

RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL: ENTRE O DIÁLOGO E O SILÊNCIO (OU A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PONTE DE ENCONTRO)

Parte II

INÊS FERNANDES GODINHO

Professora Auxiliar da FDULP

Investigadora do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto e do IDPEE

Doutora em Direito

Parte I*

Introdução

1. *Responsabilidade e Liberdade*
 - a. O pressuposto do livre arbítrio
 - b. A questão da ininputabilidade
 - c. O conceito de responsabilidade
2. *Responsabilidade no ordenamento jurídico*
 - a. A atribuição causal de responsabilidade
 - b. O juízo normativo (imputação)
 - c. O facto jurídico (acção)
 - d. O resultado (dano)
3. *Fim e fundamento da responsabilidade civil*
 - a. Fim da responsabilidade civil
 - b. Fundamento da responsabilidade civil
 - c. Reflexos legislativos

Parte II

4. *Fim e fundamento da responsabilidade penal*
 - a. Fim da responsabilidade penal
 - b. Fundamento da responsabilidade penal

* A Parte I foi publicada no n.º 3 da RFDULP.

- c. Reflexos normativos
5. *A justiça restaurativa*
- a. Finalidade
 - b. A ideia de reparação
 - i. No direito civil
 - ii. No direito penal

Considerações finais

*Já vejo que o senhor sabe o que quer.
As consequências são da sua conta e não da minha,
desde o momento em que o senhor toma a si a responsabilidade.*
Thomas Mann, *A Montanha Mágica* (Capítulo VI)

§ 4. Fim e fundamento da responsabilidade penal

a) Fim da responsabilidade penal

A questão do fim do direito penal prende-se, por sobremaneira, com o problema do sistema de controlo social ou ordenação social¹, isto é, que determinadas regras devem ser respeitadas².

Como é bom de ver, este controlo ou ordenação social não assenta nem depende, exclusivamente, do direito penal. Ilustrativo a este propósito é, justamente, o princípio da *ultima ratio*³. Com efeito, o direito penal só é chamado a intervir quando

¹ Sobre a inserção do direito penal no sistema estadual de controlo social, cfr. DIETER RÖSSNER, “Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle”, in: Bernd Schünemann *et al.* (Eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 977 e s., em especial, p. 982 e s.

² Neste contexto, veja-se WINFRIED HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Munique: C.H. Beck, 1990, p. 316 e s.

³ Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 69 e p. 183.

a vivência comunitária foi de tal modo afectada, que este controlo se justifica através de meios repressivos que representam uma maior ingerência na esfera individual, com vista à protecção das “condições indispensáveis da vida comunitária”⁴, de outro modo, dos bens fundantes de tal vivência (bens jurídico-penais)⁵. Nesta medida, o direito penal é uma “forma de tratamento social dos conflitos de desvio [da norma]”⁶, *in casu*, dos conflitos mais graves⁷. O que nos remete, sem resto, para a ideia de conflito social. Na verdade, o direito — neste sistema de ordenação social — apenas é chamado a intervir quando se verifique um conflito de interesses e seja necessário resolver esse mesmo conflito⁸. No patamar do princípio da unidade da ordem jurídica⁹, pede-se, então, ao direito penal que resolva os conflitos mais graves. E consideram-se mais graves aqueles conflitos que opõem o agente e os valores essenciais para uma determinada comunidade historicamente situada.

Esta, de algum modo, a união dos vértices conflito social, ordenação social e direito penal.

⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 16.

⁵ Como afirma JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 13-14, enquanto parte integrante do direito público, pode claramente identificar-se no direito penal “a função estadual de preservação das condições essenciais da existência comunitária e o poder estadual de, em nome daquela preservação, infligir pesadas consequências para a liberdade e o património”. Cfr. também JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 28.

⁶ Formulação com vertente sociológica de WINFRIED HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit.), p. 318. Como acentua JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 27, o crime “corporiza simultaneamente uma ideia de desvio e de constante a um padrão axiologicamente fundado”.

⁷ A que corresponderão, assim, os mais incisivos meios de reacção.

⁸ Como refere KAY SCHUMANN, “A reflexão Binding/Hoche — simultaneamente uma breve reflexão sobre a protecção da vida em direito penal”, in: José de Faria Costa/Urs Kindhäuser (Coord.), *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 37 e s., p. 53, “[a] tarefa do direito é a de resolver conflitos de interesses, reconhecer os conflitos, dirigir normas de comportamento à sociedade para evitar conflitos e prever reacções para o caso da falha do recurso”.

