

COMPENSAÇÃO, RESTITUIÇÃO, SANÇÃO PECUNIÁRIA E OUTRAS VIAS E MEIOS DE REPARAR O DANO ÀS VÍTIMAS DO CRIME ATRAVÉS DOS TRIBUNAIS

KURT MADLENER*

1. Introdução — 2. Problemas básicos: 2.1 A compensação do dano causado pelo delito é um dos objetivos do processo penal? 2.2 Que espécie de compensação deverá ser prestada e a quem? 2.3 Quais os tribunais que deverão conceder a reparação? 2.4 De que modo a reparação poderá ser executada? 2.5 Em que medida é importante que seja o próprio réu que pague a reparação? 2.6 Pode a reparação ser um instrumento efetivo para a descriminalização? 2.7 O que vem em primeiro lugar: a reparação do dano ou a ressocialização do réu?

1. Introdução

Se nós voltarmos às origens do Direito Penal, veremos que a vítima e a sua família ocupavam uma posição central: era a vítima e a sua família que tinham o direito de requerer a vingança ou a compensação. Entretanto, através dos séculos, com a evolução do Estado e a organização da persecução pelo Estado, o papel da vítima mudou: de sua posição central, a vítima deslocou-se à uma posição marginal.

Países como a França, a Itália e a Espanha, fazem possível a intervenção da vítima no processo penal, através do assim chamado processo adesivo ou adjunto, o qual não é nada mais do que um procedimento civil aderido ao processo penal. Este procedimento adesivo é extensamente usado nestes países, mas parece que os resultados não são muito encorajadores. Em certos sistemas legais realmente não faltam regulamentos que

disponham sobre a reparação, ou ao menos se supõe que assim o façam, mas os resultados raramente funcionam. Por conseguinte, não é suficiente para fazer-se considerações teóricas sobre novos caminhos já que os problemas práticos de implementação não são atendidos.

O quadro total é desolador, e isto nos obriga a repensar no todo da questão. Há um consenso até certo ponto, de que a vítima é a “parte esquecida” do processo penal.¹ Mas, é obviamente difícil prever algo que funcione. Isto claramente se demonstrou através de experiências negativas na Alemanha e em outros lugares.

Há, também, que recordar-se que mudanças legislativas que beneficiam a vítima podem ser prejudiciais para a reintegração social do ofensor. Isso com-

1. No México se considera que a vítima é um ninguém (“nadie”) no processo penal, pois de acordo com o art. 141 do Código Federal de Procedimentos Penais a vítima não é parte no procedimento penal (“no es parte en el proceso penal”). Esta opinião é discutível, entretanto, compare Carlos Franco Sodi, *El procedimiento mexicano*, 4.ª ed., México, 1957, p. 108.

* O Autor agradece mui cordialmente a Dra. Silma Marlice Madlener pela tradução feita do texto inglês original ao português.

plica tremendamente qualquer possibilidade de uma solução satisfatória, o que constitui um real desafio, diante de nós. Um certo número de propostas tem sido esboçadas para utilizar a compensação à vítima do delito através de vários caminhos como um instrumento de política criminal.

Todavia, até agora, parece difícil conciliar os dois interesses básicos confrontados a esse respeito: aliviar o dano sofrido pela vítima e ajudar ao ofensor a reintegrar-se na sociedade.

O objetivo deste artigo é rever alguns dos caminhos que se supõe oferecer à vítima do delito compensação pelo dano sofrido. Realmente nem todos os caminhos e intenções desenhados nas várias legislações nos últimos duzentos anos tiveram sucesso. A mais importante razão de fracasso parece ser que ainda não se alcançou uma eficiente harmonização dos interesses contraditórios da vítima e do ofensor. Gostaríamos de tentar determinar quais as espécies de reformas que deveriam melhorar a situação da vítima, a qual, muitas vezes não obtém nada através do processo penal, mas não se esquecendo nunca de que se quer, também, reintegrar o ofensor dentro da sociedade. Esse é realmente o problema crucial.

