

NATUREZA DA REPARAÇÃO DE PERDAS E DANOS  
ARBITRADA EM PROCESSO PENAL

por Luís Nunes de Almeida (\*)

I

INTRODUÇÃO

A. *Razão de ordem*

Sendo o pedido de indemnização por perdas e danos emergente de facto criminoso normalmente feito no processo em que corre a acção penal, levanta-se o problema de saber se a reparação arbitrada tem natureza civil ou natureza penal, e se, portanto, o lesado poderá ir posteriormente solicitar, junto do tribunal cível, uma alteração do montante da indemnização concedida no tribunal criminal.

É esta a questão que procuraremos analisar, tendo em conta não só os argumentos invocados pelos defensores das diversas soluções em causa, mas também as disposições do novo Código Civil, que a este assunto se possam aplicar.

---

(\*) Prémio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968. O autor era, então, aluno do 5º ano da Faculdade de Direito de Lisboa.

## B. *Indicação de sequência*

Começaremos por fazer uma breve enunciação geral do problema, indicando os diversos sistemas de relações entre a acção civil e acção penal e a sua influência no modo de encarar a natureza da reparação de perdas e danos. Seguidamente, debruçar-nos-emos sobre a realidade legislativa portuguesa, comentando as doutrinas até agora defendidas e trazendo à discussão o novo Código Civil de 1966.

## II

### ENUNCIÇÃO GERAL DO PROBLEMA

#### § 1.º

#### RELAÇÕES ENTRE A ACÇÃO PENAL E A ACÇÃO CIVIL

### A. *Os sistemas legislativos típicos*

Três sistemas de relações entre a acção civil e a acção penal emergentes dum mesmo facto criminoso têm sido consagrados nas diversas legislações.

1. Numa fase legislativa primária, em que a punição do delinquente seja ainda entendida como uma mera satisfação a conceder ao lesado, deixando na sombra o interesse social na repressão e prevenção dos crimes, vigorará o chamado sistema da *confusão total* entre a acção penal e a acção civil.

Na verdade, o fim do processo visará em qualquer caso a satisfação do ofendido, e isto quer essa satisfação se traduza numa indemnização ou numa pena infligida ao agente da lesão.

2. Outro sistema possível é o da *independência absoluta* entre a acção civil e a acção penal.

A favor deste sistema aduzem-se vários argumentos citados por Cunha Gonçalves e reproduzidos pelo Prof. Vaz Serra (no *Boletim do Ministério da Justiça*, 91, pp. 156 e 157):

- a) as duas responsabilidades (penal e civil) têm fundamentos diferentes;
- b) os critérios para apreciação da responsabilidade são também diversos, sendo na responsabilidade criminal precisa a imputabilidade moral do delinquente, coisa que na responsabilidade civil não tem a mesma importância;
- c) o objecto das sentenças é distinto, pois na sentença criminal pune-se o delinquente na sua pessoa, e na sentença civil é ele condenado a indemnizar com os seus bens;
- d) a acção penal compete ao Ministério Público, sendo dispensável que o lesado se constitua parte acusadora, ao passo que a acção civil tem de ser intentada pelo lesado;
- e) a acção penal só pode ser movida contra o réu, enquanto que a acção civil tem natureza patrimonial, podendo a obrigação ser exigida aos herdeiros e a convedores solidários sem responsabilidade criminal;
- f) a acção penal, com o seu ambiente sentimental, pode perturbar a serena apreciação dos factos;
- g) se o lesado se contenta com a indemnização, não há necessidade de o obrigar a colaborar com o Ministério Público na acusação, ou a acusar um crime particular.

Neste sistema de independência absoluta, o lesado deverá recorrer à jurisdição civil, para obter a indemnização de perdas e danos, que em caso algum será arbitrada em processo penal.

3. Finalmente, muitas legislações consagram o sistema da *interdependência*, que pode ser mais ou menos acentuada, e que se traduz na possibilidade ou obrigatoriedade de fazer aderir a acção civil à acção penal.

Os argumentos invocados a favor deste sistema baseiam-se em <sup>(1)</sup>:

---

<sup>(1)</sup> Prof. Vaz Serra, no *B. M. J.*, 91, p. 156.

- a) a acumulação ter a vantagem da economia processual;
- b) a indemnização servir como adjuvante de pena criminal;
- c) a parte lesada, intervindo no processo penal, poder auxiliar a acção do tribunal criminal;
- d) o juiz civil não estar muitas vezes em tão boas condições para avaliar o dano moral como o juiz criminal;
- e) muitos lesados não terem meios para demandar a indemnização no juízo cível;
- f) o processo penal ser simples, rápido e mais inacessível a tricas forenses.

Quando nos encontramos perante um sistema de interdependência, costuma-se falar no *processo de adesão* da acção civil à acção penal.

## B. *Os sistemas adoptados nalgumas legislações estrangeiras*

Iremos agora, muito rapidamente, apontar os sistemas adoptados por algumas legislações estrangeiras.