⁹ No sentido em que se pede a outras áreas normativas que também resolvam conflitos. Ainda sobre o princípio da unidade da ordem jurídica, veja-se KARL ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Reimp. 1935, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987, p. 13 e s.; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. II, Reimp., Coimbra: Almedina, 2000, p. 6 e s.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 387 e s.

Todavia, aproximamo-nos, neste percurso, antes da ideia de função social do direito penal¹⁰. E se a mesma é axial na compreensão do seu fim, não se confunde com este.

A relevância da ligação entre o fim do direito penal e a sua função social relaciona-se com o horizonte compreensivo em que a questão do fim se move: para que é que o direito penal resolve os conflitos sociais mais graves?

Efectivamente, procurando responder à pergunta formulada, podemos identificar o fim último do direito penal, como também do direito em geral, com a realização de justiça. Mas esta ideia de realização de justiça não deriva linearmente como objectivo atenta a função social que podemos fazer corresponder ao direito penal. Na verdade, a “razão de ser [daquela] advém-lhe do importantíssimo factor — ganhando na normatividade penal um relevo extraordinário — que a paz jurídica faz desencadear na específica finalidade prosseguida pelo direito penal”¹¹.

Assim, a paz jurídica revela-se como o fim do direito penal, na medida em que esta é a finalidade que se harmoniza com a sua função social, por um lado, e, por outro, com a sua função específica enquanto ordem normativa autónoma.

Daí que se deva defender, sem reбуços, que “o direito penal visa, é e constrói-se como uma ordem, um ordenamento de paz”¹². A função de protecção de bens jurídicos¹³ ínsita ao direito penal é, neste sentido, instrumental ao seu fim, ou seja, garantir a paz jurídica.

b) Fundamento da responsabilidade penal

Quando nos perguntamos pelo fundamento da responsabilidade penal não estamos, em relação de sinonímia, a perguntar pelo fundamento do direito penal¹⁴.

¹⁰ A propósito da função social do direito, incontornável a obra de Thomas Hobbes, *Leviatão*, *maxime*, o seu capítulo XXI.

¹¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 11.

¹² JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 12.

¹³ Como salienta JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 14, esta função primacial agrega ainda as vertentes da garantia, da segurança e da coesão.

¹⁴ Seguindo de perto a posição de Faria Costa, o “fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado de perigo”. Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 10.

Aquela primeira questão — diversamente desta — relaciona-se, intimamente, com a finalidade da punição.

Com efeito, fazendo caminho paralelo àquele que fizemos para a responsabilidade civil, encaramos aqui a responsabilidade penal como sujeição à aplicação de uma pena.

Neste sentido, assume particular importância a questão dos fins das penas. Sendo esta uma *magna quaestio* do direito penal, seria indubitavelmente tarefa malograda aquela de procurar sumarizar, nesta sede, todos os argumentos aduzidos a propósito das doutrinas retribucionistas e daquelas que procuram privilegiar a prevenção¹⁵. Importa, todavia, salientar que a doutrina que se profile determina a compreensão que se venha a fazer do princípio da culpa. Por outras palavras, as doutrinas retribucionistas olham a culpa como fundamento e medida da pena e as doutrinas preventivas encaram-na como pressuposto e limite da pena.

Parte significativa da doutrina portuguesa segue uma posição preventiva¹⁶. Todavia, acompanhando FARIA COSTA, “pensamos, fundadamente, que a pena tem um sentido e uma finalidade ético-jurídicos essencialmente retributivos”¹⁷. Ora, o fundamento da sujeição a uma pena é a culpa. Na verdade, não podemos retirar às finalidades da pena a culpa, na medida em que essa remoção significaria o mesmo que retirar à responsabilidade o seu étimo fundante, ou seja, a censura eticamente contextualizada do comportamento do agente¹⁸. Pois que é inegável termos de reconhecer que o direito penal é um direito eticamente fundado, cuja raiz se encontra plantada na reprovação de um determinado comportamento tido pelo agente. A responsabilidade penal é, deste jeito, uma responsabilidade materialmente subjectiva, não integrando, como acontece no direito civil, a figura da responsabilidade objectiva.

