



FACULDADE DE DIREITO

Universidade de Coimbra

Carina Alexandra Carreira Rodrigues

**O ESTATUTO DA VÍTIMA NO REGIME DE
MEDIÇÃO PENAL EM PORTUGAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área de Ciências Jurídico-Forenses.

Orientadora: Professora Doutora Susana Aires de Sousa

Coimbra

Abril 2014

AGRADECIMENTOS

- À minha ilustre orientadora, a Professora Doutora Susana Aires de Sousa, a quem dirijo um especial agradecimento pelo tempo e atenção dispensados, para além dos ensinamentos e esclarecimentos que me transmitiu e que permitiram enriquecer esta tese.

-Um especial agradecimento à minha patrona de Estágio na Ordem dos Advogados, Ilustre Advogada, Doutora Manuela Nunes Ferreira, pela atenção e disponibilidade que sempre me manifestou ao longo da elaboração da minha tese.

-A todos os meus amigos e colegas de Mestrado que me acompanharam neste percurso académico.

-À minha família, aos meus irmãos pelo apoio e incentivo, à minha mãe a quem tudo devo, pelo constante apoio e preocupação.

A todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização de mais uma etapa.

Muito obrigado.

INDÍCE

SIGLAS E ABREVIATURAS.....	6
INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I	
1.A MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL	
1.1.Conceito e Origens da Mediação Penal em Portugal.....	10
1.2.Mediação Penal <i>versus</i> Justiça Restaurativa.....	11
1.3.Mudança de Paradigma: Uma nova proposta restaurativa.....	13
CAPÍTULO II	
2. DA PERSPECTIVA VITIMOLÓGICA	
2.1. Vítima e Vitimologia.....	15
2.2. A reparação dos danos causados à vítima.....	18
2.2.1.A reparação restaurativa <i>versus</i> reparação dita “ tradicional”.....	26
2.2.2. A reparação como consequência jurídico-penal autónoma do crime.....	29
CAPÍTULO III	
3.O ESTATUTO DA VÍTIMA NO SISTEMA DE MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL	
3.1.A Vítima no contexto constitucional português.....	35
3.2.A participação da vítima no direito processual penal.....	37
3.3. A vítima à luz da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho: Princípios orientadores.....	40
3.3.1.Voluntarismo.....	41

3.3.2.Consensualidade.....	44
3.3.3.Confidencialidade.....	47
3.3.4.Celeridade.....	48

CAPÍTULO IV

4. A MEDIAÇÃO PENAL E O DIREITO ESTRANGEIRO.....	49
--	----

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
---------------------------	----

BIBLIOGRAFIA CITADA.....	60
--------------------------	----

APÊNDICE DE LEGISLAÇÃO

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Art.º - Artigo

Arts. – Artigos

Cit. - Citada

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. - Edição

GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios

MP – Ministério Público

N.º - Número

Ob. – Obra

ONG´s – Organizações Não-Governamentais

Pág. – Página

Págs. – Páginas

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

SS. - Seguintes

SMP – Sistema de Mediação Penal

Vol. - Volume

O conflito é luz e sombra, perigo e oportunidade, estabilidade e mudança, fortaleza e debilidade. O impulso para avançar e o obstáculo que se opõe a todos os conflitos contêm a semente da criação e da desconstrução.

Sun Tzu (544-496 a.C)

INTRODUÇÃO¹

A presente dissertação pretende responder a dois principais objetivos: contextualizar a implementação da mediação penal no ordenamento jurídico português e compreender o estatuto da vítima do crime neste instrumento de justiça restaurativa. Para isso, consideramos imprescindível, a referência ao sistema penal e à forma como este encara a vítima, sobretudo, no que respeita à reparação dos danos causados pela prática do crime. Propomo-nos, assim, a refletir sobre qual tem sido o papel da vítima no Sistema de Mediação Penal, como um instrumento da chamada «Justiça Restaurativa». Pretendemos, ainda, perceber como é que este programa restaurativo vai em busca das necessidades da vítima, dos seus interesses e dos seus direitos e se assume como uma verdadeira alternativa à Justiça Penal.

Num primeiro momento, e de forma a alcançar os objetivos propostos, torna-se essencial, *ab initio*, uma breve incursão pelo conceito de Mediação Penal, desvendar as suas origens e explicar o seu percurso até à atualidade, à medida que, tentaremos destrinçar a diferença dos conceitos de «Mediação Penal» e «Justiça Restaurativa». Por outro lado, procurar-se-á investigar em que moldes se operou a mudança de paradigma face à justiça penal ou tradicional, perceber de que modo esta “ abriu caminho” para a emergência de um novo instrumento de realização da justiça.

Num segundo momento, e inserindo-se já no tema objeto de estudo, pretende-se explorar o programa de Mediação Penal de uma perspetiva vitimológica, partindo dos conceitos de «vítima» e «vitimologia», dár-se-á conta do contexto que fomentou a emergência e o desenvolvimento de uma corrente vitimológica. Constitui, ainda, objeto de análise deste estudo, - a qual se entende merecer destaque especial, dada a sua relevância prática - a questão da reparação dos danos causados à vítima de crime. Assim, nesta sede proceder-se-á à distinção entre a reparação na justiça penal e a reparação na justiça restaurativa. Procurar-se-á, ainda, abordar a questão da reparação como consequência jurídica autónoma do crime.

¹ Dissertação escrita ao abrigo do novo acordo ortográfico.

Num terceiro momento, procurar-se-á abordar qual o estatuto que a vítima ocupa no sistema de Mediação Penal. Neste sentido, pretende-se, começar por analisar o papel que a vítima adquire no contexto constitucional, assim como, compreender quais as faculdades que a vítima tem de participar no próprio processo penal. Dedicar-se-á particular atenção, em perceber as razões que presidiram à criação do regime de mediação penal de adultos através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. Procurar-se-á refletir sobre o papel que a vítima ocupa no sistema de mediação penal, ao mesmo tempo que se lhe reconhece garantias de proteção mediante a consagração de princípios orientadores do processo de mediação penal.

Assim, a recente implementação da Mediação Penal em Portugal², enquanto meio alternativo de resolução de litígios em matéria penal, parece merecer uma reflexão que permita compreender de que forma se institui em Portugal, quais as razões que estiveram na base do seu surgimento e quais os objetivos a que se propôs.

Finalmente, dedicaremos uma breve análise ao direito estrangeiro em matéria de mediação penal, procurando dar conta da dinâmica internacional que acompanhou este processo. Assim, procurar-se-á relatar a experiência e os avanços da mediação penal em alguns países que procederam à sua regulamentação.

É, pois, um tema aliciante, de enorme repercussão prática e cujo futuro se faz todos os dias, a nível dogmático, como facilmente se constatará pela leitura de textos citados, de quem há muito se dedica ao estudo deste *novo* modo de realização da justiça.

² Introduzida no Ordenamento Jurídico Português através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, em cumprimento do disposto no art.º 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da Vítima em processo penal, que determina que os Estados Membros se devem esforçar por promover a mediação no âmbito de processos de natureza criminal. Com a referida Lei foi criado o Sistema de Mediação Penal (SMP) cuja gestão foi atribuída ao Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL).

Capítulo I

1.A Mediação Penal em Portugal

1.1. Conceito e Origens da Mediação Penal

Podemos começar por afirmar que, a mediação penal é uma técnica alternativa de resolução de litígios no âmbito do direito penal. A vítima e o agente do crime, em comum acordo, recorrem à mediação penal com o objetivo de resolver o seu conflito interpessoal através deste meio extrajudicial.

A mediação caracteriza-se por ser uma técnica não contenciosa e consensual, que promove a comunicação entre as partes em litígio, com vista a resolver o conflito de tal forma que, nenhum dos intervenientes fique a “perder” ou que ambos “ganhem”.³

“A mediação baseia-se na arte da linguagem, para permitir a criação ou a recriação da relação. Implica a intervenção de um terceiro interveniente neutro, imparcial e independente, o mediador que desempenha uma função de intermediário nas relações.”⁴

“A palavra mediação, antes de derivar de uma palavra latina (*médium, medius, mediator*) terá aparecido na enciclopédia francesa em 1964, cujo aparecimento é identificado nos arredores do século XIII., para designar a intervenção humana entre duas partes. A raiz “*medi*” parece ter sido utilizada pelos Romanos que a terão recebido, por associação de ideias do nome deste país desaparecido, a Media, (para resumir), um país vizinho das terras da antiga Persa que se tornou o Irão. Segundo alguns autores, a mediação existirá há muito tempo, desde o tempo em que existe a intervenção de uma terceira parte nos conflitos de outrem. Mas é claro que, se a intervenção de terceiros nos diferendos de toda a natureza se pratica há muito, não se trata da Mediação tal como tendemos em defini-la desde finais do século XX”.⁵

³ Cfr. Zulema D. Wilde, Luis M. Gaibrois, “O que é a Mediação”, Ministério da Justiça, Direcção – Geral da Administração Extrajudicial, Lisboa, Fevereiro de 2003, pág.63

⁴ Vide <http://www.forum-mediacao.net/module2display.asp?id=39&page=2>,

⁵ *Idem*

1.2. Mediação Penal versus Justiça Restaurativa

De acordo com FRANCISCO AMADO FERREIRA⁶ “a Justiça Restaurativa ou Reintegrativa (*Restaurative Justice*) constitui um processo, onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa, vêm discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e as suas implicações no futuro. A Justiça Restaurativa não deve ser entendida como uma forma privada de realização da justiça, nem como uma justiça pública ou oficial, tal como a que resulta do funcionamento do sistema judicial, mas como uma justiça tendencialmente comunitária, menos punitiva, mais equilibrada e humana”. E é precisamente nestes termos, que a intervenção restaurativa se distingue da intervenção penal, na medida em que esta se assume uma justiça repressiva, mais punitiva e violenta.

De facto, e como o próprio nome indica, a Justiça Restaurativa assume o sentido de restauração da paz pública, de proporcionar a estabilidade das relações interpessoais abalados com o cometimento do crime, de indemnização dos danos sofridos pela vítima e de pacificação social. Assim, na resposta ao crime, em vez de se enveredar pela justiça penal, repressora, punitiva com os seus efeitos estigmatizantes, procura-se uma solução reparadora, que permita um diálogo entre a vítima e o infrator em busca de uma solução justa que consiga colmatar os males do crime e restabelecer a paz dos intervenientes e da comunidade.

A Mediação Penal, como uma alternativa de resolução de conflitos assume-se como um mecanismo de Justiça Restaurativa, isto é, uma forma de resolver o litígio entre a vítima e o infrator mediante o encontro de proximidade entre ambos, de modo a que, de comum acordo, se predisponham a enfrentar os problemas e a alcançarem um entendimento futuro. CLÁUDIA SANTOS⁷ refere mesmo que «mediação penal é por muitos considerada o principal instrumento da justiça restaurativa que, por sua vez, é também por muitos apontada como uma verdadeira alternativa ao sistema penal».

Poderá mesmo afirmar-se que, a expansão da Justiça Restaurativa é fruto da crise do sistema penal, na medida em que, este não conseguiu dar resposta às necessidades de

⁶ Cfr. FERREIRA, Francisco Amado, “Justiça Restaurativa, Natureza, Finalidades, Instrumentos”, Coimbra Editora, 2006, págs. 24 e 25

⁷ SANTOS, Cláudia, «Direito Penal Mínimo e Processo Penal Mínimo (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima)», pág.1

reparação dos danos sofridos pela vítima do crime. De facto, o sistema penal caracterizado como o sistema repressivo e violento, foi perdendo forças à medida que se reclamava por um sistema orientado para a satisfação das necessidades da vítima, para a pacificação da comunidade.

Pretendemos, em suma, concluir que, a Mediação Penal constitui um dos mecanismos de Justiça Restaurativa⁸, ou seja, é um instrumento através do qual a justiça restaurativa se concretiza na prática, sendo ainda o único mecanismo restaurativo previsto pelo legislador português.⁹

⁸ A par de outros mecanismos de diversão, como, por exemplo, o Instituto da Suspensão Provisória do Processo – art.º281.º CPP e o Processo Sumaríssimo – art.º 392.º do CPP.

⁹ Relembremos, uma vez mais, a Lei 21/2007 de 12 de Junho que cria um regime de mediação penal, em execução do art.º 10º da Decisão – Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

1.3. Mudança de Paradigma: Uma nova proposta restaurativa

A punição do agente do crime, tem surgido ao longo da história da humanidade como garante da ordem e paz social da comunidade. Esta punição assume, desde logo, o efeito de castigar a infrator e ainda, secundariamente, o efeito de desincentivar a sociedade à prática de crimes. A prisão, passa a ser o principal mecanismo de controlo do sistema penal. Assente na conceção retributiva, a pena é um mal que deve ser imposto ao infrator, para que expie a sua culpa. A prisão assume ainda exigências de índole preventiva na medida em que, a sua aplicação previne futuros cometimentos de ilícitos, afastando o infrator da sociedade.

Todavia, sabemos que, sobretudo desde a década de 60 do século passado, vêm aumentando as críticas ao sistema penal. Se até ao fim da primeira metade do século XX, o crime é tendencialmente punido com recurso à justiça penal, retributiva e preventiva, na segunda metade do século passado, surge a ideia de que tal sistema não dá resposta às necessidades da vítima, à reparação dos danos causados pelo cometimento do crime. Emerge, assim, uma nova ideia de ressocialização, de pacificação na realização da justiça.

Com o movimento abolicionista e o impacto do pensamento vitimológico, assistimos ao fortalecimento da justiça restaurativa enquanto modelo de resolução de conflitos, orientado por ideias de humanização, de reparação, na medida do possível, dos males causados pelo crime. Estes movimentos assentam, por um lado, na defesa da abolição da pena de prisão como modelo de reação ao crime e, por outro, na importância do papel da vítima e dos seus direitos no processo penal.

Assim, autores como NILS CHRISTIE e LOUK HULSMAN, defendem a remodelação do sistema penal com a criação de alternativas à pena de prisão, a qual consideram impositora de sofrimento, com efeitos estigmatizantes e dessocializadores.

A proposta de reformulação da justiça criminal feita por NILS CHRISTIE no seu famoso artigo *Conflicts as Property*¹⁰ e que passa pela célebre afirmação do “roubo do conflito” vai no sentido de que “o crime é um conflito interpessoal e que a solução para

¹⁰ Cfr. CHRISTIE, Nils *apud* SANTOS, Cláudia, «Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado)», pág. 459, Coimbra Editora, RPCC, Ano 17, n.º 3, Julho – Setembro 2007.

tal conflito deve ser encontrada por aqueles que nele têm uma intervenção direta”. O Estado punitivo, que administra a justiça penal, surge assim como um usurpador autoritário, que impõe uma solução para um conflito que não é seu, um conflito que é antes pertença do agente e da vítima do crime.

Pelo contrário, com a intervenção restaurativa, na tentativa de resolver o conflito, o agente e a vítima levam a cabo um processo de comunicação orientado para a busca de uma solução reparadora, e nesta perspectiva são eles os sujeitos do processo. Já na justiça penal, e recorrendo às palavras de FIGUEIREDO DIAS¹¹ “ defende-se que a promoção processual das infrações é tarefa estadual, a realizar oficiosamente e, portanto, em completa independência da vontade e da atuação de quaisquer particulares”. Seguindo o pensamento de CLÁUDIA SANTOS¹², quando afirma que “ a origem de todas as divergências estará o fato de os penalistas tenderem a só ver no crime o conflito de um agente com valores essenciais para a comunidade, (um conflito com uma dimensão essencialmente coletiva e abstrata), enquanto os defensores da justiça restaurativa vêm no crime um conflito entre o agente e a sua vítima (um conflito com uma dimensão essencialmente pessoal, individual e concreta) ”.

Os seguidores do paradigma restaurativo compreendem a importância da comunicação, que permita à vítima exteriorizar o seu sofrimento para que, o agente do crime possa assumir as suas responsabilidades e reparar o mal do seu comportamento.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, ” *Direito Processual Penal*”, Coimbra Editora, 1974, pág.116.

¹² SANTOS, Cláudia, ob. cit. pág. 461

Capítulo II

2. Da Perspetiva Vitimológica

2.1. Vítima e Vitimologia

Para a compreensão da problemática do funcionamento das instâncias formais de controlo a partir da perspectiva da vítima, temos como essencial a obra de Manuel da COSTA ANDRADE¹³, que reconhecendo a importância da vítima, afirma que “ após uma ausência de séculos, assiste-se ao regresso da vítima ao pensamento penal”.

