

YEARBOOK

MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA
DO PORTO / UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

VOL. 2

(2019)

DIGITAL

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO



PORTO



*YEARBOOK: MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DO PORTO /
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA*

Vol 2 (2019)

RAQUEL CARVALHO E CATARINA SANTOS BOTELHO (COORDS.)

© Universidade Católica Editora . Porto
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Coleção · e-book

Coordenação gráfica da coleção · Olinda Martins

Capa · Olinda Martins

Revisão de texto · Maria Isabel Dias Ferreira / Margarida Baldaia / Olímpia Loureiro

Data da edição · outubro de 2020

Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo

ISBN · 978-989-8835-94-9

ÍNDICE GERAL

O abuso institucional de idosos. A responsabilidade penal das pessoas coletivas por crimes cometidos contra bens jurídicos individuais

Ana Luísa da Silva Albino

A suspensão da execução da pena de prisão e os crimes sexuais

Ana Rita Lopes Costa Fidalgo Fernandes

A tutela do interesse da vítima no processo penal por crime de violência doméstica

Ana Rita da Silva Fernandes de Freitas

A problemática da responsabilidade da sociedade-mãe por condutas antitrust perpetradas pelas sociedades subsidiárias

Antónia Ferreira Fontes de Almeida

O encerramento do processo de insolvência na exoneração do passivo restante

António Conde Lencastre

Marcas não tradicionais. O desprender da era do papel: o requisito da representação em análise

Catarina Filipa Azevedo Fernandes

O caso McDonald's: Explorando os limites da proibição de auxílios de Estado na luta contra o planeamento fiscal internacional

Cátia Sofia Reis Andrade

Direito ao Esquecimento – Um direito criado ex novum pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados?

Gabriela Moreira Sá

Deficiências do artigo 164.º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul. Consentimento versus Constrangimento

Gil Duarte Miranda Ribeiro

A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no confronto com os artigos 137.º e 148.º do Código Penal – Âmbito do artigo 11.º do Código Penal

Isabel Cristina Pinto Amorim

O quórum constitutivo e a sua influência na capacidade para deliberar da Assembleia Geral

Joana Cunha Proença Garcia

A questão da identificação dos grupos no crime de genocídio

Joana Nina Fernandes de Pinho Valente

Proteção jurídico laboral contra o assédio. Algumas considerações à luz da Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto

João Lencastre de Faria

Aliciamento ao homicídio: ainda instigação? A responsabilidade criminal pela tentativa fracassada de instigação

João Pedro Araújo Monteiro

IVA – Direito à dedução e seus requisitos. A formalidade na substância e a substancialidade na forma

Maria Augusta de Andrade Lopes

O problema da discriminação inversa no Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial

Maria Francisca Coelho de Carvalho

De protagonistas e gestores a responsáveis cívicos. A propósito da greve ilícita e da responsabilidade civil de piquetes e sindicatos

Maria Inês Bravo Dinis Tejo

A educação para o Direito nos Centros Educativos: em especial, o regime dos prémios e das medidas disciplinares

Maria Negrão Meneses Burmester Malheiro

O crime de trato sucessivo

Mariana Mendes Domingues

A importância da reparação do dano para o Direito Penal

Nídia de Jesus Andrade Moreira

A substituição de grevistas: Da hermenêutica da proibição de substituição no âmbito dos conflitos coletivos

Rafael de Sousa

A dedução de prejuízos fiscais. Uma perspetiva de política fiscal no âmbito da tributação consolidada de grupos de sociedades

Sara Oliveira de Brito Rodrigues Cardoso

Considerações jurídicas em torno dos crimes de pirataria e de terrorismo

Sara Gonçalves Lúpi Marques Mogo

A Diretiva n.º 2017/1852. Um novo paradigma na resolução alternativa de litígios em matérias fiscais dentro da EU

Sofia Raquel Sá Gonçalves

A Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa atribui anualmente, a dezenas de estudantes, o grau de mestre em Direito, em sete áreas de especialização, bem como o grau de mestre em Direito e Gestão. Com o intuito de dar visibilidade ao resultado da investigação, a Escola tomou a decisão de publicar as dissertações de mestrado que obtiveram as mais elevadas classificações.

Assim, desde o ano passado e doravante, serão publicadas, a cada ano, as melhores dissertações de mestrado cujas provas se tenham realizado até ao dia 8 de dezembro do ano civil anterior. Esta divulgação permite partilhar investigação de qualidade com a demais comunidade científica e jurídica e com a sociedade civil, constituindo, ainda, um incentivo para a qualificação da investigação dos mestrados em Direito e em Direito e Gestão.

O presente número integra vinte e quatro dissertações. São apresentadas por ordem alfabética de autor e abarcam áreas tão diversas como o Direito Criminal, o Direito Internacional e Europeu, o Direito da Empresa e dos Negócios, o Direito do Trabalho, o Direito Fiscal, e o Direito Privado.

Fica o reconhecido agradecimento ao trabalho minucioso e dedicado da Dra. Isabel Ferreira.

Porto, outubro de 2020

Raquel Carvalho
Catarina Santos Botelho

A importância da reparação do dano para o Direito Penal

Nídia de Jesus Andrade Moreira

Sob a Orientação do
Professor Doutor Pedro Miguel Freitas

“O que de mais apaixonante para mim existe na doutrina penalista é justamente a sensação, ilusória que seja, que dá a quem a trabalha de participar de algum modo na tarefa sisífrica de sondar a condição humana.”

Jorge de Figueiredo Dias

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Pedro Miguel Freitas, pela sua disponibilidade e pelo saber que me transmitiu ao longo da presente dissertação.

A todos os docentes desta nobre instituição, que tanto contribuíram para o meu gosto por esta ciência.

Aos meus pais, irmã e irmão, pelo apoio incondicional.

Aos meus amigos, pelo companheirismo.

Em especial ao meu padrinho, sem o qual nada disto seria possível.

Resumo

Numa altura em que há uma preocupação crescente com a vítima, a reparação do dano decorrente da conduta criminosa surge no discurso penal como uma forma de acautelar os seus interesses. Deste modo, é relevante analisar a reparação quer na perspetiva contemplada na lei, quer na perspetiva do direito a constituir.

Após compreendermos os passos que foram dados pelo legislador e as construções teóricas da doutrina - nacional e internacional - que defende a inclusão da reparação como meio de cumprimento das finalidades penais, reconhecemos que, por vezes, o direito penal olha para a vítima potencial, descurando a vítima concretamente afetada, pelo que a proteção da mesma levará a admitir a reparação jurídico penal como reação substitutiva ou alternativa às consequências jurídicas do crime. Trata-se, assim, de uma responsabilidade que vai além da mera ligação da responsabilidade penal e da responsabilidade civil, olhando para o futuro (vertente preventiva), sem descurar os atos passados (vertente restaurativa).

Palavras chave: Reparação; soluções restaurativas; vítima; autor do crime; finalidades preventivas; direito penal; direito civil; reação criminal.

Abstract

In a time characterised by an increasing concern towards the victim, the reparation of damages resulting from criminal conducts arises in criminal discourse as a way of protecting victims' interests. Therefore, it is important to analyse reparation in the perspective of both present and future law.

Analysing both the steps taken by the legislator and the theoretical constructions of the doctrine – both national and international –, which advocate the inclusion of reparation as a means of criminal reaction, it becomes clear that, sometimes, criminal law looks at potential victims, while neglecting real ones. The protection of the latter will therefore lead to admitting reparations as an alternative response to the legal consequences of crime. This is a responsibility that goes beyond the mere linking of both civil and criminal responsibility which implies looking to the future (preventive strand), yet with due consideration of past acts (restorative strand).

Keywords: Reparation; restorative solutions; victim; offender; preventive purposes; criminal law; civil law; criminal reaction.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
i.e.	isto é
Ibid.	ibidem
MP	Ministério Público
ob. cit.	obra citada
p.	página
pp.	páginas
ss.	seguintes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
v.g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

Índice

Introdução	7
Capítulo I. A inclusão da reparação no sistema penal: uma questão político criminal	7
1. A reparação no Código Penal Português	8
1.1. A reparação no âmbito das penas de substituição	8
1.2. O reflexo da reparação na determinação da medida da pena: a atenuação geral ou especial da pena	8
1.3. A dispensa de pena	9
1.4. A particularidade da reparação nos crimes contra o património	9
1.5. A reparação enquanto indemnização civil desencadeada pelo ato criminoso	10
2. A reparação como meio de cumprimento das finalidades do Direito Penal	10
Capítulo II. A reparação como um <i>tertium genus</i>	12
1. As funções próprias do direito civil e do direito penal: a atenuação da distinção tradicional	13
2. A reparação penal: modelos doutrinários	14
2.1. Modelo minimalista: a determinação da medida da pena como questão central	14
2.2. Modelo autonomista	15
2.2.1. A reparação como “terceira via”	16
2.2.2. A reparação como verdadeira pena	19
3. Notas de Justiça Restaurativa no modelo autonomista: a essência do processo ou a relevância do resultado	21
4. Considerações sobre os modelos de reparação penal	22
5. Conclusões	25
Capítulo III. A positivação de um sistema de justiça criminal restaurador	26
1. A consideração da vítima no plano do bem jurídico	26
2. A integração de elementos restaurativos na justiça criminal	27
3. Entre o consenso e a coerção	27
a. Um mecanismo primacialmente consensual: um outro tipo de mediação	27
b. Soluções coercivas	29
4. Um mecanismo materialmente penal	29
5. A dimensão individual dos tipos legais de crime	30
6. As garantias das partes envolvidas e os princípios jurídico constitucionais	30
Conclusão	31
Referências bibliográficas	33

Introdução

A política criminal tem vindo a discutir a relação entre o autor do crime e a vítima, propondo uma aproximação dos intervenientes da ação penal. Se anteriormente o direito penal se focava na ressocialização do autor, atualmente, também atende às necessidades da vítima, melhorando a proteção da mesma, nomeadamente, através da reparação dos interesses lesados com a conduta criminosa. Deste modo, a reparação aparece hoje no centro da discussão político criminal, pretendendo o presente estudo analisar de que forma é que a mesma foi acolhida pelo ordenamento jurídico português e que outras soluções poderiam ser adotadas.

No primeiro capítulo iremos analisar a reparação do dano tal como está contemplada na lei, mais concretamente no Código Penal, de modo a compreender uma noção que parece ser alheia ao direito penal e a relevância que lhe foi atribuída pelo legislador. Seguidamente, propomo-nos a analisar as opções político criminais ignoradas pelo legislador, expondo de que modo é que a doutrina olha para a integração da reparação como um *tertium genus* no seio da dogmática penal.

Por fim, analisaremos de que modo é possível pensar na estatuição de um sistema jurídico penal restaurador, que atenda aos interesses da vítima afetados com a conduta criminosa, sem descurar os direitos, liberdades e garantias do autor e as expectativas da comunidade. A questão central reside em saber se a reparação, enquanto um mecanismo penal, pode atingir os fins das consequências jurídicas do crime e sob que pressupostos é que pode ser admitida.

Posto isto, é preciso ter consciência de que a inclusão da reparação penal poderá passar por uma primeira aceitação dogmática, razão pela qual nos propomos a compreender o significado que a mesma pode ter no seio da doutrina penal, para só posteriormente se pensar nas repercussões práticas. Notamos que a reparação tem diversas manifestações no Direito Penal português, que se revelam adequadas à proteção dos bens jurídicos com dignidade penal. Contudo, cumpre-nos analisar se de *iure constituendo* poderíamos ir mais longe, alargando-se o regime da reparação a outros âmbitos, aparecendo a reparação como uma alternativa ou complemento às reações criminais tradicionais. Para tal, será necessário extravasar as funções tradicionalmente atribuídas ao direito civil e ao direito penal, pelo que se exige um debate interdisciplinar sobre o tema, cabendo-nos analisar no presente estudo a perspetiva do direito penal.

Capítulo I. A inclusão da reparação no sistema penal: uma questão político criminal

Reparar, do latim *reparo*, consubstancia o ato ou efeito de restaurar o que foi danificado, de retratar o que foi feito. Tal ação pode ter relevância no âmbito do sistema penal, pelo que a política criminal – nacional e internacional – tem-lhe dedicado a sua atenção, discutindo a sua integração nos ordenamentos jurídico penais. Note-se que a forma como este pensamento se revela na lei de cada país reflete as opções político criminais e o modo como cada ordenamento jurídico estrutura o seu Direito Penal.

