contra a infracção são de interesse público, daí decorre, naturalmente, o conceito jurídico sustentado desde o início pela Escola criminal positivista segundo o qual a obrigação de indemnizar a vítima que incide sobre o delinquente não é apenas uma obrigação de direito privado como o é, por exemplo, a obrigação decorrente da inexecução de um contrato, mas é essencialmente e sempre uma obrigação de direito público. Ela deve, portanto, ser função do Estado como o é a prevenção e repressão dos delitos». Noutro passo FERRI afirma, inclusivé, que «assimilar a obrigação do delinquente de reparar os danos provocados pelo seu delito, à obrigação resultante do não cumprimento de um contrato é simplesmente imoral» ao mesmo tempo que sublinha a necessidade de considerar a vítima como «o terceiro protagonista da justiça penal»⁵⁸.

Creemos que valerá a pena referir, ainda que de forma perfunctória, algumas das propostas contidas no mencionado projecto. Este estabelecia desde logo, que toda a sentença penal de condenação devia impor a obrigação de reparar o dano, fixando o montante deste, se tal fosse possível, à luz dos elementos disponíveis no processo, ou, caso contrário, fixando uma indemnização provisória.

Assim, e «precisamente para dar à reparação do dano o carácter de obrigação de direito público e de função do Estado», o ministério público devia «requerer, ao mesmo tempo que a condenação, a reparação do dano ocasionado pela infracção», garantindo, também, a execução dessa parte da sentença. Previa-se, ainda, que a suspensão da pena, a liberdade condicional, a restituição da caução de boa conduta «são sempre sujeitos, e o perdão pode ser sujeito, à condição de que o condenado tenha reparado o dano, ou o repare num prazo determinado, ao menos quanto à parte provisória estabelecida na sentença» com a excep-

⁵⁸ Cit. apud PISANI, op. cit., na nota anterior, p. 192, nota 7. Para uma crítica a algumas das premissas de Ferri, cf. Jorge RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização por perdas e danos arbitrada em Processo Penal — o chamado Processo de Adesão*, p. 84 e ss.

ção de o condenado — por uma única infracção e não reincidente — provar a impossibilidade em que se encontra de cumprir tal obrigação. Impressionantes eram, também, as garantias do cumprimento dessa obrigação de reparar o dano: por um lado o ministério público devia proceder, imediatamente, à hipoteca dos bens imóveis e ao penhor dos bens móveis, rendimentos e salários do arguido, proporcionalmente à importância do dano, com salvaguarda dos meios necessários à subsistência deste e da sua família, a menos que este optasse por prestar caução, sendo certo que, simultaneamente já se estabelecia, que a vítima ou os seus herdeiros teriam, sobre os bens móveis e imóveis do condenado, prioridade sobre qualquer outro credor (ainda que hipotecário ou privilegiado), cujo crédito fosse posterior à prática da infracção; por outro lado, estabelecia-se uma presunção de fraude, facilitando a sua anulação quanto a todos os negócios, celebrados pelo arguido, que não pagar caução, durante o julgamento, que acarretem diminuição do seu património ou rendimentos ou que tornem impossível ou mais difícil a reparação do dano. Chegava-se, aliás, a prever a possibilidade de uma parte do salário auferido pelo detido pelo trabalho executado na prisão ser atribuída ao lesado, cujo dano sofrido não tenha sido reparado.

Esta, aliás breve, excursão pelo conteúdo, do Projecto, parece-nos interessante por revelar não só o carácter, ainda hoje, ousado e inovador, de algumas das suas propostas, mas também, a amplitude com que outras — embora, quiçá, não pela mesma razão, isto é, pelo reconhecimento de que a reparação do dano constitui uma função do Estado — foram encontrando consagração no direito penal da actualidade.