Como refere GUILHERME COSTA CÂMARA¹⁴,” apenas nos anos oitenta do século XX a vítima finalmente alcançou dignidade no mundo académico, vindo a ganhar por volta dos anos noventa do século passado, finalmente alguma densidade no contexto político-criminal”.

Questiona-se se a vitimologia é uma ciência autónoma no quadro das ciências criminais. A doutrina ainda disputa esta questão, sendo que “ atualmente de acordo com a imensa maioria dos autores e investigadores pode considerar-se a vitimologia como um ramo da criminologia, mas que uma vez ampliado o seu raio de operatividade em todas as vítimas sociais, haverá de rever-se e reformular-se tal conceito, o tempo dirá se a vitimologia se constituirá no futuro em uma ciência, que se encarregue de toda a classe das vítimas (sociais e penais) ”.¹⁵ GUILHERME COSTA CÂMARA defende que “ existe uma imbricação e uma complementaridade inarredável entre criminologia e vitimologia e ainda que, possuam pronunciados aspetos particulares e específicos que não podem ser compreendidas nem estudadas de modo unilateral”.¹⁶

¹³ANDRADE, Manuel da Costa, *A vítima e o problema criminal*, Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, Coimbra, pág. 11.

¹⁴CÂMARA, Guilherme Costa, *Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima do Crime*, Coimbra Editora, 2008, pág. 66.

¹⁵ NEUMAN, Elias *apud* COSTA CÂMARA, Guilherme, ob. cit., pág. 73.

¹⁶CÂMARA, Guilherme, Costa ob. cit., pág. 73-74.

O debate vitimológico passa pelo próprio conceito de vítima¹⁷, no sentido de saber se, a condição de vítima pressupõe a violação de um preceito legal. Neste ponto chama a atenção o citado autor quando refere que, “ o conceito de vítima não pode restringir-se a um modelo rígido, ossificado no tipo, ou seja, um conceito de vítima puramente legalista e adstrito aos bens jurídicos penalmente protegidos, porquanto a vítima não coincide necessariamente com o *sujeito passivo* do delito, antes deve orientar-se para o horizonte mais largo que se espelha a criminologia contemporânea. Neste seguimento, o referido autor considera como vítima “ todo o individuo, atingido *direta* ou *reflexamente* pela delinquência, na sua pessoa ou património, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais”.¹⁸.

Não defendemos um conceito de vítima estritamente legalista mas sim, um conceito amplo que vise ultrapassar a qualificação legal. Relembramos as situações de *vitimização indireta* e *vitimização secundária* que consubstanciam ainda, uma experiência enquanto vítima de um crime.

Entendemos que, uma política criminal orientada para as vítimas e, uma vitimologia coerente, não pode retirar do seu foco, a afetação das pessoas que sofrem com o cometimento do crime, não devendo, por isso, ser direcionada exclusivamente para a proteção da vítima direta.

A este propósito, CLÁUDIA SANTOS¹⁹, entende que, “no contexto de uma reflexão sobre o modelo de reação penal ao crime, devem ser excluídos do conceito de vítima, aqueles a quem foram causados danos por força de outros fenómenos que não o

¹⁷ Não é pacífica a existência de um conceito de vítima. Segundo a resolução n.º 40/34, de 29 de Novembro de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas que contém a “ Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, «entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado-Membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder». Ainda «uma pessoa pode ser considerada “vítima”, no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco com a vítima. O termo “vítima” também inclui, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo, ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização». Entre nós, ANDRADE, Manuel da Costa, considera «vítima», toda a pessoa física ou entidade coletiva diretamente atingida, contra a sua vontade – na sua pessoa e no seu património, pela *deviance*”, in *A vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980, págs. 33-34.

¹⁸ CÂMARA, Guilherme, Costa ob. cit. Pág. 76-77

¹⁹ Cfr. SANTOS, Cláudia, *A Justiça Restaurativa - Um Modelo de Reação ao Crime Diferente da Justiça Penal – Porquê? Para quê e Como?* Coimbra, 2012, págs. 470-471.

fenómeno criminal”, acrescentado que, “ também à justiça restaurativa de que aqui se cura, interessarão apenas os conflitos , associados ao cometimento de um crime, ou pelo menos, de um fato tipicamente relevante e ilícito”.

O fortalecimento do pensamento vitimológico anda, pois, associado à gênese da proposta restaurativa, sendo que, “ a reparação dos danos à vítima se apresenta como uma das principais promessas da justiça restaurativa, imposta pela reconsideração da dignidade de cada pessoa mas, conducente, em última análise, à restauração da harmonia social”²⁰ A associação que se reconhece, entre a vitimologia e a justiça restaurativa, poderá partir da ideia de que, o conflito é da vítima, e, portanto, deve estar incluída na solução do conflito. ²¹ A vitimologia assenta, pois, na preocupação com o estatuto que a vítima ocupa, na necessidade de se considerar sujeito processual, de forma a poder contribuir ativamente, para a procura de uma solução para o conflito interpessoal, solução essa que, seja reparadora dos danos por si sofridos com o cometimento do crime.

²⁰ Cfr. CARIO, Robert, *Justice Restaurative: Principes et Promesses*, Paris: L'Harmattan, 2.^a ed., 2010 apud SANTOS, Cláudia, ob. cit. pág. 49.

²¹ Esta ideia central, encontramos-la no importante pensamento de Nils CHRISTIE, quando afirma que, “ o que representa a mais significativa perda subtraída é o *conflito em si mesmo*, e não, os bens originariamente arrebatados à vítima, ou a ela restituídos. Nas nossas sociedades, os conflitos são mais escassos do que a propriedade, e imensamente mais valiosos”, acrescentando que, “ é claramente visível que os conflitos representam um *potencial para a atividade, para a participação*. O sistema de controle punitivo atual, representa uma das tantas oportunidades perdidas, de devolver o cidadão em tarefas que, têm para si uma importância imediata. A nossa, é uma sociedade de monopolizadores de tarefas. Nesta situação, a vítima é o grande perdedor”, CHRISTIE, Nils *Conflicts as Property*, *British Journal of Criminology* apud SANTOS, Cláudia, ob. cit. pág. 51.

2.3. A reparação dos danos causados à vítima

Não poderá deixar de constituir objeto de estudo, a forma como a vítima vê reparados os danos causados pelo cometimento do crime, que permitam, de alguma forma, satisfazer os seus interesses.

A preocupação com as necessidades concretas da vítima, em especial, a reparação efetiva dos danos causados pelo crime, parece-nos não constituir a finalidade (ou, pelo menos a finalidade primária) da justiça penal. Com isto, não se quer afirmar que, a justiça penal desconsidere os interesses da vítima, tão-só é de realçar que, tendo o direito penal como finalidade principal a proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, a reparação efetiva dos danos da vítima terá de encontrar-se em outro mecanismo. Falamos, pois, da justiça restaurativa.

Para a opinião pública, é normalmente ponto assente que, a melhor resposta para quem comete um crime é recorrer ao tribunal e punir o infrator. Com esta ideia, identificam-se os seguidores da justiça penal, repressiva e retributiva, que veem na pena de prisão a consequência para o cometimento do crime. O Estado surge como o representante da comunidade e não como o representante dos interesses da vítima. Temos de um lado, o Estado punitivo e, de outro, o agente do crime, sendo que a reparação dos danos da vítima não constitui finalidade autónoma do processo penal, motivo pelo qual os defensores da justiça restaurativa atribuem à justiça penal a desconsideração das necessidades da vítima. Surgiu, assim, a necessidade de encontrar uma forma, em que a reparação da vítima se torne uma sanção autónoma. E cremos, pois, que essa necessidade de reparar os danos sofridos pela vítima do crime, passa por uma maior participação desta no processo penal, nomeadamente enveredando por soluções de consenso, em que a vítima tem uma palavra a dizer, em que a sua atuação possa contribuir significativamente para a efetiva reparação dos danos causados pelo cometimento do crime.

Assumindo a justiça restaurativa como finalidade específica a reparação dos danos causados à vítima, pretendemos, aqui, fazer uma reflexão de forma a tentar perceber como os danos causados à vítima são reparáveis através da justiça penal e da justiça

restaurativa. CLÁUDIA SANTOS²² é de opinião que, “ a reparação dos danos sofridos pela vítima que a justiça dita «tradicional» já assume como tarefa sua, distingue-se daquela que é a reparação restaurativa. E também se julga que, a resposta restaurativa se pretende diversa daquela que resultaria da mera adição dos resultados tradicionalmente obtidos no plano civil e no plano criminal”, sublinhando que, “ é do dano causado a uma vítima concreta e presente que aqui se trata”.

Com bem nota ANABELA RODRIGUES²³, “a reparação não se erige como uma finalidade do direito penal, antes é utilizada na medida em que constitui (e só na medida em que constitua) um contributo (e, nesse caso, valiosíssimo) para a realização das finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal. Por mais que a reparação tenha efeitos de satisfação moral ou material da vítima, são as exigências ligadas ao restabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime e de reabilitação do autor do crime que devem ser satisfeitas, sob pena de se dever afastar o recurso à mediação”. Assim, se compreende o êxito e o acolhimento da justiça restaurativa como mecanismo privilegiado para ir ao encontro do satisfação dos interesses da vítima, permitindo reparar os males causados pelo crime mediante um encontro com o infrator, e dando-lhe a possibilidade de participar ativamente no processo, de forma a, solucionar o conflito.

Por sua vez, o ordenamento jurídico-penal português, comporta já diversas expressões de relevância conferida à reparação dos danos sofridos pela vítima.²⁴ A propósito da delimitação da reparação restaurativa, face a outras reparações existentes no nosso sistema jurídico, sublinhamos a reflexão crítica de HANS SCHNEIDER²⁵, de que “ há que conceber a reparação como um processo de interação (de ação recíproca) entre o agente, a vítima e a sociedade, que cura o conflito criminal e restabelece a paz entre os

²² SANTOS, Cláudia, *A Justiça Restaurativa – Um Modelo de Reação ao Crime Diferente da Justiça Penal – Porquê? Para Quê e Como?* Coimbra, 2012, pág. 335.

²³ RODRIGUES, Anabela Miranda, “ A Propósito da introdução do regime de Mediação no Processo Penal”, *Revista do MP*, n.º 105, Ano 27, Janeiro-Março, 2006, pág.131.

²⁴ Através da previsão da possibilidade dessa reparação: em sede do Instituto do Arquivamento em caso de dispensa de pena (Cfr. art.º 280.º do CPP e o art.º 74.º, n.º 1, alínea b) do CP), como a obrigação a impor ao arguido injunções e regras de conduta, na suspensão provisória do processo (Cfr. art.º 281.º, n.º 2 alíneas a) e b) do CPP), como elemento a ponderar na decisão judicial sobre a pena (Cfr. art.º 71.º, n.º 2 al. e), art.º 72.º, n.º 2 al. c) e art.º 74.º todos do CP), como obrigação a impor ao arguido deveres e regras de conduta, no âmbito da suspensão da execução da pena (Cfr. art.º 50.º, 51.º, n.º 1 al. a) e b) e art.º 52.º, todos do CP). A lei prevê ainda, alguns mecanismos que visão possibilitar a atribuição de indemnização de perdas e danos emergentes da prática de crime (Cfr. art.º 129.º e 130.º do CP e os arts. 82.º, n.º 2, 82.º-A, n.º 1, e 83.º, todos do CPP).

²⁵ SCHNEIDER, Hans, “ Recompensación en lugar de sanción: restablecimiento de la paz entre el autor, de la víctima y la sociedad”, *Derecho Penal y Criminología apud* SANTOS, Cláudia, ob. cit. pág. 336

envolvidos. Não se trata, precisamente, de pagar uma certa quantidade de dinheiro e de articular alguns pedidos de desculpa feitos à pressa. A reparação é um processo criativo, uma contribuição pessoal e social que, requer um esforço supremo de confissão e de luto psíquico e social por parte do agente do crime, com o qual este assume perante a vítima e perante a sociedade a sua responsabilidade pelos delitos”. Neste seguimento de reflexão sobre o sentido da reparação nas práticas restaurativas, CLÁUDIA SANTOS²⁶, afirma que “ quando se pretende refletir sobre a reparação, é o crescimento – muito relacionado com o fortalecimento do pensamento vitimológico e com a consequente relevância que a «questão da vítima» vem assumindo no discurso político-criminal – da *exigência de que ela efetivamente tenha lugar*”, acrescentando que, “ surgem em distintos ramos do ordenamento jurídico, institutos orientados para a neutralização dos danos sofridos pelas vítimas de crimes. Eles parecem, porém, com frequência pouco concatenados e com objetivos e limites nem sempre muito claros. Nesse “universo de reparações” justifica-se, portanto, uma tentativa de compreensão daquilo que, de específico vive – se é que vive – nessa reparação, assumida como finalidade pela justiça restaurativa”.

A ideia de que se parte é a de que, reconhecendo a existência de várias reparações a intervenção restaurativa pretende, reparar um dano²⁷ sofrido pela vítima que foi gerado pelo conflito interpessoal. Para compreender a relevância que questão, da reparação da vítima, que ocupa no sistema político-criminal, consideramos a reflexão feita por COSTA ANDRADE²⁸, quando afirma que, “ a reparação da vítima readquiriu o seu significado penal obrigatório, funcionando hoje, já como forma de sanção, já como expediente de diversão, já como critério de concessão de benefícios, já como reivindicação dirigida diretamente ao Estado, como expressão maior da solidariedade institucionalizada ou, como responsável último pela concorrência do crime”, acrescentando que, “ a recuperação penal da ideia de reparação se justifica ainda «tanto em nome das ideias de *humanização* da justiça como, do ideário da *ressocialização* do delinquente”.

²⁶ SANTOS, Cláudia, ob. cit. págs. 336-337.

²⁷ Entendemos que, o dano que a justiça restaurativa pretende reparar, não será aquele em que se assume num sentido amplo, o chamado «dano social» mas sim, o «dano individual» da vítima concreta e que advém do conflito interpessoal.

²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa “ O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, in Jornadas de Direito Criminal, CEJ: 1983, págs. 187 e ss.

O pensamento vitimológico, manifestado na preocupação com a reparação dos danos causados à vítima, com o cometimento do crime, fez nascer uma série de questões sobre o atual sistema de justiça criminal. São várias as investigações e os projetos²⁹ encetados no sentido de investigar e refletir as necessidades das vítimas e, o modo como conseguem obter a reparação dos danos causados pelo crime. Prova disso, é o crescente empenho que comunidade científica dedica à mediação vítima-agressor. E a implementação de programas de mediação passa, na maior parte dos casos, por processos de avaliação, sobre o qual incide, entre outros objetivos³⁰, a reparação dos danos causados à vítima. Nas avaliações efetuadas em Portugal, e no que concerne à reparação dos danos, “ todos os dados disponíveis refletem elevadas percentagens de acordos estabelecidos e cumpridos: os resultados mais comuns são, o pedido de desculpas, a reparação em dinheiro e a prestação de um serviço à vítima ou à comunidade, sendo que, os índices de cumprimento são mais elevados em casos de mediação direta do que indireta.”³¹

Ora, bem se vê, como a vítima encontra na justiça restaurativa resposta para os males ocasionados pelo crime e que passam por resultados positivos, no que toca à reparação

²⁹ Por exemplo, a nível internacional, destaca-se o conhecido projeto de Lovaina, na Bélgica “ *Mediação para Reparação*”, que teve início em 1 de Janeiro de 1993 e que aí se tornou prática normal de justiça criminal, desde 1 de Janeiro de 1996. O projeto de Lovaina enfatiza a perspetiva da vítima e teve como inspiração a investigação vitimológica, na qual as necessidades e os problemas da vítima de violência criminal, foram estudados quantitativa e qualitativamente. Refere AERSTSEN, Ivo e PETERS, Tony, que, “ o conhecimento vitimológico que resultou desta investigação revelou não só, a posição fraca da vítima de crime no processo penal e os obstáculos que encontra para obter compensação para os prejuízos sofridos como, em especial, a total falta de atenção dada a tantas necessidades imateriais das vítimas”. Resulta ainda, como conclusões desta investigação que “ uma análise completa do sistema de justiça criminal demonstra a sua orientação retributiva dominante para com o agressor”. Referindo-se, (por contraposição), à justiça restaurativa afirma que, “ desde o início se preocupa em tratar o problema, por forma a envolver o agressor e a vítima na busca do remédio para o que correu mal. O projeto de Lovaina pretendeu uma aproximação reflexiva a uma prática em evolução e, particularmente, a sua análise dos casos de mediação e a colaboração com o sistema de justiça criminal, pretendeu fornecer conhecimentos sobre o processo de mediação. Na avaliação deste projeto foram usados os chamados « *case studies*» que foram construídos com base no relatório interno do mediador, e ainda, foram feitas entrevistas independentes às vítimas e aos agressores, depois e concluída a mediação. Com a mediação para reparação pretende-se, em relação à vítima, oferecer-lhe uma reparação pelos prejuízos materiais e morais. Ao agressor, é dada a possibilidade de reparar os danos que causou à vítima”, cfr. AERSTSEN, Ivo e PETERS, Tony, «Mediação para reparação: a perspetiva da vítima», *Sub Judice*, Justiça e Sociedade, n.º 37, Outubro-Dezembro, 2006, pág. 9 e ss. Ainda, como projeto, com vista a apoiar as vítimas de crime, particularmente ao nível do seu ressarcimento patrimonial, destaca-se a N.O.V.A. (Organização Nacional para assistência da Vítima) com sede em Washington. A nível nacional, temos a A.P.A.V. (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima) que presta serviços diversos às vítimas, nomeadamente no âmbito do apoio judiciário, psicológico e social.

