

Mediação penal

Inserção de meios alternativos de resolução de conflito

Penal mediation

Insertion of alternative means of conflict resolution

*Micaela Susana Nóbrega de Abreu Campanário**

Resumo: O trabalho é resultado da tese de conclusão do curso de pós-graduação – gestão e mediação de conflitos – e tem como objectivo compreender a mediação e seu enquadramento no contexto penal nacional numa justiça de proximidade, portanto, restaurativa. Parte de uma análise empírico-documental para avaliar a satisfação da mediação no sistema de justiça penal em Portugal (Lei nº 21/2007), e das expectativas geradas pelas partes. Se o novo sistema pode ser limitador, por gerar desigualdade na aplicação da pena, ressalta a relevância do “novo” profissional/mediador como agente do processo de desburocratização/desjudicialização e da capacidade das partes para participar em sessões de mediação. O artigo analisa o percurso da justiça “tradicional” à restaurativa e a banalização da justiça penal socialmente desgastada e incapaz. Conclui que a mediação se apresenta como uma forma alternativa de compreender e resolver conflitos, mesmo que possa produzir graus diversos de satisfação nas partes envolvidas.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Conflito. Mediação penal. Direitos sociais.

Abstract: The paper is the result of the thesis conclusion of my pos graduation in “conflict management and mediation”. As objectives: 1) to understand mediation and its framework in the context of a national criminal justice of proximity, therefore, restorative. Part of an empiric-documental analysis to evaluate the satisfaction of mediation in the Portuguese justice system (Law nº 21/2007), and the expectations generated by the parties. If limitative, by generating inequality in the application of the penalty. 2) The relevance of the “new” professional/mediator as an agent of the process of reducing bureaucracy/judicialization and the ability of the parties to participate in mediation sessions. 3) Analysis of the course of the “traditional” justice to the restorative one, of the trivialization of criminal justice socially worn out and incapable. To conclude that, the mediation as an alternative form of understanding and resolving conflicts, even though in can produce different degree of satisfaction of the parties involved.

Keywords: Restorative justice. Conflict. Penal mediation. Social rights.

* Licenciada em Sociologia pela Universidade do Porto, Portugal, especialista em gestão e mediação de conflitos pela Universidade de Cádiz, Espanha, é assistente técnica da Secretaria Regional de Educação e Recursos Humanos em Funchal, Ilha da Madeira, Portugal <micaelacamp@gmail.com>.

O caso português

Com a introdução no ordenamento jurídico português da mediação em processo penal impõe-se a necessidade de o Ministério da Justiça garantir o bom exercício profissional da mediação nesta área tão específica.

Em Portugal a mediação penal, tal qual contemplada na lei, existe (conforme assinalado com pontos na figura 1) desde 2008, em período experimental, conforme nº 1 do art. 14 da lei,¹ nas comarcas definidas pela Portaria nº 68-C/2008, de 22 de janeiro pelo Ministro da Justiça nas comarcas de Porto, Aveiro, Oliveira do Bairro e Seixal. Tendo, posteriormente sido alargado às comarcas do Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Loures, Moita, Montijo, Santa Maria da Feira, Seixal, Setúbal e Vila Nova de Gaia e ainda nas comarcas-piloto de Alentejo Litoral, Baixo Vouga e grande Lisboa Noroeste.²

Figura 1. Mapa de Portugal



Fonte: <<http://www.dgpj.mj.pt>>.

¹ Lei 21/2007, de 12 de junho (referida ao longo do texto como Lei).

² Conforme Portaria nº 732/2009, de 8 de julho.

Para se poder compreender a importância da instituição deste mecanismo de diversão e da sua regulamentação através de Lei, há que entender em que contexto surge, para então passar a explicar o que é, para que serve e de que forma é/está sendo aplicada em território nacional, assim como as críticas inerentes ao mesmo. Surge da necessidade de dar cumprimento a algumas directrizes europeias de forma a integrar-se nesta “rede” internacional promotora de uma justiça de proximidade, assim como de integrar este paradigma de uma “nova” justiça restaurativa que tem vindo a afirmar-se também em todo o mundo, como complementar, se não mesmo, alternativa à justiça tradicional.

A ideia de recorrer a outros modelos, para além do processo judicial, com o fim de resolver conflitos não é recente. A partir da década de noventa do século 20, por toda a Europa, surgiram projectos-piloto de resolução de conflitos penais, em que vítima e agressor tentam alcançar um acordo acerca da reparação dos danos causados pelo delito, através do processo designado por mediação, visando, pela relação estabelecida entre vítima e agressor, a restauração do equilíbrio perturbado pelo delito e a pacificação das situações e ainda, a reparação, de forma construtiva e no interesse da vítima, pelo delincente, responsabilizando-o pelos danos provocados pelo seu acto. A justiça restaurativa pressupõe uma forma inovadora de responder à criminalidade e aos conflitos.³ É uma resposta que leva as vítimas, os delinquentes e a colectividade a reparar, colectivamente, os danos causados, através de soluções alternativas à prática jurídica tradicional. No fundo é uma nova forma de abordar a justiça penal com enfoque nos danos causados à vítima e não na punição aos transgressores. Ela tem como objectivo não só reduzir a criminalidade mas também o impacto dos crimes sobre os cidadãos. “A resolução dos conflitos por esta via parece ter o potencial de fortalecer as relações entre os indivíduos e aumentar a coesão social” (McCold; Wachtel, 2003 *apud* Leite, 2008). Então torna-se pertinente a questão: A mediação é um dos modelos que as práticas restaurativas podem assumir. Mas cumpre os princípios gerais da justiça restaurativa?