¹⁵ A este propósito, incontornável o estudo de BELEZA DOS SANTOS, “Fins das Penas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XIV (1937-1938), p. 21 e s. Cfr. ainda o nosso *A Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 59 e s.

¹⁶ Que nesta matéria tem como paradigma Figueiredo Dias. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 47 e p. 78 e s.

¹⁷ JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Reimp, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 373. Do mesmo autor, ainda sobre esta questão, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, in: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205 e s.

¹⁸ Veja-se o nosso *A Responsabilidade Solidária* (cit.), p. 67 e s.

O que contribui para a afirmação de que a “retribuição é a expressão mais lídima das ideias fortes e estruturadas de *responsabilidade e igualdade*”¹⁹.

c) Reflexos normativos

O que se acaba de afirmar tem reflexos, tanto na Lei Fundamental, como, também, no Código Penal.

Os traços mais impressionantes iremos encontrá-los na Constituição da República Portuguesa. Desde logo, o art. 1º da Lei Fundamental, onde se faz basear a República na dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade da pessoa humana é “igualmente fundamento e limite ao Estado democrático configurado pela Constituição”²⁰. Ora, integrando-se o direito a ser punido segundo a culpa no princípio da dignidade humana, o princípio da culpa apresenta-se como “*prius* perante o poder punitivo do Estado moderno”²¹.

Outro traço forte do que vimos afirmando, a propósito da importância do princípio da culpa, relaciona-se com a ideia estruturante de intrínseca subjectividade da responsabilidade penal plasmada no n.º 3 do art. 30º da Lei Fundamental²².

Mas estas ideias fortes e agregadoras de responsabilidade e igualdade enquanto expressão de um princípio retributivo baseado na culpa surgem ainda no art. 71º do Código Penal, no patamar da determinação da medida da pena.

É certo que a doutrina maioritária tende a interpretar, a partir do art. 40º, em especial o seu n.º 1, do Código Penal, a consagração das finalidades preventivas da pena. Mas essa interpretação não resulta, em relação de inegável sindicabilidade, do teor literal da norma.

¹⁹ JOSÉ DE FARIA COSTA, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal” (cit.), p. 209 e, também, de forma mais desenvolvida, p. 226 e s.

²⁰ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 198.

²¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo* (cit.), p. 384.

²² O princípio da personalidade da responsabilidade criminal. Aliás, em jeito de nota, refira-se que toda a problemática em torno da responsabilidade das pessoas colectivas se centrou na incapacidade de culpa das mesmas.

§ 5. A justiça restaurativa

a) Finalidade

Uma primeira aproximação à ideia de justiça restaurativa remete-nos para um objectivo de transformar a forma como as sociedades contemporâneas encaram e respondem ao crime, substituindo os actuais sistemas de justiça punitiva e controlo com a justiça reparadora de base comunitária e controlo social moralizante²³. Ainda que o conceito de justiça restaurativa possa ter diferentes concepções²⁴, a concepção que tem ganho prevalência, especialmente entre nós, é a concepção reparadora de justiça restaurativa²⁵. Não obstante, esta concepção não invalida a essencialidade de valores ou princípios como a reciprocidade, ou a proporcionalidade, em que esta ideia de justiça também assenta.

Em uma descção sucinta, pode dizer-se que a justiça restaurativa apresenta três elementos fundamentais: (i) o elemento social; (ii) o elemento participativo, e (iii) o elemento reparador.

O primeiro elemento relaciona-se com a percepção do crime como um distúrbio das relações humanas, de um certo modo de ser comunitário. Por seu turno, o segundo elemento liga-se à ideia da consideração da vítima como parte do processo e da efectivação da integração do agressor no processo de reconciliação. Finalmente, o terceiro elemento compreende tanto a reparação do conflito, através do envolvimento efectivo da vítima e do agressor, como a reparação do dano causado

²³ Assim, GERRY JOHNSTONE/DANIEL W. VAN NESS, “The meaning of restorative justice”, in: *idem* (Eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Devon: Willan Publishing, 2007, p. 5. Sobre as origens criminológicas e político-criminais do paradigma retributivo, entre nós, CLÁUDIA SANTOS, *A Justiça Restaurativa. Um Modelo de Reacção ao Crime Diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Quê e Como?* (Diss. Doutoramento), Coimbra, 2012, p. 37 e s.

