

QUESTÕES ATUAIS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE AS RESPONSABILIDADES PENAL E CIVIL

CONTEMPORARY PROBLEMS CONCERNING THE RELATION BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL RESPONSABILITY

Flavia Portella Püschel*

Marta Rodriguez de Assis Machado**

RESUMO

A separação entre os direitos penal e civil normalmente aparece como um pressuposto, quer nos estudos de dogmática penal, quer nos de dogmática civil, de modo que a separação em si é pouco tematizada ou questionada. Ela é ainda hoje considerada como uma conquista que devemos a um processo iniciado no século XVIII e consolidado no século XIX e, como tal, não é contestada pela doutrina - ou pela jurisprudência. Neste texto, as autoras investigam o direito positivo brasileiro com o objetivo de estabelecer se e em que medida ele ainda corresponde a essa divisão tradicional das responsabilidades. São investigados os três fundamentos tradicionalmente mais utilizados para marcar a distinção entre as responsabilidades penal e civil: (I) o tipo de resposta e sua finalidade; (II) o tipo de interesse protegido; e (III) os pressupostos da responsabilização. O texto conclui que o modo tradicional de distinguir as responsabilidades civil e penal vem sendo cada vez mais desafiada pelo direito positivo e que, diante da complexidade dos problemas que o sistema jurídico é instado a enfrentar hoje em dia, é fundamental discutir as fronteiras entre os ramos do direito, de modo a ser possível transitar de modo mais livre entre eles e estabelecer um debate mais amplo sobre os processos e as formas de responsabilização em nossa sociedade.

* Professora da Direito GV, doutora pela USP e pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP.

** Pesquisadora da Direito GV, mestre e doutoranda pela USP e pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP.

As autoras agradecem a José Rodrigo Rodriguez e Maíra Rocha Machado pelas críticas feitas às primeiras versões deste texto. Tais críticas, assim como os debates ocorridos no âmbito do Subgrupo Risco e Responsabilidade do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP, foram de importância inestimável para

PALAVRAS-CHAVE: RESPONSABILIDADE - RELAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADES PENAL E CIVIL - RECONSTRUÇÃO DAS DOGMÁTICAS CIVIL E PENAL

ABSTRACT

The separation between criminal and civil law is usually treated as a prerequisite in works of criminal and civil dogmatics, so that the separation is in itself rarely studied or questioned. It is still nowadays considered as a victory we owe to a process begun in the 18th and consolidated in the 19th century and, as such, it is not questioned by either lawyers or the courts. In this paper, the authors investigate Brazilian positive law to establish if and in what measure it still corresponds to this traditional separation of responsibilities. The three most used arguments for the distinction between criminal and civil responsibilities are investigated: (I) the kind of sanction and its goal; (II) the kind of interest that is protected; (III) the requisites for imputation. The authors come to the conclusion that the traditional way of distinguishing between civil and criminal responsibilities is being more and more defied by positive law and that, considering the complexity of the problems presented to the juridical system nowadays, it is of fundamental importance to reconsider the borders between the different areas of law, so as to make it possible to travel more freely between them and to establish a broader debate about the processes and forms of responsabilization in our society.

KEYWORDS: RESPONSIBILITY - RELATION BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL RESPONSIBILITIES - RECONSTRUCTION OF CIVIL AND CRIMINAL DOGMATICS.

INTRODUÇÃO

A separação entre os direitos penal e civil normalmente aparece como um pressuposto, quer nos estudos de dogmática penal, quer nos de dogmática civil, de modo

elaboração deste artigo. Naturalmente, a responsabilidade por quaisquer equívocos que o texto ainda contenha é exclusiva de suas autoras.

que a separação em si é pouco tematizada ou questionada¹. Ela é ainda hoje considerada como uma conquista que devemos a um processo iniciado no século XVIII e consolidado no século XIX e, como tal, não é contestada pela doutrina - ou pela jurisprudência -, ainda que haja mais de um critério proposto para fundamentar tal separação; que esses critérios tenham certa mobilidade; não tenham se apresentado sempre constantes; e, além disso, tenham os seus limites cada vez mais desafiados pela edição de novas leis e pela jurisprudência.

Afirmar que a separação² entre direito penal e direito civil segue incontestada não significa que a fronteira entre as responsabilidades civil e penal seja rígida e imutável. Em realidade, essa fronteira se altera de diferentes formas. Uma delas decorre simplesmente do fato de que “o campo do Direito Penal é variável”, como afirmou B. Garcia³, e essas variações podem ocorrer com um simples deslocamento da fronteira, sem que a separação entre o penal e os outros ramos do Direito seja em si mesma colocada em xeque. Isso se dá com relativa frequência quando certa conduta é criminalizada, ou seja, um ato que não era considerado ilícito penal passa a sê-lo, expandindo-se o âmbito de regulação do direito penal. Ou então - se bem que com menos frequência no atual contexto - no sentido inverso, quando uma conduta é descriminalizada. Isto é, deixa de ser relevante sob o ponto de vista jurídico-penal, para passar a ser tratada por outra esfera de controle. Note-se que nestes casos alterou-se a regulação de certo tipo de fato, mas as categorias civil e penal permanecem inalteradas.

¹ Esse modo de pensar e agir tão sedimentado talvez se explique pelo fato de que a própria autonomia do direito penal se construiu em oposição ao direito civil. Um autor como Alvaro Pires, criminólogo que se dedicou a investigar a formação do sistema de pensamento em matéria penal, aponta que a clivagem entre, de um lado, o direito penal e, de outro, os direitos civil e administrativo teve um papel importante na construção da forma de conceber o sistema penal, que ele chamou de “racionalidade penal moderna”. Esse processo de autonomização do Direito penal envolveu que se separassem os conjuntos conceituais dano/vítima/reparação, de um lado, e desobediência/inimigo do rei/ punição, de outro; tendo a noção de crime se ligado ao segundo grupo. O percurso de construção da clivagem civil/penal na racionalidade penal moderna se consolidou, segundo ele, com a ajuda das teorias da pena criminal e dos teóricos da época moderna (especialmente Beccaria, Kant e Feuerbach). Não teremos tempo neste artigo de refazer esse percurso no pensamento jurídico, cf. para isso A. PIRES, Ch. Debuyst, F Digneffe, Les savoirs sur le crime et la peine. Vol. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Bruxelles, De Boeck Université (co-édition avec les Presses de l'Université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa), 1998.

² Neste texto, trataremos dos fundamentos da *separação* entre as responsabilidades penal e civil. Naturalmente, há no direito positivo claras relações entre as esferas penal e civil, reconhecidas independentemente das questões que levantaremos a seguir. Referimo-nos aos efeitos da sentença penal no juízo civil (CC, art. 935; CP, art. 91, I; CPC, arts. 110, 584, II); e CPP, arts. 63-67).

