



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

A introdução de um novo conceito de Justiça baseado na ideia de Justiça Restaurativa

Vânia Catarina Sousa Ferreira

Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais

Área de Especialização em Criminologia e Investigação Criminal

Orientação científica:

Professor Doutor Germano Marques da Silva

Outubro, 2018

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

A introdução de um novo conceito de Justiça baseado na ideia de Justiça Restaurativa

Vânia Catarina Sousa Ferreira

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação do Prof. Doutor Germano Marques da Silva, apresentada no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna para obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais na especialização de Criminologia e Investigação Criminal.

Outubro, 2018

*"Abra seus braços para
as mudanças, mas não abra
mão dos seus valores".*
Dalai Lama

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente aos meus pais e irmãos pelo amor incondicional, pela força e por todas as oportunidades que sempre me proporcionaram, sem eles seria impossível conseguir alcançar mais uma etapa.

Agradeço também ao Professor Germano Marques da Silva pela sua orientação e por toda a disponibilidade dispensada.

Agradeço ao Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna pela oportunidade e a todo o corpo docente e funcionários por fazerem sempre o possível para que tivesse uma boa experiência.

Agradeço à Dra. Maria de Fátima Pires e a todas as colegas pela compreensão e pela disponibilidade demonstrada.

Agradeço aos meus amigos mais próximos, em especial à Maria e à Teresa pela força e por acreditarem sempre que iria conseguir alcançar mais uma etapa.

Agradeço ainda a todos aqueles que de uma maneira ou de outra conseguiram contribuir para que terminasse mais uma etapa académica.

Muito obrigada!

SUMÁRIO

A sociedade está em constante mudança e a criminalidade cada vez mais sofisticada.

As novas exigências criminais obrigam a que o direito penal esteja em constante adaptação para conseguir responder de forma adequada às novas exigências sociais.

Devido ao fracasso do aumento das penas, à elevada taxa de reincidência, aos custos elevados do sistema prisional, temos assistido nos últimos anos a uma falta de capacidade do sistema penal em responder de forma adequada à realidade criminal, neste sentido tem surgido uma necessidade crescente em encontrar novas formas de reação ao crime que sejam alternativas melhores e eficazes ao sistema de justiça penal.

É neste contexto que a Justiça Restaurativa parece ser uma solução adequada ao propor uma nova forma de responder à criminalidade dando especial atenção às necessidades da vítima e não à simples punição dos delinquentes.

Nesta base, surge a Mediação Penal como nova forma de reação ao crime enquanto manifestação da chamada Justiça Restaurativa.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa, Mediação Penal, Direito Penal, Agressor, Vítima.

ABSTRACT

Society is in constant change and crime is getting more and more sophisticated. This fact requires penal law to change according to society, in order to respond adequately to its demands.

Regarding the failure of very high penalties, the high levels of recidivism rate, the cost of maintaining the prison system, we have witnessed in recent years a lack of capacity of the penal law to provide equitable and just solutions to criminal reality, in the same way there has been a growing need to find new forms of reaction to crime that are better and more effective alternatives to the criminal justice system.

In this context, Restorative Justice seems to be an adequate solution by proposing a new way of reacting to crime by paying special attention to the needs of the victim rather than simply punishing offenders.

On this basis, Criminal Mediation emerges as a new way to react to crime and as a clear manifestation of the so-called Restorative Justice.

Key-words: Restorative Justice; Penal Mediation, Offender; Victim.

ÍNDICE GERAL

Introduçãop.8

Parte I – A Justiça Restaurativa e a Justiça Penal

I – A Justiça Restaurativa

1. Considerações introdutóriasp.10
2. O contexto de Surgimento da Justiça Restaurativap.10
3. O conceito de Justiça Restaurativap.12

II – Finalidades: um (des)encontro entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal

1. Considerações iniciaisp.16
2. Justiça Restaurativa e a teoria dos fins da penap.16
 - 2.1. A Justiça Penal e o mal da penap.20
 - 2.2. O sistema penal e as práticas Restaurativas: um (des)encontro de fins?p.24
3. A reparação dos danos sofridos pela vítima como finalidade específica da Justiça Restaurativap.29
 - 3.1. A reparação da vítima no âmbito do sistema penalp.31
 - 3.2. A reparação como consequência jurídica autónoma do crime...p.33

III – A Justiça Restaurativa e a Questão do Princípio da Culpa

1. Breves consideraçõesp.37
2. A Justiça Restaurativa à luz do Princípio da Culpap.39
 - 2.1. A Justiça Restaurativa e a inexistência de culpap.41
 - 2.2. A resposta Restaurativa e o Princípio da Proporcionalidadep.44

IV – A Justiça Restaurativa, a Justiça Penal e a vítima

1. Breves consideraçõesp.46
2. A vítima na justiça penal portuguesap.47
3. A descoberta da vítima e a dimensão interpessoal do conflitop.49
4. Os mecanismos de consenso previstos no Código de Processo Penal ...p.51

Parte II – A Mediação Penal

I - A Mediação Penal como um novo conceito de Justiça baseado na ideia de Justiça Restaurativa

1. Considerações iniciaisp.55
2. Enquadramento legalp.56
3. Âmbito de aplicação material e a questão dos crimes públicosp.58
 - 3.1. As restrições expressamente previstas no âmbito de aplicação materialp.61
4. O momento da remessa do processo para Mediação Penalp.65
 - 4.1. Os requisitos exigidos para que o processo seja remetido para a Mediação Penalp.66
5. A Mediação Penal e o Princípio da Voluntariedadep.69
6. O Princípio da Confidencialidade na Mediação Penalp.71
7. O Acordo no âmbito da Mediação Penalp.72
 - 7.1. A Homologação do Acordo e a Desistência da Queixap.77
8. Algumas questões suscitadas no âmbito da Mediação Penalp.80
 - 8.1. A Mediação Penal e o Concurso de Crimesp.81
 - 8.2. A Mediação Penal e a pluralidade de intervenientesp.86
 - 8.2.1. A pluralidade de ofendidosp.87
 - 8.2.2. A pluralidade de arguidosp.89

Conclusõesp.91

Bibliografiap. 96

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a Mediação Penal enquanto manifestação da chamada Justiça Restaurativa. Pela importância no tema em estudo, faremos também uma reflexão sobre a Justiça Restaurativa.

Apesar de, ainda, perdurar na opinião pública que quem comete um crime deve ser punido, nos últimos anos a justiça penal tem sido incapaz de responder de forma adequada à criminalidade. Neste contexto, surge a necessidade de encontrar uma resposta ao crime que seja adequada e mais eficaz.

Eis que surge a chamada Justiça Restaurativa como resposta aos problemas que o sistema de justiça tradicional tem vindo a enfrentar.

A Justiça Restaurativa pretende, assim, solucionar o conflito através do diálogo e da reparação dos danos sofridos pela vítima.

Com a Justiça Restaurativa nasce um novo paradigma de justiça, através do qual o crime deixa de ser visto como uma ofensa à sociedade e passa a ser visto como uma ofensa interpessoal entre agressor e vítima.

Com esta nova forma de justiça as atenções deixam de estar viradas para o arguido e passam a estar direcionadas para a vítima e para a satisfação das suas necessidades.

Apesar de ser uma forma de reação ao crime mais benéfica para a vítima, porque defensora dos seus interesses, não podemos, nem queremos defender que o sistema penal é prescindível, até porque, como teremos oportunidade de analisar em momento oportuno, existem interesses que o Estado como defensor dos bens jurídicos e detentor do *ius puniendi* deve proteger.

Portugal, como modelo de Justiça Restaurativa adotou a Mediação Penal através da Lei n.º 21/2007 de 12 de junho.

Com a inserção da Mediação Penal no ordenamento jurídico português introduz-se no âmbito do direito penal uma nova forma de realização da justiça capaz de encontrar soluções mais individualizadas, tendo em conta os interesses dos envolvidos no delito.

Para compreendermos se a Mediação Penal é ou não uma resposta alternativa ao sistema de justiça penal consideramos importante fazer uma análise comparatística entre a Justiça Restaurativa e a justiça penal.

Desta forma, começaremos por abordar o tema da Justiça Restaurativa, de modo a verificar se esta nova forma de justiça respeita os princípios estruturantes do direito penal.

Numa segunda parte deste estudo iremos fazer uma análise crítica da Lei que implementou o instituto da Mediação Penal em Portugal, apontando sempre que possível soluções para as situações onde podem surgir dúvidas de interpretação.

Parte I

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A JUSTIÇA PENAL

I. A Justiça Restaurativa

1. Considerações introdutórias

Ainda hoje, perdura na opinião pública que «a melhor resposta para quem comete um crime deve ser submetê-lo a julgamento num tribunal e, se possível puni-lo»¹. No entanto, devido à crise que o sistema penal tradicional tem vindo a atravessar, os reformadores do sistema penal têm vindo a procurar novas formas de resposta ao crime, que sejam alternativas melhores ao sistema de justiça tradicional.

Neste contexto surgem diversos movimentos no seio da criminologia que defendem a Justiça Restaurativa como uma forma diferente de responder à criminalidade, dando especial atenção às necessidades da vítima e não à simples punição dos delinquentes².

Será então neste capítulo que iremos abordar algumas questões que no nosso entender são pertinentes para desenvolver o tema da Justiça Restaurativa de modo a ser possível compreender esta nova forma de realização da justiça à luz do sistema de justiça tradicional.

2. O contexto de surgimento da Justiça Restaurativa

Desde há alguns anos que se vem proclamando o fracasso do sistema penal tradicional.

¹ Cfr. Caetano DUARTE – *Justiça restaurativa*, in Revista sub iudice, n.º 37, p. 47.

² Cfr. Micaela CAMPANÁRIO – *Mediação penal. Inserção de meios alternativos de resolução de conflito*, in VIII Congresso Português de Sociologia.

As palavras de Ezzat Fattah são elucidativas ao afirmar que o sistema atual de justiça penal é uma instituição arcaica e antiquada que parou no tempo³.

Partindo da afirmação do Autor, podemos anuir que o sistema penal tradicional, apesar de tudo, não tem conseguido acompanhar a evolução da sociedade e, talvez seja por isso que, o sistema penal tradicional, não está a conseguir responder de forma adequada à criminalidade, nem a ter o efeito ressocializador esperado.

Autores como João Lázaro e Frederico Marques apresentam «uma série de elementos indiciadores da falência da justiça retributiva»⁴, como: a ineficácia do aumento das penas; os custos astronómicos consumidos pela máquina judicial e em especial pelo sistema prisional; a elevada taxa de reincidência; a finalidade pouco clara da punição e o escasso envolvimento da vítima⁵.

Perante um sistema penal imperfeito e incapaz de responder de forma adequada aos problemas impostos pela criminalidade, surge então a necessidade de encontrar «respostas para o crime que sejam melhores, [...] mais eficazes e menos destrutivas»⁶.

É neste contexto de crítica ao sistema penal tradicional que surgem no seio do Direito Criminal os chamados movimentos abolicionistas que vêm defender a «rejeição do sistema de justiça penal “clássico” ou “tradicional” como forma de solução do conflito que o crime é, por ser prejudicial para o agente e para a comunidade»⁷ e os movimentos vitimológicos⁸ que trazem para o centro da

³ Cfr. Ezzat FATTAH *apud* Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 27.

⁴ Cfr. João LÁZARO; Frederico MARQUES – *Justiça restaurativa e mediação*, in *Revista sub iudice* n.º 37, p. 65.

⁵ *Idem*. Sobre aquilo que a Justiça Restaurativa pretende evitar, cfr. Francisco Amado FERREIRA – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, p. 130.

⁶ Cfr. Caetano DUARTE – *Justiça restaurativa*, in *Revista sub iudice*, n.º 37, p. 47. Na génese do pensamento restaurativo existe a convicção de que os danos resultantes do crime poderiam encontrar soluções mais adequadas, neste sentido, cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 61.

⁷ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 48.

⁸ *Idem*.

discussão a vítima e a preocupação com a reparação dos danos sofridos, pela vítima, com a prática do crime. Ora, foi graças ao movimento vitimológico que as atenções deixam de estar centradas no delinquente e passam a estar voltadas para a vítima e para a satisfação das suas necessidades enquanto vítima de um crime, de tal forma que o binómio arguido-Estado vai sendo substituído pela relação arguido-vítima.

A ideia de fracasso da justiça tradicional foi assim uma porta de oportunidade para que os cultores da proposta restaurativa viessem defender uma resposta «ao crime diferente da fornecida pelo sistema penal estadual [...], alicerçada na recusa do autoritarismo e da coerção e na promoção de soluções mais humanistas»⁹, cujos objetivos são: a reparação do(s) dano(s) sofrido(s) pela vítima, a reintegração do agente através da sua participação na busca de uma solução para o conflito e a pacificação individual e coletiva através do envolvimento da comunidade¹⁰.

3. O conceito de Justiça Restaurativa

Adolfo Ceretti e Grazia Mannozi afirmam que «definir a justiça restaurativa não é uma tarefa fácil»¹¹. Como bem nota Cláudia Santos «as dificuldades de compreensão daquilo que a justiça restaurativa é, relacionam-se com a tendência [...] para defini-la como não sendo aquilo que a justiça penal é»¹².

Refere a Autora que a tendência tem sido definir a Justiça Restaurativa através da afirmação de que ela não é retributiva como a justiça penal é, ou que a justiça penal se centra no passado enquanto que a Justiça Restaurativa se ocupa do futuro. É com base neste entendimento que a Autora rejeita uma definição de Justiça Restaurativa pela negativa, ou seja, a Autora rejeita que a Justiça Restaurativa seja definida «a partir da ideia de que ela não é aquilo que

⁹ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 27.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Adolfo CERETTI e Grazia MANNOZZI *apud* Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 156.

¹² Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 157.

a justiça penal é, sobretudo quando se parte de uma concepção errónea ou insuficiente daquilo que caracteriza a justiça penal do nosso tempo e do nosso espaço»¹³. Nesta linha de pensamento, a Autora defende «a impossibilidade de contrapor justiça penal a justiça restaurativa com base na afirmação de que aquela é retributiva e esta não é»¹⁴, afirmando que «a proposta restaurativa está, a alguns níveis de análise, mais próxima do pensamento retributivo do que muitos dos seus cultores parecem julgar»¹⁵ e que «parece subjazer, quer ao pensamento retributivo, quer ao pensamento restaurativo, uma certa recusa da instrumentalização do agente, como forma de dissuadir ilícitos futuros hipoteticamente cometidos por outros»¹⁶.

No entanto, Cândido da Agra e Josefina Castro afirmam que «os termos mediação e justiça restaurativa constituem noções de tal modo vastas e vagas que é possível incluir nelas quase tudo e o seu contrário»¹⁷.

É a partir desta afirmação que vamos analisar o que se deve entender e o que integra o conceito de Justiça Restaurativa.

Partindo da definição adotada pela ONU, a Justiça Restaurativa constitui «um processo no qual a vítima, o infractor e/ou outros indivíduos ou membros da comunidade afectados por um crime participam activamente e em conjunto na resolução de questões resultantes daquele, com a ajuda de um terceiro imparcial»¹⁸.

Com base na definição avançada podemos então elencar três elementos essenciais que compõem o conceito de Justiça Restaurativa: *o elemento social*, através do qual o crime passa a ser visto como uma ofensa interpessoal e perturbadora das relações humanas e não como um ato contra o Estado; *o elemento democrático* que obriga a uma participação ativa de todos os sujeitos

¹³ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 161.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 161.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Cfr. Cândido da AGRA e Josefina CASTRO – *Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação*, in Revista da FDUP, Ano 2, p. 104.

¹⁸ Vide Resolução 2002/12 da ONU – *Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal.*

envolvidos no processo e o *elemento reparador* que pretende a reparação integral e efetiva dos danos causados à vítima pelo agressor, passando-se assim a dar prioridade aos interesses da vítima¹⁹.

Desta forma, Autores como João Lázaro e Frederico Marques olham para a Justiça Restaurativa como «um novo padrão de pensamento, que vê o crime não meramente como violação da lei, mas como causador de danos às vítimas, à comunidade e até aos infratores»²⁰. No mesmo sentido, Caetano Duarte afirma que a prioridade para os defensores da justiça restaurativa não deve ser punir o agressor, mas sim, definir as necessidades das vítimas e garantir que o agressor toma plena consciência do prejuízo que lhes causou, dando-lhe a possibilidade de reparar esse prejuízo²¹.

A Justiça Restaurativa «centra-se na activa participação das vítimas, agressores e comunidades, muitas vezes concretizada através de encontros entre estes, num esforço para identificar a injustiça praticada, o dano resultante, os passos necessários para a sua reparação e as acções futuras que possam reduzir a possibilidade de ocorrência de novos crimes»²².

Por outras palavras, a Justiça Restaurativa pretende, assim, promover a participação ativa entre vítimas, infratores e comunidade, de modo a permitir às vítimas expressar os sentimentos experienciados, as consequências decorrentes do crime e as necessidades a suprir para a ultrapassagem deste, de proporcionar aos infratores a possibilidade de compreenderem e de assumirem o impacto que a sua ação teve na vítima, de assumirem a responsabilidade pelo ato perpetrado e de repararem o mal causado e à comunidade a recuperação da “paz social”²³, como defende Cláudia Santos «a justiça restaurativa é uma resposta à criminalidade radicada numa ideia de tolerância com o outro»²⁴.

¹⁹ Cfr. João LÁZARO; Frederico MARQUES – *Justiça restaurativa e mediação*, in Revista sub judice n.º 37, p. 66. (Itálicos nossos).

²⁰ *Idem*.

²¹ Cfr. Caetano DUARTE – *Justiça restaurativa*, in Revista sub judice, n.º 37, p. 47.

²² Cfr. João LÁZARO; Frederico MARQUES, *ob. cit.*, p. 66.

²³ *Idem*.

²⁴ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 175.

De uma forma sucinta, a Justiça Restaurativa «deve ser vista como um modo de responder ao crime [...] que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjectiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto - responsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução»²⁵, que se traduz muitas vezes numa quantia pecuniária ou num pedido de desculpas.

Deste modo, a Justiça Restaurativa em relação à justiça penal pretende ser uma justiça mais favorável para a vítima, porque reparadora dos seus danos; para o agente porque mais responsabilizadora e menos punitiva e estigmatizante e para a comunidade porque mais pacificadora dos conflitos e fortalecedora dos laços comunitários²⁶.

Note-se que os processos restaurativos podem assumir diversas formas como a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e os círculos decisórios (sentencing circles)²⁷. Sem prejuízo de uma reflexão posterior sobre este assunto, Portugal como modelo de justiça restaurativa adotou o instituto da mediação penal, que se traduz «[n]um processo em que os indivíduos envolvidos numa negociação utilizam uma pessoa, o mediador, que é neutro em relação ao resultado da negociação, para os apoiar e guiar nas diversas fases da mesma. O mediador ajuda as partes na procura de soluções que permitam valorizar de forma positiva os desacordos»²⁸.

²⁵ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 304.

²⁶ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 395.

²⁷ Vide Resolução 2002/12 da ONU – *Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal*.

²⁸ Cfr. José VASCONCELOS-SOUSA *apud* Teresa Pizarro BELEZA; Helena Pereira MELO – *A mediação penal em Portugal*, p. 35.

II. Finalidades: um (des)encontro entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal

1. Considerações Iniciais

Como temos vindo a referir, a tendência tem sido definir a Justiça Restaurativa com base naquilo que a justiça penal tradicional não é. Para os defensores das práticas restaurativas, a Justiça Restaurativa aparece assim «como algo de diferente da justiça penal ao nível das finalidades»²⁹, pois visa a reparação dos danos das vítimas e a reintegração dos agressores na comunidade enquanto que a justiça penal visa a retribuição da culpa do agente.

Como afirma Joanna Shapland «a justiça restaurativa será, na prática, sempre comparada com a justiça criminal tradicional»³⁰. Desta forma, parece-nos que a tendência será sempre a de comparar a Justiça Restaurativa à justiça penal, uma vez que esta surge como resposta às dificuldades que a justiça penal tem vindo a enfrentar, contudo não podemos afirmar que são modelos de reação ao crime diferentes apenas porque seguem finalidades diferentes sem antes fazer uma análise comparatística dos fins que cada modelo visa alcançar. Será portanto sobre a análise destas diferenças que nos ocuparemos nas próximas páginas.

2. Justiça Restaurativa e a teoria dos fins da pena

Uma das diferenças apontadas entre a Justiça Restaurativa e a justiça penal diz respeito aos fins que cada uma pretende alcançar. Enquanto que o «sancionamento penal teria uma finalidade punitiva assente na retribuição, [...] as práticas restaurativas assumiriam como fim a reparação dos danos sofridos pela vítima, a reintegração do agente e a pacificação da comunidade através da sua participação na solução do conflito»³¹.

²⁹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 313.

³⁰ Cfr. Joanna SHAPLAND *apud* Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 314.

³¹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 315.

A oposição que se estabelece entre a Justiça Restaurativa e a justiça penal baseia-se, segundo Cláudia Santos, «[n]uma associação do direito penal às teorias absolutas das finalidades da pena e [n]uma rejeição do pensamento retributivo no seio da doutrina restaurativa»³².

É então com base no modelo de justiça retributiva, que os cultores do pensamento restaurativo tecem várias críticas ao sistema de justiça penal. No entender dos cultores do pensamento restaurativo a pena criminal é aplicada como compensação do mal do crime, assumindo uma ideia de castigo, de sofrimento, contudo, como teremos oportunidade de perceber ao longo do nosso estudo, o nosso sistema penal não só não acolhe a teoria retributiva como teoria dos fins da pena como a aplicação da pena assume finalidades de prevenção geral e especial.

Neste sentido, entendemos que um dos pontos de diferenciação mais relevantes entre a Justiça Restaurativa e a justiça penal reside nos fins que cada uma pretende alcançar, como teremos oportunidade de verificar em momento oportuno.

Por agora, consideramos como útil referir, ainda que de forma breve, a problemática em torno dos fins da pena, contudo, como não pretendemos fazer uma análise exaustiva sobre esta questão, faremos apenas uma diferenciação minimalista entre as várias teorias existentes de modo a que se perceba o que cada uma visa alcançar.

Relativamente ao problema dos fins da pena podemos encontrar duas teorias fundamentais: as teorias absolutas e as teorias relativas.

Para as teorias retributivas ou absolutas «a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nesta essência se esgota»³³. A aplicação da pena corresponde assim a um imperativo de justiça³⁴, através do qual quem comete um crime, com culpa, deve ser sujeito

³² *Idem*.

³³ Cfr. Jorge Figueiredo DIAS – *Direito penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Parte Geral. Tomo I, p. 45.

