

NOTA SÔBRE O RESSARCIMENTO DO DANO COM RELAÇÃO À PENA (*)

GIORGIO DEL VECCHIO

O consenso que, de um ponto de vista geral, expressou o amigo e colega FRANCESCO CARNELUTTI em relação à tese por mim sustentada no ensaio *Sul fondamento della giustizia penale* induz-me a dedicar-lhe esta breve nota destinada, especialmente, a esclarecer um aspecto daquela tese que a outros pareceu muito arrojada.

Parece-nos inegável que já haja um amadurecimento propício a uma profunda reforma dos sistemas penais. Pode-se, sobretudo, considerar ponto pacífico que, se a pena é um meio *aflitivo* destinado a causar sofrimento a quem cometeu um delito, não tem nenhuma justificação quando aplicada a pessoas psiquicamente anormais. Em tais casos, poder-se-á falar de terapêutica ou, mesmo, de medidas de segurança que, embora implicando restrições gravíssimas à liberdade pessoal, não tenham o fim específico de causar sofrimento. Igualmente pacífico é o princípio da legítima defesa, baseado (como ensinaram os juristas romanos) na razão jurídica natural. Tal princípio pode e deve ser estendido além do caso do *Vim vi repellere*, até compreender a prevenção dos delitos prováveis, embora ainda não perpetrados, sempre que a ameaça seja real e concreta. Alguns acham que a reação contra um suposto perigo, puramente potencial, conduziria a arbítrios ilimitados.

Desobstruído assim, em parte, o terreno, com estas simples considerações preliminares, fica, entretanto, por ser resolvido o

(*) Tradução de Maria Cecília Pereira Reis. O impacto provocado nos meios jurídicos e culturais da Itália, pelo trabalho de GIORGIO DEL VECCHIO, *A Luta Contra o Crime* (ver n.º 1, página 1, desta revista) tornou ainda mais importante o estudo ora publicado, profundamente vinculado a aquele.

problema fundamental: se, e como, se poderia justificar o conceito tradicional da pena como “*malum passionis propter malum actionis*”.

Uma longa meditação persuadiu-me da insustentabilidade dêste conceito ante os postulados da nossa consciência moral, que são, substancialmente, os mesmos princípios do cristianismo. Daí a nova fórmula — nova na forma, mas muito antiga no espírito —, que me pareceu dever substituir a que foi antes citada: “*bonum actionis propter malum actionis*”.

O mal feito deve ser, na medida do possível, reparado pelo seu autor. Esta é, sem dúvida, a primeira e mais elementar exigência da justiça. Dela se deduz, lógicamente, a obrigação do ressarcimento do dano. Mas êste conceito, embora também seja aplicável no campo penal, pertence mais pròpriamente, como é notório, ao Direito Civil, e não se refere à essência específica da pena, entendida no sentido tradicional. O problema, então, dever-se-ia reduzir ao seguinte: se é justificável, e em caso positivo, de que forma, a cominação de um sofrimento a quem cometeu um delito, além do ressarcimento do dano. Não se pode deduzir das leis positivas que distinguem o ilícito civil do penal uma resposta que esgote o assunto, pois a questão ora em exame diz respeito, exatamente, à racionalidade dessa distinção. Seria, assim, uma tautologia, ou um círculo vicioso, basearmo-nos na noção do delito para justificar a pena, porque o crime, segundo a doutrina comum, é apenas um fato para o qual se estabelece uma pena.

Ninguém ignora as diversas teorias propostas para a solução do problema. Nenhuma delas, porém, foi reconhecida como idônea e, freqüentemente, tem-se recorrido a sistemas ecléticos. Observamos, mesmo, que a maior parte dessas teorias constitui, apenas, uma crítica às demais. É de notar, também, que os argumentos mais persuasivos, como, por exemplo, a exigência da segurança social ou o objetivo da educação do delinqüente, exorbitam dos limites do tema proposto, uma vez que não justificam, de maneira nenhuma, a *malum passionis* e apenas se referem a outros problemas, que deveriam encontrar uma solução em institutos diferentes dos penais.