³ *Instituições de Direito Penal*, 1982, p. 19.

A outra forma de mobilidade dessa fronteira dá-se não pelo seu deslocamento, mas pelo próprio questionamento dos fundamentos dessa separação. É esta segunda forma de mobilidade da fronteira entre penal e civil que nos interessa neste texto.

A seguir, trataremos de abordar, de maneira breve, os fundamentos mais utilizados para marcar a distinção entre as responsabilidades penal e civil e discutiremos como e em que medida eles sustentam essa separação hoje em dia, diante do direito positivo e dos problemas que se apresentam atualmente aos direitos penal e civil.

Para isso, distinguiremos argumentos que diferenciam o penal e o civil com base (I) no tipo de resposta e sua finalidade; (II) no tipo de interesse protegido; e (III) nos pressupostos da responsabilização.

I. TIPO DE RESPOSTA E SUA FINALIDADE

O conteúdo da sanção penal é uma das formas de caracterizar o Direito penal e distinguí-lo do civil. Ela possivelmente representa o critério de distinção mais assentado e resistente a mudanças no pensamento jurídico: assume-se sem pensar a idéia de que os civilistas têm por missão assegurar a reparação do dano causado, enquanto a preocupação dos penalistas é a de buscar a punição mais adequada aos culpados e de justificá-la. Essa justificação se dá por meio das teorias da pena, que estabelecem vários objetivos possíveis para a lei penal - proteger a sociedade, dar o exemplo do castigo, fazer pagar o mal pelo mal, readaptar o culpado ou neutralizá-lo - mas que, no final das contas, têm em comum o fato de conceberem a sanção penal como um mal e excluírem de seus enunciados outros tipos de sanções.

Diferentemente, embora o dever de reparar possa eventualmente ser sentido como um mal pelo condenado e ter por isso efeito punitivo⁴, tal efeito não é essencial à

⁴ J. de Aguiar Dias, por exemplo, reconhece um caráter punitivo – no sentido de imposição de um mal como meio para obtenção de certos efeitos - na obrigação de reparar: “para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem” (*Da Responsabilidade Civil*, vol. I, 8^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 735). Naturalmente, assim entendido, o efeito punitivo-preventivo da responsabilidade civil tende a ser acidental e pouco controlável. Sobre as funções da responsabilidade civil, ver mais detalhadamente, F. Püschel. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Rev. Direito-GV*, n. 1, p. 91-107, 2005.

sanção civil e é irrelevante para que ela cumpra a sua função reparatória. Isso decorre principalmente da regra que limita a indenização à extensão do dano⁵.

Assim, o Direito penal trabalha primordialmente com a punição em seu sentido de infligência de um mal, enquanto a reparação importa apenas ao direito civil; a punição é uma obrigação ou uma necessidade imperativa e é vista como um mal que deve beneficiar a autoridade e não a vítima. Por isso, a indenização que satisfaz somente a vítima é vista como insuficiente para reparar a desobediência à lei penal⁶. Esta requer como resposta um juízo de desvalor público. E tal desaprovação pública se expressa por meio da intervenção voluntária na esfera jurídica do condenado (liberdade, patrimônio, tempo livre e estima social)⁷. A partir daí, fica clara a distinção que se criou entre pena e reparação: a pena não compensa o mal da vítima, mas, ao menos *prima facie*, produz um novo mal, “ao contrário da indenização compensatória civil, é a ordenação querida de um mal”⁸.

Em síntese, para que se atinja o objetivo de reparação, é indiferente que a sanção seja percebida com um mal. No Direito penal, ao contrário, qualquer que seja a finalidade atribuída à pena, seu caráter de castigo (nos termos da distinção assim construída) é essencial, pois a finalidade da pena – mesmo quando definida por seus efeitos positivos, como a prevenção especial e geral positiva - se pretende atingir *por meio* da própria infligência de um mal.⁹

⁵ Essa regra, já anteriormente unanimemente reconhecida, foi expressamente consagrada pelo novo CC, em seu art. 944.

⁶ A. Pires, *op. cit.*, p. 51.

⁷ H. Jesscheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4a. ed. Granada: Ed. Comares, 1993, p.57.

⁸ H. Lesch. La función da pena. Madri: Dykinson, 1999, p. 2.

⁹ Essa idéia é tão consolidada que se afirma, com frequência, que “negar que a pena tenha caráter de mal seria o mesmo que negar o próprio conceito de pena” (H. Jescheck, *op. cit.*, p. 57). Isso não quer dizer, entretanto, que o Direito Penal será ou deva ser sempre assim. Fazemos aqui referência às teorias mais difundidas sobre a pena e ao modo como a pena é tratada em nosso Direito hoje. Deve-se mencionar, todavia, que essa idéia já começou a ser posta em questão por alguns autores. Uma dessas manifestações deu-se a partir do conceito comunicativo de pena, desenvolvido em um primeiro momento por Günther Jakobs. Para ele, a pena não deve ser compreendida como um fato exterior, com o qual apareceria apenas a sucessão irracional de dois males, mas sim a partir do seu significado, seu conteúdo comunicativo, quer dizer, o de que o comportamento que infringe a norma não é determinante e que a norma continua válida (G. Jakobs. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. cor. Tradução: Joaquin C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 13). Não obstante tal definição, Jakobs não chega a abandonar a idéia de pena como um mal, pois afirma que essa contradição comunicativa deve se dar sempre por meio da privação de meios de liberdade do autor (G. Jakobs, *op. cit.*, p. 53-55). Entretanto, esse conceito de pena é importante porque permite que um autor como Klaus Günther avance na idéia acerca da sua natureza comunicativa e proponha que, a partir da desvinculação

Com uma definição desse tipo, a vítima e a solução privada, negociada e disponível, são definitivamente afastadas do sistema penal e passam a ser vistas como categorias reservadas aos assuntos do Direito civil.

Percebemos, entretanto, que essa separação começou a ser colocada em xeque a partir do momento em que a reparação passou, de uma forma ou de outra, com mais ou menos intensidade, a ser introduzida no sistema penal e a ser considerada nas discussões da dogmática penal como uma alternativa para compor as suas possíveis respostas.

Um elemento importante dessa tendência é dado pela valorização da vítima no sistema penal. Há em curso uma discussão relevante sobre isso, cujas origens podem ser reputadas a várias causas: a força do movimento de "restituição" americano, a escalada da vitimologia como um ramo científico independente, a frustração pelos resultados obtidos com as penas de prisão, além da crescente insatisfação com um modelo de justiça penal que não leva em consideração a vítima de nenhuma forma¹⁰.

Desse modo, a introdução da reparação do dano no sistema penal é tomada como um indicativo de maior atenção dada à vítima no processo penal. Abordaremos, aqui, de maneira breve, como ela se fez presente no Direito penal brasileiro, embora esta seja uma tendência que vem sendo apontada nos ordenamentos jurídicos de uma série de países, alguns dos quais avançaram muito mais nesse sentido do que nós.