O modelo de mediação vítima – agressor é o modelo dominante nos países da Europa continental. A questão do enquadramento jurídico destes projectos tornou-se urgente. Na verdade, só assim será possível oferecer a todos o mesmo serviço e garantir que todos os implicados num processo penal disponham das mesmas possibilidades, independentemente da circunscrição

³ No sentido que Cunha atribui a conflito: “uma percebida divergência de interesse, ou a crença de que as actuais aspirações das partes não podem ser alcançadas simultaneamente” (2001).

judicial do país. Por outro lado, os projectos poderão passar a desenvolver-se de forma mais uniforme. A maior parte dos programas europeus de justiça restaurativa são do tipo “desjudicializado”, isto é, os casos são remetidos para procedimentos restaurativos – na maior parte dos casos, para a mediação – em diferentes fases.

O esquema comparativo resumido no quadro 1 permite-nos constatar as diferenças básicas de ambas as propostas.

Quadro 1. Modelos de justiça

	Justiça retributiva	Justiça restaurativa
Delito	Infracção da norma	Conflito entre pessoas
Responsabilidade	Individual	Individual e social
Controle	Sistema penal	Sistema penal/Comunidade
Protagonistas	Infractor e o estado	Vítima, vitimário e Comunidade
Procedimento	Adversarial	Díálogo
Finalidade	Provar delitos Estabelecer culpas Aplicar castigos	Resolver conflitos Assumir responsabilidades Reparar o dano
Tempo	Baseado no passado	Baseado no futuro

Fonte: Highton; Alvarez; Gregório, 2003.

É marcante a diferença entre as duas propostas, o que nos possibilita entender o propósito da justiça restaurativa como tendo por objectivo a prevenção, envolvendo ambos, agressor e ofendido no processo de tomada de consciência e responsabilização dos actos envolvidos com o intuito final de resolução de conflitos com enorme impacto social. Mas afinal o que é a justiça restaurativa? Ela é uma corrente relativamente recente nas áreas da vitimologia e da criminologia. Surgida em meados da década de 1970, nasce associada à proclamação do fracasso da denominada justiça retributiva, incapaz de dar respostas adequadas ao crime e às problemáticas específicas de vítimas e infractores. O sistema de justiça criminal tradicional concebe e encara o crime – o acto criminoso – como um conflito entre o estado (ou o sistema formal de justiça criminal) e o infractor – o autor do crime. Tem uma natureza retributiva, na medida em que as suas respostas se centram no acto criminoso, por isso é formalmente legalista. Ninguém hoje duvida de que este

sistema se encontra longe da perfeição, estando à vista de todos uma série de elementos indiciadores da sua crise: a finalidade pouco clara da punição (reabilitar e promover a alteração do comportamento do infractor? Inibir outros de praticarem crimes? Afastar, pelo menos temporariamente, o infractor da sociedade, no intuito de protegê-la?), a ineficácia do aumento das penas, os custos astronómicos consumidos pela máquina judicial e, especialmente, pelo sistema prisional, a elevada taxa de reincidência e o escasso envolvimento das vítimas.

Face a este fracasso do actual sistema de justiça criminal, com consequências particularmente visíveis ao nível do crescente sentimento de insegurança – potenciado pela projecção mediática dos processos mais sonantes, diariamente acompanhados pela média, são em abstracto configuráveis por dois caminhos alternativos: ou “mais do mesmo”, isto é, ou se apetrecha o actual sistema de mais meios humanos e materiais, aumentando-se o número de tribunais, de magistrados, de prisões e, eventualmente, se agravam as penas, ou por outro lado, se desenvolvem e exploram novas ideias e modelos para lidar com o fenómeno da criminalidade. A denominada justiça restaurativa trilha este último caminho.⁴ Ela pretende possibilitar uma abordagem particular em caso de violência, viabilizando um diálogo entre vítima e agressor de forma a conferir-lhes voz e vez, objectivando o contrato com o conhecimento e o reconhecimento do dano ou erro, assim como a oportunidade de sua possível reparação. Duas das definições mais recorrentes vão no sentido de entender que “É um processo através do qual as partes envolvidas num crime decidem em conjunto como lidar com os efeitos deste e com as suas consequências futuras” (Marshall, 1997) ou pode muito bem também ser “um processo no qual a vítima, o infractor e/ou outros indivíduos ou membros da comunidade afectados por um crime participam activamente e em conjunto na resolução das questões resultantes daquele, com a ajuda de um terceiro imparcial”.⁵ Ou seja, de que é um mecanismo que bem articulado pelo sistema será de utilidade pública, pois o que pretende é equilibrar o atendimento às necessidades das vítimas e da comunidade e, ao mesmo tempo, a preocupação de reintegrar o agressor na sociedade. Após um momento inicial dedicado primordialmente a cuidar das necessidades da vítima através da utilização de programas dedicados ao duo vítima/agressor,⁶ os projectos baseados no

⁴ Aqui não se trata de desfiar uma narrativa fundamentalista de uma corrente restaurativa face à justiça, dita, tradicional; se não de aludir a constatações face à visão actual de muitos sobre o estado actual da Justiça em muitos países, no qual Portugal não está isento.

⁵ Projecto de Declaração da ONU relativa aos Princípios Fundamentais da Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.

⁶ Victim Offender Programs.

paradigma restaurativo passaram a incluir, cada vez mais, as necessidades do agressor, assim como as necessidades da comunidade. Vítimas, agressores e comunidades são considerados *stakeholders*⁷ dos processos e dos programas de justiça restaurativa.

