

UMA LEITURA HUMANISTA DA MEDIAÇÃO PENAL. EM ESPECIAL, A MEDIAÇÃO PÓS-SENTENCIAL ⁽¹⁾

ANDRÉ LAMAS LEITE ⁽²⁾

SUMÁRIO: 1. Noção de «justiça restaurativa» e suas modalidades. 2. Mediação «pré-sentencial» (*eixo da prevenção da Pastoral Penitenciária*). 3. «Crónica de uma morte anunciada»? Porque não funciona a mediação penal em Portugal. 4. Mediação «penitenciária» e «pós-sentencial» (*eixo da intervenção em contexto prisional*). 4.1. Dados de Direito Comparado. 4.2. A situação em Portugal. 4.3. Algumas pistas para o futuro.

*(...) [T]odos temos de carregar os nossos próprios grilhões,
mas quanto mais frequente e intensamente, libertos de todos os designios,
nos sentirmos próximos da totalidade do universo,
tanto mais essas correntes aliviarão e se tornarão ligeiras (...)*

HERMANN HESSE, *Da Felicidade*, p. 84.

1. NOÇÃO DE «JUSTIÇA RESTAURATIVA» (JR) E SUAS MODALIDADES

I. O que seja JR e as várias modalidades que a mesma pode assumir é tema abundantemente tratado em Portugal e no estrangeiro, pelo que

⁽¹⁾ Corresponde, sem alterações, à conferência que o autor levou a efeito no «1.º Congresso Ibérico de Pastoral Penitenciária», realizado em Fátima, a 2/5/2014. Atendendo à natureza da intervenção, a mesma mantém um claro estilo oral e quase totalmente desprovida de referências doutrinárias. Por opção expressa do autor não se seguem as regras decorrentes do Acordo Ortográfico de 1990. O autor agradece, muito reconhecido, ao Senhor Padre JOÃO GONÇALVES e ao Senhor Dr. RICARDO VARA CAVALEIRO a honra e a oportunidade do convite e saúda, publicamente, o muito relevante trabalho que vem sendo desenvolvido pelas Pastorais Penitenciárias dos Estados representados naquele Congresso.

⁽²⁾ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

aqui nos consentimos uma brevíssima referência estereotipada às características que, por regra, vão sendo apontadas pelos autores ⁽³⁾ e pela legislação.

Assim, a JR tem-se desenvolvido por contraponto ou mesmo por oposição à dita «justiça tradicional», ou seja, aquela que melhor conhecemos, por ser a contida nos Códigos Penal e Processual Penal, com o Tribunal como terceiro imparcial, representante democrático do poder monopolista sobreano de o Estado administrar a Justiça em nome do Povo (art. 202.º da Constituição da República Portuguesa, doravante, CRP). Quando mais essa forma está em crise, mais se desenvolvem modalidades *complementares* ou *alternativas* ao seu funcionamento ou, até mesmo, à respectiva filosofia de base que a ilumina. Neste domínio, vários podem ser os matizes defendidos: a criação de um sistema totalmente «novo», eivado de princípios muito distintos dos tradicionais, a de um sistema enxertado no classicamente existente e com consequências jurídicas que este último admite, a limitação da JR a uma mera técnica que auxilie a «justiça tradicional» no tratamento de todo o tipo de criminalidade ou somente de determinados delitos, em regra dotados de um potencial de ofensividade pequeno ou médio.

Talvez para uma primeira aproximação importe analisar os dois «sistemas» na sua pureza, *i. e.*, nos seus traços prototípicos, o que não deve obnubilar a grande diferenciação existente na literatura quanto ao conceito, finalidade e funções da JR. Uma advertência ainda: é habitual que a dita «justiça tradicional» apareça referenciada como «justiça retributiva», por oposição à JR. Tal não é político-criminal ou dogmaticamente exacto, ao menos nos Estados do nosso entorno jurídico-cultural. Ao invés, a concepção quanto ao sempiterno problema dos fins das penas é de feição preventiva-geral (positiva), conjugada com a prevenção especial de ressocialização, sempre que possível. Essa designação justificar-se-á, porventura, na medida em que boa parte da investigação sobre a JR tem sido conduzida nos EUA e, em geral, nos países do *common law*, onde uma concepção retributiva é preponderante, a justo título se falando mesmo em um *punitive turn* ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Remetemos os leitores, de entre outros, para a nossa monografia *A mediação penal de adultos. Um novo «paradigma» de justiça?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁽⁴⁾ Sobre o tema, cf. o nosso «“Nova penologia”, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna, in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (org.), *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 395-476. Existe tradução