1. A reparação no Código Penal Português

Ao longo do Código Penal, podemos comprovar que há disposições legais dispersas que apelam a uma ideia de reparação. Esta surge no âmbito das penas de substituição, na determinação da medida da pena, permitindo ainda uma atenuação especial ou até a dispensa da mesma. No caso de crimes contra o património pode mesmo constituir uma causa de extinção da responsabilidade. Cumpre-nos analisar tais disposições de forma a compreender o sentido e a relevância que a reparação assume neste domínio.¹

1.1. A reparação no âmbito das penas de substituição

A suspensão da execução da pena de prisão com deveres (art. 51.º CP), uma das modalidades da suspensão² (art. 50.º CP), pode ser condicionada, por determinação do juiz, a uma das formas de reparação previstas nas alíneas do n.º 1 do art. 51.º CP³. Trata-se, portanto, de uma reparação *lato sensu* que, apesar de em regra visar deveres de natureza económica, não se confunde com a indemnização civil, embora a possa visar.⁴ Assim, esta pode bastar-se com uma satisfação de ordem moral ou exigir uma reparação de ordem material, devendo analisar-se a adequação, suficiência e razoabilidade do dever. Neste instituto a reparação assume relevância não só para repor a situação da vítima, mas também como forma de censurar o facto, revelando-se suficiente para cumprir as necessidades preventivas da pena.

No que respeita à admoestação – pena de substituição da pena de multa não superior a 240 dias – a reparação do dano constitui *conditio sine qua non* (art. 60.º, n.º 2 CP). Contudo, o legislador vai mais longe e diz-nos que o julgador tem de considerar que através da reparação se realizam as finalidades da punição, pelo que a mera reparação não indica por si só que as necessidades da pena estão cumpridas, sendo necessária uma análise casuística. A aplicação desta medida baseia-se num critério exclusivamente preventivo⁵, i.e., num critério que tem apenas em atenção as finalidades preventivas da pena.

1.2. O reflexo da reparação na determinação da medida da pena: a atenuação geral ou especial da pena

Após a escolha da pena a aplicar ao crime nos termos do art. 70.º CP, cumpre ao juiz a determinação concreta da medida da pena em função da culpa do agente e das

¹ A análise sobre a relevância da reparação para o Direito Penal é, no que respeita a este ponto, meramente exemplificativa. Não esquecendo que o CPP e demais leis extravagantes também fazem referência à reparação, vamos apenas focar-nos na análise do CP.

² A suspensão da execução da pena de prisão, prevista no art. 50.º CP, visa situações em que a pena concreta de prisão não é superior a 5 anos e não se verificam razões de prevenção para a aplicação efetiva da pena, sendo suficiente e adequada a mera censura do facto e ameaça de prisão. Esta pode ter vários regimes, nomeadamente simples, subordinada a deveres, subordinada a regras de conduta, subordinada a deveres e regras de conduta ou com regime de prova.

³ Os deveres são exemplificativos pelo que o juiz pode determinar uma outra forma de reparação além das contempladas nas alíneas. Note-se que tais deveres são encargo do condenado, pois de outro modo não se cumpriria a *ratio* de tal instituto. Acrescente-se que, também no caso da suspensão simples (art. 50.º CP), a reparação pode influir no juízo decisório por demonstrar que tal facto diminui as necessidades preventivas da pena.

⁴ Para uma melhor compreensão veja-se Albuquerque, 2015, pp. 308-309.

⁵ *Ibid.*, p. 326.

exigências de prevenção (art. 71.º, n.º 1 CP). Também neste âmbito a reparação por via material ou moral pode ser relevante, condicionando a medida da pena (art. 71.º, n.º 2, al. e))⁶, se as necessidades de prevenção o justificarem.

A reparação surge ainda no elenco exemplificativo das circunstâncias atenuantes especiais da pena previstas no art.º 72.º, n.º 2 CP, mais concretamente na sua al. c).⁷ O facto de haver a reparação do dano não releva por si só e não obriga o juiz a atenuar, pelo que o juiz é apenas obrigado a ponderar a atenuação, no âmbito do seu poder-dever, contudo, tal apenas se verifica se este considerar que há uma diminuição significativa da necessidade da pena.⁸ Deste modo, a reparação enquanto manifestação de arrependimento, pode relevar desde que haja uma diminuição acentuada da necessidade de pena e das exigências de prevenção, caso contrário, relevará apenas, e se for o caso, por maioria de razão, como atenuação geral (art. 71.º).

1.3. A dispensa de pena

A dispensa de pena verifica-se nas situações em que apesar de haver uma sentença de condenação, não se justifica a aplicação de uma sanção penal.⁹ O art. 74.º, n.º 1 estabelece as condições para a aplicação do instituto, surgindo a reparação do dano como uma *conditio sine qua non* (al. b).¹⁰ A reparação surge, assim, como forma de tornar a pena desnecessária, uma vez que através dela se podem, desde logo, satisfazer as necessidades de prevenção, tornando-se de tal modo relevante que, no caso desta não ter ocorrido à data do julgamento, a decisão pode ser adiada (art. 74.º, n.º 2).¹¹

1.4. A particularidade da reparação nos crimes contra o património

No âmbito dos crimes contra o património, o art. 206º prevê situações em que há um estímulo à reparação. Essas situações visam apenas os crimes expressamente previs-

⁶ O n.º 2 do art. 71.º estatui um elenco exemplificativo de fatores a ter em consideração nessa determinação, nos quais se inclui a conduta posterior ao facto criminoso, especialmente a que visa reparar as consequências do crime. Tal como Albuquerque, 2015, pp. 362-364, consideramos que tal releva apenas a nível da prevenção e não ao nível da culpa, já que a última diz respeito ao momento da prática do facto .

⁷ Há casos em que a atenuação da pena está expressamente prevista nos tipos legais. Pense-se no art. 368.º-A CP, que no seu n.º7 prevê uma situação em que a atenuação especial da pena é obrigatória. Para tal, é necessário que haja a reparação integral do dano causado até ao início da audiência de julgamento, sem que haja dano ilegítimo de terceiro. O legislador partiu do princípio que com tal reparação cessam as necessidades de prevenção . No n.º 8 do artigo tal atenuação é apenas facultativa uma vez que a reparação é parcial.

⁸ Nesse sentido, Garcia & Rio, 2014, pp. 374-377. Em sentido contrário, considerando que o cumprimento espontâneo da reparação constitui causa de atenuação obrigatória da pena veja-se Carvalho, 2011, p. 114.

⁹ Nesse sentido, veja-se a teoria da conceção unilateral da culpa: toda a pena implica culpa, mas nem sempre a culpa implica pena.

¹⁰ Note-se que há casos especialmente previstos de dispensa de pena, mas que passam sempre pelo crivo do art. 74.º CP.

¹¹ Albuquerque, 2015, p. 370, diz-nos que tal reparação “tem de ser por inteiro, quer por reposição em espécie, quer por satisfação em equivalente”. Por sua vez, o Ac. do TRE de 06-06-2013, Processo 273/14.1.PB-FAR.E1, Relatora Ana Barata Brito, disponível em www.dgsi.pt, diz-nos, a propósito do crime de ofensa à integridade física simples, que a reparação pode ser feita por compensação, sendo que a mesma é independente da indemnização civil.

tos no art. 206.^{o12} ou para o qual remete o respetivo tipo legal¹³. No n.º 1 estamos perante situações em que a responsabilidade penal é extinta por se considerar que o interesse do ofendido foi satisfeito¹⁴, tal como as necessidades de prevenção. Por sua vez, os n.º 2 e n.º 3 preveem apenas uma atenuação especial da pena – este aspeto relaciona-se com o ponto 1.2. *supra*. No n.º 3 a atenuação é facultativa por visar apenas uma reparação parcial¹⁵, enquanto no n.º 2 tal atenuação é obrigatória, mas implica a reparação integral dos danos, o que inclui quer os danos patrimoniais, quer os não patrimoniais e ainda os lucros cessantes¹⁶.

1.5. A reparação enquanto indemnização civil desencadeada pelo ato criminoso

A reparação prevista no art. 129.^o do CP, constitui uma reparação *stricto sensu*, i.e., uma reparação que visa reparar os danos civis emergentes do crime. Por força do princípio da adesão, tal indemnização será, em regra, arbitrada em processo penal, segundo critérios exclusivamente civis¹⁷, tratando-se, assim, de um verdadeiro efeito civil da ação penal.¹⁸

2. A reparação como meio de cumprimento das finalidades do Direito Penal

Os casos analisados têm um denominador comum: a função preventiva da pena.¹⁹ A prevenção, quer na vertente geral, quer na especial, desempenha o fundamento legitimador da pena²⁰, tendo um papel essencial na determinação da pena concreta a aplicar,

¹² Note-se que a reparação referida no artigo não implica ou significa uma demonstração de arrependimento, distinguindo-se, por isso, da reparação prevista no artigo 72.^o, n.º 2, al. c) CP.

¹³ Devem ter-se em atenção outros artigos que não serão objeto da nossa análise, tais como os artigos 204.^o, 205.^o, 209.^o, n.º 3, 212.^o, n.º 4, 213.^o, n.º 3 e 4, 216.^o, n.º 3, 217.^o, n.º 4, 218.^o, n.º 4, 219.^o, n.º 5, 220.^o, n.º 3, 221.^o, n.º 6, 222.^o, n.º 3, 224.^o, n.º 4, 225.^o, n.º 6 e 231.^o, n.º 3, al. a), que visam o artigo 206.^o.

¹⁴ É necessário acordo entre ofendido e arguido, pelo que o ofendido tem de concordar com a extinção da responsabilidade.

¹⁵ Carvalho, 2011, pp 114-115, considera que se a reparação integral não for possível por impossibilidade do infrator, deverá existir uma atenuação especial da pena.

¹⁶ Garcia, 2014, pp. 867-868 e Albuquerque, 2015, p. 816.

¹⁷ Até ao CP de 1982, discutia-se se a reparação constituía um efeito da condenação. A questão não era líquida para a doutrina, embora a maioria considerasse tratar-se de uma indemnização civil. Por oposição, Dias, 1966, pp. 87 e ss., considerava que se tratava de um efeito penal da condenação que não tinha necessariamente de coincidir com a indemnização civil, pelo que o juiz fixaria uma indemnização sem, ou até contra a parte lesada, sempre que a sentença fosse condenatória, indemnização essa que se determinava de acordo com os critérios de determinação da medida da pena.

Em Dias, 1993, p. 78, o autor considera que a reparação enquanto efeito penal da condenação é capaz de cumprir as finalidades próprias das reações criminais, lamentando que a opção tenha sido abandonada pelo legislador, sobretudo, numa altura em que a doutrina, nomeadamente, a alemã começou a estudar a qualificação da reparação como um mecanismo penal.

¹⁸ A indemnização nunca perde a sua natureza exclusivamente civil, tendo, por isso, de ser requerida pelo lesado, acabando por ser uma questão processual já que há a junção de uma pretensão civil no âmbito de uma ação penal.

¹⁹ Deste modo, o juízo de prognose feito para analisar os intitos mencionados deve reportar-se ao momento do julgamento, uma vez que é nesse momento que se analisam as necessidades preventivas, por oposição à culpa contemporânea do momento da prática do facto. Nesse sentido, Albuquerque, 2015, p. 360.

²⁰ Nesse sentido, veja-se a perspetiva de Dias, 2007, pp. 43 e ss., que considera que as finalidades da pena têm uma natureza unicamente preventiva. Veja-se ainda a conceção preventivo-ética da pena defendida por Carvalho, 2011, pp. 60 e ss.

pelo que se a reparação demonstrar que tais necessidades preventivas se revelam inferiores, tal deve ser tido em consideração aquando da reação criminal.

Nesse sentido notamos que “tendo a pena uma função-meio de prevenir a prática de crimes, ela há-de atender ao presente com os olhos no futuro”²¹. Deste modo, o julgador além de não poder esquecer as finalidades preventivas tidas em consideração pelo legislador aquando da feitura da lei, deve ir mais longe e concretizar tais finalidades na determinação da respetiva pena a aplicar. As necessidades preventivas devem analisar-se perante a situação concreta, reportando-se a análise ao momento do julgamento e não ao momento da prática do facto, podendo, por isso, atribuir-se relevância aos atos posteriores à prática do crime que podem interferir com a necessidade preventiva e, conseqüente, determinação da pena.

No âmbito da ressocialização do agente do crime, a reparação surge como um meio alternativo para potenciar atitudes sociais positivas. Reconhecemos que nem sempre se revela fácil ou adequado ressocializar o agente num estabelecimento prisional, mediante a aplicação de uma pena de prisão, pelo que devemos olhar para a atitude do agente e, se o mesmo se esforça para reparar o dano, visando ainda que indiretamente uma reconciliação com a vítima, será de admitir a possibilidade de se tornar desnecessária a aplicação de uma pena ou, pelo menos, de uma pena privativa de liberdade já que as necessidades de ressocialização não se revelam tão prementes.

A ressocialização é uma tarefa indispensável, contudo, revela-se difícil, pelo que devemos estudar e optar pelo melhor método que, em certos casos, pode ser este. Nos casos em que a reparação implica a dispensa de pena ou até extinção da responsabilidade criminal, como vimos anteriormente, os efeitos estigmatizantes da pena nem se chegam a verificar, sendo benéfico para o agressor que ao mesmo tempo que se ressocializa por esta via, não vê as suas relações pessoais e profissionais afetadas.