³⁴ Para ilustrar esta posição recorreremos ao pensamento de Hegel que considerava o crime como a negação do direito e a pena como a negação da negação, como «anulação do crime, que de outro modo continuaria

ao mal da pena que é justa por corresponder à gravidade do crime e ao grau de culpabilidade do agente.

Nesta linha de pensamento, Figueiredo Dias afirma que a doutrina da retribuição deve ser rejeitada como teoria dos fins da pena, porque «visa precisamente o contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins»³⁵, uma vez que «esgota o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime; nesta media é uma doutrina puramente social-negativa, [...] inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz jurídica da comunidade afectada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer actuação preventiva e, assim, da pretensão de controlo e domínio do fenómeno da criminalidade»³⁶.

A teoria retributiva é pois uma teoria dissociada de fins, uma vez que aplica o mal da pena como resposta ao mal do crime sem qualquer perspectiva de socialização do delinquente ou de prevenção de crimes futuros.

Às teorias retributivas contrapõem-se as denominadas teorias relativas ou preventivas. Para as teorias relativas a pena só deve ser aplicada se necessária e eficaz para evitar que se cometam novos crimes. No âmbito das teorias relativas a pena assume um sentido de utilidade, ou seja, não se castiga o agente porque praticou um mal (crime), mas para que ele próprio, ou outros, não voltem a cometer novos crimes. Neste sentido, a Doutrina³⁷ tem entendido que as teorias relativas são verdadeiras teorias de fins, na medida em que a pena prossegue finalidades de prevenção geral³⁸ e especial.

a valer». *Vide* nota de rodapé, in Jorge Figueiredo DIAS – *Direito penal – Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. Tomo I, p. 46.

³⁵ Cfr. Jorge Figueiredo DIAS – *Direito penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Parte Geral. Tomo I, p. 47.

³⁶ Cfr. Jorge Figueiredo DIAS, *ob. cit.*, pp. 48 e 49.

³⁷ Cfr. Jorge Figueiredo DIAS, *ob. cit.*, p. 49.

³⁸ A título de curiosidade aludimos à doutrina da coação psicológica de Paul FEUERBACH através da qual a pena pretendia «criar no espírito dos criminosos um contra-motivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime», cfr. Jorge Figueiredo DIAS, *ob. cit.*, p. 51.

Como instrumento de *prevenção geral* a pena destina-se a atuar, psiquicamente, sobre a generalidade dos membros da comunidade. Na sua vertente negativa a pena destina-se a atuar sobre a generalidade das pessoas através da intimidação com o propósito de evitar que os membros da sociedade cometam crimes. Na sua vertente positiva a pena funciona como um instrumento capaz de reforçar e de assegurar a confiança da sociedade na vigência das suas normas e na tutela dos bens jurídicos, fortalecendo o sentimento de segurança no seio da comunidade.

A pena como instrumento de *prevenção especial* atua sobre o delinquente de modo a evitar que no futuro este cometa novos crimes. Deste modo, pretende-se evitar a reincidência do delinquente. Na sua vertente negativa visa-se proteger a sociedade de um agente que se considera perigoso, através da sua neutralização. Na sua vertente positiva pretende-se evitar a reincidência do delinquente através da sua inserção social, da sua ressocialização³⁹.

Deixamos apenas a nota de que existem ainda as denominadas teorias mistas ou unificadoras dos fins das penas que procuram combinar o pensamento retributivo com o pensamento preventivo, no entanto não iremos aprofundar estas teorias por não fazerem parte do nosso objeto de estudo.

No caso do sistema penal português, o artigo 40.º do Código Penal elucidamos quanto a esta questão, sob a epígrafe «finalidades das penas e das medidas de segurança» refere no seu n.º 1 que «a aplicação das penas e das medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade». Isto significa que, no caso português o legislador adotou a teoria relativa como teoria dos fins da pena, uma vez que estas prosseguem fins de prevenção geral (positiva: «protecção de bens jurídicos») e especial⁴⁰ («reintegração do agente na sociedade»).

³⁹ No entender de Roxin, a prevenção especial de ressocialização «cumpre extraordinariamente bem com a função do direito penal, na medida em que se obriga exclusivamente à protecção do delinquente e da sociedade, mas ao mesmo tempo quer ajudar o agente, ou seja, não expulsá-lo ou marcá-lo, mas sim integrá-lo; com isto cumpre melhor do que qualquer outra doutrina as exigências do princípio do Estado Social», cfr. Claus ROXIN – *Derecho penal - Parte General*. Tomo I, p. 87.

⁴⁰ Relativamente às finalidades prosseguidas da pena Carlota Pizarro de Almeida, entende que no nosso sistema atual, ou seja, num Estado de direito e considerando a inalienável dignidade da pessoa humana a

A pena na sua essência deve ser entendida como um castigo, como um sofrimento imposto ao delincente, assumindo assim uma ideia de retribuição, contudo, esse sofrimento só é legítimo se for apto a alcançar finalidades preventivas.

Como tivemos oportunidade de verificar, no nosso sistema penal a pena não é aplicada porque foi cometido um ilícito, mas como exemplo para que não se volte a cometer crimes no futuro. É neste sentido que Cláudia Santos afirma que, numa primeira análise, a crítica da Justiça Restaurativa feita à justiça penal não deve ser colhida no nosso sistema se entendermos que os cultores do pensamento restaurativo apenas criticam os sistemas penais retributivos⁴¹.

Deste modo, defende a Autora que a crítica da Justiça Restaurativa à justiça penal não tem a ver com as finalidades retributivas da punição, mas com o mal que é comportado pelas sanções penais, mesmo que a pena prossiga finalidades preventivas. Na realidade, «é a reacção ao mal do crime com o mal da pena que os cultores do pensamento restaurativo rejeitam»⁴², ou seja, quando os cultores da proposta restaurativa criticam a justiça penal, que entendem ser “retributiva”, na realidade estão a criticar a «punição enquanto cominação de um mal»⁴³.

2.1. A Justiça Penal e o mal da pena

Como se viu, quer se entenda que a pena visa a retribuição, quer se entenda que ela serve finalidades preventivas, «parece [...] que a sujeição a uma sanção criminal deve ser entendida pelo condenado, pelo menos até certo ponto, como um mal»⁴⁴. No entanto, enquanto que nas teorias retributivas a pena «é

pena não podia seguir outros fins que não o da prevenção geral com uma especial preocupação na ressocialização do delincente, cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA – *A mediação perante os objectivos do direito penal*, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, p.40.

⁴¹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 330. Sobre esta questão, cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA – *A mediação perante os objectivos do direito penal*, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, pp. 39 e 40.

⁴² Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 330.

⁴³ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 331.

⁴⁴ *Idem.*

sobretudo um mal dissociado de finalidades»⁴⁵, nas teorias preventivas⁴⁶ a pena «transposta consigo um mal que se pretende que venha a dar origem a algum bem»⁴⁷.

Desde logo, «se pudermos concluir que a pena é [apenas] um bem, parece cair por terra a principal arma que os cultores do paradigma restaurativo esgrimem contra o sistema de justiça penal»⁴⁸, pois aquilo que o pensamento restaurativo rejeita é o mal da pena. Neste sentido, a questão dos fins das penas parece centrar-se na tentativa de se transformar o mal da pena num bem⁴⁹.

Se entendermos que «a pena é, pelo menos em parte, inevitavelmente um mal, ela também tem de ser, por força das finalidades que persegue, inevitavelmente um bem»⁵⁰. Na realidade, a pena não pode ser entendida apenas como um mal⁵¹, nem exclusivamente como um bem pois, se a pena fosse vista como um bem, quer pelo infrator quer pela comunidade não resultaria qualquer dissuasão das práticas criminosas. Podemos então afirmar que na pena existe um mal que se pretende transformar num bem, ou seja, a pena serve para retribuir o mal do crime e para prevenir crimes futuros. Existe assim na pena um sentido de retribuição e um sentido de prevenção, enquanto que o sentido de retribuição advém da ideia da imposição de um mal que é consequência de um mal anterior (crime), o sentido de prevenção decorre das próprias finalidades que a imposição desse mal pretende alcançar. No nosso entender, a imposição do mal da pena a quem comete um crime não pode ser entendido como uma finalidade da sanção penal. Deste modo, defendemos que a imposição do mal da pena deve ser vista como uma consequência imposta a quem comete o mal do crime e não como um fim que a pena pretende alcançar.

⁴⁵ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 332. No mesmo sentido Jorge Figueiredo DIAS – *Direito penal – Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. Tomo I, p. 47.

⁴⁶ Figueiredo DIAS na sua reflexão sobre as teorias relativas reconhece que também para as teorias relativas a pena traduz-se numa mal para quem a sofre, cfr. Jorge Figueiredo DIAS, *ob. cit.*, p. 49.

⁴⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 332.

⁴⁸ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 337.

⁴⁹ No mesmo sentido, cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 337.

⁵⁰ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 338.

⁵¹ Como bem afirma Cláudia SANTOS, «a compreensão da pena exclusivamente como um mal não é adequada à sua própria legitimação», cfr. *ob. cit.*, p. 340.

Nas palavras de Cláudia Santos «o facto de na pena se poder ver um castigo não significa que o fim da pena seja esse castigo»⁵², até porque a pena tem como fim um bem, que se traduzirá na preparação do condenado para uma vida de acordo com o direito e na pacificação da comunidade em torno da vigência dos valores entendidos como essenciais.

Contudo, o mal da pena deve ser limitado ao mínimo indispensável tendo em vista a dissuasão do cometimento de crimes futuros. Deve-se assim dar primazia à prevenção especial sobre a prevenção geral, ou seja, a pena deve atuar diretamente sobre o agressor de modo a evitar que este volte a cometer crimes no futuro, ao fazê-lo pretende transmitir, ainda que de forma indireta, uma mensagem de dissuasão à comunidade em geral.

Deste modo, defendemos que a pena é por natureza um mal e que deve ser entendida como um mal por quem a sofre, no entanto, a pena só pode ser aplicada quando adequada a alcançar os fins estatuídos no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal⁵³.

Numa tentativa de síntese, a pena só pode ser aplicada a alguém que praticou um mal prévio (crime, *i.e.*, um facto típico, ilícito, culposo e punível); como objetivos pretende evitar a reincidência do agente e reafirmar a vigência dos valores atingidos pelo crime, e não pode ultrapassar a medida da culpa, de acordo com o disposto nos artigos 40.º, n.º 2 e 71.º, n.º 1 ambos do Código Penal.

Perante isto, podemos afirmar que a pena, apesar de ser entendida como um mal, também prossegue finalidades preventivas, como tal torna mais difícil delimitar as fronteiras no que respeita aos fins que a justiça penal e a Justiça Restaurativa pretendem alcançar, uma vez que os dois modelos de reação ao crime parecem prosseguir as mesmas finalidades, como a reintegração do agente na sociedade e a pacificação da comunidade. Assim, as diferenças entre os dois modelos de reação ao crime não se localizam tanto ao nível das finalidades, mas ao nível dos procedimentos adotados para alcançar aquelas finalidades.

⁵² Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 352.

⁵³ No mesmo sentido *vide* artigo 70.º, n.º 1 do Código Penal.

Neste sentido, impõe-se uma questão: será que o acordo alcançado no âmbito das práticas restaurativas também pode ser entendido como um mal? Para responder a esta questão seguimos o pensamento de Cláudia Santos quando afirma que das práticas restaurativas também podem decorrer para o agente da infração obrigações que lhe são custosas, por isso podem ser entendidas, em certa medida, como um mal, contudo será sempre um mal menor, por um lado porque nunca lhe poderá ser aplicada a privação da liberdade e por outro, porque será um mal aceite pelo próprio e não imposto, tal como a pena é⁵⁴, ou seja, enquanto que no sistema penal a pena é aplicada coativamente por um terceiro, no sistema restaurativo as obrigações são aplicadas ao agressor com a intervenção e o consentimento deste⁵⁵. É perante esta diferenciação que Faria Costa afirma que só a justiça penal carrega o “fardo de punir”⁵⁶.

Enquanto que no sistema penal a pena é por natureza um mal, nas práticas restaurativas o mal que pode decorrer da aceitação de determinadas obrigações pelo agressor assume um carácter diferente. Senão vejamos:

A pena criminal é uma sanção que só pode ser aplicada pelos Tribunais, nos termos do artigo 202.º, da Constituição, cujo objetivo passa por restringir ou mesmo privar o condenado de alguns dos seus direitos⁵⁷, com o intuito de dissuadir a prática de crimes no futuro. Tomemos como exemplo a pena de prisão. A pena de prisão é a pena mais grave do nosso ordenamento jurídico e tem como objetivo privar, parcial ou totalmente, o condenado do seu direito à liberdade.

As penas criminais visam, deste modo, proteger os bens jurídicos considerados essenciais, num dado momento e espaço, pela comunidade. A pena funciona, assim, como um meio de repressão dos atos ilícitos mais graves, que representam uma violação dos bens jurídicos considerados essenciais.

⁵⁴ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 344.

⁵⁵ Como exceção, podemos encontrar no Código de Processo Penal diversos institutos que apelam ao consentimento do agressor, como a suspensão provisória do processo prevista no artigo 281.º ou o processo sumaríssimo previsto nos artigos 392.º a 398.º.

⁵⁶ Cfr. José Faria COSTA – *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal*, p. 208.

⁵⁷ Vide artigo 27.º, n.º 2 da Constituição.

No nosso entender, as penas apenas conseguem alcançar um efeito intimidador se forem temidas pela sociedade, por outras palavras, a pena só consegue alcançar as suas finalidades preventivas se for entendida pela sociedade como um mal, como um sofrimento.

Deste modo, não nos parece possível equiparar as penas criminais às obrigações que o agente pode assumir no âmbito das práticas restaurativas. Enquanto que as primeiras são coativamente impostas, *i.e.*, são aplicadas independentemente da vontade do agente; as segundas são determinadas tendo em conta a vontade dos participantes sem qualquer intervenção de um órgão de soberania. Assim, entendemos que as práticas restaurativas são incompatíveis com aplicação de qualquer mal, na medida em que procuram soluções de consenso entre agressor e vítima, como tal não respeitam o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁵⁸, nem são coativamente impostas por um órgão de soberania, como os Tribunais.

Assim, entendemos que as consequências que podem decorrer das práticas restaurativas não conseguem transmitir à sociedade uma mensagem de intimidação, como tal acreditamos que as práticas restaurativas não são aptas a alcançar finalidades preventivas como as penas criminais.

2.2. O sistema penal e as práticas Restaurativas: um (des)encontro de fins?

Tal como referimos anteriormente, à semelhança da justiça restaurativa o sistema penal também procura “pacificar curando”. No entanto, parece que existem diferenças entre aquilo que os dois sistemas pretendem curar e a forma como pretendem curar. Será, portanto, sobre estas diferenças que nos iremos debruçar neste ponto.

No entender de Cláudia Santos «o sistema penal deve punir, oferecendo uma oportunidade de curar»⁵⁹. Já no sistema restaurativo o que se pretende em primeira linha é curar. Como bem se nota, tanto o sistema penal através da

⁵⁸ Vide artigo 29.º, n.º 3 da Constituição.

⁵⁹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 354.

prevenção especial, como o sistema restaurativo têm em comum uma ideia de cura. No entanto, o conceito de “cura” adquire significados diferentes. Enquanto que no sistema penal o conceito de cura surge associado à prevenção especial de socialização, no sistema restaurativo o conceito assume um sentido mais vasto, abrangendo também a reparação da vítima ou a reparação dos laços interpessoais afetados⁶⁰.

Se tivermos em conta que «na resposta penal, o Estado reage a uma conduta desvaliosa por força da sua dimensão pública associada à lesão de bens jurídicos e, nessa medida, é o interesse de todos os membros da comunidade que essencialmente justifica e orienta a sua intervenção»⁶¹ e que «na justiça restaurativa, é a dimensão privada do conflito que prevalece e, por isso, são os interesses concretos daquele ofendido e daquele agente que em primeira linha devem ser tidos em conta»⁶², salta-nos à vista uma diferença importante entre o sistema penal e o sistema restaurativo no que toca à dimensão do conflito. Enquanto que o sistema penal assume uma dimensão pública, o que corresponde, com frequência ao «esquecimento das necessidades dos intervenientes concretos no conflito»⁶³; o sistema restaurativo, pelo contrário, assume uma dimensão privada, o que lhe permite dar um maior relevo aos interesses dos envolvidos deixando de parte os interesses coletivos. Do nosso ponto de vista é esta diferença que vai determinar a função e as finalidades prosseguidas pelos dois tipos de reação ao crime.

Note-se que na justiça penal as finalidades da pena têm de coincidir com a função do direito penal, pois uma pena que não cumpra a função do direito penal não tem legitimidade⁶⁴.

Deste modo, aquilo que se pretende alcançar com a sanção penal não é o mesmo que se pretende alcançar com a solução restaurativa. Enquanto que a sanção penal procura pacificar a comunidade abalada pelo crime e evitar a

⁶⁰ Neste sentido, cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 355.

⁶¹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 356.

⁶² *Idem.*

⁶³ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 360.

⁶⁴ Neste sentido, cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 359.

reincidência do delinquente, a solução restaurativa procura dirimir o conflito interpessoal através da reparação dos danos sofridos pela vítima.

Nestes termos, o direito penal assume como função a proteção dos bens jurídicos de lesões futuras, através de mecanismos como a prevenção geral e a prevenção especial, enquanto que a Justiça Restaurativa procura uma resposta adequada aos males ocorridos pelo crime, sobretudo no que toca aos males sofridos pela vítima.

Identificadas estas diferenças entre a justiça penal e a Justiça Restaurativa, cumpre verificar se esta última, ao assumir uma dimensão privada do conflito, ainda prossegue as finalidades da justiça penal, *i.e.*, a prevenção geral e a prevenção especial.

Quanto à questão da prevenção geral positiva Claus Roxin apresenta «três fins e efeitos distintos, ainda que relacionados entre si»⁶⁵: a aprendizagem, o exercício da confiança no direito que é desencadeado na comunidade pela aplicação da justiça penal e a pacificação que se produz através da execução da sanção penal. Através desse desmembramento, Cláudia Santos defende que não se pode vislumbrar enquanto finalidade imediata da Justiça Restaurativa «nem a aprendizagem do sentido da norma penal, muito menos a potenciação da confiança na norma penal desencadeada pelo sancionamento, nem ainda a pacificação decorrente de se considerar solucionado o conflito com o autor (o conflito da comunidade representada pelo Estado com o agente do crime)»⁶⁶. No entanto, a Autora defende que já serão finalidades da proposta restaurativa, de algum modo próximas da prevenção geral positiva «a aprendizagem da conduta socialmente pretendida e a pacificação do conflito entre o agente do crime e a vítima, que se repercutirá, em regra, na pacificação da comunidade que os envolve»⁶⁷.

Se por um lado, as práticas restaurativas ao dirimirem o conflito interpessoal parecem contribuir, ainda que indiretamente, para a pacificação da comunidade, por outro, não parecem aptas a dissuadir a comunidade de praticar crimes no

⁶⁵ Cfr. Claus ROXIN – *Derecho penal - Parte General*. Tomo I, p. 92.

⁶⁶ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 357.

⁶⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 357.

futuro, na medida em que as obrigações que delas podem resultar não serão entendidas pela sociedade como verdadeiras penas. Muito provavelmente, a sociedade olhará para essas obrigações como uma forma de “desculpar” os agressores.

No que concerne à questão da prevenção especial, são claras as distâncias face aos fins prosseguidos pela prática restaurativa. Desde logo, exclui-se «as finalidades de neutralização [...] do agente associada à privação da liberdade»⁶⁸, no entanto, Cláudia Santos aceita que das práticas restaurativas possa resultar alguma intimidação proveniente «do cumprimento das obrigações assumidas no âmbito do acordo com a vítima e que podem revelar-se custosas»⁶⁹. No nosso entender, das obrigações assumidas pelo agente no âmbito das práticas restaurativas não resulta qualquer tipo de intimidação, uma vez que o acordo só é alcançado se agressor e vítima estiverem de acordo com o seu conteúdo. Desta forma, entendemos que as práticas restaurativas não conseguem alcançar qualquer efeito intimidador.

As exigências de prevenção especial traduzem-se na necessidade de socialização do agente. Na literatura restaurativa «é corrente [...] a afirmação de que as práticas restaurativas podem contribuir também para a socialização do agente»⁷⁰. No nosso entender, numa primeira análise, as práticas restaurativas não conseguem contribuir para a socialização do agente, logo não conseguem evitar que cometam crimes no futuro. Contudo, o facto de existir um diálogo sobre o que aconteceu proporciona ao agente a possibilidade de se redimir, de pedir desculpa e de fazer as pazes consigo próprio com a vítima e de certa maneira com a comunidade onde estão inseridos, contribui, de alguma forma, para que aquele agente não volte a cometer outros crimes no futuro, deste modo, evita-se que aquele agente fique sujeito a julgamento e a uma possível condenação a uma pena de prisão⁷¹, sanção que no entender de Cláudia Santos

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, pp. 357 e 358.

⁷⁰ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 358.

⁷¹ No mesmo sentido Germano Marques da Silva afirma que «colocando[-se] o agente do crime face ao seu acto e à sua vítima pode contribuir mais facilmente para a tomada de consciência do mal feito e conduzir desse modo a uma mais fácil ressocialização, pela facilitação de aplicação de medidas não detentivas de

«devia contribuir para a socialização, mas que, na praxis actual, parece, com frequência, favorecer antes a dessocialização»⁷². No entender da Autora «a resposta não penal ao conflito, que não procura directamente a prevenção especial de socialização que é fim da pena, pode em alguns casos contribuir para que melhor se realize uma finalidade que não é sua»⁷³. A resposta restaurativa comparativamente à resposta penal será sempre mais vantajosa para o agressor, na medida em que este pode “negociar” a obrigação que irá assumir para pôr termo ao conflito. Para nós, apenas, em casos de verdadeiro arrependimento, as práticas restaurativas podem ser capazes de alcançar as exigências de prevenção especial.

Podemos então concluir que as finalidades prosseguidas por cada sistema de reacção ao crime são determinadas de acordo com a dimensão pública ou privada do conflito, desta forma, não nos afigura possível transpor para o âmbito restaurativo as finalidades prosseguidas pelo sistema penal.