Feita a advertência, diga-se, então, que para o modo tradicional de administrar a justiça, entendido na forma prototípica atrás referida, o Penal representa a inflicção de uma reacção criminal em que ao mal do delito se responde com o mal da pena (visão retrospectiva) e o crime é encarado — ao menos na noção formal de *ius puniendi* — como a violação da Lei; a vítima surge como um sujeito ou participante processual (mais, até, nesta última veste), em que a justiça é vertical, aplicada por um órgão de supra-ordenação (o Tribunal), por isso sendo amiúde designada de «justiça de espada»; a comunidade afasta-se, *rectius*, é afastada do conflito penal (o «roubo de conflitos», de NILS CHRISTIE), existindo uma profissionalização da representação estatal e de todos os sujeitos processuais, até ao ponto de o debate criminal operar, sobretudo — ou mesmo exclusivamente — entre eles, em uma linguagem fechada e propositadamente hermética; donde, um processo formal e formalizado, em que cada um desempenha um «papel» pré-definido, o que contribui para uma cultura de ocultação do crime; o conceito de verdade é relativo e somente importa aquele que é válido intraprocessualmente.

Pelo contrário, a JR almejava um processo de «curar» (*healing*) as relações sociais, olhando para o futuro de jeito prospectivo, encarando o crime como a quebra de uma relação de confiança entre o cidadão e o Estado, ou melhor, entre os cidadãos — o que é um interessante entendimento das *teses contratualistas*; a vítima tem o papel de centralidade em toda a discursividade e prática penais, sendo que o processo deve ser orientado para ela, falando-se então de uma «justiça de escudo», em que a comunidade é chamada a intervir, dado que o crime mexe com toda a estrutura social e não é um assunto de «profissionais», mas de todos; para tal exige-se um menor formalismo processual, uma justiça consensualizada, de compromissos possíveis, de acordos, de negociação e concessões, de contrapartidas socialmente aceites em que os rituais da *desculpa* e do *perdão* desempenham um papel não despreciando; mais do que a centralidade da aferição da culpa do agente, o que está em causa é uma ideia de *accountability*, que podemos traduzir por «responsabilidade», embora o termo inglês seja mais amplo: importa, sobretudo, que o agente compreenda as consequências que a sua acção ou omissão provocaram e que

castelhana em «“Nueva penologia”, *punitive turn* y Derecho Penal: *quo vadimus?* Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna», in: *InDret*, 2, 2013, disponível em <http://www.indret.com/pdf/965.pdf>, acedido em 10/1/2015. Todas as referências a documentos online estavam disponíveis nesta data.

se esforce ao máximo por repará-las, em primeiro lugar e se possível, *in natura* e só depois por mero equivalente (que não necessariamente monetário); segue-se uma cultura de transparência e de abertura processual, por contraponto à opacidade, legalismo e tecnicismo da «justiça tradicional»; no confronto entre as visões contrastantes do «facto-problema» (mesmo a expressão «crime» tende a ser ultrapassada, pelo seu cariz negativo) e a compaixão pelo problema atingir-se-ia o conceito de verdade, na conhecida expressão de BRAITHWAITE, no que seria também uma nova cultura de aprendizagem com o crime, potenciada por um processo mais democrático, aberto e participativo.

II. De entre a panóplia de noções de JR, julgamos poder divisar dois eixos estruturantes: um mais orientado para o *processo* e outro para os *resultados*.