Através de uma compensação, a vítima poderá ver a sua situação restabelecida, o que aliado a uma atitude do agente do crime poderá ter consequências práticas. Tal reparação pode revelar que o agente do crime não mantém uma postura de contrariedade à ordem jurídica ou de indiferença perante os bens jurídico penais. É certo que tal releva para apurar a culpa no momento da prática do facto; contudo, não podemos ficar indiferentes ao esforço reparador do agente do crime, que compreende o seu erro e tenta compensá-lo, interferindo com as necessidades de prevenção positiva. Ao lidar diretamente com o dano causado, o agente poderá interiorizar a sua atitude criminosa, confrontando-se com os efeitos da sua ação.

A reparação aparece como uma opção político criminal dadas as vantagens observadas. Além de estarem cumpridos os fins da pena, a vítima e o autor acabam por beneficiar com tal opção. Por um lado, a vítima é compensada, sem ter de se esforçar para tal, deixando de ter de intentar uma ação civil (ou invocar o princípio da adesão da ação civil à penal), já que a sua reivindicação está satisfeita. Assim, em nada o direito da vítima é prejudicado, antes pelo contrário. Roxin lembra ainda que a reparação ao invés da aplicação de uma pena de prisão ou multa, pode revelar-se vantajosa, até porque a pena pode

²¹ Carvalho, 2011, p. 63.

tornar-se prejudicial à vítima.²² Nos casos em que o arguido acaba por ir para um estabelecimento prisional, deixará de ter rendimentos, o que poderá ser desvantajoso para a vítima, do mesmo modo que o pagamento de uma multa acaba por reduzir a capacidade para pagar à vítima. Estes interesses acabam por convergir com os do agressor que pretende ver a sua pena atenuada ou suspensa, já que tal lhe será benéfico. Assim sendo, a questão civil dá-se por resolvida, tendo sido os direitos acautelados.

Destaca-se ainda o cumprimento da prevenção geral positiva, já que por esta via se pode transmitir confiança à sociedade no sistema penal. A concreta compensação pode levar a que a paz jurídica seja restabelecida se a comunidade considerar que, perante aquele delito, basta o acordo entre vítima e autor, o que poderá acontecer em delitos considerados menos graves. Assim, torna-se essencial olhar para os crimes em questão. Se, *v.g.*, nos casos de crimes de homicídio ou de ofensa à integridade física grave se revela difícil considerar que a reparação atenua a pena, até porque há uma lesão que irá permanecer, tal já será mais fácil num crime de furto de valor diminuto em que tendemos a considerar que a compensação se revela suficiente, sendo por isso, no mais das vezes, desnecessária a aplicação de uma pena.

Olhando para o CP, somos forçados a concluir que a reparação, como ato posterior à prática do crime, surge como forma de afastar as necessidades preventivas da pena, o que aliado ao princípio da intervenção mínima do direito penal e a razões político criminais, pode levar a que no extremo se exclua a responsabilidade penal, como se verifica nos casos do art. 206.º, n.º 1 CP. Deste modo, em certos casos a reparação permite que a relação bilateral Estado-agente do crime, passe a ser triangular, incluindo assim a vítima, o que poderá ser benéfico em termos de restabelecimento da paz jurídica que foi perturbada pelo crime. Falamos da reparação num sentido amplo uma vez que certos atos reparatórios podem influenciar, como vimos, diversos institutos de diferentes formas, não se reconduzindo tal reparação à mera indemnização civil consagrada no art. 129.º CP.

Capítulo II. A reparação como um *tertium genus*

A reparação constitui uma consequência jurídico civil, contudo o direito penal optou por granjear a mesma, atribuindo-lhe relevância jurídico penal. Esta é uma opção político criminal do legislador, que se relaciona com os fins da pena, constituindo, ainda, uma forma de proteção dos interesses da vítima lesada.²³ Alternativamente, o legislador poderia ter considerado a reparação do dano como uma consequência jurídica do crime autónoma, i.e., como terceira espécie de sanção criminal ao lado das penas e medidas de segurança ou como uma pena principal, mas optou por não o fazer. É precisamente a solução ignorada pelo legislador que se pretende analisar no presente capítulo de forma a compreender se tais opções poderiam cumprir de forma (mais) adequada as exigências de defesa do ordenamento jurídico.

²² Roxin, 2002, pp. 8 e ss.

²³ Carvalho, 2011, pp. 102 e ss.

1. As funções próprias do direito civil e do direito penal: a atenuação da distinção tradicional

O direito penal e o direito civil assumem funções distintas. Desde logo, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado têm diferentes graus de relevância, razão pela qual a indemnização civil tem uma lógica indemnizatória, enquanto a reação criminal tem uma lógica preventiva. O direito penal nunca prescinde do desvalor da conduta, embora não lhe seja (totalmente) alheio o resultado. Por outro lado, o direito civil atribui relevância ao dano, havendo situações em que se verifica a imposição de uma indemnização, sem que haja qualquer culpa do lesante, como demonstra a responsabilidade pelo risco. Deste modo, tradicionalmente, a indemnização é vista como uma forma de reação e proteção do interesse dos particulares, tendo por medida o dano. Por sua vez, a pena constitui uma forma de proteção de bens jurídicos, tendo em atenção interesses fundamentais da coletividade, que embora possam ser titulados individualmente, são protegidos na sua dimensão supra individual.²⁴ Contudo, nem sempre as coisas funcionam no seu estado puro, nem para um lado, nem para o outro, razão pela qual esta distinção se tem vindo a atenuar.

Ao olharmos para o nosso ordenamento jurídico, constatamos que o direito penal tem chamado a si funções reparatórias que não lhe estão tradicionalmente atribuídas, enquanto o direito civil começa a ter em atenção funções preventivas e sancionatórias, ocupando-se de interesses sociais afetados com o dano.²⁵ Nesta lógica, para quem aceite que há uma perda da distinção rigorosa entre os dois ramos do direito, é possível discutir a admissão de um mecanismo reparatório misto, que transcenda a *ratio* do direito civil e direito penal considerados isoladamente.²⁶

Caso se perca a referida distinção, Maria Paula Ribeiro de Faria considera que tal deve ser feito a favor do direito penal. Inclina-mo-nos para o mesmo entendimento já que as garantias do direito penal permitem abranger os direitos individuais, mas o contrário já não será possível, uma vez que o direito civil é alheio a uma proteção de caráter social e não garante todas as exigências legais e constitucionais consagradas para a aplicação de uma pena.²⁷

²⁴ Ao longo dos tempos o sistema estadual foi evoluindo no sentido de considerar que se deve distinguir a ofensa social à comunidade, da ofensa individual, originando-se, assim, ramos do direito distintos com funções próprias.

²⁵ É inegável a aproximação entre o direito penal e civil. No âmbito do direito civil, *v.g.*, no artigo 494.º CC verificamos que a indemnização pode ficar abaixo do dano uma vez que o desvalor da conduta é menor numa situação de negligência. Isto revela um afastamento da lógica indemnizatória pura, constituindo um desvio em relação ao papel fundamental do dano no âmbito do direito civil.

²⁶ À primeira vista é difícil compreender a inclusão da reparação no seio do direito penal dada a separação dogmática entre o direito civil e penal, contudo, devemos ter em atenção que só recentemente se introduziu essa separação e, além disso, a mesma nem sempre se revela essencial para a boa administração da justiça, como comprovam as soluções recentes que enveredam por caminhos comuns ao direito penal e direito civil.

²⁷ Faria, 2003, pp. 259 e ss.

2. A reparação penal: modelos doutriniais

A nova consideração da vítima no seio da política criminal e o princípio vitimológico, colocaram no centro da discussão a reparação do dano. Alguns autores consideram que a satisfação da vítima é função exclusiva do direito civil, no entanto, levantam-se vozes no sentido de erigir um mecanismo que combine soluções de natureza civil e penal, capaz de exercer adequadamente tal função (reparatória), conferindo à vítima um papel que não lhe é admitido pela justiça penal tradicional. Tal mecanismo é substitutivo ou alternativo à reação penal clássica, i.e., à pena, ligando a satisfação dos interesses dos particulares ao interesse social inerente à pena. Cumpre-nos analisar algumas propostas doutriniais, compreendendo os passos que já foram dados nesse sentido, de modo a perceber se a reparação poderá constituir um caminho que permite resolver os problemas colocados ao direito penal.

2.1. Modelo minimalista: a determinação da medida da pena como questão central

A reparação é vista como uma verdadeira reparação civil, decorrente da prática do ato criminoso, que pode ter efeitos na medida da pena. O *quantum* da mesma tem em atenção critérios exclusivamente civis, pelo que o *nomen iuris* “penal” apenas se deve ao facto de ter origem na prática de um facto criminoso e de poder ter influência na reação criminal.

Para os mais tradicionalistas, a reparação em caso algum pode substituir a pena, limitando-se a atenuá-la, se se revelar adequado, ou funcionando contra o autor no caso de este nem sequer tentar reparar a situação provocada pelos seus atos. Desde logo, a reparação pode demonstrar uma atitude de arrependimento relativamente ao ato praticado²⁸, o que pode conceder um privilégio na medida da pena. Tal terá vantagens quer para o autor, que vê a sua pena diminuída, quer para a vítima já que tal permite um maior efeito dissuasor em relação ao autor que se vê pressionado a reparar.²⁹

Para estes autores em caso algum a reparação pode substituir a pena já que desse modo colocaríamos em causa o sistema penal: por um lado, estaríamos a reduzir o papel do direito penal, centrando-nos no conflito entre o autor e a vítima, desmerecendo os interesses da sociedade espelhados nas normas penais³⁰; por outro lado, se admitíssemos tal solução colocaríamos em causa as finalidades do direito penal, em especial a prevenção geral que seria diminuída.

²⁸ Hirsch, 1992, p. 81, destaca a necessidade de no limite valorar o esforço reparatório e não a reparação em si, de modo a não privilegiar autores financeiramente fortes em detrimento dos mais desfavorecidos. Assim, tal deverá ser previsto na legislação, de modo a garantir o princípio da igualdade.

²⁹ Em certos casos, como no instituto de suspensão da pena, pressupõe-se mesmo a realização da reparação.

³⁰ A propósito dos acordos compensatórios pensados para a pequena e média criminalidade, Hirsch, 1992, p. 88 e ss., considera que a admitir tal solução seria apenas para bagatelas penais que o permitissem tendo em atenção o interesse público da persecução da ação penal e as necessidades de prevenção geral. Além disso, tais acordos revelar-se-iam desvantajosos para a vítima ou pelos menos mais vantajosos para o autor que para a vítima, já que a mesma seria pressionada psicologicamente para não exercer a ação penal e acabaria por ceder na sua pretensão indemnizatória que se poderá revelar menos satisfatória que uma pretensão obtida por via de uma ação civil.

Hirsch chama à atenção para os casos em que os danos não são proporcionais à conduta criminosa – pense-se que uma mera imprudência pode gerar elevados danos patrimoniais. Se a reparação constituir uma reação criminal, tal poderia criar uma espécie de reação (desproporcional) ao desvalor do resultado, quando na verdade num caso desses uma mera reparação parcial ou um esforço sério para tal já seria suficiente para um certo “benefício penal”.³¹

Acrescenta o autor que tais soluções levariam a uma situação de desigualdade valorativa ao gerar reações diferentes aos delitos com e sem vítima, com ou sem dano, uma vez que nos primeiros seria admissível substituir a pena, ao passo que nos segundos a punição continuaria igual³², violando ainda o princípio da igualdade, ao favorecer quem é economicamente favorecido. Nos casos em que a pretensão penal colide com a pretensão indenizatória, devemos centrar-nos em reduzir os danos que o direito penal pode gerar na pretensão indenizatória, evitando que o direito penal se realize à custa dos interesses da vítima. Nesses casos, o nosso pensamento não se deve focar no autor, mas na vítima que não pode ser prejudicada pela pretensão penal, apesar de no mais das vezes acabar por ser. Reconhecendo tais situações, Hirsch nota que há casos em que é inevitável que haja danos como acontece na criminalidade grave em que se torna necessária a aplicação de uma pena de prisão; contudo, noutros casos como, por exemplo, aqueles em que seja aplicada pena de multa, poder-se-á estatuir uma prioridade da pretensão indenizatória.³³

2.2. Modelo autonomista

Neste modelo a doutrina vai mais longe introduzindo a reparação no catálogo convencional das consequências jurídicas do crime³⁴ ou a seu lado³⁵, permitindo que o direito penal incorpore elementos restaurativos, sem descurar as finalidades preventivas.

³¹ Ibid., p. 83.

³² Ibid., pp. 55 e ss.

³³ Ibid., p. 84.

