

Isabel Maria Fernandes Branco

Mediação penal, um processo sem juiz?



VERBO jurídico®

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO**



“Mediação penal, um processo sem juiz?”

ISABEL MARIA FERNANDES BRANCO

Coimbra
Maio – 2015



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

“Mediação penal, um processo sem juiz?”

ISABEL MARIA FERNANDES BRANCO

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito da cadeira de Direito Processual Penal e a Constituição, ministrada pela Professora Doutora Maria João Antunes, do 3º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Doutor em Direito) na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais

Coimbra
Maio – 2015

Lista de siglas e abreviaturas:

Ac – Acórdão

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

EU – União Europeia

JIC – Juiz de Instrução Criminal

MP – Ministério Público

OA – Ordem dos Advogados

OPC's – Órgãos de Polícia Criminal

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

SPP - Suspensão Provisória do Processo

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

Índice

Lista de siglas e abreviaturas:	3
Resumo:	5
1 Introdução/Enquadramento legislativo e doutrinário	6
1.1 A lei.....	6
1.2 A Doutrina.....	7
2 Definição e Objectivos da Mediação Penal	12
3 Análise Crítica da lei 21/2007	19
4 O Papel do MP na Mediação Penal	25
5 Dispensa de intervenção do juiz no processo de mediação penal.....	28
Conclusão.....	31
Bibliografia	32

Resumo:

A mediação consiste num processo sem juiz, o que tem provocado muita celeuma, esquecendo-se que se trata de um meio de resolução alternativa de litígios em que os interessados conseguem resolver sozinhos o conflito que os afecta, sob a tutela de um magistrado encarregado da fase processual em que ela ocorre – o Ministério Público.

Porque se haveria de provocar a intervenção de um juiz?

Apesar de a mediação de ser um instituto recente, os seus ideais já se estavam presentes no cerne do nosso sistema, tanto legislativo como doutrinário.

Trata-se de um instituto cuja integração nos parece perfeita, dentro do espírito do sistema.

Ao longo dos CP e CPP várias referências são feitas no âmbito dos crimes particulares em sentido amplo à reparação da vítima e à consequente desistência de queixa.

1 Introdução/Enquadramento legislativo e doutrinário

1.1 A lei

Na sequência das orientações de política criminal consagradas pela lei 38/2009 de 20 de julho que define os objetivos, prioridades e orientações para o biénio de 2009 -2011, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio (Lei Quadro da Política Criminal), o seu artº16, nº 1¹ define as orientações no âmbito da pequena e média criminalidade.

As orientações sobre a criminalidade menos grave destinam -se a favorecer a reparação da ofensa causada à vítima do crime, a reintegração social do agente e a celeridade processual.

O Ministério Público, de acordo com as diretivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador –Geral da República, deve promover a remessa de processos para mediação penal nos casos previstos na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, especialmente quando se verifique uma das seguintes circunstâncias (art. 16º, nº 2 da Lei 38/2009):

- a) O arguido ter idade inferior a 21 anos;
- b) O arguido não ter antecedentes criminais;
- c) O arguido ter confessado os factos;
- d) O dano ter sido reparado ou o arguido demonstrar vontade de o reparar.

A lei nº 21/2007 de 12 de junho cria o regime de mediação penal, dando assim execução ao artigo 10º da Decisão Quadro nº 2001/220/JAI de 15 de Março de 2001².

Esta decisão da União Europeia diz respeito ao estatuto da vítima em processo penal.

¹ Medidas aplicáveis

1 — O Ministério Público privilegia, no âmbito das suas competências e de acordo com as diretivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador -Geral da República, a aplicação aos crimes previstos no artigo anterior das seguintes medidas:

- a) Arquivamento em caso de dispensa de pena;
- b) Suspensão provisória do processo;
- c) Julgamento pelo tribunal singular ao abrigo do n.º 3 do artigo 16.º do Código de Processo Penal;
- d) Processo sumário ao abrigo do n.º 2 do artigo 381.º do Código de Processo Penal;
- e) Processo abreviado;
- f) Processo sumaríssimo;
- g) Mediação penal.

² Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5

Artigo 10º

Mediação penal no âmbito do processo penal

1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida.
2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais.

Este texto criou para Portugal a obrigação de legislar, internamente, um regime que consagrasse as regras nele contidas.

Também influenciou a nossa legislação a recomendação nº R (99) 19 aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 15 de setembro de 1999 sobre mediação penal e a Resolução do Conselho Económico e Social da Organização das Nações Unidas nº 2002/12 de julho de 2002, sobre os princípios fundamentais a que devem obedecer os programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

Apesar de estes textos (Recomendação e Resolução) não conterem normas vinculativas para o Estado Português influenciaram a nossa forma de legislar nesta matéria.

Estes textos supranacionais têm como pontos comuns as seguintes ideias-chaves, que por nós foram adoptadas:

- Mediação em processos penais: consiste na tentativa de encontrar uma solução negociada entre a vítima e o autor da infração, mediada por pessoa competente.
- Respeito pelos direitos da vítima, nomeadamente o de ser tratada com dignidade, o direito a ser informada e a informar, o direito a compreender e ser compreendida, o direito a ser protegida nas várias fases do processo.
- O respeito pelos direitos fundamentais dos arguidos e pela sua reinserção.
- Vítima e autor da infração, podem livremente revogar o seu consentimento, em qualquer momento do processo. E isto não pode constituir prova no processo formal que venha a prosseguir, nomeadamente, como assumpção de culpa por parte do arguido.
- A constituição de advogado não é obrigatória, mas se as partes o desejarem, tem de lhe ser concedido o direito ao apoio judiciário.

1.2 A Doutrina

Muito antes da criação desta lei (21/2007) já se discutia na doutrina portuguesa o papel da vítima e das vantagens das soluções consensuais no âmbito de um processo penal.

O princípio da legalidade plasmado no artº 219º da CRP e nos artigos 262º/2 e 263º do CPP, consagra a ideia de que o Ministério Público não dispõe do direito de acusar ou de não acusar, mas que lhe compete exercer a ação penal de acordo com critérios de estrita legalidade.

Este princípio³ segundo Carlos Adérito Teixeira, dirige-se ao Ministério Público sob um tríplice aspeto:

- a) Promoção processual: nos crimes públicos e nas situações do art. 113º, nº 5 do CP, por razões de interesse público, o Ministério Público perante a notícia de um crime tem o dever de investigar (abre o inquérito) como decorrência do princípio da oficialidade.
- b) Realiza todas as diligências de prova, de forma a apurar a existência de um crime e o seu autor.
- c) Quando tenha reunido indícios suficientes da prática de um crime e quem é o seu autor tem de deduzir acusação.

Este princípio sofre limitações, desde logo quando estamos perante crimes semipúblicos e particulares.

O mesmo acontece, nos crimes públicos em que a moldura penal não seja superior a 5 anos, portanto, no âmbito da pequena e média criminalidade o exercício da ação penal não deve constituir um dever cego de acusar, mas por razões de política criminal o Ministério Público deve lançar mão de outros institutos, que de acordo com a lei considere serem mais adequados à situação concreta. Isto é, verificados todos os pressupostos de que a lei faz depender a aplicação de institutos que evitam a submissão a um julgamento deve o Ministério Público lançar mão deles, evitando assim, o efeito estigmatizante que um processo judicial exerce sobre o arguido.

Adotou-se, assim, uma ideia de legalidade mitigada, em que a discricionariedade não significa “arbítrio” mas sim a opção por soluções consagradas na lei (discricionariedade vinculada).

A mediação penal é uma destas medidas de que o Ministério Público pode lançar mão, sem que com isto esteja a violar o princípio da legalidade.