³⁰ Como por exemplo, avaliar o grau de participação e satisfação dos intervenientes, os custos e a reincidência.

³¹ LÁZARO, João/ MARQUES, Frederico Moyano, “Justiça Restaurativa e Mediação”, *Sub Judice*, Justiça e Sociedade, n.º 37, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006, pág. 79.

dos seus danos. Se partirmos do pressuposto que, cabe à justiça penal a reparação do dano causado ao bem jurídico, tendo como destinatário a comunidade, então, entende-se que, a reparação do dano que se ocupa a justiça restaurativa, diz respeito à concreta vítima no seu conflito interpessoal com o agente do crime.

Quando nos pronunciamos sobre a reparação dos danos, que na justiça restaurativa ocupa, lugar de destaque, a referência feita ao agente do crime leva-nos a refletir se, o agente do crime também é destinatário dessa reparação. Sobre esta questão, CLÁUDIA SANTOS³², refere que, “ a reparação restaurativa, por pressupor um comportamento ativo de reconhecimento da responsabilidade e de empenho no encontro com a vítima, pode ser apresentada como também, reintegradora de aspetos atinentes à esfera individual do agente, como sejam o seu sentido de responsabilidade e o seu sentimento de inclusão no grupo. Deste modo, a reparação restaurativa desdobrar-se-ia em várias reparações: a reparação, *obtida através de uma participação conformadora por parte do agente do crime e da sua vítima*, dos danos causados à vítima tais como ela os vê, a reparação do sentido de responsabilidade e inclusão do agente”. Conclui ainda a Autora que, “ a reparação de que se trata não é apenas a reparação de um mal causado a um *individuo*, mas antes de um mal que releva também em uma perspetiva relacional. Ou seja, são pensáveis hipóteses em que *além* ou *independentemente* do dano (originado pelo crime) causado a *uma* pessoa e fundante da responsabilidade civil extracontratual, existe um dano no contexto de uma relação de proximidade existencial, sendo esse dano «relacional» aquilo que os intervenientes mais necessidade têm de reparar”.

Esta reparação restaurativa, encontra ainda uma dificuldade, que se prende com a quantificação dos danos sofridos pela vítima, que, aliás, constitui um dos objetivos do pensamento vitimológico.

A vítima de um crime, por sujeita a uma série de privações e ofensas aos seus direitos fundamentais, reclama por uma reação ao crime. Aos sentimentos de revolta, humilhação, medo, acrescem os traumas psicológicos causados pela prática do crime. E, na maioria dos casos, a resposta que a vítima de um crime procura, não é o contato com as instâncias formais de controlo, e a consequente vitimização secundária que lhe anda associada, mas procura uma solução que lhe conceda, não só, a reparação dos danos sofridos (nomeadamente os patrimoniais) mas também (ou principalmente) o

³² SANTOS, Cláudia, últ. Ob. cit. págs. 343-344.

restabelecimento da sua paz interior consigo própria e com os outros, adquirindo novamente a sua autonomia abalada pela prática do crime. E a questão, está, precisamente em quantificar esses danos que a vítima espera serem reparados. O problema instala-se, quando, a quantificação dos danos sofridos e sentidos pela vítima, ou seja, o *quantum* da reparação que a vítima entende ser justa, e o *quantum* dos danos provocados pelo agente do crime não são coincidentes. A este propósito, CLÁUDIA SANTOS³³ chama a atenção para o fato de o problema residir “ na eleição de critérios para o estabelecimento de uma relação entre, o quantum de danos sofridos e o quantum de reparação julgada necessária”. O problema torna-se menos complexo na justiça restaurativa, na medida em que, há a possibilidade do acordo entre a vítima e o agente, que possa permitir, de forma pacífica, a reparação dos danos causados à vítima. Todavia, há que reconhecer que, em certos casos, a reparação poderá não ser suficiente para reagir face ao cometimento de um crime. Quanto a esta questão, salientamos o raciocínio de FRANCISCO AMADO FERREIRA³⁴ quando afirma que, “ o processo restaurativo não corresponde, normalmente, às necessidades mais imediatas das vítimas, nem sequer a uma grande parte das mesmas”. Exemplificando, “ a reparação de janelas após um assalto a uma residência ou a uma instituição pública ou privada, a substituição de um par de óculos partidos por um incidente violento e a necessidade de cuidados médicos urgentes ou, de apoio psicológico à vítima, entre outros casos, não poderão aguardar pelo decurso e conclusão de uma mediação penal”. Uma das dificuldades apontadas à justiça dita “ compensatória” é sublinhada por NILS CHRISTIE³⁵ e diz respeito às desigualdades que poderão existir entre o agente e a vítima, que poderiam conduzir a abusos, caso a reação ao crime não fosse imposta pelo Estado. Afirma-se que, foi para “evitar a anarquia que se inventou o Estado”, porém, acaba também por reconhecer que, “muitos crimes ocorrem entre iguais”.

A justiça restaurativa, é, pois, um caminho a seguir na busca da solução do conflito, e para além da reparação da vítima, também tem como objetivo a restauração da paz entre a vítima e o infrator e entre estes e a comunidade. E o que se questiona, é, saber se a pena principal como consequência do crime é aquela que, satisfaz verdadeiramente os interesses da vítima. Já vimos que não. A reparação dos danos da vítima passa pela sua

³³ SANTOS, Cláudia, últ. Ob. cit. pág. 349

³⁴ FERREIRA, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora, 2006, pág. 127.

³⁵ CHRISTIE, Nils, *Limits to Pain apud* SANTOS, Cláudia, últ. ob. cit. pág. 351.

participação na resolução do conflito, mediante o diálogo com o agente do crime com vista à pacificação entre eles. Como refere CLÁUDIA SANTOS³⁶, “ a justiça penal não tem de ser a única forma de reação ao crime, mas sim, uma entre várias formas possíveis – e desejáveis – de reação ao crime, orientada por finalidades determinadas (e apenas por algumas finalidades). Nem sempre a defesa da comunidade – e a defesa dos direitos fundamentais do arguido - são conciliáveis com, uma proteção absolutamente satisfatória dos interesses concretos da vítima”. Assim, “ se se reduz a função do direito penal, à solução do conflito surgido entre o autor e a vítima, negam-se os interesses da sociedade expressos na pretensão penal estadual, ou seja, a conservação do ordenamento jurídico e a proteção das próximas vítimas.”³⁷ Referindo-se ao sistema penal tradicional, CAETANO DUARTE³⁸ afirma mesmo que “ este sistema de punição não dá à vítima qualquer incentivo para intervir no processo judicial e não lhe satisfaz os sentimentos de dever e vingança. Para além dos custos, impõe às vítimas perdas de tempo e dinheiro”. Acrescentando que “ o seu dever de reparação terá se ser perante o indivíduo que vitimou e não perante a sociedade. Há duas formas de encarar esta reparação: uma reparação punitiva e um sistema puramente reparador”. Contudo, não entendemos que, a justiça penal desconsidere por completo as necessidades da vítima. Já tivemos oportunidade de evidenciar que, a vítima pode ter uma participação mais ativa no processo penal, por exemplo, quando se constitui assistente e, assim, adquire as vestes de verdadeiro sujeito processual. A reflexão que pretendemos neste ponto é, pois, perceber o caminho mais seguro e eficaz para a efetiva reparação dos danos da vítima abalada com o crime. E esse caminho passará, certamente, pelo recurso à mediação penal, mecanismo que dá a possibilidade à vítima de participar na solução do conflito, na oportunidade ter uma palavra a dizer acerca do que, ela acha que pode ser feito para satisfazer os seus interesses.

Sempre que a prática de um crime, significa a lesão insuportável de um valor de extrema importância para determinada comunidade, deve caber ao Estado a adoção de medidas necessárias à defesa de tal valor. É verdade que, a prática de um crime pode impor a intervenção da justiça penal para sancionar o infrator e se atingirem as

³⁶ Cfr. SANTOS, Cláudia, « Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado», RPCC, Ano 17, n.º 3, Julho-Setembro, Coimbra Editora, 2007, pág.469.

³⁷ HIRSCH, Hans Joachim, “ La reparación del dano en el marco del Derecho penal material”, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001 *apud* SANTOS, Cláudia, *idem, ibidem*.

³⁸ DUARTE, Caetano, “ Justiça Restaurativa” in *Sub Judice*, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006, pág.49.

finalidades de prevenção geral e especial. Porém, como sabemos, o direito penal deve ser aplicado em *ultima ratio*. É, pois, neste sentido que se fala de um direito penal mínimo, ou seja, um direito subsidiário, de aplicação do estritamente necessário à tutela de bens jurídicos essenciais.

Compreendemos que, a satisfação das exigências preventivas decorrentes da prática de um crime e da conseqüente lesão de um bem jurídico, nem sempre é coincidente com a reparação dos danos causados à vítima. Por isso, procura-se um equilíbrio entre as duas finalidades, que supõe a aplicação de um direito penal mínimo. Neste concreto ponto, fala-nos CLÁUDIA SANTOS³⁹, e recorrendo às suas palavras, “ se a prática de um crime pode impor a intervenção da justiça penal para, sancionando o seu agente, se atingirem finalidades de prevenção especial e geral, devemos admitir que o conflito interpessoal que o crime *também* é, pode justificar uma *outra* intervenção, em *alternativa ou cumulativamente com a intervenção penal*, vocacionada em outros moldes para a pacificação dos intervenientes e da comunidade, para a reparação dos males causados, para a reconciliação de cada sujeito com os outros ou de cada sujeito consigo próprio”.

E como alternativa ao sistema penal temos, pois, a justiça restaurativa, que possibilitando a intervenção processual da vítima ao longo do processo de mediação, permite também a comunicação com o agressor, de forma a, conjuntamente, alcançar a pacificação e a reparação efetiva dos danos causados à vítima.

³⁹SANTOS, Cláudia, «Direito Penal Mínimo e Processo Penal Mínimo (brevíssima reflexão sobre os papeis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima)», pág. 5.

2.3.1. A reparação restaurativa versus a reparação dita “ tradicional”

Importa, agora, dar conta das diferenças existentes entre a reparação restaurativa e, a reparação obtida mediante uma sentença judicial, quando impõe uma indemnização punitiva. Apercebemo-nos que, há compreensões distintas no que diz respeito à reparação. Os autores⁴⁰ que defendem uma compreensão restrita da reparação, entendem que, tanto as disposições do Direito Penal como as do Direito Processual Penal, podem contribuir para que, a vítima obtenha a indemnização civil por parte do agente do crime. Assim, “o conteúdo da reparação há que coincidir necessariamente com o da responsabilidade civil derivada do delito, ou seja, a compensação, por parte do responsável penal, dos efeitos civis do delito. Para estes autores, a reparação consistiria, então, no ressarcimento do dano civil decorrente do delito, o que significaria, tão-somente, a compensação por parte do responsável penal, dos efeitos civis do delito”.⁴¹

Cumprido, desde já, apontar que, ao contrário da reparação dita “ tradicional”, a reparação restaurativa resulta de um acordo, entre o agente e a vítima, acordo este livre e voluntário, sem qualquer influência das instâncias formais de controlo, já aquela resulta de uma indemnização obtida mediante uma sentença judicial e é imposta ao agente do crime. Neste seguimento CLÁUDIA SANTOS⁴² afirma que, “ enquanto a reparação restaurativa, é norteadada pelo dano tal como é sentido pela vítima, a indemnização

⁴⁰ Como HIRSCH que, considera que, se deve saudar que a Política Criminal, tenha a sua atenção novamente à vítima, defendendo que, as funções do Direito Penal não podem se ampliadas arbitrariamente, uma vez que estão ontologicamente limitadas, por essa razão, conserva a reparação seu carácter civil, inclusive quando se incorpora ao Direito Penal. Cfr. HIRSCH, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*. In: *De los delitos y de las víctimas*, apud SANTANA, Selma Pereira de, *Justiça Restaurativa – A reparação como consequência jurídico-penal autónoma do delito*, Lumen Iuris Editora, 2010, pág. 28 e ainda, ALASTUEY DOBÓN, entende que, a satisfação dos interesses da vítima do delito, não forma parte das tarefas nucleares do Direito Penal; o campo próprio da reparação entre autor e vítima é o do Direito Civil. Cfr. ALASTUEY, M. Carmen, *La reparación a la víctima em el marco de las sanciones penales*, apud SANTANA, Selma Pereira de, Ob. Cit. pág. 28, ou ainda MAIER, Julio, considera que, caso se mantenha a conceção da pena estatal e do Direito Penal como forma de controle social direto, a reparação somente pode aspirar a um lugar secundário dentro do sistema. Isso demonstra a necessidade de conservar, dentro do Direito Privado, a resposta coativa à pretensão reparatória, expressa formalmente pela vítima ou por seu substituto. E também, de deixar para o Direito Penal modos mais informais de composição do conflito, que demonstrem esforço do agente, espontâneo ou sugerido, porém, voluntário, por reparar as consequências práticas da sua ação. Satisfazer a vítima não é função do Direito Penal, senão do Direito Privado. No futuro imediato, são escassas as possibilidades de ingressar ao sistema penal soluções conciliatórias ou reparatórias, inclusive terapêuticas, entre autor e vítima”. Cfr. MAIER, Julio, *La víctima y el sistema penal*. In: *De los delitos e de las víctimas*, apud SANTANA, Selma Pereira de, Ob. Cit. pág. 28.

⁴¹ SANTANA, Selma Pereira de, Ob. Cit. pág. 28

⁴² SANTOS, Cláudia, Últ. Ob. Cit. pág. 354

punitiva desliga-se do dano antes ocorrido e – muito mais à semelhança daquele que, é o sentido da resposta penal do que, daquele que é o núcleo da resposta restaurativa – orienta-se, sobretudo, pela intenção de evitar danos futuros. O que, tudo somado, permite a conclusão de que, confrontada a reparação restaurativa, com a indemnização punitiva, é muito mais o que as separa do que aquilo que as aproxima”.

Um dos mecanismos que, dá a possibilidade de obter indemnização pelos danos sofridos pela vítima é, através do chamado princípio da adesão⁴³, sendo que, o pedido de indemnização deve ser feito no próprio processo penal. A este propósito, FIGUEIREDO DIAS⁴⁴ afirmava que “ no domínio do direito anterior – pelo menos, do direito anterior ao Código Penal de 1982 – não deveriam suscitar-se dúvidas sérias, a uma consideração do lesado e das pessoas com responsabilidade meramente civil, como sujeitos do processo penal em que interviesses: a reparação de perdas e danos, neste processo arbitrada, possuía natureza especificamente penal, por isso, que ela constituía um efeito penal da condenação e podia ser vista mesmo como uma parte integrante da própria pena pública. O art.º 128.º do Código Penal de 1982 (atual art.º 129.º), ao dispor que «a indemnização de perdas e danos emergente de um crime é regulada pela lei civil», veio, porém, modificar substancialmente a situação das coisas, tanto no plano substantivo como também, em certa medida no adjetivo”, concluindo que, “ as partes civis podem (e porventura devem) ser consideradas sujeitos do processo penal num sentido eminentemente formal, já de um ponto de vista material são sujeitos da ação civil que adere ao processo penal que, como ação civil permanece até ao fim”. JORGE RIBEIRO DE FARIA⁴⁵ dá ainda conta de que, “ tem-se esbatido a pureza conceitual que passou a dominar a partir de certa altura, as matérias civil e penal, e os consequentes processos.