No primeiro, bastará atentar na definição proposta por TONY MARSHALL, de acordo com a qual «a JR é um processo através do qual as partes envolvidas num dado crime resolvem, colectivamente, como lidar com as consequências do crime e as suas implicações para o futuro»⁽⁵⁾. De entre outras, daqui retira-se que o mais importante é, na verdade, o encontro entre os sujeitos mediados, num diálogo que se pretende franco, aberto, de assumpção de responsabilidades e voltado sobretudo para o futuro da solução do dilema causado pelo crime. Donde, ainda que se não atinja um qualquer acordo, o encontro das pessoas é já um dado importante em um *processo intercomunicacional complexo* que, por certo, vai beber o seu fundamento — ainda que muitas vezes não assumido expressamente — aos trabalhos de HABERMAS sobre a «acção comunicacional» e a «democracia deliberativa». Por outro lado, embora este não seja um ponto consensual entre os autores que propendem para uma definição deste tipo, verificamos que, para MARSHALL, é importante a participação comunitária na solução do problema, o que levanta não pequenos escolhos quanto à concretização prática dessa mesma participação (Quem e como representa a comunidade? A que título e com que fonte de legitimação?).

Para quem patrocine uma noção de JR mais direccionada para os respectivos fins ou finalidades, como sucede com BAZEMORE/WALGRAVE, ela será «toda a acção primariamente orientada para realizar a justiça

⁽⁵⁾ PAUL McCOLD, *apud* FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa. Natureza, finalidades e instrumentos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 24.

através da reparação do dano causado pelo crime». Nesta acepção, ainda que o processo não seja pouco relevante, o foco encontra-se naquilo que, de facto, caracteriza toda a JR, ou seja, a «restauração», *rectius*, a *reparação* dos danos causados pelo crime. Donde, atingi-la será o seu desiderato fundamental, traduzido, na maior parte das vezes, em um acordo de mediação. Trata-se de uma visão mais pragmática de JR, porventura mais coadunável com o papel que dela se deseja como substituto ou complemento da «justiça tradicional», pois é por via de um concreto *outcome* que o conflito penal se resolve e não somente através de um *procedere*, por muito enriquecedor que seja para os envolvidos.

III. Não se ignora que a mediação penal é somente uma das modalidades da JR⁽⁶⁾, por certo a mais utilizada e discutida; aquela que tem encontrado maior concretização prática nos ordenamentos jurídicos.

Daí que, lançando mão dos instrumentos de Direito positivo português, se defina a mediação (em geral, que não apenas no domínio criminal) como «a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos» (Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, a qual estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública).

Em concretização da noção, o mesmo diploma estabelece como princípios aplicáveis a toda a mediação de conflitos os seguintes: voluntariedade, confidencialidade, igualdade e imparcialidade, independência, competência e responsabilidade, e executoriedade.

O art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, que é o nosso diploma sede da normação da mediação penal de adultos, não anda longe desta definição: «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 tentativa de encontrar activamente

⁽⁶⁾ Ela surge com base nos programas norte-americanos de «VOM — victim-offender mediation», sendo ainda de destacar como formas de JR, algumas delas com interesse ao menos potencial para a fase pós-sentencial, as seguintes: as *family group conferencing* («conferências familiares»); os *community restoration boards* («conselhos de restauração comunitária»); e os *sentencing circles* («círculos de determinação da sanção»).

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

Estamos, aliás, em linha com o Direito da União Europeia, bastando para o efeito atentar no art. 2.º, n.º 1, al. *d*), da Directiva n.º 2012/29/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/10/2012, onde se pode ler que a JR consiste no «processo que permite que a vítima e o autor do crime participem activamente, se o fizerem com o seu livre consentimento, na resolução de questões decorrentes do crime mediante a ajuda de terceiros imparciais.».

2. MEDIAÇÃO PRÉ-SENTENCIAL

Tal como entendemos resultar de uma leitura constitucional-penal teleologicamente orientada, o legislador português optou pelo único caminho que temos conforme com a Lei Fundamental. Assim, *enxertou a mediação penal* de adultos no próprio processo criminal, limitando-a à primeira fase processual — inquérito —, a qual é, no fundamental, um momento de investigação sobre a existência ou não de crime e de quem foi ou foram os seus agentes, conduzida pelo Ministério Público (MP), com o auxílio dos órgãos de polícia criminal que actuam, apenas e tão-só para este efeito, na sua dependência funcional.