Mas quais são, no fundo, os objectivos da justiça restaurativa? O objecto de trabalho da *restorative justice* não é o delito, mas sim o conflito consequente ao delito. Esta é uma diferença fundamental. Os contributos da justiça restaurativa são complementares ao tratamento dado ao delito pelo estado. A pena não exclui o conflito, objecto maior dos programas restaurativos. A oportunidade da vítima expor os seus sentimentos e percepção relativos ao dano sofrido, de fazer perguntas que compulsoriamente invadem seu quotidiano e de dizer do impacto que o trauma causou a si e/ou aos seus têm sido aspectos entendidos como relevantes para uma atitude reflexiva e reparadora do agressor e para a restauração da vítima. A possibilidade de conhecer o impacto das suas acções e de eventualmente esclarecer que as consequências do seu acto transcenderam a sua intenção, bem como o reconhecimento do erro, podem igualmente actuar como diferencial para a instauração de uma etapa de melhor qualidade na história do infractor, assim como contribuir para o processo restaurativo de ambos, infractor e vítima.

Mas efectivamente podemos afirmar que todos os conflitos podem ser tratados pelo paradigma restaurativo? Todos os conflitos em que as partes e as microcomunidades envolvidas possam beneficiar-se de quaisquer dos instrumentos que tenham como resultado os propósitos restaurativos. Caso esses benefícios sejam identificados como possíveis, os métodos restaurativos podem ser usados em qualquer estágio do processo de justiça criminal. No fundo, a restrição ao uso dos recursos restaurativos diz mais respeito à capacidade reflexiva e à capacidade de reparação e de restauração das pessoas eleitas para participar de processos dessa natureza.

A mediação penal

O problema do acesso à justiça não é apenas permitir a todos recorrer aos tribunais; implica que se procure realizar a justiça no contexto em que se colocam as partes; nesta óptica, os tribunais só desempenham um papel indirecto e, talvez mesmo, menor... (Hespanha, 1993).

A mediação surgiu como uma forma de luta contra os disfuncionamentos do sistema judicial, como uma forma de justiça informal, ou seja, como um

⁷ Integrantes de uma rede interactiva de pessoas.

modo alternativo de resolução de litigiosidade para além da justiça formal.⁸ O objectivo, quer nos EUA (1980) quer em França, mas também em Portugal, é descongestionar a instituição judicial, acabando por ser qualificada como uma justiça de segunda classe ou dos pobres porque apenas a ela recorre quem não dispõe de meios para sustentar um processo judicial.

Em 1990, apareceram os primeiros textos jurídicos, nomeadamente na Europa, com as recomendações da União Europeia, que enquadram e institucionalizam a prática da mediação como forma de pacificação de conflitos. Em termos profissionais, verifica-se a partir de 2000 uma tendência de reagrupamento de profissionais e organizações,⁹ não obstante a heterogeneidade dos percursos de formação, tal como é exigido actualmente em países como a França.

Legalmente, a mediação foi definida em Portugal nos seguintes termos: “A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociável e amigável para o conflito que as opõe”.¹⁰

Na apreciação feita pelo Conselho Superior de Magistratura ao anteprojecto de diploma sobre a matéria, este afirma que a implementação deste mecanismo de diversão “trará seguramente vantagens, em primeira linha para as vítimas, e que contribuirá para descongestionar o sistema tradicional de justiça, relativamente à pequena criminalidade, permitindo-lhe mais dedicação à criminalidade mais grave”.¹¹ Posteriormente a mediação penal foi introduzida no ordenamento português, através de Lei. O 17.^o Governo Constitucional executa assim o disposto no artigo 10 da Decisão Quadro n.^o 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia,¹² relativa ao estatuto da vítima em processo penal,¹³ que determina que os Estados Membros se devem esforçar por promover a mediação, no âmbito de processos de natureza criminal.

⁸ Para Gestoso, o diferenciador deste conceito esta na: “intervenção de uma terceira parte para resolver o conflito e o seu necessário carácter imparcial” (2007).

⁹ Réseau de Médiateurs Associés – para criar uma identidade comum.

¹⁰ N.^o 1, do art. 35, da Lei n.^o 78/2001, de 13 de julho.

¹¹ <<http://www.csm.org.pt>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

¹² <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/>> Acesso em: 2 fev. 2010.

¹³ Consultei para tal tanto o Código de Processo Penal quanto o Código Penal, este último coordenado por Rocha e Cruz, 2004.

O Sistema de Mediação Penal (SMP) e seu processo

O SMP¹⁴ tem competência para mediar litígios resultantes da prática de determinados crimes.¹⁵ Ora, para haver lugar à mediação é necessário, designadamente que: exista um processo-crime; estejam em causa crimes que dependam de acusação particular ou crimes contra pessoas ou o património cujo procedimento penal dependa de queixa; estejam em causa crimes contra as pessoas ou contra o património; o tipo de crime em causa preveja pena de prisão até 5 anos ou pena de multa;¹⁶ o ofendido tenha idade igual ou superior a 16 anos; não estejam em causa crimes contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual; a forma do processo em causa não seja a forma de processo sumário¹⁷ ou a forma de processo sumaríssimo.¹⁸