O fator que, a meu ver, mais tem contribuído para dificultar o esclarecimento desta matéria tem sido, além das dificuldades de superação de preconceitos arraigados, um insuficiente conhecimento do conceito de ressarcimento do dano, com relação aos fatos que são objeto da sanção penal. Freqüentemente, o progresso de um ramo da ciência jurídica é facilitado pela comparação e até pelo apoio de outros ramos; neste caso parece-me, porém, que tal fato prejudicou a ciência do direito penal, especialmente com a aceitação do conceito de ressarcimento elaborado

pelos civilistas. Mesmo admitindo que os modos de aplicação daquele conceito, estabelecidos pelas leis civis, sejam suficientes aos propósitos do direito privado, fica provado que êstes métodos são totalmente inadequados e ineficazes, quando se trata de reparar crimes verdadeiros e autênticos.

Dáí se origina um dilema: devemos procurar outros métodos para se indenizar *efetivamente* (nos limites do possível) o dano acarretado a um indivíduo e à sociedade, ou recorrer simplesmente àqueles institutos penais que não conseguem reparar o dano, mas representam, apenas, uma espécie de vingança legal, resíduos de épocas históricas superadas? Esta segunda proposição tem sido, em geral, a preferida; e nem mesmo as poucas modificações e atenuações introduzidas nesta matéria pelas mais recentes legislações conseguiram modificá-la substancialmente. É apenas uma metáfora ilusória e imprópria qualificar-se como *reparação* uma dor freqüentemente cruel, que não possui uma ligação mais profunda com o dano acarretado e que não serve, de modo algum, para atenuá-lo.

Não repetirei aqui as críticas que se podem fazer (a que aludí, brevemente, na monografia citada) aos pretendidos fins educativos, intimatórios etc... Os próprios defensores de tais teorias confessam que êsses fins nunca são realmente alcançados senão em pequena escala. Bastariam, portanto, essas simples considerações para abalar o edifício que se constrói sôbre tais bases.

Convém, assim, reportar-nos àquele princípio que, se não me engano, é o único capaz de oferecer um fundamento indiscutível, tanto para a justiça civil, como para a penal: a exigência de que o ilícito de qualquer espécie seja sempre reparado. Entretanto, isto não significa que exista apenas uma maneira de satisfazer tal exigência, pois, assim como são diversas as espécies de ilícitos, também são variados os modos de repará-lo. Por outro lado, deve-se reconhecer sem restrições que todos êsses métodos deparam uma resistência e um limite intrínseco à própria natureza das coisas e que, portanto, a reparação integral é, essencialmente, um princípio regulador que nos orienta a um fim ideal, mesmo não sendo possível alcançá-lo inteiramente. É evidente que os meios atualmente empregados são deficientes; quem ignora as dificuldades e obstáculos que encontra na maioria dos casos aquêle que se vê obrigado a cobrar judicialmente um crédito, antes de obter uma justa satisfação? Não é exagêro dizer-se que geralmente a posição do credor, apesar de seus inegáveis direitos, é mais fraca que a do devedor que se rebela a cumprir sua obrigação.

Enquanto no campo do direito civil existe, pelo menos, um sistema de regras que, embora às vêzes apenas teórico, permite a determinação do débito, no campo penal a situação é bem mais