Se, no nosso Código Penal, a reparação do dano já aparecia como circunstância indicativa de arrependimento posterior, capaz de ensejar redução de 1 a 2/3 da pena (art. 16) ou circunstância atenuante da pena (art. 65, III, b), ela passou a ter um papel mais relevante com a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95). Essa lei instituiu, para os casos considerados de menor potencial ofensivo, que o juiz deve, sempre que houver dano, buscar a composição civil entre o autor e a vítima (arts. 72 a 74). A reparação do dano implica renúncia do direito de queixa ou representação. Isso significa que a adoção dessa solução negociada põe fim à possibilidade de persecução e imposição de sanção penal.

entre imputação e pena, é possível renunciar totalmente à pena no sentido de inflicção de um mal, pois as funções comunicativas e simbólicas da pena já poderiam ser preenchidas pelo significado da condenação. (K. Günther, Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos, CEBRAP*, São Paulo, n.63, p.105-118, julho, 2002, p. 116-117)

¹⁰ C. Roxin. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: Eser, Albin et all. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p. 139-140.

Outra abertura dessa lei, nesse sentido, veio com a suspensão condicional do processo (art. 89). Esse instituto permite que Ministério Público e acusado acordem a suspensão do processo penal pelo prazo de 2 a 4 anos. A contrapartida da suspensão do processo e sua possível extinção após o período de prova é a submissão do acusado ao cumprimento de algumas condições, dentre as quais está justamente a reparação do dano à vítima (art. 89, § 1º, I).

Nesses dois casos, a reparação não perde a sua natureza civil, de modo que não é vista como uma forma de sanção penal, mas passa a ser uma das respostas possíveis do sistema penal, capaz de afastar as sanções propriamente penais.

Algo semelhante ocorreu no campo dos delitos tributários, que se apresentou particularmente poroso a soluções que visassem a recomposição do patrimônio lesado do Fisco. No Brasil, isso começou já em 1965, com a previsão da Lei n.º 4.729/65¹¹ de que a punibilidade do crime tributário seria extinta com o pagamento do débito antes do início da ação fiscal. Solução desse tipo é retomada e ampliada com a Lei n.º 8.137/90 (e depois pela 9.249/95) que aceita como causas extintivas da punibilidade o pagamento do tributo e acessórios (isto é, valor devido mais multa administrativa) que se dessem até o recebimento da denúncia. Sem entrar a fundo nesse tema, cumpre-nos apenas mencionar que as possibilidades de extinção da punibilidade pelo pagamento vêm sendo cada vez mais ampliadas, tanto pela legislação – que já estendeu essa solução para os crimes previdenciários e para os casos de parcelamento dos débitos, com as leis que instituíram o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS (lei n.º 9.964/2000) e o Parcelamento Especial - PAES (lei n.º 10.684/03) – como pela jurisprudência. De fato, os tribunais já ampliaram tanto as hipóteses de aplicação desse instituto que atualmente não se exige nem sequer que o pagamento se dê antes do recebimento da denúncia para

¹¹ Lei n 4.357/65, Art. 11, § 1º, “O fato deixa de ser punível, se o contribuinte ou fonte retentora, recolher os débitos previstos neste artigo antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal.”; § 2º, “Extingue-se a punibilidade de crime de que trata este artigo, pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedade de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhido, executados os créditos restituíveis nos termos da Lei nº 4.155, de 28 de novembro de 1962”. Lei 4.729/65, Art 2º, “Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”.

ter efeitos sobre a punibilidade, bastando que seja feito a qualquer momento antes da sentença condenatória¹².

Se essas são formas indiretas em que a reparação toma o lugar do procedimento penal, há momentos em que ela chega a ser introduzida diretamente no sistema penal como uma modalidade de sanção penal.

É o caso do Código de Trânsito (lei n.º 9.503/97) que prevê em seu artigo 297¹³ a imposição de multa reparatória em favor da vítima como modalidade de pena a ser aplicada para crimes cometidos na direção de veículos automotores. Além dessa, a Lei dos Crimes ambientais (lei n.º 9.605/98) também prevê, dentre as penas restritivas de direito, aplicáveis de maneira autônoma em substituição à privativa de liberdade, a prestação pecuniária à vítima ou a entidade pública ou privada com fim social, consistente em pagamento de importância fixada pelo juiz não inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 (arts. 8, IV e 12)¹⁴. A mesma pena de prestação pecuniária à vítima e seus dependentes aparece também no rol das possibilidades das penas restritivas de direito introduzidas pela lei 9.714/98, que modificou o Capítulo das Penas do Código Penal. Com isso, a prestação pecuniária poderá substituir a pena de prisão, a critério do juiz (que ponderará condições do condenado e circunstâncias dos fatos), sempre, nos crimes culposos e nos crimes dolosos cometidos sem violência ou grave ameaça, quando a pena fixada na sentença não superar quatro anos (arts. 43, 44 e 45 do Código Penal¹⁵).

¹² “Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.” (STF, HC 81.929, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ 27/02/04).

¹³ “Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. § 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo. § 2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal. § 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado”.

¹⁴ “Art. 8º As penas restritivas de direito são: (...) IV - prestação pecuniária;”

“Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.”

¹⁵ “Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária; (...)”

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

Com esses exemplos, pretendemos aqui apenas indicar que a antiga alocação da reparação exclusivamente no campo do Direito civil vem sendo relativizada, na medida em que ela vem sendo introduzida no sistema penal seja por meio da atenuação de parcela da pena ensejada pela reparação do dano pelo autor, seja por meio de acordos reparatórios, causas de extinção da punibilidade e até mesmo como sanção autônoma. Esse movimento em curso impõe, entretanto, o enfrentamento de uma série de questões dogmáticas nada simples.

O tipo de questão envolvida e sua complexidade depende, em grande parte, de como a reparação é aceita no sistema penal. Se, como vimos acima, isso se deu de formas e em medidas distintas em nosso ordenamento jurídico-penal, essas diferenças não foram adequadamente discutidas nos momentos em que essas soluções foram incorporadas pelas leis especiais que mencionamos e tampouco constituem atualmente objeto de reflexão detida.

Um autor como Roxin¹⁶, entretanto, parou para pensar a respeito disso para o caso alemão e para fazer distinções que podem vir a nos auxiliar nessa tarefa. Ele diz que as soluções dadas à reparação pelo sistema penal podem ser de três tipos:

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3o Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5o Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”

“Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1o A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2o No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza”.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 141-147.

composição privada do conflito; reparação como uma terceira classe de pena, junto com a privativa de liberdade e a multa; e reparação como um novo fim para a pena.