Num momento anterior, referimos a tendência que existe em afirmar que a justiça penal apenas olha para o passado enquanto que a Justiça Restaurativa olha para o futuro. Tendo em conta o que acabamos de expor verificamos que no que toca aos fins das penas passa-se exactamente o inverso. Na realidade, a justiça penal ao aplicar a pena está a prevenir o cometimento de outros crimes no futuro, enquanto que a Justiça Restaurativa, pelo contrário, preocupa-se, apenas, com a reparação no presente de um crime que ocorreu no passado.

execução da pena». Acrescenta ainda que a mediação pode também contribuir para que «a sociedade se aperceba da sua própria responsabilidade e procure, com compreensão e cooperação também da vítima, cumprir as suas responsabilidades, ajudando o delinquente a encontrar os bons caminhos», cfr. Germano Marques da SILVA – *A mediação penal – Em busca de um novo «paradigma»? , in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*, p. 101.

⁷² Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 359.

⁷³ *Idem.*

3. A reparação dos danos sofridos pela vítima como finalidade específica da Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa ao assumir uma dimensão privada do conflito manifesta uma preocupação crescente com a vítima do crime, e por isso defende como necessária uma resposta ao crime baseada numa reparação que vai ao encontro da vontade da vítima.

No âmbito do processo penal vigente admite-se que a vítima veja os seus danos ressarcidos através de um processo civil enxertado no processo penal, através do qual o Tribunal arbitra uma determinada quantia pecuniária que entende como suficiente para reparar os danos que a vítima sofreu com o crime, como teremos oportunidade de enunciar em momento oportuno. Deste modo, não nos parece correto afirmar que o sistema penal vigente não se preocupa com a reparação dos danos sofridos pela vítima, apenas não tem em conta a vontade da vítima para efeitos de determinação dessa reparação.

Neste sentido, a ideia de reparação tal como é defendida pelos cultores da Justiça Restaurativa, *i.e.*, baseada na vontade da vítima não parece colher na justiça penal e apresenta até alguns obstáculos.

O primeiro obstáculo, prende-se com o facto de ela se destinar a proteger os interesses individuais presentes no conflito, o que seria incompatível com uma justiça penal que tem como função a defesa dos interesses coletivos, como acontece no nosso caso. A justiça penal ao atender aos interesses individuais de cada vítima, estaria a transferir para o âmbito privado a resolução de todos os conflitos, o que levaria a uma sobreposição dos interesses individuais sobre os interesses coletivos⁷⁴.

Em última instância, a admissão da resposta ao crime, levaria a que a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança fosse dispensada, desde que a reparação conseguisse cumprir as exigências preventivas. No nosso entender não nos parece de todo possível, pelo menos numa primeira análise,

⁷⁴ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 382.

que a reparação dos danos causados à vítima consiga cumprir as exigências preventivas da pena.

Um outro obstáculo relaciona-se com o facto de se ter de atender àquilo que a vítima entende que sofreu com a atuação do agente, situação que colide, desde logo, com o princípio da culpa, uma vez que o agente deve ser punido por aquilo que realmente fez «e não pela forma como a vítima sente aquilo que o agente fez»⁷⁵, ou seja, para o sistema penal o que importa é o dano objetivo e não o subjetivo.

No caso do sistema penal entendemos que «a punição do agente não pode oscilar [...] em função da maior ou menor sensibilidade da vítima ou da sua específica capacidade de sofrimento, na medida em que elas [são] alheias aos graus de ilicitude da conduta e da culpa do agente»⁷⁶. Se tivéssemos em conta os sentimentos da vítima estaríamos, em última instância, a derrogar as regras impostas pelo legislador na concretização da medida da pena.

Cláudia Santos refere ainda as dificuldades que existem na concretização do *quantum* de sofrimento da vítima de modo a quantificar a reparação que lhe é devida⁷⁷, não nos podemos esquecer que cada pessoa é diferente, logo também sentirá as consequências do crime de forma diferente.

São, pois, claras e atendíveis as dificuldades que a justiça penal sentiria se tivesse de utilizar como critério para aplicação da pena os sentimentos que a vítima sente relativamente ao crime, critério esse incompatível com as suas finalidades e com o modo de atuação.

Assim, não nos parece que a proteção dos interesses da vítima possa ou deva ser a principal preocupação do sistema penal⁷⁸.

A Justiça Restaurativa, pelo contrário, através de um encontro frente a frente oferece à vítima a possibilidade de poder expressar os seus sentimentos

⁷⁵ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 382.

⁷⁶ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, pp. 382 e 383.

⁷⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 385.

⁷⁸ Neste sentido, cfr. Cláudia SANTOS – A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de “adultos” em Portugal, *in RPCC*, N.º16, pp. 88 e ss.

relativamente ao crime que sofreu e encontrar através do diálogo com o agente a reparação que satisfaça os seus interesses individuais.

João Lázaro e Frederico Marques afirmam a utilidade do encontro entre a vítima e o agente do crime, uma vez que é através dele que a vítima consegue obter respostas a algumas interrogações como: «porque é que fez o que fez, porquê a mim, fiz alguma coisa que proporcionasse ou provocasse o crime?»⁷⁹, mas não só, Autores como Ivo Aertsen e Tony Peters entendem que o encontro frente a frente com a vítima pode proporcionar ao agente a possibilidade de entender melhor «as consequências dos seus actos»⁸⁰.

Contudo, Francisco Amado Ferreira defende «que o processo restaurativo não responde, normalmente, às necessidades restaurativas mais imediatas das vítimas, nem sequer a uma grande parte das mesmas»⁸¹.

Apesar de se poder entender que a Justiça Restaurativa oferece melhores condições à vítima na medida em que lhe dá a possibilidade de ouvir e de ser ouvida, a verdade é que não se pode olhar para a reparação como «um remédio único para todos os males do crime»⁸².

No nosso entender, a reparação pode ser apta a pôr fim ao conflito no âmbito da Justiça Restaurativa, mas no âmbito da justiça penal a reparação, iria pôr em causa interesses públicos que não podemos simplesmente desvalorizar.

Deve-se, portanto, começar a encarar a resposta restaurativa como uma resposta ao crime diferente da resposta penal.

3.1. A reparação da vítima no âmbito do sistema penal

Enquanto que a reparação restaurativa resulta de um acordo entre a vítima e o agente do crime realizado no âmbito de um encontro frente a frente, sem qualquer interferência de autoridade. É, portanto, uma «reparação querida pelos

⁷⁹ Cfr. João LÁZARO; Frederico MARQUES – *Justiça restaurativa e mediação*, in Revista sub judice n.º 37, p. 67.

⁸⁰ Ivo AERTSEN; Tony PETERS - *Mediação para reparação: a perspectiva da vítima*, in Revista sub judice, n.º 37, p.13.

⁸¹ Cfr. Francisco Amado FERREIRA – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, p. 127.

⁸² Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 386.

intervenientes no conflito criminal e, [...] por eles conformada»⁸³, é pois uma reparação «norteada pelo dano tal como é sentido pela vítima»⁸⁴, a indemnização punitiva resulta de uma decisão judicial alheia quer à vontade do agente quer à vontade da vítima, sendo a reparação arbitrada resultado daquilo que se entende suficiente para a «obtenção de um efeito punitivo e dissuasor»⁸⁵, orientada pela «intenção de evitar danos futuros»⁸⁶.

Apesar de o sistema penal não se preocupar diretamente com os sentimentos da vítima relativamente ao crime, a verdade é que existem no sistema penal tradicional alguns mecanismos que permitem indemnizar e reparar os prejuízos causados à vítima pelo crime.

Um destes mecanismos vem previsto no artigo 71.º do Código de Processo Penal sob a epígrafe “princípio de adesão” e permite aos lesados deduzirem um pedido de indemnização civil enxertado no processo penal. Na base desta possibilidade reside a ideia de que o mesmo comportamento dá origem a responsabilidade criminal «e a uma obrigação de indemnizar por força da responsabilidade civil extracontratual»⁸⁷.

Contudo, este mecanismo, não nos permite afirmar que a justiça penal assumiu como fim a reparação do dano causado à vítima, uma vez que se trata de um instituto fora do âmbito penal, ou seja, é um instituto civil que tem como pressupostos os da responsabilidade civil extracontratual. Portanto, não se utiliza para a quantificação da indemnização quaisquer critérios penais, o que nos leva a afirmar que essa obrigação de indemnizar pode existir mesmo em casos de ausência de culpa penal.

Uma outra possibilidade surge no artigo 82.º-A do Código de Processo Penal sob a epígrafe “reparação da vítima em casos especiais”, através da qual se atribui ao juiz a possibilidade de «arbitrar uma quantia a título de reparação pelos

⁸³ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 390.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 392. Ressalva-se apenas que os sujeitos desta ação nem sempre coincidem com os sujeitos da ação penal (arguido e assistente) e que nos termos do artigo 129.º do Código Penal verificamos que esta ação de indemnização tem natureza exclusivamente civil.

prejuízos sofridos quando particulares exigências de proteção da vítima o imponham»⁸⁸, como decorre do próprio artigo, estamos perante uma reparação de natureza subsidiária e que será aplicada, apenas, se o juiz assim o entender, atendendo às particulares exigências do caso. Mais uma vez, estamos perante um instituto que tem como pressuposto a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima, mas que é alheio aos sentimentos da vítima.

No Código Penal também podemos encontrar algumas referências à reparação dos prejuízos causados à vítima, nomeadamente no artigo 206.º sob a epígrafe “restituição ou reparação”.

Apesar dos esforços «nenhuma destes figuras se assemelha de forma plena àquilo que pretende ser a reparação restaurativa»⁸⁹, na medida em que no sistema penal «a indemnização pelos danos causados assume uma natureza puramente ressarcitória e resulta de uma decisão judicial, escapando-lhe a intenção restaurativa de se ultrapassar a pura dimensão patrimonial para se pacificar de forma mais plena ou mais global o conflito através de um encontro que é conformador da solução»⁹⁰.

No sistema penal existe, de facto, uma possibilidade de a vítima ser ressarcida dos danos causados com o crime, contudo, a vontade da vítima não é relevante para que o Tribunal arbitre essa compensação.

3.2. A reparação como consequência jurídica autónoma do crime

Lembra Figueiredo Dias que a reparação como sanção penal remonta à Escola Positivista⁹¹. No nosso ordenamento jurídico, o Código de Processo Penal de 1929 chegou mesmo a prever este instituto, tendo sido abolido com o Código Penal de 1982. Até ao Código Penal de 1982 a reparação de perdas e danos arbitrada no processo penal tinha natureza penal e era um efeito penal da condenação⁹².

⁸⁸ Vide artigo 82.º-A do Código de Processo Penal.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 394.

⁹¹ Cfr. Figueiredo DIAS – *Direito penal português – As consequências jurídicas do crime*, p. 78.

⁹² Cfr. Cristina Dá MESQUITA – *Prova na ação de responsabilidade civil fundada na prática de crime e factos provados na fundamentação da sentença penal*, in Revista Julgar online, p. 5. e cfr. Inês Almeida COSTA –

Hoje, com a crescente relevância dos interesses da vítima e com a crise que a justiça tradicional tem vindo a enfrentar a ideia de reparação como consequência autónoma do crime no âmbito do sistema penal volta a estar em discussão.

Em torno dessa discussão têm surgido várias formas de conceber a reparação enquanto consequência autónoma do crime. Neste estudo iremos tratar, apenas, de duas formas: da reparação como finalidade e da reparação como consequência.

No que concerne à possibilidade da reparação como finalidade, não nos parece possível que através de um único sistema seja possível dar respostas a necessidades diversas e por vezes conflitantes⁹³, desta forma, não se encontra qualquer vantagem em trilhar este caminho⁹⁴.

Neste sentido, Cláudia Santos afirma que «num direito penal que se quer mínimo porque conhece os seus próprios desvalores e reconhece a necessidade da sua contenção, só devem ser qualificadas como crimes as mais graves de todas as condutas, reconhece-se a sua dimensão pública. [...] As necessidades preventivas que daí decorrem podem não ser coincidentes com as aspirações ou com as necessidades das vítimas. O que equivale a afirmar que uma justiça penal que é repressiva, sancionatória e estadual não pode parificar [sic] inteiramente os interesses comunitários, o interesse do agente do crime num tratamento justo e o interesse da vítima na reparação que subjectivamente considera adequada. Uma das conclusões a que se julga poder chegar é a de que a defesa de um processo penal garantístico (que procure equilibrar a promoção do interesse público na ordem e na segurança com a liberdade e o respeito pelos direitos fundamentais) supõe a defesa de um processo penal coerente com o sentido e o âmbito de um direito penal mínimo. O que não parece compatível com um processo penal que fosse máximo na aceitação de novas finalidades e de novos

Poderá a "Reparação Penal" ter lugar como autónoma reacção criminal.? in, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 24, n.º 4, p. 498.

⁹³ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 394.

⁹⁴ No mesmo sentido, cfr. Cláudia Santos, *ob. cit.*, p. 398.

sujeitos, um processo penal em certa medida descaracterizado por um seu alargamento que não é harmonioso com a própria teleologia do direito penal»⁹⁵.

Atendendo às palavras da Autora, rejeita-se a reparação como finalidade autónoma da justiça penal, uma vez que o sistema penal tal como está delineado não permite atender à reparação dos danos causados à vítima como sua finalidade autónoma. Caso contrário, estaríamos a criar situações de completa desarmonia dentro do próprio sistema penal.

Com isto, não consideramos que a reparação seja dispensável, apenas que deve ser atendida noutros sistemas de reação ao crime, como se julga acontecer com a Justiça Restaurativa.

Uma outra possibilidade seria a de conceber a reparação como consequência jurídica autónoma do crime.

Refere Cláudia Santos que «os principais argumentos utilizados para sustentar a bondade político-criminal da reparação como consequência jurídica autónoma do crime se aproxima[m], em grande medida, de algumas das virtudes assacadas à proposta restaurativa»⁹⁶.

Neste sentido, enquanto que alguns Autores não prescindem da voluntariedade da reparação, outros defendem a sua aplicação coativa, ou seja, no primeiro caso apesar de a reparação ser determinada por um terceiro dotado de autoridade e estranho ao conflito individual, não se prescinde da intervenção dos intervenientes no conflito; no segundo a reparação surge como sanção, assumindo a sua natureza coativa, logo alheia às necessidades dos intervenientes no conflito. Posto isto, podemos apenas verificar que, de entre as duas possibilidades, a reparação numa perspetiva voluntária apresenta-se mais próxima da reparação restaurativa do que a reparação imposta como sanção, no entanto a voluntariedade não significa que as partes envolvidas no conflito vão determinar o *quantum* de reparação, apenas «é-lhes dada a possibilidade de anuírem ou não a uma reparação vista como satisfatória sob o ponto de vista das

⁹⁵ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 398 e 399.

⁹⁶ *Idem.*

finalidades preventivas da reacção ao crime»⁹⁷, analogamente ao que já acontece no pedido de indemnização civil, no âmbito do sistema penal.

Apesar disso, podemos encontrar alguns obstáculos no que toca à reparação como consequência autónoma: um deles prende-se com a previsão de limites máximos e mínimos dessa reparação de modo a respeitar as exigências da determinabilidade da sanção. Outro obstáculo diz respeito à própria definição da reparação, «enquanto a reparação restaurativa será aquilo que os intervenientes no conflito interpessoal quiserem que ela seja [...], podendo assumir modalidades diversas do pagamento de quantias pecuniárias, aquela reparação que é sanção criminal não pode reservar idêntico papel à criatividade do agente e da vítima. As exigências decorrentes do princípio da legalidade impõem que o conteúdo desta reparação seja muito mais determinado, acabando ela por se resumir à restituição [...] ou ao pagamento de determinada quantia»⁹⁸. Desta forma, a retribuição aproxima-se da pena de multa ao adquirir carácter de sanção penal, a única diferença resume-se apenas aos destinatários. Enquanto que a pena de multa reverte a favor do Estado, a retribuição serviria para retribuir a vítima dos prejuízos causados com o crime.

Atualmente, o nosso sistema penal permite condenar o agente do crime numa pena de multa a favor do Estado e/ou arbitrar uma indemnização pelos prejuízos causados ao lesado. Se fosse possível, também, a reparação como consequência autónoma do crime estaríamos a dar a possibilidade à vítima de conseguir um enriquecimento injustificado através do crime, já que se passaria a poder cumular a reparação com o pedido de indemnização civil.

No entanto, Cláudia Santos alerta para a possibilidade de a reparação nestes termos ser geradora de desigualdades, uma vez que para a sua determinação não se atenderia à situação económica do agente, ou seja, enquanto que a punição estaria dependente das finalidades preventivas, limitada pela culpa e dependente da situação económica do agente, o ressarcimento não dependeria

⁹⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 401.

⁹⁸ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 402.

das mesmas condições⁹⁹, na medida em que para ser eficaz teria de estar sujeita aos desvalor que o crime quis significar.

Posto isto, não se vislumbra como é que o sistema penal iria dar resposta às situações em que as finalidades preventivas são elevadas, mas não há dano para as vítimas ou às situações em que há um elevado dano para as vítimas, mas não existe culpa. Assim, entendemos que a reparação como consequência iria gerar no próprio sistema penal situações incompatíveis.

Acontece que, muitas vezes o agente do crime não tem condições financeiras para satisfazer a indemnização, por isso, as propostas restaurativas parecem ser uma boa forma de a vítima encontrar alternativas de compensação pelo mal que sofreu. Como refere Germano Marques da Silva, entendimento que nós acompanhamos, «muitas vezes a manifestação de arrependimento pelo mal do crime, o pedido de desculpas e a manifestação de propósitos de indemnizar quando possível e de respeito pela vítima no futuro pode ser suficiente para obter o perdão da vítima»¹⁰⁰.

Assim, entendemos que não é possível enquadrar a reparação no sistema penal nem como finalidade, nem como consequência, por ser contrário àquilo que a justiça penal pretende alcançar.

Perante tudo o que foi referido só podemos chegar à conclusão de que a justiça penal e a Justiça Restaurativa são meios de reação ao crime diferentes, como tal não se pode esperar, nem querer que sejam iguais.

III. A Justiça Restaurativa e a questão do Princípio da Culpa

1. Breves considerações

Ultrapassada a questão do desencontro de fins existente entre a Justiça Restaurativa e a justiça penal, cumpre analisar uma outra questão que no nosso entender merece alguma atenção.

⁹⁹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 403.

¹⁰⁰ Cfr. Germano Marques da SILVA – *A mediação penal – Em busca de um novo «paradigma»?», in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, p. 99.*

O nosso sistema penal tem na sua base um conjunto de princípios estruturantes que garantem o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas. São esses princípios que limitam a atuação do Estado quando investido pelo *ius puniendi*¹⁰¹, por isso quando estamos no domínio da reação criminal não podemos aceitar que surjam novas formas de reação ao crime que não respeitam os valores constitucionalmente protegidos, em última instância, estaríamos a permitir o surgimento de novos modelos de reação ao crime fora do âmbito constitucional e não é, claramente, isto que se pretende.

Com o aparecimento de novos mecanismos de reação ao crime surge a necessidade de «uma reflexão séria sobre a compatibilidade de tais mecanismos com princípios até agora tão fundamentais e indiscutíveis como o do monopólio estadual da função judicial em matéria penal, da jurisdicionalização plena dessa mesma matéria, da legalidade estrita da intervenção penal, da culpa, da tutela subsidiária de bens jurídicos, do carácter exclusivamente preventivo da punição - a maioria de tais princípios, se não todos, jurídico-constitucionalmente impostos»¹⁰².

Com isto, pretendemos verificar se a Justiça Restaurativa como forma diferente de reação ao crime da justiça penal preserva os princípios que no contexto criminal entendemos serem inderrogáveis.

Nas próximas páginas iremos então dedicar o nosso estudo à análise da proposta restaurativa à luz do princípio da culpa, por ser, no nosso entender, o princípio basilar para que seja atribuída a pena e que, por isso, mais dúvidas pode suscitar no âmbito da proposta restaurativa. No entanto, e uma vez que o nosso estudo não nos permite fazer um tratamento exaustiva sobre o assunto, iremos apenas abordar as questões que nos parecem mais pertinentes.

¹⁰¹ Figueiredo DIAS define *ius puniendi* como «o poder punitivo do estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas», cfr. Jorge Figueiredo DIAS – *Direito penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Parte Geral. Tomo I, p. 6.

¹⁰² Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 407.

2. A Justiça Restaurativa à luz do Princípio da Culpa

Como já referimos anteriormente a finalidade da pena não é retribuir a culpa. Também, já vimos que a culpa funciona como pressuposto e limite da pena¹⁰³. Partindo desta ideia, Cláudia Santos afirma que «a culpa constitui uma barreira para o poder punitivo do Estado, ao ser apresentada como pressuposto e limite intransponível da pena. A culpa é, nessa medida, um pressuposto imprescindível para se poder afirmar a responsabilidade penal do sujeito, porque é ela que permite sustentar o merecimento de uma pena por parte daquele agente, e só esse merecimento de punição é ainda coerente com a afirmação da dignidade da pessoa que é punida»¹⁰⁴.

No entender de Claus Roxin «a culpa continua a ser o pressuposto decisivo da responsabilidade jurídico-penal. O facto de se fazer depender a possibilidade de punição da existência de culpa do sujeito tem como finalidade estabelecer um limite ao poder punitivo do Estado»¹⁰⁵.

Para Figueiredo Dias «o princípio da culpa constitui hoje uma máxima fundamental de todo o direito penal»¹⁰⁶ e por isso «constitui um princípio jurídico-constitucional imperativo»¹⁰⁷.

Recorre-se às palavras de Faria Costa para afirmar que «o princípio da culpa é, sem dúvida, um dos que mais dificuldades traz à aplicação da[s] medidas [restaurativas]»¹⁰⁸. Como referiu o Autor «a consagração do princípio *nulla poena sine culpa* [...] implica, de modo necessário, que a cominação de qualquer reacção criminal tenha de ter na sua base um juízo de censura ao agente. Mas, o juízo de censura que aqui vai pressuposto arranca, por seu turno, da ideia de que a única instância formal e materialmente capaz de o expressar é, em última análise, o tribunal. Daí que não haja pena sem culpa mas também não seja

¹⁰³ Vide artigo 40.º, n.º 2 do Código Penal e a parte desse estudo onde refletimos sobre o assunto.

¹⁰⁴ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 414.

¹⁰⁵ Cfr. Claus ROXIN – *Derecho penal - Parte General*. Tomo I, p. 798.

¹⁰⁶ Cfr. Jorge Figueiredo DIAS – *Direito penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Parte Geral. Tomo I, p. 510.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ Cfr. José Faria COSTA – *Diversão (Desjudicialização) e Mediação: Que Rumos?*, pp. 36 e 37.

possível conhecer uma pena *sine iudicio*. Logo, a consagração do princípio da culpa é conatural à aceitação de que as reacções criminais, em honra do princípio da garantia dos cidadãos, só podem ser aplicadas por tribunais»¹⁰⁹.