complexa: o dano entre o ofensor e o ofendido, mas também entre aquêle e a sociedade. O ilícito penal distingue-se do civil pelo fato de que não ofende apenas interêsses privados, mas ameaça a segurança de tôda a ordem social. Daí exigir o Direito o ressarcimento, não só pelo dano acarretado ao indivíduo, mas também pelo prejuízo causado à sociedade ou ao Estado. No entanto, ao que me conste e por mais estranho que isto pareça, ainda não existem sérios estudos científicos nesse sentido. As sanções penais de caráter pecuniário (multas etc...) são determinadas de maneira totalmente empírica e arbitrária, sem nenhuma referência ao dano que se quer reparar; o mesmo acontece com as outras penas (prisão perpétua, reclusão etc...), que não têm, na verdade, qualquer relação — excluída a puramente lógica — com o mal a que pretendem corresponder. É verdade que os códigos penais também prevêm, como consequência do crime, a obrigação da restituição e do ressarcimento. Entretanto, essa norma tem pouca aplicação, não só porque não inclui o dano acarretado à ordem pública, como também porque, na maioria das vêzes, os culpados são insolventes, pois as próprias penas infligidas, segundo o sistema vigente, não lhes possibilitam — em virtude de uma singular incongruência — qualquer trabalho produtivo que lhes permita ressarcir o dano.

Assim como é difícil fazer cálculos nesta matéria, é fácil estabelecer, arbitrariamente, um número qualquer de anos ou de meses de prisão ou de reclusão para os vários tipos de crime ou ainda, como em outros tempos, uma determinada espécie de suplicio. Mas tal dificuldade não nos impede de tentá-la, para alcançar, pelo menos, um resultado aproximado.

Isso se refere aos prejuízos acarretados à ordem pública e aos concernentes a interêsses privados. Também sob êsse aspecto, os critérios para medir o dano produzido e para determinar a compensação devida, quando não resultar diretamente de ato delituoso (como, por exemplo, no caso do furto ou da apropriação indébita), deveriam ser, necessariamente, critérios de equivalência. Dever-se-ia, por exemplo, sempre que possível, levar em conta as condições e a posição social da pessoa no caso de diminuição da capacidade de trabalho, temporária ou permanente, decorrente de uma lesão, e, análogamente, a situação dos familiares e herdeiros, no caso de homicídio culposo ou doloso. Ainda mais difícil, mas deve ser tentado, é o cálculo de uma equivalência, nos casos de ofensa à honra etc..., quando a avaliação será sempre aproximativa e indireta. Embora faltando na legislação normas precisas sobre essas hipóteses, a jurisprudência vem desenvolvendo um trabalho interessante, inclusive na "avaliação equitativa" do dano não patrimonial, que poderá preludiar fu-

turas determinações legislativas, mais de acôrdo com a realidade e a justiça. (1)

A fim de facilitar o exercício da justiça, não nos parece inoportuno colocar a questão (*de jure condendo*) em tôrno da possibilidade de o delinqüente arcar com parte do ônus financeiro que pesa sôbre todos os contribuintes para a manutenção dos órgãos de defesa contra a criminalidade. Tais órgãos, evidentemente, seriam supérfluos, ou menos custosos, no dia em que a delinqüência cessasse ou diminuísse sensivelmente, hipótese ainda muito remota.

Apresenta-se ainda, nessa questão, outra grave objeção: supondo-se que fôsse possível determinar o real valor quantitativo do dano, e, portanto, também do ressarcimento devido “*ex delicto*”, como conseguir que tal obrigação seja integralmente cumprida? Se já é difícil, pelos limitados critérios atuais, aceitar esta obrigação, mais complexo seria traduzi-la em ato, a fim de exigir a reparação adequada, apta a satisfazer as exigências da justiça cível e da penal, como nos propomos.

O problema é, fundamentalmente, apenas um: a diferença acima mencionada não deve ser entendida em sentido absoluto. Já foi, justamente, observado que os interesses, individuais ou coletivos, ofendidos pelo delito, coincidem, necessariamente, com os do Estado, na manutenção da ordem jurídica (2). Além disso, é *interest rei publicae* que os cidadãos não se matem ou não se firam mutuamente, e também, por exemplo, que os devedores paguem suas dívidas (3). A única coisa inadmissível, como adverte CARNELUTTI com razão (4), é a existência de atos ilícitos perturbadores mais do que outros da ordem social; sômente na prevenção dos mais perigosos deve a ordem social utilizar um meio mais enérgico — a pena.