³⁴ As sanções previstas no sistema jurídico criminal português traduzem-se nas penas (num sentido amplo, englobando, quer as penas principais – pena de prisão e pena da multa – as penas acessórias e ainda as penas de substituição) e as medidas de segurança (medidas privativas da liberdade e medidas não detentivas). Estas têm por função comum a contenção da criminalidade, contudo, os seus fundamentos são diferentes: as primeiras têm por pressuposto a culpa, por sua vez, as últimas têm em consideração a perigosidade do delincente. Estas têm como denominador comum as finalidades de prevenção geral e especial, apesar de as mesmas se relacionarem de forma diferente: no âmbito das penas, a prevenção geral assume um lugar de destaque, sendo que a prevenção especial só releva para a determinação concreta da pena, dentro dos limites estabelecidos pela moldura penal, tendo como limite a culpa; por oposição, nas medidas de segurança tem destaque a prevenção especial uma vez que o principal intuito da mesma é a socialização do delincente e a manutenção da sua própria segurança, apesar de, ainda assim, não deixar de se ter em atenção as exigências de prevenção geral que se visionam neste âmbito como o mínimo necessário à tutela do ordenamento jurídico e das expectativas da comunidade. Para uma melhor compreensão veja-se Dias, 1993, pp. 89 e ss. e Antunes, 2017.

³⁵ Poderia pensar-se em constituir uma sanção acessória ao lado da pena e da indemnização civil. Faria, 2003, p. 282, nota que tal não teria um sentido punitivo autónomo, além de que levaria a um fracionamento da punição, uma dupla intervenção do Estado, que atuaria quer ao nível penal, quer ao nível civil, o que conduziria a uma vantagem indevida para vítima, pelo que será preferível optar por uma sanção diferente.

2.2.1. A reparação como “terceira via”

A reparação penal foi preconizada por Roxin³⁶ enquanto uma “terceira via”, i.e., como consequência jurídica autónoma, distinta das penas e medidas de segurança, que agrega elementos civis de modo a compensar o dano, mas também elementos penais de modo a cumprir as suas finalidades próprias do direito penal e a adotar ferramentas que, de outro modo, não seriam admissíveis.³⁷ A reparação (ou a tentativa de) encarada num sentido amplo assume uma verdadeira autonomia, constituindo um elemento essencial do sistema das reações criminais, complementando as soluções existentes.³⁸

Há uma harmonização do direito civil e do direito penal, na medida em que não se descarta a indemnização civil, mas vai-se mais longe ao considerar que a reparação tem ainda de visar o restabelecimento da paz jurídica, finalidade estritamente penal. Palermo reforça a necessidade de distinguir a reparação em sentido estritamente civil que só atende ao dano, da reparação do ponto de vista penal que vai mais além, já que apesar de conter elementos do direito civil, também atende ao interesse da vítima e aos aspetos sociais que se relacionam com os fins da pena, o que se encaixa nos propósitos das reações penais.³⁹

Destarte, a reparação enquanto alternativa às consequências jurídicas tradicionais é independente da indemnização civil, embora se possa concretizar no ressarcimento do montante indemnizatório civil⁴⁰ ou num outro tipo de reparação de natureza penal a considerar. Para Palermo a reparação penal pode concretizar-se numa mera reparação simbólica, prestação pecuniária para a vítima ou terceiros (ex: seguradora), realização pelo autor de certos atos em favor da vítima ou da comunidade, esforço sério para reparar, pagamentos a instituições de utilidade pública, etc.⁴¹ Não se trata de introduzir um novo fim no direito penal, mas de integrar uma consequência jurídica restauradora, ao invés das tradicionais, que obedece igualmente a critérios de culpa, proporcionalidade

³⁶ O autor propôs a inserção da reparação como consequência jurídica autónoma do crime no Projeto Alternativo Alemão de 1992 (AE-WGM). A este propósito, Roxin, 1999, pp. 5-15.

³⁷ Para Roxin, 1992, pp. 142-143, um modelo que considere a reparação materialmente civil só é possível relativamente a âmbitos considerados marginais, desde que estabelecido de forma limitada. Considerando que tal solução visa obviar à tutela do direito penal e que reparação não se configura de acordo com critérios penais, olha para este modelo como uma espécie “descriminalização parcial”, que deve ser aproveitada, mas apenas no quadro configurado como passível de descriminalização. Ir longe demais neste modo, significa colocar em risco bens jurídicos penais e, no limite, abrir a porta à possibilidade de pressões e contra pressões, que podem ser mais prejudiciais para a paz jurídica que o próprio facto ilícito.

³⁸ Roxin, 1992, pp. 143 e ss., nega admissão da reparação como uma verdadeira pena, já que se tal fosse de admitir a mera reparação civil mais não seria do que uma reação penal.

³⁹ Palermo, 2005, p. 210.

⁴⁰ Há o aproveitamento de um mecanismo civil que apesar de em si mesmo não ter qualquer efeito preventivo, pode garantir a eficácia preventiva do sistema penal. Trata-se de aproveitar as potencialidades do direito civil, embora tal não signifique uma inversão das funcionalidades dos dois ramos do direito. Ligam-se ambos os direitos de modo a resolver um conflito social. Faria, 2003, pp. 265-268.

⁴¹ Palermo, 2005, pp. 194, 202 e 210; 2001, p. 53. Note-se que a reparação penal poderá refletir-se em qualquer conduta que satisfaça a vítima num sentido criminal, pelo que se por essa via não forem satisfeitas as expectativas patrimoniais a vítima deve recorrer ao direito civil, uma vez que tal é alheio ao direito penal. Roxin, 2002, p. 12, propõe a reparação de carácter laboral de modo a que não haja o favorecimento dos mais ricos (*v.g.*, o próprio autor repara uma coisa danificada por si, como forma de compensação ao lesado ou presta trabalho numa associação que visa a prevenção do alcoolismo no caso da prática do crime de perigo abstrato de condução perigosa de veículo rodoviário sob o efeito de álcool).

e necessidade e se guia pelo princípio da subsidiariedade, sem descurar as finalidades preventivas.⁴²

Os autores partidários desta solução olham para a reparação como um ato voluntário, que promove a interação entre autor e vítima⁴³, o que conduz à diminuição das necessidades preventivas. Assim, a voluntariedade revela-se essencial já que, de outro modo, dificilmente se conseguiria a ressocialização do agente, o que por si só se revela uma tarefa difícil. E se tivermos dúvidas sobre tal pressuposto, considerando que há ressocialização no caso da pena, mesmo esta não sendo voluntária, Mário Ferreira Monte, para quem a voluntariedade é a “pedra de toque” (*expressão sua*)⁴⁴ para a reintegração do autor, esclarece-nos: não podemos confundir a pena com a reparação; se a reparação não fosse voluntária, bastaria a aplicação de uma pena, conjugada com a reparação civil, não se visionando razões para a reparação penal. Salientando o aspeto diferenciador da reparação em relação às penas, diz-nos que a reparação “[...] deve procurar, ao mesmo tempo, ir ao encontro dos fins das penas, dispensando-as, e ir ao encontro do interesse da vítima, dispensando a reparação civil”⁴⁵. Deste modo, deve visar-se e impor-se que o agente assuma a responsabilidade pelos atos que cometeu, colaborando ativamente para a restauração da paz jurídica, ao mesmo tempo que se promove uma maior intervenção da vítima do crime no processo penal.⁴⁶

A teoria de Roxin foca-se, essencialmente, na voluntariedade da prestação, na existência de um acordo e na possibilidade de se conseguir evitar uma pena⁴⁷. Este considera que deve ser criado um mecanismo processual próprio que permita, *v.g.*, um debate perante um juiz especial de modo a obter o acordo compensatório ou a reparação do dano.⁴⁸

Tais autores notam ainda que não é pelo facto de haver uma ameaça penal abstrata que se deve punir no caso concreto, funcionando a reparação como um meio para atenuar ou substituir a pena, ao encontro do princípio da subsidiariedade⁴⁹, constituindo uma via autónoma, independente da solução civil e até de outras penas concretamente aplicáveis. Contudo, não podemos ser levados ao limite de considerar que a reparação é suficiente em todos os casos, já que tal poderia colocar em causa a própria subsistência

⁴² Palermo, 2005, p. 205.

⁴³ Nesse sentido, Palermo, 2005, p. 192, considera que sempre que possível, devemos promover uma abordagem entre autor-vítima, ao invés de a renunciar *a priori*. Palermo, 2001, pp. 52 e 53, considera que é a voluntariedade que permite o diálogo entre as partes, no sentido de (tentar) diminuir o dano, pelo que a mesma se revela essencial, ao lado da aceitação da vítima e do efetivo esforço pessoal na tarefa a que se compromete, até porque é essa voluntariedade da reparação que, no seu entender, a distingue da indemnização civil.

⁴⁴ Monte, 2012, p. 105.

⁴⁵ Monte, 2003, p. 144.

⁴⁶ Roxin, 2002, p. 13.

⁴⁷ Palermo, 2005, pp. 190 e ss., considera que a reparação será um elemento premial, um benefício à conduta voluntária do autor que visa diminuir os efeitos da sua ação, pelo que não há qualquer intuito retributivo nesta técnica legislativa que se revela adequada já que aquando da reparação o autor demonstra com a sua ação que os fins de prevenção estão cumpridos ou, pelo menos, parcialmente cumpridos.

⁴⁸ Nesse sentido, veja-se Roxin, 1992, p. 138 e Sessar *apud* Roxin, 1992, p. 156, que propõe que, em caso de falha do acordo, tal possa ser tido em consideração aquando da determinação da pena, valorizando-se, assim, elementos restitutivos na mesma, como por exemplo a rejeição injustificada do acordo de forma unilateral pelo autor.

⁴⁹ Para Palermo, 2005, p. 200, tal consideração baseia-se no princípio *nullum crimen sine necessitate*, formulado no sentido negativo.

do direito penal pelo que deve ter-se cautela aquando da substituição da pena. Assim, nem sempre é possível dispensar a aplicação de uma pena, já que podem sentir-se necessidades preventivas que não se podem descurar, como acontecerá no caso de crimes mais graves ou nos casos de reincidência, pelo que nos casos em que a vítima é ressarcida, temos de analisar se ainda é necessária a aplicação de uma pena, ou se atendendo à vítima e à comunidade, tal já não se revela necessário.⁵⁰ A este propósito, Mário Ferreira Monte considera que a reparação penal surge como uma medida intermédia entre a pena e a isenção de pena, sendo, ao mesmo tempo, autónoma à mesma pelo que em *ultima ratio* se aplicará, conjuntamente, a pena.⁵¹

Considerando o conceito amplo de Roxin respeitante à prevenção geral que conduz a uma “prevenção integrativa”⁵², defendem estes autores que pela via da reparação é possível que se dê término ao conflito entre autor e vítima, satisfazendo, por essa via, a consciência legal da coletividade.⁵³ A principal vantagem será ao nível da prevenção geral positiva; contudo, não se nega que poderá ainda ter efeitos pela via negativa já que em caso de incumprimento o agente saberá que lhe será aplicada outra pena.⁵⁴ Para si tal comportará efeitos ao nível da ressocialização do autor que encarará os danos concretos que causou, podendo tal facto conduzir a uma consciencialização interna que contribua para uma reconciliação com a vítima.⁵⁵

O campo de eleição será a dos crimes de pequena e média criminalidade, porém, não excluem a criminalidade mais grave, quando razões de política criminal o aconselhem.⁵⁶ Roxin lembra que há crimes em que o dano atinge uma dimensão que não torna a

⁵⁰ Nesse sentido, Monte, 2003, p. 132, nota ainda que tal trará ainda vantagens a nível processual, permitindo que os processos se tornem mais céleres nos casos em que não seja necessário ir a julgamento, sem deixar de ter presente a função do direito penal. Mesmo nos casos em que se revela necessária a aplicação de uma pena, tal poderá ter efeitos na medida da mesma.

⁵¹ Monte, 2003, p. 151.

⁵² Para Roxin a prevenção geral positiva é a essência de toda a doutrina. A “prevenção integrativa” verifica-se quando o autor se esforça de tal modo para compensar o dano, que a consciência jurídica da comunidade apazigua-se, reforçando-se a confiança do cidadão relativamente à norma violada e o conflito entre autor-vítima se considera solucionado. Hirsch considera que Roxin não compreende o conceito de “prevenção integrativa” no âmbito do direito penal; para si o autor deixa de lado que a ordem jurídica tem vários ramos do direito que podem desempenhar diferentes papéis, sendo que cada um dos ramos têm âmbitos e consequências próprias não podendo, por isso, pretender o direito penal resolver todos os conflitos, uma vez que tal levaria a que todos os efeitos do crime fossem penais. Para Hirsch, 1992, pp. 62 e ss., a vítima não pode obter a compensação no âmbito do direito penal já que tal seria ultrapassar as funções atribuídas a esse ramo, além de que, não se coaduna com os fins do mesmo, que já há algum tempo ultrapassou a teoria da retribuição. Para o autor a diferença material entre o direito penal e o direito civil é clara e impede este tipo de construções, pelo que a vítima deve visar a reparação no âmbito do direito civil que é mais cuidado na própria investigação do dano; além de que, se quisermos legitimar a intervenção penal que permitirá menos custos para a vítima e uma determinação da culpa *ex officio* teremos de recorrer ao processo de adesão.