Perante isto, podemos entender que só se pode aplicar uma pena depois de se comprovar a culpa, daquele agente individualizado e de forma processualmente válida. O problema coloca-se quando estamos perante um sistema que encara o crime de modo diferente.

Como bem refere Cláudia Santos «na justiça restaurativa está implícita uma responsabilização do agente que não dispensa um certo juízo de culpa – apesar de esta não ser verificada e atribuída através de um julgamento penal, mas antes reconhecida pelo próprio»¹¹⁰.

No entanto, a resposta restaurativa pode existir mesmo sem que se mostre a existência da responsabilidade que funda o juízo de censura e/ou «sem a prova da responsabilidade dos factos que se busca no processo penal, mormente no processo penal»¹¹¹.

Assim, no entender de Cláudia Santos o ponto de que se deve partir «é o de que o princípio da culpa, que supõe a imprescindibilidade, para a punição, da formulação de um juízo de censura [...] não pode ter idêntico sentido em um modelo de reacção ao crime que não pretende a punição nem permite um juízo heterónimo de censura que suporta (e limita) uma condenação autoritária»¹¹². Deste modo, «o princípio *nulla poena sine culpa* parece não ter idêntica importância [...] em um sistema que não admite a *poena*»¹¹³, ou seja, se no sistema restaurativo «não há *poena*, como se pode afirmar a violação do princípio *nulla poena sine culpa?*»¹¹⁴.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 417. Por exemplo na Resolução 2002/12 do Conselho Social e económico da ONU, que assinala os princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, estabelece nos n.ºs 7 e 8 do Título II, a inadmissibilidade de tais práticas e, caso de inexistência de indícios e a impossibilidade de a participação do agente vir a ser valorada, em eventual processo judicial posterior, como admissão da culpa.

¹¹¹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 420.

¹¹² Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 421.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 421.

No nosso entender a questão que a Autora coloca é muito pertinente, porque se é certo que a Justiça Restaurativa não admite a condenação a uma pena sem culpa, porque «nela não vive nem a condenação nem a pena»¹¹⁵. Também é certo que na Justiça Restaurativa o agente pode assumir responsabilidades que logram comportar uma obrigação semelhante à da pena¹¹⁶.

Assim, quando o agente assume no seio da Justiça Restaurativa tais responsabilidades sem culpa ou para além da culpa será que existe violação do princípio da culpa?

Serão estas as duas situações que iremos analisar nas páginas seguintes.

2.1. A Justiça Restaurativa e a inexistência de culpa

Na justiça penal «a culpa representa a censura que se faz ao agente quando ele agiu de uma determinada maneira e podia e devia ter agido de outra»¹¹⁷, significa isto que «o juízo de culpa jurídico-penal é, portanto, um juízo formulado por outro que não o agente do crime»¹¹⁸, ou seja, o agente não tem culpa porque se sente culpado, mas porque foi considerado culpado num processo orientado para aferir a sua culpabilidade¹¹⁹.

No entender de alguns cultores do pensamento restaurativo a justiça penal ao atribuir grande relevo à questão da culpa, parece incentivar os arguidos a procurarem estratégias de negação dessa culpa. Se por um lado a Justiça Restaurativa é acusada de violar o princípio da culpa por atribuir ao agente deveres sem aferir, num processo válido, a sua culpabilidade, por outro é

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Em momento anterior do nosso estudo vimos que as obrigações que decorrem do acordo no âmbito das práticas restaurativas não são verdadeiras penas.

¹¹⁷ Cfr. José de Faria COSTA – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, pp. 223 e 224.

¹¹⁸ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 423.

¹¹⁹ Uma nota só para alertar que também no seio do direito penal existem situações em que se admite que o agente assuma determinadas responsabilidades sem que se tenha provado a sua culpabilidade em julgamento, referimo-nos por exemplo ao instituto da suspensão provisória do processo prevista no artigo 281.º do Código de Processo Penal.

condição necessária da Justiça Restaurativa que o agente reconheça a sua responsabilidade.

Perante isto, pode-se apreender que na Justiça Restaurativa o agente tem de reconhecer a sua culpa, enquanto que na justiça penal a culpa é-lhe atribuída por terceiros.

Mais uma vez, esta diferença decorre dos distintos fundamentos e das finalidades prosseguidas por cada um dos sistemas. Nas palavras de Cláudia Santos, «numa justiça penal [que tem como propósito] a defesa da comunidade [e por isso] pune de forma autoritária o agente de um crime, o respeito pela sua dignidade impõe a comprovação [...] da sua efectiva responsabilidade»¹²⁰. Diferentemente, num modelo criminal que pretende pacificar o conflito interpessoal entre agente e vítima de modo a lograr uma reparação, o que releva são as necessidades e as responsabilidades que cada um assume. O que, no entender de Cláudia Santos, é também uma manifestação do respeito pela dignidade e pela autonomia de cada um. Desta forma, podemos defender que no sistema penal a culpa vive uma “hétero-censura”¹²¹, enquanto que na Justiça Restaurativa vive uma “autocensura”¹²².

A partir daqui, podemos concluir que a atitude que se espera por parte do agente não é coincidente na esfera penal e na esfera restaurativa, enquanto que na Justiça Restaurativa é essencial que o agente reconheça a sua culpa, na justiça penal o agente em nada tem de contribuir para a demonstração da sua responsabilidade. Nas palavras de Teresa Beleza o agente no sistema penal «comporta-se [apenas] como mero espectador [...] não [podendo ser] responsável por essa atitude passiva, nem [podendo] ser por ela responsabilizado»¹²³, assim, enquanto que no sistema penal o agente tem um papel passivo¹²⁴, no sistema restaurativo tem um papel ativo.

¹²⁰ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 427.

¹²¹ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 428.

¹²² *Idem.*

¹²³ Cfr. Teresa BELEZA – “*Tão amigos que nós éramos*”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português, in RMP, n.º 74, pp. 50 e 51.

¹²⁴ Esta atitude passiva do agente assenta no *princípio da presunção de inocência* previsto no artigo 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e traduz-se no direito que o arguido tem de se remeter ao

Este papel ativo que se espera por parte do arguido pode ser entendido de duas formas: por um lado pela necessidade que o agente tem de admitir a sua culpa através de um reconhecimento interior dos factos que lhe são imputados¹²⁵ e por outro pela voluntariedade que assiste às práticas restaurativas, ou seja, o agente do crime só colabora em práticas restaurativas se assim o entender, não podendo ser obrigado a fazê-lo¹²⁶.

Nesta linha de pensamento, Cláudia Santos defende que, em certo sentido, pode-se afirmar que «o relevo que a vontade adquire na justiça restaurativa faz decrescer a importância do juízo de responsabilidade»¹²⁷. Se considerarmos o disposto no artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 21/2007 de 12 de junho, verificamos que o Ministério Público só remete o processo para mediação «se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime», daqui decorre que só depois de estar verificada a responsabilidade do agente com algum grau de certeza, o processo segue para mediação.

Podemos então concluir que, no caso das práticas restaurativas prescinde-se da verificação da culpa do agente, bastando que existam indícios da prática do crime, de que foi aquele agente a cometê-lo e que haja aceitação do acordo por parte do agente. Contudo, o facto de o agente aceitar participar nas práticas restaurativas e de aceitar o acordo alcançado não significa que está a assumir a culpa no delito.

silêncio de acordo com o disposto no artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal sob a epígrafe “direitos e deveres processuais” de modo a evitar a sua autoincriminação.

¹²⁵ Vide artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

¹²⁶ Vide artigo 3.º, n.º 6 e 7 da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Neste sentido, Francisco Amado FERREIRA entende que o agressor não pode ser coagido a assumir a autoria dos factos puníveis, nem a celebração do acordo pode ser imposta, senão estaríamos a contrariar a natureza voluntária das práticas restaurativas o que corresponderia a uma invalidade jurídica. Acrescenta ainda que se o processo restaurativo fosse obrigatório poderíamos estar a convertê-lo num ato inútil e a levar as partes a celebrarem o acordo a “qualquer custo” ou mesmo a serem manipuladas a fazê-lo o que levaria a um aumento da insatisfação e a um aumento do incumprimento dos acordos assumidos, cfr. Francisco Amado FERREIRA – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, pp. 31 e 32.

¹²⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 438.

2.2. A resposta Restaurativa e o Princípio da Proporcionalidade

Um problema relacionado com o princípio da culpa é o de saber se também se devem impor limites aos deveres assumidos pelo agente no âmbito das práticas restaurativas.

Já vimos que a culpa funciona como pressuposto e limite da pena no âmbito do sistema penal, também já vimos que o sistema restaurativo ao não atribuir uma pena, na aceção jurídico penal da palavra, não está limitado pelo princípio da culpa. Com isto, não se quer significar que no âmbito restaurativo o agente possa assumir qualquer tipo de responsabilidade, sem interferência de limites.

Impõe-se uma questão, não será este entendimento contrário àquilo que se espera da Justiça Restaurativa? Dito de outra forma, se a Justiça Restaurativa pretende pôr termo a um conflito interpessoal entre agente e vítima, porque não podem os intervenientes chegar a um acordo nos moldes que entenderem?

No nosso entender mesmo que se conclua que os deveres acordados no âmbito restaurativo não estão limitados pelo princípio da culpa, encontrar-se-ão sempre limitados por um juízo de proporcionalidade, duas razões de ideias parecem legitimar esta necessidade.

Por um lado, ao isentarmos a Justiça Restaurativa de qualquer limite podíamos estar a permitir que a resposta restaurativa «acabasse por conduzir a um resultado mais desvalioso e com base em um processo menos garantístico»¹²⁸. Por outro lado, a Justiça Restaurativa é regulada pelo Estado e por isso «não se pode admitir que o Estado fique “comprometido” por uma solução para o conflito que, por ser manifestamente desproporcionada, não pode já considerar-se justa»¹²⁹.

Para evitarmos estes riscos, e de modo a garantirmos uma adequada limitação das responsabilidades assumidas pelo agente nas práticas restaurativas torna-se necessário a consagração de determinadas exigências como: a verificação judiciária da existência de indícios da prática daquele crime; a garantia da voluntariedade; o esclarecimento; a igualdade na participação nas práticas

¹²⁸ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 444.

¹²⁹ *Idem.*

restaurativas; a existência de um controlo da proporcionalidade dos deveres assumidos pelo agente no acordo restaurativo¹³⁰.

Contrariamente ao aqui defendido, Carlota Pizarro de Almeida afirma que «todas as medidas devem ser admitidas, desde que não sejam humilhantes e ofensivas da dignidade do delinquente»¹³¹, sendo que neste caso devem ser rejeitadas pelo homologador. É a partir desta ideia que a Autora defende que a proporcionalidade deve ser entendida, no seio das práticas restaurativas, de forma muito lata, porque não existe ninguém melhor que as partes para aferir essa proporcionalidade. Acrescenta ainda que se criássemos um catálogo de medidas no âmbito restaurativo estaríamos a condicionar a liberdade das partes na escolha da melhor solução para o litígio.

Na nossa opinião, de facto criar um catálogo de medidas seria condicionar a vontade e a criatividade das partes na busca de uma solução que as partes entendem como justa para o conflito, no entanto defendemos que devem existir sempre meios de controlo para evitar situações de desproporcionalidade e de desigualdade. Desta forma, defendemos que antes de ser homologado o acordo, este deve ser sujeito a um controlo de legalidade por parte do Ministério Público¹³² de modo a que sejam evitados acordos desproporcionais à gravidade da ofensa. Além disso, devem ficar vedadas determinados tipos de obrigações, como por exemplo obrigações que limitem a liberdade do agente ou situações que o possam envergonhar perante terceiros.

Sendo o processo restaurativo um processo menos rígido que o sistema penal, não se pode admitir que no âmbito restaurativo as penas possam atingir um nível de gravidade inadmissível comparativamente à gravidade da ofensa e que o agente as aceite só para evitar ser submetido a julgamento.

¹³⁰ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 448.

¹³¹ Cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA – *A mediação perante os objetivos do direito penal*, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, p. 48.

¹³² Neste sentido, vide artigo 5.º, n.º 5 da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

IV. A Justiça Restaurativa, a Justiça Penal e a vítima

1. Breves considerações

Uma das grandes críticas que o pensamento restaurativo tece contra a justiça penal tem a ver com o “esquecimento da vítima”. Afirmam os cultores do pensamento restaurativo que a justiça penal não dá qualquer relevância àquilo que a vítima sente ou pretende no conflito, mantendo-a apenas à margem do processo penal, onde o conflito é assumido pelo Estado como defensor dos bens jurídicos essenciais da comunidade.

Assim, o agente do crime constitui o centro das atenções das políticas criminais clássicas, deixando para trás a vítima, onde os seus interesses são substituídos pela sociedade como um todo.

«A ausência de uma resposta cabal por parte do sistema penal tradicional, preocupado com a violação da norma e com a reintegração social do delincente, deixou um espaço para a afirmação da vítima enquanto sujeito»¹³³, solucionando-se assim o desequilíbrio existente entre o binómio vítima – arguido¹³⁴.

Pelo contrário, com a Justiça Restaurativa «o direito criminal deixa de estar centrado no criminoso e na sua punição para passar a encarar como primordial a posição da vítima e a reparação do mal que lhe foi infligido [...], o crime deixa de ser, essencialmente, uma ofensa à sociedade a que o estado tem de dar uma resposta para ser algo que se passa entre dois indivíduos e que tem de ser regulado entre ambos»¹³⁵.

Antes de avançarmos impõe-se determinar o conceito de vítima. No contexto que aqui nos importa, ou seja, no âmbito da Justiça Restaurativa vítima é a pessoa contra a qual foi praticado um crime¹³⁶.

¹³³ Cfr. Raúl ESTEVES – *A novíssima justiça restaurativa e a mediação penal*, in *Revista sub judice*, nº 37, p. 62.

¹³⁴ Cfr. Raúl ESTEVES – *A novíssima justiça restaurativa e a mediação penal*, in *Revista sub judice*, nº 37, p. 57.

¹³⁵ Cfr. Caetano DUARTE – *Justiça restaurativa*, in *Revista sub judice*, n.º 37, p. 49.

¹³⁶ Cfr. Sónia REIS – *A vítima na mediação penal em Portugal*, in *ROA*. Volume IIV, p.581.

Posto isto, cumpre analisar que papel tem a vítima no sistema penal português. Será, portanto, neste ponto que dedicaremos a nossa reflexão ao papel que a vítima desempenha no nosso sistema penal à questão do “regresso” da vingança privada e da privatização da justiça penal e aos institutos de consenso presentes no sistema penal.

2. A vítima na justiça penal portuguesa

Como já tivemos oportunidade de referir, uma das acusações que os defensores do pensamento restaurativo tecem contra o sistema penal consiste no “esquecimento da vítima”.

O “esquecimento da vítima” pode ser entendido de duas formas: por um lado, como a irrelevância da sua vontade para desencadear o processo penal e por outro, como a irrelevância da sua vontade no que toca à determinação da solução como forma de reação ao crime. Nas palavras de Cláudia Santos «a regra é, pois, a de que não cabe à vítima dizer se pretende ou não o processo penal, nem lhe é permitido moldar em função dos seus interesses a consequência imposta ao agente»¹³⁷. Uma vez que «a punição do agente não só é vista como um poder-dever do Estado [...], como também permanece estranha aos interesses da vítima na sua modelação, sendo antes determinada em função das necessidades comunitárias»¹³⁸.

Segundo Pablo Galain Palermo o facto de o direito penal ter como função a proteção dos bens jurídicos não tem de equivaler ao esquecimento da vítima, como veremos em momento oportuno, a vítima tem uma participação ativa no processo.

De facto, e utilizando as palavras de António García-Pablos de Molina «a vítima do crime sofreu de um secular e deliberado abandono. Teve o seu protagonismo máximo [...] durante a justiça primitiva, sendo depois drasticamente “neutralizada” pelo sistema legal moderno [...]. O sistema legal

¹³⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 511. Mesmo nos crimes particulares apesar de a vítima ter o poder para dar o impulso processual, não tem o poder para determinar a sanção aplicável ao agente.

¹³⁸ *Idem*.

[...] nasce já com o propósito deliberado de “neutralizar” a vítima, distanciando dos dois protagonistas que se enfrentam no conflito criminal, precisamente como garantia de uma aplicação serena, objectiva e institucionalizada das leis ao caso concreto»¹³⁹.

Na mesma linha de pensamento, Raúl Esteves afirma que o papel da vítima no processo penal tradicional é secundarizado para afastar o seu desejo de “vingança de sangue”¹⁴⁰, ficando os seus interesses pessoais absorvidos pelos interesses da comunidade. Contudo, no entender do Autor também não é correto afirmar que a vítima não tem um papel importante no processo penal vigente.

A própria Lei Fundamental no seu artigo 32.º, sob a epígrafe “garantias de processo criminal”, determina no n.º 7 que «o ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei».

Se olharmos para a lei vigente verificamos que o processo penal atual concede já amplos poderes de intervenção à vítima, desde logo no que diz respeito à sua constituição como assistente e ao direito de queixa que lhe assiste nos crimes semipúblicos e particulares¹⁴¹. No caso dos crimes de natureza particular a vítima tem ainda de deduzir acusação particular para que o processo possa prosseguir, nestes casos é a vítima que tem o poder de acusar, o que lhe confere uma grande margem de intervenção. No caso dos crimes semipúblicos ou particulares a vítima pode desistir do processo quando entender, ao fazê-lo retira a legitimidade ao Ministério Público em continuar com o processo. Acrescenta-se ainda que a vítima pode requerer a abertura de instrução¹⁴² e recorrer de uma sentença absolutória¹⁴³. Perante o que foi referido não podemos aceitar como correta a afirmação de que o sistema penal esqueceu a vítima.

¹³⁹ Cfr. António García-Pablos de MOLINA apud Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 507.

¹⁴⁰ Cfr. Raúl ESTEVES – *A novíssima justiça restaurativa e a mediação penal*, in *Revista sub iudice*, n.º 37, p. 57.

¹⁴¹ *Vide* artigo 49.º Código Processo Penal quanto aos crimes semipúblicos e artigo 50.º Código Processo Penal relativo aos crimes particulares e cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.15 e ainda, Carlota Pizarro de ALMEIDA – *A propósito da decisão - quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal*, in *RPCC*, Nº 3 pp. 390 e ss.

¹⁴² *Vide* artigo 287.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal.

¹⁴³ *Vide* artigo 69.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Penal.

No que concerne à sanção que é imposta ao agente, a vítima não tem qualquer poder participativo, nem lhe é permitido moldar a sanção imposta ao agente em função dos seus interesses.

Contudo, Cláudia Santos defende que o processo penal pressupõe uma certa instrumentalização da vítima ao ver a vítima como uma peça «indispensável ou apenas útil à produção de prova e à descoberta da verdade», sem, muitas vezes ter nada para lhe oferecer¹⁴⁴.

É nesta linha de pensamento que Cláudia Santos bem afirma que o direito penal é, e sempre será um direito puramente sancionatório, cujo objetivo é aplicar penas, de modo a que se consiga “evitar o contágio do crime”¹⁴⁵ e por isso «talvez não devamos continuar a exigir ao direito penal aquilo que o direito penal não nos pode dar»¹⁴⁶.

3. A descoberta da vítima e a dimensão interpessoal do conflito

Se pensarmos no conflito verificamos que podem existir duas dimensões diferentes, uma dimensão pública entre o Agente e o Estado, que surge como protetor do bem essencial que o Agente violou e uma dimensão interpessoal entre o Agente e a Vítima. É a dimensão interpessoal que justifica a descoberta da vítima como peça fundamental no conflito.

Para ilustrar essa posição tomamos como modelo o exemplo proposto por Cláudia Santos: «Álvaro tentou matar António, seu pai. A vida humana é um valor essencial [...] que a comunidade organizada em Estado não pode deixar de proteger. Por esse valor ser indisponível, o Estado punitivo deve promover o processo e aplicar a pena a Álvaro independentemente da vontade de António. O Estado quer mostrar a todos os seus cidadãos que aquele valor, a vida, preserva a sua essencialidade e vigência, não podendo ser desrespeitado.

¹⁴⁴ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 512.

¹⁴⁵ Cfr. Manuel da Costa ANDRADE; Jorge Figueiredo DIAS – Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena, p. 203.

¹⁴⁶ Cfr. Cláudia SANTOS – *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de “adultos” em Portugal*, in RPCC, Nº16, pp. 88 e ss.

Todavia, quando Álvaro tenta matar António, seu pai, não há só um conflito entre a sua conduta e um valor essencial e esse acontecimento não pode ser visto apenas como um pretexto para evitar males futuros. Há também, neste acontecimento, um conflito de natureza interpessoal que causa danos específicos a António. Neste conflito interpessoal, António tem uma papel fundamental»¹⁴⁷.

Se conseguirmos compreender que o crime pode ter mais do que uma dimensão, também conseguimos entender a necessidade de existir distintas possibilidade de resposta, ou seja, compreende-se que o sistema penal dê uma resposta à dimensão pública do crime, como defensor dos valores essenciais da comunidade, mas também compreende-se a necessidade de existir uma outra forma de resposta para a dimensão interpessoal do crime.

Como bem afirma Cláudia Santos, «ainda que a satisfação das necessidades da vítima não seja uma finalidade principal da justiça penal, a vítima tem um interesse específico na realização da justiça penal. Assim, se há um interesse da comunidade na produção de uma solução justa para a questão criminal, há também um interessa [sic] da vítima [...] na busca de uma resposta punitiva adequada ao seu conceito de justiça»¹⁴⁸. Contudo, o conceito pessoal de justiça pode não ser coincidente ou estar em conflito com valores maiores como a Justiça. Desta forma, apesar de existir um interesse da vítima em encontrar uma solução que entenda justa para o conflito, o sistema penal procurará sempre uma resposta justa que consiga satisfazer as finalidades que lhe estão impostas.

Assim, quando se reconhece que a resposta penal não responde de forma adequada às necessidades da vítima, não devemos defender a sua substituição por uma outra que preencha essa lacuna, porque existirão vítimas que não ficarão satisfeitas com os resultados alcançados através das práticas restaurativas, outras que preferirão a resposta dada pela justiça penal porque estão mais interessadas na punição do agente do que em encontrar respostas de consenso que ponham termo ao conflito interpessoal.

¹⁴⁷ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 569.

¹⁴⁸ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, pp. 570 e 571.