O problema da violação do princípio da legalidade tem mais razão de ser quando em causa está a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo, por caberem no seu âmbito de aplicação os crimes públicos. Assunto já resolvido tanto pela lei como pela doutrina e jurisprudência ao assumirem a ideia de um princípio da legalidade mitigada⁴ ou legalidade Aberta.

³ Teixeira Carlos Adérito-2000, “Princípio da oportunidade” *Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*- Almedina Coimbra

⁴ Torrão, Fernando José dos Santos Pinto, *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*, 2000, Almedina, Coimbra

Na proposta inicial da lei 21/2007, a versão que foi para debate público, a 24 de fevereiro de 2006 incluía os crimes públicos no seu âmbito de aplicação, e bem⁵ no entender de Cláudia Santos. Como diz esta autora, aceitar a mediação relativamente a crimes públicos foi uma decisão corajosa do legislador. Teria sido mais fácil reservar a mediação aos crimes semi-públicos e particulares uma vez que relativamente a eles a desistência de queixa é admitida até à publicação da sentença de 1ª instância (artº 116º nº2 do CP).

Neste anteprojeto previa-se uma diversidade temporal, relativamente ao momento em que se envia o processo para mediação final, entre os crimes públicos⁶, e os particulares em sentido amplo⁷.

⁵ 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* - Revista de ciência criminal ano 16nº1 –Janeiro/Março2006 pág. 85 a 113

⁶ Versão para debate público do ante-projecto, disponível em: <http://www.mj.gov.pt>

Artigo 2.º

Crimes cujo procedimento não depende de queixa

1 – Encerrado o inquérito em processo por crime cujo procedimento não dependa de queixa e que seja punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, 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 arguido e ao ofendido.

2 – Não se aplica o número anterior quando o ofendido for menor de 16 anos ou pessoa coletiva ou quando se trate de processo por crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual.

3 – A remessa do processo para mediação determina a suspensão do prazo previsto no n.º 1 do artigo 283.º do Código de Processo Penal.

4 – Para o efeito previsto no n.º 1, o Ministério Público designa um mediador da lista prevista no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objeto do processo.

5 – O mediador contacta o arguido e o ofendido 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 aqueles reúnem condições para participar no processo de mediação.

6 – Não se obtendo consentimento, ou verificando-se que arguido ou ofendido não reúnem condições para a participação na mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal.

7 – Se o mediador obtiver o consentimento livre e esclarecido do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação.

Artigo 6.º

Crimes cujo procedimento depende de queixa

1 – Recebida queixa por crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público remete o processo para mediação, disso dando conhecimento ao arguido e ao ofendido.

2 – Não se aplica o número anterior quando o ofendido for menor de 16 anos ou pessoa colectiva, quando se trate de processo por crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual nem enquanto não houver arguido constituído.

3 – Para o efeito previsto no n.º 1, o Ministério Público procede de acordo com o disposto nos n.os 4 a 7 do artigo 2.º, aplicando-se o artigo 3.º.

4 – O acordo entre arguido e ofendido respeita os n.os 1 e 2 do artigo anterior e não pode incluir deveres cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses.

5 – A assinatura do acordo equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido.

Nos crimes particulares em sentido amplo a mediação era antecipada para os primeiros momentos do inquérito, a mera possibilidade de conciliação das partes evitava a necessidade de este prosseguir, já nos crimes públicos a necessidade de averiguar a existência de indícios, que impunham a prossecução do interesse publico, atiravam a possibilidade de mediação para o fim do inquérito.

A lei 21/2007 acabou por excluir do âmbito de aplicação da mediação os crimes públicos, precisamente por não se conseguir conciliar o instituto da desistência de queixa com a essência destes crimes (que não ficam na disponibilidade das partes).

Desde os anos 80, que as críticas ao sistema tradicional de resolução dos conflitos penais, vêm a aumentar, principalmente no que diz respeito à ausência de resposta às necessidades de reparação da vitima pelos danos por ela sofridos.

Os penalistas veem no crime um conflito entre o infrator e os valores essenciais de uma comunidade, um conflito coletivo, enquanto que para os defensores da justiça restaurativa o conflito que o crime traz é entre a vitima e o seu agente, dão-lhe uma dimensão individual⁸.

A nossa lei consagrou uma solução que mereceu o aplauso da maior parte da doutrina, porque encontrou uma solução intermédia, tendo em conta os interesses da vitima e o ressarcimento na medida do possível dos danos por ela sofridos, não descurou as garantias que o processo penal oferece ao arguido, e o restabelecimento da paz social.

E fê-lo enxertando no processo penal este mecanismo de diversão, tentando conciliar o melhor de dois mundos.

Por um lado não descuroando os direitos fundamentais das partes envolvidas e beneficiando do apuro técnico (fruto de anos de evolução) do sistema judicial tradicional, e por outro apelando a soluções de consenso e de diálogo entre a vitima e agente do crime, retirando, de certa forma, o conflito das mãos do estado, mas sem que este perca o controlo do mesmo⁹.

6 – Se o acordo não for cumprido no prazo fixado, o ofendido pode, no prazo de um mês, renovar a queixa, sendo reaberto o inquérito.

7 – A remessa do processo para mediação determina a suspensão dos prazos de duração máxima do inquérito previstos no artigo 276.º do Código de Processo Penal.

⁸ Santos Cláudia_ Um crime, dois conflitos-Revista portuguesa d ciência criminal- ano 17 nº3 julho/setembro de 2007 pag 459-475

⁹ Leite, André Lamas - *A Mediação penal de adultos- um novo paradigma de justiça?*, 2008 Coimbra Editora

Nesta linha de pensamento, considero que a mediação penal tal como vem configurada na lei 27/2007, constitui uma mistura saudável entre os formalismos do processo penal e a leveza dos mecanismos de RAL.

Uma observação importante a este "mecanismo alternativo", ou meio de diversão, e que o afasta dos restantes, é a constatação da ausência absoluta da intervenção de um juiz, e é nesta questão que o presente trabalho vai incidir, para que no fim se possa concluir da sua conformidade constitucional.

2 Definição e Objectivos da Mediação Penal

A partir dos anos sessenta do século passado, os estudos criminológicos da Criminologia Crítica, desviaram a sua atenção do estudo do agente da infracção para se centrarem, essencialmente, na reflexão sobre as instâncias formais de controlo, e elegeram a vítima como o cerne das suas preocupações¹⁰.

A justiça restaurativa é uma corrente relativamente recente nas áreas da vitimologia e da criminologia, surge associada à proclamação do fracasso da justiça retributiva.

O objectivo da justiça restaurativa não é o delito em si, mas sim o conflito consequente ao delito. Enquanto a justiça retributiva se preocupa com o delito, logo com o passado, a justiça restaurativa preocupa-se com o futuro.

Os contributos da justiça restaurativa são complementares ao tratamento dado ao delito pelo estado. A pena não exclui o conflito, e este é o objectivo maior dos programas restaurativos.

A mediação penal e a justiça restaurativa são conceitos frequentemente confundidos, e se é verdade que o desenvolvimento da mediação no âmbito penal se tem feito sob a protecção do movimento restaurativo, esta é apenas um dos modelos que as práticas restaurativas podem assumir¹¹.

A mediação no âmbito penal tanto pode ser um instrumento na realização de ideais restaurativos, como um meio de restabelecer a confiança do público no sistema penal, humanizando-o e tornando-o mais flexível e eficaz.

Pode ainda ser utilizada para reagir às infracções menores contribuindo, nessa medida para reforçar os mecanismos de controle social.