²⁴ Que poderíamos classificar como a concepção conciliadora, a concepção reparadora e a concepção transformadora.

²⁵ Exemplificativamente, CLÁUDIA SANTOS, “Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do «roubo do conflito» pelo Estado)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 17 (2007), p. 459 e s.

pelo conflito, através de uma actuação positiva de “fazer as pazes”, em vez de infligir o mal da punição ao agressor²⁶.

Com efeito, a propósito deste último elemento, no “paradigma restaurativo, critica-se na pena o facto de ela ser um mal, alegando-se que a reacção ao mal do crime com o mal da pena não servirá para mais do que para perpetuar o mal. (...) A única forma razoável de reagir ao *mal* do crime é *eliminá-lo* através da *reparação dos danos* que esse crime causou”²⁷. Por outras palavras, procura-se, na justiça restaurativa, defender a concepção da mediação — enquanto concretização do paradigma de justiça restaurativa — como um bem que se contraporá ao “mal”²⁸ da pena.

A mediação, como forma de diversão²⁹, apresenta três principais finalidades político-criminais, designadamente, a reparação de danos à vítima, a restauração da ordem pública e da paz social e, ainda, a ressocialização do agente da infracção³⁰.

Em linhas gerais e no que tange à primeira finalidade, é fulcral salientar que a reparação não se limita à questão indemnizatória, tratando-se, antes, de uma

²⁶ Neste sentido, CHRISTA PELIKAN, “General principles of restorative justice”, in: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 15 e s., p. 16.

²⁷ Pelo que a reparação surgiria como uma forma de “eliminação do mal e repriminção do bem”. Cfr. CLÁUDIA SANTOS, “Um crime, dois conflitos...” (cit.), p. 463.

²⁸ Como salienta Faria Costa, “a pena não pode deixar de ser vista como um mal, não obstante os fins que se podem prosseguir com a inflicção desse mal poderem ser sustentados e legitimados através das mais nobres e sólidas razões”, no seu “Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal)”, in: JOSÉ DE FARIA COSTA, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 69 e s., p. 78. Todavia, como nota o mesmo autor, não se trata, aqui, de qualquer potenciação do mal. Do que se trata, antes, é de — apesar da definição de Grotius — perceber a pena criminal através da densidade ético-social que a mesma carrega, desde logo, por via da sua limitação pelo princípio da legalidade. Cfr. “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal” (cit.), p. 217 e s.

²⁹ Na acepção de JOSÉ DE FARIA COSTA, “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito* 61 (1985), p. 91 e s., p. 93, para quem a diversão “tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento”.

³⁰ Veja-se GERMANO MARQUES DA SILVA, “A mediação penal. Em busca de um novo paradigma?”, in: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 95 e s., p. 96 e s.

compensação da vítima, através de uma solução individualizada. Por outro lado, a mediação penal deve cingir-se a crimes em que a perturbação da ordem pública seja limitada, não ultrapassando em larga medida o interesse mediato da vítima, procurando-se a obtenção de paz privada entre o agressor e a vítima. Ainda de notar que, no que diz respeito à ressocialização do agente da infracção e tendo em conta o universo de crimes que se considera serem passíveis de poderem ser sujeitos a mediação³¹, se pretende evitar o estigma social de um processo penal que possa rotular o agressor como delinquente, fazendo-o, por outro lado, confrontar as consequências do seu comportamento, permitindo-lhe o arrependimento e a recuperação da sua dignidade, ao assumir a sua responsabilidade³².

b) A ideia de reparação

i. No direito civil

Como referimos a propósito do fim da responsabilidade civil, a ideia de reparação assume significado nuclear, na justa medida em que constitui o desiderato da atribuição de responsabilidade no direito civil. Se quisermos, no direito civil tem-se acentuado a afirmação de um “paradigma vitimológico”: queremos com isto dizer que a própria evolução da responsabilidade civil se tem encaminhado no sentido da acentuação crescente de figuras destinadas à garantia da reparação, de que são apanágio não só a própria responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por acto lícito, como as figuras de reparação colectiva (seguros).