No fundo deve-se reter que convivem várias dimensões no conflito e que cada uma deve ser respondida através de modelos de reação ao crime diferentes, tendo em conta a função que cada um assume no conflito.

No nosso entender a justiça penal nunca poderá ser substituída pela proposta restaurativa, na medida em que, existem bens essenciais que caberá sempre ao Estado proteger. Além disso, como já tivemos oportunidade de referir a voluntariedade como um dos princípios da Justiça Restaurativa torna incompatível essa ideia de substituição do sistema penal.

O Estado como único detentor do *ius puniendi* não podia simplesmente deixar na total disponibilidade das partes a resolução do conflito criminal, sob pena de podermos estar a estimular a criminalidade e de estarmos a violar os princípios do Estado de Direito Democrático.

Neste sentido, a Justiça Restaurativa deve ser vista apenas como uma alternativa ao sistema penal que assume como função a pacificação do conflito interpessoal através do consenso. No entanto, temos de reconhecer que esse consenso nem sempre é possível, ou porque as partes já não têm vontade de se encontrarem ou porque apesar de se encontrarem não foi possível chegar a um entendimento. Quando assim é, existe sempre a possibilidade de se procurar a pacificação do conflito através da resposta punitiva estadual.

4. Os mecanismos de consenso previstos no Código de Processo Penal

Tendo em conta o objeto do nosso estudo, não poderíamos deixar de refletir sobre os mecanismos de consenso presentes no processo penal. Em certa medida podemos afirmar que o sistema penal tal como a Justiça Restaurativa procura, até certo ponto, o consenso entre as partes no conflito. A pena de prisão é a sanção mais grave do nosso sistema de justiça e por isso, apenas, deve ser utilizada em última ratio, pelo que deve-se dar primazia a outras formas menos graves para solucionar o conflito desde que sejam aptas a alcançar as finalidades estatuídas no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal. Neste sentido recorre-se muitas vezes a estes mecanismos de consenso.

Mas, será que com estes mecanismos de consenso o sistema penal cumpre os propósitos da Justiça Restaurativa, ficando assim mais perto do modelo restaurativo? Ou deve-se procurar preencher as lacunas existentes no sistema penal através da aplicação de outros modelos de resposta ao crime?

Antes de avançarmos com qualquer tentativa de resposta passemos à análise, ainda que sucinta, dos mecanismos de consenso presentes no processo penal, nomeadamente, da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo.

Abrimos um parêntesis só para referir que estes mecanismos de consenso são afloramentos do princípio da oportunidade e surgem com o objetivo de «dar respostas expeditas à pequena criminalidade, [...] sem nunca se perder, como norma e como objectivo do processo penal, a obrigatoriedade do exercício da acção penal e a procura da verdade material»¹⁴⁹; com estes meios de diversão pretende-se evitar a estigmatização e promover a socialização do agressor na sociedade. São pois alternativas à punição que visam responder a certas formas de ilícito criminal, «evitando-se assim os casos em que a punição implica mais desvantagens do que benefícios»¹⁵⁰.

Posto isto, a suspensão provisória do processo¹⁵¹ vem prevista no artigo 281.º do Código de Processo Penal, sob a epígrafe “suspensão provisória do processo”, e no seu n.º 1 podemos ler: «se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta». Na alínea a) do presente artigo verificamos que para este instituto ser aplicado é também necessária a concordância do agente e do assistente.

¹⁴⁹ Cfr. João Fernando Ferreira PINTO – *O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor*, in *A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*, p. 67.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ Como teremos oportunidade de verificar na segunda parte do nosso estudo, a Mediação encontra-se muito próxima do instituto da suspensão provisória do processo.

Nas palavras de João Ferreira Pinto a suspensão provisória do processo consiste «num acordo realizado entre o Ministério Público, o arguido, o assistente e o juiz de instrução, para o qual deve atender-se ao carácter diminuto da culpa»¹⁵².

No que toca ao processo sumaríssimo previsto nos artigos 392.º a 398.º do Código de Processo Penal, lê-se no artigo 392.º, n.º 1 que «em caso de crime punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou só com pena de multa, o Ministério Público, por iniciativa do arguido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, requer ao tribunal que a aplicação tenha lugar em processo sumaríssimo» e no n.º 2 que «se o procedimento depender de acusação particular, o requerimento previsto no número anterior depende da concordância do assistente». Desde logo verificamos que o assistente só intervém se estivermos perante um crime particular, restringindo-se a sua intervenção apenas a este caso.

No entender de Cláudia Santos «a diferença fundamental [entre estes dois mecanismos de diversão] prende-se com a legitimidade para a conformação da solução relativamente à qual depois se manifesta (ou não) concordância. Na suspensão provisória do processo e no processo sumaríssimo, não existe uma construção do conteúdo da solução por aqueles que foram os intervenientes no conflito concreto (o agente do crime e a sua vítima). A solução [...] é conformada pelas autoridades judiciais em função das finalidades de aceitarem ou não tal solução, mas não a possibilidade de influenciarem decisivamente o seu conteúdo»¹⁵³.

Posto isto, podemos concluir que os mecanismos de consenso previstos no processo penal diferenciam-se do consenso previsto no âmbito das práticas restaurativas. O processo penal, através dos referidos institutos apenas dá a possibilidade à vítima de concordar ou não com a aplicação do instituto, mas no

¹⁵² Cfr. João Fernando Ferreira PINTO – *O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor*, in *A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*, p. 71.

¹⁵³ Cfr. Cláudia SANTOS, *ob. cit.*, p. 582.

que concerne às obrigações ou imposições que o agente do crime tem de assumir, em nada dependem da sua vontade.

Contrariamente ao que acontece com a Justiça Restaurativa onde a vítima, ainda que juntamente com o agressor através do consenso, intervém ativamente na determinação das obrigações que o agente deve assumir para que seja posto termo ao conflito interpessoal.

Parte II

A MEDIAÇÃO PENAL

I. A Mediação Penal como um novo conceito de Justiça baseado na ideia de Justiça Restaurativa

1. Considerações iniciais

A Mediação Penal é definida por José Vasconcelos-Sousa como «um processo em que os indivíduos envolvidos numa negociação utilizam uma pessoa, o mediador, que é neutro em relação ao resultado da negociação, para os apoiar e guiar nas diversas fases da mesma»¹⁵⁴. Trata-se, pois, de uma forma de negociação assistida por um terceiro imparcial, que tem como função levar os intervenientes a chegarem a um acordo que satisfaça as pretensões da vítima, evitando-se assim a estigmatização do delinquente e o trauma a que a vítima está sujeita perante um longo e moroso processo judicial. Este novo modelo de justiça é conhecido como modelo vítima-agressor por ter na sua génese a participação ativa da vítima e do infrator.

A implementação deste novo modelo de reação ao crime colheu, na ordem interna portuguesa, reações positivas por parte de alguns Autores, como por exemplo Rui Pereira¹⁵⁵ que olha para a Mediação Penal como um instrumento suplementar, importante, na realização da justiça e Carlota Pizarro de Almeida, que vê a Mediação Penal como um mecanismo que «devolve um rosto à justiça e reata os laços de cada pessoa com o Outro»¹⁵⁶. Noutro sentido, Autores como Germano Marques da Silva alertam para a importância de se «evitar mecanismos

¹⁵⁴ Cfr. José VASCONCELOS-SOUSA *apud* Teresa Pizarro BELEZA; Helena Pereira MELO – *A mediação penal em Portugal*, pp. 35 e 36.

¹⁵⁵ Cfr. Rui PEREIRA – *A Introdução da Mediação no Direito Penal in* Colóquio Discussão Pública do Anteprojecto de Proposta de Lei sobre Mediação Penal. Alguns textos, p. 27.

¹⁵⁶ Cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA – *A mediação perante os objectivos do direito penal in* A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, p. 51.

simplesmente paralelos aos tribunais que rapidamente ficarão também saturados se os meios não forem adequados»¹⁵⁷. Contudo, afirma o Autor que «uma das virtualidades da mediação é precisamente a de permitir soluções mais individualizadas, mais moduladas à situação concreta»¹⁵⁸ e que «uma relação de compreensão pode mais facilmente conduzir à ressocialização do delinquente e à própria protecção da vítima contra agressões futuras do que o sistema judicial de natureza impessoal e estigmatizante»¹⁵⁹.

Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, 2ª parte da Lei 21/2007¹⁶⁰ podemos verificar que o legislador determina como objetivos da Mediação Penal, a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e a restauração da paz social.

Face ao sistema penal tradicional podemos apontar como vantagens da Mediação Penal: a redução de custos, a simplificação do processo, a delimitação dos resultados do acordo pelos intervenientes no conflito, o descongestionamento dos tribunais no que toca à pequena e média criminalidade e o recurso à via judicial em caso de frustração do acordo ou de desistência da mediação.

Dito isto, cumpre analisar de forma crítica a Lei que implementou a Mediação Penal em Portugal há mais de dez anos, apontando, sempre que possível, os problemas e as limitações da sua aplicação.

2. Enquadramento legal

O impulso para a adoção das práticas restaurativas deveu-se a um conjunto de diplomas supranacionais, cuja influência foi fundamental para que os Estados Membros adotassem na ordem interna medidas restaurativas, no âmbito do direito penal.

¹⁵⁷ Cfr. Germano Marques da SILVA – *A mediação penal – Em busca de um novo «paradigma»?,* in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, p. 108.

¹⁵⁸ Cfr. Germano Marques da SILVA, *ob. cit.*, p. 103.

¹⁵⁹ Cfr. Germano Marques da SILVA, *ob. cit.*, pp. 100 e 101.

¹⁶⁰ Lei que implementou o Instituto da Mediação Penal em Portugal.

Pela importância relativamente ao tema em estudo, destacamos a Recomendação n.º R (99) 19, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 15 de setembro de 1999, sobre a mediação penal; a Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001 e a Resolução do Conselho Económico e Social da Organização das Nações Unidas n.º 2002/12, de julho de 2002, relativa ao estatuto da vítima.

Todos estes diplomas propõem que os Estados Membros adotem medidas restaurativas em matéria penal. Assim, a referida Recomendação sugere que se definam as linhas orientadoras para facilitar o recurso à mediação em matéria penal. Por sua vez, a Resolução enuncia os princípios básicos a que devem obedecer os programas restaurativos em matéria criminal e a Decisão-Quadro, determina que cada Estado Membro deve «esforçar-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infrações que considere adequadas para este tipo de medida»¹⁶¹ e assegurar «que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação em processos penais»¹⁶². Enquanto que a Recomendação e a Resolução contêm apenas normas não vinculativas para o Estado Português, a Decisão-Quadro impõe, a Portugal, a obrigação de adotar na ordem interna a Mediação Penal como prática restaurativa¹⁶³.

Para dar cumprimento às obrigações provenientes do artigo 10.º da Decisão-Quadro, Portugal em 2007 implementou o regime da Mediação Penal através da aprovação da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

Neste sentido, a Lei-Quadro n.º 51/2007, de 31 de agosto, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio de 2007-2009, determinou no seu artigo 12.º, n.º 1, alínea g) que os Magistrados do Ministério Público, no âmbito das suas competências, devem privilegiar o recurso à Mediação Penal relativamente aos crimes a que alude o artigo anterior, *i.e.*, o

¹⁶¹ Vide artigo 10.º, n.º 1 da Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001 e a Resolução do Conselho Económico e Social da Organização das Nações Unidas n.º 2002/12, de julho de 2002.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ Neste sentido, cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *A Mediação Penal em Portugal*, p. 13.

artigo 11.º da referida Lei. Se analisarmos o aludido artigo verificamos que alguns dos crimes elencados encontram-se excluídos do âmbito de aplicação material da Mediação Penal, neste sentido André Lamas Leite crítica a opção do legislador, por remeter para mediação crimes que estão fora do seu âmbito material¹⁶⁴. No nosso entender, existe de facto uma contradição entre os crimes previstos no artigo 11.º da Lei de Política Criminal e o âmbito de aplicação material da Mediação Penal, contudo, se alguns dos crimes previstos estiverem fora do âmbito de aplicação material da Mediação Penal, não se deve dar prevalência pela sua resolução através da mediação, mas sim através de outros mecanismos de consenso previstos no artigo 12.º, do referido diploma.

Solução idêntica adotou no artigo 16.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 38/2009, de 20 de julho, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2009-2011.

Referimos ainda que antes da entrada em vigor da presente Lei, existiu um anteprojeto que foi alvo de discussão pública e que admitia algumas soluções distintas das agora vigentes.

3. Âmbito de aplicação material e a questão dos crimes públicos

A Decisão-Quadro concedeu aos Estados Membros uma grande liberdade na determinação quanto aos tipos legais de crime sujeitos a Mediação Penal.

Assim, contrariamente ao que se previa no anteprojeto, onde o legislador admitia o recurso à Mediação Penal de crimes de natureza pública, no diploma em vigor verifica-se que o legislador decidiu limitar o âmbito de aplicação material da Mediação Penal aos crimes semipúblicos (contra as pessoas ou contra o património) e aos crimes particulares¹⁶⁵. Deste modo, o legislador optou por fixar em termos mínimos as regras que determinam no caso concreto a possibilidade de se recorrer ou não à mediação.

Esta alteração face ao que estava previsto no anteprojeto mereceu a concordância de muitos Autores. No entender de João Ferreira Pinto, os crimes

¹⁶⁴ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.26.

¹⁶⁵ *Vide* artigo 2.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

públicos não devem poder ser objeto de Mediação Penal porque «neles está em causa, primordialmente, um interesse público que o Estado pretende acautelar, através do exercício da acção penal, por motivos, essencialmente, de prevenção geral. Nestes crimes a vontade da vítima é inoperante e irrelevante»¹⁶⁶. No mesmo sentido, André Lamas Leite afirma que «admitir nos crimes públicos, como regra, o recurso a este mecanismo de *diversion*, seria introduzir entorses ao entendimento de bem jurídico fundante do étimo da essência da materialidade definidora do delito»¹⁶⁷.

Nos crimes de natureza pública existem interesses coletivos que devem prevalecer às vontades individuais e que, cabe ao Estado como detentor do *ius puniendi* salvaguardar, a fim de cumprir a exigências prescritas no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal. Neste sentido, Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo afirmam que se compreende que «a Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, exclua [d]o recurso à mediação [os] crimes públicos, uma vez que o legislador penal entendeu que a prossecução dos objectivos visados através da sua tipificação não poderia ser deixada na dependência da vontade, da livre actuação das pessoas particulares»¹⁶⁸.

Como tal, entendemos que a Mediação Penal deve ficar excluída no que toca aos crimes de natureza pública¹⁶⁹, uma vez que não se pode deixar na disponibilidade das partes a iniciativa de submeter ou não uma causa a julgamento. Se assim não fosse estar-se-ia a pôr em causa o princípio da oficialidade¹⁷⁰, que «dispõe que a iniciativa de investigar uma notícia do crime e

¹⁶⁶ Cfr. João Fernando Ferreira PINTO – *O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor* in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, p. 80.

¹⁶⁷ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.56.

¹⁶⁸ Cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *A Mediação Penal em Portugal*, p.60.

¹⁶⁹ Em sentido contrário parece ir o entendimento de Cláudia SANTOS – *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, pp. 96 e 97.

¹⁷⁰ *Vide* artigo 219.º, n.º 1 da Constituição e artigo 48.º do Código de Processo Penal.

a decisão de submeter o facto criminoso a julgamento cabe a uma entidade oficial, o MP»¹⁷¹.

Dessa forma, andou bem o legislador ao excluir do âmbito de aplicação material da mediação os crimes públicos, optando por limitar o recurso à mediação apenas aos crimes onde a intervenção do Estado está dependente da vontade da vítima, já que se encontra na total disponibilidade das partes dar início ao processo através da queixa e de pôr fim ao mesmo, através da desistência da queixa, podendo fazê-lo até à publicação da sentença da 1.ª instância¹⁷². Ora, no nosso entender isto justifica-se «face à ténue censurabilidade da conduta do agente e ao diminuto ou nulo abalo social provocado, é compreensível que o Estado não sinta necessidade de promover a acção penal, por não haver grande interesse social na punição»¹⁷³.

No entanto, Autores como Paulo Pinto de Albuquerque afirmam que «a mediação entre a vítima e o arguido não é obrigatória e ampla, como deveria ser pelo menos nos crimes particulares e semipúblicos. Ao invés, o governo propõe uma mediação facultativa e muito limitada materialmente»¹⁷⁴. Quanto a este aspeto, defende Francisco Amado Ferreira que, se o processo restaurativo fosse obrigatório poderíamos estar a convertê-lo num ato inútil e traduzível num puro desperdício de tempo e de recursos ou, a aumentar o risco de as partes celebrarem o acordo a “qualquer custo” ou mesmo a serem manipuladas a fazê-lo, o que levaria a um aumento da insatisfação e a um aumento do incumprimento dos acordos assumidos¹⁷⁵.

¹⁷¹ Cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *A Mediação Penal em Portugal*, p.60. Contudo, podemos apontar alguns desvios a este princípio como sejam os crimes semipúblicos, os crimes particulares, as denúncias anónimas sem fundamento e os crimes públicos em que é admissível a ação popular.

¹⁷² Vide artigo 116.º, n.º 2 do Código Penal para os crimes semipúblicos e artigo 117.º do mesmo diploma legal para os crimes particulares. Neste sentido, cfr João Fernando Ferreira PINTO – *O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*, p. 80.

¹⁷³ Cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *A Mediação Penal em Portugal*, p.63.

¹⁷⁴ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 679.

¹⁷⁵ Cfr. Francisco Amado FERREIRA – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, pp. 31 e 32.

3.1. As restrições expressamente previstas no âmbito de aplicação material

No artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, o legislador tomou como opção excluir expressamente determinados tipos de crime do âmbito de aplicação material da Mediação Penal, importa referir que as alíneas não são de aplicação cumulativa, ou seja, basta estar verificada uma das exclusões para que a mediação não seja aplicada. Pelo interesse no nosso estudo e até para uma maior compreensão analisaremos cada uma das alíneas separadamente.

Na alínea a), do artigo em questão o legislador delimitou o recurso à mediação apenas aos crimes cuja pena não seja superior a 5 anos, excluindo expressamente a criminalidade considerada como “grave”. Esta opção justifica-se, na medida em que a mediação penal não consegue responder de forma adequada às exigências de prevenção vertidas no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal, nestes casos só a resposta punitiva é capaz de restabelecer a paz e a confiança da comunidade abalada pelo delito.

Nos termos da alínea b), excluem-se os crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, nomeadamente os crimes de coação sexual, de violação, de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, de importunação sexual, de fraude sexual e de atos sexuais com adolescentes. Tal como afirmam Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo, a mediação estaria sempre excluída, nos termos da alínea a), para os crimes de coação sexual, de violação e de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, uma vez que a pena aplicada é superior a 5 anos. No nosso entender o legislador quis salvaguardar eventuais alterações futuras na natureza do crime.

Relativamente aos demais crimes contra a liberdade sexual, o legislador entendeu por bem prevenir a chamada vitimização secundária, na medida em que tratando-se de uma mediação direta, o contacto entre a vítima e o agressor poderia ser uma forma de infligir mais violência à vítima¹⁷⁶. No mesmo sentido, André Lamas Leite refere que «além das óbvias dificuldades em conseguir uma

¹⁷⁶ Neste sentido, cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *A Mediação Penal em Portugal*, p.72.

mediação cara-a-cara [...] e de manter o indispensável equilíbrio de forças em todo o processo, existem sempre assinaláveis riscos de múltipla vitimização do ofendido [...], para já não falar nos movimentos que advertem para que uma solução negociada nestes tipos legais é apta a conduzir a uma percepção de que os comportamentos que encerram não são verdadeiros crimes»¹⁷⁷. Contrariamente, Cláudia Santos defende que o próprio processo penal é muitas vezes apontado como causador de uma segunda vitimização, e que as vítimas como muitas vezes não querem revelar pormenores íntimos e particularmente traumáticos perante uma plateia, cujo formalismo tem dificuldades em entender, optam por não desencadear o processo penal. Neste sentido, defende a Autora que outras formas de intervenção perante o agressor podem ser desejadas pela vítima, que está sempre salvaguardada pela sua manifestação de vontade de desejar ou não o encontro com o agressor¹⁷⁸.

Quanto a estes tipos legais de crime, parece-nos que a sociedade olha-os com especial censurabilidade e perversidade, pelo que nunca seria bem aceite pela comunidade que ao agressor, em vez de lhe ser aplicada uma pena, fosse-lhe dada a possibilidade de simplesmente pedir desculpa pelo mal que causou à vítima, o que, no nosso entender poderia levar, em última análise, a um aumento da prática desse tipo de crimes, uma vez que o agressor não sentiria o “peso da punição”. Neste sentido, André Lamas Leite afirma que uma solução negociada neste tipo de crime é apta a conduzir a uma percepção que os crimes em questão não são verdadeiros crimes¹⁷⁹.

No que concerne à alínea c), o legislador exclui expressamente da Mediação Penal os crimes de peculato, corrupção e tráfico de influências, opção que parece ter a ver com a especial importância dos bens jurídicos em causa, e que não é alheio ao movimento de política criminal de luta contra estas formas delituais. André Lamas Leite, refere uma desatenção do legislador por ter excluído do

¹⁷⁷ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, pp.65 e 66.

¹⁷⁸ Cfr. Cláudia SANTOS – *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, pp. 97 e 98.

¹⁷⁹ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.66.

âmbito material da mediação crimes que são por natureza públicos e como tal já excluídos por força do artigo 2.º, n.º 1 da referida Lei. Acresce ainda, o Autor, que mesmo que se enquadrasse esse tipo de crimes nos crimes de natureza semipública, também estariam excluídos do âmbito material da mediação, visto não se tratar de crimes contra as pessoas ou património¹⁸⁰. Neste sentido, alguns Autores entendem que estamos perante uma redundância, pelo que defendem a eliminação da referida alínea¹⁸¹.

Relativamente à alínea d), o legislador consagrou que o ofendido deve ter idade igual ou superior a 16 anos para poder recorrer à Mediação Penal, no âmbito da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Se olharmos para os artigos 19.º, 38.º, 68.º, n.º 1 e 103.º todos do Código Penal, verificamos que o legislador entende que é a partir dos 16 anos que o agente e ofendido atingiram «a sua maturidade psíquica e espiritual»¹⁸², como tal apenas nessa idade possuem o discernimento necessário para entender o alcance e o significado da Mediação Penal¹⁸³. Antes dos 16 anos, o agente ou o ofendido são considerados incapazes em razão da idade e por isso é-lhes concedida especial proteção no âmbito do direito penal. Quanto a isto, abrimos uma parêntesis apenas para referir que no âmbito da Lei Tutelar Educativa n.º 166/99, de 14 de setembro, prevê-se a figura da mediação, aplicada aos casos em que um jovem com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos pratica um facto qualificado pela lei penal como crime.