Ora, alguns dos crimes susceptíveis do recurso à mediação são, por exemplo: ofensas à integridade física simples ou por negligência; ameaça; difamação; injúria; violação de domicílio ou perturbação da vida privada; furto; abuso de confiança; dano; burla/burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços; usura etc. Durante a fase de inquérito, fase processual em que se investiga a prática de um crime, o arguido e o ofendido podem, voluntariamente e através de decisão conjunta, requerer ao Ministério Público a remessa do processo para a mediação.¹⁹ Também o MP pode, durante a mesma fase do inquérito, e caso tenha recolhido indícios da prática do crime e de quem foi o agente que o praticou, remeter o processo para este mecanismo, se entender que desse modo se pode responder às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. Nesse caso só haverá mediação se ambos, arguido e ofendido, concordarem. Ora, sempre que da mediação resulte acordo o MP tem obrigatoriamente de verificar se ele é legal e, em caso afirmativo, esse acordo equivale à desistência de queixa por parte do ofendido e à não oposição do arguido, concluindo desta forma o processo de mediação penal.²⁰ Mas, caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, o ofendido pode renovar queixa no prazo de um mês e o Inquérito será reaberto. Há também que frisar, que em Portugal o recurso

¹⁴ Sistema de Mediação Penal, doravante assim mencionado no texto.

¹⁵ Conforme P. nº 68-C/2008 de 22 de janeiro e que aprova o regulamento do Sistema de Mediação Penal.

¹⁶ Alínea a) do nº 2 do art. 2º da Lei nº 21/2007 de 12 de junho.

¹⁷ Art. 381 do CPP (Código de Processo Penal).

¹⁸ Art. 392 do CPP (Código de Processo Penal).

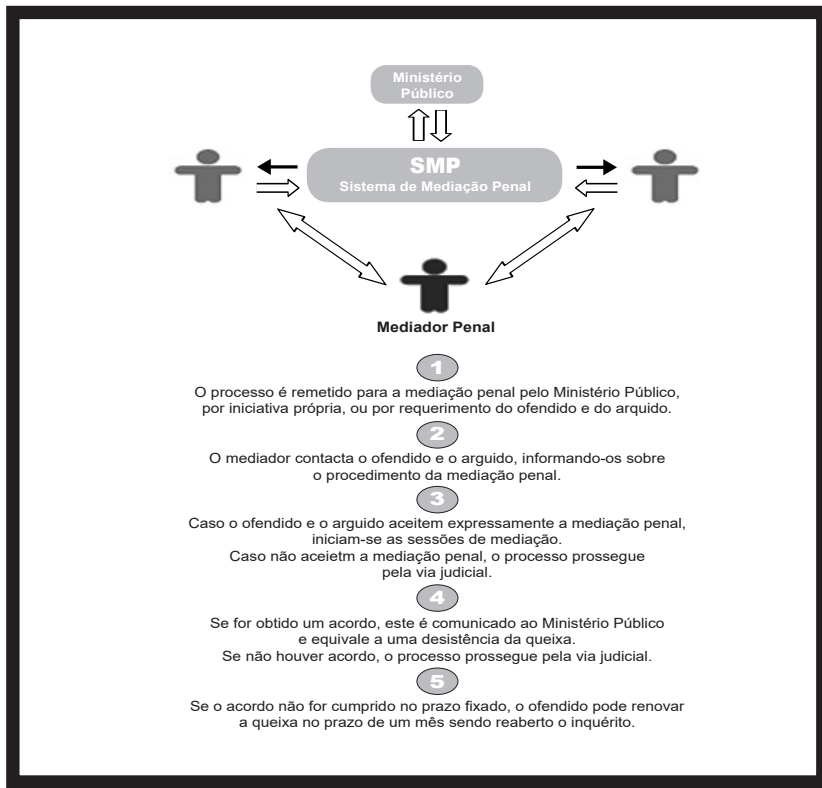
¹⁹ “[...] nos casos em que esta é admitida ao abrigo da presente lei, [...]”, conforme nº 2 do art. 3º da Lei 21/2007.

²⁰ Conforme o disposto do nº 5 do art. 5º da Lei.

e a utilização do SPM são gratuitos,²¹ independentemente do número de mediações.

O diagrama de funcionamento, ilustrado na figura 2, revela-nos o acima descrito de forma bem simplificada e extremamente acessível aos que consultem on-line o gabinete oficialmente responsável²² pela aplicação e regulação do SPM.

Figura 2. Sistema de mediação penal



Fonte: <<http://www.dgpj.mj.pt>>.

A configuração típica de um processo de mediação em contexto penal abrange quatro fases,²³ das quais agora só se mencionam duas características

²¹ “[...] não há lugar ao pagamento de custas, aplicando-se no demais o disposto no livro XI do Código de Processo Penal e no Código das Custas Judiciais”, conforme art. 9º da Lei.

²² <<http://www.gral.mj.pt/>>.

²³ Quadro 2

importantes ao processo de mediação, mas fundamentalmente porque são as que não reúnem consenso, nem na apresentação formal nem na informal. Falamos objectivamente: a) mediação directa/indirecta e, b) pré-mediação. Cumpre aqui proceder a uma importante distinção entre mediação directa e indirecta: na mediação directa vítima e infractor encontram-se efectivamente, “cara-a-cara”;²⁴ na mediação indirecta tal não sucede, pelo que o contacto entre aqueles é efectuado através de um intermediário – o mediador –, que ou transmite oralmente a cada um, as mensagens do outro, ou entrega as cartas ou os depoimentos gravados em áudio ou vídeo. Se é certo que a mediação directa é mais consentânea com os princípios e características da justiça restaurativa e tem provado na prática ser mais eficaz e satisfatória,²⁵ não é menos verdade que a mediação indirecta tem sido também profusamente (nalguns casos²⁶ até maioritariamente) utilizada, pois casos há em que vítima e/ou infractor, querendo participar num processo de mediação, não pretendem encontrar-se directamente com o outro o que, em nome da autonomia e da voluntariedade que lhes assiste, é aceite pela entidade responsável pela mediação.²⁷ Já quanto à pré-mediação, esta fase não está em termos legais devidamente esclarecida, nem consta como requisito de obrigatoriedade no processo.