No caso da composição civil, o que se dá, em realidade, é que se evita o Direito penal e se promove uma espécie de despenalização parcial. Nesse sentido, a reparação não entra propriamente no Direito penal, mas se coloca como uma espécie de solução alternativa a ele.¹⁷.

Apenas para exemplificar o tipo de problema que esse arranjo traz para a dogmática penal, pode-se mencionar o debate em torno do caráter voluntário da composição entre autor e vítima e as dificuldades de harmonizá-lo com o princípio da indisponibilidade da sanção penal em razão de interesses privados. Ou seja, será que ao aceitar a reparação dentro do sistema penal, deve-se aceitar também a idéia de que a vítima estaria apta a negociar com o autor não somente seus interesses privados de composição dos seus bens lesados, mas também o interesse público de prevenção? Retornaríamos, com isso, a uma situação de privatização da punição?

De outro lado, se, ao transformar o instituto de Direito civil em penal, abandonamos a autonomia da vontade, isto é, a possibilidade que existe no direito civil (mas normalmente não no penal) de a vítima decidir se quer ou não fazer valer o seu direito, com possibilidade de negociação entre vítima e autor do ilícito, não estaríamos ampliando ainda mais o espaço de intervenção do Direito, em detrimento do espaço de liberdade? Teríamos, no final das contas, mais controle estatal sobre os conflitos?

Ainda mais complexa é a discussão da reparação diante das teorias da pena. Não só porque aqui se revela com mais intensidade os problemas da concepção tradicional da pena como um mal, mas porque há uma série de questões dogmáticas a serem resolvidas nesse campo.

Por exemplo: caberia desde logo estender à reparação a crítica que se fez à pena de multa pelas dificuldades de sua universalização, o que criaria uma situação em que

¹⁷ Pode-se dizer que esse é o caso da composição civil dos danos introduzida pela lei n.º 9.099/95, de que tratamos acima. Situação semelhante se tem no âmbito do debate cada vez mais presente nos sistemas jurídicos ocidentais sobre a Justiça Restaurativa, definida esta em linhas gerais – embora isso seja ainda algo em disputa – como uma forma de justiça em que se prioriza a reparação do dano pelo infrator e que, para tanto, privilegia formas de solução do conflito em que autor e vítima da infração são convidados a negociar formas de reparação do dano, negociação esta que pode se dar de maneiras distintas (mediações, conferências familiares, etc.) e que frequentemente conta também com a participação ativa da comunidade envolvida. Sobre Justiça Restaurativa, ver J. C. Benedetti. A Justiça Restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva, in *Rev. Direito-GV*, n. 2, p. 209-216, 2005. E,

tais sanções seriam aplicadas apenas àqueles que tivessem condições econômicas para arcar com elas, excluindo-se as classes menos favorecidas?¹⁸ Ou é possível pensar em arranjos alternativos a isso, por exemplo, a possibilidade de criar estabelecimentos para que o autor trabalhe a fim de ressarcir o dano?

Avançando um pouco mais nos problemas que essa a reparação traz à dogmática penal, veremos que boa parte das questões a serem respondidas dependem de como ela entra no sistema penal: ela pode ser aceita como finalidade do sistema penal ou simplesmente como um meio novo para alcançar os fins já conhecidos. Em outras palavras, de um lado, o Direito penal deve passar a perseguir a reparação da vítima e a reconstituição da situação anterior ao delito como um fim seu ou, de outro, ela é simplesmente uma modalidade de sanção capaz de atingir os fins de prevenção tanto quanto - ou de modo mais ou menos eficiente - que as sanções punitivas.

Nesse último caso, cabe ainda refletir se, como sanção autônoma, a reparação é sempre compatível com as finalidades da pena tal como enunciadas pelas teorias da pena. A resposta a essa indagação não é nada óbvia, especialmente porque deve ser dada avaliando-se cada uma das teorias sobre a pena. Roxin analisa alguns desses aspectos quando trata da possibilidade de compatibilizar reparação com as diferentes teorias de justificação da punição.

A começar pela justa retribuição e compensação da culpabilidade, esta seria, segundo Roxin, compatível com a idéia de reparação do dano, já que com ela dar-se-ia - inclusive de maneira mais perfeita que a prisão - uma autêntica compensação e anulação do ato ilícito¹⁹. A reparação também pode contribuir para o fim preventivo especial da pena. A obrigação de se ocupar pessoalmente do dano produzido e de se esforçar para uma reconciliação com a vítima, diz Roxin, pode influir de maneira muito positiva na atitude social do autor²⁰. No que tange às formas de prevenção geral, Roxin considera que a obrigação de reparar o dano sofrido pela vítima é capaz de criar na generalidade o sentimento de que a fratura ao Direito foi curada e que a perturbação da paz jurídica

ainda, *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

¹⁸ Sobre as questões econômicas relacionadas à pena de multa, ver G. Rusche e O. Kirchheimer (1939). *Punishment and Social Structure*. London: Transaction Publishers, 2003, capítulo X. Há tradução ao português: *Punição e Estrutura Social* (tradução e revisão técnica de Gizlene Neder). Coleção Pensamento Criminológico, n. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

¹⁹ C. Roxin, *op. cit.*, p. 9.

produzida pelo delito está superada. Seria, portanto, compatível com uma função de prevenção geral positiva. Ela seria insuficiente apenas em seus efeitos intimidatórios ou de prevenção geral negativa²¹, pois, funcionando sozinha, a pena de reparação sinaliza que o máximo que poderia acontecer ao autor seria a restituição do *status quo ante*, o que não representaria nenhum risco para o autor. Isso não aconteceria, entretanto, se ela viesse associada a outra sanção, daí a necessidade de se discutir também as possibilidades de combinação com outras formas de pena, sem invalidar de plano a possibilidade de a reparação funcionar como pena.

De acordo com a sua própria teoria sobre os fins da pena em um Estado Social de Direito, que deve conciliar da melhor forma possível a prevenção geral, a prevenção especial orientada à integração social e a limitação da pena, Roxin chega a afirmar que a reparação no Direito penal, embora não seja a única via, é um modelo de política criminal voltado a atingir esses fins de forma integrada²².

É evidente que estes argumentos estão todos sujeitos a comprovação empírica e são ainda insuficientes para se instaurar uma verdadeira discussão sobre a reparação e seus benefícios como forma de punição. Entretanto, eles revelam que, se a reparação passa a ser internalizada no sistema penal como uma possibilidade de pena (autônoma ou não), não é possível levar esse processo adiante sem discuti-lo à luz do conceito de pena.

Além disso, todas essas questões tornam-se ainda mais instigantes quando percebemos que há não só o ingresso de elementos de Direito privado na pena, como também elementos de Direito penal na reparação.

No âmbito do direito civil, o campo onde se percebe essa aproximação entre penal e civil é a responsabilidade por danos morais.