Tôdas essas considerações, a meu ver, devem conduzir a conclusões muito mais radicais do que as até agora propostas, chegando mesmo a encorajar uma gradual eliminação das san-

(1) V. os arts. 1.226 e 2.056 do Cód. Civ. it., 185 do Cód. pen. it. Cfr. CARNELUTTI, *Valutazione equitativa del danno*, na *Riv. di Diritto processuale Civile*, 1942, P. I, pág. 53 e segs., DE CUPIS, *Il danno, Teoria generali della responsabilità Civile* (Milano, 1946), pág. 247 e segs., 331 e segs., e as sentenças e monografias indicadas nesses trabalhos. Sôbre as distinções entre o ressarcimento do dano e a reparação pecuniária, consultar especialmente PAOLI, *Il reato, il risarcimento, la riparazione* (Bologna, 1924), pág. 179 e segs. Esta distinção se refere particularmente ao direito positivo italiano, mas deveria, em meu entender, ser criticamente revista conforme os princípios acima expostos.

(2) ARTURO ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale* (Torino, 1913), pág. 557.

(3) CARNELUTTI, *Il danno e il reato* (Padova, 1926), pág. 52.

(4) *Loc. cit.*

ções especificamente penais, sempre que as sanções civis fôsem suficientemente eficazes.

É verdade que filosoficamente o direito se mantém intato e prestigiado, mesmo quando é desconhecido ou transgredido. Entretanto, isso não significa que não nos devamos esforçar para que a exigência ética ou deontológica, implícita no próprio sentido do direito, seja efetivamente posta em prática e que o direito, realmente, triunfe sôbre o ilícito.

Tendo em vista a inegável insuficiência dos institutos existentes para tal fim (e não há necessidade de citarmos exemplos), perguntamos se não seria aconselhável tentar uma reforma qualquer, que, pelo menos, atenuasse o mal, já que não é possível saná-lo definitivamente. Será que não convinha, por exemplo, e como já citei em uma nota de um ensaio anterior (5), constituir uma magistratura especial para a *tutela dos créditos*, com a missão de apurar o padrão de vida dos devedores faltosos, com a finalidade de eliminar, pelo menos, as ofensas mais graves à boa fé e aos bons costumes? Sempre que a dívida tivesse origem em um fato delituoso ou doloso, embora não punível, ou em uma negligência semelhante ao dolo, dever-se-ia poder utilizar a tutela, através da imposição de determinado trabalho, segundo a capacidade do devedor, levando em conta tôdas as circunstâncias, com o emprêgo de métodos humanos e civilizados, estabelecidos pela lei.

Cabe ao leitor julgar se essa idéia merece ser examinada e, eventualmente, aperfeiçoada. No entanto, se não se chegar a estabelecer uma magistratura especial, poder-se-á pensar em atribuir, por lei, novas funções aos magistrados ordinários. Em meu entender, não se deveria nem mesmo excluir a possibilidade do estabelecimento, com novas formas e com outro espírito, do instituto da *prisão pessoal por dívida*, ab-rogado, como se sabe, em quase tôdas as legislações, devido ao princípio de que “o penhor das obrigações assumidas é o patrimônio e não a pessoa do devedor”. Segundo esta fórmula, o patrimônio depende diretamente da pessoa, que pode diminuí-lo ou aumentá-lo através de sua conduta, pela qual é responsável. É certo que hoje não seriam admissíveis, em nenhum caso, tais formas de prisão ou de “*contrainte par corps*”, repugnantes à consciência (6) jurídica.

(5) *La Giustizia* (ed. 1946), pág. 203.