Quadro 2. Fases do processo de mediação

Fase inicial	A entidade responsável pela selecção de casos envia a situação para os serviços de mediação
Pré-mediação	O mediador contacta (em separado) a vítima e o infractor, confirmando que ambos reúnem os pressupostos para participar na mediação (designadamente se estão em condições psicológicas de fazer com que esta decorra de modo construtivo, se a vítima não sofrerá vitimação secundária decorrente do encontro com o infractor, se ambos percebem a sua participação como voluntária) e preparando-os para a mediação – esta fase é geralmente designada pré-mediação
Mediação directa*/ indirecta ^o	Os intervenientes encontram-se* e, na presença do mediador, apresentam a sua versão dos factos, exprimem os seus sentimentos e emoções, tentam acordar quanto à natureza e extensão do dano de modo a identificar os actos necessários à reparação – é a sessão (ou sessões) de mediação propriamente dita – ou – não se encontram ^o (por ser demasiado penoso) e “debatem” por intermédio do mediador.
Mediador/Ministério Público	A entidade responsável pela monitorização do acordo verifica o seu cumprimento

Fonte: Chumbinho, 2007.

²⁴ Cunha, por ser um especialista mais em mediação familiar, defende esta mediação “cara-a-cara” (2004).

²⁵ Única forma permitida no nosso ordenamento jurídico.

²⁶ Em países como a Inglaterra.

²⁷ Esta é efectivamente uma crítica feita à nossa lei.

De qualquer forma, experiências provam a eficácia desta medida para o sucesso da mediação. Ela envolve os participantes individualmente numa primeira fase, e é sempre anterior ao consentimento que as partes poderão dar para então proceder-se à mediação. Não podemos descuidar o cuidado que o mediador terá aqui, importância crucial, pois as pessoas não devem ser sujeitas a encontros “forçados”. O objectivo desta fase é essencialmente o de esclarecer, explicar e informar as partes do que é a mediação, suas regras, os direitos inerentes às partes num primeiro momento e posteriormente, num segundo, ouvir os envolvidos sobre os factos que motivaram o processo, assim como perceber as expectativas de ambos, sem deixar de tentar compreender o que as partes entendem por solução justa face à situação de conflito. Atendemo-nos então a aplicação do SPM em Portugal.

Segundo dados extremamente recentes,²⁸ podemos finalmente, ter um olhar, embora ainda muito generalista, mas real, do que tem ocorrido nas comarcas onde o mesmo tem aplicação efectiva. Olhemos então o quadro 3.²⁹

Quadro 3. Sistema de Mediação Penal

	Sistema de Mediação Penal		
	2008	2009	2010
Pedidos de informação	35	18	3
Pedidos de mediação	95	224	131
Pré-Mediações	95	224	131
Processos de mediação findos	30	87	118
Com acordo	16	47	34
Sem acordo	14	40	27
% de acordos obtidos	53,33	54,02	28,81
Taxa de resolução processual	49,47	64,73	401,46
Duração média dos pedidos de mediação em dias	90	99	398

Fonte: <http://www.siej.dgpi.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634993791175616250>.

²⁸ E únicos, até à data publicados em Portugal. Após tentativas várias de acesso a algum material estatístico sobre a matéria, pedidos formais das mesmas em sede própria (Ministério da justiça, GRAL – Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios, Pordata e outros), todas as respostas foram no sentido da não existência de dados até ao referido momento, por ser uma experiência recente, ou simplesmente: os dados serão publicados oportunamente. Assim foi. Dados publicados na página oficial do GRAL, <<http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/65>> a 16 maio 2010. Acesso em: 21 maio 2010.

²⁹ <http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estatistica_MP.pdf>. Acesso em: 21 maio 2010..

Não podemos analisar a supra referida situação sem frisarmos algumas elações essenciais para que se possa ter um olhar mais preciso. Os dados são bastante insuficientes para uma análise crítica minuciosa. Ora, temos de ter em conta que os dados se referem à Portugal, ou seja, ao todo onde a mediação penal actua, não podendo assim aferir onde ela é mais solicitada ou, mesmo, onde ela é mais bem sucedida, em que distrito ou comarca, só aí poderíamos tecer algumas considerações de âmbito social, bastante pertinentes. Igualmente não existe descrição, ou separação, em relação aos crimes per si, limitando igualmente a nossa análise. Será deveras interessante, futuramente, compreender em que tipo de litígios este mecanismo ocorre com maior frequência e quais os conflitos mais passíveis de acordo ou mesmo de desistência.

Pois fiquemo-nos com os dados gerais que já, por si só, suscitam algumas perplexidades. Começo pelo que mais me intrigou neste olhar os números. Refiro-me ao número dos pedidos de Informação. Curioso observar o decréscimo de ano para ano. Ora, sem nenhum estudo ainda realizado em torno de dados estatísticos referentes a este mecanismo,³⁰ a minha análise é meramente factual embora, sempre com um olhar sociológico em torno desta questão. Por isso mesmo, vejo este dado como um dos mais curiosos. E porquê? Questiono-me se terá a ver com o contexto social português, com a nossa cultura de pouca informação sobre matérias deste e outros âmbitos. Ou por outro lado, poder-se-á pensar que quando ocorre uma queixa-crime em sede própria, esta informação é imediatamente divulgada e explanada ao cidadão? Ou, simplesmente não interessa ao cidadão português informar-se sobre tal matéria, e em especial os envolvidos em tal processo, pois são esclarecidos que é mais célere e mais económica, portanto, é a ela que recorrem, mesmo desinformadamente? São questões que deixo no *limbo*.