Efectivamente, e muito embora se deva reconhecer que «requiring a criminal offender to restore the victim to his original position is intuitively fair»⁵⁹, a ideia da reparação do dano só recentemente, com a «grande descoberta da vítima» tem logrado aceitação no direito penal. E, ainda assim, cumpre advertir, que tal aceitação está longe de ser determinada pelas mesmas motivações: é que, a reparação do dano pode surgir como uma nova sanção penal, como uma função autónoma do direito penal ou, tão-só, como uma componente de uma função, por assim dizer, clássica, deste ramo de direito (estamos a pensar, aqui, sobretudo, na prevenção especial). E, correspondentemente, o pensamento da repa-

⁵⁹ Victim Restitution, 97 Harv. L. Rev. 931, 934 (1984).

ração aparecerá, ora centrado na pessoa do agente, ora associado, sobretudo, à preocupação com a pessoa do lesado.

A exigência de reparação do dano encontra, assim, expressões variadas a que subjazem razões nem sempre coincidentes, e cuja sistematização se revela, por isso mesmo, sobremaneira difícil. Uma delas é a de considerar tal reparação como causa de exclusão da punibilidade em sede de crimes patrimoniais, desde que, obviamente, não se trate de crimes de perigo. Paradigmática a este propósito é a disposição contida no § 167 do Código Penal Austríaco; aí se estabelece que o agente não será punido⁶⁰ no caso, entre outros, de furto, subtração de energia, abuso de confiança, infidelidade, usura, falência fraudulenta e falência negligente, frustração de créditos, favorecimento de credores, receptação, quando, antes das autoridades terem conhecimento do seu facto ilícito, e sem a isso ser coagido — ainda que, porventura, devido à insistência do lesado — reparar o dano causado ou se obrigar contratualmente, para com o lesado, a repará-lo num certo prazo⁶¹. A lei prevê inclusivé, que se o agente se esforçar seriamente por reparar o dano, também não será punido quando um terceiro, em seu nome, ou um outro participante no facto criminoso, reparar a integralidade do dano ou se vincular contratualmente a fazê-lo nos termos atrás expostos. Esta norma do Código Penal Austríaco não se aplica a crimes em que estejam em causa, além de bens patrimoniais, bens de natureza pessoal (p.ex., o roubo), nem, tão-pouco, ao crime de dano, o que é, sem dúvida, mais surpreendente. Esta interpretação restritiva é justificada por não ser aqui possível a restauração natural mas, apenas, a indemnização por equivalente — interpretação, como sublinha HAVEKOST⁶², surpreendente numa reforma tão pragmática. Aliás, o mencionado § 167 suscita outros problemas; assim, há determinados tipos legais em que a relevância e a própria possibilidade da reparação do dano são duvidosas (pense-se no furto de uso de veículo, em que a restituição da coisa é elemento do próprio tipo legal) e, por outro lado, a aplicação que desta norma é feita pelos tribunais é susceptível de ter efeitos criminógenos: basta ter

⁶⁰ «Die Strafbarkeit... wird durch tätige Reue aufgehoben».

⁶¹ Neste caso, a punibilidade «renasce» com o incumprimento da referida obrigação; sobre o tema cf. Manfred HAVEKOST, *Die Wiedergutmachung des Schadens als Strafaufhebungsgrund im deutschen und österreichischen Strafrecht*, ZRP 1980, 308 e ss.

⁶² Op. cit., p. 309.

presente que já se afirmou que, a circunstância de a reparação do dano ocorrido em virtude de um primeiro facto criminoso ser feita, graças a meios obtidos através de um segundo crime, não preclui a exclusão da pena em relação ao primeiro ⁶³. Em todo o caso, a consagração numa espécie de cláusula geral do efeito da reparação do dano nos crimes patrimoniais, parece preferível à técnica legislativa empregue no nosso Código Penal actualmente em vigor ⁶⁴.