Na alínea e), o legislador exclui a mediação sempre que seja aplicável o processo sumário e sumaríssimo, André Lamas Leite defende que estamos perante uma menção redundante, pois tendo em conta os pressupostos da mediação, esta seria incompatível com o rápido processamento do processo sumário ou com o consenso exigido no processo sumaríssimo. No nosso entender, o legislador apenas quis excluir a mediação dos casos em que «o

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ Cfr., por exemplo, Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *A Mediação Penal em Portugal*, p.73.

¹⁸² Cfr. Jorge Figueiredo DIAS – *Direito penal – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Parte Geral. Tomo I, p. 594.

¹⁸³ No nosso entender, a proibição deve-se estender também aos interditos e inabilitados, uma vez que lhes assistem as mesmas razões que aos menores de 16 anos.

arguido tiver sido detido em flagrante delito (caso em que será julgado em processo sumário) ou se o Ministério Público considerar que ao caso deve ser aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade (situação em que tem lugar o processo sumaríssimo)»¹⁸⁴, uma vez que nestes casos já se encontram respeitados os princípios da celeridade e economia processuais¹⁸⁵. O legislador ao tomar essa decisão, reduz ainda mais os casos em que se pode recorrer à Mediação Penal, deste modo, podemos afirmar que o legislador optou por assumir uma posição minimalista no que toca aos casos que podem ser remetidos para mediação. Contudo, Cláudia Santos crê que a solução obtida através da Mediação Penal é mais vantajosa para o ofendido e para o arguido do que a solução obtida em processo sumaríssimo, por um lado porque só no caso dos crimes particulares se exige a concordância do assistente e por outro porque não é possível a intervenção de partes civis, ficando desta forma prejudicado o pedido de indemnização civil, apesar de se aceitar que o lesado possa manifestar a intenção de ser ressarcido pelos danos causados¹⁸⁶.

Tendo em conta o *supra* exposto, defendemos que se devia pensar na possibilidade de se acrescentar uma alínea, através da qual se excluía da Mediação Penal os agentes que já tenham beneficiado da mediação em crimes da mesma natureza, desde que esta tenha sido concluída com sucesso, para com isto evitar-se uma possível reincidência dos agentes que já tenham sido sujeitos a Mediação Penal, analogamente ao que sucede no instituto da suspensão provisória do processo (artigo 281.º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Penal). Com isto, a Mediação Penal seria entendida como uma oportunidade única para o agente se redimir de um comportamento do qual se arrepende, sem ser sujeito a um processo moroso e estigmatizante, que pode trazer mais desvantagens do que vantagens.

¹⁸⁴ Cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *A Mediação Penal em Portugal*, p.77.

¹⁸⁵ Cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *ob. cit.*, p. 78.

¹⁸⁶ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, pp. 682 e 683 e ainda *vide* artigos 392.º, n.º 2 e 393.º, n.ºs 1 e 2.

4. O momento da remessa do processo para Mediação Penal

Neste ponto iremos analisar algumas questões vertidas no artigo 3.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, nomeadamente, em que momento deve ser o processo remetido para mediação e quais os requisitos necessários para que o processo seja remetido para mediação.

Relativamente ao momento em que o processo deve ser remetido para mediação, o artigo 3.º, n.º 1, 1ª parte, do referido diploma atribui ao Ministério Público a faculdade de o fazer «em qualquer momento do inquérito». Isto significa que o legislador optou por integrar o instituto da mediação dentro do processo penal, considerando-a como uma alternativa ao julgamento.

Contrariamente ao que se previa no anteprojeto, onde o legislador distinguia duas fases conforme estivessemos no âmbito do crimes públicos, onde o Ministério Público apenas podia remeter o processo para mediação findo o inquérito ou no âmbito dos crimes semipúblicos e particulares, onde o Ministério Público podia remeter o processo para mediação assim que recebesse a *notitia criminis*. Na Lei vigente, o legislador optou por limitar o recurso à mediação apenas à fase de inquérito, deixando total liberdade ao Ministério Público para decidir em que momento do inquérito é mais adequado remeter o processo para mediação. Carlota Pizarro de Almeida, por exemplo, acolhe a opção do legislador, afirmando que há maiores vantagens na aplicação do processo de mediação antes da “marcha do processo”¹⁸⁷, *i. e.*, numa fase inicial do processo criminal, uma vez que existe uma maior predisposição das partes em seguirem mecanismos de reparação consensual antes de ser produzida qualquer acusação formal.

A remessa do processo para mediação determina a suspensão do prazo que o Ministério Público tem para acusar, dos prazos máximos do inquérito e dos prazos de prescrição do procedimento criminal, nos termos do artigo 7.º, da Lei 21/2007, de 12 de junho.

¹⁸⁷ Cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA - *A propósito da decisão – quadro do conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, n.º 3, p. 407.

Posto isto, alguns Autores¹⁸⁸ defendem que a mediação devia ser possível em qualquer fase do processo. Quanto a nós, pensamos que o legislador tomou a decisão correta, visto que numa fase inicial a mediação trará mais vantagens no que toca aos crimes semipúblicos e particulares, no entanto, no que toca aos crimes públicos, defendemos que a mediação poderia contribuir para a ressocialização do delinquente, se aplicada numa fase pós-sentencial. Com isso, não defendemos que a vítima tenha alguma influência na medida da pena a aplicar até porque, como bem afirma Carlota Pizarro de Almeida esta possibilidade levaria a uma clara violação do princípio da dignidade e da adequada administração da justiça, além de que seria contrário aos princípios estruturantes da Mediação Penal, como sejam o diálogo aberto e a desconstrução do conflito¹⁸⁹. Numa fase posterior, entendemos que possa contribuir para a socialização do delinquente, uma vez que «todos sabemos que nos vemos como [julgamos] que os outros nos veem»¹⁹⁰. Ora isto significa que, se resolvermos o conflito longe dos olhares da sociedade, não somos vistos por ela como criminosos o que, na nossa humilde opinião, pode contribuir para que o agente se insira na sociedade mais facilmente.

4.1. Os requisitos exigidos para que o processo seja remetido para Mediação Penal

Verificado o momento em que o Ministério Público deve remeter o processo para mediação, cabe-nos perceber quais os requisitos exigidos pelo legislador para que seja possível a remissão. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte, o legislador exige que estejam verificados dois requisitos cumulativos: (i) a recolha

¹⁸⁸ Alguns exemplos, cfr. João Fernando Ferreira PINTO – *O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor*, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, p. 80 e André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.70.

¹⁸⁹ No mesmo sentido, cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA - A propósito da decisão – quadro do conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, n.º 3, p. 407 (nota de rodapé).

¹⁹⁰ Cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA - *A propósito da decisão – ob. cit.*, p. 403.

de indícios da prática de crime e quem é o seu autor e (ii) que a mediação seja apta a satisfazer as exigências de prevenção.

De acordo com o artigo 262.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, «o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação», para nós, quando o Ministério Público estiver em condições de formular uma eventual acusação, estará em condições de remeter o processo para mediação, uma vez que, como bem afirma André Lamas Leite «a mera assunção de qualidade de suspeito [...] não é apta a permitir a mediação»¹⁹¹. Nestes termos, defendemos que a remessa do processo para mediação devia ocorrer apenas na fase final do inquérito, ou seja, quando o Ministério Público se encontra em condições de formalizar uma acusação. No nosso entender, apenas nesta fase o Ministério Público sabe com um elevado grau de certeza se foi praticado o crime e quem o praticou mas, com base nos elementos recolhidos durante o inquérito e atendendo a questões de prevenção decide remeter o processo para mediação. Deste modo, evita-se que o Ministério Público use a mediação como forma de carrear para o processo provas que de outro modo não conseguiria obter ou como forma de alargar os prazos do inquérito.

Como segundo requisito, o legislador determinou que devem ser remetidos para mediação os casos em que seja possível realizar a satisfação das exigências de prevenção. Para isso, o legislador exige que o Ministério Público, antes de tomar uma decisão, faça um *juízo de prognose* no sentido de avaliar se a mediação naquele caso concreto é apta a satisfazer as exigências de prevenção. Ora, no nosso entender e conforme tivemos oportunidade de referir anteriormente, a Mediação Penal não é apta a prosseguir finalidades preventivas gerais, na medida em que não consegue dissuadir a comunidade de cometer crimes, no entanto entendemos que a mediação possa prosseguir finalidades preventivas especiais, na medida em que o encontro frente a frente entre agressor e vítima e a aplicação prática do acordo pode dissuadir o agente de

¹⁹¹ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.73.

praticar novos crimes no futuro, uma vez que o obriga a tomar consciência do mal que causou à vítima. Não acompanhamos pois, o entendimento de que a prevenção especial na mediação tem um papel pouco relevante ou mesmo inexistente. Todavia, não se pode negar que o agente ao resolver o conflito através da mediação deixa de ser visto como um “criminoso” pela sociedade, evitando-se «o efeito estigmatizante, dessocializador e criminógeno das penas privativas da liberdade, que se tem revelado prejudicial à ressocialização dos condenados»¹⁹². Através deste requisito o Ministério Público consegue filtrar os casos que devem ser sujeitos a mediação, permitindo-se, desta forma, que o Tribunal fique “livre” das chamadas “bagatelas penais”.

Assim, defendemos que o Ministério Público deve remeter o processo para mediação sempre que esteja perante uma causa que possa ser resolvida através desse mecanismo alternativo, até porque muitas vezes estamos perante situações de desentendimento entre amigos, familiares ou conhecidos que, muito provavelmente só precisam de uma oportunidade para se entenderem longe dos Tribunais. Se pelo contrário entender que não é possível ou que será difícil a sua resolução através da mediação, deve decidir pela acusação e levar o caso a julgamento.

Para André Lamas Leite a reparação dos danos causados à vítima devia ser aditada ao artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte, como requisito necessário para se remeter o processo para mediação. No entender do Autor o Ministério Público devia «fazer um juízo de prognose favorável quanto à reparação do dano causado pelo crime»¹⁹³. Neste sentido, o Autor defende que se face aos elementos disponíveis, o Ministério Público entender que essa reparação será muito difícil ou impossível, não deve remeter o processo para mediação, uma vez que a reparação assume foros de centralidade na mediação. Quanto a nós, não podemos aceitar que a reparação dos danos sofridos pela vítima seja aquilo que a mediação pretende alcançar e ao mesmo tempo seja uma condição necessária para que o processo seja remetido para mediação. Parece-nos um pensamento contraditório, pelo que não perfilhamos o entendimento do Autor.

¹⁹² Cfr. Teresa Pizarro BELEZA e Helena Pereira de MELO – *ob. cit.*, p. 87.

¹⁹³ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.50.

Deixamos apenas a nota de que o arguido e o ofendido também podem requerer a mediação nos termos do artigo 3.º, n.º 2. No entender de Maria Manuel Bastos esta decisão do legislador teve como intuito «mitigar uma possível resistência da magistratura à mediação»¹⁹⁴, porém se apenas um deles (arguido ou ofendido) manifestar vontade em participar, essa manifestação será insuficiente, na medida em que o legislador exige que ambos manifestem vontade em participar, caso contrário o Ministério Público entende que não estão reunidas as condições para participarem na Mediação Penal.

Daqui decorre, que o Ministério Público é «sem dúvida, um dos principais actores da mediação penal e, certamente, aquele que mais irá contribuir para o sucesso ou insucesso da mediação. Desde logo, porque na generalidade dos casos é o Ministério Público que dá o impulso inicial para que os autos sejam remetidos para a mediação penal (art.º 3.º, n.º 1) e, porque compete-lhe fiscalizar a verificação dos respetivos pressupostos formais e materiais (art.º 3.º, n.º 2)»¹⁹⁵, quando os autos são remetidos para mediação a pedido do ofendido e do arguido. Desta forma, o legislador deixou na discricionariedade do Ministério Público a escolha dos casos que devem ser remetidos para mediação.

5. A Mediação Penal e o Princípio da Voluntariedade

Recorrendo às palavras de Francisco Amado Ferreira «a participação dos sujeitos a mediar envolve a sua cooperação, um interesse sério e uma vontade livre, esclarecida e actual acerca dos seus direitos, da natureza do processo de mediação e das consequências possíveis da sua “decisão-composição”, afastando-os, portanto, de uma actuação impositiva e unilateral própria do sistema judicial»¹⁹⁶. Neste ponto iremos abordar a questão do princípio da voluntariedade como um princípio basilar no âmbito da mediação orientador da vontade dos mediados.

¹⁹⁴ Cfr. Maria Manuel Bastos - *Justiça restaurativa*, in Revista sub judice, n.º 37, p. 91.

¹⁹⁵ Cfr. João Conde CORREIA – *O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal*, in Revista do Ministério Público, n.º 112, pp. 57 e 58.

¹⁹⁶ Cfr. Francisco Amado FERREIRA – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, p. 29.

O princípio da voluntariedade encontra-se mencionado no artigo 3.º, n.ºs 5 e 7 e no artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. No n.º 5 do aludido artigo pode ler-se que «o mediador contacta o arguido e o ofendido para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação» e no seu n.º 7 que «se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento», podendo esse consentimento ser revogado a qualquer momento, quer pelo arguido, quer pelo ofendido, como resulta do artigo 4.º, n.º 2 do diploma em análise. Perante isto, podemos verificar que da própria Lei resulta uma proibição de constranger ou de coagir, quer o infrator, quer a vítima a participarem na mediação.

Para Cláudia Santos, existem dois momentos essenciais no que respeita à manifestação de vontade: num primeiro momento exige-se a vontade de participar, sendo certo que esta deve ficar sempre sujeita a termo de consentimento; num segundo momento exige-se que o acordo alcançado seja o reflexo da vontade dos participantes. Deste modo, exige-se que o consentimento dos participantes deva existir ao longo de todo o processo de mediação¹⁹⁷.

Como bem refere Francisco Amado Ferreira, só conseguimos proteger verdadeiramente a vítima se lhe dermos a possibilidade de escolher entre enfrentar o agressor ou esconder-se por detrás da figura do assistente no processo penal. Na verdade, não podemos descurar que o agressor pode ter um desejo de vingança, e que aceita participar na mediação apenas com o intuito de se aproveitar das vítimas mais debilitadas como forma de se furtar à punição¹⁹⁸.

Para se evitar situações deste tipo é importante proceder a uma avaliação psicológica das partes de modo a verificar se estas reúnem condições para participar no processo de mediação. Quanto a esta questão, Frederico Marques e João Lázaro afirmam que os infratores que apresentam características psicopáticas devem ser impedidos de participar na mediação. Defendem os

¹⁹⁷ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 708.

¹⁹⁸ Neste sentido, cfr. Francisco Amado FERREIRA – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, p. 32.

Autores, que a admissão da responsabilidade por parte do infrator é condição *sine qua non* para que este tenha um diálogo aberto e sincero de modo a se poder chegar a um entendimento quanto à reparação dos danos causados à vítima, pois se o infrator não assumir o seu ato, o resultado mais provável será o da vitimização secundária¹⁹⁹.

No que toca às vítimas, os Autores defendem que apenas serão aptas aquelas que têm capacidade para defender os seus próprios interesses, afirmando mesmo que «uma pessoa que revele uma personalidade débil, conformada, influenciável, dificilmente conseguirá fazer valer a sua posição no âmbito da mediação»²⁰⁰.

6. O Princípio da Confidencialidade na Mediação Penal

No âmbito do artigo 4.º, n.º 5, o legislador estatuiu que os factos revelados nas sessões de mediação não podem ser valorados como prova em processo judicial. É neste preceito legal que encontramos prescrito o princípio da confidencialidade no âmbito da Mediação Penal. Nestes termos, o legislador impõe a todos os participantes a proibição de revelarem o teor das sessões de mediação no âmbito do processo penal²⁰¹.

Este princípio, permite que o arguido fale abertamente com a vítima sem recear que as revelações feitas nas sessões de mediação possam ser utilizadas contra ele no processo penal. Neste sentido, Francisco Amado Ferreira defende que se deve dar primazia ao princípio da oralidade para se evitar ter suporte probatório em papel²⁰². Com base no mesmo motivo, o Autor defende que as sessões de mediação devem ocorrer à porta fechada, de modo a garantir a privacidade das partes envolvidas no litígio.

¹⁹⁹ Cfr. João LÁZARO; Frederico MARQUES – *A mediação vítima – infractor e os direitos e interesses das vítimas*, in *A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*, p. 31.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ No que toca ao dever de confidencialidade o artigo 10.º, n.ºs 1 e 3 da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, determina que o Mediador no exercício das suas funções deve observar os deveres de confidencialidade e o dever de sigilo em relação ao teor das sessões de mediação.

²⁰² Cfr. Francisco Amado FERREIRA – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, p. 37.

No nosso entender, o princípio da confidencialidade é um dos princípios mais importantes da mediação, pois impede que as declarações prestadas no âmbito da mediação sejam reveladas e/ou valoradas no processo penal. No entanto, admitimos que, no caso de o processo de mediação falhar, as vítimas, ao chegarem ao processo penal, tentem utilizar as revelações feitas pelo agente nas sessões de mediação com o propósito de confrontá-lo em sede de julgamento, pondo-se desta forma em causa a confiança do agente no processo de mediação.

Para se evitar situações deste tipo, defendemos que os participantes deveriam assinar uma declaração de confidencialidade. Entendemos que desta forma as vítimas compreendem mais facilmente que, no caso de a mediação fracassar não podem usar contra o agente, aquilo que foi revelado nas sessões de mediação. Em última análise estar-se-ia a violar o direito do arguido à não autoincriminação, na medida em que a mediação seria vista como uma forma de levar o agente a confessar o cometimento do crime, para depois se usar essa confissão contra ele, em processo penal. Assim, defendemos que a assinatura de uma declaração de confidencialidade por parte da vítima poderia evitar que se usasse as declarações do agente, como forma de “vingança” no processo penal.

Posto isto, julgamos importante existir no próprio processo penal uma norma que proibisse expressamente a valoração como prova daquilo que tenha sido declarado pelo agente no âmbito da mediação. Esta medida, a nosso ver, iria contribuir para reforçar a confiança das pessoas no processo de mediação, principalmente dos agressores.

7. O Acordo no âmbito da Mediação Penal

No âmbito da Lei da Mediação Penal, estipula-se nos termos do artigo 6.º, n.º 1 que, «o conteúdo do acordo é livremente fixado pelos sujeitos processuais participantes», desde que, não inclua «sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses», de acordo com o disposto no n.º 2 do referido preceito.

Através da interpretação literal do preceito, verifica-se que o legislador optou por deixar na total liberdade das partes a estipulação do conteúdo do acordo.

Para André Lamas Leite este «é o ponto [...] mais controvertido da Lei»²⁰³ afirmando mesmo que o artigo 6.º «padece de uma inconstitucionalidade material, por violação do princípio da determinabilidade ou taxatividade das sanções, ínsito no art. 29.º, n.º 3 da Constituição»²⁰⁴. Neste sentido, afirma o Autor que a «taxatividade da lei penal exige que esta seja o mais precisa possível, *i. e.*, descreva os comportamentos humanos (acção ou omissão) com o adequada pormenor, de modo a que a generalidade dos cidadãos destinatários das normas seja capaz de apreender o seu significado, não apenas no âmbito da previsão da factualidade proibida ou imposta, mas também quanto à sanção»²⁰⁵, de modo a que esteja verificado o princípio da legalidade. No caso da mediação, alguns Autores entendem que o legislador atribui uma «excessiva liberdade modeladora»²⁰⁶ no que toca à escolha do conteúdo do acordo, na medida em que não estabelece quaisquer modelos exemplificativos. No mesmo sentido, Mário Ferreira Monte defende que essa liberdade excessiva pode ser inconstitucional, uma vez que se trata de uma liberdade ilusória²⁰⁷. Assim, no entender de André Lamas Leite este «novo paradigma de justiça marcado pela negociação»²⁰⁸ tem de observar os princípios que regem o ordenamento jurídico, nomeadamente os constitucionais, pelo que entende que o legislador devia ter consagrado, ainda que a título exemplificativo, o que poderia ser o conteúdo do acordo. Desta forma, defende o Autor que a questão da inconstitucionalidade só será ultrapassada quando o legislador consagrar injunções ou regras de conduta semelhantes às vertidas no artigo 281.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, pois, no seu entender, o referido preceito oferece um catálogo capaz de equilibrar a

²⁰³ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.82.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ *Idem.*

²⁰⁶ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.83.

²⁰⁷ Cfr. Mário Ferreira MONTE – *Um balanço provisório sobre a lei da mediação penal para adultos*, in *Ciclo de Conferências em Homenagem de Viseu a Jorge Figueiredo Dias*, pp. 121 e 122.

²⁰⁸ Cfr. André Lamas LEITE – *Ob. cit.*, p.83.

vontade dos mediados com a vontade do Estado em assegurar uma solução justa e equilibrada²⁰⁹.

No nosso entender, as coisas não são assim tão claras, se verificarmos o anexo da Portaria n.º 68-A/2008, de 22 de janeiro, subordinado ao título “notificação do envio do processo para mediação”, podemos ler no seu conteúdo que «o acordo pode consistir, por exemplo, no pagamento de uma quantia, um pedido público de desculpas, a reparação de um bem danificado, etc.», daqui resulta claramente que o legislador estabeleceu alguns exemplos de possíveis acordos que podem ser feitos no âmbito da mediação penal, por isso entendemos que é exagerado entender que a não determinabilidade do conteúdo do acordo por parte do legislador constitui uma inconstitucionalidade material.

No entanto, julga-se que o problema reside no facto de se querer aplicar aos acordos resultantes da mediação o princípio da determinabilidade que é próprio da sanção penal. Parece-nos incoerente fazer tal comparação. Como já tivemos oportunidade de referir em momento anterior, as medidas aceites pelo agente no âmbito da Mediação Penal não equivalem a verdadeiras sanções, na medida em que resultam de uma conformação entre a vítima e o agente, faltando-lhes, dessa forma, a característica da coercividade. Nesta linha de pensamento, como bem refere Cláudia Santos o que importa é a consciência que cada cidadão deve ter quanto às consequências a que estão sujeitos, quando decidem adotar um determinado comportamento. Nas palavras da Autora «o arguido que opta por participar na mediação penal tem conhecimento dos males que lhe podem ser impostos caso seja condenado pelo crime que lhe é imputado. Nessa medida, o conhecimento das sanções a que pode ser sujeito, caso o processo penal culmine com uma sua condenação, deve continuar a funcionar como a sua defesa face à inaceitabilidade de uma solução que lhe seja mais gravosa»²¹⁰. Também terá consciência de que, se não cumprir o acordo alcançado através da mediação, o processo será remetido para o processo penal (*vide* artigo 5.º, n.º 1), ficando então sujeito a uma condenação.