Podemos sim analisar, sem jamais esquecer que, ao olharmos os números temos de ter em conta que estes se referem a dois anos completos (2008-2009), mas efectivamente, os dados referentes ao ano de 2010 só poderão ser analisados no cômputo total de 4 meses. Dito isto, podemos então constatar que em média, há um aumento substancial (uma média de mais 129 pedidos de 2008 para 2009) de ano para ano de pedidos de mediação, o que podemos ter como algo positivo. Resta-nos aferir se estes dados se referem exclusivamente às partes, ou seja se este número corresponde a pedidos pelas partes, ou pedidos por parte do Ministério Público?! Também não podemos ter certeza

³⁰ Ao contrário da mediação, por exemplo, nos Julgados de Paz, onde já existe material estatístico relevante, em Portugal.

se a terminologia aqui aplicada “pedidos”, poderá ser também contabilizada como “remessa para” a mediação, daí as dúvidas. De qualquer forma os dados são abonadores em ambas as situações, pois também poderá revelar um acréscimo da sensibilidade das instituições judiciais para este mecanismo. Futuramente se saberá. Não posso deixar de assinalar os dados referentes à duração média (em dias), revelador, sem dúvida, de que é apanágio, como muitos defendem, deste sistema uma rapidez em nada comparável com a actual justiça “tradicional”. Se calhar, um dos maiores atractivos e responsáveis pelos dados quanto ao aumento de pedidos. Importante é constatar que é idêntico o número de pedidos e o número de pré-mediações. Embora seja uma tática defendida pela maioria, suscitou-me enorme surpresa que todos os casos tenham sido iniciados através da pré-mediação, assim como parece ter sido essencial, pois, e segundo os números, ela demonstra ser uma mais-valia ao sucesso deste mecanismo em sede penal.

Não posso terminar esta breve análise sem referir o dado que, não sendo o mais importante do ponto de vista sociológico, é-o, sem dúvida, do ponto de vista institucional: a taxa de resolução processual, ou seja, o êxito da mediação, o acordo. Os dados são animadores, se tivermos em conta que de ano para ano a percentagem de acordos obtidos vai gradualmente aumentando de forma positiva. Em 2008 tínhamos uma percentagem de 53,33% enquanto em 2009 ela é de 54,02%. Poderá dizer-se: menos de 1 ponto percentual? É verdade. Mas em matéria tão recente e tendo em conta os delitos passíveis de serem mediados, não se pode considerar tão irrelevante. Se atendermos ao facto que já no ano de 2010, num período tão reduzido, se tenha já alcançado a média dos 28,81%, poderemos sem dúvida perspectivar um caminho positivo. Não podemos, no entanto, descurar alguns pormenores que envolvem estes resultados: a inexperiência bastante compreensível dos agentes envolvidos (o mediador, um novo profissional); o próprio processo em si, tão recente em matéria penal; a legislação que tem vindo a ser adaptada especialmente no que ao mediador diz respeito etc. Tudo isto, são razões possíveis de explicação deste aumento gradual estar a dar-se lentamente. De qualquer forma, e no meu entender, estes dados são reveladores, de forma positiva, quanto ao real interesse que esta matéria traduz em termos práticos num caminho para uma justiça de proximidade, mais célere, mais eficaz, mais acessível a todos e menos burocrática.

Pois este capítulo não poderia encerrar-se sem algumas considerações sobre a matéria em causa.

Se é verdade que mediação penal e justiça restaurativa são conceitos frequentemente confundidos, e se é verdade que o desenvolvimento da

mediação no âmbito penal se tem feito a coberto do movimento restaurativo ou reparador, constituindo a mediação, pelo menos na Europa, no modelo por excelência das práticas restaurativas, é também fundamental distingui-los. A mediação penal é apenas um dos modelos que as práticas restaurativas podem assumir, e nem sempre as práticas de mediação cumprem os princípios gerais da justiça restaurativa. Por se concluir que a mediação nada mais é que um método, ou técnica, entre outros, de resolver conflitos, pode por isso mesmo, ser aplicada em diversos e distintos contextos para servir os mais diversos objectivos. É desta forma que, a mediação no âmbito penal tanto pode ser um instrumento na realização de ideais restaurativos³¹ como um meio de restabelecer a confiança do público no sistema de justiça penal, humanizando-o e tornando-o mais flexível e mais “eficaz”. Pode ainda ser utilizada para reagir de modo “socialmente mais visível às infracções menores, contribuindo, nessa medida, para reforçar e estender os mecanismos de controlo social” (Castro, 2008, p. 20).

Um novo profissional: o Mediador Penal

As Nações Unidas definiram em 2002 de forma clara que o processo restaurativo é qualquer processo no qual a vítima, o agressor e/ou qualquer indivíduo ou comunidade afectada por um crime participem junto e activamente da resolução das questões advindas do crime, sendo frequentemente auxiliados por um terceiro investido de credibilidade e imparcialidade. Ora nada mais do que: O Mediador.