⁴³ Cfr. Art.º 71.º do CPP. O pedido de indemnização civil, “fundado” na responsabilidade contratual ou extracontratual, decorrente da prática do crime, deve ser deduzido no processo penal. A indemnização civil arbitrada em processo penal, mantém a sua natureza civil e a sua autonomia em face do destino da ação penal. Por outro lado, do art.º 129.º do CP decorre que, a lei civil determina os pressupostos, o montante e os prazos de prescrição do direito à responsabilidade civil. Sendo assim, a extinção da ação penal não tem, como consequência necessária a extinção da ação civil. A questão, pode colocar-se em dois momentos distintos, antes e depois do julgamento, e a sua resolução depende do fundamento da responsabilidade civil. Por sua vez, o art.º 72.º do CPP, prevê exceções ao princípio da adesão, pelo que é uma norma excecional. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, pág. 215-218.

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “ Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1992, pág. 14-15.

⁴⁵ FARIA, Jorge Ribeiro de, “ Ainda a indemnização do lesado por crime”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Org. Jorge de Figueiredo Dias/Ireneu Barreto/Tereza Beleza/Eduardo Paz Ferreira, Vol. I, Coimbra Editora, 2001 *apud* SANTOS, Cláudia, *Últ. Ob. Cit.* pág. 356.

A partir da análise, de dois pontos de índole legislativa, (“ a proteção dada expressamente às vítimas de crimes de gravidade acentuada, com a atribuição pelo próprio Estado de uma indemnização, assim como a possibilidade de atribuição oficiosa de uma reparação em processo penal pelo juiz de condenação”), concluiu o Autor que, se foi acolhendo a ideia de simbiose entre os dois ordenamentos em causa (o civil e o penal). Pese embora, exista esta possibilidade de a vítima, poder ser indemnizada pelos danos sofridos pela prática do crime, através do mecanismo previsto no art.º 71.º do CPP, daí, não podemos concluir que, a justiça penal tem em vista a finalidade a reparação dos danos causados à vítima. Pois, como refere PAULA RIBEIRO DE FARIA⁴⁶, “ as funções ressarcitória e punitiva não se confundem, o interesse do particular lesado em ser indemnizado e o interesse do Estado em punir são coisas diferentes”.

Chama-mos à colação ainda, o art.º 82.º-A do CPP que refere a possibilidade de reparação da vítima em casos especiais. Nesta hipótese, mediante a verificação de pressupostos⁴⁷, concede-se o arbitramento oficioso de indemnização, que constitui um meio subsidiário de reparação de perdas e danos causados pelo crime.

⁴⁶ FARIA, Paula Ribeiro de, «A reparação punitiva – uma “terceira via” na efetivação da responsabilidade penal?», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pág. 264

⁴⁷ Nomeadamente, quando não tenha havido dedução do pedido de indemnização no processo penal, nem no processo civil; o arbitramento só pode ter lugar quando, o tribunal condenou o arguido pela prática do fato criminoso, de que resultam os alegados prejuízos. Em nenhuma circunstância, o tribunal pode proceder ao arbitramento oficioso de indemnização, sem antes ouvir o responsável civil, especificadamente, sobre os alegados prejuízos e o nexo de imputação desses prejuízos à sua conduta.

2.3.2. A Reparação como consequência jurídico-penal autónoma do crime

Fala-se, ainda, da reparação da vítima como consequência jurídica autónoma do crime, paralela à pena e à medida de segurança. Como sabemos, atribui-se ao Direito Penal a função de proteção subsidiária de bens jurídicos, que, assim, assume os princípios político-criminais da “intervenção mínima” e da “*ultima ratio*”. Pois, como nos ensina FIGUEIREDO DIAS⁴⁸ na sua lição, “uma Política Criminal que se queira válida para o presente e para o futuro próximo e, para um Estado de Direito material, de cariz social de democrático, deve exigir do direito penal que, só intervenha com os seus instrumentos próprios de atuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais, de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”. Portanto, o sistema punitivo, deveria reservar a pena privativa da liberdade, que constitui a “*ultima ratio*”, para a criminalidade mais grave. A ação penal deveria, assim, percorrer outros caminhos, com soluções consensuais, quando se encontrem ainda asseguradas as exigências de prevenção geral e especial e que, permitem obter uma resolução mais concertada para o conflito. Esta solução “divertida” passaria sempre pela afirmação dos direitos fundamentais. Os defensores⁴⁹ desta compreensão assumem a reparação como uma consequência jurídica autónoma do crime, e falam na reparação como “terceira via”.⁵⁰ Os argumentos fundamentais

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da Política criminal e do Direito Penal Português do futuro”, Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 15, n.º 11, 1987 *apud* SANTANA, Selma Pereira de, ob. cit. pág. 8.

⁴⁹ Autores como SELMA SANTANA defendem que, “a condenação a uma indemnização do dano, provoca efeitos de prevenção geral, ao mesmo tempo que, é percebida e sentida pelo acusado como um mal. A reparação imposta, alcançaria os fins das penas e tornaria, em algumas hipóteses, desnecessária a aplicação de uma outra sanção”. A autora, vê a reparação como manifestação também da justiça restaurativa, e nessa medida tende a associar à justiça restaurativa a prossecução das mesmas finalidades preventivas que atribuí à pena. Ou, SESSAR, que defende a introdução da reparação no Direito Penal de forma inovadora, refere que, “a indemnização do dano à vítima supõe uma reparação simbólica pelo ilícito cometido, que representa um especial sacrifício para o autor”, acrescentando que, “os condenados sentem-se suficientemente castigados com a pena de multa ou com uma pena privativa da liberdade, faria com que os réus se sentissem duplamente castigados”. Defende que, a reparação tem um caráter penal e cumpre uma função de satisfação que, em determinadas hipóteses, inexistente uma necessidade, ou, quando existe, ocorre com pouca intensidade de aplicação da pena tradicional por parte da população. Reforça ainda a ideia de que, a reparação como pena, é bem aceite pelo autor do delito, pela vítima e pela sociedade. Para ele, a legitimação do Direito Penal para aplicar penas, desaparece quando o interesse público inexistente exatamente, porque os interesses privados se satisfazem com a reparação do dano. Cfr. SESSAR, K. *apud* SANTANA, Selma, Ob. cit. págs. 56-57

⁵⁰ Nesta perspetiva, não se trataria, em bom rigor, de compensar o dano civil decorrente do crime, mas, de buscar atingir uma compensação das consequências do crime, mediante uma prestação voluntária por parte do autor, que terminaria servindo de mecanismo de restabelecimento da paz jurídica. Interessante abordagem desta concreta questão, é feita por HERRERA MORENO ao afirmar que “o debate em torno

apontados à reparação como “terceira via” são: o interesse da vítima é, em muitos casos, mais bem atendido através da reparação do que através de uma pena privativa da liberdade ou pecuniária. Acompanhamos, no geral, o raciocínio de autores⁵¹ que defendem que, “em muitos casos, de pequena e média criminalidade, a reparação é suficiente para satisfazer as necessidades de estabilização e expectativas comunitárias na vigência da norma violada, tornando-se desnecessárias quaisquer outras sanções penais. À reparação deve atribuir-se um efeito ressocializador, na medida em que, obriga o autor do crime a responsabilizar-se para com a vítima, das consequências da sua conduta. Pode, inclusive, conduzi-lo a um acordo com ela, ou, quando menos a uma mútua compreensão e ao perdão da falta por ele cometida, o que, por seu lado, reforça a vigência e a validade da norma violada, contribuindo para o restabelecimento da paz jurídica atingida pelo cometimento do crime”.

No que diz respeito, ao surgimento da reparação como finalidade autónoma, encontramos na lição de FIGUEIREDO DIAS⁵² a ideia de que, “através da reparação dos danos – não apenas necessariamente patrimoniais, mas também morais, causados pelo crime, - é possível a concertação entre o agente e a vítima”. Autores como ROXIN⁵³ preconizam esta ideia, que mediante propostas legislativas, procuram “erigir um sistema tripartido de sanções penais: penas, medidas de segurança e reparação dos danos. A discussão centra-se em, determinar o exato relevo do tema para, a teoria dos fins das penas criminais, a concreta conformação que devem assumir as medidas de concertação e a delimitação precisa do seu âmbito de aplicação, nomeadamente se devem ser aplicadas só a crimes contra bens jurídicos individuais ou, também, contra bens jurídicos supra-

da conveniência e eficácia da reparação como “terceira via” continua em aberto, defendendo que, esta reparação não constitui uma solução frontalmente privatizadora, uma vez que, se propõe que ela seja inserida no âmbito do sistema penal. Incorporar a reparação no elenco das sanções penais, significa reconhecer nelas um novo fim ou utilidade: a satisfação das vítimas. A autora, termina por chamar a atenção de que, “diante da inegável crise ou fracasso do modelo exclusivamente punitivo, brilha com luz própria um novo paradigma penal: o modelo reparador (...). O singular da moderna reparação é, precisamente, a possibilidade de que a vítima possa expor as suas expectativas e necessidades de tal maneira que, seja necessário contar com o seu peso específico na hora de resolver o conflito. Cfr. HERRERA MORENO, *apud*, SANTANA, Selma, ob. cit. pág. 58, e ainda, PABLO GALAIN PALERMO e ANGÉLICA ROMERO SANCHEZ afirmam que, “a razão fundamental para a defesa da reparação como terceira via, radica na inclusão da vítima como destinatária das consequências da sanção jurídico-penal e na consideração do agente sob uma perspectiva mais humanitária e condescendente com o princípio da dignidade humana e humanização das penas”. Cfr. PALERMO, Pablo Galain/SANCHEZ, Angélica Romero, “*Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos*”, *apud* SANTOS, Cláudia, últ. Ob. Cit. Pág. 359.

⁵¹ SANTANA, Selma, Ob. Cit. pág. 61.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais, A Doutrina Geral Do Crime*, 2.ª ed., 2007, pág. 58.

⁵³ ROXIN, Claus, *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo, Últ. Ob. Cit. págs. 58-59.

individuais e se apenas no âmbito da pequena, eventualmente também, da média ou até mesmo da grande criminalidade. A este respeito, sublinha ainda, FIGUEIREDO DIAS⁵⁴, que “ todo este conjunto de ideias, radicado em uma conceção emergente da política criminal, deve desde logo ser reconhecido como um dos mais importantes fatores sociais de legitimação da pena”, pois, “ ele deve e pode, na verdade, integrar-se num mais amplo *paradigma político-criminal* que começa a correr sob o designativo da justiça restaurativa (*restaurative justice*), concluindo que, “ a concertação agente-vítima só pode ter o sentido de contributo (valiosíssimo) para ao restabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime, o qual constitui o cerne mesmo da prevenção geral positiva. Enquanto, por outro lado, aquela concertação conforma uma vertente decisiva, para uma correta avaliação, no caso, das exigências de prevenção especial positiva”.

Na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁵⁵, apontam-se como vantagens para a reparação como consequência autónoma do crime: «primeiro, o interesse da vítima é, em muitos casos, mais bem servido através da reparação do que, através da aplicação ao agente de uma pena privativa da liberdade. Segundo, em muitos casos, de pequena ou mesmo média criminalidade, a reparação pelo agente é bastante, para satisfazer as necessidades de reafirmação contrafática das expetativas comunitárias, na validade da norma violada, tornando-se desnecessárias quaisquer outras sanções penais. Finalmente, à reparação deve atribuir-se, em geral, um acentuado efeito ressocializador (...), na medida em que, “obriga” o agente a entretecer-se de perto com as consequências do seu fato para a vítima e, pode, inclusivamente, conduzir a que ele se “concerte” com ela, ou, quando menos, a uma mútua compreensão e ao perdão “moral” da falta por aquele cometida; o que, por seu lado, reforça a vigência e a validade da norma violada e contribui poderosamente para o restabelecimento da paz jurídica quebrada pelo crime».

Não obstante, as vantagens apontadas, “ fica por resolver se se obriga à consideração da reparação como *tertium genus* das sanções penais, ao lado das penas e das medidas de segurança, ou se não bastará (ou não será mesmo preferível) considerá-la, sempre ou em certos casos, como um *efeito penal da condenação*, atribuindo-lhe o estatuto processual correspondente. Acresce que, em todo o caso, a consideração da reparação como

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, últ. Ob. Cit. pág. 59-60.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – As consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2005, pág. 78.

condição de aplicação de certas penas de substituição e, como determinante essencial, relativamente a certos crimes de pequena ou média criminalidade, nomeadamente, patrimoniais, da dispensa de pena”.⁵⁶ Cumpre assinalar que, não tem sido fácil conciliar a justiça penal, tendo como função a proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais, ou seja, um direito penal que se quer mínimo, na exata medida das suas necessidades de intervenção e, reconhecesse-lhe os seus efeitos repressivos e estigmatizantes, e uma justiça que se oriente para as necessidades da vítima, e para a reparação dos seus danos. E, se do direito penal se espera uma intervenção mínima, não se considera que, seja através da justiça penal que a reparação dos danos causados à vítima, seja realizada como finalidade principal. Aonde se quer chegar é, precisamente, refletir sobre o alargamento das finalidades da justiça penal à reparação. Quanto a esta questão específica, CLÁUDIA SANTOS⁵⁷, refere que “ *a ser possível* - conceber a reparação dos danos causados à vítima, enquanto finalidade autónoma da intervenção penal, que, assim, se associaria, em plano de igualdade, às finalidades preventivas da pena limitadas pela culpa - contribuiria para isentar a justiça penal da crítica de esquecimento da vítima concreta e presente e, diminuiria, segundo se crê, a utilidade e o âmbito da proposta restaurativa”, acrescentando que, “uma tal opção, parece esbarrar na inconveniência ou na inexequibilidade de, através de um único sistema de reação ao crime, se procurar dar resposta a necessidades muito diversas e, pior do que isso, com frequência conflitantes. A Autora, chama ainda a atenção no sentido de, “ este alargamento de finalidades, suscitaria os mais fortes entraves a um qualquer arranjo harmonioso, quer da teoria da punição, quer dos procedimentos da punição, na medida em que prejudicaria o próprio conceito de punição, como prerrogativa do Estado imbuído de um poder de autoridade gerado pela necessidade de defesa da comunidade”.

Ora, uma das conclusões a que se pode chegar, é que, num direito penal que se quer de intervenção mínima, dificuldades persistem em se reservar à vítima, uma finalidade autónoma, que se ocupe exclusivamente da reparação dos seus danos originados pela prática do crime. Finalidade, essa que, poderá ser atingida através das práticas restaurativas, pois, mediante o encontro entre os intervenientes no conflito, se pretende alcançar a pacificação e a restauração da paz.

⁵⁶ SANTOS, Cláudia, últ. Ob. Cit. Pág. 359.

⁵⁷ *Idem*, pág. 361.

Não obstante as tentativas,⁵⁸ de inserir a reparação no sistema das consequências jurídicas autónomas do crime, foram várias as dificuldades com que se depararam a sua inclusão no sistema jurídico. CLÁUDIA SANTOS⁵⁹ dá-nos conta, de problemas relativos à quantificação dos danos sofridos pela vítima, à qual acresce, a possibilidade de limites mínimos e máximos nas molduras penais abstratas, que sejam adequados ao ressarcimento dos danos causados à vítima e adequados à punição do agente. Acresce ainda, o obstáculo relacionado com a sua própria definição, pois, “ enquanto a reparação restaurativa, será aquilo que os intervenientes no conflito interpessoal quiserem que seja, – ainda que com os limites, claro está, decorrentes da dignidade da pessoa e da proporcionalidade – podendo assumir modalidades diversas do pagamento de quantias pecuniárias, aquela reparação que é sanção criminal, não pode reservar idêntico papel à criatividade do agente e da vítima”. A estas considerações tecidas, em torno dos obstáculos que enfrenta a integração da reparação como sanção criminal, acrescentam ainda a interrogação quanto ao âmbito desta reparação, no que respeita a sua aplicabilidade apenas aos crimes que ofendam bens jurídicos individuais ou, se se pode alargar aos crimes contra bens jurídicos supra-individuais, assim como, se esta reparação se dirige apenas à pequena e média criminalidade ou, também se dirige à criminalidade mais grave.