A complexidade de tendência progressiva da própria actividade humana levou a que fossem equacionados os tradicionais esquemas de responsabilidade civil subjectiva, colocando, antes, o acento tónico na questão da reparação adequada dos danos causados. Paradigmático deste fenómeno são os acidentes de viação ou mesmo os acidentes de trabalho³³.

³¹ Entre nós, veja-se o disposto no artigo 2º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

³² Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “A mediação penal. Em busca de um novo paradigma?” (cit.), p. 98 e s.

³³ Assim, também, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 527 e s.

Nesta sequência, logo se vê reflectida a importância da ideia de reparação no direito civil no patamar da responsabilidade: constitui, afinal, o seu fim³⁴.

ii. No direito penal

Reconhecendo-se a existência de uma relação entre as figuras da justiça restaurativa e da reparação — desde logo, no contexto da reparação como possível objecto do resultado pretendido, ou seja, a concertação entre vítima e agressor ou agente —, a questão da reparação como sanção autónoma no direito penal é, contudo, um problema diverso daquele que nos ocupa aqui³⁵. Razão pela qual não nos iremos pronunciar, neste âmbito, sobre essa questão.

A nossa questão aqui é outra, designadamente a reparação no contexto das finalidades da punição. Na verdade, longe vão os tempos em que se preconizava a teoria da compensação (do ofendido) como fim do direito penal, situando-se em relação de proximidade interna com o fim do direito civil.

Como já fizémos alusão, actualmente a ideia de reparação no contexto do direito penal situa-se antes, e fundamentalmente, na discussão a propósito dos interesses da vítima³⁶.

É, se quisermos, o paradigma vitimológico que vem a acentuar um retorno à ideia de reparação, já não no patamar do fim das penas, mas da “vítima no universo penal”³⁷. Por outras palavras, procura-se — em termos de orientação político-criminal — reparar o dano que o crime gerou na esfera jurídica da vítima³⁸.

³⁴ Veja-se *supra*, § 3 a).

³⁵ Separando também as duas questões, veja-se INÊS ALMEIDA COSTA, “Poderá a «reparação penal» ter lugar como autónoma reacção criminal?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 21 (2011), p. 495 e s., p. 496 e s.

³⁶ INÊS ALMEIDA COSTA, “Poderá a «reparação penal»...” (cit), p. 501. Veja-se ainda MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980, *maxime*, p. 243 e s.

³⁷ Expressão de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Ed. Notícias, 1993, p. 75.

³⁸ Como salienta CLÁUDIA SANTOS, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 16 (2006), p. 85 e p. 87: “verdadeira pedra de toque da justiça restaurativa é, assim, a defesa dos interesses da vítima e o ressarcimento, na medida do possível, dos danos por ela sofridos”. Cfr. ainda INÊS ALMEIDA COSTA, “Poderá a «reparação penal»...” (cit), p. 503.

Todavia, assistem finalidades distintas a dois processos distintos: se, por um lado, a justiça penal formal visa defender os bens essenciais de uma comunidade, por outro lado, a justiça restaurativa procura assegurar a existência de uma reparação dos concretos danos sofridos pela vítima, a quem a justiça penal formal pede muito e oferece pouco³⁹.

Com efeito, o actual sistema formal de justiça penal traduz um ideal que se baseia “num homem absolutamente livre, como tal responsável, para quem a punição (retribuição), se não é um direito como queria Hegel, é pelo menos a finalidade última de qualquer comunidade, como clara e simbolicamente ensinava Kant”⁴⁰. Ou seja, a justiça penal formal não valoriza a vítima no contexto da sua específica finalidade, sendo aquela apenas considerada reflexamente sob o horizonte da paz jurídica conseguida pela superação do conflito.

Considerações finais

Pensamos que assiste razão a CLÁUDIA SANTOS quanto afirma que “num só crime, enquanto acontecimento histórico uno, *podem* conviver dois conflitos”⁴¹. Ora, ainda que as modelações geométricas da realidade de uma comunidade pequem sempre por imprecisas, na medida em que o universo de excepções e desvios a uma tentativa de regra não permite alcançar a exactidão dos números, a verdade é que podemos, nesta procura de “arrumação”, identificar um conflito colectivo, do agente com os valores fundamentais para uma comunidade e, por outro lado, um conflito individual, entre o agente e a vítima⁴².