1. O sistema da independência absoluta é o consagrado na Inglaterra e nos Estados Unidos. O lesado deve requerer a indemnização junto da jurisdição civil, limitando-se o tribunal criminal a aplicar as penas e medidas de segurança. Em caso nenhum, portanto, a acção penal e a acção civil se coordenam no mesmo processo.

Sistema idêntico vigorou na Alemanha entre 1877 e 1943.

Apenas nalguns casos especialmente previstos, em que as normas de Direito Criminal concediam uma indemnização pelos danos emergentes do crime («Busse»), se verificava a existência duma reparação arbitrada em processo penal; mas esta indemnização deveria ser sempre requerida pelo lesado, e se este dela prescindisse, não ficava inibido de pedir a indemnização de perdas e danos no tribunal civil.

2. Quanto ao processo de adesão, é hoje adoptado em muitos países, entre os quais a Alemanha, a França e a Itália.

Na Alemanha desde a «Strafprozessordnung» de 1943 que o lesado ou os seus herdeiros podem apresentar o pedido de indemnização por perdas e danos, emergente dum crime, junto do tribunal civil ou junto do tribunal criminal onde corre a acção penal.

Vigora, pois, o princípio da alternatividade ou da opção, que consiste na possibilidade de o lesado recorrer, indistintamente, à jurisdição civil ou à jurisdição penal, conforme quizer.

Também em França se adopta o sistema do processo de adesão conjugado com o princípio da alternatividade. Simplesmente, sendo a acção civil intentada em separado, ficará suspensa até que o tribunal criminal pronuncie decisão definitiva relativa à acção penal, proposta antes ou durante o decurso da acção civil («le criminel tient le civil en état»).

Na Itália vigora sistema idêntico ao francês: processo de adesão, princípios da alternatividade ou da opção e do «le criminel tient le civil en état».

### C. *O sistema do Código de Processo Penal português de 1929*

Analisemos agora a lei portuguesa, a fim de descortinar qual o sistema por ela adoptado.

Segundo o art. 29 do C.P.P. de 1929 «o pedido de indemnização por perdas e danos resultantes de um facto punível, por que sejam responsáveis os seus agentes, deve fazer-se no processo em que correr a acção penal e só poderá ser feito separadamente em acção intentada nos tribunais civis nos casos previstos neste Código». Por outro lado, o art. 2 373 do Código de Seabra dispunha que «a indemnização civil conexas com a responsabilidade criminal, nos termos dos arts. 2 382 a 2 392, será exigida no competente processo criminal. Em quaisquer outros casos, as duas responsabilidades podem ser exigidas separadamente». Datando a redacção deste artigo de 1930, levanta-se o problema de saber se através dele pretendeu o legislador revogar o art. 29 do C.P.P. A doutrina manifesta-se no sentido

de considerar que o legislador de 1930 apenas pretendeu confirmar o disposto na lei processual. Na verdade, acentuava Cunha Gonçalves, os casos previstos nos arts. 2 382 a 2 392 e mencionados no art. 2 373 eram afinal todos os de responsabilidade civil conexas com a criminal.

Portanto, fora dos casos expressamente previstos no próprio Código de Processo Penal (e era a esses que se referia o art. 2 373 «in fine» do Código Civil), o art. 29 impõe a adesão da acção civil à acção penal. Isto é, não vigora no nosso Direito o princípio da alternatividade ou da opção, mas sim o da dependência processual (obrigatoriedade de formular o pedido de indemnização por perdas e danos no mesmo processo em que é julgada a acção penal).

No Código da Estrada está prevista uma adesão ainda mais funda entre acção civil e acção penal, pois o art. 67 preceitua que nos processos penais poderão ser chamadas a intervir as pessoas só civilmente responsáveis pelo facto imputado ao arguido.

Pelo contrário, em relação aos crimes particulares e quase-públicos, dispõe o art. 30, § 1.º do C.P.P., que a acção civil pode ser livremente intentada enquanto não tiver sido instaurado processo penal, mas por esse facto ficará automaticamente extinta a acção penal. Condescende-se assim, nestes casos, de certo modo, com o princípio da opção.

Os outros casos em que se permite o pedido de indemnização em separado são os do art. 30 e seu § 2.º e os do art. 33:

- a) sendo o crime público, se a acção não for exercida pelo Ministério Público no prazo de seis meses depois da participação em júízo;
- b) estar o processo penal sem andamento durante seis meses;
- c) sendo o crime particular ou quase-público, estar o processo sem andamento, durante seis meses, sem culpa da parte acusadora;
- d) ter sido o processo arquivado;
- e) ter sido o réu absolvido no processo penal;
- f) extinguir-se a acção penal antes do julgamento.