¹⁰ Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa – *Criminologia O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 1997, Coimbra Editora, pag. 41 e ss

¹¹ Santos, Cláudia Cruz, *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* - Coimbra Editora, 2014. – pág. 633 e ss. - Dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2012 “A mediação Penal não é o único instrumento de justiça restaurativa, é corrente a afirmação da existência de três espécies principais de procedimentos restaurativos: a mediação, as conferências e os círculos de sentença. A mediação envolve o agente do crime e a vítima, auxiliados por um mediador. As conferências caracterizam-se pela aceitação da participação também dos próximos do agente e da vítima, para além destes de um coordenador treinado. Os círculos de sentença começaram por aparecer no Canadá e envolvem, potencialmente, o agente e a vítima, os seus próximos, representantes das instâncias formais de controlo, e outros elementos da comunidade com interesse naquele acontecimento.”

Faria Costa entende as formas de resolução alternativa de litígios como medidas de diversão¹², e classifica-as como de diversão simples (quando a resolução do litígio passa pelo MP ou OPC's); encoberta (o agente do crime tem consciência de que a prática de alguns actos a favor do ofendido podem conduzir a uma intervenção mais favorável do MP) o que entre nós seria inaceitável, uma vez que constituiria uma forma de chantagem perante um órgão que se tem que pautar por critérios de objectividade e de legalidade; diversão com intervenção (o MP aplica regras de conduta e injunções, entre nós a SPP), por fim o mesmo autor fala da mediação como uma das soluções do conflito jurídico penal fora do sistema tradicional e considera que na sua matriz a mediação não é divergente dos mecanismos de diversão, embora comporte especificidades.

A mediação penal tem como objectivos fundamentais assegurar a reparação dos danos provocados à vítima, a ressocialização do agente da infracção e a restauração da ordem pública.

I) Quanto à reparação dos danos provocados à vítima

Num colóquio realizado a 29 de Junho de 2004, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, na sua intervenção, Carlota Pizarro de Almeida¹³, diz que o interesse da vítima não é a punição do delincente, mas sim atenuar tanto psicológica como materialmente os danos por ela sofridos.

Para Martín Julián Carlos Ríos e outros¹⁴, a mediação é um instrumento de intervenção positiva nas consequências que o delito gera na vítima, diz este autor que não há dúvida de que cada ser humano enfrenta o delito de forma diferente segundo as suas possibilidades materiais e emocionais, daí que só uma solução individualizada em vez de soluções previamente tipificadas seja capaz de sanar o desequilíbrio interior provocado pelo delito.

A reparação dos danos causados à vítima é elevada a verdadeiro objectivo de política criminal. A reparação de que aqui se fala não pode ser entendida como tendo o mesmo teor da indemnização civil dos prejuízos sofridos pela vítima, na verdade se aqui víssemos

¹² Costa, José de Faria, *Diversão, (Desjudicialização) e Mediação: que rumos?*, in BFDUC, LXI, 1985, pag. 91-158

¹³ In *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, 2005, pág. 39 e ss.

¹⁴ Martín Julián Carlos Ríos, Rodríguez Esther Pascual e Guillén Alfonso Bibiano, *La Mediación Penal Y Penitenciaria, Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Editorial Colex, Madrid, 2006, pág 33 e ss

apenas a indemnização pelos danos causados não se estaria a falar em mediação penal mas numa questão puramente civil.

A reparação que se busca com a mediação tem uma dimensão simbólica de restauração psicológica das vítimas, daí que ela possa ser alcançada por qualquer meio, por vezes basta-se com um mero pedido de desculpas, o importante é provocar na vítima a sensação de remoção dos males sofridos com a prática do crime.

O art. 6º da Lei da Mediação, confere às partes amplos poderes na fixação do conteúdo do acordo obtido em processo de mediação. Pode suceder que acordem numa indemnização das perdas e danos sofridos pela vítima, mas também pode acontecer que a vítima considere que deva ser prestado trabalho a favor da comunidade. A satisfação da vítima pode passar tanto por uma prestação individual como colectiva.

O problema da reparação começou a surgir em moldes diferentes no plano do direito constituindo, Mário Ferreira Monte¹⁵ analisa três concepções diversas da reparação penal que reconduz a três modelos:

a) o modelo minimalista que ele cola à reparação do direito civil, isto é, a reparação penal, porque se funda na prática de um crime e decorre de um processo penal, não perde a sua natureza civil porque visa a compensação do dano causado.

Tradicionalmente, a indemnização civil correspondia à reposição da situação anterior ao dano, logo, o calculo da indemnização era feito de acordo com o prejuízo efectivamente sofrido.

Hoje em dia, o direito civil¹⁶ já não se mostra completamente isolado das circunstancias em que ocorre a lesão, como é exemplo o art. 494º do CC, que permite fixar a indemnização em montante inferior ao dano causado, em função do grau de culpa do agente, mas apesar disso, o papel da reparação neste modelo seria demasiado limitado, pois não resolveria o conflito penal.

A indemnização serviria apenas para atenuar a pena mas não para a substituir.

b) o modelo autonomista, assente na reparação como uma terceira via. Neste modelo, a reparação penal tem autonomia suficiente, para uma vez efectuada, dispensar a aplicação

¹⁵ *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, Coimbra Editora, pág. 129 e ss

¹⁶ Faria, Maria Paula Ribeiro de, *A Reparação Punitiva, uma terceira via na efectivação da responsabilidade penal?* In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, Coimbra Editora, pág. 259 e ss.

de qualquer outra sanção, surgindo como uma alternativa às consequências jurídicas tradicionais do crime.

c) Por fim temos a considerar o modelo autonomista, assente na ideia de reparação como verdadeira pena.

Esta concepção, parte da ideia de que a reparação é uma verdadeira pena, na medida em que o juiz condena o agente a reparar, como que acrescentando às penas de prisão e de multa, uma terceira – a reparação.

Neste modelo, a reparação teria de ser imposta por um juiz, sob pena de se violar o princípio de reserva da função jurisdicional aos tribunais (art. 202º, nº 2 da CRP).

Este autor adopta a posição do modelo autonomista que vê na reparação uma terceira via, pretende demonstrar que os actos de reparação podem ter relevância ao ponto de conduzirem à dispensa de pena.

Sem necessidade de aplicar uma pena, e mesmo até poupando o julgamento, em certos casos a reparação pode ser uma via previamente estabelecida para colocar termo ao conflito jurídico-penal, e fá-lo através de um meio voluntário.

Não vemos como é que esta proposta possa ser uma consequência jurídica, pelo menos jurídico-penal, quando pressupõe a voluntariedade do agente e o acordo da vítima que mais apontam para uma forma privada, mas juridicamente regulamentada de resolução do conflito.

Estas propostas surgiram antes da institucionalização da mediação penal, mais correcto seria reconduzir esta concepção a um diferente âmbito onde se enquadram com bem mais propriedade os meios alternativos de resolução do conflito jurídico-penal, concretamente, da mediação penal. É neste contexto que estas proposta me parecem ser mais ajustadas.

Quando se fala numa nova sanção, deveria antes falar-se num novo modelo baseado numa composição não judicial do conflito.

Falar de reparação enquanto consequência jurídico autónoma do crime seria concebê-la como uma modalidade de pena principal, susceptível de ser imposta ao agente mesmo contra a sua vontade, a reparação surgiria como uma opção do legislador para punir determinadas infracções criminais e nesta acepção a reparação surgiria sim como uma terceira via relativamente à pena de prisão e à pena de multa.

Mário Ferreira Monte diz que o direito penal tributário pode constituir um exemplo interessante para testar a validade da posição por si adoptada, uma vez que se

voluntariamente o agente pagar ao estado as suas dívidas fiscais (o que permite defender o interesse da vítima que é o próprio estado) pode ser extinta a sua responsabilidade penal. Propõe assim, trazer esta ideia para o direito penal clássico.