⁵³ Roxin, 1992, p. 149.

⁵⁴ Monte, 2012, p. 107.

⁵⁵ Hirsch, 1992, pp. 66 e ss., questiona o que acontece no caso de incumprimento. Se é certo que tal constituirá um meio persuasivo mais forte que os meios civis, já não é tão certo o que acontecerá caso não se cumpra a obrigação reparatória. Assim, para o autor, se aparentemente os conceitos parecem levar a um progresso, na verdade, acaba num retrocesso lamentável que no limite poderá conduzir a um regresso à “prisão por dívidas”. Por oposição, Palermo, 2005, p. 206, considera que não há ameaça de prisão por dívidas; na realidade apenas haverá tal pena no caso de violação do acordo, pelo que este mecanismo se revela vantajoso uma vez que a pressão exercida pela possibilidade de continuação do processo criminal é favorável à vítima.

⁵⁶ Nesse sentido, Monte, 2003, p. 145. O autor considera ainda que tal funcionará bem no âmbito da criminalidade económica. A reparação aparece no âmbito deste direito penal secundário como um mecanismo eficaz na resposta à hipercriminalização desta área, o mais das vezes motivada por razões político sociais,

reparação possível, até porque por mais esforços reparatórios que haja, a lesão não desaparece, como é o caso do homicídio ou lesões corporais graves. Consideramos que nesses casos, a ser admitida a reparação, será sempre cumulada com uma pena, contudo, ainda nesse caso, um esforço reparatório pode levar a uma atenuação da pena.⁵⁷

Alem disso, Roxin nota que também se podem ainda incluir crimes que não geram danos, como é o caso da tentativa falhada, crimes de perigo abstrato ou crimes que abrangem bens supra individuais como o crime de falsas declarações, já que, nesses casos, se poderá falar de uma reparação simbólica, sendo o valor atribuído a um fundo criado para o efeito, fundo esse de compensação de vítimas que não conseguem obter uma reparação por outra via.⁵⁸

Por sua vez, Palermo e Sánchez consideram que tais soluções também podem ser ponderadas no âmbito da criminalidade organizada, na qual devemos diferenciar os elementos que têm o controlo funcional sobre o ato, dos elementos que têm menos poder de decisão, sendo que os últimos – elementos facilmente substituíveis na organização (pense-se no caso das mulas de droga) – podem ver a pena suspensa na sua execução mediante reparação, ainda que simbólica, do dano. Além disso, no caso da criminalidade grave, consideram que se deve pensar na possibilidade de exigir a reparação de danos, combinada com outras reações criminais (uma espécie de penas combinadas)⁵⁹.

2.2.2. A reparação como verdadeira pena

Nesta vertente, os autores encaram a reparação como uma verdadeira obrigação penal, decorrente de uma condenação judicial. Assim, a reparação, na esteira da doutrina anterior, também visa acudir a necessidades civis e penais, mas vai mais longe, apontando a reparação como uma verdadeira pena, que pode revelar-se mais eficaz e persuasiva do que a própria pena de prisão ou multa.⁶⁰ Esta solução é vista como um modo de combater a insuficiência das formas de reação legalmente previstas, na medida em que se considera mais eficaz, reforçando, assim, os mecanismos de tutela.

Analisando a interseção entre o direito civil e o direito penal, Maria Paula Ribeiro de Faria nota que, se por um lado, tem dúvidas acerca da legitimidade de uma indemnização superior ao dano sofrido pelo lesado no âmbito civil, não encontrado fundamento

permitindo a realização das funções do direito penal e do intuito de criminalização. Pense-se no caso dos crimes tributários em que a receita regressa aos cofres do Estado, ao mesmo tempo que se protegem bens jurídico-penais.

⁵⁷ Roxin, 2002, p. 11.

⁵⁸ Roxin, 2002, pp. 11 e ss.

⁵⁹ Palermo, Sánchez, 2001, pp. 61 e ss.

⁶⁰ Esta proposta não é nova. No final do século XIX, os positivistas italianos já chamavam à atenção para o facto de o direito penal colocar na sombra a parte lesada e a reparação dos danos decorrentes do crime. Ferri evidencia as vantagens da reparação requerida *ex officio* pelo Ministério Público, de modo a reparar a parte lesada, ao mesmo tempo que reage contra a violação do tipo legal de crime, realçando assim a função social que a mesma poderia desempenhar, atribuindo-lhe, por isso, uma função e natureza penal. A indemnização constitui, assim, uma forma de atingir uma finalidade eminentemente pública de prevenção e reprobção do facto praticado, embora comporte em si, também, uma finalidade reparatória. Este considera que com a prática do crime, mesmo no caso de ofensa de um bem jurídico coletivo, há sempre um dano privado, uma vez que haverá sempre algum sujeito passivo que direta ou indiretamente suportará a ação típica-ilícita e os seus efeitos, que deve ser reparado em sede penal, existindo razões para a interferência do Estado que ultrapassam os quadros do direito civil. *Apud* Dias, 1966, pp. 101 e 134.

para a atribuição de uma soma que extravase o prejuízo individual, por outro, esclarece que diferente é o que se poderá verificar no âmbito do direito penal que oferece mais garantias. A indemnização perspectivada deste modo, constitui uma reação ao desvalor global da conduta, indo além da função tradicionalmente concedida à indemnização, i.e., além do resultado na sua dimensão individual, atingindo uma finalidade de natureza social que reforça a finalidade preventiva da pena.⁶¹

Para a autora não se trata de conceber um efeito jurídico penal à indemnização civil, mas de uma indemnização que não se confunde com a mesma, tratando-se, por isso, de uma sanção principal, com uma moldura penal, a que corresponderá um montante pecuniário global, de arbitramento oficioso (à semelhança do que acontecia no anterior processo de adesão), montante esse que pode não coincidir com o valor do dano em sentido estrito, mas que tem de revestir uma certa severidade de modo a “produzir efeito útil”, sendo proporcional ao facto praticado, o que supõe a ponderação de um “equilíbrio difícil” que se impõe primeiramente ao legislador e posteriormente ao julgador, de modo a não combater um desequilíbrio com outro desequilíbrio em favor da vítima.⁶² Trata-se, assim, de um mecanismo sancionatório preventivo de natureza dúplice que atende a um “conceito cinzento” de dano de modo a cumprir funções que “o direito civil não cumpre sozinho, e que o direito penal não consegue assegurar na pureza dos seus princípios”⁶³.

Nesta via, o processo de adesão deixará de existir, no que respeita aos tipos legais invocados, já que tal mecanismo funcionará em sede de direito penal, onde o arguido beneficiará de maiores garantias processuais e constitucionais.⁶⁴ Contra os que entendem que esta solução viola o princípio da igualdade já que favorece os mais ricos, Sessar propõe a prestação de trabalho, de modo a obter meios para cumprir a prestação indemnizatória.⁶⁵

Distinguindo-a da indemnização civil, considera que devemos encontrar um critério normativo, que atenda fatores de medida da pena para determinar o montante da reparação penal – tais como a gravidade do facto praticado e demais circunstâncias, razões de prevenção e necessidade punitiva – já que estando em causa uma lesão supra individual, que torna difícil distinguir o prejuízo social do prejuízo individual, não nos podemos guiar por um critério de diferença, como acontece no direito civil que só atende à lesão do particular em si mesmo considerada.⁶⁶ Assim, será até vantajoso o processo de determinação da sanção indemnizatória, já que podemos ter em atenção o desvalor da conduta, o grau de ilicitude do facto, modo de execução, intensidade do dolo ou negli-

⁶¹ Veja-se Faria, 2003, especial destaque para a nota de rodapé 16, p. 263.

⁶² Ibid., p. 282.

⁶³ Faria, 2003, p. 290.

⁶⁴ Faria, 2003, pp. 268, 291.

⁶⁵ Sessar, *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, Festschrift für Lefferenz*, 1983, pp. 157 e ss., p. 161 *apud* Faria, 2003, p. 277.

⁶⁶ Nesse sentido, Faria, 2003, p. 276, nota que uma vez que não nos podemos guiar pelos critérios de “diferença” usado no direito civil não nos é possível aferir esse enriquecimento. A mesma lembra que nas situações em que o interesse social extravase em larga medida o interesse individual, será possível atribuir um valor a organismos de natureza privada ou fundos específicos que se relacionem com o crime em causa, distinguindo-se assim da multa que vai para os cofres do Estado. Esta parece-nos ser uma solução para os casos em que se considera haver um enriquecimento injustificado da vítima, deixando essa soma de ser considerada como benefício para a vítima.

gência, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, que nos permite ir além do valor do dano⁶⁷.

Por esta via consideram-se os interesses da vítima, não lhe gerando um enriquecimento indevido já que os interesses pessoais atingem uma dimensão social que é protegida pelo direito penal, pelo que passamos a ter uma “imagem dúplice”⁶⁸, que permite ir além da visão do dano concretamente sofrido, como um dano estritamente civil, avaliando outras dimensões que apenas relevam no domínio penal. O interesse da vítima acaba por se confundir, neste âmbito, com o interesse social, tal como a vertente reparatória e preventiva, pelo que sendo o dano difuso não o podemos calcular atendendo a critérios civis como a critério da teoria da diferença, referindo Maria Paula Ribeiro de Faria que “em rigor não se pode falar de um mais de indemnização em relação ao dano efetivamente sofrido”⁶⁹.

A solução proposta comporta uma dimensão preventiva e sancionatória e apenas diz respeito a determinados tipos legais de crimes em que a dimensão individual dos bens jurídico penais se revela fundamental, i.e., quando a vítima tem um papel de destaque, uma vez que o seu interesse se mistura com o interesse social, nomeadamente, nos crimes patrimoniais (*v.g.*, furtos simples), crimes contra a integridade física e crimes contra a honra.⁷⁰ Nesses casos, a natureza dos interesses afetados justifica esta possibilidade, já que a reparação em favor do ofendido ou de instituições distintas do Estado contribuirá para, pelo menos, atenuar os efeitos causados pela ação criminosa.

3. Notas de Justiça Restaurativa no modelo autonomista: a essência do processo ou a relevância do resultado

Estas propostas surgem no decurso do desenvolvimento da denominada Justiça Restaurativa, que constitui “uma das respostas possíveis da justiça, após a ocorrência de uma ofensa que visa primordialmente reparar o dano social, relacional e individual por ela causado”.⁷¹ Esta apareceu como uma alternativa ao modelo de justiça criminal tradicional, propondo um modelo informal de resolução do litígio, que apela a soluções restauradoras, ao invés das clássicas reações criminais, visando aproximar o autor e a vítima, na medida do possível. O processo deliberativo é a sua essência, contudo, esse processo nem

⁶⁷ *Ibid.*, p. 281.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 285.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 289.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 267 e ss., p. 285. Para a autora as áreas que contem com produtos perigosos, poluição (especialmente no que diz respeito às pessoas coletivas), acidentes de viação e condutas bagatelares, revelam-se vitais neste domínio, além de que, tal solução será adequada nos casos das pessoas coletivas uma vez que baseando-se o cálculo em critérios penais, o agente do crime deixará de atuar de acordo com critérios de racionalidade económica – *ob. cit.*, p. 276.

Além disso, a autora nota – *ob. cit.*, pp. 286 e ss. – que esta modalidade de reação criminal aproxima-se do Buße do direito alemão, positivado em tempos nos § 188 e 231 do StGB (espécie de indemnização civil *suus generis* arbitrada em processo penal – de acordo com um juízo equitativo – que funcionava como sanção acessória à pena principal, relativamente a crimes contra a integridade física e difamação). Lembra ainda que tal sanção pecuniária de natureza mista, embora no âmbito civil, foi ainda pensada na proposta legislativa AE-LDG, relativamente a furtos em lojas até 500 DM, em que mediante o pagamento de pelo menos 50 DM por cada furto não dava origem ao processo penal.