2. Problemas básicos

Certamente não será possível tratar ou nem sequer mencionar neste trabalho todos os pontos de discussão que já dura ao redor de cem anos ou mesmo antes. Muitas outras questões poderiam ser suscitadas, por exemplo a possibilidade de fazer-se maior uso da arbitragem e de outras técnicas de tentar-se um acordo em casos criminais, antes do início do processo penal.² Todavia, entre os problemas principais questionam-se os seguintes:

2. Outros pontos em discussão veja Albin Eser, Günther Kaiser e Kurt Madlener (Editores), *Neue Wege der wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, 1990. Este

2.1 A compensação do dano causado pelo delito é um dos objetivos do processo penal?

Um ponto importante é saber se a compensação à vítima do delito pode ser considerada como um dos objetivos do processo penal. A principal questão é a concernente à relação entre a compensação à vítima do crime e (outros) objetivos do sistema penal. Isto é especialmente importante para esclarecer se a reparação do dano que o cidadão sofreu deva ter prioridade sobre outros objetivos do sistema penal, e, se assim, de que modo, e em quais casos. Uma decisão neste ponto é especialmente importante quando o juiz impõe ao ofensor várias obrigações financeiras como custas judiciais, multas e reparação à vítima. Quais dessas obrigações têm primazia sobre outras se o ofensor não tiver meios suficientes para satisfazer a todos?

Neste contexto um outro problema é se o fazer as pazes entre o ofensor e a vítima é algo que deva ser considerado como um dos objetivos do sistema penal, e quais as conseqüências talvez, que disso resultem. Se assim for, então deve-se pensar sobre as possibilidades de substituir a compensação, caso o pagamento financeiro seja impossível em virtude do réu ser pobre.

volume contém informações apresentadas num Simpósio por mim sugerido sobre "Novos Caminhos para a Reparação do Dano no Direito Penal", o qual se realizou em 1989 no Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg im Breisgau.

Baseando-se nos resultados desse simpósio está sendo preparado um projeto de pesquisa no Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional.

Vide também os pontos de vista críticos de Hans Joachim Hirsch, em *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 102 (1990), pp. 534 e segts.

2.2 *Que espécie de compensação deverá ser prestada e a quem?*

A reparação financeira do dano causado pelo delito é na maioria dos casos muito limitada, pois os ofensores tendem a ser pobres. Por conseguinte, deve-se examinar se além do pagamento em dinheiro, a compensação moral pode ser empregada e se um trabalho pode ser imposto quando a contribuição econômica, por parte do ofensor não pode ser suprida por outro meio.

Como no sistema penal, o trabalho pelo ofensor diretamente em benefício da vítima, pelo menos na medida em que se trate de adulto, mal se pode considerar, há de perguntar-se se o trabalho à comunidade pode ser usado, e se o resultado de tal trabalho deve ser aplicado em benefício da pessoa lesada ou que de outras maneiras ele conseguiria obter a compensação do dano pessoal.

Uma outra questão importante é como se pode proceder em caso que a vítima não esteja disposta a cooperar, por exemplo se ela se recusa a aceitar a reparação. Por exemplo: no direito alemão, o juiz criminal pode, ao conceder a suspensão condicional da pena, impor como se faz algumas vezes, mas não freqüentemente, a compensação à vítima como condição da sua concessão, na medida de suas possibilidades. ("Nach Kraften"),³ com que a vítima nem sempre concorda.

Em casos nos quais o dano é muito grande e as possibilidades do réu de reparar são pequenas, a reparação parcial oferecida pode parecer uma zombaria à vítima. Existem similares dificuldades quando a vítima é desconhecida, ou quando o delito é um tipo sem vítima (por exemplo uma infração de trânsito que não tem como consequência, dano ou perigo para ninguém). Se a reparação é parcialmente, ou totalmente, um subs-

titutivo de uma sanção penal, ou se em alguma outra relação é um pré-requisito para um benefício que poderia ser concedido ao réu, seria injusto se o réu nestes casos perdesse este benefício por razões pelas quais ele não é responsável.