²⁰⁹ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.91.

²¹⁰ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 698.

No nosso entender, também não deve prosseguir, na totalidade, a crítica de que as partes controlam em exclusivo o conteúdo do acordo, uma vez que o próprio legislador consagrou no artigo 5.º, n.º 8 que caso o Ministério Público verifique que o acordo não respeita o disposto no artigo 6.º, devolve o processo aos mediados para que o mediador juntamente com o arguido e ofendido sane a ilegalidade. Perante isto, impõe-se uma questão: serão as limitações previstas no artigo 6.º suficientes para entendermos que a total liberdade das partes afinal está limitada?

Crê-mos que sim, o legislador ao impor determinados limites à vontade das partes no que toca ao conteúdo do acordo, oferece ao Ministério Público um poder discricionário para avaliar se as decisões alcançadas através da mediação respeitam os limites impostos no artigo 6.º. Nas palavras de André Lamas Leite, o Ministério Público efetua o designado “controlo mínimo de legalidade”.

Cláudia Santos levanta uma questão pertinente: se o acordo não colidir com os limites impostos no artigo 6.º, n.º 2, ainda assim o Ministério Público pode recusar o acordo por entender que os deveres assumidos são insuficientes para prosseguir as finalidades preventivas?

A Autora responde negativamente à questão utilizando como justificação dois argumentos: primeiro, invoca o elemento literal, afirmando que «se foram atribuídos ao Ministério Público dois momentos decisivos (um relativo ao envio do processo para mediação e outro relativo ao controlo do acordo obtido com a mediação) e apenas quanto ao primeiro se fixou o critério das finalidades preventivas, então é porque o legislador terá querido afastar este mesmo critério da intervenção do Ministério Público naquele segundo momento»²¹¹. Depois, invoca um outro «argumento de natureza substancial, associado às especificidades dos crimes particulares em sentido amplo [...] e que se prende, precisamente, com a possibilidade de desistência de queixa até à publicação da sentença da 1.ª instância»²¹². Afirma a Autora que a homologação da desistência de queixa, nos termos do artigo 51.º do Código de Processo Penal, parece não

²¹¹ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 720.

²¹² Cfr. Cláudia SANTOS – *Ob. cit.*, p. 721.

fazer qualquer juízo no que toca às finalidades preventivas. Deste modo, não se compreenderia que para se homologar o acordo alcançado na mediação se exigisse uma valoração das finalidades preventivas, uma vez que essa valoração deve ser feita no momento da remessa do processo para mediação. No nosso entender, estar-se-ia a fazer uma dupla valoração das finalidades preventivas, vazia de sentido.

No que toca à impossibilidade de inclusão no acordo de “sanções privativas da liberdade” a própria Constituição refere, no artigo 27.º, n.º 2, que «ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido com pena de prisão ou aplicação judicial de medida de segurança». A aplicação de uma pena desta natureza apenas pode ser aplicada através de uma sentença judicial condenatória, o que afasta, desde logo, essa possibilidade no âmbito da mediação. No entender de Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo, o legislador ao afastar este tipo de penas contribui para a «humanização das respostas penais»²¹³ no âmbito da mediação.

Crê-mos que o legislador apenas pretendeu limitar o conteúdo do acordo às sanções consideradas mais graves pelo nosso ordenamento jurídico, como sejam, a pena de prisão e a obrigação de permanência na sua habitação. Em nossa opinião, não se verifica uma violação do preceito constitucional se o agente ficar privado de frequentar determinados locais, desde que se respeite o limite temporal determinado pelo legislador como razoável, *i.e.*, seis meses.

Relativamente à proibição de não inclusão de “deveres que ofendam a dignidade do arguido” entendemos que a intenção do legislador em recorrer a um conceito indeterminado como a “dignidade” foi a de deixar nas mãos do Ministério Público a sua concretização. No entanto, Cláudia Santos defende que o legislador devia ter concretizado o conceito de “dignidade do arguido”. Neste sentido, concretiza afirmando que «um dos critérios a ponderar para aferição da compatibilidade do conteúdo do acordo com a dignidade da pessoa prender-se-á [...] com a sua adequação ao cumprimento dos objectivos da reparação e de

²¹³ Cfr. Teresa Pizarro BELEZA; Helena Pereira MELO – *A mediação penal em Portugal*, p. 100.

pacificação que presidem à medição penal»²¹⁴, assim um dever que se considere inútil à prossecução de tais objetivos tenderá a ser considerado desconforme com a dignidade da pessoa, pelo que não passará pelo crivo da adequação.

Finalmente, quanto ao limite temporal de seis meses para a duração do acordo, entendemos que a mediação ao pretender ser um mecanismo alternativo de resolução de conflitos célere e eficaz, determina como limite temporal um prazo razoável para se pôr fim ao conflito interpessoal.

7.1 A Homologação do Acordo e a Desistência de Queixa

Determina o n.º 3, do artigo 5.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, que alcançado o acordo este é reduzido a escrito assinado pelo ofendido, arguido e mediador e remetido ao Ministério Público, para que este verifique se o acordo respeita o disposto no artigo 6.º, e em caso afirmativo homologar a desistência de queixa dentro do prazo de cinco dias, nos termos do n.º 5 do artigo 5.º.

Daqui resulta, que se o acordo respeitar o aludido no artigo 6.º, n.º 2 a homologação por parte do Ministério Público equivale a uma desistência de queixa por parte do ofendido. Neste sentido, André Lamas Leite crítica a forma como o legislador escolheu as palavras utilizadas no artigo 5.º, n.º 4, onde se pode ler que «a assinatura do acordo equivale a desistência de queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido»²¹⁵. Afirma o Autor que o legislador utilizou uma «formulação tecnicamente pouco correcta»²¹⁶, uma vez que o que dá origem à desistência da queixa é a homologação do acordo por parte do Ministério Público e não a assinatura do acordo.

Feita esta ressalva, analisemos agora em que consiste essa desistência de queixa por parte do ofendido e que implicações práticas traz para o processo penal.

²¹⁴ Cfr. Cláudia SANTOS – *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, p. 700.

²¹⁵ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.96.

²¹⁶ *Idem*.

Se tivermos em atenção o teor do artigo 7.º, n.º 2 podemos ler que, os prazos prescricionais do procedimento criminal suspendem-se até à data fixada para o cumprimento do acordo. É com base nisto, que André Lamas Leite, defende que não estamos perante uma verdadeira desistência de queixa tal como vem regulada no Código Penal, mas sim perante uma “desistência de queixa condicionada” ao cumprimento do conteúdo do acordo, que mais parece uma verdadeira suspensão provisória do processo²¹⁷.

Como afirma José Cardona Ferreira, a desistência de queixa não produz os seus efeitos logo depois de assinado o acordo e de homologado pelo Ministério Público, mas somente com o cumprimento, por isso, defende o Autor que estamos perante uma desistência de queixa sob condição resolutiva²¹⁸. Contrariamente, André Lamas Leite entende que estamos perante uma desistência sob condição suspensiva. No entender do Autor, admitir que se trata de uma condição resolutiva seria admitir que a desistência produz efeitos antes de o acordo estar cumprido, pelo que o melhor é deferir para momento posterior o cumprimento do acordo, ou seja, quando ele de facto ocorre²¹⁹.

Determina o artigo 5.º, n.º 4, 2.ª parte que o ofendido pode, caso o acordo não seja cumprido, renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito. Ora, atendendo ao teor literal do artigo, não se pode entender que a desistência de queixa ocorre com o cumprimento do acordo, pois se assim fosse, não poderíamos estar perante uma renovação da queixa, uma vez que não se pode renovar uma coisa que na realidade não se chegou a extinguir. O termo renovação parece exigir que a desistência de queixa se verifica no momento da assinatura do acordo por parte dos intervenientes.

Além disso, se entendermos, como decorre do artigo 7.º, n.º 2 que o prazo de prescrição encontra-se suspenso até ao cumprimento do acordo e que o ofendido perante o seu incumprimento pode renovar o direito de queixa, o legislador parece ter querido «introduz[ir] um mecanismo de todo desconhecido

²¹⁷ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.97.

²¹⁸ Cfr. José Cardona FERREIRA – *A Mediação como caminho da Justiça*, in AA. VV., Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos, pp.526 e 527.

²¹⁹ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.97.

do nosso processo penal (e mesmo contrário ao disposto no art. 116.º, n.º 2, do CP)»²²⁰, uma vez que só se verifica a desistência de queixa quando o acordo for cumprido. A desistência de queixa encontra-se, assim, condicionada ao cumprimento do acordo.

Deste modo, André Lamas Leite, defende que essas “irritações sistemáticas” podiam ser evitadas se se admitisse que aquilo que o legislador consagrou foi uma verdadeira suspensão provisória do processo, embora não subsumível aos critérios do artigo 281.º do Código de Processo Penal, o legislador introduz um mecanismo com os mesmos trâmites e dentro dos mesmo espírito legal²²¹.

No nosso entender, parece que a Lei de facto não é clara e que suscita algumas dúvidas entre o momento da assinatura do acordo e o seu efetivo cumprimento. Assim, defendemos que é a homologação do acordo por parte do Ministério Público que determina a desistência da queixa por parte do ofendido, mas que apenas produzirá efeitos assim que o acordo estiver efetivamente cumprido, ou seja, no momento em que o prazo deixa de estar suspenso de acordo com o artigo 7.º, n.º 2. No caso de o acordo não ser cumprido, pode o ofendido renovar a queixa que já tinha feito anteriormente, ou seja, na realidade o ofendido não vai fazer uma nova queixa, vai simplesmente informar que o acordo não foi cumprido, manifestando, dessa forma, a intenção de querer continuar com o procedimento criminal relativamente aos factos de que já se tinha queixado anteriormente. Pensamos que seja esse o sentido que o legislador quis atribuir quando refere “renovar a queixa”.

Entendemos que, no caso de haver renovação da queixa, (re)abre-se o inquérito e o Ministério Público tem um prazo de 10 dias para decidir pela dedução da acusação, aplicando-se para o efeito o artigo 283.º, n.º 1 do Código de Processo Penal.

²²⁰ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.99.

²²¹ Diogo Pinto da COSTA, no mesmo sentido, afirma que consegue encontrar pontos comuns entre o regime da mediação e a suspensão provisória do processo, no que toca aos requisitos de admissibilidade e à natureza dos crimes abrangidos, cfr. Diogo Pinto da COSTA – *Mediação em Processo Penal – Comentário à proposta de lei*, in *Revista Maia Jurídica*, Ano 5, p. 79 e ss.

No entender de João Conde Correia não basta a simples renovação da queixa, uma vez que o Ministério Público está obrigado a verificar se o acordo foi de facto incumprido, recorrendo para isso aos serviços de reinserção social, a órgãos de polícia criminal e a outras entidades administrativas, nos termos do artigo 6.º, n.º 3. O Autor chama a atenção para o facto de o Ministério Público não o poder fazer oficiosamente, mas apenas se tiver havido uma renovação da queixa e conseqüentemente (re)abertura do inquérito, caso contrário estaria a violar o princípio da oficialidade, sobrepondo-se à vontade do titular do direito de queixa, uma vez que estamos perante crimes particulares ou semipúblicos, nos quais o Ministério Público não tem legitimidade para prosseguir com o procedimento criminal.

Entende o mesmo Autor que se o Ministério Público verificar que não há um efetivo incumprimento do acordo e mantiver o inquérito arquivado, o ofendido tem a faculdade de requerer a abertura de instrução, nos termos do artigo 287.º, n.º 1, alínea b); se, pelo contrário entender que existe incumprimento do acordo e deduzir acusação, pode o arguido requerer a abertura de instrução, nos termos da alínea a) do referido preceito²²².

Decorre do artigo 10.º, n.º 1, alínea d) da Portaria n.º 68-C/2008, de 22 de janeiro, que a mediação extingue-se com a assinatura do acordo, no nosso entender isto significa que no caso de o acordo ser incumprido e houver renovação da queixa, não pode o mesmo voltar a ser submetido a mediação, o que no nosso entender faz todo o sentido, pois se o agente teve oportunidade de cumprir o acordo e não cumpriu, não há nada que impeça que o faça novamente. Deste modo, podemos afirmar que se o acordo for incumprido, a única solução que se vislumbra é o prosseguimento do processo penal.

8. Algumas questões suscitadas no âmbito da Mediação Penal

Até agora vimos que a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, muitas vezes não é clara e suscita dúvidas e problemas na sua aplicação. Na verdade, o legislador

²²² Sobre este assunto, cfr. João Conde CORREIA – *O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal*, in Revista do Ministério Público, nº 112, pp. 76 e 77.

optou por criar uma Lei minimalista, com poucos artigos, através dos quais regula em traços muito gerais o instituto da Mediação Penal em Portugal. Entendemos que esta opção não foi a mais correta, uma vez que estamos no âmbito do direito penal, logo implica que a Lei seja o mais clara possível, de modo a evitar-se dúvidas aquando da sua aplicação.

Neste sentido, vamos abordar algumas questões que parece terem ficado de fora da Lei n.º 21/2007, e para as quais o diploma não nos oferece qualquer resposta. Referimo-nos, pois, aos casos do concurso de crimes e de pluralidade de intervenientes (ofendidos e arguidos).

Enquanto que no sistema penal estes casos são uma realidade, no âmbito da Mediação Penal, perante o silêncio da Lei, parece que não.

Deste modo, recorrendo à interpretação da Lei iremos verificar se, de facto, estes casos não podem ser submetidos a mediação ou se pelo contrário estão reunidas todas as condições para que se possa recorrer à mediação.

8.1. A Mediação Penal e o Concurso de Crimes

Olhando para o texto da Lei, parece que a mediação está desenhada para um conflito, para um agente e para um ofendido, relevando para esse entendimento a sua omissão quanto às hipóteses de concurso de crimes.

Perante o silêncio da Lei, a Doutrina tem procurado compreender se é possível recorrer à Mediação Penal quando estamos perante situações de concurso efetivo de crimes. O concurso de crimes vem previsto no artigo 77.º do Código Penal e é encarado «como um dos casos especiais de determinação da pena do nosso sistema penal»²²³.

Não obstante o seu silêncio «o facto de estarmos perante um concurso efetivo de crimes [...] não é, de *per se*, impeditivo do recurso à mediação

²²³ Cfr. João COSTA – A Pluralidade de Infracções e a Mediação Penal em Portugal – Uma Proposta de Solução e uma Referência aos Casos de Pluralidade de Ofendidos e de Agentes, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, p. 585.

penal»²²⁴. Na verdade muitos Autores²²⁵ têm sustentado a possibilidade de se recorrer à Mediação Penal em casos de concurso efetivo de crimes com base na relativa autonomia que os crimes mantêm em sede de concurso, «nomeadamente pela obrigatoriedade de determinação da pena individual que caberia a cada crime, se tivesse sido praticado individualmente»²²⁶. No entender de André Lamas Leite o artigo 16.º, alínea g), da portaria n.º 68-C/2008, de 22 de janeiro, «ao admitir outros casos de responsabilidade criminal para além do tratado em sede mediadora, parece depor nesse mesmo sentido»²²⁷.

Cumpra agora compreender em que medida uma situação que se enquadraria num caso de concurso efetivo de crimes poderá ser resolvida com recurso à Mediação Penal.

Dadas as limitações materiais e temporais do âmbito de aplicação da Mediação Penal circunscritas no artigo 2.º da Lei nº 21/2007, de 12 de junho, o Ministério Público deve fazer um juízo individual para cada crime em concurso de modo a verificar se e quais podem ser remetidos para Mediação Penal, exigindo-se também que o consentimento das partes para recorrer à mediação deve referir-se a cada ilícito praticado²²⁸. Nas palavras de João Costa «[a] referida análise individual [...] parece impedir um qualquer juízo de “prognose abstracta” a efetuar pelo MP, no sentido de ajuizar qual a moldura do concurso que eventualmente se formaria na ausência de remessa para mediação penal»²²⁹, pois só assim é possível respeitar a autonomia dos ilícitos em consideração e a «*ratio* inerente à submissão de dado crime à mediação penal, que visa precisamente possibilitar a composição comunicacional do litígio entre os seus intervenientes diretos quanto a cada crime individualmente considerado, e às necessidades que do mesmo advenham para os envolvidos»²³⁰.

²²⁴ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 596.

²²⁵ Quanto a este assunto cfr., por exemplo, João COSTA – *Ob. cit.*, p.596 e André Lamas LEITE – *Ob. cit.*, pp.60 e ss.

²²⁶ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 596.

²²⁷ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.60.

²²⁸ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 597.

²²⁹ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 597.

²³⁰ *Idem.*

Perante a possibilidade de separação dos processos prevista no artigo 30.º do Código Processo Penal, entendemos que devia ser aditada uma alínea onde se previa a possibilidade de se desfazer a conexão caso as partes dessem o seu consentimento para que os crimes materialmente possíveis fossem remetidos para mediação, deste modo deixaríamos de ter dúvidas na aplicação do regime da “separação” no âmbito da Mediação Penal.

Em suma, apenas «as limitações legais impostas serão condição de admissibilidade ou não da mediação»²³¹, ou seja, dentro do conjunto de crimes em concurso, apenas aqueles que se encontrem previstos no âmbito material da Mediação Penal podem ser remetidos para mediação, todos os outros não podem por se encontrarem fora do âmbito de aplicação material da mediação, existindo assim, quanto a estes, uma impossibilidade material.

Aberta assim a porta para a possibilidade de se recorrer à Mediação Penal quando estamos perante um concurso efetivo de crimes, surgem questões que merecem por parte de nós algum cuidado e atenção.

Numa situação de concurso depreende-se que haverá casos onde todos os crimes podem avançar para Mediação Penal e outros onde alguns crimes não podem seguir o regime da mediação por não respeitarem o âmbito de aplicação. «Nos casos em que não há remessa [...] para processo penal de nenhum dos crimes em concurso, nenhum problema se vislumbra»²³². Já no caso de se remeter para mediação penal todos os crimes do concurso, «o malogro do acordo determinará o retorno ao processo penal dos crimes em causa»²³³. Relativamente aos crimes que a mediação não conciliou os interesses das partes, a única solução será remetê-los para julgamento no processo penal²³⁴.

A situação que se vislumbra mais complexa será aquela em que alguns crimes do concurso seguem para mediação e os outros seguem o processo penal tradicional. Nestas situações, é necessário desfazer a realidade inicial do concurso relativamente aos crimes que sigam para mediação, para que se tornem

²³¹ *Idem.*

²³² Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 599.

²³³ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 599.

²³⁴ *Idem.*

autónomos em relação aos demais. Contudo, não nos podemos esquecer que no caso de não ser possível alcançar o acordo ou no caso de desistência da mediação o processo segue os seus termos no âmbito do processo penal. Ora, enquanto que o concurso de crimes representa uma forma benéfica para o arguido, a mediação comportará benefícios para todos, na medida em que procura uma solução para o conflito vantajosa para todos os intervenientes. Nesta linha, importa perceber o que acontece aos crimes que seguem para mediação quando não se chegue a acordo ou este não é cumprido? E se o processo penal corre normalmente relativamente aos crimes que seguem para processo penal tradicional?

Estas questões tornam-se importantes quando trazem consequências práticas para o processo penal, podendo mesmo levar o arguido a não dar o seu consentimento para que o processo siga para Mediação Penal por beneficiar de uma punição menos gravosa, no caso de lhe ser aplicado o regime especial do concurso de crimes em processo penal²³⁵. Para salvaguardar esta posição João Costa baseando-se na ideia de que o arguido ao escolher a Mediação Penal para resolver o conflito «reflecte frequentemente um verdadeiro esforço no sentido de assunção de responsabilidades e procura de compensação dos males causados pelos seus actos»²³⁶ defende que a frustração do acordo em mediação não deve impedir o arguido de beneficiar do regime do concurso e, por isso deve-se «manter em aberto a possibilidade de concurso de crimes [...] devendo dar-se a paralisação do processo penal quanto aos crimes que não sigam para mediação, ou quanto àqueles em que haja desistência de um dos intervenientes»²³⁷ aplicando-se a estes casos a suspensão dos prazos de prescrição «analogamente ao que sucede em virtude do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 21/2007»²³⁸. Com esta solução, o Autor pretende evitar que o arguido não dê o seu consentimento para participar no processo de Mediação Penal, para

²³⁵ Neste sentido, cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.60.

²³⁶ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 600.

²³⁷ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, pp. 600 e 601.

²³⁸ Cfr. João COSTA – *Ob. cit.*, p. 601.

não deixar de beneficiar do regime do cúmulo jurídico. Além disso, com a suspensão dos prazos de prescrição, evita-se também que o arguido recorra à mediação de má fé, ou seja, como expediente dilatatório para que com o passar do tempo acabe por ficar impune. Nestes termos, frustradas as iniciativas de mediação não pode o arguido ser prejudicado, como tal terá sempre a possibilidade de ser julgado com base no sistema do cúmulo jurídico²³⁹, de acordo com o entendimento de João Costa.

No entender de André Lamas Leite não se vislumbram razões para que haja a paralisação do processo relativamente aos crimes que não seguem para mediação. Defende o Autor que, quanto aos demais crimes, o processo deve seguir a sua marcha normal, devendo o arguido, quando aceita participar na mediação, ter conhecimento de que perde a possibilidade de lhe ser aplicado as regras do cúmulo jurídico, relativamente aos crimes que seguem para mediação²⁴⁰.

Quanto a nós, perfilhamos a ideia de André Lamas Leite. Na verdade, não se encontram razões suficientes para que o processo penal fique paralisado até à homologação do acordo. Em momento anterior tivemos oportunidade de verificar que o âmbito material da mediação abrange apenas os crimes particulares e os crimes semipúblicos, deste modo não se entende por que razão o processo penal iria “esperar” para julgar os crimes de natureza pública, ou seja, os crimes de maior gravidade, que pela sua natureza carecem de uma resposta célere por parte do processo penal, na medida em são crimes que afetam a comunidade, como tal exigem que se reponha a confiança da comunidade afetada pelo delito o mais célere possível. Se assim não fosse estaríamos a desvalorizar os crimes públicos em detrimento dos crimes semipúblicos ou particulares, estaríamos, pois, a desvalorizar os interesses públicos em detrimento dos interesses particulares, não sendo isto que se pretende ou que se quer. Desta forma, defendemos que o arguido ao aceitar “separar” os crimes voluntariamente para que possam ser remetidos para mediação deve ter plena consciência que,

²³⁹ *Idem* e Cláudia SANTOS – Ob. cit., pp. 688 e 689.