Aqui chegamos, e após uma reflexão em torno da reparação como consequência autónoma do crime, percebe-se, pelo menos, os seus efeitos positivos, na vertente das finalidades preventivas, nomeadamente, especiais. A este ponto esclarece ROXIN⁶⁰ que “ não há dúvida de que a consideração da reparação no Direito Penal, deve servir também à prevenção especial. Mas isto, deve ocorrer no curso de processo de satisfação

⁵⁸ Destaca-se, o Projeto Alternativo de Reparação (*Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung*) empreendido por um grupo de professores alemães, suíços e austríacos, e que foi apresentado em 1992. O projeto parte da ideia de, configurar a reparação como uma “ terceira via”, juntamente com a pena e as medidas de segurança. Tinha, pois, como objetivo integrar a reparação com um papel autónomo e significativo, no sistema de sanções e procedimentos, a fim de evitar, tanto, quanto possível, a pena, como sanção penal. Todavia, depararam-se com dificuldades à integração da reparação no Direito Penal, tais como:” a “terceira via” importaria um enfraquecimento da proteção jurídico-penal; a reparação seria estranha ao direito penal e estaria fora do campo de abrangência da missão desse Direito, na medida em que, a indemnização do dano seria, em qualquer caso, devida, segundo as disposições do Direito Civil, não podendo, assim, constituir uma reação jurídico-pena; a reparação não seria um meio substitutivo da pena, e sim, apenas um meio suplementar ao Direito Penal, empregado para ampliar o controle estatal sobre o indivíduo; tanto a vítima quanto o autor do crime, são colocados sob excessiva pressão para que se reconciliem”. A proposta de integrar a reparação ao sistema de consequências jurídicas do crime, foi, contudo, rejeitada com 25 votos a favor, 42 contra e 5 abstenções. Cfr. SANTANA, Selma Pereira de, ob. Cit. Págs. 132-134.

⁵⁹ SANTOS, Cláudia, últ. Ob. Cit. Pág. 365.

⁶⁰ ROXIN, Claus, *apud* SANTANA, Selma, Ob. Cit. Pág. 241.

à vítima, de forma que a força atrativa do pensamento reparatório resida, precisamente, na síntese de relação autor e vítima”.

3. O Estatuto da Vítima à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

3.1. A vítima no contexto Constitucional Português

Os instrumentos internacionais direcionados para a proteção das vítimas,⁶¹ tem vindo desde a década de 80 do século passado, a realçar de forma progressiva a importância dos direitos das vítimas de crimes.

A proteção das vítimas de crime é inerente ao Estado de Direito⁶² e, “ ao Estado incumbe, não apenas «respeitar» os direitos e liberdades fundamentais, mas, também, «garantir a sua efetivação».⁶³ Assim, impõe-se, uma imediata proteção dos direitos fundamentais, tais como, o direito à vida, à integridade física, à privacidade e à propriedade diante do perigo da sua lesão (vitimização primária) bem como, proteção mediata dos direitos fundamentais de outras entidades, indiretamente afetadas (vitimização secundária).

Este direito de proteção das vítimas tem, desde logo, reflexo no direito de acesso da vítima aos tribunais⁶⁴, e no direito de intervenção do ofendido no processo penal⁶⁵. Quanto a este último, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA⁶⁶ chamam a atenção ao afirmarem que, “ diferentemente do que acontece em relação ao arguido, a lei constitucional não especifica as dimensões fundamentais do direito do ofendido intervir no processo, remetendo para a lei («nos termos da lei») essa tarefa”. Todavia, e

⁶¹ Destaca-se a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, de 13 de Junho de 2002 do Conselho, relativa à luta contra o terrorismo, com a última redação que lhe foi dada pela Decisão-Quadro 2008/19/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008. Ainda, a Diretiva 2004/80/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004 relativa à indemnização das vítimas de criminalidade, que visa facilitar o acesso à indemnização em situações transfronteiriças. A Diretiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, a Decisão-Quadro do Conselho 2001/220/JAI de 15 de Março de 2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal. E, mais recentemente, a Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho.

⁶² Cfr. art.º 2.º da CRP.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 208.

⁶⁴ Cfr. art.º 20.º n.º 1 da CRP, art.º 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Lei n.º 34/2004, de 29 de Junho que estabelece o Regime Jurídico de Acesso ao Direito e aos Tribunais.

⁶⁵ Cfr. art.º 32.º n.º 7 da CRP.

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital, *ob. cit.* pág. 523.

como relembra GUILHERME COSTA CÂMARA⁶⁷, ” o direito fundamental do ofendido à intervenção processual, representa a consagração de um processo penal mais *plural, democrático e participativo*”.

⁶⁷ COSTA CÂMARA, Guilherme, ob. cit. pág.285

3.2.A participação da vítima do direito processual penal

Tornou-se relativamente comum afirmar-se que, o direito penal e o direito processual penal, são orientados essencialmente para o agente do crime, já que a prática de um crime, pode impor a intervenção da justiça penal para, sancionar o seu agente e se atingir as finalidades de prevenção geral e especial. Neste seguimento, é de salientar o pensamento crítico de ALBIN ESER,⁶⁸ quando refere que ,«diferentemente do acusado, que de certa forma constitui a figura central do procedimento penal, já que tudo gira em torno da sua culpabilidade ou ausência de culpa, o ofendido é, no fundo, apenas uma figura marginal. Em contraste com o processo civil, onde o ofendido tem um papel decisivo como “demandante”, no processo penal, ele foi em grande parte desalojado pelo Ministério Público». Nas suas palavras, «empurrou-se a vítima cada vez mais para a periferia do direito processual penal, onde lhe sobra apenas o rol de mero objeto do processo». Todavia, e pese embora, a evidência de que o infrator ocupa um papel distintivo no sistema penal, entendemos que, não corresponderá de todo à verdade quando se afirma que o sistema penal português não atende aos interesses da vítima, ou pelo menos, não lhe concede um papel interventivo, ainda que, diga-se, diminuto. Note-se a possibilidade de a vítima de constituir assistente,⁶⁹ adquirindo o estatuto de sujeito processual e, como tal, ter oportunidade de influir no desenrolar do processo penal. Nesta linha de pensamento, e referindo-se à possibilidade de constituição de assistente, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA⁷⁰ chama a atenção para, “ a dificuldade que a maior parte dos cidadãos encontra em lidar com tal Instituto, porque ainda aí, a vítima, por força da obrigatoriedade de patrocínio (aliás compreensível), se verá impedida de participar diretamente”.

A lei penal substantiva,⁷¹ determina quem são os ofendidos e as pessoas de cuja queixa ou acusação particular depende o procedimento criminal e que, por isso, têm

⁶⁸ Cfr. ESER, Abin *apud* SANTOS, Cláudia, « A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas reflexões, suscitadas pelo Anteprojeto que introduz a Mediação Penal “de Adultos” em Portugal», RPCC, Ano 16, n.º1, Janeiro-Março 2006, pág.88.

⁶⁹ Cfr. art.º 68.º do CPP, em particular a al. a) do seu n.º 1 na qual “podem constituir-se assistentes, os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei quis proteger com a incriminação”.

⁷⁰ ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “ A propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal”, RRPC, Ano 15, n.º 3, pág.394

⁷¹ Cfr. art.º 113.º e art.º 117º do CP.

legitimidade para se constituírem assistentes. Além da legitimidade, a constituição como assistente, depende da sua tempestividade, da assistência de advogado e do pagamento de uma taxa de justiça. Como já houve oportunidade de se afirmar, o Instituto da assistência constitui, o conteúdo mínimo da garantia constitucional⁷² da intervenção do ofendido no processo penal. A propósito da intervenção processual do assistente, JOSÉ DAMÃO CUNHA⁷³ é de opinião que, “ é na fase de inquérito que se pode flagrar uma grande desenvoltura da intervenção do assistente, uma vez que, poderá contribuir decisivamente para a definição do objeto do processo”. Discordando desse entendimento, FIGUEIREDO DIAS⁷⁴ defende que, nesta fase de inquérito a intervenção do assistente limita-se a uma função de “colaboração probatória com o MP, a cuja atividade o assistente subordina por completo a sua atuação”.

À Luz da legislação processual penal vigente, são diversas as competências⁷⁵ postas à disposição da vítima, constituída assistente: *intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo diligências que se afigurem necessárias, deduzir acusação, recorrer das decisões que afetem os seus interesses.*

Chama-se particular atenção, para a obrigatoriedade de a vítima se constituir assistente nos crimes dependentes de acusação particular. Para o efeito, a vítima deve na denúncia ser advertida dessa obrigatoriedade pelo órgão de polícia criminal a quem a denúncia for feita verbalmente.⁷⁶

O legislador português, em harmonia com a Constituição da República Portuguesa, buscaram dar prosseguimento a um programa político criminal orientado para a vítima de crime. Para tanto, foram promovidas diversas medidas de proteção, as quais destacamos:

- O *dever de informação*,⁷⁷ por parte das autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal, para com eventuais lesados, acerca da possibilidade de deduzirem pedido de indemnização civil no processo penal e das formalidades a observar.

⁷² Cfr. art.º 32.º n.º 7 da CRP.

⁷³ Cfr. CUNHA, José Damião, “ Algumas reflexões sobre o Estatuto do Assistente e seu Representante no Direito Processual Português”, RPCC, Ano 5, Abril-Junho 1995, pág. 156.

⁷⁴ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, “ Direito Processual Penal, Coimbra Editora, 1974, pág. 519.

⁷⁵ Cfr. art.º 69.º n.º 2 do CPP.

⁷⁶ Cfr. art.º 50.º n.º 1, art.º 68.º n.º 2 e art.º 246.º n.º 4, todos do CPP.

⁷⁷ Cfr. art.º 75.º n.º 1 do CPP.

- A possibilidade de o assistente, caso entenda que a publicidade lhe é prejudicial, requerer ao juiz de instrução, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, bem como requerer o seu levantamento em qualquer momento do inquérito.⁷⁸

- Aos meios de comunicação social, é vedada a transmissão ou registo de imagens, ou de tomadas de som, relativas à prática de qualquer ato processual, nomeadamente da audiência, salvo autorização judicial, porém, se a pessoa a tal se opuser, não pode ser autorizada a transmissão ou registo de imagens ou tomada de som relativas à sua pessoa; também não é permitida a publicação, por qualquer meio, da identidade das vítimas de crimes de tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual, a honra ou a reserva da vida privada, exceto se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social.⁷⁹

- A possibilidade de o juiz, caso haja fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, proibir o arguido de contactar, por qualquer meio, com a vítima.⁸⁰

⁷⁸ Cfr. art.º 86.º n.º 2 e 4 do CPP.

⁷⁹ Cfr. art.º 88.º n.º 2, als. b) e c) do CPP.

⁸⁰ Cfr. art.º 200.º n.º 1, al. d) do CPP.

3.3.A vítima à luz da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho: Princípios orientadores

Em cumprimento do art.º 10.º da Decisão – Quadro 2001/200/JAI do Conselho, de 15-3-2001,⁸¹ relativa ao estatuto da vítima⁸² em processo penal, foi publicada a Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho⁸³.

Já aqui tivemos oportunidade de afirmar que, a mediação penal, como um mecanismo de resolução alternativa de litígios e que, como modelo de reação ao crime, afasta-se e distingue-se da teologia e das finalidades do tradicional sistema penal. Os defensores do paradigma restaurativo, encaram o crime como um conflito interpessoal entre o agente e a vítima, em que a solução deve ser encontrada entre eles, com base no acordo entre os intervenientes diretos. A diferença estará, pois, na forma como se olha para o crime, acolhendo a pena como reação primária e imperativa de resposta ao crime, em detrimento da função reparadora que a justiça restaurativa exerce. Neste raciocínio, CLÁUDIA SANTOS⁸⁴ chama a atenção para esta problemática, quando refere que, “ a reação criminal que a pena é, só pode ser aplicada se for inequivocamente necessária, não bastando que seja merecida, essa pena não parece poder ser configurada apenas como um bem para ao agente, sob pena de não cumprir as suas próprias finalidades”. Questiona ainda, a autora, se “ não é possível criar uma sanção – uma consequência jurídica do crime – que seja, simultaneamente, eficaz sob o ponto de vista da defesa da comunidade e dos seus valores e, do ponto de vista da defesa da vítima, caso em que se curariam dois conflitos apenas com um bem”.

E é, de facto, uma sanção simultaneamente ressocializadora do agente e, reparadora dos danos causados à vítima, a que se propõe a mediação penal, como instrumento de justiça restaurativa alternativo ao sistema penal.

⁸¹ N.º 1 refere que “ cada Estado – Membro, esforça-se por promover a mediação nos processos penais, relativos a infrações que considerem adequadas para este tipo de medida” e o n.º 2, “ cada Estado-Membro assegura que, possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação em processos penais” (*Vide* apêndice de legislação).

⁸² Para efeitos da Decisão Quadro, «Vítima» é “ a pessoa singular que sofreu dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, diretamente causadas por ações ou omissões que infringem a legislação penal de um Estado – Membro”.

⁸³ E regulamentada pelas Portarias n.º 68-A/2008, 68-B/2008 E 68-C/2008, todas de 22 de Janeiro (*vide* apêndice de legislação).

⁸⁴ SANTOS, Cláudia, «Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado», RPCC, ano 17, n.º 3, Julho-Setembro 2007, Coimbra Editora, p.464-465.

Resulta da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, no seu art.º 2.º n.º 1 e 2 que a mediação penal só é admitida entre nós relativamente a alguns crimes particulares em sentido amplo, excluindo, *ab initio*, a possibilidade de admitir a mediação penal a crimes públicos.⁸⁵

3.3.1. *Voluntarismo*

É importante concentrarmo-nos nos princípios orientadores do processo de mediação com maior relevo para as vítimas.

A mediação penal como instrumento de justiça restaurativa, e que se apresenta como uma alternativa à atuação do Estado punitivo como resposta ao crime, pauta-se por princípios orientadores que legitimam a decisão dos intervenientes de participar neste mecanismo de resolução alternativa de litígios.

Desde logo, a mediação penal pressupõe a voluntariedade dos participantes em intervir no processo. A vítima só participará na mediação se o desejar, se livre e

⁸⁵ Como caso mais paradigmático, o crime de violência doméstica. Sobre a problemática da exclusão do âmbito material de aplicação os crimes de violência doméstica, veja-se, CLÁUDIA SANTOS «Violência doméstica e mediação penal: uma convivência possível?», *Julgar*, n.º12, 2010. Refere a autora, defendendo a admissibilidade da mediação penal em casos de violência doméstica que, “ se a mediação é um «quase direito» das vítimas de crimes – por essa mediação penal ser encarada como caminho para uma solução mais adequada aos seus interesses – esse «quase direito» não pode ser retirado às vítimas de alguns crimes com base no argumento de que, «assim é melhor para elas», mas sem lhes perguntar aquilo que de facto acham que é melhor para si próprias. Defende a referida autora que, o argumento mais relevante para fundar a admissibilidade da mediação penal em casos de violência doméstica, prende-se com “ a verificação inequívoca de que muitas das suas vítimas não querem a resposta que seria dada pela justiça penal”. No mesmo sentido, vai a posição de FREDERICO MOYANO MARQUES e JOÃO LÁZARO, *in* “ A mediação vítima agressor e os direitos e interesses das vítimas, *in* a Introdução da Mediação Vítima-agressor no Ordenamento Jurídico Português”, 2005, pág. 28, quando afirma que, “ hoje é inegável que, a mediação tem que ser vista, também, como direito das vítimas, como aliás decorre do art.º 10.º da Decisão - Quadro do Conselho da União Europeia relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal”. Em sentido convergente, afirma FRANCISCO AMADO FERREIRA que, “ só o voluntarismo respeita a natureza da justiça restaurativa, embora reconheça que contém um a limitação, não havendo predisposição das partes para discutirem, não haverá mediação penal”, *in* *Justiça restaurativa, Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora, 2006. Já em sentido oposto, ainda que relativo à exclusão dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais do âmbito material da mediação penal, ANDRÉ LAMAS LEITE, refere que, “ para além das óbvias dificuldades em conseguir uma mediação cara-a-cara (sabendo-se, contudo, que a mediação indireta pode também ter efeitos positivos) e de manter o indispensável equilíbrio de forças em todo o processo, existem sempre assinaláveis riscos de múltipla vitimização do ofendido” *in* “ *A mediação Penal de Adultos – Um Novo «Paradigma» de Justiça? – Análise Crítica da Lei 21/2007, de 12 de Junho*”, Coimbra Editora, 2008, págs. 65-66.

conscientemente se dispuser a enfrentar o conflito e a resolver as suas inquietações mediante o encontro com o agente do crime. O mediador,⁸⁶ tem aqui um papel importante, na fase de remessa do processo para mediação, pois terá de verificar se, vítima e agente reúnem as condições para participar na mediação penal.