Neste, como é sabido, e reportando-nos, agora, à parte especial, prevê-se, desde logo, em relação ao furto e ao abuso de confiança, no art. 301.º, que com a restituição pelo agente do objecto furtado ou apropriado ilícitamente ou a reparação integral do prejuízo, antes de instaurado o procedimento criminal e «sem dano ilegítimo de terceiro pelo agente», se reduz a metade os limites da pena, sendo que (n.º 2) «tratando-se de coisas de pequeno valor, a prisão não será superior a seis meses, podendo mesmo o tribunal isentar o agente da pena». Como se pode ler nas Actas das Secções da Comissão Revisora do Projecto da Parte Especial do Código Penal, «trata-se, no fundo, de um furto privilegiado criado no sentido de estimular a restituição do objecto do furto, e a extinção do dano» ⁶⁵. O preceituado no art. 301.º acaba,

⁶³ Op. cit., p. 310, nota 37.

⁶⁴ Em sentido diferente GONZALO QUINTERO OLIVARES, *La Reparacion del Perjuicio y la Renuncia a la Pena*, in *Estudios Penales en memoria del profesor Agustin Fernandez-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, 589, 601, para quem não se pode estabelecer uma cláusula geral válida «a priori» para todos os delitos pois que em muitos deles o ataque ao bem jurídico penalmente protegido não pode reparar-se economicamente. Este autor considera, consequentemente, regras ou cláusulas específicas para certos crimes ou grupos de crimes seleccionados de acordo com os seguintes critérios: a) a ofensa deveria poder avaliar-se essencialmente em termos económicos ou patrimoniais; b) não deveriam concorrer outros bens jurídicos — liberdade, integridade pessoal, imunidade, paz pessoal ou domiciliária, prestígio do Estado, etc. — não susceptíveis de fungibilidade económica; c) a pena «a renunciar» deveria ser uma pena privativa da liberdade. Este ponto de vista aponta talvez para uma diferente técnica legislativa mas não nega a necessidade de uma certa uniformidade de soluções, nem põe em causa a razão de ser da relevância da reparação do dano. Para este autor, de resto, o relativo desprezo a que tem sido votada a questão da reparação do dano pode significar uma «perigosa dissociação do direito penal relativamente à realidade» (p. 590) tanto mais que, como mostra o dia-a-dia e o sentir social médio, essa reparação é, em muitos casos, o que realmente importa.

⁶⁵ Em boa verdade e como muito bem ensina TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, p. 6, o art. 301.º, n.º 2 não diz respeito propriamente a uma hipótese

de resto, por aplicar-se, também, aos crimes de dano e de alteração de marcos (art. 312.º, n.º 4), burla simples (art. 313.º, n.º 2), burla relativa a seguros (art. 315.º, n.º 3) e auxílio material ao criminoso (art. 330.º, n.º 2). Em contrapartida, optou-se no art. 323.º por estabelecer que a reparação do dano em relação a vários tipos legais de usura exclui a sua punibilidade — não se limitando apenas a reduzir a metade os limites da pena — para, finalmente, se consagrar no art. 314.º, referente à burla agravada, que a não reparação do prejuízo, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao momento em que é instaurado o procedimento criminal e quando este prejuízo fôr consideravelmente elevado constitui circunstância agravante. Trata-se, como se vê, de uma diversidade de soluções que nos parece excessiva e algo confusa.

Uma tese que tem, também, merecido um acolhimento crescente é a de fazer da reparação do dano uma sanção penal a utilizar conjuntamente com ou em substituição de outras sanções penais. Assim, e para dar apenas um exemplo, um projecto alemão-ocidental para uma lei contra os furtos em estabelecimentos comerciais previa a exclusão da acção penal quando o agente pagasse uma soma equivalente ao dobro do preço de venda do objecto furtado desde que não tivesse cometido furtos análogos mais que uma ou duas vezes nos dois anos antecedentes. Este exemplo é sugestivo até por ilustrar, de algum modo, como é possível superar a principal objecção que é, normalmente, feita a uma sanção ressarcitória, a saber, a de que, nas palavras de ROXIN ⁶⁶ o efeito preventivo da sanção penal seria nulo se p.ex., o agente devesse apenas restituir o objecto furtado ou aquilo que tivesse obtido graças à fraude. Com efeito, «onde o agente soubesse que, em caso de insucesso, teria apenas que restituir o status quo ante, não correria risco algum; da sua conduta teria tudo a ganhar e nada a perder». Esvaziar-se-ia assim, a eficácia preventivo-especial da sanção com claros efeitos criminógenos. Este ponto de vista, tendo embora a vantagem de alertar para os perigos