Segundo o Gral,³² a actividade de mediação deve, genericamente, obedecer a elevados padrões de qualidade e de exigência, pelo que, estando em causa a prestação de um serviço público, esses padrões devem estar presentes, desde logo, na formação e na qualificação dos mediadores penais. De resto, na alínea d) do artigo 12 da Lei, prevê-se o reconhecimento pelo Ministério da Justiça de cursos de mediação penal.³³ Os critérios a observar pelas entidades formadoras que apresentem requerimentos com vista ao reconhecimento de cursos de mediação penal estão estabelecidos na Portaria nº 237/2010, de 29 de abril.³⁴

A função deste terceiro independente no processo resolutivo de conflitos é dotada de elementos que delimitam especificamente a sua função no decorrer

³¹ Através do reconhecimento das necessidades da vítima e do direito que tem a ser reparada, responsabilização do delincente e reconhecimento do direito que lhe é devido à reintegração social, restabelecimento da paz social, redução do sentimento de insegurança das vítimas e da sociedade em geral.

³² <<http://www.gral.mj.pt/>>

³³ Alínea d) nº 1, art. 7º do anexo da P. nº 68-B/2008

³⁴ Aprova o regulamento de reconhecimento dos cursos de formação de mediadores de conflitos para prestar funções no âmbito da mediação.

até à conclusão deste processo e que sem o seu escrupuloso cumprimento, a mediação ficará seriamente comprometida. Para se ser mediador é imprescindível compreender os meandros da finalidade da mediação e compreender o seu papel, o qual se pauta por elementos como: não ter poder para tomar decisões, ser imparcial, apoiar e facilitar a procura voluntária de uma solução conveniente para as partes, assim como finalizar a intervenção quando atingido o objectivo ou, igualmente, quando não resulta satisfatório para as partes. Não só é necessária a compreensão destes itens como possuir, também, características discernentes para que não caia em falácias como tomar partido, ou sentir-se obrigado a um papel terapêutico, ou mesmo se encontrar em situação de conflito quanto à sua própria neutralidade e imparcialidade em situações concretas. Por ser humano, nenhum mediador está imune a qualquer uma destas situações, tem é de ser capaz de se aperceber das mesmas e de quando o seu trabalho está comprometido, tendo a lucidez para pedir o seu afastamento quando tudo o supra citado estiver em causa (cf. nº 2, art. 10 da Lei).

A mediação representa uma mudança de paradigma que se inscreve numa prática profissional que não se improvisa, que necessita de uma formação específica, um modo específico de pensar e intervir com instrumentos estruturados e competentes.

O mediador é neutro e actua como intermediário entre as partes, devendo ser imaginativo e proactivo na procura de soluções e compromissos entre as partes. Não é a solução do mediador, é a solução das partes. O mediador não emite opiniões nem qualquer tipo de julgamentos. Porque para haver mediação tem que haver liberdade, liberdade para ser independente, e imparcial.

A intervenção do mediador permite uma abordagem a vários níveis e dimensões sendo uma delas a mediação – comunicação em que o mediador, enquanto pedagogo da comunicação, restabelece relações de confiança, dimensão analisada ao longo das diferentes intervenções efectuadas. O mediador tem também uma intervenção que pode ser vista como educativa, numa lógica de educação para a cidadania. Por outro lado, e já num contexto específico penal, tem um papel de securização, enquanto instrumento de controlo e restauração da paz social, acalmar as tensões na sociedade, ainda pouco debatida e estudada, mas que está bem presente em muitos modelos de intervenção relacionados com o sistema judicial.

Os mediadores enquanto actores do intermediário, para além do sistema judicial, devem ter a preocupação de difundirem e inscreverem a sua actividade na sociedade civil. Porque, desta forma, estão também a desenvolver esforços para que a implementação da mediação tenha um papel pedagógico e de cultura de pacificação dos conflitos e das relações humanas.

O mediador é um profissional no apoio, na reflexão, e na tomada de decisão em situações complexas em termos comunicacionais. A mediação por ser um processo estruturado que visa o acompanhamento na tomada de decisão e a responsabilização e a autonomia dos indivíduos, exige um quadro de intervenção específico com exigências éticas e deontológicas que caracterizam a acção do mediador.

Há os que pensam que ser mediador até se pode improvisar, poucos são os que pensam que se trata de uma autêntica técnica com um processo específico, com técnicas de entrevistas próprias. A mediação é uma técnica, um saber fazer, uma técnica para levar uma pessoa a falar com um determinado objectivo, o da pacificação relacional. O mediador vai criar regras que lhe vão permitir intervir enquanto regulador da relação, e tais regras são universais. São simples. É fazer dizer a cada um que não imporá nada, não proferirá juízos de valor, não ofenderá, não reprovará, não pensará pelo outro. Ele deve ter essa capacidade de fazer emergir os princípios da mediação e depois conseguir regular e manter esses princípios.

A importância do mediador já foi referenciada por vários autores, e não se pode resumir ao próprio processo de mediação, como uma peça mais deste processo. Pois como sabemos, a sua intervenção no nosso ordenamento jurídico não é novidade, como podem atestar os exemplos da mediação nas matérias da competência dos julgados de paz ou na mediação familiar ou laboral. Contudo a sua introdução na administração da justiça penal “[...] convoca a necessidade de o enquadrarmos em uma das tradicionais vestes dos sujeitos do processo criminal. É um dado adquirido que o mediador não é um sujeito processual, não conduzindo ele o litígio penal, nem tendo qualquer posição autónoma face ao objecto do processo” (Leite, 2008, p. 122).