2.3 *Quais os tribunais que deverão conceder a reparação?*

Um problema muito prático, de qual tribunal é competente,⁴ levanta um problema básico, a saber: a separação das disciplinas do direito privado e do direito penal segundo sejam tribunais civis e tribunais penais em muitos países. Naturalmente certas dificuldades se apresentam se o mesmo evento histórico, o delito, está tratado de um lado por um tribunal que se ocupa de direito civil da reparação, e por um tribunal criminal que se ocupa exclusivamente do problema da culpa e da pena.⁵

No entanto, a separação das disciplinas de Direito Civil e de Direito Penal não foram efetuadas em todos os países de maneira tão estrita como na Alemanha. Na França, ainda hoje em dia, o Direito Penal faz parte do Direito Privado.⁶ Isto parece ser a principal razão

4. Sobre os diversos modelos de distribuição da competência entre os tribunais para a resolução de problemas civis e criminais decorrentes de um delito, veja Vinício Geri, *Manuale della responsabilità penale e civile da illciti, della prescrizione e del danno*, Milano, 1968, pp. 121 e segts.

5. Esse problema foi discutido extensamente pelos positivistas italianos no contexto da reparação do dano causado pelo delito. A posição de Enrico Ferri era muito explícita: "Per noi parificare l'oblíquo del delinquente a riparare i danni recati col suo delitto all'oblíquo derivante dall'inadempimento di un contratto, è semplicemente immorale" (*Sociologia criminale*, 3.^a ed., Torino, 1892, p. 701).

6. A enciclopédia jurídica *Pandectes Françaises* editada por Rivièrre em 1982 coloca isso dessa maneira: "Le droit civil comprend essentiellement le droit civil, la procédure

3. § 56 b, inciso 2 vn. 1 do Código Penal alemão (StGB).

pela qual se tem dado menos atenção ao Direito Penal na França do que em outros países continentais.

Portanto, de fato, as leis que regulamentam as pretensões civis e o Direito Penal são estritamente diferenciadas na maioria dos países de tradição jurídica européia-continental.

Mas os tribunais civis e de jurisdição criminal não estão em todos os lugares estritamente separados, nem sequer na Europa Continental. Por exemplo, na Espanha problemas de direito civil e questões de direito penal são tradicionalmente decididos pelo mesmo "Juzgado de Primera Instancia y de Instrucción".

Isto só recentemente foi mudado através de uma lei promulgada em 1988.⁷ Com base nesta importante reforma a grande maioria dos casos penais é agora decidido em Primeira Instância pelos "Juzgados de lo Penal", por um juiz unipessoal, com poder de impor penas de até seis anos de condenação. Na Europa Continental há uma tendência óbvia de especializar-se quer em matéria de direito civil, quer em assuntos penais. Mas, o juiz espanhol de "lo penal", sempre que tenha algum caso a julgar, não decide somente sobre a culpa, mas também, sobre a compensação.

civile, le droit commercial, et accessoirement le droit criminel, qui est la sanction et la garantie des règles du droit civil; on l'oppose au droit public..." (vol. III, p. 668, n. 456). Quase setenta anos depois não havia mudado muito como se pode ver no *Nouveau Répertoire de Droit Dalloz*, editado em 1963 em 2.^a edição por Emmanuel Vergé and Roger de Ségogne: "Le droit pénal fait, par sa nature, partie du droit public mais il a été rattaché traditionnellement au droit privé, parce que beaucoup de ses dispositions sont destinées à sanctionner les rapports juridiques privés: d'autre part, la procédure pénale a été pendant longtemps étudiée en même temps que la procédure civile" (vol. 2, p. 252, n. 12).