Como já fui sugerindo no que ficou dito, esta ideia tem muitas semelhanças com o que veio a ser consagrado com a “reparação restaurativa” (reparação que resulta do processo de mediação) e não como uma consequência jurídica autónoma do crime.

E mesmo que de futuro se venha a considerar a reparação (não nos moldes preconizados por Mário Monte) como pena principal a acrescer à de prisão e à de multa, as finalidades das penas passariam a ser preventivas gerais e especiais e reparatórias.

Será que se justifica tão profunda e fracturante reforma, quando a questão reparatória pode ser suficientemente prosseguida pelo direito civil em articulação com o direito penal, ou por uma forma alternativa que não pressuponha uma integração no quadro das sanções criminais (mediação penal)?

Em conclusão, fizemos este percurso pelas teorias de Maria Paula Ribeiro de Faria e Mário Ferreira Monte, entre outros, (que viam na reparação penal uma terceira via, nos termos atrás expostos, terceira via esta que assentava na ideia do voluntarismo da prestação, acautelar o interesse da vítima e na eventual desnecessidade de o processo percorrer todos os seus trâmites até chegar ao caso julgado, uma vez que poderia terminar logo na fase inicial) provar que elas tinham subjacentes a prossecução dos mesmos fins da reparação restaurativa que emerge da reparação penal.

Estes autores, ao tempo em que escreveram os mencionados artigos, não tinham ainda no nosso ordenamento jurídico um instituto como a mediação, apesar de já existir a SPP, mas a solução por eles avançada, na minha opinião, não pode ser vista como uma terceira via nas reacções criminais a par da pena e da medida de segurança, mas sim como uma forma alternativa de resolução de um litígio com consequências, também elas “alternativas”.

Inês Almeida Costa¹⁷ ao fazer um percurso pela figura da reparação penal, afirma a certo passo que *“temos que confessar que este tipo de previsões não nos soa a estranho. Aludimos ao art. 4º da Lei 21/2007 de 12 de Junho, que, no seu nº1, tem impresso que: A mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na*

¹⁷ Costa, Inês Almeida, *Poderá a Reparação Penal ter lugar como autónoma reacção criminal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, nº 4 Outubro- Dezembro 2011, pág. 495 ss

tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.

Viajamos agora para os meios alternativos do direito penal e, mais precisamente, para o instrumento da mediação penal. Concordamos com quem opina no sentido de que é em sede de mediação que a concepção, estripada de preponderância sancionatória pode frutificar”.

Perfilho por completo a ideia desta autora.

Tentei, portanto, dar uma visão crítica de soluções que doutrinalmente me pareceram, intrinsecamente, semelhantes aquilo que com a mediação se pretende. Que é nada mais nada menos que acautelar o interesse da vítima através de uma prestação voluntária do agente do crime e desta forma evitar a sujeição deste a um julgamento, com as conhecidas vantagens da sua não estigmatização e da própria economia processual.

.

II) Ressocialização do agente da infracção. Ao colocar o agente do crime face ao seu acto e à sua vítima, isto faz com que ele tome consciência do mal feito, o que pode facilitar, em muito, a sua ressocialização.

Através do recurso à mediação, o efeito estigmatizante de um processo penal para o agente da infracção, é consideravelmente atenuado.

Apesar de o nosso processo penal ser considerado muito garantístico, a verdade é que o “trauma Kafkiano” ainda se encontra bem presente na consciência do cidadão comum, que tem a noção de que uma vez posta a máquina judicial em funcionamento, nunca poderá saber o fim a que ela nos conduzirá.

Martín Julián Carlos Ríos¹⁸, diz que o trabalho prévio individual que se faz na mediação com as partes, bem como os encontros entre elas pode, permitir ao infractor o conhecimento dos efeitos dos seus actos, e vendo e sentindo num espaço comum a dor que causou à vítima pode assumir a responsabilidade pelos actos praticados e prosseguir no sentido de sem sentimentos de vingança ou culpa conseguir melhorar a sua relação consigo mesmo e com os outros.

Para este autor o que a mediação permite é resolver o conflito que surge após o delito.

^{18 18} Martín Julián Carlos Ríos, Rodríguez Esther Pascual e Guillén Alfonso Bibiano, *La Mediación Penal Y Penitenciaria, Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Editorial Colex, Madrid, 2006, pág 33 e ss

III) Restaurar a ordem pública. Um dos fins do direito penal tem que ver com o restabelecimento da paz pública,

Como a mediação penal, entre nós, se aplica apenas aos crimes semipúblicos e particulares, e nestes existe, via de regra, uma relação especial entre o agente do crime e a vítima, o objectivo primeiro é a paz privada, uma vez esta alcançada, é também lograda a paz pública.

Quando, pela gravidade do crime se verifica também uma maior perturbação da paz pública, o interesse imediato da vítima é ultrapassado e a mediação, não é, nestes casos, de todo eficaz.

Depois de termos abordado os objectivos subjacentes à mediação, não podemos deixar de concluir que o interesse particular das partes que esta acautela, não é o único, uma vez que há também um interesse comunitário que nunca está de todo arredado deste instituto.

Como exemplo paradigmático, a lei 21/2007 não impede o tratamento de crimes na forma tentada, desde que verificados os restantes requisitos materiais.

Nestes crimes, inexistente o desvalor do resultado, e ainda assim, é causado o alarme social, suficiente para se justificar a intervenção do direito penal. Se estivermos, por exemplo, perante um crime patrimonial na forma tentada, em que muitas vezes se não dá o contacto entre o agente e o ofendido, nada impede que, mesmo assim, se lance mão deste meio de Resolução Alternativa de Litígios (RAL)¹⁹.

¹⁹ Leite, André Lamas, *Justiça Prêt-a-porter?* In Revista do Ministério Público, Ano 30, Jan-Mar 2009, nº 117, pág. 85 e ss.

3 Análise Crítica da lei 21/2007

A Mediação Penal, como já foi dito, é um instituto enxertado no processo penal, um mecanismo de RAL, que tem as especificidades que vamos analisar de seguida.

Para Cláudia Santos *“Ainda que a mediação penal apareça enxertada no processo penal, não é ela própria verdadeiro momento do processo penal ...”* e conclui *“... a mediação não sendo momento do processo penal, é antes um mecanismo que se procurou compatibilizar com o direito processual penal vigente, mas que guarda uma certa autonomia e especificidades”*²⁰

O art. 2º da lei 21/2007, define o seu âmbito material de aplicação.

A mediação pode ter lugar desde que exista um processo crime instaurado e que se encontre na fase de inquérito.

Estão abrangidos todos os crimes particulares, e dentro dos crimes semipúblicos, os crimes contra as pessoas e contra o património, desde que a moldura penal abstracta não seja superior a cinco anos.

Ficam excluídos da mediação penal os crimes contra liberdade e auto determinação sexual e os casos em que as formas de processo em causa sejam as formas especiais do processo sumário e sumaríssimo, também estão fora do âmbito de aplicação da mediação penal todos os casos em que o ofendido seja menor de 16 anos.

Quanto à al) c) do nº 3 que exclui os crimes de peculato, corrupção ou o tráfico de influência, sendo que todos eles são crimes públicos, que já estão, pelas alíneas anteriores excluídos do âmbito de aplicação da referida lei, só se explica esta referência, que é evidentemente redundante, por erro ou distração do legislador.

A al) d) do nº 3, exclui os menores de 16 anos, não contendo esta lei uma norma idêntica à do art. 113º, nº 4 do CP, que permita a sua representação legal.

Já esta lei, como atrás dissemos não prevê esta possibilidade, erradamente, na minha opinião, parecendo-me que de futuro se deveria especificar, não só as pessoas que têm o direito de exercer a queixa no lugar do ofendido, uma vez verificadas as circunstâncias do nº 4 do art. 2º da lei 21/2007, bem como a possibilidade da representação legal do menor.