## § 2.º

NATUREZA PENAL OU NATUREZA CIVIL DA REPARAÇÃO DE PERDAS  
E DANOS ARBITRADA EM PROCESSO PENALA. *Análise das legislações estrangeiras que estabelecem o processo de adesão*

Tentaremos agora descortinar se nas diversas legislações estrangeiras que adoptam o processo de adesão, a reparação de perdas e danos assume natureza civil ou natureza penal.

Pela lei alemã, no processo de adesão continuam a ser observados os princípios fundamentais informadores do processo civil. Exige-se, assim, um pedido do lesado; este pedido tanto pode consistir numa pretensão a uma indemnização por perdas e danos como a qualquer outra satisfação jurídico-patrimonial; finalmente, o critério de avaliação dos danos é o critério civil, não havendo qualquer regulamentação especial para a avaliação de danos em processo penal. Consequentemente, compreende-se que a condenação na reparação assuma efeitos de caso julgado civil, parecendo até de certo modo absurdo que se permita que o lesado, quando o seu pedido não seja integralmente satisfeito, possa recorrer à jurisdição civil.

Em conclusão, parece que no direito alemão o «arbitramento, no processo penal, de uma reparação pecuniária correspondente ao pedido do lesado, constitui um verdadeiro efeito civil da acção penal» (2).

O mesmo acontece, aliás, no direito francês. As regras civis (quer substanciais, quer processuais) continuam a ser integralmente respeitadas (necessidade do pedido, existência efectiva de dano, critério civil de avaliação do dano), pelo que o pedido de reparação, uma vez apreciado pelo tribunal criminal, já não pode ser apresentado ao tribunal civil para eventual correcção.

---

(2) Dr. Figueiredo Dias: *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*, p. 15.

Também no sistema italiano, a acção de indemnização por perdas e danos mantém a sua natureza civil quando adere à acção penal. Exige-se o prévio pedido do lesado, o juiz não pode condenar «ultra petitem» e o autor civil conserva todos os poderes de disponibilidade sobre a acção que lhe são concedidos pelo processo civil. A decisão do tribunal criminal assume assim a força do caso julgado civil, no que respeita à apreciação do pedido de indemnização por perdas e danos.

Parece pois que, nestes sistemas em que o processo de adesão se combina com o princípio da alternatividade, a reparação arbitrada em processo penal mantém a sua natureza civil.

### B. *A concepção da escola positivista italiana*

Cabe agora recordar a concepção dos positivistas italianos sobre as relações entre reparação do dano e delito. Na verdade, num momento em que se defendia que ao direito penal interessava fundamentalmente a aplicação duma pena ao delinquente como meio de protecção social, considerando-se secundária a reparação do dano ao lesado e remetendo-a assim para os quadros do direito civil, veio a escola positivista italiana, com destaque para Ferri, apresentar uma nova visão do problema.

A indemnização de perdas e danos devida em virtude de facto criminoso, não deveria ser encarada como mero direito do ofendido mas também, e primacialmente, como meio de defesa social.

Considerava Ferri que o dano privado era efeito necessário de qualquer delito e, como o delito pertencia ao direito público, a sanção reparatória teria também carácter público e seria função do Estado como as outras formas de prevenção e repressão do delito. Não haveria assim distinção fundamental entre sanção reparatória e pena, devendo o Ministério Público tomar a iniciativa de requerer a reparação do dano privado mesmo que o lesado a não tivesse pedido. A indemnização de perdas e danos emergente dum facto criminoso assumiria assim função e natureza penais.

A doutrina de Ferri influenciou algumas legislações, nomeadamente a mexicana, em cujo Código Penal se declara que a

«reparação do dano formará sempre parte integrante da sanção» e que «a reparação do dano forma parte de toda a sanção proveniente de um delito e consiste na obrigação que o responsável tem, de fazer: 1.º a restituição; 2.º a restauração; 3.º a indemnização».

Entendendo-se assim que a reparação arbitrada em processo penal tem natureza pública, pode muito bem acontecer que ela não venha a coincidir com a indemnização que seria concedida pelo tribunal civil. Pode-se, portanto, estabelecer que a decisão judicial que arbitra a reparação não constitua caso julgado civil, permitindo-se ao lesado que posteriormente venha a exercer o seu direito de acção civil, se não se considerar satisfeito.

Aliás, já anteriormente à doutrina de Ferri, nalgumas legislações se consagrava um sistema deste tipo, como é o caso da Áustria e da Noruega (\*).

### III

## NATUREZA E EFEITOS DA REPARAÇÃO DE PERDAS E DANOS À FACE DO DIREITO PORTUGUÊS

### § 1.º

#### AS TENDÊNCIAS GERAIS DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

##### A. *Generalidades*

Na sua maioria esmagadora, entende a doutrina portuguesa que a acção de indemnização conexas com a acção penal mantém a sua natureza civil. Daí que se conclua pela impossibilidade de promover a acção civil depois de fixado pelo tribunal criminal o montante da indemnização, devido às regras vigentes sobre caso julgado.