Como já se disse, o objetivo central da responsabilidade civil é a reparação de um prejuízo. É por isso que o art. 944, *caput*, do Código Civil (CC) estabelece: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

No entanto, no caso de dano moral, a aplicação dessa norma não é fácil. Devido à sua própria natureza, um dano moral é muito difícil de ser avaliado e o tema da sua quantificação é um dos mais intrincados e polêmicos da responsabilidade civil.

²⁰ C. Roxin, *op. cit.*, p. 10.

²¹ C. Roxin, *op. cit.*, p. 11.

²² C. Roxin, *op. cit.*, p. 34-36.

Essa dificuldade intrínseca de avaliação do dano moral por critérios objetivos abriu espaço para que se desenvolvesse em parte da doutrina²³ e da jurisprudência²⁴ brasileiras uma tendência a calcular o valor da reparação com base na atribuição à responsabilidade civil por danos morais de uma função punitiva semelhante à do direito penal.

Para demonstrar de que modo esse caso de responsabilidade civil se aproxima do direito penal, usaremos exemplos de acórdãos do STJ em casos de danos morais.

Há decisões em que se afirma expressamente o objetivo de punir o responsável, independentemente da discussão acerca da função perseguida por meio da punição. Assim, em acórdão²⁵ tratando de protesto indevido de título lê-se que o valor dos danos morais deve ser fixado com moderação “(...) não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização” (grifo nosso).

Há casos em que não se afirma expressamente o objetivo de punir, mas se indica que a condenação persegue objetivos sem nenhuma relação com a reparação.

Assim, em decisão²⁶ sobre um caso de agressão praticada por seguranças de um *shopping center*, lê-se que a indenização deve “contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica”. Em outras palavras, o tribunal atribui à responsabilidade civil uma função de prevenção especial negativa.

Em acórdão²⁷ tratando de inscrição indevida em cadastro de devedores inadimplentes, fundamenta-se a elevação do valor da indenização por dano moral com base no fato de que a condenação a um valor menor representaria “um incentivo à

²³ Entre os autores que manifestam opinião favorável ao reconhecimento de uma função punitiva da responsabilidade civil por danos morais citem-se, entre outros: J. Martins-Costa. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação, in J. Martins-Costa (org.). *A reconstrução do Direito privado*, São Paulo: RT, 2002, p. 408-446; C. A. Bittar. *Reparação civil por danos morais*, São Paulo: RT, 1999, p. 233; A. Jeová Santos. *Dano moral indenizável*, 4ª. ed., São Paulo: RT, p. 157; T. Ancona Lopez. *O dano estético*, 3ª. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 139. Entre as opiniões contrárias, destaca-se a crítica veemente de H. Theodoro Jr. *Dano moral*, 4ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 64-65. No direito francês (que teve grande influência sobre o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência sobre responsabilidade civil no Brasil) destaca-se a obra clássica de B. Stark sobre o tema: *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris: L. Rodstein, 1947. Dentre as mais recentes, destaca-se a obra de S. Carval: *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*, Paris: L.G.D.J., 1995.

²⁴ Embora não haja dados empíricos que nos permitam quantificar essa tendência jurisprudencial nos vários tribunais brasileiros, ela parece estar consolidada em alguns deles, inclusive no STJ. Trata-se de jurisprudência que se desenvolveu antes da entrada em vigor do CC de 2002. Embora já houvesse reconhecimento doutrinário da regra de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, o CC de 1916 não tinha regra expressa equivalente ao atual art. 944, *caput*.

²⁵ STJ – 4ª. T. – RESP n. 110091 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16-04-2002.

²⁶ STJ – 4ª. T. – RESP n. 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17-08-1999.

continuidade da prática, que se repete aos milhares em todo o país”. Neste caso, o tribunal atribuiu à responsabilidade civil uma função de prevenção geral negativa.

Por fim, em dois dos casos já citados²⁸, emprega-se o grau de culpa do responsável como parâmetro para o cálculo da indenização a ser paga. Note-se que, se o objetivo da responsabilidade civil é reparar o dano ocorrido, o grau de culpa não deveria ter nenhuma consequência: o responsável deveria simplesmente pagar o prejuízo causado, nem mais nem menos, e a extensão do dano não se relaciona com o grau de culpa (em sentido lato). É possível causar um pequeno prejuízo com dolo, do mesmo modo como é possível causar um grande prejuízo com simples culpa.

A consideração do grau de culpa faz sentido quando se pune, pois nesse caso está em jogo a resposta jurídica a uma conduta reprovável do autor: tanto mais reprovável quanto maior a culpa.

Como todo estudioso do Direito penal pode facilmente perceber, nos exemplos citados, a sanção jurídica de Direito civil é tratada de modo semelhante à sanção penal e os objetivos que lhe são atribuídos remetem a conhecidas teorias da pena.

Até o momento, a atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil tem se limitado aos casos de danos morais e não há ainda na literatura nacional reflexão suficiente nem sobre a possibilidade ou conveniência de sua ampliação para outros casos²⁹, suas vantagens ou desvantagens, nem sobre as consequências dessa aproximação entre sanção civil e penal: seria necessário garantir o princípio da legalidade, aumentar as garantias para o réu, etc.? Haveria violação ao princípio do *ne bis in idem*? Seria o fim da distinção entre responsabilidade civil e penal?

Enfrentar essas questões não a partir de perspectivas unilaterais, mas de maneira concertada entre civilistas e penalistas nos parece urgente. A razão disso é evidente: se a reparação entrar no sistema penal, como parece estar acontecendo aos poucos, então temos que rediscutir o sentido e a necessidade da intervenção civil. E se, ao contrário, o Direito civil é capaz de fazer punição, então talvez a intervenção penal seja também desnecessária. Sem considerar essas questões, corre-se o risco de reparar duas vezes ou então de punir duas vezes pelo mesmo fato (uma pelo direito penal e outra pelo direito

²⁷ STJ – 4ª. T. – RESP n. 445646 – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 03-10-2002.

²⁸ STJ – 4ª. T. – RESP n. 110091 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16-04-2002.; STJ – 4ª. T. – RESP n. 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17-08-1999.

²⁹ Sobre a possibilidade de sua ampliação, ver, na doutrina estrangeira, por exemplo: S. Carval, *op. cit.*, p. 58.

civil), sem que uma esfera saiba o que está acontecendo na outra e sem uma reflexão sobre o tipo de regulação mais adequado para determinado problema social. Essa não é uma hipótese distante e pode acontecer hoje no direito brasileiro, nos casos de atribuição de caráter punitivo à reparação por um dano moral decorrente de ilícito civil que constitua simultaneamente um ilícito penal, por exemplo.