Assim, entendemos ter-se por uma mediação que fosse sempre *meramente complementar* e não substitutiva do dito «processo tradicional», o que temos por bem fundado e cauteloso, em especial em uma área que, entre nós e nos países que nos são próximos, está ainda a dar os primeiros passos. Aliás, bastará citar os exemplos da *médiation pénale* (França), da *Täter-Opfer-Ausgleich* (Alemanha), da *strafbemiddeling* (Bélgica), ou da *außergerichtlicher Tatausgleich* (Áustria).

No tocante ao âmbito material de aplicação, a Lei n.º 21/2007, já citada, abrange os crimes semi-públicos contra as pessoas ou contra o património, e desde que o limite máximo da moldura penal abstracta seja igual ou inferior a cinco anos de prisão, bem como todos os crimes particulares *stricto sensu*, uma vez que, bem vistas as coisas, todos esses delitos não ultrapassam o limite máximo de cinco anos de moldura abstracta. Clara ainda a lei (art. 2.º, n.º 3) ao excluir, implicitamente, os crimes públicos (excepto o de violência doméstica, em certa medida, como veremos); os delitos contra a liberdade e a autodeterminação sexuais; os crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influência; aqueles em que o ofendido seja menor de 16 anos

e quando se aplicarem as formas processuais sumária ou sumaríssima. Quanto ao momento processual em que se pode recorrer à mediação, o legislador permite-a «em qualquer momento do inquérito», desde que haja indícios de que ocorreu crime e que o arguido foi o seu autor, o que a transforma em verdadeira *alternativa à acusação*.

Na modelação do conteúdo do acordo que venha a resultar da mediação, os únicos limites legais (art. 6.º) são a impossibilidade de previsão de «sanções privativas de liberdade», de «deveres que ofendam a dignidade do arguido», ou «cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses». Não é este o espaço para nos pronunciarmos quanto ao que para nós é uma excessiva «devolução às partes» dos termos do acordo, *maxime* no que contende com o preenchimento do conceito de *ius aequum* de «deveres ofensivos da dignidade do arguido». Após a entrada em vigor da Lei n.º 21/2007, sede matricial da mediação penal para adultos, a Lei n.º 29/2013, de 19/4 veio estabelecer que o conteúdo do acordo não pode violar a *ordem pública*, o que aumenta ainda mais a *complexidade hermenêutica* e de controlo das injunções impostas ao arguido, sabido que é que conceitos indeterminados tão «clássicos» como este ainda hoje são fonte de enormes problemas heurísticos.

Ao invés do que resultava de uma primeira experiência-piloto de mediação penal em Portugal ⁽⁷⁾, em que a consequência jurídica de um eventual acordo se aproximava da suspensão provisória do processo, entendeu o legislador ligá-la à desistência de queixa. Começa por uma incorrecção jurídica ao dizer que «[a] assinatura do acordo equivale a desistência de queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido» (art. 5.º, n.º 4), na medida em que não é a *assinatura* do acordo que equivale a essa desistência, mas sim o respectivo *cumprimento*.

Aliás, todo o regime de acompanhamento do adimplemento ou inadimplemento das condições impostas ao arguido é, no mínimo, *lacunar*. A Lei, *expressis verbis*, não diz a quem cabe essa função, mas nos termos gerais do art. 469.º do CPP — apesar de as injunções não serem verda-

⁽⁷⁾ Desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP) e que tivemos a honra de integrar. Sobre ela, cf. JOSEFINA CASTRO, «O processo de mediação em matéria penal — Elementos de reflexão a partir do projecto de investigação-acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto», in: *Revista do Ministério Público*, pp. 145, ss., e CÂNDIDO DA AGRA/JOSEFINA CASTRO, «Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação», in: *Revista da FDUP*, 2 (2005), pp. 95, ss.