---

(\*) Acerca dos assuntos que tratámos até agora, baseámo-nos fundamentalmente nos trabalhos citados dos Drs. Vaz Serra e Figueiredo Dias.

Na jurisprudência apontam-se soluções contraditórias, tendo-se já admitido que a reparação arbitrada em processo criminal tivesse natureza e efeitos penais. É de notar, porém, que nos acórdãos que nos foi dado analisar, se julgavam casos em que ao lado do responsável civil que cometera o facto criminoso apareciam co-responsáveis solidários só civilmente demandáveis. Ora, neste caso, o problema torna-se muito mais complexo, levantando-se muitas dúvidas a que o Prof. Vaz Serra procura responder na sua monografia sobre *Tribunal competente para aprecação da responsabilidade civil conexas com a criminal* (no *B.M.J.*, 91)

Mas esta última hipótese não será por nós considerada, no âmbito deste trabalho.

## B. *Teses favoráveis à natureza civil da reparação de perdas e danos*

1. O Prof. Cavaleiro de Ferreira (*Direito processual penal*, I) entende que nos casos do art. 29 do C.P.P. a acção cível se integra na acção penal, sendo a sua natureza de algum modo contaminada pela natureza desta.

Passando à interpretação do § 2.º do art. 34 do C.P.P. que dispõe que «o quantitativo da indemnização será determinado segundo o prudente arbítrio do julgador, que atenderá à gravidade da infracção, ao dano material e moral por ela causado, à situação económica e à condição social do ofendido e do infractor», considera o Prof. Cavaleiro de Ferreira que se deve entender esta disposição como regra geral para a fixação da indemnização por responsabilidade civil conexas com a criminal, pois seria ilógico que essa fixação dependesse de princípios de ordem processual.

Sendo, pois, qualquer que fosse o tribunal competente, idêntico o critério de avaliação do dano, afirma o Prof. Cavaleiro de Ferreira que se deve admitir o «caso julgado quanto ao conteúdo da indemnização fixado em processo penal».

2. O prof. Gomes da Silva também se manifesta favorável à tese que concede efeitos civis à decisão que arbitra em processo penal uma reparação de perdas e danos.

Sustentando que o art. 34, § 2.º tem carácter civil, assinala aquele professor que «a reparação civil, mesmo nos casos de responsabilidade civil conexa com a criminal, tem natureza e fundamentos civis, pois doutro modo não seria admissível sem estar provada a infracção penal». (*O dever de prestar e o dever de indemnizar*, p. 113). Saliem-se assim todos os casos em que a acção civil não acompanha a acção penal (por exemplo porque a esta foi posto termo em virtude da morte do criminoso), mas em que no entanto nada, lógicamente, pode levar a que se não apliquem as regras do art. 34, § 2.º. E daqui se infere que o fundamento da acção civil não pode ser o da aplicação duma sanção reparatória, de natureza penal.

3. Já o Prof. Gomes da Silva entendia que, tendo o § 2.º do art. 34 fundamento essencialmente civil, podia e devia ser interpretado extensivamente de molde a poder ser aplicado, na parte referente ao dano moral, a toda a responsabilidade civil.

Mas o Doutor Pereira Coelho (*Culpa do lesante e extensão da reparação*, na *Revista de Direito e Estudos Sociais*, VI, p. 84 e ss.), na sua interpretação vai ainda mais longe.

Considerando que os critérios de avaliação do dano constantes do Código de Processo Penal podem levar ao arbitramento duma indemnização maior ou menor do que se se applicassem os critérios da pura responsabilidade civil, defende que:

- a) por razões próprias da responsabilidade civil conexa com a criminal, aqueles critérios do Código de Processo Penal não são applicáveis à responsabilidade civil em geral quando levarem à atribuição de uma indemnização maior do que a prevista pela pura responsabilidade civil;
- b) mas que, pelo contrário, quando levarem ao arbitramento duma indemnização menor, por maioria de razão se devem aplicar a todos os casos de responsabilidade civil.

Concede assim, o Doutor Pereira Coelho, uma relevância elevadíssima ao grau de culpa quanto à fixação da reparação de perdas e danos.

Em conclusão, quer o Prof. Gomes da Silva, quer o Doutor Pereira Coelho, atribuindo natureza civil à reparação arbitrada em processo penal, reconhecem implicitamente que a sua aplicação pelo tribunal criminal impede uma nova avaliação por tribunal civil, sem o que se cairia na violação de caso julgado.

## § 2.º

### A POSIÇÃO DO DR. FIGUEIREDO DIAS

#### A. *Crítica geral à doutrina da natureza civil*

Em opposição às teses atrás expendidas, e que com algumas variantes se identificam no sentido de considerar que a reparação arbitrada pelo tribunal criminal é idêntica à que seria arbitrada pelo tribunal civil, encontramos a posição do Dr. Figueiredo Dias.