de furto *privilegiado*. «O que está em causa e é relevado na mencionada disposição é somente o problema político-criminal da necessidade, ou não, da pena e o interesse também político-criminal, em que a vítima seja reparada, o mais depressa possível, do prejuízo sofrido».

⁶⁶ Claus ROXIN, *Risarcimento del Danno e Fini della Pena*, Riv. it. dir. proc. pen. 1987, 3, 8; cf. também do mesmo autor, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Herausgegeben von Heinz Schöch, 37 e ss.

que uma aceitação acrítica da reparação do dano como sanção penal comportaria, não deve, contudo, ser sobrestimado. É que não só o montante de certos danos (como é o caso, atrás referido dos danos não patrimoniais) depende, em alguma medida do critério do tribunal, dificultando o cálculo de probabilidade de lucro do agente, como até, se pode afirmar que «restitution may be more effective than a fine; fines are fixed arbitrarily and unpredictably, often in an amount less than the offender's gain»⁶⁷. O efeito preventivo da reparação seria, é certo, maior se o agente tivesse que desembolsar em favor do lesado uma quantia superior ao dano sofrido por este. Nesse caso, no entanto, e para além do problema do enriquecimento injustificado do lesado, perder-se-ia, em grande medida, o efeito pedagógico da reparação do dano.

Efectivamente, a doutrina tende sobretudo a aceitar a importância da reparação do dano, inserindo-a na função preventivo-especial, e, mesmo, na função de prevenção geral positiva, da sanção penal. Quanto à primeira, sublinha-se que a reparação do dano se reporta directamente ao «acto destrutivo» e, portanto, confronta o agente com o seu próprio facto e as suas consequências⁶⁸. Deve, na verdade, «reconhecer-se» que «restitution promotes rehabilitation more effectively than does a fine, because it requires the offender to pay the individual harmed rather than the abstract, impersonal state, and thereby impresses upon the offender his responsibility to others; through restitution, an offender can express guilt in a socially acceptable manner and can increase his self-respect by gaining a sense of accomplishment»⁶⁹. Isto é tanto mais exacto quanto é certo que a reparação do dano é socialmente mais susceptível de ser aceite pelo próprio agente como justa e levada a cabo por este sem necessidade de coacção: assim, num inquérito levado a cabo no Minnesota, entre jovens delinquentes, 93 % dos inquiridos consideraram justo que tivessem que reparar os danos provocados por suas condutas e 73 % afirmaram inclusivé, que nenhuma outra sanção poderia ser mais justa.

⁶⁷ 97 Harv. L. Rev. 931, 938.

⁶⁸ LASTER, (n. 53), p. 80: «Those who advocate restitution to victims of crime note the impersonal basis for all criminal justice today and the total lack of remorse on the part of the criminal for what he has done to his victim».

⁶⁹ 97 Harv. L. Rev. 931, 938.

Importa, entretanto, não esquecer que desta perspectiva o que o mais releva, não é tanto a reparação do dano, mas sim, que o agente se esforce seriamente por repará-lo.