7. Ley Orgánica n. 7/1988, de 28.12.88 (Aranzadi n. 2065).

Se se considerar, entretanto, que esta mistura de assuntos criminais e civis no assim chamado procedimento adesivo de países como a França, a Itália e a Espanha não ter realmente resolvido o problema da compensação, resulta duvidoso se a unificação de disciplinas altamente especializadas, que tem que se ocupar de aspectos totalmente diferentes dos interesses humanos, é útil.

2.4 De que modo a reparação poderá ser executada?

Um outro problema extremamente prático é a questão de como a compensação a qual deve ser fixada no processo penal pode ser executada.

Se a compensação é definida no direito civil, então pode ser executada certamente como qualquer outra obrigação civil. Este caminho tem sido escolhido pelo legislador, por exemplo no processo adesivo alemão.⁸ Mas pode parecer inadequado e injusto pedir à vítima do delito que tente uma execução civil que implique um risco, custos e ainda ofereça ao devedor toda uma gama de possibilidades de defesa. De outro lado, se a execução da reparação do dano à vítima do delito é feita através dos extensos poderes inerentes ao procedimento penal (em alguns casos utilizando-se como um meio de coação a prisão substitutiva, quando não paga, ou a prisão coercitiva), a questão que se apresenta é se isto não conduz a um tratamento não equitativo entre os diversos credores do devedor.

De qualquer maneira há que levar-se em conta que o direito civil tem algumas regras protetoras de tipo social (por exemplo: limite dos proventos para que seja exequível), que não podem ser negligenciadas pelo sistema penal.

8. Art. 406 b, Código de Procedimento Penal (StPO).

2.5 Em que medida é importante que seja o próprio réu que pague a reparação?

O "leitmotiv" tantas vezes repetido do "fazer as pazes entre o ofensor e a vítima" induz a uma visão errônea de que há sempre, ou ao menos na maioria dos casos, uma confrontação entre ambos quando surge a questão da compensação. Isto de algum modo é parte de "conceitos românticos",⁹ os quais são típicos de discussão sobre o problema da reparação do dano causado à vítima do delito.

Efetivamente o pedido da reparação em muitos países é transferido, em grande parte, a seguros privados ou estatais, ou à outras instituições que pagam os danos à pessoa lesada e tentam recebê-los do ofensor. Este é o caso na grande maioria de ofensas baseadas em negligência, porque os riscos envolvidos são em grande parte cobertos por seguros voluntários (por exemplo, seguros sobre propriedade imóvel), e compulsórios (por exemplo, seguro obrigatório de veículos a motor).¹⁰

Isto também, é verdadeiro no que concerne a uma considerável quantidade de danos resultantes de ofensas intencionais. No que se refere a um prejuízo pessoal, a petição da reparação é dirigida aos seguros privados, especialmente seguros de saúde, mas, também, ao sistema de seguridade social, os quais têm o direito de reaver as importâncias pagas.

9. Hans Joachim Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, em *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colônia, 1989, pp. 699 e segts. (712).

10. Na Alemanha cerca de 40% das condenações de adultos (e de semi-adultos tratados como adultos) referem-se a delitos de trânsito: em 1989, de um total de 608.548 condenações de trânsito, 238.243 foram por delitos de trânsito: *Statistisches Bundesamt*, 10: *Rechtspflege*, série 3., *Strafverfolgung*, Stuttgart, 1991, p. 42.

Na Alemanha, tanto quanto noutros países, se excepcionalmente não se tem seguros, o pobre tem que requerer o pagamento do auxílio-social do Estado ("Sozialhilfe"), e as instituições que o concedem, tentam recebê-lo do ofensor. Frequentemente, o pagamento do salário pelo empregador continua se o empregado sofreu uma lesão, e por essa razão está incapacitado de trabalhar. Nestes casos é praticamente o empregador que repara o dano, ao menos em parte.

No que se refere ao dano, quando afeta a propriedade, em muitos casos há seguros contra roubo, fogo, e assim por diante, que são geralmente seguros voluntários, e são muito empregados em países onde a população está consciente da necessidade de fazer um seguro.