Começa este autor por afirmar que do facto de se exigir que o pedido de indemnização civil seja produzido em processo penal, não se pode retirar a conclusão de que também é civil a reparação arbitrada nesse processo; a natureza civil do pedido não implicaria a natureza civil da reparação, pois esta não seria obrigatoriamente o resultado da decisão sobre aquele, Afirma o Dr. Figueiredo Dias:

«... em homenagem a certos valores a lei faz com que o pedido adira, como regra, à acção penal; mas é perfeitamente possível que, em homenagem a valores diversos daqueles, a reparação arbitrada represente coisa diferente — algo mais ou algo menos — de uma pura e simples apreciação do pedido e que, justamente por isso, ela tenha natureza diferente».

O § 2.º do art. 34 não se applicaria assim a todos os casos de responsabilidade civil conexas com a criminal, mas só às hipóteses de reparação arbitrada em processo penal.

Esta construção apresenta-se-nos difficil. Ou a lei estabelece que ao ofendido será arbitrada uma quantia, independentemente de qualquer referênciã à acção civil, como medida de sanção penal e então aceitamos que essa attribuição pecuniária (que só difficilmente se poderá cognominar de reparação) tenha sempre e só natureza criminal; ou preceitua que o pedido de indemnização civil deve ser produzido no processo penal, afirmando que ao lado da acção penal existirá a ella intimamente ligada uma acção civil e nesse caso não podemos comprehender que lhe seja attribuída tal natureza.

Se o pedido tem natureza civil e a reparação arbitrada não tem carácter de decisão sobre elle, é porque lhe é estranha; então pergunta-se: por que razão impõe a lei que o pedido seja formulado no processo penal?

Adoptando a posição do Dr. Figueiredo Dias, a nosso ver, duas soluções se podem seguir: ou a reparação tem pura natureza penal e o lesado poderá sempre pedir a indemnização no tribunal civil depois do processo criminal, possibilitando-se assim que este venha a beneficiar duma reparação em duplicado; ou se defende que elle só poderá deduzir o seu pedido junto da jurisdição civil quando a reparação arbitrada o não satisfizes completamente e levando-se em conta a indemnização já attribuída pela instância criminal.

Esta segunda solução, que é adoptada pelo Dr. Figueiredo Dias, só seria justificável (embora aquelle autor não aduza este argumento) pela applicação dos princípios do enriquecimento sem causa, já que lhe estaria vedada a hipótese de reconhecer quaisquer efeitos civis à reparação arbitrada, pois isso implicaria immediatamente a applicação das regras relativas ao caso julgado. Mas esta tese entraria em contradicção consigo própria, pois assentando no pressuposto de que a reparação total nunca poderia ser superior (sem o que se violariam os princípios do enriquecimento sem causa) nem inferior à pura indemnização civil, viria afinal de contas a negar qualquer relevância à distincção. Por outro lado, deixaria injustificados os casos em que pretende que a reparação arbitrada em processo penal, de acordo com as regras do art. 34, § 2.º, seria superior à indemnização

atribuída ao lesado segundo os princípios da pura responsabilidade civil.

Mas, para além de todas estas considerações, parece-nos que a própria interpretação sistemática nos deve levar a repudiar a tese da natureza penal da reparação de perdas e danos.

Se o legislador se refere a *acção civil* é porque concede tal natureza à apreciação do pedido de indemnização produzido em processo penal, e nada poderá legitimar posição oposta.

É preciso não confundir função repressiva conjugada com função reparadora, que é própria da responsabilidade civil conexa com a criminal, como salienta o Doutor Pessoa Jorge (*Lições de direito das obrigações*, ed. Ass. Acad. Fac. Dto. Lisboa, 1966-67, p. 509), com natureza penal da reparação de perdas e danos. O facto de a indemnização poder exercer, em relação ao delinvente, uma função punitiva não implica que em relação ao lesado não exerça uma função reparadora; e esta, tem natureza e efeitos civis.

Entende, por outro lado, o Dr. Figueiredo Dias que

«se no processo penal se juntassem as duas acções, civil e penal, sem aquela perder em qualquer momento a sua natureza, então, embora a acção penal não chegasse ao fim ou não fosse considerada procedente, o juiz penal deveria continuar a apreciar a acção civil que no mesmo processo se discutia e que em nada devia ser afectada pelo inóxito da acção penal».

Não nos parece que esta conclusão seja aceitável. Na verdade, não seguindo a acção penal, desaparecem os motivos que levam a que a acção civil seja julgada pelo juiz criminal, passando consequentemente a ser apreciada pelo tribunal normalmente competente: o civil.

#### B. *Desrespeito pelos princípios da acção civil*

Após aquela crítica, de carácter geral, à doutrina da natureza civil, procura o Dr. Figueiredo Dias demonstrar através dos textos legais que entre a reparação arbitrada em processo penal e a indemnização civil de perdas e danos existem fundas diferenças só justificáveis pela diversa natureza de ambas.

