# Notas dispersas sobre a mediação, o processo penal e o advogado

1. O sistema penal e a máquina judiciária, o sistema tradicional de justiça, não são suficientes para dar resposta às necessidades das vítimas. Há experiências e avaliações positivas no direito comparado das potencialidades da mediação e de outros sistemas alternativos de resolução de litígios. Até porque mais importante que a guerra[1] é a procura da paz! E a mediação penal [2] é um dos instrumentos que melhor permite fazer cessar a guerra e construir a paz.

Nos primórdios do direito penal[3] vigoravam sistemas de justiça privada somente condicionados ou disciplinados pelas autoridades públicas para que não se ultrapassassem os limites do razoável, isto é, da adequação e da proporcionalidade na violência que significava a *vindicta privata* que, diga-se, era então o meio preponderante para garantir a reposição da validade da norma violada e, em última análise, da ordem social.

[1] A tutela de situações jurídicas gera posições de defesa e de constantes ou potenciais ameaças e de esporádicos, intermitentes ou contínuos ataques mais ou menos sucedidos conforme a reacção do titular do direito e eficácia do sistema jurídico e da máquina judiciária. A constituição, manutenção, modificação ou extinção de relações ou situações jurídicas é uma constante de equilíbrio de forças, de sopesar de oportunidades e, quantas vezes, de guerrilha ocasional ou permanente ou de guerra aberta.

[2] Cfr. Recomendação (99) 19, sobre a Mediação em Matéria Penal (adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 15 de Setembro de 1999 durante a 679ª reunião dos delegados dos Ministros); Resolução nº 40/34 das Nações Unidas de 1985 contendo a Declaração dos Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas de Crimes e Abusos de Poder (aconselha a que seja promovido o recurso a meios não judiciários para facilitar a conciliação e obter reparação); Resolução (77) 27 do Conselho da Europa sobre o direito a indemnização (não sendo possível a reparação da vítima pelo autor da infracção por desconhecimento deste ou uma insuficiência económica é recomendado que os Estados assegurem directamente a indemnização que surge assim como a emanação de uma obrigação da "*solidariedade social*"); Convenção Europeia de 1983 que prevê a indemnização através do Estado para as vítimas de crimes violentos; Recomendação R (85) 11 do Conselho da Europa sobre a posição da vítima no ordenamento penal e processual penal (aconselha os Estados membros a que considerem as vantagens que podem apresentar os sistemas de mediação e conciliação); Recomendação nº R (87) 21 do Conselho da Europa (chama também a atenção para a necessidade de reparação e protecção das vítimas e para as vantagens que podem apresentar as experiências de mediação e para a necessidade de avaliação dos seus resultados).

[3] Estas notas que se seguem, e mais concretamente nos pontos 1 e 2, correspondem, no essencial, aos ensinamentos de Carlota Pizarro de Almeida na sua monografia Despublicização do Direito Criminal; Lisboa, AAFDL, 2000.

Com a organização da sociedade em Cidades, Estados e Impérios, e a tentativa da superação dos conflitos privados[4], caminhou-se para a publicização do direito penal, isto é, para a evolução do sistema de justiça privada para um sistema preponderantemente público em que a justiça era sobretudo principal função do chefe, do rei ou do imperador, embora normalmente a sua intervenção fosse só desencadeada por iniciativa dos interessados.

2. O monopólio do Estado no que respeita à instauração – ou simples prossecução - da acção penal começa paulatinamente a recuar; desde logo porque **(1)** é crescente o número de crimes semi-públicos, embora hoje com uma curiosa inversão das tendências iniciadas com as revisões do Código Penal de 1995 e do Código de Processo Penal de 1998; porque **(2)** é crescente também o recurso aos princípios da oportunidade e do consenso no processo penal e, finalmente, porque **(3)** é também crescente a intervenção mais próxima e actuante de sujeitos do processo penal, mormente da vítima cada vez mais, estatisticamente, constituída assistente nos autos.

A toda esta matéria não é indiferente a matriz processual penal, sempre dependente do contexto historico-temporal e sócio-espacial. Não é também irrelevante o quadro legal e estatutariamente instituído dos sujeitos e intervenientes processuais e dos seus formais e reais poderes e regimes.[5] Não é enfim de descurar a realidade vivida[6], e as diferentes realidades vividas, em cada país e no nosso em particular.[7]

---

[4] É a característica da alteridade do Direito e a verificação da existência de posições contraditórias no âmbito do direito substantivo e do processo judicial que gera o conflito e a vontade de o superar, com vitória total ou parcial, pelo aniquilamento ou enfraquecimento das posições do adversário, ainda que a decisão seja de terceiro.