⁷¹ Walgrave, 2008, p. 21 (*tradução nossa*). Note-se que não é possível definir com precisão a Justiça Restaurativa, uma vez que a mesma se apresenta em moldes diferentes por vários autores – nesse sentido veja-se Santos, 2014, pp. 153 e ss.

sempre é possível, pelas mais variadas razões, basta pensar nos casos em que a vítima tem razões para não confrontar o autor – *v.g.*, num caso de crime sexual – ou nos casos em que não conseguem chegar a acordo. A doutrina divide-se no que respeita aos casos em que o processo deliberativo não é possível.⁷²

A doutrina minimalista considera que caso não haja processo deliberativo, não é possível recorrer à justiça restaurativa, pelo que se deve remeter o caso para a justiça tradicional. Para estes, o processo é a essência da restauração – e o que o distingue dos demais - constituindo o meio mais adequado para alcançar a reparação à vítima, permitindo uma melhor determinação do dano, já que o autor o reconhece e se redime, demonstrando a sua intenção de, ali em diante, agir de acordo com as normas jurídicas (sociais)⁷³. Mário Ferreira Monte nota que tal processo se diferencia do Processo Penal, na medida em que ao abrir um espaço de consenso, terá de ser um processo diferente, que implique a assunção voluntária pelo crime, o que comporta, desde logo, uma filosofia diferente.⁷⁴ Para si, o processo é fundamental já que é o pressuposto básico para conformar a atitude do autor e a participação da vítima.⁷⁵

Contudo, a doutrina maximalista considera que apesar de se dever dar prioridade ao processo deliberativo – o que nos remete para a “terceira via” – caso este não seja possível deve estatuir-se um mecanismo coercivo, *i.e.*, sanções restaurativas, de modo a não reduzir a justiça restaurativa a uma opção marginal às consequências jurídicas tradicionais. Nesse sentido, Walgrave admite que em certos casos é necessária a intervenção coerciva dos tribunais, obrigando o autor a uma ação restaurativa, o que constituirá uma verdadeira pena ainda que alternativa às penas tradicionais.⁷⁶ Para esta corrente doutrinária, mais importante que o processo é a finalidade que se visa alcançar, *i.e.*, os valores subjacentes ao processo.⁷⁷ Os profissionais da área jurídica têm aqui um papel de destaque: nos casos em que haja uma participação voluntária das partes, há uma supervisão judicial do processo, de modo a salvaguardar os princípios inerentes ao mesmo; caso não seja possível um processo consensual, os juízes arbitram oficiosamente a reparação.

4. Considerações sobre os modelos de reparação penal

Tais propostas constituem um meio de responder às críticas apontadas às consequências jurídicas existentes. A pena de prisão é considerada por muitos um meio desa-

⁷² Para uma melhor compreensão veja-se Zernova, Wright, 2007, pp. 91 e ss.

⁷³ Assim, caso o processo deliberativo não seja possível, recorrem às reações criminais tradicionais. Há alguma resistência em introduzir profissionais da área jurídica e autoridades judiciais, uma vez que consideram que só as partes podem resolver o conflito por via da justiça restaurativa. Esta doutrina adota um conceito restritivo de justiça restaurativa. Para uma explicação mais desenvolvida da doutrina veja-se McCold, Wachtel, 2002, pp. 110 e ss.

⁷⁴ Monte, 2012, p. 103.

⁷⁵ Trata-se de abrir espaços de consenso com o intuito de obter a reparação do dano, *i.e.*, restaurar os interesses lesados ao mesmo tempo que ressocializa o autor. Monte, 2012, p. 106 nota que esta será uma questão cultural, de apelo à cidadania: a sociedade europeia está mais ligada à justiça tradicional, enquanto, *v.g.*, a China ou os EUA estão mais dispostos a encontrar soluções comunitárias para resolução dos seus conflitos.

⁷⁶ Walgrave, 2002, p. 78.

⁷⁷ Nesse sentido, Walgrave, 2007, pp. 559 e ss. Acrescenta o autor que para si a maioria dos crimes não pode envolver um processo consensual, sendo necessária a imposição coerciva de mecanismos restaurativos – Walgrave, 2002, p. 78. Para o autor, a participação das partes é um meio de atingir o resultado restaurador e não um fim. Para uma melhor compreensão veja-se Walgrave, 2008, pp. 18 e ss.

dequado para ressocializar o agente e, por sua vez, a pena de multa é considerada um meio desadequado para atender ao interesses da vítima, já que com aquela o autor se sente suficientemente punido pelo sistema penal, recusando-se, por isso, a indenizar os danos emergentes do crime, por considerarem que tal representa uma nova punição⁷⁸.

O modelo minimalista determina que a reparação objetivamente civil pode ter relevância criminal, desde que se conforme com as finalidades preventivas do direito penal.⁷⁹ A questão será saber até que ponto é que tal poderá ser adequado às finalidades penais. Expusemos no *Capítulo I* os efeitos que a reparação civil pode ter no âmbito penal, nomeadamente, na determinação da medida da pena.

O nosso direito penal positivado abrange outras formas de reparação (que não a civil), o que significa que vai além do modelo minimalista.⁸⁰ Além disso, ao contrário do que se verifica no direito civil, estatui situações em que a vítima não pode recusar o recebimento da reparação, uma vez que as razões inerentes a tais opções se sobrepõem aos interesses civis.⁸¹ Assim, a reparação no nosso ordenamento jurídico tem uma função adjuvante da realização da finalidade de punição e não se confunde com a indemnização civil.

Por sua vez, o modelo autonomista visa incorporar elementos restaurativos no âmbito das consequências jurídicas do crime. A solução que propõe a reparação como “terceira via” é mais orientada para o processo, enquanto a reparação como verdadeira pena visa essencialmente o resultado.

Note-se que a Vitimologia se revela essencial na assunção destas novas realidades, ao atribuir uma nova relevância à vítima.⁸² Pretende-se aproximar as partes, de modo a que, se possível, estas possam resolver conjuntamente as consequências de um ato criminoso, realçando-se que o autor do crime não é o único protagonista da ação penal, já que a este se tem de juntar a vítima. Tal é de ter atenção já que, ao encontro do defendido por Eser, consideramos que a paz jurídica só se encontra devidamente restabelecida quando se faz justiça não só em relação ao autor, mas também em relação à vítima.⁸³ Contudo, a forma como a doutrina olha para a (nova) relevância dada à vítima não é coincidente, sendo que para uns está em causa a necessidade de reparar o dano, ao passo que para outros a reparação surge ainda como um meio de ressocializar o autor. Orientamo-nos no sentido de conciliar os dois interesses que se interligam.

Por sua vez, o princípio vitimológico – princípio essencial na política criminal – diz-nos que o direito penal deve procurar aprofundar o papel e a consideração dos interesses da vítima, quer a nível do direito penal substantivo, quer ao nível do direito

⁷⁸ Roxin, 1992, p. 140.

⁷⁹ Desde logo, para Hirsch, 1992, p. 69, tais soluções tem de ser pensadas tendo em conta a vítima potencial e não a vítima concreta.

⁸⁰ Este modelo tem diferentes estatuições nas legislações penais de cada país.

⁸¹ Pense-se no caso da suspensão da execução da pena de prisão subordinada ao dever de reparação (art. 51º CP). Nesse sentido, Albuquerque, 2015, pp. 308 e ss. e o Ac. do TRC de 23-05-2012, Processo 679/08.5GBI-LH.C1, Relator Abílio Ramalho, disponível em www.dgsi.pt.

⁸² Tal revela-se uma tendência atual. A Organização das Nações Unidas e a União Europeia já se manifestaram a este propósito, apelando a uma política criminal menos repressiva e, concomitantemente, mais eficaz - veja-se a título de exemplo a Convenção contra a criminalidade organizada transacional, que no seu artigo 25º, n.º 1 e 2 consagra o dever dos Estados adotarem medidas que garantam a reparação das vítimas.

⁸³ Eser, 1998, p. 42.

penal processual. Assim, considerando que o Estado detém o *ius puniendi* para defender os interesses da comunidade, baseando-se em finalidades preventivas para o fazer, o mesmo não deve descurar a vítima.⁸⁴ O corte progressivo das relações entre agente e vítima deve ser reconsiderado, para uma melhor aplicação do direito e efetividade da justiça, pelo que consideramos que o direito penal e o direito civil se devem aproximar nesta vertente.

Optar pelo modelo proposto por Roxin, implica admitir que a reparação surge como uma forma de servir o interesse da vítima, que poderá ficar melhor acautelado por esta via do que através da aplicação (exclusiva) de uma pena privativa da liberdade, além de apelar a aspetos emocionais, podendo a vítima recuperar a autoestima ou autonomia lesada com o ato criminoso. Acentua-se ainda o efeito ressocializador, já que o agente do crime terá de perspetivar as consequências que a sua ação desencadeou na vítima, podendo promover uma concertação entre ambos, restabelecendo-se a paz jurídica quebrada com a prática do crime. Acresce que, nos casos em que se revele desnecessária a aplicação de uma pena, isso contribuirá para uma maior celeridade processual da resolução do conflito jurídico penal, até porque sendo necessário um acordo, acordo esse que pressupõe a voluntariedade, o mesmo pode logo atingir-se na fase inicial.

Consideramos que esta solução não contende com os fins da pena, desde logo, porque a reparação funcionará apenas como um meio de garantir a eficácia das finalidades preventivas das penas, complementando o seu fim.⁸⁵ Não se trata, por isso, de misturar finalidades do direito civil e do direito penal, nem de introduzir uma nova finalidade ou reprivatizar o direito penal, mas de aproveitar um instrumento que poderá ter uma finalidade preventiva, quer geral, quer especial e introduzi-lo na estrutura das consequências e dos propósitos tradicionais da punição. O mecanismo proposto por Roxin mais não é do que um mecanismo que reconhece efeitos decorrentes do desenvolvimento da relação entre autor e vítima, nomeadamente, dos esforços reparatórios do agente do crime⁸⁶, que vai ao encontro do princípio da necessidade da pena. Tal proposta aproxima-se de algumas soluções da nossa lei, nomeadamente, da dispensa de pena (art. 74º CP) que dá origem ao arquivamento (art. 280º CPP) e da suspensão da pena de prisão mediante reparação (arts. 50º e 51º CP) – analisadas *supra* no Capítulo I, para o qual remetemos e onde expomos as nossas conclusões sobre as vantagens de tais mecanismos – e ainda da suspensão provisória do processo com injunção de reparar o dano (art. 281º CPP). Assim, parece-nos que acolher tal proposta passará por problematizar os mecanismos existentes na nossa lei, visando a sua melhor aplicação.⁸⁷

⁸⁴ Como vemos, tal solução implica um repensar do nosso direito processual penal. Se o mesmo já tem em atenção a vítima em algumas situações, certo é que muitas vezes a vítima assume um papel de mera testemunha, pelo que os seus direitos poderiam ser melhor acautelados.

⁸⁵ A “terceira via” não visa garantir o interesse ressarcitório puro no sentido civil do termo, razão pela qual não podemos falar numa finalidade reparatória, mas antes num aproveitamento de funções reparatórias com vista ao cumprimento de necessidades preventivas.

⁸⁶ Nesse sentido, Faria, 2003, pp. 264-268.

⁸⁷ Pense-se, *v.g.*, no caso da suspensão provisória do processo com injunção de reparar que pode ser melhorado, desde logo, contemplando no seu n.º 2, al. a) a obrigação de indemnizar a vítima e não só o lesado, já que estes conceitos nem sempre coincidem. Para um melhor aprofundamento, veja-se Cunha, 1998, pp. 593 e ss.

Por sua vez, a reparação enquanto verdadeira pena é vista por alguns como um retorno à “pena privada”, à ideia de represália, em que a punição do autor do crime se baseava numa ideia de vingança.⁸⁸ Assim, este modelo é criticado pelos que o encaram como uma nova finalidade para o direito penal.⁸⁹ Contudo, tal argumento não procede se se configurar a reparação como um mecanismo reparatório com finalidades preventivas. Tal passará por impor que o montante não possa ficar abaixo do dano em sentido civil, sendo o “*quid*” que extravasa esse valor, o que se considera necessário e suficiente para repor as necessidades preventivas.

Para Roxin, a doutrina que visa incluir no sistema de penas não deve ser admitida já que se tivermos de incluir numa sentença uma pena que constitua a reparação, tal passará a ser a finalidade da sentença e desvirtuará a mesma ao entrar em contradição com os fins das penas.⁹⁰ Acrescenta que a responsabilidade penal não se pode conformar da mesma forma que a civil, pelo que se a pena criminal se basear no mero ressarcimento do dano civil, poderíamos considerar que o conteúdo material de uma condenação civil já consubstancia uma verdadeira pena criminal, o que não lhe parece ser de aceitar. Este argumento não nos parece procedente se, tal como referido *supra*, atendermos a um critério normativo-penal para a determinação da pena. Nesse sentido, concordamos que a reparação como verdadeira pena em caso algum se pode bastar com o *quantum* indemnizatório civil, já que as finalidades do direito penal extravasam o mesmo, pelo que tal proposta tem de acolher critérios penais para a determinação da indemnização, nomeadamente, aos dos arts. 40º, 70º e 71º do CP, o que a diferencia da indemnização civil que tem como limite o dano.

O modelo autonomista parece-nos ser o modelo que melhor concilia o interesse individual e o interesse social. Destarte, cumpre-nos compreender qual a melhor solução: se a reparação como uma “terceira via” ou como verdadeira reação criminal. Consideramos que, quer num caso, quer no outro, a reparação poderá constituir uma nova forma de cumprir a função do direito penal, sem descurar as soluções existentes. Restará apurar os aspetos que podemos aproveitar das mesmas e encontrar a solução que permita que o direito penal se realize de forma plena, tanto quanto possível.