²⁰ Santos, Cláudia, *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal Ano 16, nº1 janeiro/março de 2006, pág. 106

O art. 3º da lei 21/2007, estabelece o inquérito, como o momento em que o processo pode ser remetido para mediação, apesar de a decisão-quadro nº 2001/220/JAI relativa ao estatuto da vítima em processo penal, em todo o seu texto se referir a este mecanismo de RAL “durante todo o processo”, dando a entender que se pode e deve lançar mão da mediação, desde a fase do inquérito até ao julgamento.

A própria recomendação da ONU, também se refere às fases instrutórias e de julgamento.

Num estudo sobre a experiência da aplicação da mediação no direito belga, feito por Cândido da Agra e Josefina Castro²¹, é mencionado que há diversos projectos piloto da mediação no contexto prisional. Esta prática permite assegurar, ainda, a reparação das vítimas ao nível da fase de execução da pena.

Em Portugal, a lei 112/2009 de 16 de Setembro (estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas), no art. 39º²², faz apelo à utilização da mediação, constituindo este artigo uma excepção à lei que estamos a analisar, por duas vias: primeiro por se tratar de um crime público, e por outro lado porque se pode dar durante o cumprimento da pena.

Miriam Pina²³ diz num artigo que resulta da sua participação no Congresso Internacional *Mediación y Violencia de Género* que teve lugar na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela em 2012, que a violência doméstica é um crime público mas que tem uma dimensão essencialmente privada, trata-se daquilo que geralmente se designa por delitos públicos atípicos ou especiais.

O regime especial da SPP para os crimes de violência doméstica é a prova da prevalência do interesse da vítima sobre o interesse da comunidade, mantêm-se a possibilidade de o MP dar início ao processo penal, mas permite-se ao ofendido decidir da SPP encerrando assim o inquérito, ou opondo-se a ela com o conseqüente prosseguimento do processo.

A lei da mediação penal exclui do seu âmbito de aplicação todos os crimes públicos, não podendo, portanto, este mecanismo de diversão ser aplicado ao crime em questão. Contudo

²¹ Agra, Cândido da/ Castro Josefina, “*Mediação e Justiça Restaurativa: Esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação*” in RFDUP, II, 2005, pág. 95-112

²² Artigo 39.º

Encontro restaurativo

Durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena pode ser promovido, nos termos a regulamentar, um encontro entre o agente do crime e a vítima, obtido o consentimento expresso de ambos, com vista a restaurar a paz social, tendo em conta os legítimos interesses da vítima, garantidas que estejam as condições de segurança necessárias e a presença de um mediador penal credenciado para o efeito.

²³ Violência doméstica e mediação penal em Portugal: da incompatibilidade à possibilidade de convivência, RFDUP ano 10, 2013 pág. 283 e ss

a lei 11/2009 no art. 39º prevê o encontro restaurativo na fase de execução da pena e tratando-se de norma especial face ao regime regra, consiste então numa derrogação do regime regra da lei 21/2007.

Ora em conclusão, o art. 39º da referida lei prevê a aplicação ao crime de violência doméstica da mediação penal, em fase de execução da pena sob a designação de “encontro restaurativo”.

Este encontro restaurativo teria as mesmas vantagens para a vítima e para o próprio arguido que tem a mediação, porque poria as partes a dialogarem e a tentarem resolver o conflito, após o delito.

No entanto, não podemos avaliar da eficácia deste encontro restaurativo, uma vez que não dispomos de dados estatísticos que nos permitam conhecer, sequer os seus resultados.

O art. 3º da lei 21/2007 diz-nos também que o MP, uma vez recolhidos indícios de se ter verificado um crime e de quem foi o seu agente, pode oficiosamente (desde que verificados todos os requisitos de que a lei faz depender a RAL) enviar o processo para mediação, designando um mediador de entre as listas previstas no art. 11º da mesma lei.

Também o ofendido e o arguido, podem por si requerer que o processo seja enviado para mediação, sendo este requerimento dirigido ao MP.

No ante-projecto de 7/09/2006 onde se previam os crimes públicos falava-se em “indícios suficientes”, tal qualificativo foi erradamente eliminado. A consequência desta eliminação leva a que se um processo que é enviado para mediação e cujo acordo não seja alcançado possa voltar ao inquérito e o MP prossiga a investigação sem encontrar os indícios suficientes para sustentar a acusação e tenha de arquivar.

Tudo isto faz com que não possa dizer-se que a mediação é uma alternativa à acusação, tal como Anabela Rodrigues²⁴ defende.

Diz a autora que “do que se trata é de enxertar no sistema punitivo mecanismos “mais construtivos e menos repressivos [”de superação do conflito entre autor e vítima, que são tendencialmente estranhos ao conceito tradicional de sanção punitiva...a reparação, através da mediação, pode dar lugar à suspensão do processo pelo ministério público, estando em causa tão só um processo de desjudicialização, nos casos em que devesse haver lugar a uma acusação.”].

²⁴ Revista do Ministério Público, Ano 27, Jan-Mar 2006, nº 105, pág 129 e ss.

O recurso à mediação não pode nunca ser visto como forma de evitar futuras absolvições em julgamento, ou seja, devido à insuficiência de indícios e de provas recolhidas, pode ser tentador remeter o processo para esta modalidade de RAL onde, o encontro entre os mediados possa terminar com um acordo que faça impender sanções sobre o arguido.

Como entre nós o processo penal é, em regra público, o arguido está sempre habilitado a conhecer os elementos que contra si existem, daí que o perigo atrás mencionado possa de certa forma encontrar-se atenuado, mas esta é, sem dúvida, uma fragilidade deste instituto.

O n.º 5 do art. 4.º dá-nos conta de um dos princípios fundamentais que regem a mediação – o princípio da confidencialidade, não podendo ser valorado como prova em processo judicial, tudo aquilo que tiver sido dito durante o processo de mediação malogrado.

O art. 5.º, trata das consequências do acordo, nos caso de êxito ou de inêxito.

Caso ofendido e arguido cheguem a acordo, o processo volta ao MP para homologação, o que equivale à desistência de queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido.

Esta desistência de queixa é no entender de André Lamas Leite²⁵ uma desistência de queixa sob condição suspensiva do cumprimento do conteúdo do acordo, e isto porque se admite a renovação de queixa pelo ofendido em caso de incumprimento das obrigações assumidas pelo arguido (art. 5.º, n.º 4 segunda parte).

Portanto, se o acordo for cumprido o processo termina com a desistência de queixa por parte do ofendido, se não for cumprido, o ofendido dispõe de um mês para renovar a queixa, sendo reaberto o inquérito, tudo se passando como se este mecanismo de RAL não tivesse existido.

Em conclusão, e de forma esquemática, do art. 5.º resultam duas hipóteses:

a) Se o processo segue para mediação, não se obtendo acordo entre arguido e ofendido, ou não estando o processo concluído no prazo de três meses (não tendo solicitado o mediador ao MP uma prorrogação de prazo, nos termos do n.º 2 do art. 5.º) a consequência é o prosseguimento dos trâmites normais do processo penal.

b) No caso de haver acordo, duas hipóteses se levantam:

aa) o acordo é cumprido, e tem como consequência a desistência de queixa, nos termos do art. 116.º, n.º 2 do CP, isto é a desistência impede que a queixa seja renovada.

²⁵ Obra citada na nota 9

bb) O acordo não é cumprido e aqui o ofendido tem o prazo de um mês para renovar a queixa, sendo o inquérito reaberto.

É nesta última hipótese, em que o acordo não é cumprido, que se levantam algumas questões, desde logo a de saber a quem cabe o controlo do incumprimento do acordo.