[5] Os agentes da justiça também não saem absolvidos desta tão propalada crise da justiça, antes surgem como alvo de críticas. Os juizes porque são muito brandos, e também porque são muito duros; o Ministério Público porque acusa, e também porque arquiva. Os advogados porque recorrem de mais, protelam de mais, defendem de mais os seus constituintes, e os advogados quando são negligentes na defesa desses mesmos constituintes, talvez por requererem e recorrerem de menos.

[6] É que o processo judicial se transforma, não poucas vezes, em verdadeiro campo de batalha com teatro de operações (normalmente o tribunal), generais (os órgãos de administração da justiça, sobretudo os juizes), exércitos (funcionários, polícias, guardas prisionais, solicitadores), oficiais (magistrados do Ministério Público, representantes do Estado, e advogados) aspirantes (advogados-estagiários) e soldados (partes, sujeitos processuais), civis inocentes (contribuinte, testemunhas e outros intervenientes processuais) armas (provas, despachos, sentenças, acórdãos, promoções, requerimentos, alegações e recursos) e logística (meios técnicos e organização), recuos e avanços (manobras dilatórias e impulsos processuais, *v.g.* aceleração processual), disparos traiçoeiros (mau uso das medidas de coacção, litigância de má fé ou tentativas de influência externa, *v.g.* através do

3. O juiz não deve ser mediador; pois para isso mesmo estão mais vocacionados outros profissionais e, em caso de necessidade, os advogados, os magistrados do Ministério Público ou os juízes de paz, mas nada impede que o juiz possa agir como um conciliador. Não perderá, certamente, quaisquer das características que enformam a função, designadamente a isenção e a imparcialidade. A função normal do magistrado judicial é a de decidir as controvérsias, os conflitos, os litígios ou os impasses. Mas sobretudo o que se lhe pede é a solução justa e equitativa dos casos, a pacificação social e a restauração da paz, se possível com adesão, compreensão e assentimento de todas as partes envolvidas, sempre com respeito pela lei.

4. O magistrado do Ministério Público deverá, na maioria dos casos, ser um conciliador e poderá, pelo menos em fases iniciais ou em casos limite, ser um mediador em sentido impróprio. Até porque a mediação, como meio alternativo de resolução de litígios, pressupõe a intervenção de um terceiro, neutro ou imparcial, de confiança das partes ou dos sujeitos processuais (pessoas físicas ou jurídicas), voluntariamente escolhido, agindo como catalisador, que, usando de habilidade e arte, leva as partes ou os sujeitos processuais a encontrarem a solução para as suas pendências.[8]

---

tráfico de influências e da pressão dos meios de comunicação social) e capitulações (transacções e desistências), trincheiras (inércia do sistema e impossibilidade, incompetência ou desleixo dos gestores e dos decisores), sangue a rodos (normalmente por falta de comunicação entre os próprios membros dos pelotões e companhias - relações clientes/advogados; por ausência de diálogo entre os contendores – relações entre as partes e os sujeitos processuais; por falta de franqueza e desassombro por parte dos generais que se fecham nos seus postos de comando e se abstraem de que não há um só caminho, o da violência, para a resolução do conflito) e vítimas em excesso (por défice de coragem, frontalidade, seriedade, racionalidade e ponderação de todos os que, com responsabilidades de comando, batalham, pelejam, muitas vezes já sem saber quem é o inimigo e atingindo gravemente ou até ferindo mortalmente os seus, o inocente ou o mais vulnerável – normalmente o cidadão anónimo e indefeso; e colocando quase sempre em causa o fim último que é a Justiça e não a mera aplicação cega e formal do Direito).

[7] São os constrangimentos orçamentais dos tribunais, a escassez ou impreparação de alguns funcionários, a cultura judiciária vigente, burocrática e autoritária, a preparação excessivamente tecnicista e tendencialmente isolacionista dos magistrados, e o seu formalismo e distanciamento; a falta de diálogo ou de frontalidade dos procuradores e o seu espírito por vezes pouco pacificador ou conflituoso ou a sua falta de disponibilidade para o diálogo sem peias e a ausência de seriedade, empenho e competência de alguns advogados, etc.