O significado desta observação torna-se mais patente quando contemplamos os vários passos em que, agora na sua Parte Geral, o nosso Código Penal dá relevo à reparação do dano. Com efeito, e para além de prescrever (art. 72.º, n.º 2, al. e)) que a conduta do agente posterior ao facto «especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime» é uma circunstância a considerar na determinação da medida da pena, assim como «a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados» art. 73.º, n.º 2, al. c)) pode constituir circunstância modificativa atenuante, o novo Código Penal refere-se amiúde, a propósito das várias reacções penais à reparação do dano. E cumpre notar, desde logo, que, em alguns casos, a efectiva reparação do dano parece constituir (ou, ao menos, a letra dos preceitos assim o sugere) um requisito da aplicação do respectivo instituto: é o que sucede com a dispensa de pena (art. 75.º, n.º 2, parece ser necessária a reparação próxima ou iminente do dano) e a admoestação (art. 59.º maxime n.º 2).

Por outro lado, a reparação do dano *pode* ser um dos deveres impostos ao réu para que este beneficie da suspensão da execução da pena (art. 49.º) ou do regime de prova (cf. a parte inicial do art. 54.º, n.º 2: «além dos deveres referidos no n.º 1 do art. 49.º») sendo que aqui o não cumprimento, mesmo que culposos, pois só esse está em causa, de tal dever não tem como consequência automática, ou sequer necessária, a revogação da suspensão ou da probação (cf., respectivamente, art. 51.º e 56.º). Também no novo Código de Processo Penal se prevê hoje a possibilidade de suspensão provisória do processo (arts. 281.º e 282.º CPP), a qual não depende de ter sido reparado o dano (ao contrário do Anteprojecto), embora seja preciso o consentimento do arguido, e, por outro lado, a reparação do dano possa constituir uma das injunções feitas ao arguido cujo não cumprimento determina a prossecução do processo; aliás a letra da lei sugere ser tal consequência automática, o que, precisamente como MAIA GONÇALVES⁷⁰ sustenta não pode ser o

⁷⁰ MAIA GONÇALVES, Manuel LOPES, *Código de Processo Penal Anotado*, 3.ª edição, anotação aos artigos 281.º e 282.º; vale a pena, de resto, transcrever uma passagem da anotação ao artigo 282.º da referida obra: «Não obstante, cremos que o não cumprimento de qualquer injunção ou regra de conduta não poderá, por si e

caso — determinante deve ser aqui o esforço sério do agente e não a efectiva reparação. De resto, já os casos atrás referenciados em que o Código Penal parece exigir a efectiva reparação do dano, como pressuposto da aplicação de certo instituto, suscitam sérias dúvidas; na verdade, sendo uma das principais críticas, dirigidas à importância crescente da reparação, a de que assim se privilegiam os agentes com maiores recursos económicos, a não se fazer uma interpretação correctora de tais preceitos pode, legitimamente, duvidar-se da sua constitucionalidade, como, inclusivé, tem sucedido perante preceitos semelhantes nos USA e em Itália ⁷¹.

Mas como atrás já deixamos dito, não é apenas a perspectiva da prevenção especial que está, aqui, em causa. Também a prevenção geral positiva e integradora sai reforçada, nos seus vários efeitos, sócio-pedagógicos, de reforço da confiança no ordenamento jurídico e pacificador, permitindo ultrapassar um sentimento, cada vez mais generalizado em amplas camadas da população, de que o sistema actual é, afinal, uma linha de montagem, um «system of assembly line justice, through which convicted criminals are placed on parole or probation and are left free to commit further crimes» ⁷², sistema que, além disso, ignora,

automaticamente, desencadear o prosseguimento do processo. A disposição do período final do n.º 3 tem que ser objecto de uma interpretação ponderada, harmónica com os princípios perfilhados pelo CP, nomeadamente sobre a culpa, o que terá como resultado uma interpretação restritiva. É, desde logo, exigível que a falta, para que possa desencadear o prosseguimento do processo, seja imputável ao arguido pelo menos a título de culpa. Também se nos afigura que faltas mínimas, de desvalor ético-jurídico de reduzido significado, terão como consequência mais adequada v.g. uma solene advertência do que, desde logo, o prosseguimento do processo».