(6) V. sôbre o argumento as breves considerações de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XX, Ch. XV, e a ampla exposição histórica de TROPLONG, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce* (*Le Droit Civil expliqué*, T. XVIII, Paris, 1847). Sôbre as sanções em que incorrem os devedores insolventes, conforme o direito antigo e junto aos povos primitivos em geral, v. POST, *Giurisprudenza etnologica* (ed. it., Mi-

moderna. No entanto não é aconselhável, nem justo, que hoje o devedor, que intencionalmente se recusa a cumprir as próprias obrigações, goze de liberdade completa. No direito, essencialmente bilateral, a extrema indulgência em favor de uma das partes traduz-se em injustiça para com a outra...

A prisão por dívida é injusta (e, portanto, sua abolição foi justa) na medida em que importa simplesmente, segundo a definição de MATIROLLO, “a privação, infligida ao devedor, da liberdade pessoal”, isto é, na medida em que seja um tipo de pena destinado a causar sofrimento. Entretanto, não se pode considerar injusta uma certa limitação da liberdade, quando é imposta pela necessidade de impedir a violação de deveres elementares e, até mesmo, sagrados.

* * *

Questões tão delicadas e complexas como as acima abordadas tornam necessário um último e breve esclarecimento. Não é minha intenção afirmar que a efetivação progressiva da justiça exija uma exacerbação das normas e instituições vigentes. A meu ver, tais instituições devem ser reduzidas ao máximo e, até, eliminadas, sempre que não servirem ao único fim legítimo: a reparação do ato ilícito. No entanto, os meios atualmente empregados para alcançar tal finalidade são, em sua maioria, inadequados e sem sentido. Por outro lado, as transgressões do direito em tôdas as suas formas não tendem a desaparecer, mesmo nos Estados mais civilizados. Assim, é necessário que se considere a possibilidade da criação de novas normas e novos institutos que não serão, necessariamente, penais ou jurídicos, devendo sempre o direito estar estritamente ligado à moral, nela baseando sua atuação.

As idéias que, a meu ver, deveriam orientar êsse trabalho inovador já foram expostas em outras monografias e não é minha intenção repeti-las. Direito e moral têm, sem dúvida, uma fonte única, embora sejam formalmente diversos. Êsses dois aspectos, semelhança e distinção, devem ser levados em consideração por quem queira resolver ou, pelo menos, compreender os complexos problemas da vida social.

Todo homem tem o dever de trabalhar e, justamente por isso, a opinião pública condena os ociosos. Êste dever é, geralmente, mais moral do que jurídico, e nem poderia ser de outra maneira, sem pôr em perigo o primeiro e fundamental direito da

lano, 1906-1908), vol. II, pág. 415 e segs., VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (Bologna, 1937), pág. 193 e segs., DECUGIS, *Les étapes du droit des origines à nos jours* (Paris, 1946), T. II, pág. 273 e segs.

pessoa humana — a liberdade. O dever de trabalhar torna-se, no entanto, jurídico, isto é, objetivamente obrigatório, quando a sua inobservância passe a significar o não-cumprimento de obrigações para com terceiros, como no caso do ressarcimento devido *ex delicto* ou *ex contractu*. Daí ser legítima a vigilância, em vez da coação, especialmente no caso do devedor voluntariamente desenvolver sua atividade visando à finalidade antes citada. Somente na hipótese contrária seria, a meu ver, justificável a imposição coercitiva de determinados trabalhos, com um paralelo cerceamento, mais ou menos grave, da liberdade. Quanto à escolha do trabalho, é necessário levar em consideração as reais possibilidades e particularidades de cada pessoa, além do caráter e da origem de cada dívida. Haverá, assim, um escalonamento de obrigações e de formas de trabalho e de vigilância, sempre se excluindo qualquer tipo inútil de crueldade, resquício de antigos sistemas penais. É claro, também, que o produto desse trabalho deveria ser destinado à satisfação, mesmo parcial, do dano causado a um indivíduo ou à sociedade. Dêsse modo, talvez fôsse possível superar os maiores obstáculos encontrados por essa exigência fundamental da justiça, que pode ser resumida na eterna máxima: *unicuique suum*.