O art. 6º nº 3, começa por dizer que “*Havendo renovação de queixa nos termos do n.º 4 do artigo 5.º, o Ministério Público verifica o incumprimento do acordo, podendo, para esse fim, recorrer aos serviços de reinserção social, a órgãos de polícia criminal e a outras entidades administrativas*”, o que nos leva a concluir que antes do MP verificar do (in)cumprimento do acordo, já o ofendido teve de renovar a queixa.

Esta renovação da queixa pressupõe que ele se tenha apercebido que o acordo não foi cumprido. Não restando dúvidas de que é o ofendido quem deve controlar o cumprimento do acordo.

Esta percepção por parte do ofendido, poderá não ser fácil, se do acordo resultarem prestações a favor de um terceiro, como por exemplo a prestação de trabalho a favor da comunidade, por um período nunca superior a seis meses.

Nestes casos, o ofendido, tem que fiscalizar o cumprimento das injunções, o que lhe acarreta duas consequências: a fuga para medidas de cumprimento imediato (via de regra o pedido de desculpas, ou a reparação pecuniária), ou vencido pelo cansaço o ofendido acaba por desistir da resolução do litígio.

O ofendido não deve ser constantemente chamado a intervir no processo, a bel prazer do sistema.

Outra questão que se levanta a este propósito é a de saber qual o valor jurídico da desistência de queixa já homologada pelo MP. André Lamas Leite chama-lhe desistência de queixa sob condição suspensiva.

É esta uma das especificidades que este mecanismo de RAL apresenta, uma vez que o nosso CP, em momento algum, dá como possível a renovação de queixa após uma desistência (art. 116º, nº 2 do CP)

A este propósito a RAL admite outros desvios ao regime regra consagrado no CP, desde logo ao princípio da indivisibilidade da queixa consagrado no art. 116º nº 3.

Quando há um ofendido e vários arguidos, por exemplo A e B furtam o relógio a C, todos concordam que o processo siga para mediação, chegando todos a acordo, havendo

cumprimento de um e incumprimento do outro, aqui a desistência de queixa relativamente a um dos participantes não aproveita ao outro.

O art. 7º suspende os prazos previstos nos arts. 283º e 276º do CPP, bem como os prazos de prescrição do procedimento criminal, até o processo de mediação estar cumprido.

Não é obrigatória a presença de advogado nas sessões de mediação, e por fim quanto ao mediador, ele não tem de ser um licenciado em direito.

Daí que nas sessões de mediação possam não estar presentes especialistas nas áreas jurídicas.

É por este motivo que o acto de homologação por parte do MP deve ser especialmente cuidadoso, tendo este de verificar se no acordo foi devidamente acautelado o principio da proporcionalidade, entre o crime que o arguido, presumivelmente, cometeu e as obrigações por ele assumidas, bem como se tais deveres não são ofensivos da sua dignidade.

4 O Papel do MP na Mediação Penal

O MP é um dos principais actores da mediação penal. Primeiro, porque de forma oficiosa ou provocada é dele o impulso inicial da remessa dos autos para mediação penal.

Em segundo lugar, é dele também o juízo final sobre o resultado aí alcançado.

No dizer de Figueiredo Dias e Costa Andrade²⁶, “ao MP como instancia formal de controlo do crime interessa, de forma quase exclusiva, a sua função de deduzir a acusação ou ordenar o arquivamento no processo penal.”, isto decorre do princípio da legalidade que tem assento constitucional no art.219º, nº 1 da CRP.

Nos crimes públicos, cabe ao MP o controlo de todo o inquérito, ele é o *dominus* desta fase, cabendo-lhe a decisão de acusar ou arquivar.

Quanto aos crimes semipúblicos, a vítima é a instância mais importante quanto à iniciativa do controle do crime, mas o MP é seguramente a instância que controla o seu desfecho, já nos crimes particulares, o papel do MP se desvanece, porque cabe ao particular deduzir acusação nos termos do art. 285º do CPP, e o MP acompanha, ou não, a acusação, nos termos do nº 4 do mesmo artigo.

Hoje em dia²⁷, pensa-se que o MP deve ver a acusação como último recurso, e só lançar mão dela, se não estiverem preenchidos os requisitos para as outras formas de RAL.

Os poderes do MP quando a iniciativa da remessa do processo para mediação partir das partes, é meramente de verificação dos requisitos previstos na lei (art. 3º, nº 2 da lei 21/2007).

Ainda quanto ao impulso para a mediação penal, não pode deixar de se equacionar a seguinte possibilidade: estarem reunidos todos os pressupostos para o MP lançar mão deste mecanismo de RAL, e não o fazer, continuando o inquérito ou deduzindo acusação.

Na primeira hipótese ainda estão o ofendido e o arguido a tempo de provocarem a remessa do processo para mediação, mas já quanto à segunda, se já tiver sido formalizada a acusação, a forma de reagir é praticamente impossível, ficando em tais hipóteses vedado qualquer controlo do MP.

Se o arguido requerer a abertura da instrução com o fundamento de que o processo deveria ter seguido para mediação, provavelmente, verá a sua pretensão recusada, porque esta visa

²⁶ Obra citada na nota 10

²⁷ Correia, João Conde – *O Papel do Ministério Público no Regime Legal da Mediação Penal*, in Revista do Ministério Público, Ano 28, Out-Dez 2007, nº 112, págs. 57-78

apenas a comprovação da acusação, isto é, saber se existem fundamentos para o processo siga para julgamento.

O requerimento para a abertura da instrução, por parte do arguido, tem de ter por finalidade, o não ser submetido a julgamento, pelo crime de que se encontra acusado.

Não existe um fundamento constitucional, ou um direito do arguido, a não ser julgado, a instrução a pedido do arguido é um complemento das garantias de defesa deste.

Segundo Eduardo Maia Costa²⁸, o arguido não pode requerer a instrução, unicamente para discutir a qualificação jurídica dos factos constantes da acusação, e isto, porque esta discussão não levaria à única finalidade que ele pode prosseguir com este requerimento, que é a sua não submissão a julgamento.

Esta opinião pode não ser tão exacta assim. Pensemos no caso em que o MP acusa por furto qualificado, e o arguido, diz que não põe em causa a factualidade, mas que estes factos mereciam outro enquadramento jurídico, o de furto simples, por exemplo, e que relativamente a este crime não foi apresentada queixa no prazo legal, pelo que se encontra prescrito.

Ora, estamos perante um caso em que se requer a abertura da instrução para questionar a qualificação jurídica dos factos, e com a objectivo da não submissão do arguido a julgamento.

O mesmo autor, considera também, que não pode, igualmente, o arguido requerer a abertura da instrução com vista, exclusivamente, à aplicação da Suspensão Provisória do Processo, coisa de que vária doutrina e jurisprudência discorda, como é exemplo o Ac. do TRC de 30/01/2013²⁹.

Devido à semelhança entre a Suspensão Provisória do Processo e a Mediação Penal, diz Conde Correia³⁰ que se poderia entender, de acordo com o art. 307º nº 2 do CPP, que também aqui o JIC poderia remeter os autos para mediação penal.

Se admitíssemos esta forma de reacção, mal se compreenderia, como poderia o JIC ordenar esta remessa, quando a lei atribui ao MP, de modo exclusivo, esta faculdade.

²⁸ *Código de Processo Penal Comentado*, Gaspar, António Henriques, Graça, António Pires Henriques e outros Almedina 2014, págs. 1002 e ss.

²⁹ Disponível em <http://www.dgsi.pt>

³⁰ Obra citada na nota 21

O que de facto, está aqui em causa, neste caso em particular, é que não há um controlo desta decisão do MP, actuando este no domínio da mera oportunidade, violando o art. 219º, nº 1 da lei fundamental.