[8] O mediador não decide, quem decide são as partes ou os sujeitos processuais.

5. O arguido é sujeito processual e não apenas sujeito ao processo. Tem direitos e deveres, presume-se inocente e como tal deve ser tratado em todas as fases e momentos processuais, sem quaisquer pré-juízos ou preconceitos. Nada impede porém que se possa procurar a saída possível ou a solução amigável ou consensual do conflito por razões várias, até por pragmatismo ou utilitarismo puro.

6. A vítima já não é apenas figura de passagem do processo penal, o mero "*objecto do crime*", sem direito de intervenção nos autos e de participação activa no decurso das várias fases do processo. A vítima é hoje, ou pode sê-lo, sujeito de pleno direito no processo penal. Basta que intervenha no processo. E para isso, terá que constituir-se como assistente. Mas tal não basta por si só. Pois que situações há em que, mais do que a punição do culpado, interessa é mediar o interesse perturbado pela lesão que o agressor causou, procurando fazer intervir a justiça restaurativa. O que só se poderá revelar eficaz, nomeadamente pelo concurso de uma entidade "fazedora de consensos", que promova o acordo, tornando possível que o mesmo passe pela reparação pecuniária da lesão ou pela aplicação de uma medida de ressarcimento do agressor, em que a vítima seja também convocada para a definição dessa medida.

Já o assistente mais não é que o titular do interesse ofendido com uma especial posição processual que lhe permita acção autónoma, mas coadjuvante, do Ministério Público. Pode requerer o que entender pertinente aos seus interesses, oferecer provas e recorrer de todas as decisões que lhe sejam desfavoráveis. Pode não se conformar com o arquivamento do MP e suscitar o incidente de intervenção hierárquica ou requerer a abertura de instrução. Pode não aceitar a não pronúncia e recorrer, pode alegar, pode opor-se à suspensão provisória do processo, pode, enfim ter voz activa no decurso do processo.

O lesado também pode, como parte civil, intervir no processo penal. Embora seja tradicionalmente difícil que a vítima e agressor se encarem, de forma pacífica e adequada, poderá e deverá procurar-se o reforço da aproximação entre as partes, de molde a que lesado supere psicologicamente a lesão e aceite a medida aplicanda, da mesma maneira que o agressor aceite a necessidade reparadora, descodificando-a como uma intervenção pedagógica e não como uma forma de anatematização.

7. O advogado defensor do arguido ou patrono da vítima é o elo de ligação entre o cidadão e o sistema tradicional de justiça. E um dos principais crivos dos conflitos. É, quantas vezes, parte e decisor, mediador, conciliador e árbitro. Age, porém, enquadrado pela lei e pelo seu estatuto deontológico, sempre pautando o seu comportamento, pela incessante busca dos legítimos interesses do seu constituinte ou cliente.[9]

O advogado é, também ele, com todos os elogios e críticas que se lhe fizeram e fazem ao longo dos tempos[10], órgão de administração da Justiça[11], como tal universalmente reconhecido[12], seja individualmente considerado seja no âmbito de uma sociedade[13].

Não é hoje pensável o processo sem a assistência de um profissional do foro, de um jurista.[14]

O patrocínio judiciário é, por isso, a representação da parte ou do sujeito processual precisamente por um profissional do foro, quer seja ele advogado, advogado estagiário ou solicitador.[15] O patrocínio judiciário encontra-se instituído no interesse da administração da justiça, dos sujeitos processuais patrocinados ou defendidos e das partes representadas.[16]

---

[9] Constata-se a premente necessidade de formação dos advogados — mas também dos magistrados — sobre a mediação de conflitos em geral, e, mais particularmente, a penal, particularmente no que concerne aos delitos praticados por menores, e aos pequenos delitos, as bagatelas penais, bem como a mediação familiar, também nos casos em que haja violação das normas de natureza penal.

[10] *Vide* de Alberto Sousa Lamy, *Advogados – elogio e crítica*; Coimbra, Almedina, 1984.

[11] Cfr. de José María Martínez Val, *Abocacia y Abogados,* Barcelona, Bosch, 1990.