Em todos esses casos, um terceiro (um seguro ou outro terceiro qualquer) que repara parcial ou totalmente o dano sofrido pela vítima do delito, pode reaver do réu o valor pago. A consequência é que o ofensor não se confronta mais com a sua vítima, mas com um terceiro, e muitas vezes com uma pessoa jurídica.

Essa amplitude limita na verdade a possibilidade de se utilizar a compensação como um instrumento de restabelecer a paz entre o ofensor e a vítima: eles não têm nada a haver um com o outro na maioria dos casos mais frequentes.

2.6 Pode a reparação ser um instrumento efetivo para a descriminalização?

Embora muitas vezes o total do dano ou ao menos parte dele esteja coberto por seguro, há com certeza casos nos quais os danos são compensados pelo ofensor diretamente à vítima. Quando as ofensas não são de natureza muito séria, quer dizer, quando pela sua natureza não fazem impossível de substituir a sanção penal pela compensação, então existe a possibilidade de descriminalização, utilizando a compensação como um

substitutivo da punição. Porém, tem que se levar em conta que estes réus não estão numa boa situação econômica. Conseqüentemente, em lugar da reparação, poderá o trabalho comunitário ser um substituto de uma sanção penal.

No sistema alemão onde mais de 80% de todas as sanções são multas,¹¹ a reparação como uma pena substitutiva, talvez possa cobrir alguns destes casos. O obstáculo pode ser, que no sistema alemão o *sursis* não pode ser concedido em caso de multas. A possibilidade de descriminalização através da compensação, neste campo levaria à reconsideração do problema de política criminal relativamente às pequenas ofensas.

2.7 O que vem em primeiro lugar: a reparação do dano ou a ressocialização do réu?

Aqui realmente se encontra o problema crucial do assunto, ou seja a relação entre a ressocialização do ofendido e a compensação da vítima. De um lado, a obrigação de compensar o dano, deveria ter um efeito ressocializador sobre o ofensor, desde que se lhe demonstre a conseqüência da lesão e se lhe imponha a responsabilidade de repará-la. Isto pode ser especialmente favorável quan-

do o ofensor aceita a responsabilidade de pagar certa quantia, voluntariamente, ou ao menos decidindo que isso seja o melhor. Partindo-se disso, levanta-se a questão se só a reparação voluntária pode ser considerada pertinente no sistema penal ou se a compensação pode, também, ser significativa quando se o obriga a fazê-lo.

De outro lado, a responsabilidade financeira resultante da obrigação de indenizar o dano pode tornar a ressocialização do ofensor mais difícil. Isto parece ser uma das razões da relutância dos juízes e promotores alemães em impor ao ofensor a condição de reparação prevista no art. 153 a, do Código de Processo Penal (StPO) e art. 56 b, 57 parágrafo 3 do Código Penal (StGB).

Quando se compara os sistemas legais, se deve, também, levar em conta que, a reparação como um instrumento de educação, não pode ser empregada em todas as sociedades e da mesma maneira quando o ofensor é um adulto. Se algo da idéia de educação através da compensação, perdura na legislação dos países que foram socialistas, deveria ver-se.¹²

O problema de fazer-se com que a reparação à vítima e a ressocialização do réu sejam compatíveis, é de qualquer maneira o ponto decisivo.

11. Em 1989 de um total de 608.548 pessoas condenadas, 503.356 foram condenadas a penas de multa e 104.810 a penas privativas de liberdade (estas cifras não incluem os infratores juvenis e semi-adultos); *Statistisches Bundesamt*, loc. cit. (Nota 10).

12. Sobre esta idéia veja Zbigniew Doda, *Neue Wege der Wiedergutmachung im polnischen Strafrecht*, e Norbert Lembeck, *Zu Fragen der Wiedergutmachung im Strafrecht der DDR*, em Eser/Kaiser/Madlener (ed.), op. cit. (Nota 2, supra).