Começa, assim, por fazer notar que, ao contrário do que acontece noutros países onde se adoptou o processo de adesão (França, Itália e Alemanha), entre nós a acção civil inserta no processo penal não se rege essencialmente pelas regras do direito substantivo e processual civil.

E aponta:

- 1) O art. 34 do Cód. Proc. Penal não prevê em geral a possibilidade de transacção, que apenas é referida a propósito dos crimes particulares, no art. 31;
- 2) Pelo contrário, admite-se o arbitramento da reparação sem ou mesmo contra a vontade do lesado;
- 3) Admite-se o arbitramento da reparação a quem não seja parte no processo;
- 4) Finalmente, o art. 34 impõe ao juiz o arbitramento da reparação ainda quando lhe não tenha sido requerida, contrariando um princípio essencial do processo civil: o da necessidade do pedido.

Demonstradas estas divergências, conclui o Dr. Figueiredo Dias que

«mal se vê, com isto, como possa pretender-se que a acção civil não perdeu a sua natureza quando aderiu à penal e que a reparação arbitrada é o resultado de uma decisão em coisa cível».

Na verdade, a viragem legislativa neste campo, operada em 1929, já que anteriormente a nossa legislação consagrava um sistema em que se respeitavam os princípios do processo civil, teria sido consequência da adopção das ideias de Ferri, encarecendo-se assim a reparação como efeito penal da condenação.

A isto parece-nos que se pode observar:

- 1) O facto de o art. 34 não prever expressamente a possibilidade de transacção não quer significar que ela se não mantenha, por aplicação dos princípios do processo civil; se foi feita expressa referência à transacção no art. 31, a propósito dos crimes particulares, foi para lhe consignar um efeito especial: o de impedir o prosseguimento da acção penal; não se

- pretende restringir, porém, a estes casos, a aplicação daquele instituto;
- 2) Nada nos parece exigir que seja atribuída a reparação contra a vontade do lesado. O que se impõe é que a reparação seja arbitrada mesmo que ele a não requeira, mas nada obsta a que o ofendido venha a tribunal renunciar à indemnização;
  - 3) As duas últimas observações do Dr. Figueiredo Dias são absolutamente pertinentes. No entanto, os desvios apontados justificam-se pela especial função que é atribuída à responsabilidade civil conexas com a criminal (uma função repressiva ao lado da função reparadora) e que de modo algum se pretende negar; mas isso não invalida que produza efeitos civis na medida em que também exerce a função reparadora.

C. *A reparação arbitrada em processo penal pode ser superior à que seria atribuída segundo os puros critérios da responsabilidade civil*

Procura o Dr. Figueiredo Dias demonstrar que a reparação penal é quantitativamente diferente da indemnização civil, começando por salientar os casos em que a reparação penal seria superior à indemnização civil.

Partindo do princípio que havendo condenação penal deverá sempre ser automaticamente arbitrada uma reparação, assinala que nos casos em que não houver dano civilmente relevante, o lesado vem a beneficiar duma indemnização que não pode ter natureza civil.

O que nos parece discutível é a premissa de que parte o Dr. Figueiredo Dias. Baseia-se no art. 34, que estipula: «O juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que lhe não tenha sido requerida», e no art. 450, n. 5: «a sentença condenatória deverá conter: a condenação na pena aplicada, na indemnização por perdas e danos e imposto de justiça».

Daqui, segundo nos parece, não se pode inferir que a reparação de perdas e danos constitua efeito necessário da condena-

ção. Se a lei se refere a «perdas e danos», evidentemente que será ilógico arbitrará-la quando essas «perdas e danos» não existirem.

Outro caso citado pelo Dr. Figueiredo Dias, seria o das hipóteses em que no Direito Civil deveria ser atribuída relevância negativa à causa virtual.

Pressuponha-se, pois, «uma concorrência de processos ou de séries causais. Simplesmente, um dos processos atingiu o seu termo e produziu realmente o efeito de que se trata; o outro, tê-lo-ia justamente produzido se por hipótese (hipótese que não se verificou) o primeiro não tivesse tido lugar» (4).

É este último processo que se denomina «causa virtual».

Ora, pode acontecer que o direito civil estabeleça que a existência de causa virtual impede a adstrição do agente da causa real a indemnizar o lesado.

Segundo o Doutor Pereira Coelho, à face do Código Civil de 1867, só era concedida relevância negativa à causa virtual nos casos dos arts. 496 e 1 731. Hoje, em dia, porém, e segundo a nossa opinião, foi concedida relevância negativa à causa virtual, de modo genérico, pelo art. 563 do novo C. C.: «A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão» (5).

Não nos parece, porém, que este problema nos venha prejudicar, na medida em que, como já atrás afirmámos, a reparação só será arbitrada em processo penal quando couber indemnização por perdas e danos. Nestes casos, portanto, o juiz abster-se-á de atribuir qualquer quantia ao lesado.