[12] *Vide,* de Jorge de Jesus Ferreira Alves, *Os Advogados na Comunidade Europeia*; Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

[13] Cfr. de Manuel Pereira Barrocas, o estudo *Qualidade e Eficácia de Serviços Profissionais de Advocacia prestados por Sociedades de Advogados e por Profissionais em Nome Individual*, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53, Abril, 1993, pp. 113 a 125.

[14] *Vide*, de Diogo Leite de Campos, o estudo sobre *O Ofício de Jurista*, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53, Abril/junho, 1993, pp. 415 a 426.

[15] Cfr. de Miguel Teixeira de Sousa a sua monografia *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*; Lisboa, Lex, 1995; p.35. Aí refere que "*o patrocínio judiciário distingue-se da representação do incapaz: esta última supre uma incapacidade de exercício e uma impossibilidade de orientar devidamente a defesa de interesses próprios, aquele justifica-se pela necessidade de atribuir a condução do processo, pelo lado das partes* [e dos sujeitos processuais], acrescentamos nós, *a profissionais com a devida habilitação técnica*".

[16] *idem, ibidem. É que "através desse patrocinio procura obviar-se ao uso indevido dos tribunais, por que se espera que os profissionais forenses, dada a sua posição de relativa neutralidade perante os interesses das partes, se abstenham de patrocinar causas insusceptíveis de sucesso e de formular, nas causas pendentes, pedidos sem fundamento"*

A representação por profissional do foro é, ou poderá ser, útil para a resolução extrajudicial dos conflitos.[17] Ainda que por advogado[18] ou advogado-estagiário.[19] Pois que também por esta via se atingem as pretensões dos cidadãos devidamente representados, os fins processuais e, em última análise, os próprios fins do Direito.[20] E obviamente, também, a aplicação da Lei.

8. É nossa opinião que a mediação em sentido próprio deveria ser prosseguida fora dos tribunais, embora com efeitos processuais, ou, se prosseguida nos tribunais, por profissionais com vocação própria e formação especializada. Adiante veremos algumas experiências de direito comparado. Ma spara tal será necessário repensar toda a matriz processual penal vigente e até a compatibilização de figuras e princípios informadores do actual regime. Desde logo a contraposição, aparentemente intransponível, entre o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade. Senão vejamos

9. O princípio da legalidade é visto como emanação do princípio da igualdade, garantia contra a arbitrariedade e a discriminação e o princípio da oportunidade tem sido defendido

[17] *idem ibidem. Com efeito, "...a consulta prévia realizada pelas partes aos seus advogados e as tentativas de diálogo entre as partes encetadas por estes podem proporcionar a obtenção de uma conciliação extrajudicial e, com isso, evitar uma acção judicial*"

[18] O signatário não quer crer, mas leu no DN, de 10/10/03, a p. 3 – e não viu tal desmentido, que o Venerando Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, Dr. Silva Pereira, terá dito que "*os advogados fazem o seu trabalho, procuram obstruir a actuação do Tribunal*". Que enormidade. Que injustiça. Como se tal fosse verdade. Como se tal fosse a actuação da generalidade dos advogados. Como se tal fosse o pensamento dos magistrados. Como se tal fosse uma visão do processo e do teatro judiciário, onde a verdade possível, e a justiça, só se conseguem com a actuação séria e competente, mas sempre respeitosa e reciprocamente profícua, de todos os operadores judiciários. Porque todos aprendemos e beneficiamos uns com os outros...

[19] E o signatário não quer crer, também, mas vê e ouve amiúde que advogados estagiários, e também advogados, desleixam a defesa oficiosa penal. Que se limitam a pedir justiça. E a *partir para outra*! Sem pugnar pelo cidadão que neles deposita a sua causa, que muitas vezes é a sua vida, a sua liberdade, a sua honra e o seu património. Que, por exemplo, no 3º Juízo Criminal de Lisboa, em 244 processos só defensores nomeados foram 413, contestações tão–só 32 e zero intervenções da defesa através de requerimentos orais nas audiências...

[20] *Vide* também de Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*; Coimbra, Coimbra Editora, 1980; p. 57. "*O processo judicial, aliás como os outros processos, obedece a uma certa programação, quer na tramitação quer na fase decisória. Em geral, uma decisão importa a disponibilidade de uma programação final e de uma programação condicional. A programação referida ao fim parte dos efeitos desejados e procura encontrar, tendo em consideração condições colaterais, o melhor meio para os atingir".*

por permitir uma certa eficácia e pragmatismo das autoridades e um ganho em termos de celeridade processual.