⁷¹ Para John KLEIN, p. ex., (*Revitalizing Restitution: Flogging a Horse that may have been killed for Just Cause*, *The Criminal Law Quarterly*, vol. 20, 1977/78, 383, 397) a importância hoje dada à reparação do dano pode significar uma discriminação contra os agentes economicamente mais desfavorecidos com a consequência, p.ex., de que quem não necessita daquilo que furta pode acabar por ficar numa melhor situação. Em sentido contrário veja-se, p.ex. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, (n. 64), p. 603, para quem «uma política criminal que defenda um igualitarismo intransigente pode acabar por ser igualmente má para todos, além de que «a priori» é absurdo pretender indicar quem poderá e quem não poderá reparar».

⁷²*Victim Restitution in the Criminal Process: A Procedural Analysis*, 97 Harv. L. Rev. 931 (1984).

em grande medida, o lesado «leaving the victim to question seriously the legitimacy and usefulness of the criminal justice system» ⁷³.

Aliás, o sistema actual é, nas palavras de RIBEIRO FARIA, um sistema em que «o Estado pune, ou privando os infractores da liberdade ou, então, impondo-lhes desvantagens económicas, certo, mas de cujo benefício se faz ele o destinatário» ⁷⁴. O Estado surge, assim, não apenas desinteressado da tarefa do ressarcimento do lesado, mas até como um concorrente deste na agressão ao património do agente. Sem dúvida que a importância crescente da reparação do dano, nos termos atrás expostos, pode dar um contributo, ainda que limitado, para a solução do problema. Importa, a este propósito, recordar que, não só o agente se sente, em regra, mais motivado a reparar o dano que causou do que a pagar uma multa, mas que, também, a existência, em simultâneo, da obrigação de pagar a multa e de reparar o dano pode traduzir-se num desincentivo ao cumprimento desta última.

A reparação do dano sofrido pela vítima de um crime deveria, num Estado de Direito, ser assumida como uma tarefa do Estado, o que de resto, está longe de constituir novidade; para disso nos certificarmos basta ler o parágrafo 23 do Código de HAMURABI: «se o agente infractor não é detido pela comunidade, o proprietário a quem hajam sido furtados bens, descreverá, oficialmente, o que perdeu. Depois, a cidade e o governador, em cujo território e jurisdição o facto se cometeu, compensá-lo-ão pelo valor perdido». Enquanto não tivermos, no entanto, entre nós, mais que a promessa não cumprida do art. 129.º, n.º 1, interessará, sobretudo, indagar da relação existente entre a multa e a obrigação de reparar o dano. É que, depois de no n.º 2 deste preceito se prever a possibilidade de o ressarcimento do dano se fazer, a requerimento do lesado, com «os objectos declarados perdidos ou o produto da sua venda, o preço ou o valor correspondente a vantagens provenientes do crime, pagos ao Estado ou transferidos a seu favor por força dos arts. 107.º a 110.º», o n.º 3 vem estabelecer que «se o dano provocado pelo crime fôr de tal modo que o lesado fique privado de meios de subsistência e se fôr de prever que o delinquente o não reparará,

⁷³ MATTHEWS, cit. *apud*. Detlev Frehsee (n. 49), p. 92.

⁷⁴ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Da Reparação do Prejuízo Causado ao ofendido — reflexões à luz do novo Código Penal*, in «Para uma Nova Justiça Penal» Coimbra, 1983, págs 141 e segs, designadamente pág 143.

poderá ainda o tribunal atribuir ao mesmo lesado, no todo ou em parte e até ao limite do dano, o montante da multa», consagrando-se no n.º 4 que o Estado fica «sub rogado no direito do lesado à indemnização até ao montante que tiver satisfeito».