A característica da voluntariedade assume-se ainda, um argumento⁸⁷ para o juízo crítico que se lança quanto ao âmbito material da Lei 21/2007, de 12 de Junho, relativamente à exclusão expressa da admissibilidade da mediação penal nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.⁸⁸

Como realça CLÁUDIA SANTOS⁸⁹, a exigência de voluntariedade da vítima, é um “filtro de segurança”, para evitar desvantagens na participação em sessões de mediação, ou seja, a vítima só intervém na mediação penal, se assim o entender vantajoso para si. Defende a autora que, e referindo-se concretamente aos crimes de violência doméstica, “uma vítima de violência doméstica que se sinta fragilizada face ao seu agressor e que não deseje o contato inerente à mediação penal, pode e deve manifestar a sua não vontade de participação”

A mediação penal apresenta-se, assim, como um modelo alternativo ao processo penal, e por ser alternativo, não pode ser obrigatório, ou seja, assim como a vítima só participa no programa restaurativo se quiser e se sentir confortável para isso, também tem de haver por parte do agressor uma voluntariedade livre. Portanto, nem a sua decisão de participar na mediação penal pode equivaler à confissão da prática dos factos, nem a

⁸⁶ Cfr. Art.º 3.º n.º 5 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, nos termos do qual “o mediador contacta o arguido e o ofendido para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação, e verifica se aqueles reúnem condições para participar no processo de mediação”.

⁸⁷ A par de outros, realça-se o argumento mais relevante defendido por CLÁUDIA SANTOS, quando afirma que, “muitas das vítimas não querem a resposta que seria dada pela justiça penal” acrescentando que, “são recorrentes as afirmações de elevadíssimas cifras negras no âmbito desta criminalidade”. In SANTOS, Cláudia, ob. cit., pág.71

⁸⁸ Cfr. Art.º 2.º n.º 3 al. b) da Lei 21/2007, de 12 de Junho refere expressamente que, a mediação em processo penal, “não pode ter lugar quando se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual”. Neste seguimento CLÁUDIA SANTOS chama a atenção para o facto de, “se o ofendido pela prática de um crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual com aquela natureza já pode à luz do regime em vigor, não apresentar queixa ou, apresentando-a, desistir dela, sem qualquer tipo de apoio que lhe permita reconciliar-se com o passado e ultrapassar o trauma originado pela vitimização, como negar a possibilidade de o fazer com o auxílio do mediador, e com a colaboração do próprio agente?” in «A mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojeto que Introduce a Mediação Penal “de Adultos” em Portugal», RPCC, Ano 16, n.º 1 (Janeiro – Março), Coimbra, 2006, pág. 98

⁸⁹ SANTOS, Cláudia, «Violência Doméstica e Mediação Penal: Uma convivência possível?», Julgar, n.º 12, 2010, pág. 70.

decisão de não participar pode acarretar qualquer consequência para o agressor. Seguimos o pensamento de FRANCISCO AMADO FERREIRA⁹⁰, quando afirma que, “ o agressor não pode ser coagido a assumir a autoria dos factos puníveis, nem a celebração da «decisão-composição» pode ser imposta, pois contraria a sua natureza voluntária e convocaria a respetiva invalidade jurídica”, acrescentando ainda que, “ o recurso ao processo restaurativo, deve constituir um direito co-titulado pela vítima e pelo agressor e não um dever jurídico ou, mais uma “violência” legítima hostil aos mesmos, sobrevivitimizante”. Neste seguimento, CLÁUDIA SANTOS⁹¹ esclarece que “ a manifestação de vontade por parte do arguido em participar na mediação penal não significa, por parte dele, qualquer aceitação ou confissão dos factos que lhe são imputados” concluindo ainda que, “o legislador deve assegurar que da recusa ou aceitação da mediação penal nenhuma consequência decorreram no âmbito do processo penal que, gorando-se aquela por qualquer razão, venha a existir”.

A voluntariedade é, pois, o ponto de partida para todo o percurso mediador, pois só com a manifestação de vontade da vítima e agressor, é que poderá seguir em frente o processo de mediação. CLÁUDIA SANTOS⁹², defende mesmo, e que de resto partilhamos, que “ o princípio da voluntariedade devia obter consagração num artigo autónomo e, que devia obter consagração mais detalhada, não só, quanto ao seu conteúdo, mas também, quanto às suas consequências”, acrescentando que, “ sob a epígrafe «princípio da participação voluntária», deveria afirmar-se que, para o ofendido e para o arguido, a participação na mediação penal é sempre voluntária, livre e esclarecida, podendo qualquer um deles, desistir da mesma até à assinatura do acordo que lhe põe fim”.

⁹⁰FERREIRA, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora, 2006, págs. 31-32.

⁹¹SANTOS, Cláudia« A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo Anteprojecto que introduz a Mediação Penal “de Adultos” em Portugal», RPCC, Ano 16, n.º 1 (Janeiro-Março), 2006,págs. 105-106.

⁹² SANTOS, Cláudia, ob. cit. pág. 105.

3.3.2. Consensualidade

A decisão de se enveredar pelo programa de mediação, em alternativa, ao processo penal, pressupõe um acordo entre a vítima e o agente, acordo este que, depois de reduzido a escrito e assinado pelas partes é transmitido pelo mediador ao Ministério Público.⁹³ O legislador, deixa uma larga margem de liberdade à vítima e ao agressor, na modelação do conteúdo do acordo de mediação. Desde logo, refere a Lei⁹⁴ que o conteúdo do acordo, é livremente fixado pelos sujeitos processuais, salvaguardando, contudo, a impossibilidade de inclusão de sanções privativas da liberdade⁹⁵ ou, deveres que ofendam a dignidade do arguido⁹⁶, fixando-se um limite temporal, que impede que o cumprimento dos deveres se prolongue por mais de seis meses⁹⁷. Esta discricionariedade deixada às partes, propícia, assim, algumas considerações e algum juízo crítico. Desde logo, e como refere ANDRÉ LAMAS LEITE⁹⁸, “ o acordo não estabelece, ao menos de modo exemplificativo, quaisquer regras de conduta, injunções ou deveres impendentes sobre o arguido, acrescenta que, “ os contornos das «imposições» não estão determinados, nem tão pouco se dotam de os mediados exemplos de «cláusulas» que, nos habilitem a classifica-las de determináveis”. De fato, dado a falta de criatividade ou, por mero desconhecimento das cláusulas permitidas no acordo de mediação, parece que, justificar-se-ia a previsão legal, ainda que exemplificativa, do tipo de deveres e injunções que seriam passíveis de impor ao agente. Nesta linha de pensamento, CLÁUDIA SANTOS⁹⁹, refere ainda que, “ além de se não prever um catálogo de deveres ou obrigações, não se contemplam aqui quaisquer critérios orientadores dos intervenientes para a fixação do conteúdo do acordo. Num

⁹³ Cfr. n.º 3 do art.º 5.º da Lei 21/2007, de 12 de Junho.

⁹⁴ Cfr. n.º 1 e 2 do art.º 6.º da Lei 21/2007, de 12 de Junho.

⁹⁵ “Quanto à expressão «sanções privativas da liberdade» parece, que o legislador consagrou um conceito restrito (art.º 27.º da CRP). Para estes efeitos, privação da liberdade significará privação do «direito À liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito a não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar”, Cfr. CORREIA, João Conde, «O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal», RMP, Ano 28, n.º 112, Outubro-Dezembro de 2007, pág. 73.

⁹⁶ “A razão de ser da restrição também é de origem constitucional. O art.º 25.º n.º 2 da CRP, proíbe a imposição de penas cruéis, degradantes ou desumanas, não havendo nenhuma razão para não aplicar aqui o mesmo princípio. Embora não esteja em causa uma «pena», o regime deverá ser o mesmo”. *Idem*, pág. 74.

⁹⁷ Defende, CORREIA, João Conde, que, “esta limitação não tem grande justificação material e só se compreende pela vontade legislativa de restringir ao máximo a mediação penal”, *Idem, ibidem*.

⁹⁸ LEITE, André Lamas, *idem*, pág. 83.

⁹⁹ SANTOS, Cláudia, *ob. cit.* págs. 109-110.

certo sentido, pode dizer-se que é assim, porque, o que se procura, não é um acordo justo, mas antes um acordo que satisfaça o ofendido e o agente”, no entanto, questiona, se um acordo injusto pode verdadeiramente pacificar os intervenientes no mesmo”. Por sua vez, defende CARLOTA PIZARRO ALMEIDA¹⁰⁰ que «limitar a mediação a um catálogo, seria amputá-la de uma das suas mais preciosas e fecundas virtualidades: a busca e construção da resposta adequada, ao ponto de vista de ambas as partes».

Encerrado o inquérito, o Ministério Público, se tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente e, se entender que desse modo se pode responder suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, pode remeter o processo para mediação, disso dando conhecimento ao agressor e à vítima. O Ministério Público, decidindo promover a mediação, designa um mediador da lista de mediadores do Ministério da Justiça e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o agressor e a vítima e uma descrição sumária do objeto do processo. Por sua vez, o mediador contacta o agressor e a vítima, para obter o seu consentimento livre e esclarecido quanto à participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação e, verifica se reúnem condições para participar no processo de mediação.¹⁰¹

Assim, obtido o acordo entre a vítima e o agressor, estes, assinam um termo de consentimento que contém as regras a que obedece a mediação e, desde que respeite os requisitos e os limites previstos no art.º 6.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, impõe que o Ministério Público homologue a desistência de queixa no prazo de cinco dias.¹⁰²

No caso de o acordo, não respeitar os limites fixados na lei, o processo é devolvido ao mediador para que este, no prazo de 30 dias, em conjunto com a vítima e o agressor, sane a ilegalidade (art.º 5.º n.º 8). Se estes sanarem a ilegalidade, o processo continua com a homologação de acordo e subsequente arquivamento. Se estes não sanarem a ilegalidade, não existirá um acordo válido e o processo continuará.

Já na hipótese de incumprimento posterior do acordo, parece que não basta uma simples renovação da queixa, nos termos do art.º 5.º n.º 4, parte final da Lei n.º 21/2007, de 12

¹⁰⁰ ALMEIDA, Carlota Pizarro, “A mediação perante os objetivos do direito penal”, AA.VV. *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, Almedina (2005), pág. 48

¹⁰¹ Cfr. Art.º 3.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

¹⁰² Cfr. N.º 5 do Art.º 5.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

de Junho, para concluir pelo prosseguimento da acção penal, Pelo contrário, o Ministério Público terá de constatar um efetivo incumprimento, podendo para o efeito, recorrer aos serviços de reinserção social, a órgãos de polícia criminal ou a outras entidades administrativas (art.º 6.º n.º 3). E ainda assim, parece-nos que o Ministério Público, deve fazer advertência ao agressor no sentido de, cumprir o acordo sob pena de renovação da queixa. Neste seguimento, JOÃO CONDE CORREIA¹⁰³ defende que, “o Ministério Público poderá, também aqui, e à semelhança da falta de cumprimento das condições da suspensão da pena (art.º 55.º do CP), advertir o arguido incumpridor, exigir-lhe garantias do cumprimento dos deveres acordados, impor-lhe (de acordo com a vítima) novos deveres ou regras de conduta ou, prorrogar o prazo previsto para o cumprimento do acordo. Na verdade, não podemos esquecer o carácter subsidiário do Código Penal (art.º 8.º do CP) e que, caminhar para uma solução radical, que esqueça a hipotética vontade de todos os interessados, pode significar o desperdício dos meios já utilizados e causar novos gastos desnecessários”.

Portanto, na mediação, o agressor exprime a sua reconciliação com a vítima através do acordo a que ambos chegam, pois tudo depende do consenso que se gerar entre ambos. Na verdade, a mediação tem por finalidade que seja alcançado um acordo, acerca da reparação dos danos materiais e imateriais causados à vítima, e a ser assim, então a forma e os termos de tal reparação deve ser por eles livremente negociada e acordada, inclusive com as orientações do mediador. Assim, o acordo que for feito apenas deve ser consensual e efetuado de livre vontade e sem qualquer tipo de coação.

¹⁰³ Chama a atenção ainda o referido autor que, “o maior obstáculo desta interpretação prende-se com o fato de o Tribunal Constitucional (no Ac. N.º 7/87, de 9 de Janeiro de 1987) ter declarado inconstitucional o art.º 281.º n.º 4 (redação original) que permitia a modificação de injunções e regras de conduta impostas na suspensão provisória do processo, até ao termo do período de suspensão, sempre que ocorressem circunstâncias relevantes ou de que só posteriormente tivesse havido conhecimento, por ofensa do direito à segurança consagrado no n.º 1, do art.º 27.º da CRP. De todo o modo, mesmo assim, apesar da semelhança das situações, face à constatação de inadimplemento do acordo logrado na mediação penal, parece ser preferível aplicar, por analogia, este regime, à revogação ou a simples, do acordo e à consequente continuação das investigações ou dedução de acusação. O que, no caso da suspensão provisória do processo, o Tribunal Constitucional queria evitar era a violação da segurança jurídica do arguido, nos caos em que ele cumprisse. Se isso não está em causa, se a opção é a revogação do acordo e a consequente continuação do procedimento criminal ou a sua manutenção com alterações parece legítimo optar pela segunda hipótese. Até porque, o juiz de instrução criminal poderá ter aqui uma intervenção relevante, sancionando os casos manifestamente abusivos. Cfr. CORREIA, João Conde, Ob. Cit. Pág. 76

3.3.3. Confidencialidade

No que respeita ao carácter confidencial do processo de mediação, a lei é clara, quando refere que, “o teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em processo judicial”.¹⁰⁴ FRANCISCO AMADO FERREIRA¹⁰⁵ fala-nos do sigilo absoluto a que está obrigado o mediador, chamando atenção de que” a violação desse dever pode importar ao mediador (institucional ou profissional) culposamente uma responsabilização penal¹⁰⁶, civil e disciplinar (se sujeito a fiscalização deontológica, como é o caso dos advogados). O mediador deve ficar impedido de intervir posteriormente no mesmo conflito, ou noutra com ele relacionado, seja como advogado, como assessor de uma das partes ou do tribunal, perito ou testemunha”.¹⁰⁷ Contudo, há quem defenda um carácter não absoluto deste princípio integrante da mediação penal. Segundo o raciocínio de CARDONA FERREIRA¹⁰⁸,” atentos os pressupostos da confidencialidade, não podem deixar de ficar de fora da confidencialidade hipóteses de *acordo* dos próprios mediados e do mediador quanto à utilização dessas conversações mesmo no próprio processo, se prosseguir”, frisando que “ com o acordo dos interessados não deixa de se garantir o valor da confiança”. Acrescenta ainda que, “ devem relevar, mais do que uma genérica confidencialidade, os valores atinentes a «imperiosas razões de ordem pública, em especial, quando necessárias para assegurar a proteção de crianças ou evitar danos à integridade física ou psicológica de uma pessoa».

De fato, a mediação impõe a confidencialidade sobre o conteúdo das conversas realizadas nas sessões de mediação. Significa isto que, no caso de a mediação não prosseguir, os elementos aí recolhidos não podem valer em juízo. A este propósito, refere FRANCISCO AMADO FERREIRA¹⁰⁹ que, “ a oralidade dos debates pode favorecer a expressão direta dos sentimentos da vítima, os conteúdos das declarações

¹⁰⁴ Cfr. Art.º 4.º n.º 5 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

¹⁰⁵ Cfr. FERREIRA, Francisco Amado, Ob. Cit. Pág. 78

¹⁰⁶ Cfr. Art.º 195.º do CP.

¹⁰⁷ Cfr. REIS, João, *in*: Meios Alternativos, *apud* FERREIRA, Francisco Amado, ob. Cit. Pág. 78

¹⁰⁸ Cfr. CARDONA FERREIRA, J.O., “ A mediação como caminho da Justiça – A mediação penal”, *in* O Direito, Ano 139, Almedina, 2007, págs. 1017-1018.

¹⁰⁹ Cfr. FERREIRA, Francisco Amado, Ob. Cit. Pág. 37.

não podem ser reduzidos a escrito, devendo o processo decorrer de forma oral (princípio da oralidade), impossibilitando-se, pois, um suporte probatório a esse nível, salvo o contrato de mediação (inicial) e o acordo (final) que se destine a funcionar como título e plano faseado de dívida ou abonar a situação pessoal do arguido num processo penal em curso”. “O carácter confidencial da mediação mostra-se recomendável, sobretudo, quando estejam em causa questões do foro privado ou íntimo das pessoas, ou se prendam com segredos ligados à profissão de médico, de advogado ou, em casos que respeitem a patentes, métodos de fabrico, de conceção ou de segurança, onde a audiência pública pode acarretar efeitos negativos”.¹¹⁰

3.3.4. *Celeridade*

São objetivos da justiça restaurativa, a obtenção de uma solução para o conflito, entre o agressor e a vítima, com a maior brevidade possível, de forma a restaurar o equilíbrio abalado pelo cometimento do crime. Pretende-se, pois, uma resposta rápida para o litígio, dado que a lentidão e a ineficácia sempre trazem consequências e inconvenientes indesejáveis para os intervenientes. Assim, ao contrário da morosidade que tem caracterizado o sistema judiciário, a mediação penal apresenta-se como um caminho alternativo à resolução do litígio, que permite dar uma resposta célere e menos dispendiosa para quem a ela recorre. Através da mediação, alcança-se a justiça desejada por um meio mais reintegrativo e menos retributivo. É comum, estabelecer-se determinados prazos a cumprir para a obtenção de um acordo, precisamente, para obstar a que a solução do concreto litígio não se perpetue para sempre, evitando, desta forma, que se deixem frustradas as expectativas da vítima e do agressor.