A legalidade evitará, em abstracto, a discricionariedade, a corrupção e a parcialidade.

A oportunidade permitirá, em concreto, a adequação à realidade pela circunscrição da actividade dos Tribunais a tudo o que não sejam bagatelas penais.

A legalidade pode obviar à natural tendência para desvalorizar os primeiros comportamentos delituosos. A oportunidade, criteriosamente ponderada, pode significar o respeito pelo princípio da intervenção mínima.

Já se disse que o princípio da legalidade é hipócrita e falso e que os critérios de oportunidade já existem "*às ocultas...*" ou seja que já se procede "*...de forma incontrolada a uma selecção inevitável...*" que deveria ser "*...feita de modo transparente e disciplinado...*". É a oportunidade "*velada*" o chamado "*filtro*" ou meio "*para descongestionar*" os tribunais, a sua "*válvula de escape*".

E assim se refere que, até inconscientemente, tal selecção "*...é feita desde logo pelas vítimas, que percepcionam ou não certos actos como crimes, conforme convenções sociais ou os seus próprios preconceitos independente do enquadramento legal*". E que essa selecção "*é feita, depois pela polícia, que não participa todos os crimes de que tem conhecimento, procedendo a uma triagenm de acordo com certos critérios, uns mais confessáveis e compreensíveis do que outros*". E, para que não fiquemos por quem não está sujeito directa e expressamente ao princípio da legalidade, diz-se também que tal selecção "*...é feita, por fim, no Ministério Público, mesmo quando vigore o mais estrito princípio da legalidade*".

10. Alguma oportunidade já existe senão na lei certamente na prática. Vejamos. O artº 40º do Código Penal estatui que "*1- A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. 2- Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. 3- A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e perigosidade do agente.*" Já se disse que "*...caso não haja necessidade de pena, nem por motivos de prevenção geral nem de prevenção especial, não é legítimo aplicá-la...*". Foi aquilo a que se chamou também de

possibilidade de alívio do "*...confronto entre a sociedade e o delinquente, não erigindo a punição em imperativo absoluto...* [reduzindo] *o conflito às suas verdadeiras dimensões e ...* [evitando] *a estigmatização exarcebada a que muitos delinquentes estão necessariamente sujeitos.*"

Por seu turno o artº 280º do Código Penal estatui que "*1- Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa. 2- Se a acusação tiver sido já deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos da dispensa da pena. 3- A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não são susceptíveis de impugnação.*" Ou seja, prevê-se aqui a possibilidade do arquivamento do processo em caso de dispensa de pena.

*11.* Diferente do princípio da oportunidade, unilateral por decisão e unidireccionado por natureza, é o possível espaço- e esforço – de consenso, que exige diálogo entre os sujeitos processuais ou, pelo menos, a sua aderência às propostas de desjudicialização. Disso é exemplo a forma de processo especial regulada nos artºs 392 e ss. do CPP. Ou seja o processo sumaríssimo. E também o artº 281º do Código Penal, sob a epígrafe de suspensão provisória do processo, que estabelece que "*1- Se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos: a) concordância do arguido e do assistente; b) ausência de antecedentes criminais do arguido; c) não haver lugar a medida de segurança de internamento; d) carácter diminuto da culpa, e e) ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. 2- São oponíveis ao arguido as seguintes injunções e regras de conduta: a) indemnziar o lesado; b) dar ao lesado satisfação moral adequada; c) entregar ao Estado ou a instituições*

*privadas de solidariedade social certa quantia; d) não exercer determinadas profissões; e) não frequentar certos meios ou lugares; f) não residir em certos lugares ou regiões; g) não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; h) não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; i) qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso. 3- Não são oponíveis injunções e regras de conduta que possam ofender a dignidade do arguido. 4- Para apoio e vigilância do cumprimentos das injunções e regras de conduta podem o juiz de instrução e o Ministério Público, consoante os casos recorrer aos serviços de reintegração social, a órgãos de polícia criminal e às autoridades administrativas. 5- A decisão de suspensão, em conformidade com o nº 1, não é susceptível de impugnação. 6- Em processos por crime de maus tratos entre cônjuges, entre quem conviva em condições análogas ou seja progenitor de descendente comum em 1º grau, pode ainda decidir-se, sem prejuízo do disposto no nº 1, pela suspensão provisória do processo a livre requerimento da vítima, tendo em especial consideração a sua situação e desde que ao arguido não haja sido aplicada medida similar por infracção da mesma natureza.*