O alcance dos referidos n.ºs 3 e 4 vem a revelar-se, bem vistas as coisas, excessivamente modesto: além do seu condicionalismo extremamente apertado — pois necessário se torna que o lesado se encontre numa situação de necessidade de meios de subsistência e que se possa prever que o agente não irá reparar o dano — parece tratar-se tão-só, de uma faculdade cujo exercício, total ou parcial, é deixado ao critério do tribunal. Não tem portanto qualquer paralelo com as soluções tradicionais noutros ordenamentos, como é o caso dos latino-americanos. Sirvam de exemplo, nesta sede, o art. 30.º do título IV, do Código Penal Argentino que estatui que «La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajera el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa. Si sus bienes no fueran suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias se satisfarán éstas en el orden siguiente: 1.º La indemnización de los daños y perjuicios, 2.º El resarcimiento de los gastos del juicio» ou o art. 88.º do Código Penal Boliviano que com a epígrafe «Preferencia» reza assim: «La responsabilidad civil sera preferente al pago de la multa y a cualquier otra obligación que el responsable hubiera contraído después de cometido el delito»⁷⁵. Esta solução estabelecida aliás, num espaço jurídico-cultural onde também, se ensaiaram alguns dos exemplos mais perfeitos e mais bem sucedidos, de Fundos ou Seguros públicos para a indemnização de vítimas de factos criminosos (como p.ex. a Caja de Resarcimientos cubana), da primazia do pagamento da indemnização sobre o da multa ou das custas judiciais, parece-nos natural e, mesmo, evidente, ao menos num Estado que não se demita da sua função essencial de garantir a integridade e segurança dos seus cidadãos.

Todo o atrás exposto sobre a importância da reparação do dano não deve, entretanto, fazer esquecer, quer o estado relativamente embrionário da matéria e os problemas que ela suscita (basta sublinhar que, num aparente paradoxo, quanto maior for a gravidade do facto crimi-

⁷⁵ Sobre as soluções dos países latino-americanos cf. HANS STOLL, *Schadensersatz und Strafe, Eine rechtsvergleichende Skizze*, Festschrift Rheinsten, II 569 e ss., particularmente 584 e ss.

noso, menor será a importância da reparação do dano), quer as alterações a nível processual que ela impõe e que, certamente, não foram ainda objecto do necessário estudo. Aqui e ali, contudo, surgem já, também a esse nível, propostas interessantes; a título de exemplo, podemos referir a de SCHÖCH que esboça nestes termos, um possível processo penal reparatório («Strafrechtliches Restitutionsverfahren»). Caso o arguido, após a fase de investigação, confesse no essencial, em certos casos, por iniciativa, seja do equivalente ao M.P., seja do lesado ou do próprio arguido, e até que se inicie a fase de julgamento, poderia ser solicitada a intervenção de um juiz («Restitutionsrichter») que procuraria obter um acordo entre as partes quanto à reparação do dano. Se fosse possível obter tal acordo, o juiz decidiria, do mesmo passo, da pena a aplicar ao arguido, atendendo à importância da reparação, isentando ou atenuando a pena, consoante a situação. Nesta hipótese, muito embora a decisão devesse ser registada, não constaria de qualquer certificado do registo criminal. Se o acordo se revelasse impossível, o processo voltaria à sua tramitação normal. Esta proposta teria, nas palavras do seu autor, a apreciável vantagem, em relação a outras alternativas, civilistas ou simplesmente extrajudiciais, de não enfraquecer a eficácia preventiva do ordenamento penal⁷⁶.

Como se vê, generaliza-se a ideia, de que se impõe corrigir «o grande drama dos sistemas punitivos modernos», isto é, a circunstância da vítima do delito ser encarada em direito penal e processual penal, como uma «figura marginal», quando não mesmo um «factor de perturbação»⁷⁷. E, do mesmo passo, logra impôr-se um certo pragmatismo; com efeito, se desde Binding, pena e reparação do dano são concebidas como realidades essencialmente diferentes, o que contribui para impedir a sua articulação num todo harmónico, hoje, acentua-se, sobretudo, aquilo que faz a unidade sem se negar a diferença, a circunstância de serem ambas, afinal, «reações perante o ilícito»⁷⁸.