“O *princípio da celeridade* implica, normalmente a consideração pelo *princípio da simplicidade dos atos e das formas* – os quais, juntos, demandam a máxima desobstrução de procedimentos e de trâmites evitáveis ou inúteis. Não significa isso

¹¹⁰ Cfr. RIBEIRO, José Pinto, in: *Meios alternativos de resolução de litígios* (I Conferência), MJ/DGAE, Lisboa: Agora Publicações, 2001, *apud* AMADO FERREIRA, Francisco, ob. Cit. Pág. 38.

que, no processo de mediação deixem de existir regras; tão-só, elas devem reduzir-se, essencialmente, ao conceito de mediação e à sua condução”.¹¹¹

CAPÍTULO IV

4. A Mediação Penal e o Direito Estrangeiro

São cada vez mais os países, que legislam sobre questões ligadas às práticas restaurativas. Na prática, o modelo de mediação vítima-agressor é dominante nos países da Europa continental. O art.º 10.º da Decisão-Quadro da União Europeia de 15 de Março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em processo penal, vai sem dúvida levar à continuação desse desenvolvimento. A referida disposição estipula que, cada Estado-Membro deve esforçar-se por, promover a mediação nos processos penais relativos a infrações que, considere adequadas a este tipo de medida. Dispõe ainda, a referida Decisão-Quadro que, “ deverão ser elaboradas normas mínimas, sobre a proteção das vítimas da criminalidade, em especial, sobre o seu acesso à justiça e os seus direitos de indemnização por danos, incluindo custas judiciais. Além disso, deverão ser criados programas nacionais para financiar medidas, públicas e não-governamentais, de assistência e proteção das vítimas. Os Estados membros, devem aproximar as suas disposições legislativas e regulamentares, na medida do necessário, para o objetivo de garantir um nível elevado de proteção às vítimas do crime, independentemente do Estado em que se encontrem”.

Além disso, a Decisão-Quadro promove que, “ as necessidades da vítima devem ser consideradas e tratadas de forma abrangente e articulada, evitando soluções parcelares ou incoerentes, que possam dar lugar a uma vitimização secundária,” chamando ainda a atenção de que, “ o disposto na presente Decisão-Quadro não se limita a tutelar os interesses da vítima no âmbito do processo penal *stricto sensu*, abrangendo, igualmente, determinadas medidas de apoio às vítimas, antes ou depois do processo penal, que sejam suscetíveis de atenuar os efeitos do crime”, alertando ainda que, “ é necessário

¹¹¹ Cfr. BANDEIRA, Susana, «A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios», in: *Julgados de Paz e mediação – Um novo conceito de Justiça*, apud AMADO FERREIRA, Francisco, ob. Cit. Pág. 40.

aproximar as regras e práticas, relativas ao estatuto e aos principais direitos da vítima, com particular relevo, para o direito de ser tratada com respeito pela sua dignidade, o seu direito a informar e a ser informada, o direito de compreender e a ser compreendida, o direito a ser protegida nas várias fases do processo. É necessário dar formação adequada e correta, a todos aqueles que contactem com a vítima, o que é fundamental, tanto para a vítima, como para alcançar os objetivos do processo.”¹¹²

Em muitos países, as práticas de mediação começaram, tendo por base projectos-piloto. O período experimental é, muitas vezes considerado necessário, pois nessa fase há uma flexibilidade que favorece a criação do espaço para realizar experiências, ajustar e consolidar essas práticas. Dado o seu carácter experimental, os projetos são bem pensados, meticulosamente planeados, preparados e executados com um empenho superior ao habitual.¹¹³ Nalguns países, a mediação vítima-agressor, funciona na base do poder discricionário geral das instâncias judiciais, em particular do Ministério Público. Porém, num número crescente de países, encontramos uma base jurídica específica na lei. É importante notar que, mesmo nestes casos, o termo «mediação» não é sempre mencionado. A possibilidade do recurso à mediação, está por vezes contida implicitamente nas modalidades de restituição, de conciliação ou de outras formas de reparação da vítima. Além disso, essas disposições, são frequentemente pouco numerosas e a sua formulação tem um carácter muito geral. Na maioria dessas legislações, a mediação tem lugar por iniciativa do Ministério Público. Em virtude do seu poder discricionário, este pode seleccionar os processos e remetê-los a um serviço de mediação.

Existem, *grosso modo*, três modelos de integração da mediação penal na legislação formal dos países da Europa continental.

O primeiro modelo, integra a mediação vítima-agressor na lei penal destinada a menores (ou na lei relativa à proteção dos jovens). Foi o que se fez, nomeadamente, na Catalunha, Alemanha, Inglaterra e País de Gales, Finlândia, Irlanda, Áustria (até 2000) e Polónia.

¹¹² Cfr. Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

¹¹³ LAUWAERT, Katrien, “Quadro-legal da mediação vítima agressor na Europa continental”, in *Newsletter Dgae*, n.º 2, Dezembro de 2003, págs. 14-15.

O segundo modelo, introduz a mediação no Código de Processo Penal e Código Penal. A primeira situação, ocorre na Bélgica, Alemanha, Finlândia, França, Áustria, Polónia e Eslovénia. O segundo exemplo, encontra-se na Alemanha, Finlândia e Polónia. Em França e na Áustria, o Código de Processo Penal prevê formas de mediação vítima-agressor para maiores e menores. Em França, a possibilidade de mediação para menores, é indicada através da utilização do termo «reparação». Na Suíça, o Código Penal prevê a possibilidade de mediação durante a execução da pena de prisão, e realiza-se no âmbito da determinação progressiva do conteúdo da pena. Além disso, a lei federal relativa ao apoio da vítima, prevê a possibilidade de restituição durante a pena de prisão.

Uma terceira forma, de integrar a mediação penal na legislação é, criar uma lei autónoma sobre mediação¹¹⁴, o qual regula sobretudo o seu âmbito de aplicação, a sua organização e tramitação.

A partir da década de noventa, por toda a Europa, surgiram projetos piloto de mediação em matéria penal. Se compararmos estes diferentes sistemas jurídicos, concluímos que não há um modelo único de mediação.

Na América do Norte, existe atualmente uma grande diversidade de experiências na área da mediação. Algumas dessas experiências, fazem parte de programas estaduais, enquanto outras, pertencem a estruturas comunitárias independentes dos organismos governamentais e do sistema judicial. São frequentes as iniciativas desenvolvidas pelas ONG's locais, que fomentam o voluntariado e a participação da comunidade. De um ponto de vista preventivo, têm em vista integrar os cidadãos na busca de soluções para a criminalidade, na consciencialização cívica dos cidadãos e do convívio comunitário. A sua ação direciona-se para a promoção da paz social, na redução das tensões sociais e raciais e na prevenção dos conflitos de vizinhança.¹¹⁵

Acresce que, “as práticas de mediação ganharam também desenvolvimentos nas instituições escolares, que além de permitir um elevado grau de envolvimento por parte da comunidade, permite educar as crianças e jovens de modo a resolver os seus próprios

¹¹⁴ Como é o caso de Portugal, com a Lei 21/2007, de 12 de Junho, que cria o regime de mediação em processo penal em execução do art.º 10.º da Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

¹¹⁵ FERREIRA, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora, 2006, pág. 58.

conflitos de forma pacífica, segura, participativa e respeitosa, centrada já não na culpa, no castigo ou expulsão mas numa forma reconstrutiva das relações e preparativas de um futuro convívio respeitoso”.¹¹⁶

No que respeita à mediação com intervenção estadual, “o governo federal concede financiamento que permite o funcionamento de serviços de mediação gratuitos ou a baixo custo. Embora, o seu funcionamento fosse confiado a instituições privadas, tais entidades seriam enquadradas pela estrutura organizativa do Estado, em estreita ligação com o Sistema Penal. Os centros de mediação são conferidos pelo tribunal, onde as queixas são recebidas e é realizada uma prévia audição da vítima e do agressor, aí se decidindo da possibilidade e conveniência da tentativa de mediação.”¹¹⁷

Ainda de salientar, o *Victim Offender Reconciliation Program* (VORP), tendo sido introduzido inicialmente em Kirchner (Ontário, Canadá), em 1975, estendeu-se rapidamente aos EUA, em inícios da década de oitenta. O programa que, colocava mais tónica na necessidade de reparação extrajudicial do que propriamente na ideia de reconciliação, traduziu-se num programa de mediação penal de reduzida intervenção dos poderes públicos. O programa conhece ainda, uma particular aplicação dirigida a situações de pós-condenação, onde o juiz sujeita a pessoa condenada a um regime de prova, o qual poderá integrar uma tentativa de acordo de justa composição amigável, realizada por contato direto entre o defensor e a vítima.¹¹⁸

Os EUA recorrem, também, a uma estrutura de mediação penal que assenta nas denominadas *Family Group Conferences*. Trata-se de uma estrutura “alternativa”, que se distancia do programa de mediação vítima agressor, já que, em princípio, para além da presença do mediador, da vítima e do agressor, a reunião tende a envolver, amigos, vizinhos e elementos das autoridades locais e escolares. Ainda, de referir que, o maior número de participantes geram uma dinâmica de grupo, capaz de produzir um conjunto mais alargado de ideias para resolver o conflito, facilitando, ainda, o aparecimento de

¹¹⁶ Cfr. WRIGHT, Martin/ FOUCAULT, Orlane, «Justiça Restaurativa como justiça baseada na comunidade» *apud* FERREIRA, Francisco Amado, ob. cit., pág. 58

¹¹⁷ Que está sujeita a determinados limites, por um lado, quanto ao acordo e, por outro lado, fixa-se um prazo prévio de oito a quinze dias após a apresentação da queixa, para se realizar a sessão de pré-mediação. *Idem*, pág. 59.

¹¹⁸ É possível encontrar na Europa experiências do género em países como: a Áustria, a Noruega, a Finlândia, a Alemanha e a França. Cfr. FERREIRA, Francisco Amado, *idem*, págs. 60-61.

ofertas de reintegração e de ajuda à pessoa que se vincule a reparar os danos causados.¹¹⁹

Tal como na maioria dos países da Europa, a justiça restaurativa na Bélgica foi, sobretudo, desenvolvida no campo da mediação vítima-agressor. As práticas restaurativas, iniciaram-se no âmbito da delinquência juvenil, sendo que, no decurso dos anos noventa, aumentou substancialmente no âmbito da mediação penal de adultos.

Para a chamada pequena criminalidade (penas inferiores a dois anos), a lei¹²⁰ oferece ao Ministério Público a possibilidade de propor ao arguido condições, ou medidas, em troca do encerramento do processo, tais como: reparação dos danos causados à vítima, tratamento dos problemas pessoais relacionados com o crime, formação ou trabalho comunitário. No âmbito da mediação penal, o trabalho preparatório e a prossecução das outras medidas, é efetuado por «auxiliares de justiça» para mediação penal.¹²¹

Para a aplicação da mediação vítima-infrator, CÂNDIDO DA AGRA e JOSEFINA CASTRO¹²² falam-nos de três novas funções criadas ao nível dos serviços do Ministério Público: a) em cada tribunal de primeira instância, foi designado um magistrado responsável pela mediação; não lhe competindo a intervenção mediadora no momento da execução, cabe-lhe, no entanto, a seleção dos casos, a supervisão do processo de mediação e a condução da sessão final; b) “os assistentes de mediação”, técnicos remunerados pelo Ministério da Justiça que, nos tribunais e sob alçada do MP, realizam a mediação propriamente dita (comunicam com as partes, realizam as tarefas preparatórias da mediação, conduzem a mediação e acompanham a execução do acordo); c) por fim, em cada tribunal superior, os “conselheiros de mediação”, criminólogos, que têm por função o acompanhamento dos mediadores, a avaliação das práticas e a elaboração de propostas de políticas em matéria de mediação.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, págs. 64-65.

¹²⁰ Lei 10 de Fevereiro de 1994. “Depois de um período experimental, e sob proposta do governo federal, o parlamento belga votou, em Fevereiro de 1994, a Lei, contendo a regulação do processo de mediação em matéria penal. A lei introduz no Código de Processo Penal um novo art.º 216.º que, permite ao acusador público desistir de um caso em condições determinadas. A lei tinha pelo menos dois objetivos: por uma lado, fornecer uma reação social rápida ao crime urbano comum e, por outro lado, dar mais atenção à vítima”. Cfr. AERSTSEN, Ivo e PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Outubro-Dezembro de 2006, Almedina, págs. 25-26.

¹²¹ AERSTSEN, Ivo, “Justiça Restaurativa na Bélgica: no sentido de uma abordagem integrada”, in *Newsletter DGAE*, n.º 2, Dezembro de 2003, págs. 19-20.

¹²² AGRA, Cândido da/CASTRO, Josefina «Mediação e Justiça Restaurativa: Esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, Coimbra Editora, 2005, pág. 98.

O sistema belga de mediação penal, representa um modelo em que, a mediação é feita no interior do sistema de justiça criminal. Os mediadores, estão bem colocados para estabelecer a cooperação com o judiciário, estando menos dependentes da boa vontade dos acusadores na receção dos casos.

Podemos sintetizar em três modelos, as iniciativas feitas na Bélgica: Um primeiro modelo¹²³, designado por mediação penal, é a única forma de mediação em matéria penal que goza de um enquadramento legal específico, funcionando dentro do próprio sistema de justiça penal, junto dos tribunais, e tendo como protagonistas os serviços do Ministério Público. Tem, pois, como objetivos promover uma reação mais simples e mais rápida à criminalidade, mais respeitadora do interesse da vítima e mais capaz de restabelecer a confiança do público no sistema de justiça. Trata-se de um modelo de mediação que, podemos classificar como “judiciário” ou “oficial”, na medida em que, se integra plenamente no próprio processo formal, sendo conduzido e executado pelos próprios agentes do sistema.

Os resultados deste tipo “oficial” de mediação mostram que, está ainda muito centrada no delincente¹²⁴ e, conseqüentemente, uma perspectiva punitiva. A reparação da vítima só se aplica em metade dos casos e geralmente faz-se acompanhar de outras condições. O processo de mediação reveste-se de um caráter marcadamente administrativo e estandardizado, afastando-se da ideia de um processo de comunicação. Verifica-se que a reparação tem sobretudo um caráter material e financeiro, sendo raro o encontro entre vítima e infrator.

O segundo modelo¹²⁵ é, geralmente, designado por mediação com fins reparadores. Este modelo teve início em 1993, com um projeto-piloto de investigação-ação concebido e desenvolvido por investigadores da Universidade de Louvain em parceria com o Ministério Público e com uma associação privada de apoio social de justiça. Este programa, dirige-se exclusivamente a delinquentes adultos e a crimes, de uma certa gravidade, contra as pessoas. Procura-se, assim, aplicar a mediação a situações diferentes daquelas que, tradicionalmente são objeto da maioria dos programas (a

¹²³ *Idem*, págs. 97-100.

¹²⁴ Esta centração no delincente é, também, um dos resultados da avaliação dos programas de mediação, que existem no âmbito da delinquência juvenil. Estes programas, são organizados pelas instituições locais de proteção da juventude, que aderem a uma perspectiva mais reabilitadora do delincente do que reparadora.

¹²⁵ *Idem*, págs. 100-102.

pequena criminalidade cometida por menores) e avaliar o efeito da mediação no processo de decisão. Pretende-se, dar à vítima a oportunidade de ser reparada dos danos materiais e não materiais sofridos, fornecer ao infrator a possibilidade de se reabilitar junta da vítima e, encontrarem uma solução mediante acordo. Este modelo, diferencia-se do anterior na medida em que, neste, a mediação funciona de modo independente do sistema judiciário, ainda que em ligação com o Ministério Público. O mediador, dá início ao processo de pré-mediação ou de preparação para a mediação, aqui, não há contato direto entre a vítima e o infrator. Esta fase, consiste em esclarecer a vítima e o agressor, do funcionamento da mediação, recolher informações por eles fornecidas e, se for possível, preparar o acordo. Este, resulta num contrato escrito com os termos e condições acordados, que é assinado pela vítima e infrator e enviado ao Ministério Público. A participação na mediação, permite a aplicação de uma medida alternativa à pena de prisão.