Estes institutos impõem a necessidade de um novo estilo de relacionamento entre magistrados e advogados. E por isso há quem defenda, e bem, que "...*precisamos todos, magistrados e advogados, de dialogar sobre os modos de, em conjunto, ultrapassar as dificuldades operativas de um processo em ordem à realização da Justiça, alterando hábitos adquiridos e só justificados, quando o são, perante perspectivas diferentes de alcançar o fim que a todos nos empenha*". Pois que "*a realização do Direito é dinâmica, é uma procura constante. Se nessa procura das soluções justas para os casos concretos tivermos de negociar, de conversar sobre os processos, conversemos quanto o necessário em busca dos consensos, por que a lei os permite e quer ao serviço da Justiça*".[21]

[21] Cfr. de Germano Marques da Silva o artigo Em Busca de um Espaço de Consenso em Processo Penal; in Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso, Universidade do Minho/Associação Jurídica de Braga, 2002, pp. 695 a 705.

12. A mediação penal[22] consiste num processo estruturado em que participam a vítima e o delinquente, que visa encontrar, com a intervenção de um mediador qualificado, uma solução negociada para o conflito originado pela infracção[23]. Tem por objecto garantir a reparação dos danos causados, pôr termo às perturbações resultantes da infracção e contribuir para a reabilitação do autor da infracção. Além dissso, visa a modificação prolongada do comportamento das partes, de forma a prevenir a repetição dos factos por motivos idênticos. Permite à vítima encontrar voluntariamente o autor do delito, encoraja o autor do delito a compreender as consequências dos seus actos e a assumir a responsabilidade pelos danos causados, proporcionando à vítima e ao delinquente a ocasião de desenvolverem um projecto de compensação pelos danos causados.

13. A mediação penal em sentido estrito difere de outras formas de contratos ou acordos ("*transacções em processo penal*") entre o Ministério Público e o autor da infracção, susceptíveis de suprimir a acção pública, como por exemplo, em direito francês, a "*composição penal*" e a transacção em processo penal, já que estas últimas não prevêem a possibilidade de a vítima participar activamente na procura de uma solução negociada. A mediação penal inscreve-se no conceito mais lato de "*justiça reparadora*" no âmbito do qual a reparação, material e imaterial, da relação alterada entre a vítima, a comunidade e o delinquente constitui um princípio orientador.[24] Em Junho de 2002, a Bélgica apresentou uma iniciativa formal "*tendo em vista a aprovação da decisão do Conselho que cria uma rede europeia de pontos de contacto nacionais para a justiça reparadora*"[25]. Esta rede

[22] Estas notas correspondem *ipsis verbis* à análise constante do Livro Verde apresentado pela Comissão sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia.

[23] A alínea e) do artigo 1º da Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal define mediação em processos penais como "*a tentativa de encontrar, antes ou durante o processo penal, uma solução negociada entre a vítima e o autor da infracção, mediada por uma pessoa competente*". Na sua Recomendação nº R (99) 19 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa, de 15 de Setembro de 1999, sobre a mediação em matéria penal, o Conselho da Europa dá a seguinte definição do termo "*mediação penal*": "*qualquer tipo de processo que permita à vítima e ao delinquente participarem activamente, desde que expressem livremente o seu consentimento para tal, na solução das dificuldades decorrentes do delito, com a ajuda de uma teceira pessoa independente (mediador)*".

[24] Este conceito é apoiado na União Europeia por uma série de organizações não governamentais, algumas das quais receberam subvenções no âmbito dos programas GROTIUS ou AGIS.

[25] JO C 242 de 8.10.2002, p.20.

europeia deverá contribuir para desenvolver, apoiar e promover os diferentes aspectos da justiça reparadora nos Estados-Membros, bem como ao nível da União. Esta iniciativa não foi objecto de debate no Conselho. No que diz respeito à legislação na União Europeia, o artigo 10º da Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal[26], prevê que cada Estado-Membro se esforce por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida. Além disso, assegura que possam ser tidos em conta quaiqeur acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais. Todavia, esta disposição só entrará em vigor em 22 de Março de 2006 (ver artigo 17º da Decisão-quadro supramencionada).