D. *A reparação arbitrada em processo penal pode ser inferior à que seria atribuída segundo os puros critérios da responsabilidade civil.*

---

(4) Dr. Pereira Coelho: *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, p. 9.

(5) Contra, Profs. Pires de Lima & Antunes Varela: *Código Civil anotado*, que só admitem a relevância negativa da causa virtual nos casos dos arts. 807, n. 2; 491; 492, n. 1 e 493.

Mas, sustenta o Dr. Figueiredo Dias que são diferentes os critérios de avaliação da reparação penal e da indemnização civil, podendo acontecer que o montante daquela seja inferior à quantia a que esta ascenderia.

Sendo assim, a reparação arbitrada em processo penal não cumpriria «as funções que à indemnização são atribuídas pelo direito civil».

Começa o Dr. Figueiredo Dias por salientar que o critério civil para determinação da indemnização se baseie na teoria da diferença: o lesante deve repor o lesado na situação em que este se encontraria se não tivesse sido praticado o acto danoso. Isto no que respeita a danos materiais, porquanto no respeitante a danos morais, se procuraria «determinar uma quantia capaz de possibilitar ao lesado prazeres e alegrias que compensem os danos morais causados», o que vem a revestir a mesma finalidade da teoria de diferença. De qualquer modo, o critério fundamental, senão único, de avaliação seria o *critério do dano*.

Pelo contrário, em relação à responsabilidade penal, vigoriaria o *princípio da culpa*, segundo o qual «não há pena sem culpa e a pena não pode ultrapassar a medida da culpa».

Ora, estabelecendo o art. 34, § 2.º, que «o quantitativo da indemnização será determinado segundo o prudente arbítrio do julgador, que atenderá à gravidade da infracção, ao dano material e moral por ela causado, à situação económica e condição social do ofendido e do infractor», isto é, atendendo em primeira linha à gravidade da infracção, que é avaliada em função do princípio da culpa, seria este princípio o principal índice para a avaliação de reparação arbitrada em processo penal.

Este argumento, parece-nos prejudicado pelo facto de, no momento em que surgiu o Código de Processo Penal, não vigorar ainda no nosso Direito Penal o princípio da culpa. A gravidade da infracção, no domínio do Código Penal de 1836 e antes da lei de 1954, dependia fundamentalmente do dano causado.

Na verdade, dispondo do art. 88 que, «quando for aplicável qualquer pena temporária (de duração variável entre o máximo e mínimo fixados por lei), o juiz fixará na sentença condenatória a duração dessa pena dentro do máximo e do mínimo legais,

tendo em atenção a gravidade do crime», e não havendo preceito idêntico ao actual art. 84 que avalie a gravidade do delito em função da culpabilidade do agente, a lei penal, como afirma o Prof. Cavaleiro de Ferreira (*Direito penal*, II, p. 279)

«admitia que a individualização judicial na aplicação da pena, através da graduação, se faria pela concretização dos elementos objectivos e subjectivos que entram na estrutura do crime, consoante fosse definido na norma incriminadora».

Ora, como também salienta o Prof. Cavaleiro de Ferreira (*Direito penal*, II, p. 271),

«no Código Penal português a formulação das incriminações atenta sobretudo no dano causado, no aspecto objectivo do ilícito; a determinação da pena aplicável, em abstracto, na parte especial do Código, não introduz suficientemente na estrutura das espécies de crimes, aspectos gerais da culpabilidade».

No mesmo sentido, aliás, se pode argumentar com o relatório do projecto da lei de 1884, em que a certa altura se afirma:

«A punição é equivalente à reparação e esta não pode por sua natureza deixar de equivaler ao dano, donde provém que a gravidade da punição é correlativa à gravidade do dano.»

Em suma, o legislador do Código de Processo Penal de 1929, quando se referia no art. 34, § 2.º à gravidade da infracção, não pensava em qualificar esta segundo o princípio da culpa, mas sim segundo o critério do dano, devendo aquele preceito legal ser interpretado neste sentido.

Mantém-se, porém, o problema em relação àqueles casos em que a própria norma incriminadora leva em conta o elemento subjectivo, como parece ser o caso do dano meramente culposo previsto no art. 482 do C. Penal. Nestas hipóteses, de facto, poderá acontecer que o juiz venha a arbitrar ao lesado «uma reparação em muito inferior ao dano civil produzido, em virtude da pequeníssima gravidade da infracção». De qualquer modo, nestes casos poderá o juiz conceder uma indemnização proporcionalmente superior à gravidade da infracção, ao abrigo do art. 34, § 2.º, que lhe permite atender ao dano material causado.

Reconhece, porém, o Dr. Figueiredo Dias, que na moderna doutrina civilista se tende a pôr em correlação o dano com a culpa do lesante, concedendo-se à responsabilidade civil uma função repressiva e intimidativa, também própria da responsabilidade penal.