Entretanto, para começarmos a tratar o problema da responsabilização de maneira abrangente, é preciso despir-se da idéia assentada no pensamento jurídico de que há entre esses dois ramos distinções ontológicas. Sem isso, não é possível dirigir o olhar para os problemas atuais enfrentados pela responsabilidade nos dois ramos do direito e buscar soluções adequadas para eles.

II. TIPO DE INTERESSE PROTEGIDO

Pode-se, também, tentar responder a questão da separação entre Direito civil e penal com base na diferença entre os interesses protegidos. Nesse caso diz-se que o direito penal protege um interesse público, enquanto o direito civil protege interesses privados. É esse o critério utilizado por Basileu Garcia para construir a distinção: “o Direito Penal, como se vê pela sua evolução histórica, surgiu tutelando interesses particulares, não há dúvida, mas elevou-se à defesa e conservação da sociedade. Resguardando os homens, que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranqüilidade coletivas. É em função desses dois conceitos – interesse individual e interesse público – que se trata a distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal”³⁰.

Essa é uma idéia antiga. Ela é indicada por Pires como uma das principais “representações filosófico-jurídico e sociais”, que se estabeleceram a partir da segunda metade do século XVIII : a lei penal se distingue essencialmente da lei civil, pois é pública (enquanto a civil é privada) e é superior e mais importante que a civil, pois pretende proteger apenas os valores fundamentais da sociedade. Da mesma forma, o ilícito penal designa atentados ao Direito público e o ilícito civil ao Direito privado; o

³⁰ B. Garcia, *op. cit.*, p. 18.

ilícito penal concerne as desobediências intencionais, graves, não reparáveis, portadoras de um perigo de imitação ou de uma ameaça destruição da ordem social e cria o medo de insegurança; o ilícito civil é bem intencionado ou sem intenção, não implica gravidade, não estimula o mimetismo e não coloca em perigo a ordem social³¹.

De fato, o Direito penal como o conhecemos hoje busca atingir primordialmente e diretamente um objetivo social, público (como indica Basileu Garcia), por meio da aplicação de uma pena.

O Direito civil, por seu lado, por meio da responsabilidade civil, busca primordialmente a reparação de um prejuízo. Normalmente, isso constitui um interesse privado da vítima e apenas de modo indireto e secundário um objetivo social.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer a esse modo de enxergar a distinção entre as duas responsabilidades. Quando o direito impõe uma sanção penal à pessoa que atropelou alguém, causando-lhe ferimentos graves, está afirmando que os ferimentos da vítima devem ser atribuídos ao sujeito que dirigia o automóvel (e não ao destino, ao azar, ao fabricante do carro, etc.), a quem deve ser aplicada uma pena, com o objetivo – que interessa diretamente a toda a comunidade – de que o motorista não volte a praticar atos semelhantes, ou de que outras pessoas não se sintam tentadas a dirigir como ele, etc. Embora o bem protegido seja individual (a integridade física de uma pessoa) a sua proteção pelo Direito penal se faz na medida em que isso interessa à sociedade.

Quando o direito impõe uma sanção civil ao sujeito que atropelou e feriu gravemente alguém, também está afirmando que os ferimentos da vítima devem ser atribuídos ao motorista, mas seu objetivo é essencialmente recolocar a vítima no estado em que estaria caso o atropelamento não tivesse ocorrido. Para isso, o motorista responsável será condenado a pagar as despesas com hospital, médicos, remédios etc., o valor correspondente ao que a vítima deixou de ganhar porque ficou sem trabalhar e, eventualmente, também um valor para compensá-la pelo dano moral sofrido. A sanção, na responsabilidade civil, consiste, portanto, na reparação pelos danos e esta interessa, em primeira linha, a quem os sofreu, isto é, à vítima. Em um caso como o do exemplo, é apenas indiretamente e de modo eventual que a imposição ao responsável de um dever de indenizar os prejuízos da vítima poderá ter também um efeito de interesse social, como desestimular o motorista ou outras pessoas a dirigir sem cuidado.

³¹ A. Pires, *op. cit.*, p. 51.

O exemplo nos mostra de que modo a intervenção do direito civil e do direito penal encontram justificativas distintas, mesmo quando incidem sobre o mesmo objeto³².

A introdução da idéia de bem jurídico na dogmática do Direito penal ajudou a construir essa distinção. Antes dela, pensava-se, com Feuerbach, que o crime significava uma lesão a um direito subjetivo. Essa perspectiva do direito individual mantinha a vítima presente no conceito de crime e, com isso, tornava menos nítida a separação entre interesse público a ser tutelado pela intervenção penal e interesse privado da vítima a ser objeto de indenização. Essa distinção se torna mais clara quando a idéia de lesão ao direito subjetivo é substituída pela de lesão a um bem: o bem jurídico-penal (com BIRNBAUM, 1834 e BINDING, 1874). Ainda que o conteúdo do bem jurídico-penal tenha continuado por muito tempo individual e concreto (conforme a teoria monista-pessoal do bem jurídico), o delito deixa de depender *somente* da existência de direitos individuais para refletir a proteção de bens que passaram por uma escolha da comunidade a respeito de quais são considerados relevantes e merecem proteção penal. Ou seja, o que passa a importar para o Direito penal, desse ponto de vista, é o vínculo entre a ação e seu "valor social" e não entre ação e suas conseqüências para a vítima. Por essa razão, identifica-se que o estabelecimento do bem jurídico como referência político-criminal e material para o Direito penal é que acabou por marginalizar a vítima e fundamentar uma concepção de pena orientada aos interesses do Estado e da sociedade.³³

Esse processo, que pode ser apontado como uma espécie de "desindividualização" do conceito de crime, torna-se ainda mais acentuado com as mudanças que vêm ocorrendo nos sistemas penais de boa parte dos países ocidentais, em seqüência aos questionamentos do paradigma monista pessoal do conceito de bem jurídico. Trata-se, basicamente, da ampliação do conteúdo do bem jurídico-penal, que passa a abarcar não só bens individuais e concretos (com vítimas definidas), mas bens

³² Essa coincidência de objeto ficou clara na dogmática penal especialmente quando se começou a compreender a unidade do ilícito: a partir daí, ao contrapor ilícito civil e penal não se supõe mais uma divisão da ação antijurídica. A ação é a mesma e recai sobre a mesma coisa. O que há é uma distinção das conseqüências jurídicas que ela terá em cada uma das esferas. É essa a idéia que está por trás da possibilidade que há em nosso Direito de extrair efeitos civis da sentença condenatória, que apontamos na Nota 1.

³³ Cf. Eser, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la victima. Revista de Ciências Penales, n.º 4, 1998, p. 131-152.

coletivos e difusos (como meio ambiente, saúde pública, economia popular etc.). Nesses casos, a identificação de vítimas individuais é bastante difícil, o que fortalece a idéia de proteção a interesses públicos.