14. A Alemanha, Áustria, Bélgica, Finlândia, França, Luxemburgo, Suécia e Reino Unido adoptaram legislação relativamente pormenorizada em matéria de mediação penal. Na Dinamarca, Espanha, Irlanda, Países Baixos e Portugal, está a ser objecto de projectos-piloto. Em vários Estados-Membros existem disposições especiais sobre a mediação penal em matéria de delinquência juvenil. Muitas vezes, estas disposições foram adoptadas antes das relativas à mediação para adultos.

15. A mediação penal pode ser exercida em várias fases do processo: pode situar-se ao nível da instauração ou não de um processo penal a fim de evitar uma condenação (Áustria[27], Bélgica[28], Alemanha[29] e França[30], pode fazer parte da sentença (como por exemplo, na Alemanha[31] e no Reino Unido[32] ou surgir unicamente na fase de execução da pena (como por exemplo na Bélgica[33]).

[26] JO L 82 de 22 de Março de 2001, p. 1.
[27] Artigo 90a do Código de Processo Penal ("Diversion").
[28] Artigo 216ter do Código de Instrução Criminal e Decreto Real de 24 de Outubro de 1994.
[29] Artigos 153 e 153a do Código de Processo Penal (StPO).
[30] No âmbito da "*composição penal*", artigo 41-2 CPP.
[31] Artigo 46a do Código Penal, artigo 155a do Código de Processo Penal.
[32] "*Compensation order*" segundo os artigos 130º a 134º do Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act.
[33] Com a ajuda de um "*consultant en justice réparatrice*" (consultor em matéria de justiça reparadora) em cada prisão.

16. Na Alemanha, a mediação penal foi introduzida em 1994 pelo artigo 46a do Código Penal alemão, enquanto "*terceira via*" de reacção do direito penal, paralelamente às penas principais (pena privativa de liberdade e multa) e às medidas de educação e de segurança. Esta disposição prevê que o tribunal possa atenuar uma pena – em função dos índices fixados no artigo 49º do Código Penal – ou inclusivamente renunciar a qualquer pena desde que a pena aplicável não ultrapasse um ano ou uma pena de dias-multa equivalente a 360 índices diários, se o autor da infracção a) se submeteu a um processo de mediação ("Täter-Opfer-Ausgleich") e reparou – completamente ou em grande parte – o dano causado ou tenha tentado seriamente fazê-lo, ou b) reparou – completamente ou em grande parte – o dano causado, desde que tal implique esforços pessoais consideráveis por parte do autor da infracção. Nas duas variantes, a reparação ultrapassa a simples indemnização e exige uma participação activa do autor da infracção.

17. Na Áustria, a legislação relativa à mediação penal estabelece uma distinção, em função da gravidade das infracções em causa, entre dois regimes: A). Para as infracções que são, em princípio, passíveis de multa ou de pena privativa de liberdade de três anos no máximo, o legislador prevê que esta infracção não é punível[34] se a) a culpa do autor da infracção for muito ligeira, b) o acto não teve efeitos negativos ou só teve efeitos do seu acto ou tentou seriamente fazê-lo e c) não for necessária qualquer pena para evitar que o autor volte a cometer outras infracções[35]. B). Quanto às infracções passíveis de pena privativa de liberdade de cinco anos no máximo e na condição de a culpa não ser grave nem ter causado a morte de ninguém, o procurador deve renunciar à acção penal quando, tendo em vista a mediação penal («aussergerichtlicher Tatausgleich»), o pagamento de uma multa, a prestação a favor da Comunidade ou a imposição de um período de regime de prova acompanhado de obrigações, não for necessária outra pena para impedir que o autor cometa novas infracções[36]. De acordo com a alínea g) do artigo 90º do Código do Processo Penal austríaco, a mediação penal implica que o autor confesse ter cometido a infracção, aceite procurar as causas da infracção, repare ou compense de outro modo os efeitos negativos da

[34] "*...so ist die Tat nicht strafbar, wenn...*".
[35] Artigo 42º do Código Penal austríaco.
[36] Artigo 90a do Código de Processo Penal austríaco ("Diversion").

infracção e assuma, se for caso disso, compromissos que revelem estar disposto a abandonar os comportamentos que estiveram na origem da infracção. A mediação penal pressupõe o acordo da vítima, excepto quando os seus motivos de recusa sejam inadequados. O elemento essencial do procedimento consiste na organização de um encontro de mediação entre a vítima e o autor da infracção. Este encontro é organizado por um mediador independente. Os resultados do encontro são fixados num acordo escrito que o mediador comunica ao procurador e cuja execução controla. Se o autor da infracção respeitar as condições do acordo, o processo penal é arquivado; caso contrário, segue os trâmites normais até à sentença condenatória.