Está aqui a segunda fragilidade que aponto a este instituto.

Nos casos em que a mediação é bem sucedida, cabe ao MP verificar da legalidade do acordo alcançado, nos termos do art. 6º, nº 2.

O MP tem de verificar se o acordo não inclui sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido, ou cujo cumprimento se prolongue por mais de seis meses.

No capítulo seguinte abordaremos, com mais detalhe, se a fiscalização destas sanções e deveres, não constituem uma função jurisdicional.

Por último, se houver incumprimento, subsequente, do acordo e o ofendido renovar a queixa, mas o MP entender que não há um verdadeiro incumprimento, e mantiver o arquivamento, o ofendido pode reagir de duas maneiras: suscitar a intervenção hierárquica, ou requerer a abertura da instrução.

Se pelo contrário o MP concordar que houve incumprimento do acordo, acusa e aqui pode o arguido requerer a abertura da instrução, com vista a obter um despacho de não pronúncia.

Bem vistas as coisas, as partes só não podem reagir contra uma tomada de decisão do MP, quando este acusa, apesar de estarem reunidos todos os pressupostos para a remessa do processo para mediação.

Neste caso, é o MP que desenha, ele próprio, um programa de política criminal, que lhe está constitucionalmente vedado.

O art. 219º da CRP, vincula o MP, não só ao princípio da legalidade, mas também o obriga a participar na execução da política criminal, definida pelos órgãos de soberania.

As orientações de política criminal para o biénio 2009-2011, são claras a este respeito, como já anteriormente referimos.

A este propósito a OA, num parecer relativo à proposta da lei sujeita a discussão pública³¹, entende que quando o MP acusa, sem aplicar uma medida de RAL, deve fundamentar esta decisão, defendendo que esta acusação deve ser considerada nula, mas sem que depois, daqui retire qualquer consequência.

³¹ Disponível em <http://ww.oa.pt>, datado de 09/03/2006

5 Dispensa de intervenção do juiz no processo de mediação penal

No actual modelo processual penal português (modelo acusatório mitigado), cabe ao MP como *dominus* do inquérito, praticar os actos e assegurar os meios de prova, com vista à acusação.

O JIC, surge na fase do inquérito com um papel residual, de salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias do cidadão.

A sua intervenção no inquérito é provocada. O JIC age a requerimento do MP, da autoridade de polícia criminal (em caso de urgência), do arguido ou do assistente.

Quando o JIC intervém no inquérito, por sua iniciativa, deixa de ser um mero controlo ou garantia, em vez de ser o “juiz das liberdades”, passa a ser um juiz controlador do exercício da acção penal, abandonando o papel de mero defensor do arguido contra os arbítrios na fase de inquérito.

Cabe, então, neste capítulo, analisar em que medida é que a lei deveria ter previsto a intervenção do JIC na mediação penal.

Em todos os mecanismos de RAL, previstos no CPP, como são exemplos o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º), e a SPP (art. 281º) a lei obriga à concordância do JIC.

A mediação penal, tem um funcionamento muito semelhante ao da SPP. Inicialmente não se previa a intervenção do JIC na SPP, e por via disso, o Ac. do TC 7/87 de 9 de Fevereiro, veio declarar a inconstitucionalidade deste instituto, com o argumento de que se estaria a atribuir ao MP uma função verdadeiramente jurisdicional, ao permitir que este aplicasse injunções e regras de conduta ao arguido, que no entender de Vital Moreira, seriam verdadeiras penas encapotadas.

Daí que a versão final do art. 281º do CPP, tenha acolhido este entendimento, tornando obrigatória a concordância do JIC.

As questões que se levantavam a propósito da SPP, têm pertinência, também, em relação à mediação penal. Dizia-se que o facto de a SPP, poder pôr fim a um processo, através da aplicação pelo MP de injunções ou regras de conduta, faria dele juiz em causa própria e estar-se-ia a violar o princípio da reserva da função jurisdicional, consagrado no art. 202º da CRP.

Quanto ao primeiro aspecto, o pôr fim a um processo, sempre se dirá que não há obstáculos de ordem constitucional à direcção do inquérito pelo MP, levando-o a arquivar ou deduzir acusação. Relativamente ao arquivamento em todas aquelas situações em que as exigências de prevenção não obriguem a que se tenham de suportar os custos com o seu prosseguimento, para que sejam acautelados os fins politico-criminais que aconselham o mínimo de intervenção, a par da não estigmatização do agente e da busca de soluções consensuais, tudo em obediência ao princípio da economia processual e da legalidade, não se vê qualquer conflito com a reserva jurisdicional. Tanto mais que cabe ao arguido, no âmbito da sua estratégia de defesa, aceitar que o processo siga para mediação, ou que se lhe aplique a SPP. Ele é o melhor juiz da bondade e da proporcionalidade da medida que o afecta.

Como diz João Conde Correia³² *“hoje o juiz limita-se a julgar os casos que lhe são submetidos e nos termos em que lhe são apresentados. Se os interessados conseguem resolver sozinhos o conflito que os afecta, porque razão há-de ser provocado o veredicto judicial”*.

A mediação quer-se como um instituto em que vítima e agressor cheguem a um consenso, em que elas próprias decidam quanto à forma de reparar o mal causado, sem estarem limitadas a um catálogo, tendo assim de procurar a resposta adequada ao caso, harmonizando os interesses de ambas as partes.

Como vimos, anteriormente, esta reparação não constitui uma pena, não havendo aqui uma avaliação da culpa do agente, daí que, também aqui não haja a violação do princípio da reserva jurisdicional, na vertente de que só ao tribunal cabe a aplicação de penas.

Apesar das críticas que uma grande parte da doutrina tem vindo a apontar à falta de juiz na homologação do acordo de mediação (nomeadamente quanto à avaliação da proporcionalidade entre o delito cometido e o acordo alcançado) considero, à semelhança do que considero que deveria também suceder na SPP, que o juiz não deve intervir.

A sua intervenção constituiu (no dizer de Conde Correia) um bloqueio judicial à aplicação destas medidas de diversão.

Os únicos pontos frágeis que considero existirem na mediação são: a lei não obrigar a que os indícios sejam suficientes para que se possa remeter o processo para mediação e quando o MP acusa, apesar de estarem reunidos todos os pressupostos para o recurso a este

³² Correia, João Conde: *“Bloqueio Judicial à Suspensão Provisória do Processo”*, Universidade Católica Editora, Porto (2012), pp 40

mecanismo de RAL, não existir a possibilidade de o arguido requerer a abertura da instrução com este fundamento (porque a mediação penal está restrita à fase do inquérito).

Conclusão

Ao longo do CP e do CPP várias vezes se faz apelo à ideia de reparação do dano e, na medida do possível, em pôr a vítima no estado mais próximo possível do *status quo ante delicto*.

Estas disposições, apesar de terem em vista, uma consequência jurídica diferente da mediação (porque para algumas delas a consequência é a dispensa da pena, enquanto para outras é a sua atenuação, e para outras ainda, a reparação do mal do crime pode levar a uma suspensão da execução da pena) acabam por ter no seu cerne ideais restaurativos.

Helena Mourão³³ ao falar da “semiprivatização” dos crimes públicos contra o património diz que este novo regime é de inspiração restaurativa, porque atendendo ao art. 206º do CP os crimes em questão são qualificados e, portanto, públicos mas a responsabilidade criminal extingue-se se os danos tiverem sido integralmente reparados.

Por outro lado, nos crimes que podem ser abrangidos pela mediação penal, já antes desta, eles constituíam uma excepção ao princípio da oficialidade, estando na disposição das partes, tanto o impulso processual como o seu fim.