Entretanto, disso não decorreu que a fronteira entre o direito penal e o direito civil tenha se acentuado. Em realidade, se analisarmos o "outro lado" da distinção, veremos que a dita vinculação necessária entre proteção a interesses privados e direito civil tem dificuldade de explicar as hipóteses, hoje admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, de responsabilidade civil por danos a interesses difusos. Afinal, trata-se de direitos transindividuais, cujos titulares são pessoas que não se pode determinar. Além disso, os direitos difusos são indivisíveis, o que significa que não podem ser quantificados ou divididos entre os membros da coletividade interessada. Direitos difusos como o direito ao meio ambiente (CF, art. 225, § 3º.) não podem ser considerados interesses privados. O ato do qual resulta a poluição de um rio ou a destruição de uma floresta prejudica não apenas as pessoas diretamente atingidas em sua saúde ou em seus bens, mas a todos e até mesmo as gerações futuras.

O direito brasileiro prevê a responsabilidade civil pela lesão a interesses difusos, por meio de ação civil pública (L. n. 7347/1985), com possibilidade de condenação do responsável a cumprir obrigação de fazer ou não fazer ou a reparar o prejuízo em dinheiro.

Trata-se, portanto, de exemplo em que a responsabilidade civil protege diretamente um interesse social e não um interesse privado.

Além disso, o que se disse acima acerca das aproximações entre as responsabilidades penal e civil com relação ao tipo de resposta e sua finalidade implica também uma alteração no que tange os interesses protegidos.

Com a valorização da vítima e a introdução da reparação como resposta possível do Direito penal, este passa a ter em conta não só o interesse público, mas, pelo menos em alguma medida, também os interesses privados das vítimas.

Por outro lado, na responsabilidade civil punitiva, perseguem-se as mesmas finalidades normalmente atribuídas ao Direito penal. Sendo assim, é possível dizer que, nesses casos, os interesses protegidos pelo Direito civil são os mesmos que o Direito penal normalmente protege, isto é, diretamente interesses públicos.

De modo que, como se vê, diante da realidade do direito brasileiro atual tampouco é possível distinguir as responsabilidades penal e civil com base no critério tradicional do interesse protegido.

III. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO

Finalmente, cabe apontar que ocorrem hoje em dia fenômenos que parecem aproximar as responsabilidades penal e civil de um outro modo, não pela aproximação das sanções, nem pelo interesse que se protege, mas pela adoção de pressupostos de imputação semelhantes.

Há, no âmbito da teoria da imputação penal, algumas discussões atuais, como as relacionadas às teorias da imputação objetiva e ao conceito despsicologizado de culpa proposto por Günther Jakobs, que sugerem aproximações com as formas de imputação do Direito civil e bem poderiam ser analisadas sob esta ótica. Entretanto, este é um estudo que ainda está por fazer, de modo que limitamo-nos aqui a indicá-lo como uma pauta relevante de pesquisa sobre o tema.

Importa-nos, entretanto, apontar outro caso, talvez mais evidente, em que essa aproximação ocorre: isso se dá na discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Esse é um tema atualmente difícil para a dogmática penal: se, de um lado, a empresa passou a ser um centro importante de imputação, pois boa parte das condutas atualmente perseguidas pelo Direito penal são praticadas por intermédio de instituições da vida econômica, por outro, o envolvimento desse novo ator vem impondo sérias dificuldades às fórmulas penais de imputação de responsabilidades baseadas na culpa individual.

Às dificuldades de se individualizar condutas em ambientes de interações complexas organizados sob a forma de pessoas jurídicas vem se respondendo, em boa parte dos sistemas penais, com a adoção da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Imputar responsabilidade a um ente jurídico impõe, entretanto, novos critérios de imputação, que não dependam dos conceitos de ação humana, individual e culpável. Isto significa critérios de imputação diferentes dos tradicionalmente adotados pelo Direito penal. E é nesse momento que, em diferentes sistemas e de formas variadas,

alguns critérios do Direito civil passam a ser utilizados para construir o processo de responsabilização penal.

Tiedemann³⁴, em um estudo comparado sobre a responsabilidade penal de empresas, menciona alguns desses possíveis arranjos. O mais simples deles, adotado por exemplo pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, consiste simplesmente em aceitar a imputação da culpa à pessoa jurídica por um ato praticado pela pessoa física, quebrando o princípio da culpa individual.

Essa é a solução adotada pelo Direito brasileiro. A regra geral do nosso Direito penal – concebida para condutas humanas - é a de que haverá punição apenas daquele que concorrer para o crime, na medida da sua culpabilidade (art. 29 do Código Penal). Entretanto, a lei dos crimes ambientais (9.605/89) aceitou em nosso sistema a possibilidade de se sancionar penalmente a pessoa jurídica. A imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica, dar-se-á, nos termos do artigo 3º. dessa lei³⁵, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade. Isto é, em casos de crimes ambientais, recairá sobre a pessoa jurídica (ainda que tenha se beneficiado por decisão em seu interesse) a pena imputada em razão de um ato cometido por seu representante ou decidido em um dos seus órgãos. Isto é, as conseqüências da pena imposta à empresa (independente da sanção imposta aos autores individuais) serão sofridas por pessoa distinta do autor do ato, pois a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas de seus representantes ou dos votantes em órgãos colegiados. Esse fato que fica evidente se pensarmos na situação de um sócio que foi voto vencido na deliberação societária que decidiu pela execução da ação considerada ilícita e, mesmo assim, ver-se-á atingido, ainda que de forma indireta, pela sanção que penalizará a sua empresa.

Se isso é uma ruptura relevante para o Direito penal, a chamada responsabilidade por fato de terceiro é prática comum quando se trata de responsabilidade civil. Como exemplos disso, podem-se citar os casos do art. 932 do CC: responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores, do tutor e do curador pelos pupilos e curatelados, do

³⁴ *Op. cit.*, p. 796.

³⁵ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”

empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos e dos donos de hotéis, hospedarias e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, por seus hóspedes, moradores e educandos.

Outra possibilidade de estruturar a responsabilização da pessoa jurídica – que não é o da nossa legislação, mas está em discussão em outros países³⁶ - é a idéia de se conceber uma responsabilidade penal própria da empresa, construída a partir de critérios como o do risco criado pela atividade da empresa ou o da vantagem econômica que a empresa obtém de sua atividade delituosa, critérios estes que são tomados de empréstimo da responsabilidade objetiva do direito civil³⁷.

No direito civil, a responsabilidade objetiva, isto é, imputada independentemente da culpa do responsável, não é nenhuma novidade. No direito positivo brasileiro, temos várias leis que a prevêm expressamente, entre elas o CC, que, ao lado de diversos casos específicos, estabelece uma regra geral de responsabilidade sem culpa para atividades que implicam risco por natureza, em seu art. 927, § único³⁸.