18. Na Bélgica, segundo o artigo 216ter do Código Penal, o Procurador do Rei pode convocar o autor de uma infracção e, desde que o facto não pareça susceptível de ser punido com pena de prisão correccuional principal superior a dois anos ou com uma pena mais pesada, instá-lo a indemnizar ou reparar o dano causado pela infracção e a fornecer-lhe a respectiva prova. O autor da infracção e a vítima podem solicitar a assitência de um advogado. O Procurador do Rei é assistido nas diferentes fases da mediação penal e, nomeadamente, na sua execução concreta, pelo serviço das "*maisons de justice*" do Ministério da Justiça. Os agentes deste serviço ("*conseillers et assistants en médiation*") cumprem a sua missão em estreita colaboração com o Procurador do Rei, que controla as suas actividades. Os promenores relativos à mediação em processo penal são regulados por decreto real[37]. As modalidades de execução da mediação penal são consignadas em acta. Sempre que o autor da infracção satisfizer todas as condições, por si aceites, a acção pública extingue-se.

19. Na França, o artigo 41-1, ponto 5, do Código de Processo Penal permite ao Procurador da República recorrer, no que diz respeito à "*pequena delinquência*" (delitos ou contra-ordenações), a mediação penal com o acordo e do autor da infracção penal, antes de decisão sobre a acção pública, se entender que tal medida é susceptível de assegurar a reparação do dano causado à vítima, pôr termo à dificuldade resultante da infracção ou

[37] Decreto Real de 24 de Outubro de 1994 "*portant les mesures d'exécution concernant la procédure de médiation pénale*".

contribuir para a reabilitação do autor da infracção.A mediação penal só pode realizar-se sob mandato do Procurador da República. As partes em conflito não podem recorrer directamente ao mediador. A mediação penal suspende os prazos de prescrição. Para executar a mediação, o Procurador recorre a um serviço associativo de mediação ou a um mediador independente[38]. O processo de designação e de habilitação dos mediadores é regido pelo artigo R.15-33-30 do Código do Processo Penal. A mediação é facultativa para as partes em causa. Respeita os direitos dos queixoso e dos autores presumidos, que podem ser aconselhados ou assistidos a expensas suas pelo advogado que escolherem. O tipo de infracções em causa é da competência exclusiva do Ministério Público. Pode tratar-se de violência ligeira, furto, burla menor, não pagamento de pensão alimentar, não apresentação dos filhos, degradação voluntária, ameaça, injúria, delito de fuga, uso simples de estupefacientes, etc. A mediação em processo penal é gratuíta para as partes. Existem diferentes modalidades de reparação de prejuízos: financeira, material ou simbólica.

20. A *supra* referida mediação em processo penal desenrola-se, de uma forma geral, do seguinte modo: o serviço de mediação de uma associação ou o mediador, requisitados pelo Procurador: convoca por escrito as partes em litígio; recebe as partes em causa, separada ou conjuntamente, explica-lhes os objectivos da medação, obtém, sempre que o Ministério Público não o tiver feito, o respectivo acordo sobre o princípio de participação na mediação; organiza o encontro de mediação que consiste em reunir todas as partes a fim de estabelecer ou de restabelecer laços, um diálogo e encontrar soluções para o litígio; formaliza por escrito os termos de um eventual acordo; informa por escrito o Procurador dos resultados da mediação, após ter seguido, em função do necessário, a evolução do processo durante o período fixado pelo Procurador. O magistrado do Ministério Público verifica a execução das condições (reparação, reembolso) do arquivamento. Toma a decisão judicial de arquivamento ou de instauração de uma acção penal junto do tribunal competente. No caso de, após a mediação, o procurador arquivar o processo, o queixoso será informado do facto.

[38] Desde a criação, em 1990, das "*Maisons de Justice et du Droit*", os processos de mediação desenrolam-se cada vez mais nestas instâncias. Estes centros estão colocados sob a autoridade do presidente do tribunal de grande instância e do Procurador da República.