²⁴⁰ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.60.

relativamente àqueles deixa de ter a possibilidade de beneficiar do cúmulo jurídico.

Relativamente aos casos em que o acordo é assinado, mas não cumprido no prazo fixado, João Costa defende precisamente o contrário, *i.e.*, que o processo penal deve seguir a sua tramitação normal relativamente aos crimes que não foram remetidos para mediação após a homologação do acordo e a não aplicação das regras do cúmulo jurídico quanto aos demais. Para o Autor, não faz sentido, beneficiar o arguido que assumiu voluntariamente determinados deveres no âmbito da mediação, mas que depois decide incumpri-los. Além de que, não faz sentido perpetuar no tempo a resposta penal relativamente aos demais crimes. Deste modo, o arguido que incumprir o acordo alcançado no âmbito da mediação não pode ver o crime “anexado” aos demais e, deste modo, beneficiar do regime do concurso de crimes. Neste sentido o Autor, afasta a aplicação do regime previsto no artigo 78.º do Código Penal. O que está em causa nesse regime é o conhecimento da prática de outro(s) crime(s) anteriores àquela condenação após o trânsito em julgado daquela condenação, ou seja, o conhecimento posterior ao trânsito em julgado da condenação de crimes praticados anteriormente. No caso da mediação claramente que não é o que acontece. Na mediação já existe prévio conhecimento dos crimes, apenas alguns são remetidos para mediação e por isso “desfaz-se” o concurso para que os crimes sejam autónomos, por este motivo defendemos a não aplicação do referido artigo relativamente aos crimes que foram remetidos para mediação e que o arguido incumpriu o acordo.

8.2. A Mediação Penal e a pluralidade de intervenientes

A Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, também não é clara quanto ao número de participantes permitidos em sede de mediação, questionámo-nos, portanto, se a Lei admite apenas que participe um ofendido, um arguido e um mediador ou se pelo contrário admite a participação de outras pessoas também relacionadas com o conflito. Parece ser esse o entendimento da Lei quando se refere aos seus participantes no singular, ou seja, o ofendido, o arguido, o mediador.

Mas, de acordo com o artigo 4.º, n.º 3, abre-se a possibilidade de intervir na mediação outras pessoas que não apenas ofendido e arguido, nomeadamente outros interessados e eventuais responsáveis civis e lesados. Também, no artigo 8.º, a Lei permite que o arguido e o ofendido se façam acompanhar de advogado ou de advogado estagiário.

Contudo, a Lei nada refere quanto à possibilidade de pluralidade de ofendidos e/ou de arguidos e tendo em conta a importância prática que estas questões podem assumir, alguns Autores têm procurado dar uma resposta quanto à sua (in)admissibilidade. Será, portanto, sobre essa questão que vamos aduzir *infra*.

8.2.1. A pluralidade de ofendidos

Relativamente à questão da pluralidade de ofendidos suscitam-se algumas dúvidas que merecem a nossa atenção cuidada.

No caso de todos os crimes cumprirem o requisito material, parece que a questão não suscita dúvidas de maior. Assim, havendo vários crimes que se imputam ao agente e havendo relativamente a cada um deles apenas um ofendido, a mediação deverá ser avaliada individualmente perante cada um dos ofendidos²⁴¹.

A situação que parece ser mais complexa tem a ver com os casos em que existem crimes que podem ser remetidos para mediação e outros não. No nosso entender, a única questão que aqui se coloca diz apenas respeito ao arguido, porque se todos os crimes forem para julgamento o arguido pode beneficiar do regime da pena única conjunta relativamente a todos eles, caso contrário perde o benefício relativamente aos crimes que forem para mediação²⁴².

Na verdade, não podemos esquecer que o processo só é remetido para mediação se houver consentimento do agente e do ofendido, não sendo suficiente apenas o consentimento de um deles. Nestes termos, entendemos que, havendo consentimento por parte do ofendido, a decisão de beneficiar ou não do cúmulo jurídico deve caber sempre ao arguido, ou seja, é o arguido que decide

²⁴¹ Cfr. Cláudia SANTOS – Ob. cit., p. 687.

²⁴² Quanto a esta matéria *vide* questão 8.1.

se quer beneficiar do cúmulo jurídico quanto a todos ou a alguns dos crimes que lhe são imputados. Assim, se quiser beneficiar do regime do concurso de crimes, basta-lhe não dar o consentimento para que o processo seja remetido para mediação, se pelo contrário entender que vale a pena correr o risco basta-lhe dar o consentimento e o processo será remetido para mediação quanto aos crimes que sejam materialmente possíveis, nessa situação deve o arguido ficar consciente que vai perder o benefício do cúmulo jurídico relativamente àqueles que serão enviados para mediação.

Posto isto, analisemos agora duas situações distintas: a primeira situação diz respeito àqueles casos em que o agente pratica vários crimes e conseqüentemente ofende várias pessoas. Veja-se um exemplo para se perceber melhor: *A furta um anel a B, uns brincos a C e uns diamantes a D.* Como resolver essa questão através da Mediação Penal?

Perante situações deste tipo, torna-se necessário fazer a distinção entre duas situações diversas: por uma lado se estamos perante crimes iguais ou se, pelo contrário, estamos perante crimes diferentes.

No caso de estarmos perante crimes iguais, não encontramos razões que obstam a que a mediação seja realizada conjuntamente, ou seja, com todos os ofendidos, desde que haja consentimento de todos e que sejam esclarecidos que na mediação irão participar mais do que um ofendido. No nosso entender será até vantajoso por uma questão da economia de custos. Contudo, entendemos que se todos aceitarem participar na mediação, apenas pode ser alcançado um acordo que satisfaça as pretensões de todos os ofendidos. Neste sentido, entendemos que o arguido pode retirar mais benefícios de um acordo onde estiveram presentes todos os ofendidos.

No caso de estarmos perante crimes diferentes, defendemos que a mediação deve ser realizada individualmente para cada um dos crimes (A com B; A com C; A com D). Rejeitamos, deste modo, a possibilidade de se fazer uma mediação conjunta (A com B, C e D), por entendermos que neste caso é mais difícil alcançar um acordo, uma vez que existem crimes diferentes e como tal interesses não coincidentes.

Situação diversa será aquela em que existe apenas um crime e vários ofendidos. Vejamos a seguinte situação para uma maior compreensão: *A furta a mota que pertence a B e a C*. Neste caso, defendemos uma mediação conjunta entre A com B e C, uma vez que existe apenas um conflito. Seria impensável “partir o conflito ao meio” para que seguisse uma parte para mediação e outra para julgamento. Neste sentido, entendemos como necessário o consentimento do A, do B e do C para que o processo seja remetido para mediação, bastando que um deles não dê o consentimento para que o processo não seja remetido para mediação. Relativamente ao acordo a alcançar, devem os três esforçarem-se no sentido de conseguirem um acordo que seja reflexo da vontade de todos.

8.2.2. A pluralidade de arguidos

Um problema diferente e que também não tem resposta na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, diz respeito a situações em que existem pluralidade de arguidos. Vejamos um exemplo: *A e B furtam o telemóvel de C*. Neste caso, impõe-se analisar duas questões distintas: imaginemos que um dos arguidos quer participar na mediação e o outro não, será que isso deve obstar a que o outro arguido possa participar na mediação com o ofendido? No caso de ser alcançado o acordo deve-se aproveitar o arguido que não quis participar na mediação?

Relativamente à primeira questão não existem dúvidas que o arguido que deseja participar na mediação não deve ficar privado de optar por uma via de resolução que lhe parece mais vantajosa que a solução punitiva, caso o(s) outro(s) arguido(s) não queiram participar na mediação.

Quanto à segunda questão parece que se tem suscitado no seio da Doutrina algumas ponderações que merecem algum cuidado. A questão coloca-se, porque o artigo 5.º, n.º 4, da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, refere que «a assinatura do acordo equivale a desistência de queixa», ora, se conjugarmos este artigo com o disposto no artigo 116.º, n.º 3 do Código Penal, onde se pode ler que «a desistência de queixa relativamente a um dos participantes no crime aproveita aos restantes», poderíamos afirmar, numa primeira análise, que a assinatura do acordo por um dos arguidos e consequente desistência de queixa

aproveitaria aos restantes exonerando aqueles, que não participaram na mediação, da responsabilidade penal.

Se aceitássemos que a homologação do acordo por parte do agente que consentiu participar na mediação aproveitasse os que não participaram na mediação ou que tendo participado desistiram «estaríamos a abrir a porta à insuportável injustiça e à implosão de todos os princípios mínimos estruturantes da mediação»²⁴³.

No nosso entender o agente que aceita participar na mediação quer esforçar-se para reparar os danos causados com o delito, sendo que para tal assume deveres de carácter pessoal²⁴⁴. Neste sentido, a Doutrina²⁴⁵ é clara ao entender que o arguido que não participa na mediação ou que participa e desiste não pode beneficiar da desistência de queixa daquele que empenhou-se, no âmbito da mediação, para conseguir alcançar um acordo. Se não se entendesse dessa forma estaríamos perante uma «"comunicabilidade" muito duvidosa»²⁴⁶, pelo que perante tal entendimento, afastamos a aplicação do artigo 116.º, n.º 3 do Código Penal no âmbito da Mediação Penal.

²⁴³ Cfr. André Lamas LEITE – *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça?*, p.61.

²⁴⁴ Cfr. Cláudia SANTOS – Ob. cit., p. 691 e cfr. André Lamas LEITE – Ob. cit., p. 62.

²⁴⁵ Cfr. André Lamas LEITE – Ob. cit., pp. 61 e 62; Cláudia SANTOS – Ob. cit., pp. 690 e 691 e João COSTA – *Ob. cit.*, pp. 607 e 608.

²⁴⁶ Cfr. Cláudia SANTOS – Ob. cit., p. 691.

CONCLUSÕES

Com a proclamada “crise da justiça” surge a necessidade de se procurar novas formas de reação ao crime que sejam melhores e mais eficazes. É neste contexto de crise que aparece a chamada Justiça Restaurativa, como uma nova forma de reação ao crime, menos punitiva, menos estigmatizante e defensora dos interesses da vítima.

Em comparação com a justiça penal, a Justiça Restaurativa surge como uma justiça mais humanista, cujos objetivos passam pela pacificação interpessoal do conflito através de soluções de consenso e pela reparação dos danos que a vítima sofreu com o delito. Assim, enquanto que no sistema penal o crime é entendido como uma ofensa ao Estado, com a Justiça Restaurativa o crime passa a ser visto como uma ofensa interpessoal causadora de danos à vítima. Nestes termos, podemos afirmar que o sistema penal assume uma dimensão pública do conflito e a Justiça Restaurativa uma dimensão privada.

A Justiça Restaurativa pretende promover a participação ativa entre vítimas e agressor dando possibilidade à primeira de expressar os seus sentimentos e ao segundo de se responsabilizar pelo delito. Por sua vez, a justiça penal como uma forma de reação ao crime mais punitiva, procura solucionar o conflito através da aplicação de uma pena, pretendendo, dessa forma, prevenir a reincidência e evitar que os membros da sociedade cometam crimes no futuro.

A Justiça Restaurativa ao procurar soluções para o conflito, com base no consenso, não consegue transmitir à sociedade uma mensagem de intimidação, assim as obrigações assumidas pelo agente no âmbito das práticas restaurativas não são capazes de alcançar as finalidades preventivas gerais.

No que toca à prevenção especial, a resposta restaurativa parece não ser capaz de dissuadir o agente de cometer crimes no futuro, porém não podemos negar que a resposta restaurativa será sempre mais vantajosa para o agressor, na medida em que este pode “negociar” a obrigação que irá assumir para pôr termo ao conflito. Entendemos que em casos de verdadeiro arrependimento as práticas restaurativas são capazes de satisfazer as exigências de prevenção especial.

Tanto a justiça penal como a Justiça Restaurativa pretendem alcançar a paz social, no entanto, e apesar desta semelhança, diferem na forma e nos meios para alcançar este objetivo. Enquanto que o sistema penal procura curar através da prevenção especial de socialização, a resposta restaurativa procura curar através da responsabilização do agente.

No que concerne ao princípio da culpa, a resposta restaurativa prescinde da verificação da culpa do agente, bastando que existam indícios suficientes da prática do crime e que o agente aceite o acordo alcançado no âmbito das práticas restaurativas, todavia, o facto de o agente aceitar participar nas práticas restaurativas e de aceitar o acordo alcançado não significa que esteja a assumir a culpa no delito.

No âmbito das práticas restaurativas não podemos admitir que se alcancem acordos humilhantes e desproporcionais à gravidade da ofensa, nomeadamente, através da imposição de obrigações suscetíveis de atingir um nível de gravidade superior ao da ofensa, cabendo ao Ministério Público a garantia desse equilíbrio.

Não podemos esquecer que o próprio sistema penal prevê mecanismo jurídicos baseados no consenso, contudo no âmbito da Justiça Restaurativa o "consenso" assume um âmbito mais alargado, tratando-se de uma verdadeira negociação entre vítima e agressor.

Na nossa perspetiva, a Justiça Restaurativa deve ser encarada como um sistema alternativo ao sistema penal, apto a solucionar crimes de menor gravidade, onde não existe um interesse público, que o Estado tenha que acautelar, contribuindo, desta forma, para descongestionar os Tribunais das denominadas "bagatelas penais".

Assim, entendemos que a Justiça Restaurativa será vantajosa nas situações, que dada a sua gravidade diminuta, podiam ter consequências mais graves se fossem submetidas ao processo penal.

Entendemos que a Justiça Restaurativa não é apta a substituir o sistema penal, na medida em que não se pode permitir que a decisão de submeter o agente a "julgamento" fique na livre disponibilidade das partes, tendo em conta o princípio da voluntariedade, que é próprio do sistema restaurativo.

Acreditamos que a eficácia da Justiça Restaurativa deve-se à possibilidade, que as vítimas têm de recorrer ao sistema penal tradicional, sempre que a primeira se mostre insuficiente na resolução do delito.

Assim, Justiça Restaurativa e justiça penal consubstanciam formas distintas de reação ao crime, pelo que não se pode querer, nem esperar que sejam iguais.

Como manifestação da Justiça Restaurativa, Portugal adotou a Mediação Penal através da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, para dar cumprimento ao disposto no artigo 10.º da Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001.

Ao fazermos uma análise crítica do referido diploma legal, verificamos que o legislador optou por regular em termos mínimos as condições de acesso à Mediação Penal, o que o torna insuficiente, ambíguo e gerador de várias interpretações contraditórias. No nosso entender, não é isso que se pretende quando se cria um instituto alternativo ao sistema penal.

Além das inúmeras vantagens que apresenta, a Mediação Penal pode ser uma verdadeira alternativa ao sistema penal no que concerne aos crimes particulares e semipúblicos, na medida em que consegue acautelar de forma mais eficaz os interesses das vítimas.

Desta forma, aplaudimos a opção do legislador em delinear o âmbito de aplicação material da Mediação Penal aos crimes em que o interesse particular é superior ao interesse público.

Uma das vantagens da Mediação Penal é permitir às partes em conflito resolver o conflito através da conciliação em vez de serem submetidas a um processo moroso, estigmatizante e, conseqüentemente, mais desvantajoso.

Entendeu o legislador, e bem, limitar a aplicação da mediação a determinados tipos de crime, nomeadamente aos crimes de natureza sexual. Nestes casos, entendemos que os interesses em causa não podem ser acautelados através de um simples pedido de desculpas.

No que diz respeito aos crimes de natureza pública aceitamos que a Mediação Penal seja aplicada numa fase pós-sentencial, para efeitos de socialização do delincente, uma vez que a pena de prisão em muitos casos revela-se fomentadora do aumento da reincidência. Numa fase pré-sentencial entendemos

que deve ser o Estado, como detentor do *ius puniendi*, a acautelar os interesses em causa, até porque neste tipo de crimes a vontade da vítima é irrelevante.

Entendemos que os intervenientes que pretendem recorrer à Mediação Penal devem ser previamente submetidos a uma avaliação psicológica de modo a aferir-se a sua capacidade mental e emocional como forma de se evitar situações de vitimização secundária.

Posto isto, deixamos algumas propostas que no nosso entender carecem de uma maior concretização por parte do legislador.

A primeira diz respeito ao momento em que o processo pode ser remetido para mediação. Apesar de o legislador ter definido que a remessa do processo pode ser feita «em qualquer momento do inquérito», julgámos que, por uma questão de segurança jurídica a remessa do processo para mediação apenas deveria ser possível na fase final do inquérito, figurando assim uma alternativa à acusação.

Entendemos também como necessário a concretização do princípio da confidencialidade no seio da Mediação Penal e no próprio processo penal. Como tal, devia existir no processo penal uma norma que proíba expressamente a valoração como prova de qualquer declaração realizada pelo agente no âmbito da mediação. Tal medida, teria como objetivo reforçar a confiança das pessoas no processo de mediação, principalmente dos agressores.

Para nós, a Mediação Penal devia ser vedada aos agentes que já tenham beneficiado da mediação em crimes da mesma natureza, desde que esta tenha sido concluída com sucesso, analogamente ao que sucede no instituto da suspensão provisória do processo. Com isto, a Mediação Penal seria entendida como uma oportunidade única que o agente tem se redimir de um comportamento do qual se arrepende, evitando-se, desta forma, a reincidência dos delinquentes.

Para terminar, entendemos que o sucesso da Mediação Penal depende da atuação do Ministério Público, uma vez que é a esta entidade que incumbe a avaliação e consequente escolha dos casos suscetíveis de serem remetidos para Mediação Penal. Caso assim não suceda, o instituto da mediação penal cairá simplesmente no esquecimento, quando existem vantagens na sua aplicação.

Existe ainda um longo caminho a percorrer para que a mediação seja encarada como um verdadeira alternativa ao sistema penal tradicional.

Torna-se necessário olhar para a Mediação Penal como uma oportunidade para solucionar o conflito fora de um processo impessoal e estigmatizante e não como uma possibilidade que o agente tem de evadir-se ao julgamento e à suas consequências legais.

BIBLIOGRAFIA

AERSTEN, Ivo; PETERS, Tony – “Mediação para reparação: a perspectiva da vítima”, in *Revista sub judice*. Coimbra: Edições Almedina. ISSN 0872-2137. 37 (2006) 9-23.

AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina – “Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. ISSN 1645-1430. 2 (2005) 95-112.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de – “A mediação perante os objectivos do direito penal”, in *A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 39 ss.

– “A propósito da decisão - quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal”, in *Revista Portuguesa Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. 15:3 (2005) 391-414.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Figueiredo – “Criminologia - O Homem delinvente e a sociedade criminógena”, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 9789723221435.

APAV (org.) – “Seminário internacional Dikê – protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa”, realizado em Lisboa de 11 a 12 de Setembro de 2003.

BASTOS, Maria Manuela – “Breves considerações sobre mediação penal”, in *Revista sub judice*. Coimbra: Edições Almedina. ISSN 0872-2137. 37 (2006) 85-91.

BELEZA, Teresa Pizarro; MELO, Helena Pereira – “A mediação penal em Portugal”. Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4814-7.

– «“Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português», in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 19:74 (1998) 39-60.

CAMPANÁRIO, Micaela Susana – “Mediação penal Inserção de meios alternativos de resolução de conflitos”, in VIII Congresso Português de Sociologia.

CARVALHO, Américo A. Taipa de – “Direito penal - Parte Geral”, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723223002.

CORREIA, João Conde – “O papel do Ministério Público no Regime legal da Mediação penal”, in *Revista Ministério Público*. Lisboa, 28:112 (2007) 57-77.

COSTA, Inês Almeida – “Poderá a “reparação penal” ter lugar como autónoma reação criminal.?, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 21:4 (2011) 495-591.

COSTA, José Faria – “Diversão (desjudiciarização) e Mediação: que rumos?”. Coimbra: Edições Almedina, 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo – “Direito penal, Parte Geral”. Tomo I, 2ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1523-6.

– “Direito penal português – As consequências jurídicas do crime”. Tomo II, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1353-9.

DUARTE, Caetano – “Justiça restaurativa”, in *Revista sub judice*. Coimbra: Edições Almedina. ISSN 0872-2137. 37 (2006) 47-52.

ESTEVES, Raúl – “A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal”, in *Revista sub judice*. Coimbra: Edições Almedina. ISSN 0872-2137. 37 (2006) 53-64.

FERREIRA, Francisco Amado – “Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-1415-6.

GOUVEIA, Mariana França – “Curso de resolução alternativa de litígios”, 3ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 9789724055701.

LÁZARO, João; MARQUES, Frederico – “A mediação vítima – infractor e os direitos e interesses das vítimas” in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 27 ss.

– “Justiça Restaurativa e Mediação”, in *Revista sub judice*. Coimbra: Edições Almedina. ISSN 0872-2137. 37 (2006) 65-83.

LEITE, André Lamas – “A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de Justiça?”. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1606-6.

LUÍS, Antero – “O sistema tradicional de justiça e a mediação penal”, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 53 ss.

MESQUITA, Cristina Dá – “Prova na ação de responsabilidade civil fundada na prática de crime e factos provados na fundamentação da sentença penal”, in *Revista Julgar Online* (2018) disponível para consulta em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/01/20180119-ARTIGO-JULGAR-Factos-provados-sentença-penal-Cristina-Dá-Mesquita.pdf> , consultado a 02-Out.-2018, às 20:32.

PELIKAN, Christa – “General Principles of Restorative Justice”, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

PINTO, João Fernando Ferreira – “O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima – agressor”, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda – “Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no código de processo penal” in *Revista Portuguesa Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. 6:4 (1996) 524-544.

ROXIN, Claus - “Derecho Penal – Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito”. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SANTOS, Cláudia Cruz - “A justiça restaurativa – um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?”. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

– “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de “adultos” em Portugal”, in *Revista Portuguesa Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. 16:1 (2006) 85-114.

SILVA, Germano Marques da – A Mediação Penal – Em busca de um novo paradigma?, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 95 ss.

– “Direito penal português – parte geral I – introdução e teoria da lei penal”, 3ª edição. Lisboa: Editora Verbo, 2010.

Legislação:

Decisão-Quadro 2001/220/JAI, 15 de março do Conselho da União Europeia.

Lei n.º 21/2007, 12 de junho.

Recomendação nº (99) 19, de 15 de setembro de 1999, do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Resolução 2002/12 da ONU – *Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal.*

Portaria n.º 68-A/2008, de 22 de janeiro.