5. Conclusões

A profilaxia criminal constitui a finalidade do direito penal, contudo, a mesma não se pode alhear das realidades afetadas pelo crime, devendo valorar as mesmas e introduzi-la na forma de cumprimento dessa finalidade. Orientamo-nos por um discurso político criminal que ao permitir que a relação passe a ser triangular, atende aos interesses da vítima concreta, que as mais das vezes é posta de lado no processo penal, sendo

⁸⁸ Como já tivemos oportunidade de referir, em caso algum a pena poderá ter uma finalidade retributiva.

⁸⁹ Opondo-se a tal doutrina, Roxin, 1992, p. 143 e ss. nota que para admitir como uma verdadeira pena teríamos de repensar o sistema legal que não se coaduna com tal figura, por colocar em causa os fins da pena, mas já o seria se tal reparação, vista como um conceito mais amplo que a civil, se veiculasse por critérios de voluntariedade que apelam a algo mais que o dano civil, ao mesmo tempo que adota certas especificidades como o trabalho a favor da comunidade ou a valorização dos esforços (sérios) de compensação.

⁹⁰ Contudo, ainda assim admite que há elementos destas teorias que podem ser aproveitados, desde que aproveitados ao encontro das teorias preventivas da pena. Roxin, 1992, p. 146.

substituída pela comunidade e poderá permitir uma melhor ressocialização do autor, nomeadamente, no seu meio social. Assim, esta nova figura no âmbito das consequências jurídicas do crime permite uma concertação entre o agente e a vítima, mas note-se que em caso algum pode deixar de ter em vista uma ideia de prevenção e a promoção do restabelecimento da confiança e paz jurídica afetadas com a prática do crime, o que acabará por ir ao encontro da prevenção geral positiva. Assim, as finalidades das reações criminais – que visam repor o equilíbrio – em caso algum podem gerar uma nova situação de desequilíbrio, pelo que a atenção dada à vítima e a sua defesa não pode implicar a perda de direitos do autor e a preocupação com o mesmo.⁹¹

Capítulo III. A positivação de um sistema de justiça criminal restaurador

A função preventiva da justiça criminal inicia-se com a estatuição do tipo legal de crime e culmina com a imposição de uma reação criminal⁹², assumindo a última uma função essencial que deve ser ponderada de modo a que não se garanta à custa da vítima. Deste modo, não podemos olhar para a vítima apenas de uma perspetiva dogmática, pelo que temos de ter em atenção as necessidades concretas da mesma, encontrando um ponto de equilíbrio que considere, quer os interesses sociais protegidos pela norma, quer os interesses da vítima. É esse equilíbrio, ou pelo menos os seus traços gerais, que iremos propor seguidamente.

1. A consideração da vítima no plano do bem jurídico

As mais das vezes, o direito penal, apoiando-se no *ratio* de proteção da comunidade e dos valores que a mesma considera fundamentais, enaltece de tal forma os bens jurídicos e o caráter social dos mesmos que descarta o papel da vítima. Contudo, a visão do crime não pode ser consumida pela consideração da ofensa social, devendo ainda ter em atenção o interesse individual diretamente lesado com a conduta criminosa.⁹³ Poder-se-ia pensar que tal solução ao reorientar o direito penal para a vítima, acaba por beneficiar a mesma em demasia, mas não é verdade, já que a reparação em caso algum pode atender exclusivamente aos interesses da vítima, uma vez que tal iria contra os fins do direito penal e, como refere Hirsch, transformaria o direito penal num conflito entre autor e vítima.⁹⁴ Deste modo, trata-se de aproveitar potencialidades de uma possí-

⁹¹ Nesse sentido, Leite, 2014, pp. 582, 584, fala da necessidade de um sistema de “*checks and balances*” que permita um (prudencial) equilíbrio dos sujeitos processuais.

⁹² Palermo, 2005, p. 190.

⁹³ Eser, 1998, pp. 35 e ss. Para o autor, o conceito de bem jurídico deve ser repensado de forma a abranger não só o interesse geral, mas também o interesse individual, já que tal permitirá explicar de uma forma mais fácil a reparação como mecanismo penal. Acrescenta que, se temos em atenção o sujeito individual, agente do crime, também deveremos ter de igual modo atenção para com a vítima. Assim, o crime não deve atender apenas à ofensa social, devendo incluir-se no conceito de ilícito a dimensão individual que lhe é inerente – *v.g.*, através de um conceito de bem jurídico que além da lesão social, inclua a lesão individual, que justifique, assim, as finalidades preventivas e a dimensão da reparação individual. Apoiamo-nos nesse pensamento, considerando que o próprio conceito de bem jurídico deve ser tido em atenção e não deve menosprezar a vítima, atingida diretamente pelo facto ilícito. Veja-se ainda Faria, 2003, p. 290.

⁹⁴ Hirsch, 1992, p. 128.

vel dimensão consensual do crime, sem descurar a igualdade de armas das partes, como iremos referir *infra*.

2. A integração de elementos restaurativos na justiça criminal

A justiça tradicional atende, essencialmente, à vertente social do crime, enquanto a justiça restaurativa se foca na dimensão interpessoal do conflito.⁹⁵ Consideramos que não podemos priorizar um em detrimento de outro, devendo antes conciliar os dois aspetos de modo a encontrar a melhor solução para o problema. Assim, devemos desvanecer a oposição entre a justiça restaurativa e a justiça criminal, olhando para a primeira como uma oportunidade para aprimorar o sistema de justiça criminal de acordo com os princípios restauradores. Seguimos o pensamento de Walgrave quando afirma “A justiça restaurativa não é vista como um complemento para o sistema de justiça criminal tradicional, mas como uma filosofia que deve penetrar e modificar o sistema de justiça criminal”⁹⁶.

Conscientes de que o sistema tradicional ao priorizar o cumprimento da pena, por vezes, dificulta a reparação da vítima, notamos que as consequências jurídicas tradicionais nem sempre constituem o meio mais adequado para alcançar a reparação.⁹⁷ É, por isso, necessário um ponto de equilíbrio, o que poderá passar por priorizar as soluções consensuais tal como a defendida por Roxin, admitindo soluções restaurativas coercivas para os casos em que tal não seja possível, que serão alternativas ou substitutivas das penas tradicionais, dependendo das necessidades preventivas em causa. Assim, acreditamos que a solução passará por explorar os mecanismos já existentes na nossa lei, tais como os expostos no Capítulo I e orientar o nosso sistema de justiça criminal para uma vertente restaurativa.

3. Entre o consenso e a coerção

a. Um mecanismo primacialmente consensual: um outro tipo de mediação

Priorizamos a “terceira via” apresentada por Roxin de modo a encontrar soluções restaurativas que assentem na voluntariedade. Os processos deliberativos têm maior potencial para alcançar a reparação da vítima e a ressocialização do autor, pelo que, quando é possível, devemos dar a oportunidade aos envolvidos para resolver o conflito, desde que tal não ponha em causa as necessidades preventivas. Por esta via, é possível que se censure de igual modo a conduta do agente, apelando a uma responsabilidade ativa, restaurando o dano causado, o que permite ter em atenção a vítima e gerará uma situação de equilíbrio, emitindo uma mensagem pública de censura da conduta.

⁹⁵ Santos, 2014, p. 758.

⁹⁶ Walgrave, 2007, p. 575.

⁹⁷ Walgrave, 2007, pp. 567 e ss., nota que o sistema tradicional nem sempre permite uma boa comunicação com a vítima e o autor, que são os protagonistas da ação penal. Nesse sentido, v.g., o autor nem sempre compreende o sentido da sanção aplicada e, além disso, a vítima intervém como testemunha, pelo que as suas prestensões são desconsideradas.

Contudo, consideramos que a mesma solução deve vingar dentro da estrutura do nosso processo criminal – que terá de ser repensado – e não através de um processo de mediação como o estabelecido na Lei 21/2007. Seguimos o entendimento do Conselho Superior de Magistratura⁹⁸, considerando que ao contrário do que acontece na mediação regulada pela Lei 21/2007, um mecanismo consensual deste tipo não pode prescindir da fase de inquérito (como se verifica nos casos do artigo 3º, nº1 da Lei mencionada), desde logo, porque é necessária uma ponderação quanto às exigências de prevenção e, além disso, a investigação criminal não pode ser descurada já que nada garante que o processo dê origem a um acordo. Deste modo, a promoção da reparação e de um acordo reparatório deve ser feita em sede do processo penal, devendo adaptar-se o processo a tal escopo reparatório⁹⁹. Assim, *v.g.*, a própria investigação criminal deve visar, não só apurar os factos e a culpa, mas também os danos causados pelo ato criminoso e o potencial de um acordo, optando por soluções restauradoras coercivas caso esse não seja possível.¹⁰⁰

Além disso, o modelo consensual adotado, terá de ser tutelado pela justiça criminal, i.e., por um juiz que garanta um resultado aceitável, equilibrado e razoável, de modo a que a deliberação não conduza a resultados injustos, garantindo quer os direitos da vítima, quer os do autor.¹⁰¹ Assim, não basta um acordo sobre a verdade, já que tal conduziria a um excessivo poder modelador atribuído às partes – sendo necessário que essa verdade se sustente em provas legalmente admissíveis.¹⁰² Tal modelo implica a intervenção judicial, pelo que a reparação penal deverá ter como pressuposto uma sentença condenatória e em momento algum pode deixar de atender à culpa do agente, apoiando-se o julgador em critérios específicos quanto ao resultado previamente estabelecido pelo legislador, de modo a obviar a resultados punitivos e a garantir as necessidades preventivas.¹⁰³

⁹⁸ Parecer do Conselho Superior de Magistratura, Comentários ao Anteprojeto do Diploma de Mediação Penal, de 01-03-2006, disponível em www.csm.org.pt.

⁹⁹ A propósito da sua doutrina, Roxin, 2002, p. 13 lembrava que aceitar a reparação no âmbito do direito penal, obriga-nos a repensar as bases do direito penal e do direito processual penal, já que tal mecanismo terá consequências em todo o sistema.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Walgrave, 2007, p. 573.

¹⁰¹ Ao contrário do que acontece na mediação penal, em que o mediador funciona apenas como um facilitador do diálogo.

¹⁰² Nesse sentido, será de considerar que só se deve permitir o acordo depois de produzida a prova, de forma a garantir que o autor não é sujeito a pressões.

¹⁰³ O controlo exercido pelo Ministério Público na mediação penal (artigo 5º, n.º 5 e 6º do diploma) parece-nos desadequado. Nesse sentido, concordamos com o Parecer supramencionado quando a propósito da mediação refere que o « acordo alcançado na mediação deverá ter a concordância do juiz, sempre que estejam em causa crimes públicos e sempre que, no caso dos crimes semipúblicos ou particulares, do acordo resulte o cumprimento pelo arguido de injunções de conduta ou medidas análogas às de natureza penal». Caso não haja a intervenção do juiz consideramos que a intervenção será inconstitucional, seguindo a linha de argumentação do Tribunal Constitucional no Ac. nº 7/87 de 9/02, que a propósito da suspensão do processo com injunções – que poderá consistir na reparação – considera que é obrigatória a intervenção de um juiz. Consideramos que tal pensamento deverá ser transposto para a solução que propomos, além de que, caso haja acordo é necessário prever certo tipo de fiscalização para o seu cumprimento, de modo a não o tornar inócuo, sendo que em caso algum tal fiscalização pode recair sobre a vítima. Veja-se ainda o Parecer da Ordem dos Advogados n.º 05/06, de 09-10-2006. Em sentido contrário, considerando que tal solução é admissível veja-se Santos, 2014, p. 483.

Por fim, consideramos ainda que tal mecanismo pode ser cumulativo ou alternativo às penas tradicionais, pelo que ficará a critério do juiz de acordo com as necessidades preventivas.

b. Soluções coercivas

A solução em caso algum pode ficar no exclusivo poder da vítima. Deste modo, caso não haja concordância da mesma ou uma outra razão que não permita o acordo, é de admitir uma ponderação do juiz quanto à adequação de uma consequência restauradora alternativa ou cumulativa à pena.¹⁰⁴ Assim, haverá casos em que não há um acordo, mas o juiz considera que este constituirá um mecanismo pedagógico, pelo que determina uma consequência restauradora. Pense-se no caso de alguém que vandaliza um muro, escrevendo ofensas contra a vítima – nesse caso, se o autor tiver algum poder económico, compensar-lhe-á, ainda que no seu pensamento moral, praticar o crime e até pagar uma multa, pelo que talvez se revele mais adequado e ressocializador determinar que o mesmo terá de pintar o muro, de modo a se deparar com as consequências da sua conduta.