Se em relação à pura responsabilidade civil, só agora esta doutrina começa a ser aceite, embora com limitações, já o mesmo não acontece, porém, em relação à responsabilidade civil conexa com a criminal, em que desde há mais tempo se admite que ao lado da função reparadora se destaca com não menos relevância a função repressiva (<sup>6</sup>). Os casos apontados, afinal, estariam absolutamente de acordo com a própria natureza de responsabilidade civil conexa com a criminal, que neste campo desempenharia um papel de precursora.

Aliás, a doutrina da relevância da culpabilidade no cômputo da indemnização a arbitrar vem consignada no novo Código Civil. O art. 483, n. 2, estipula que «só existe obrigação de indemnização independentemente de culpa nos casos especificados na lei», e no art. 494 estatui-se que «quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem».

Mas, observa o Dr. Figueiredo Dias que «as exigências da culpa na responsabilidade civil em nada ou quase nada coincidem com os pressupostos pelo conceito de culpa jurídico-penal», na medida em que o direito civil consagra os princípios da culpa «in abstracto» e da culpa objectiva.

Resta saber, porém, se o direito penal português não avaliará também a culpa em abstracto, isto é, «pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias, de cada caso», como diz o novo Código Civil.

A sinonímia em que no nosso Código Penal a negligência é utilizada com «falta de destreza» e «imperícia», por exemplo,

---

(<sup>6</sup>) Dr. Pessoa Jorge: *Lições de direito das obrigações*, p. 509.

faz-nos inclinar nesse sentido ('), pelo que, por este caminho, não nos parece que se possa concluir pela diversidade dos conceitos de culpa nos dois ramos do Direito.

Aliás, a avaliação da culpa, em abstracto ou em concreto, só interessa para o efeito de averiguar a sua existência e não a sua graduação. Daí que o Dr. Figueiredo Dias nada possa concluir deste argumento, na medida em que se pelo critério da avaliação da culpa em abstracto (presumivelmente vigente no Direito Penal português), se verificasse a inexistência da culpa, seria o réu absolvido, podendo pois o lesado intentar livremente a acção civil.

Quanto a saber se a teoria de culpa objectiva é adoptada em Direito Civil, e nesse caso haveria larga divergência com o entendimento jurídico-penal, temos grandes dúvidas.

O Prof. Vaz Serra (') manifesta-se a favor da tese da culpa subjectiva, excepto em dois casos que nos parece que também, segundo os conceitos jurídicos-penais, seriam considerados culposos:

- «1) Quando o devedor, conhecendo ou devendo conhecer a sua inaptidão, assumia no entanto a obrigação;
- 2) Quando o devedor exerce uma profissão ou actividade que segundo o conceito geral supõe uma certa aptidão...»

Concluimos, pois, que os conceitos de culpa em direito civil e em direito penal não revelam o antagonismo sustentado pelo Dr. Figueiredo Dias.

### § 3.º

#### CONCLUSÃO

Do que expusemos, infere-se que, na nossa opinião, a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal assume natu-

---

(') Propugnando igual solução, Vitor Faveiro & Silva Araújo: *Código Penal português anotado*, p. 27.

(\*) *Culpa do devedor ou do agente* (no *B.M.J.*, 68).

reza civil, produzindo conseqüentemente efeitos civis; isto é, uma vez arbitrada a reparação em processo penal não poderá o lesado vir pedir uma posterior correcção da indemnização ao tribunal civil.

Conseqüentemente, também entendemos que o critério de avaliação do dano na responsabilidade civil conexas com a criminal, era sempre o do § 2.º do art. 34.

Com a publicação do novo Código Civil outro problema se levanta, porém. Se reconhecermos natureza civil à disposição do § 2.º do art. 34, não a deveremos considerar revogada pelo art. 3 do dec.-lei que põe em vigor o Código Civil de 1966?

Estatui o citado art. 3:

«Desde que principie a vigorar o novo Código Civil, fica revogada toda a legislação civil relativa às matérias que este diploma abrange, com ressalva da legislação especial a que se faça expressa referência.»

Ora, na medida em que no novo Código vem regulada a matéria de responsabilidade civil por factos ilícitos, nos arts. 483 e ss., só ressalvando-se expressamente a matéria de responsabilidade civil conexas com a criminal é que poderíamos deixar de a considerar regulada pelas disposições gerais do Código Civil.

A partir portanto da entrada em vigor daquele diploma, o critério de avaliação da reparação deixou de constar do Código de Processo Penal. Aliás, de acordo com este sistema se encontra o Projecto de Código Penal em que se prevê que «a indemnização de perdas e danos aos ofendidos por um crime será regulada pela lei civil».

Portanto, e em suma, no nosso direito actual *a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal avalia-se por critérios civis e o seu arbitramento pelo tribunal criminal constitui caso julgado civil.*