Aqui procura-se conceber uma ideia de reparação mais próxima daquela preconizada por ROXIN. Como afirma este Autor, “a reparação já não é, segundo a

³⁹ Assim também CLÁUDIA SANTOS, “Um crime, dois conflitos...” (cit.), p. 468.

⁴⁰ JOSÉ DE FARIA COSTA, “Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?” (cit.), p. 99.

⁴¹ CLÁUDIA SANTOS, “Um crime, dois conflitos...” (cit.), p. 470.

⁴² Contudo, como bem acentua CLÁUDIA SANTOS, “Um crime, dois conflitos...” (cit.), p. 470 e s., as tendências de expansão da justiça penal para soluções de consenso (e reparação) e da justiça restaurativa para ideias de coerção impliquem, por decorrência lógica, um desvirtuamento da ideal convivência destas duas formas de justiça.

concepção aqui defendida, uma questão puramente civil, mas antes carrega significado substancial para a proiecção das finalidades da punição. Com efeito, ela obriga o agente a confrontar-se com as consequências do seu facto e a conhecer os interesses legítimos da vítima. Ela pode — por vezes, mais do que a pena — ser vivida por ele como necessária e justa, conseqüentemente promovendo um reconhecimento das normas. Finalmente, a reparação pode levar a uma conciliação entre o agente e a vítima e, assim, facilitar substancialmente uma reintegração do agente. Para além disso, a reparação serve fortemente a prevenção de integração⁴³, na medida em que dá um contributo significativo para o restabelecimento da paz jurídica. Pois, apenas quando o dano se encontra reparado é que a vítima e a colectividade — muitas vezes até independentemente de uma punição — consideram o distúrbio social originado pelo facto como ultrapassado”⁴⁴.

As vantagens de compreender a reparação em sentido próximo daquele de ROXIN são manifestas, na medida em que permitem fazer relevar o contributo da justiça restaurativa para o restabelecimento da paz jurídica, enquanto fim do próprio direito penal. Todavia, e face à concepção defendida quanto ao fundamento da responsabilidade penal, apenas restritivamente se poderá partilhar o mesmo diapasão no que tange à prevenção de integração e ao significado da reparação para as finalidades da punição. Não obstante, a conjugação da identificação possível de dois conflitos em um acontecimento uno permite fazer confluir, em termos distributivos, as finalidades respectivas a cada um dos conflitos, sem incorrer em contradições axiológicas ou imprecisões ideológicas entre o paradigma vitimológico e o princípio da culpa, *maxime*, a retribuição⁴⁵.

Toda a responsabilidade se projecta a partir do referente da liberdade, e responsabilizar uma pessoa é, inextricavelmente, fazê-la responder pelas

⁴³ Ou prevenção geral positiva. Como refere ANABELA MIRANDA RODRIGUES neste contexto, “o que se pretende é assegurar o restabelecimento e a manutenção da paz jurídica perturbada pelo cometimento do crime através do fortalecimento da consciência jurídica no respeito pelos comandos jurídico-criminais”, in: *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 321.

⁴⁴ CLAUD ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 3ª edição, Munique: C.H.Beck, 1997, p. 68-69.

⁴⁵ Apesar de, como nota JOSÉ DE FARIA COSTA, “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?” (cit.), p. 124 e s., o princípio da culpa trazer dificuldades à aplicação da mediação, existem outras finalidades a serem tidas em consideração, ainda que “imbricadas” à retribuição.

consequências do seu exercício de liberdade, ou a partir da perspectiva da “vítima” — ou lesado —, ou a partir da perspectiva comunitária, de que são reflexo, respectivamente, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Podemos, com este pano de fundo, considerar que a justiça restaurativa faz, assim, uma ponte de encontro entre duas formas de responsabilidade, na medida em que, radicando no pressuposto da liberdade, permite fazer cumprir o fim da justiça penal⁴⁶ — superar o conflito com vista à obtenção de paz jurídica — conciliando-o com o fim da responsabilidade civil de reparação de danos à vítima (lesado).

⁴⁶ Havendo, como sublinha CLÁUDIA SANTOS, *A Justiça Restaurativa* (cit.), p. 709, necessidade de convivência da justiça restaurativa e da justiça penal, justamente, por via das específicas finalidades desta última. Por outras palavras, as duas formas de justiça não se anulam, nem se substituem, devendo, outrossim, conviver em relação de “complementaridade” enquanto modos de reacção ao crime.