4. Um mecanismo materialmente penal

As finalidades preventivas da pena garantem que tais reações se enquadram nos fundamentos jurídico constitucionais, pelo que independentemente do modelo defendido a introduzir, a reparação no âmbito penal tal terá de ser materialmente penal. Assim, a reparação não se limita ao dano civil, incluindo um “dano relacional” e um “dano social”, razão pela qual se incluem os casos de tentativa, que implicam uma lesão da relação interpessoal.¹⁰⁵

A reparação poderá constituir num valor pecuniário que terá de se distinguir da indemnização civil atendendo, por isso, a fatores de determinação da medida da pena e a finalidades preventivas.¹⁰⁶ Além disso, podemos ainda acolher outras formas de reparação como as previstas no artigo 11º da Lei 166/99, de 14 de setembro: pedido de desculpa, compensação económica ou prestação da trabalho a favor do ofendido. Nos casos em que não haja um dano material – pense-se nos crimes de perigo – poder-se-á pensar,

¹⁰⁴ Em sentido contrário, Santos, 2014, pp. 169 e ss. e 313 e ss., considera que a justiça restaurativa não penetra o sistema tradicional, pelo que funciona à parte deste, já que têm finalidades distintas: a justiça restaurativa visa, em primeira linha, atender ao dano e a uma resposta mais ressocializadora do autor – havendo uma pacificação da relação interpessoal – enquanto a justiça penal visa primordialmente a pacificação da comunidade, ainda que mediamente tenha em atenção os interesses da justiça restaurativa. Para a autora, defensora de um modelo minimalista, deve dar-se prevalência ao processo, pelo que caso não seja possível um acordo voluntário não é possível impor-se soluções restaurativas em sede de justiça restaurativa, o que não impede que em certos casos haja a adoção de práticas restaurativas cumulativas com as medidas criminais.

¹⁰⁵ Nesse sentido, Santos, 2014, p. 380.

¹⁰⁶ Faria, 2003, p. 281, atenta que a sanção reparatória é particularmente adaptável ao direito penal, tendo em conta o nosso sistema e os critérios para a determinação da medida da pena. Evitando a distorção do princípio da igualdade, na determinação da medida concreta, quando está em causa um valor pecuniário, pelo menos na parte que excede o valor do dano civil, podemos ter em conta, *v.g.*, a condição económica do autor ou o esforço do mesmo para reparar a situação. A ser assim, notamos que tal precludirá a pretensão civil. Consideramos que se deve dar prioridade às prestações que englobem a reparação civil, contudo, subsidiariamente podem ser consideradas outras formas de reparação, *v.g.*, a simbólica.

também, na prestação de trabalho a favor da comunidade ou frequência de cursos de formação, de modo a que não haja violação do princípio da igualdade, i.e., a não se tratar (mais) favoravelmente os crimes em que há um dano concreto.¹⁰⁷

Deste modo, adotamos um conceito amplo de reparação, que ultrapassa a dimensão patrimonial e que terá de ser o legislador a determinar de modo a cumprir o princípio da legalidade. Estamos conscientes que tal não se revelará uma tarefa fácil, já que se terá de encontrar um ponto de equilíbrio que terá de ser mantido, posteriormente, pelo julgador.

5. A dimensão individual dos tipos legais de crime

Não descuramos o princípio da dignidade penal, pelo que os bens jurídicos a ter em consideração terão imperiosamente de ser os que são aceites pela sociedade como fundamentais. Contudo, consideramos que tais soluções devem focar-se nos tipos legais de crime que tutelam uma dimensão individual importante, como é o caso dos que têm em atenção a integridade física e a honra.¹⁰⁸

Apesar de este aspeto merecer um estudo mais aprofundado, notamos que haverá crimes sem vítimas em que se deverá visar a reparação – simbólica ou perante a comunidade – de modo a não tratar mais favoravelmente os casos em que há uma vítima concreta. Acresce que, nos casos em que o crime não tem uma dimensão individual importante, tal solução também será de admitir, basta pensarmos no caso de crimes ambientais em que a restauração pode ser feita, *v.g.*, em prol dos residentes mais próximos da área afetada.¹⁰⁹

A aplicação da reparação enquanto mecanismo alternativo deve ser pensada para a pequena e média criminalidade, enquanto na restante poderá aparecer como complemento da pena – pense-se nos casos da criminalidade organizada supramencionada a propósito das considerações de Palermo. Por esta via, a reparação pode revelar-se (mais) eficaz na defesa das expectativas comunitárias, podendo tornar desnecessária a aplicação de uma outra reação penal, sendo que será a gravidade do crime que irá determinar se será um meio substitutivo ou complementar.

6. As garantias das partes envolvidas e os princípios jurídico-constitucionais

Ao priorizar um mecanismo flexível e informal, não podemos esquecer que o mesmo tem de se articular com os princípios de um Estado de Direito. Assim, apesar de este ser um modelo que se baseia na justiça restaurativa, deve atender aos padrões da justiça criminal tradicional, revelando-se crucial atender ao princípios e preocupações fundamentais do direito penal¹¹⁰.

¹⁰⁷ Isto porque a nossa conceção visa a vítima, i.e., todos os que foram prejudicados pelo ilícito criminal e não apenas o ofendido como acontece na mediação penal.

¹⁰⁸ Deste modo, perante a lesão de um bem jurídico, *v.g.*, integridade física, passaremos a atender não só ao bem jurídico coletivo, mas também ao bem jurídico concretamente afetado.

¹⁰⁹ Santos, 2014, p. 598.

¹¹⁰ Walgrave, 2007, p. 561.

Deste modo, seguimos o pensamento de Walgrave quando considera que a intervenção pública será necessária, mesmo no âmbito deste mecanismo, de modo a que a confiança da comunidade nas autoridades não se perca.¹¹¹ O Estado atua de modo a salvaguardar o direito das partes, apurando a culpa e a responsabilidade de ambas e, por fim, a razoabilidade do acordo no caso de este existir. Caso haja um processo consensual, a intervenção judicial limitar-se-á à tutela dos direitos e à salvaguarda das finalidades preventivas¹¹², enquanto nos casos em que tal não seja possível, o Estado atuará como ator principal impondo uma medida restaurativa.

Temos de ter sempre presente que os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos nos casos excepcionais previstos na lei (artigo 18º CRP), pelo que tal mecanismo e o seu processo terá de ser exaustivamente regulado pela lei penal. Será necessário construir o sistema processual de modo a criar mecanismos que facilitem o consenso fomentado por tal solução, complementando o direito atual com regras especiais para esta solução.¹¹³ Note-se ainda que se deve ter em atenção as dificuldades que a reparação pode causar ao autor de modo a não a tornar desproporcional¹¹⁴, evitando sobrepor a vítima ao autor, combatendo um desequilíbrio com um outro.

Conclusão

No presente estudo desafiamo-nos a compatibilizar a reparação com os fundamentos dogmáticos do direito penal, de modo a integrar a reparação no domínio penalista. Essa integração, independentemente do modo como seja feita, tem consequências em todo o sistema, pelo que a análise da figura nos obriga a visitar e até mesmo repensar as bases do direito penal e do direito processual penal.

A justiça penal já acolhe a ideia da reparação, contudo, atendendo aos interesses da vítima é possível ir mais longe na consideração do papel da reparação no seio do direito penal. A proteção do bem jurídico penal não implica uma desconsideração pelos interesses da vítima, antes pelo contrário. Assim, entendemos que é possível compatibilizar estes dois interesses, criando um mecanismo (substitutivo ou alternativo) que embora vise, primordialmente, uma solução consensual, não reduz o conflito a uma situação *inter partes*, uma vez que tutela também o interesse social protegido pela norma incriminadora.

Através de um mecanismo restaurativo, a vítima poderá ter uma maior intervenção no conflito, reduzindo-se, assim, os efeitos da vitimização, podendo os seus interesses ser melhor acautelados do que pela via de uma pena de prisão. Por outro lado, o autor através de uma resposta menos punitiva e mais restauradora, terá uma conduta ativa face ao mal causado, defrontando-se com as consequências da sua conduta, assumindo a

¹¹¹ Walgrave, 2007, p. 564. O mesmo nota que a confiança da comunidade pode ser garantida por mecanismos formais ou informais – Walgrave, 2002, pp. 84 e ss.

¹¹² Assim, o juiz terá de apurar se o acordo não é desproporcional a alguma das partes e, além disso, se as finalidades preventivas subjacentes ao direito penal estão cumpridas no caso. Caso não estejam cumpridas, o juiz deve modificar o acordo *ex officio*.

¹¹³ Torna-se essencial adaptar o direito processual penal à solução apresentada, garantindo o direito ao contraditório podendo, por isso, o arguido urgir-se contra a reparação até à decisão final. Nesse sentido, veja-se Roxin, 2002, p. 14.

¹¹⁴ Walgrave, 2007, p. 566.

sua responsabilidade, fomentando uma mútua compreensão. Por fim, poderá constituir ainda um meio de reforçar os laços comunitários. Trata-se, por isso, de mudar o olhar do autor que centra a sua defesa na vítima, olhando para a mesma como um obstáculo, ignorando pretensões restauradoras. Este poderá constituir um mecanismo mais eficaz em relação a determinadas condutas. O essencial reside em analisar perante o caso concreto se a reparação é capaz de atender aos interesses da vítima, ao mesmo tempo que garante as expectativas comunitárias, neutralizando o evento passado.

Estamos conscientes que esta questão merecerá um maior aprofundamento, já que só desse modo é que poderemos dar uma resposta segura sobre o tema. Assim, os detalhes de elaboração deste mecanismo excedem a estrutura deste estudo, já que exigirão um repensar de mecanismos processuais. Contudo, consideramos que é de admitir que o direito penal integre elementos restaurativos, promovendo espaços de consenso e uma maior intervenção da vítima.

Pelo exposto, reconhecemos a importância do debate, pelo que tal solução deverá ser desenvolvida para atenuar os efeitos do crime nas vítimas diretamente lesadas. A bondade de uma solução que intensifique a reparação no seio da doutrina penal pode ser discutida, até porque há fragilidades que merecem um estudo mais exaustivo, mas esperamos ter dado o nosso contributo de forma a permitir uma abertura de espírito que admita ponderar a sua inclusão no domínio penal.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Universidade Católica Editora.
- ANTUNES, M.J. (2017). *Penas e medidas de segurança*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, A.M. (2011). *Direito penal, parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, J.D. (1998). A participação dos particulares no exercício da ação penal (alguns aspetos). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, Fase 4, outubro-dezembro.
- DIAS, J.F. (2007). *Direito penal – Parte geral – Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (1993). *Direito penal português – Parte geral II – As consequências jurídicas do crime*. Editorial Notícias.
- DIAS, J.F. (1966). Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. In *Estudos “in memoriam” do Prof. Doutor José Beleza dos Santos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ESER, A. (1998). *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima* (trad. Manuel Cancio Meliá). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- FARIA, M.P.R. (2003). A reparação punitiva – uma terceira via na efetivação da responsabilidade penal. In Andrade, M.C., et al., *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GARCIA, M.M. & CASTELA RIO, J.M. (2014). *Código Penal Parte Geral e Especial com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.
- HIRSCH, H.J. (1992). La reparación del daño en el marco del derecho penal material (trad. Elena Carranza). In Maier, J.B.J. (comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Ad Hoc, S.R.L.
- LEITE, A.L. (2014). Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4.
- McCOLD, P. & WATCHEL, T. (2002). Restorative justice theory validation. In Weitekamp, E.G.M. & Kerner, H-J. *Restorative justice: theoretical foundation*. Willan.
- MONTE, M.F. (2003). Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime. In Andrade, M.C., et al. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTE, M.F. (2012). Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. In Dias, A.S. et al. *Multiculturalismo e direito penal*. Coimbra: Almedina.
- MOURA, J.A.S. (2005). As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar. *Revista do Ministério Público*, n.º 103.
- PALERMO, P.G. & SANCHÉZ, A.R. (2001). Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?. *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 20, n.º 73.
- PALERMO, P.G. (2005). ¿La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 3.
- Parecer da Ordem dos Advogados n.º 05/06, de 09-10-2006.

Parecer do Conselho Superior de Magistratura, Comentários ao Anteprojeto do Diploma de Mediação Penal, de 01-03-2006, disponível em www.csm.org.pt.

ROXIN, C. (1992). La reparación en el sistema de los fines de la pena (trad. Julio B.J. Maier y Elena Carranza). In Maier, J.B.J. (compilador). *De los delitos y de las víctimas*. Ad Hoc, S.R.L.

ROXIN, C. (2002). Pena y reparación. *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LII, MCMXCIX.

SANTOS, C.C. (2014). *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora.

WALGRAVE, L. (2002). From community to dominion: In search of social values for restorative justice. In Weitekamp, E.G.M. & Kerner, H.-J. *Restorative justice: Theoretical foundation*. Willan.

WALGRAVE, L. (2007). Integrating criminal justice and restorative justice. In Johnstone, G. & Van Ness, D.W. *Handbook of restorative justice*. Willan.

WALGRAVE, L. (2008). *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Willan.

ZERNOVA, M. & WRIGHT, M. (2007). Alternative visions of restorative justice. In Johnstone, G. & Van Ness, D.W. *Handbook of restorative justice*. Willan.