⁷⁶ Heinz SCHÖCH, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, NZStR, 1984, 385, 391. Sobre a Conformação do Processo de Adesão, cf. Jorge Ribeiro de Faria (n. 58), p. 207 e ss.

⁷⁷ Heike JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1981, 1147, 1157.

⁷⁸ JUNG (n. anterior), p. 1154-1166.

E, assim, podemos concluir com as palavras de JUNG⁷⁹: o esforço para emprestar mais peso à reparação do dano é, em princípio, de aplaudir, ainda que ou até, precisamente por isso que, as fronteiras entre pena, pena privada, e indemnização do dano acabem definitivamente, por esbater-se.

A punitive function for civil liability and a reparative one for criminal liability?

(Abstract)

The scope of this work is to indicate that the pragmatism imposed by the need for a more efficient response to illicit acts has led to a supersession, albeit partial, of the rigid dichotomy of the functions which traditionally were assigned to civil liability (non-contractual) and to criminal liability. This work refers, for example, as far as civil liability is concerned, to other juridical areas — common law countries and socialist countries — as well as mentioning the still controversial ground for compensation for non-property damages. Finally, as regards criminal liability it should be noted that a growing importance is being attached to compensation for damages by the agent. This solution, however, is not peaceful calling into question whether such reparation should be a criminal sanction, an end in itself or, less pretentiously but perhaps more realistically, an important element within special prevention.

⁷⁹ Op. cit. na nota 76, p. 1171.

Une fonction punitive pour la responsabilité civile et une fonction réparatoire pour la responsabilité pénale?

(Résumé)

L'intention du présent travail est d'indiquer que le pragmatisme imposé par la nécessité d'une réaction plus efficace face à l'illicite a conduit à dépasser, bien que partiellement, la rigidité de la dichotomie de fonctions qui, traditionnellement, étaient attribuées à la responsabilité civile (extracontractuelle) et à la responsabilité pénale. Le travail rapporte, à titre d'exemple, et pour ce qui est de la première, des réalités d'autres espaces juridiques — la common law et l'espace socialiste — et le fondement, encore controversé, de la compensation des dommages non patrimoniaux. Finalement, et pour ce qui a trait à la responsabilité pénale, nous attirons l'attention sur l'importance croissante de la réparation du dommage par l'agent, réalité dont «l'application systématique» reste néanmoins controversée, la question se posant de savoir si cette réparation pourra être entendue comme sanction pénale, comme fin autonome de la peine, ou, encore, plus modestement mais, peut-être, de façon plus réaliste, comme élément important du contexte de la prévention spéciale.

Eine strafende Funktion für die zivilrechtliche und eine wiederherstellende für die strafrechtliche Haftung?

(Zusammenfassung)

Das Ziel der Arbeit besteht darin aufzuzeigen, dass der von der Notwendigkeit einer effizienten Reaktion auf unerlaubtes Verhalten bestimmte Pragmatismus dazu geführt hat, die rigide Trennung zwischen zivilrechtlicher (ausservertraglicher) und strafrechtlicher Haftung teilweise zu überwinden. Was erstere betrifft, verweist die Arbeit auf Beispiele aus anderen Rechtssystemen — den Common Law Bereich und die sozialistischen Länder — und auch auf die noch kontroverse Begründung für den Ausgleich von immateriellen Schäden. Was die strafrecht-

liche Haftung angeht, wird auf die immer grössere Bedeutung des Schadensersatzes durch den Täter hingewiesen, eine Realität, deren systematische Einordnung umstritten ist, wobei die Meinungen dahin gehen, diesen Schadensersatz als strafrechtliche Sanktion, als autonomen Strafzweck oder, bescheidener aber vielleicht realistischer, als wichtiges Element im Rahmen der Spezialprävention anzusehen.