Por fim, a homologação da desistência de queixa ou da acusação particular, nos termos do nº 2 do art. 51º do CPP, cabe na fase de inquérito ao MP, exactamente como foi instituído para a mediação penal.

A condição de estado membro da EU, obriga à transposição de determinadas directivas que parecem à primeira vista, grandes desafios para o legislador nacional, mas que no fundo não o são, uma vez que a razão de ser das mesmas já se encontra no espírito do sistema. Ora, é exactamente isto que eu entendo que se passa com a mediação penal.

³³ Mourão Helena, *Justiça restaurativa e crimes patrimoniais na reforma penal de 2007*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol III, Coimbra Editora, 2010, pág. 527-543

Bibliografia

- Agra, Cândido da/ Castro Josefina, “*Mediação e Justiça Restaurativa: Esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação*” in RFDUP, II, 2005, pág. 95-112
- Almeida, Carlota Pizarro, *A Mediação perante os objectivos do Direito penal*, In *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, 2005, pág 39 e ss
- Almeida, Luís Nunes, *Tolerância, Constituição e direito penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13, nº 2 Abril/Junho 2003, Coimbra Editora
- Andrade, Manuel da Costa, *Consenso e Oportunidade*, AA VV. *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina (1991) pp. 317-358
- Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991
- Antunes, Maria João, “*Direito Processual Penal – Direito Constitucional Aplicado*” Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora (2009) pp. 745-754.
- Beleza, Teresa Pizarro, Melo, Helena Pereira de – *A Mediação Penal em Portugal*, Almedina, 2012
- Caeiro, Pedro – *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema*, Revista do Ministério Público, 84 (2000) pp. 31-47
- Carmo, Rui do, *A Autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal*, Revista do CEJ, III-IV, 1995, pág 103-124.
- Castro, Josefina, *O processo de mediação em matéria penal*, *Mediação Penal: O debate; a Prática* in Revista do Ministério Público, Ano 27, Jan-Mar 2006, nº 105, pág 145 e ss.
- Cebola, Cátia Marques, *A Mediação Pré-judicial em Portugal: Análise do novo regime jurídico*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 70, Jan/Dez 2010, pág 441 e ss.
- Conceição, Ana Raquel, *O assistente e a mediação penal*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol III, Coimbra Editora, 2010, pág. 780 e ss

- Correia, João Conde, *O Papel do Ministério Público no Regime Legal da Mediação Penal*, in Revista do Ministério Público, Ano 28, Out-Dez 2007, nº 112, págs. 57-78
- Costa, José de Faria, *Diversão, (Desjudicialização) e Mediação: que rumos?*, in BFDUC, LXI, 1985, pag. 91-158.
- Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa – *Criminologia O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 1997, Coimbra Editora, pag. 41 e ss
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Autonomia do Ministério Público e o seu Dever de Prestar Contas à Comunidade: Um Equilíbrio Difícil*, RPCC (2007), pp 191 e ss
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo código processo penal*, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, Almedina (1991) pp. 1 a 34
- Faria, Maria Paula Ribeiro de, *A Reparação Punitiva, um, a terceira via na efetivação da responsabilidade penal?* In Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, Coimbra Editora, pág. 259 e ss.
- Ferreira, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa, Natureza Finalidades e instrumentos*, Coimbra Editora, 2006
- Ferreira, J. O. Cardona, *A Mediação como caminho da justiça*, Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles: 90 anos Homenagem da faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 2007
- Garcia, Nicolás Rodriguez, *Análisis de la nueva regulación del “Principio del Consenso” en el procedimiento penal abreviado español*, in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pág 1455 e ss
- Gaspar, António Henriques, Graça, António Pires Henriques e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina 2014, págs. 1002 e ss.
- Lazerges, Christine, *Typologie des procédures de médiation pénale*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993
- Leite, André Lamas, *A Mediação penal de adultos- um novo paradigma de justiça?* - 2008 Coimbra Editora
- Leite, André Lamas, *Justiça Prêt-a-porter?* In Revista do Ministério Público, Ano 30, Jan-Mar 2009, nº 117, pág. 85 e ss.
- Magro Vicente, Hernández Caramelo e Cuéllar J Pablo, *Mediación Penal, Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, ECU, Alicante, 2011

- Martín Julián Carlos Ríos, Rodríguez Esther Pascual e Guillén Alfonso Bibiano, *La Mediación Penal Y Penitenciaria, Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Editorial Colex, Madrid, 2006
- Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades, Desconstrução de um mito do processo penal*, Almedina, 2011
- Monte, Mário Ferreira, *Da reparação Penal como consequência jurídica autónoma do crime* in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pág. 129 e ss
- Morais, Teresa, *Mediação Penal, o projecto do Porto e o anteprojecto da proposta de lei, Mediação Penal: O debate; a Prática* in Revista do Ministério Público, Ano 27, Jan-Mar 2006, nº 105, pág 135 a 144.
- Moscooni Guiseppe, *La Mediazione questioni teorichi e diritto penale*, in *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, 2000, pág 3 a 21
- Mourão, Helena, *Justiça restaurativa e crimes patrimoniais na reforma penal de 2007*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol III, Coimbra Editora, 2010, pág. 527-543
- Neuman, Elías, *Mediación Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2ª Ed. 2005
- Palermo, Galain, *Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol III, Coimbra Editora, 2010, pág. 821ss
- Pina, Miriam, *Violência doméstica e mediação penal em Portugal: da incompatibilidade à possibilidade de convivência*, RFDUP ano 10, 2013 pág. 283 e ss
- Reis, João Luís Lopes dos, *Os advogados e a Mediação*, Revista da Ordem dos Advogados, nº 23, Nov/Dez 2002, pág 48 e ss.
- Rizzo Beatriz e Podval, Roberto, *A (Des)Figuração dos papéis constitucionais das personagens do processo penal* in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pág. 1423 e ss
- Rodrigues, Anabela Miranda, *A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal - Mediação Penal: O debate; a Prática* in Revista do Ministério Público, Ano 27, Jan-Mar 2006, nº 105, pág 129 e ss.
- Santos, Cláudia Maria Cruz, *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* - Coimbra Editora, 2014. - 812 p.. -

Dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2012

- Santos, Cláudia Maria Cruz, *A Mediação penal, a justiça restaurativa, e o sistema criminal algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de “adultos” em Portugal* - Revista de ciência criminal ano 16 nº1 –Janeiro/Março, 2006, pág. 85 a 113
- Santos, Cláudia Maria Cruz, *Um crime, dois conflitos* -Revista portuguesa de ciência criminal- ano 17 nº3 julho/setembro de 2007 pag 459-475
- Silva, Germano Marques da, *A Mediação Penal em Busca de um Novo Paradigma? in A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, 2005, pág. 95 e ss.
- Silva, Germano Marques da, Christa Pelikan, Frederico Moyano Marques e outros, *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, 2005,
- Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Braga, 2006-2007, *Que futuro para o direito processual penal* coord. Mário Ferreira Monte ... [et al.], Coimbra Editora, 2009.
- Teixeira, Carlos Adérito - 2000, *”Principio da oportunidade” Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*, Almedina Coimbra, 2000
- Torrão, Fernando José dos Santos Pinto, *A relevância politico-criminal da suspensão provisória do processo*, 2000, Almedina, Coimbra
- Vários, com organização de Andrade, Manuel da costa, Costa, José Faria, Rodrigues, - Anabela Miranda e Antunes, Maria João - *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003
- Versão para debate público do ante-projecto, disponível em: <http://www.mj.gov.pt>
Bloqueio Judicial à Suspensão provisória do processo, Universidade Católica, Porto, 2012
Direito Penal Português, As consequência Jurídicas do Crime, Editorial Noticias (1993)