deiras «reacções criminais», mas sendo sempre restrições maiores ou menores a direitos fundamentais, para este efeito, a elas têm de ser equiparadas —, atribui-a ao MP, para tal podendo este recorrer a outros organismos públicos, em especial, a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. Todavia, na prática, o que sucede é que o MP se desinteressa totalmente desse acompanhamento. Tanto assim é que uma das normas mais criticáveis da Lei n.º 21/2007 consiste no facto de que cabe ao ofendido(?) renovar a queixa se e na medida em que verificar que alguma ou algumas das injunções assumidas pelo arguido não foram cumpridas, no prazo de um mês a partir do momento em que teve conhecimento desse inadimplemento (cf. artigos 5.º, n.º 4, e 6.º, n.º 3).

A norma é altamente criticável por vários motivos: *a)* coloca nas mãos de um particular uma função que cabe a um órgão do Estado — acompanhar o cumprimento de um acordo de mediação, tal como acontece com a suspensão provisória do processo, na medida em que estamos a falar de um encontro de vontades que carece de homologação pelo MP; *b)* é um mecanismo que potencia a *vitimização secundária*, pois obriga o ofendido a, querendo que efectivamente exista alguma reacção do sistema judicial ao crime, volte a apresentar queixa; *c)* o prazo é claramente curto, em especial em um mecanismo recente e sem tradição em Portugal; *d)* levanta problemas dogmáticos complexos, pois a desistência de queixa não admite uma renovação de uma outra, para além de poder fazer perigar os prazos de caducidade do art. 115.º do CP, assim se criando uma *figura atípica e desconhecida* do Direito Penal português até então; *e)* autoriza a interpretação segundo a qual aquilo que interessa ao Estado é libertar-se de mais um processo, sem saber se as finalidades da mediação foram ou não cumpridas, com *laivos de privatização* da sua fase executiva; *f)* na prática, não é exigível ao ofendido que, nas injunções de que sejam beneficiárias entidades terceiras, seja ele a fiscalizar o respectivo cumprimento, pelo simples facto de, muitas vezes, isso ser demasiado custoso, bastando imaginar que a injunção consistiu no pagamento de um quantitativo a uma corporação de bombeiros distante do domicílio do ofendido ou na prestação de trabalho a favor da mesma.

3. «CRÓNICA DE UMA MORTE ANUNCIADA»? PORQUE NÃO FUNCIONA A MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL

Pedindo emprestado o título de GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, não era muito difícil adivinhar que o sistema público de mediação penal tivesse

resultados muito pífios. Melhor dito: só através de contacto com a Direcção-Geral da Política de Justiça foi possível apurar dados estatísticos que deveriam estar disponíveis em acesso livre. Assim, no período compreendido entre 23/1/2008 e 31/12/2012, apenas 735 processos deram entrada no sistema, o que significa uma média de 147 processos por ano, dos quais 188 com acordo de mediação (25,58 %). Os tipos legais mais representados foram, por ordem decrescente, a ofensa à integridade física simples (52,9 %), ameaça (11%), dano (9,4 %) e furto (8,6 %), ambos na forma simples. Dados bastante desanimadores se tivermos em conta que o número de processos de inquérito abertos nesse período de tempo rondou os 550000 anuais.

É certo que a Lei n.º 21/2007, no seu art. 14.º, n.º 1, determina que o projecto experimental seria, no prazo de dois anos, objecto de avaliação com vista à extensão a todo o território nacional (n.º 3). Estamos em inícios de 2015 e, tanto quanto é do nosso conhecimento, não foi publicado qualquer relatório. O assunto caiu no esquecimento e deixou de estar na agenda política e governativa.

Para tal terá contribuído uma deficiente redacção da Lei que só muito em esquivo deixámos sublinhada acima, desde logo a opção pela desistência de queixa ao invés da suspensão provisória do processo e o desinteresse do MP pelo controlo do cumprimento do acordo mediado. Todavia, o problema não é só — e provavelmente não é sobretudo — de más opções legislativas. É mais fundo e enraizado na tradição jurídico-cultural portuguesa (ou na falta dela).