Finalmente, um modelo que tem lugar na fase pós-sentencial e em contexto penitenciário¹²⁶. A este nível a Bélgica tem dois programas: O primeiro, introduziu a justiça restaurativa nas prisões e, tem como objetivo que o recluso tome consciência da necessidade de reparação da vítima. Trata-se de um programa, que teve um período experimental de três anos em seis prisões e, posteriormente, em 2000 começou a vigorar. Atualmente, existe em cada prisão belga, um conselheiro em justiça restaurativa a quem compete, promover as condições para a realização de práticas restaurativas que se centrem nas necessidades das vítimas. Tem como principais objetivos, sensibilizar os infratores, promover ações de informação e sensibilização dos reclusos no que relativamente às suas responsabilidades para com a vítima, e ainda, pretende-se, informar as vítimas dos direitos que lhes assiste. O outro programa, que tem sido desenvolvido em três prisões, visa disponibilizar aos detidos um serviço de mediação com a vítima e dirige-se à grande criminalidade.” Relativamente a este projeto-piloto em contexto prisional, “ a possibilidade proporcionada às partes de comunicarem entre si, diz normalmente respeito a crimes mais graves, nos quais se inclui a violação e o homicídio, e normalmente têm um caráter muito profundo e quase terapêutico”.¹²⁷

¹²⁶ *Idem*, págs. 102-104

¹²⁷ VAN GARSSE, Leo “ Justiça Restaurativa. A mediação no âmbito da justiça penal? Algumas reflexões baseadas na experiência”, in *Newsletter DGAE*, n.º 3, Maio 2004, pág.12

É de realçar que estes projetos de mediação foram desenvolvidos sem qualquer suporte legal. Apenas a Lei de 22 de Junho de 2005,¹²⁸ veio introduzir no Código de Processo Penal e no Código de Instrução Criminal, disposições relativas a estes processos de mediação “não oficial”.¹²⁹

A nova lei belga veio também definir a mediação penal em termos semelhantes à definição contida na Recomendação n.º R (99) 19, sobre mediação em matéria penal. Por outro lado, e de acordo com a exposição de motivos da Proposta de Lei que esteve na origem da Lei, o Governo belga, considerou primordial assegurar a confidencialidade do processo de mediação, no sentido de garantir, que as partes que participam na mediação se exprimam livremente.

Atente-se que, a nova lei belga não estabelece, como se desenrola o processo de mediação, uma vez que, cada sessão de mediação se deve desenrolar de acordo com a vontade das partes. Esta opção belga vai, mais uma vez, ao encontro do disposto na Recomendação (99) 19, que estabelece que, os legisladores nacionais devem apenas estabelecer “linhas e diretrizes que definam o recurso à mediação em matéria penal”.¹³⁰

A mediação penal na Bélgica, anda bastante próxima das práticas jurisdicionais convencionais,¹³¹ constituindo, sem dúvida, um modelo de aplicação de justiça onde os interesses da vítima são contemplados, mas ainda muito longe do que é pugnado pela justiça restaurativa.

No que toca à legislação processual penal francesa, encontramos, também, mecanismos de diversificação da resposta penal por via intra-processual, destinados a resolver alguns casos ligados a uma delinquência de menor gravidade, através da utilização de uma mediação penal “mitigada”, desde que obtido o acordo do ofensor e do ofendido. Trata-

¹²⁸ Esta lei aditou o art.º 3.º ao Código de Processo Penal, no sentido de consagrar que os serviços de mediação, são postos à disposição das pessoas que tenham um interesse direto num processo judicial, e por conseguinte, dá possibilidade de recorrer à mediação, em qualquer fase do processo. Por sua vez, os magistrados, judiciais e do Ministério Público, devem informar as partes da possibilidade de requerer a mediação.

¹²⁹ A publicação no Jornal oficial de 27 de Julho de 2005.

¹³⁰ BASTOS, Maria Manuel, “Breves considerações sobre a Mediação Penal”, *Sub Judice*, Justiça Restaurativa, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006, pág. 87.

¹³¹ AERSTSEN, Ivo, in *La médiation social en Belgique et les débats sur la justice restaurative en Europe apud* ESTEVES, Raúl, “A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal” *Sub Judice*, Justiça Restaurativa, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006, pág. 60.

se de uma iniciativa legal, consagrada no art.º 41.º do CPP Francês e, na demais legislação avulsa francesa sobre “mediação” penal.¹³²¹³³

A França, país continental por excelência, é marcada por um modelo de integração baseado no cidadão. É um sistema político centralizado, em que o Estado desempenha um importante papel, e por isso, o desenvolvimento da mediação penal em França é, sobretudo, um ato do Estado. Depois de alguns projetos de mediação, terem sido desenvolvidos de raiz, houve um certo voluntarismo legislativo e o Ministério da Justiça desempenhou um papel central, através de uma política de aprovação e financiamento de projetos de mediação.¹³⁴

Na Noruega, existe atualmente regulamentação autónoma sobre mediação, onde a lei trata de forma precisa os diferentes aspetos da mediação, quer para menores, quer para adultos. Além das instâncias judiciais, podem recorrer a estes serviços, que trabalham como voluntários, os serviços sociais, as escolas e as próprias partes. A obrigação legal, de conduzir diretamente a mediação, é mais um atrativo do sistema norueguês. O Código de Processo Penal norueguês passou, desde 1998, a conter disposições que regulam o envio de processos para mediação, pelo Ministério Público, assim como o processo judicial após a mediação.¹³⁵

Em Espanha, foi introduzido em 1990 um programa de mediação e reparação penal para menores, de iniciativa do governo da Catalunha, sendo seguido posteriormente pela publicação de uma lei reguladora dos procedimentos de julgamento de menores, aí se integrando a mediação e reparação, ficando o Ministério Público titular do poder de submeter ou não o menor a julgamento. Quanto à mediação penal de adultos, apenas se regista a existência de uma experiência-piloto que funciona no âmbito do Departamento de Justiça do Governo da Catalunha.¹³⁶

¹³² Cfr. a Lei 93-2, de 4 de Janeiro de 1993, o Decreto de 10 de Abril de 1996, a Lei n.º 98-1163, de 18 de Dezembro de 1998, e a Lei n.º 99-515, de 23 de Junho de 1999.

¹³³ FERREIRA, Francisco Amado, ob. cit. pág.55.

¹³⁴ LAUWAERT, Katrien, « Quadro legal da mediação vítima-agressor na Europa Continental», Newsletter DGAE, n.º 2, Dezembro de 2003, pág. 13.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, pág. 17

¹³⁶ ESTEVES, Raúl, « A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal», *Sub Judice*, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006, pág. 60.

A Suíça, é um caso particular, na medida em que o Código Penal prevê a possibilidade de mediação durante a execução da pena de prisão, e realiza-se no âmbito da determinação progressiva do conteúdo da pena.¹³⁷

Concluindo, as estruturas de mediação penal, enquadradas numa política de Justiça Restaurativa, mostram-se sensíveis às crescentes preocupações com os interesses e necessidades das vítimas, assim como têm também em vista, finalidades preventivo-ressocializadoras dos delinquentes, apresentando-se, desta forma, estruturas alternativas à justiça penal.

¹³⁷ LAUWERT, Katrien, *idem*, pág. 17

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hoje tão afirmada crise da justiça penal, parece ter aberto caminho para o surgimento da justiça restaurativa, como *novo* modo de reação ao crime. A mediação penal, foi-se tornando, a principal prática restaurativa na europa continental, até chegar a Portugal, tendo o legislador português a passar a admitir, desde 2007, a denominada mediação penal “de adultos”. Nos últimos anos, temos vindo a assistir a movimentos de contestação ao sistema penal, fruto de uma nova consciencialização sobre a atual forma de controlo da criminalidade. As insuficiências que se reconhecem à justiça penal - mormente no que respeita à participação da vítima na conformação do próprio processo penal, à reparação integral e efetiva dos danos causados pela prática do crime – permitem uma nova compreensão das finalidades, que presidem à mediação penal. Se por uma lado, a mediação penal permite, garantir uma mais eficaz reparação dos danos causados à vítima e a reintegração do agente na sociedade, por outro, permite o envolvimento da comunidade na resolução do conflito e a pacificação coletiva. O êxito e o acolhimento da mediação penal um pouco por toda a Europa, resulta da convergência de exigências, por uma lado, de racionalização e simplificação do sistema penal, e por outro, a humanização da resposta dada ao crime. A mediação penal, permite trazer a vítima para o centro das atenções, dando-lhe maior intervenção processual com vista a, mediante o encontro com o agressor, restabelecer a paz perdida com a prática do crime, e ver reparados os seus danos sofridos. Há ainda que ter em conta que, tratando-se de um modelo extrajudicial, o agressor terá um maior grau de recetividade na sua responsabilização e, procurará a reparação que não implique o risco de punição penal.

É, pois urgente que se dê a conhecer a mediação penal, aprofundando e divulgando a sua prática, de modo a que faça parte da nossa realidade, pois, “numa sociedade tão individualista e carente de comunicação como aquela em que vivemos, a justiça restaurativa, pelos valores e modos de atuar que preconiza, pode, num futuro não muito longínquo, contribuir decisivamente para a humanização da justiça e a pacificação social”.¹³⁸

¹³⁸ LÁZARO, João/MARQUES, Frederico Moyano, «Justiça Restaurativa», *Sub Judice*, n.º 37, Almedina, Outubro-Dezembro, 2006

BIBLIOGRAFIA CITADA

AGRA, Cândido da/CASTRO, Josefina, «Mediação e Justiça Restaurativa: Esquema para uma lógica de conhecimento e da experimentação». Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano II, Coimbra Editora, 2005.

AERSTSEN, Ivo/PETERS, Tony, « Mediação para reparação: a perspetiva da vítima», *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 37, Outubro- Dezembro, 2006

____,« Abordagens Restaurativas do crime na Bélgica», *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006.

____,« Justiça Restaurativa na Bélgica: no sentido de uma abordagem integrada», Newsletter DGAE, n.º 2, Dezembro – 2003.

____, ” *La médiation social en Belgique et les débats sur la justice restaurative en Europe*”, acessível em www.enm.justice.fr

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “ Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Do Homem”, 3.^a ed. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, “ *La reparation a la victim em el marco de las sanciones penales*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, «A propósito da Decisão- Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: Algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal”, RPPC, Ano 15, n.º 3.

____, «A mediação perante os objetivos do direito penal», AA.VV. *A Introdução da Mediação Vítima – Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, Almedina, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa, *A vítima e o problema criminal*, Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1980.

___, "O novo Código Penal e a Moderna Criminologia", Jornadas de Direito Criminal, CEJ, 1983.

BANDEIRA, Susana, «A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios». In: *Julgados de Paz e Mediação – Um novo conceito de Justiça*, Lisboa: AAFDL.2002

BASTOS, Maria Manuel, «Breves Considerações sobre a Mediação Penal», *Sub Judice, Justiça Restaurativa*, Outubro- Dezembro, Almedina, 2006.

CÂMARA, Guilherme Costa, *Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima do Crime*, Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2007.

CARDONA FERREIRA, J.O., «A mediação como caminho da justiça – a Mediação Penal», *O Direito*, ano 139, Almedina, 2007.

CARIO, Robert, *Justice Restorative: Principes et Promesses*: Paris: L'Harmattan, 2.^a ed., 2010.

CHRISTIE, Nils, "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, 1977, vol. 17, n.^o1.

___, *Limits to Pain, The Role of Punishment in Penal Policy*, Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007.

CORREIA, João Conde, «O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal», RMP, ano 28, n.^o 112, Outubro-Dezembro, 2007.

CUNHA, José Damião, «Algumas reflexões sobre o Estatuto do Assistente e seu Representante no Direito Processual Português», RPCC, ano 5, Abril-Junho, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Direito Processual Penal", Coimbra Editora, 1974

___, "Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal", *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1992.

____, « Os novos rumos da Política Criminal e do Direito Penal Português do futuro», Revista do Ministério Público de Estado do Paraná, ano 15, nº 11, 1987.

____, “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”, 2.^a ed., 2007.

____, “Direito Penal Português – As consequências Jurídicas do Crime”, Coimbra Editora, 2005.

____, “Direito Processual Penal”, Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DUARTE, Caetano, «Justiça Restaurativa», *Sub Judice*, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006

ESER, Albin, “ Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal – Tendencias nacionales e internacionales”, in *De los delitos e de las víctimas*.

ESTEVES, Raúl, « A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal», *Sub Judice*, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006.

FARIA, Jorge Ribeiro de, “ Ainda a indemnização do lesado por crime”, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Org. Jorge de Figueiredo Dias/Irineu Barreto/Teresa Beleza/Eduardo Paz Ferreira, Vol. I, Coimbra Editora, 2001.

FARIA, Paula Ribeiro de, «A reparação punitiva – uma “terceira via” na efetivação da responsabilidade penal?», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.

FERREIRA, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora, 2006.

HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima, Compendio de victimologia*, Madrid: Edersa, 1996.

HIRSCH, Hans Joachim, “ *La reparación del dano en el marco del Derecho penal material*”, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

LAUWAERT, Katrien, «Quadro-Legal da mediação vítima-agressor na Europa Continental», *Newsletter DGAE*, n.º 2, Dezembro, 2003.

LÁZARO, João, «Justiça Restaurativa e Mediação» *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 37, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006.

LEITE, André Lamas Leite, *A mediação Penal de Adultos – Um novo «Paradigma» de Justiça? – Análise crítica da Lei 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, 2008.

MAIER, Julio, B.J. *La víctima y el sistema penal. De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

MARQUES, Frederico Moyano, «Justiça Restaurativa e Mediação», *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 37, Outubro-Dezembro, Almedina, 2006.

___/LÁZARO, João, “A mediação vítima-agressor e os direitos e interesses das vítimas. A introdução da mediação vítima-agressor no Ordenamento Jurídico Português”, 2005.

PALERMO, Pablo Galain/SANCHEZ, Angélica Romero, “Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que desminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos”, *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, ed. Fernando Álvarez et alia, Aquilafuente: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

PETERS, Tony, «Mediação para reparação: a perspetiva da vítima», *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 37, Outubro-Dezembro, 2006.

REIS, João Luis Lopes dos, *in Meios alternativos de resolução de litígios (I Conferência)*, MJ/DGAE, Lisboa: Agora Publicações, 2001.

RIBEIRO, José A. Pinto, *in Meios alternativos de resolução de litígios (I Conferência)*, MJ/DGAE, Lisboa: Agora Publicações, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda, «A propósito da introdução do regime de Mediação no Processo Penal», *RMP*, n.º105, ano 27, Janeiro-Março, 2006.

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

ROXIN, Claus, “Die Stellung des Opfers im Strafsystem.Recht und Politik”, 1988.

SANTANA, Selma Pereira de, *Justiça Restaurativa – A reparação como consequência jurídico-penal autónoma do delito*, *Lumen Iuris* Editora, 2010.

SANTOS, Cláudia, « A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo Anteprojeto que introduz a Mediação Penal “de Adultos”», RPCC, ano 16, Janeiro-Março, 2006.

_____, «Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado)», RPCC, ano 17, n.º 3, Julho-Setembro, 2007.

_____, «Direito Penal Mínimo e Processo Penal Mínimo (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais pensais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima)».

_____, «Violência doméstica e mediação penal: uma convivência possível?», Julgar, n.º 12, 2010.

_____, *Justiça Restaurativa – Um Modelo de Reação ao Crime Diferente da Justiça Penal – Porquê? Para quê e Como?* Coimbra, 2012.

SCHNEIDER, Hans, “Recompensación en lugar de sanción: restablecimiento de la paz entre el autor, de la víctima y la sociedad”, *Derecho Penal y Criminología*, n.º 49. Janeiro-Abril, 1993.

SESSAR, K., *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, em Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht.*, 1983.

VAN GARSSE, Leo, “Justiça Restaurativa. A mediação no âmbito da justiça penal? Algumas reflexões baseadas na experiência”, *Newsletter DGAE*, n.º3, Maio, 2004.

WILDE, Zulema D./GAIBROS, Luis M., *O que é a Mediação*, Ministério da Justiça, Direção – Geral da Administração Extrajudicial, Lisboa, Fevereiro, 2003.

WRIGHT, Martin/FOUCAULT, Orlane, «Justiça Restaurativa como justice baseada na comunidade»

SITES:

<http://www.forum-mediacao.net/module2display.asp?id=39&page=2>,