Há várias teorias acerca dos fundamentos da responsabilidade objetiva no direito civil. Entre os fundamentos defendidos, destacam-se justamente a idéia de que a responsabilidade deve ser imputada a quem retira proveito ou vantagem do fato causador do dano (teoria do risco-proveito) e a idéia de que a responsabilidade deve ser atribuída ao criador do risco (teoria do risco criado)³⁹

Em suma, o que se vê tanto no caso da legislação brasileira já positivada, como na discussão acerca de uma categoria de responsabilidade própria da empresa, é a aproximação entre as formas de responsabilização penal e civil pela semelhança de seus pressupostos.

³⁶ Os exemplos citados por Tiedemann para a utilização desse critério são: a Lei Federal Suíça de 1990 sobre imposto federal direto e o art. 30 da lei alemão sobre as Ordnungswidrigkeiten.

³⁷ Cf. Tiedemann, *op. cit.*, p. 797.

³⁸ Como exemplos de leis extravagantes que prevêm responsabilidade civil sem culpa, podem-se citar o Dec. n. 2681/1912 (responsabilidade objetiva das estradas de ferro por danos causados a passageiros e proprietários marginais), L. n. 6938/1981 (Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), a L. n. 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), entre outras. No CC, além do citado art. 927, § único, temos os casos dos arts. 932, I, II e III e IV (responsabilidade do pai, do tutor e do curador, do empregador ou comitente e dos donos de hotéis, hospedarias e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, respectivamente) e 936 (responsabilidade do dono ou detentor do animal), entre outros.

³⁹ Sobre os fundamentos da responsabilidade objetiva, cf. F. P. Püschel, Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do CC in *Rev. Direito-GV* 1 (2005), p. 95-100.

O caso da responsabilidade penal da pessoa jurídica é particularmente interessante pois revela uma situação em que o sistema penal realmente não consegue lidar com as demandas que lhes são impostas a partir dos seus instrumentos tradicionais de imputação. E, nesse momento, a insuficiência de suas respostas exigiu que se olhasse para as soluções que vêm sendo adotadas, digamos assim, do outro lado da fronteira.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já se defendeu acima, ao tratar da distinção com base no tipo de resposta e sua finalidade, para enfrentar os desafios que se apresentam hoje às responsabilidades penal e civil é preciso partir do pressuposto de que a distinção entre elas não é ontológica sob nenhum dos pontos de vista abordados neste texto.

Em realidade, o que procuramos fazer aqui de maneira breve foi justamente apontar como esse modo de compreender a questão não responde ao que vem acontecendo hoje com as fronteiras que foram tradicionalmente utilizadas para separar o civil do penal. Elas vêm sendo, como vimos, alteradas em diversos sentidos, o que coloca em xeque a idéia de uma distinção ontológica entre elas.

Embora essa afirmação pareça hoje trivial, ela foi por muito tempo o objeto de preocupação de filósofos e juristas que se lançaram à investigação das diferenças essenciais entre o ilícito civil e o ilícito penal, a sanção civil e a sanção penal e, conseqüentemente, a responsabilidade civil e a penal. O esforço de naturalização do crime e do criminoso acompanhou o nascimento do saber penal moderno e da criminologia e embora seu fundamento já tenha sido teoricamente questionado e superado, continuamos a pensar e agir como se houvesse tais diferenças naturais a apartar os âmbitos da responsabilidade civil e penal⁴⁰.

Diante da complexidade dos problemas que o sistema jurídico é instado a enfrentar hoje em dia, parece-nos fundamental a possibilidade de discutir o problema da responsabilização de maneira aberta, podendo-se transitar mais livremente entre as soluções adotadas em diferentes esferas, testá-las, avaliar sua adequação para o tratamento de determinados problemas e combiná-las entre si, sem os limites das

⁴⁰ A. Pires, *op. cit.*, p. 12.

divisões rígidas estabelecidas entre as esferas de responsabilidade penal, civil e administrativa. Se isso já vem acontecendo de maneira por vezes tímida, por vezes velada em nosso sistema jurídico, entendemos necessário que a dogmática – tanto civil, como penal - enfrente essas questões de uma vez por todas.

O que se sugere não é o fim da autonomia dos direitos penal e civil, mas a adoção de uma perspectiva que encare a distinção não como natural, mas como uma construção social e que, dessa forma, permita que ela seja também objeto de um debate mais amplo sobre os processos e as formas de responsabilização em nossa sociedade. Para isso, talvez seja mais interessante levar em conta não o que as separa, mas o que essas duas formas de responsabilidade têm em comum.

Se tivermos em mente que tanto a responsabilidade penal quanto a civil são práticas sociais por meio das quais se estrutura o fluxo infinito dos acontecimentos, para atribuir determinados fatos a uma pessoa como consequência de uma ação ou omissão sua, isto é, se tivermos em mente que, tanto as normas de imputação penal quanto as civis, têm o papel de interromper o fluxo infinito dos acontecimentos – um novelo confuso de múltiplas relações de causalidade – em um ponto determinado, para atribuir a uma pessoa – o responsável – um certo fato e suas consequências⁴¹, será possível abrir o sistema jurídico para soluções novas e criativas que dêem conta dos problemas contemporâneos da responsabilidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, vol. I, 8^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ANCONA LOPEZ, Teresa. *O dano estético*, 3^a. ed., São Paulo: RT, 2004.

BENEDETTI, Juliana C. A Justiça Restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva, in *Rev. Direito-GV*, n. 2, p. 209-216, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, São Paulo: RT, 1999.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*, Paris: L.G.D.J., 1995.

⁴¹ Cf. K. Günther. *Responsabilização na sociedade civil*, in *Novos Estudos* 63 (2002), p. 108-109.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Revista de Ciências Penales*, n. ° 4, 1998, p. 131-152.

GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, 1982.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos, CEBRAP*, São Paulo, n.63, p.105-118, julho, 2002.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. cor. Tradução: Joaquin C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997

JEOVÁ SANTOS, Antônio. *Dano moral indenizável*, 4ª. ed., São Paulo: RT.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4a. ed. Granada: Ed. Comares, 1993.

LESCH, Heiko. *La función da pena*. Madri: Dykinson, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação, in J. Martins-Costa (org.). *A reconstrução do Direito privado*, São Paulo: RT, 2002, p. 408-446.

ROXIN, Claus. Pena y reparación. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pags. 5-16.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: ESER, Albin et all. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p. 139-140.

PIRES, A.P. DEBUYST, Ch. DIGNEFFE, F. Les savoirs sur le crime et la peine. Vol. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Bruxelles, De Boeck Université (co-édition avec les Presses de l'Université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa), 1998.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Rev. Direito-GV*, n. 1, p. 91-107, 2005.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris: L. Rodstein, 1947.

THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*, 4ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