Sem a visão da sua importância como profissional, fundamental, mas ao mesmo tempo independente deste mecanismo, perdemos o foco da importância do mesmo para o todo dentro do próprio sistema judicial. Experiências existem demonstrativas de que a aplicação prática dos modelos restaurativos tem conduzido à criação de novas profissões e de mais indivíduos com intervenção no sistema penal, contribuindo para minorizar o seu entorpecimento e, sobretudo, para uma desburocratização impregnada desde há muito no sistema judicial tradicional, que sabemos, nos tempos que correm só contribuem para a descrença geral da justiça tal qual é vista pelos cidadãos. Não podemos esquecer que a relação entre a acção do mediador e os resultados que daí advêm é que gradualmente determinam quais são as chaves da eficácia deste mecanismo. Assim, e num percurso em direcção a uma justiça cada vez mais próxima dos cidadãos, este profissional cumpre um papel cada vez

mais importante neste caminho face a uma justiça mais próxima, célere e eficaz.

Conclusões

Este trabalho teve como propósito um olhar sobre o processo de mediação penal e a sua aplicação no contexto português. Para tal foi necessário discorrer sobre o conflito, base fundamental para se compreender o surgimento, a necessidade de se criarem mecanismos alternativos de resolução de conflito. Quanto ao tema fundamental, um olhar aberto, atento e despreconceituoso foi necessário, de forma a compreender a aplicação da lei e, ao mesmo tempo, não se deixar contaminar por enviesamentos da justiça restaurativa versus uma justiça mais tradicional. Compreender primeiramente os meandros dos mecanismos de diversão, foram fundamentais para perceber a integração de um desses mecanismos: a mediação, em sede penal e na legislação efectuada para o efeito.

Resta-me reforçar a minha convicção de que a mediação penal pode ser um instrumento deveras valioso para o tratamento de questões como a dita “pequena” e “média” criminalidade, ao mesmo tempo que rejeito a ideia de que ela é só mais uma resolução para uma crise da justiça. Não abarco a ideia nem tão pouco as perspectivas mais radicais da justiça restaurativa como salvadora universal dessa mesma crise, mas reforço a sua importância para a fomentação do uso de outros mecanismos que, conjugados, serão certamente mecanismos de reforço importante a uma rede europeia e mundial que revê cada vez mais numa justiça de proximidade, mais desburocratizada, mais célere, mais económica e com certeza, justa e eficaz. É importante referir que as críticas que decorrem deste mecanismo aplicado à matéria tão sensível vão, também, no sentido de não permitir que através de mecanismos tão válidos se escondam descriminalizações encapotadas, ou seja, falta de coragem política. O importante papel do estado não pode ser demitido da sua função de controlo democrático. E é valendo-se destes argumentos que muitos, ao olhar a mediação penal, temem que se transforme este mecanismo e outros naquilo que não são: meros instrumentos de gestão processual. O tempo e a sua aplicação concreta são recentes no nosso ordenamento, e por isso também, ainda cedo para ressaltar os pontos positivos mais que as críticas.

Parece-me que as críticas vão mais no sentido da aplicabilidade da lei do que criticar o mecanismo que é escolhido para a resolução do conflito penal. Por isso, não significa um juízo de inutilidade da mediação, pois as suas virtudes relativamente às vítimas são por demais reconhecidas. Deve assim ser perspectivada como um dos instrumentos integrantes de um plano alargado de apoio e assistência que, em conjugação com outros, pode contribuir

decisivamente para a ultrapassagem por aquelas dos efeitos resultantes do crime sofrido. Os dados que existem são deveras insuficientes para mais considerações.

Termino considerando que a mediação traz para o mundo jurídico um olhar voltado para o indivíduo, devendo a sua prática ser salutar ao direito e à justiça, apontando para um caminho de transformação e renovação, sem esquecer o papel fundamental do mediador como parte essencial ao processo de humanização, contribuindo para uma maior proximidade entre os cidadãos e a justiça.³⁵

Referências

CHUMBINHO, João. *Julgados de paz na prática processual civil: meios alternativos de resolução de litígios. Mediação, conciliação, arbitragem e negociação*. Lisboa: Quid Juris Sociedade, 2007.

CASTRO, Josefina. Justiça restaurativa e mediação penal: um projecto de investigação-acção. In: *Actas do Colóquio Mediação, uma forma de resolução alternativa de conflitos*. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2008.

CUNHA, Pedro. (Org.). *Actas do Colóquio Mediação, uma forma de resolução alternativa de conflitos*. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004.

CUNHA, Pedro. *Conflito e negociação*. Lisboa: Asa, 2001.

GESTOSO, Carlos Guillén. *Estratégias de negociação*. Mungalde: Pedago, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1993.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys; GREGÓRIO, Carlos. *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario*. Buenos Aires: Ad-Hoc Ediciones, 2003.

LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos*. Um novo “paradigma” de justiça? Análise crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MARSHALL, T. F. Seeking the whole justice. In: HAYMAN, S. (Org.). *Repairing the damage: restorative justice in action*. London: ISTD, 1997.

ROCHA, Isabel; CRUZ, Clara. (Coord). *Penal*. 5. ed. Porto: Porto Editora, 2004.

Data de recebimento: 02/11/2011.

Data de aprovação: 30/03/2013.

Autora correspondente:

Micaela Campanário

Impasse da Estrada do Livramento n. 7 Esq.

9050-227 Funchal – Ilha da Madeira – Portugal

³⁵ A pesquisa foi toda feita entre 2009 e o 1º trimestre de 2010, ressaltando-se, assim, que já existem alguns dados mais recentes quanto à aplicação prática da mediação penal em Portugal, sendo estes, substanciais para um futuro trabalho sobre esta matéria.