É evidente que os Estados do Sul da Europa não têm, devido a factores vários que aqui não cabe discutir, a tradição de participação cidadã na vida democrática e um tecido da dita «sociedade civil» mais denso, quando comparados com países da Europa Central ou do Norte. A *litigiosidade* é, desde tempos recuados, mais forte nos chamados «países latinos», tal como a representação da Justiça, porventura em linha com as experiências autoritárias e em alguns casos fascistas que vários Estados do Sul viveram ao longo do século passado. Da nossa experiência como mediador, retemos vários processos em que nos era dito que o importante era que o arguido fosse «presente ao juiz», «se sentasse no banco dos arguidos», mesmo que, a final, não houvesse condenação. Não se ignora, portanto, que existe uma certa tendência vindicativa, sobretudo em dados sectores sociais, mas que, as mais das vezes é mais *simbólica* que real. Se se explicar ao ofendido qual ou quais as finalidades prescritas na lei penal para uma punição, a nossa experiência diz-nos que, em regra, tal é per-

cepcionado, e que a reparação pode acontecer, dependendo, obviamente, da gravidade intrínseca do crime e das suas consequências. Donde, é certo que não temos, ao menos no Penal, experiência de mediação ou de qualquer outra modalidade de JR. O mesmo se não diga já do Civil, onde a arbitragem, a mediação, as transacções são cada vez mais aplicadas, em especial nos processos de valor mais elevado, o que não pode deixar de nos inquietar sobre uma retirada do Estado da «cena jurídica».

Por outro lado, aliado a esta falta de experiência em soluções consensualizadas, que também é fruto de povos habituados mais a obedecer que a conduzir os respectivos destinos nas suas mãos, amiúde em busca de um «líder messiânico» e que, em Portugal, se tornou quase um *ex-libris* na forma do «mito sebastiânico», não houve um adequado trabalho de sensibilização, por parte do Ministério da Justiça, dos «operadores judiciários» que, assim, olham para a mediação penal com desconfiança e receio. Começando pela entidade que, em regra, remete os processos para esta forma de resolução alternativa de litígios (RAL), tendo em conta o actual regime de avaliação dos magistrados do MP e a necessidade de apresentação de «baixas» de processos em número elevado, uma remessa para mediação é, em regra, entendida como mais um inquérito pendente, quando os elementos indiciários se acham já carreados no sentido de deduzir uma acusação.

Donde, acaba por ser mais «cómodo» elaborá-la do que remeter o processo para esta modalidade de RAL sem que se saiba, sequer, se vai ou não existir acordo de mediação e que, por isso, pode apenas saldar-se, vistas as coisas em perspectiva puramente utilitária, em uma perda de tempo. Assim, o que se verifica é que somente os magistrados do MP que pessoalmente se interessam pela temática a ela vão recorrendo, sobretudo por acreditarem na filosofia subjacente à mediação, o que é muito pouco. Os advogados também não vêem esta forma de RAL da melhor forma, por poder implicar uma resolução extrajudicial com as desvantagens em termos de honorários. Por consequência deste «caldo», os próprios interessados, apesar de o poderem fazer (art. 3.º, n.º 2), não estarão dispostos, em geral, a recorrer à mediação. Se tivesse havido uma *verdadeira e concertada acção de sensibilização* destes grupos profissionais, sublinhando as vantagens da RAL, porventura os resultados teriam sido distintos, embora se não negue que sempre existiriam — e existirão — resistências. Bastaria, para tanto, alterar o modo como a avaliação dos magistrados do MP se opera neste particular e que houvesse orientações claras da hierarquia.

Em conclusão, neste ponto, razões de má técnica jurídica, de interesses corporativos, de falta de preparação cultural para a RAL, de ausência de sensibilização e de não ter existido uma verdadeira acção de preparação do MP para a mediação podem justificar o enorme fosso entre a *law in the books* e a *law in action* na mediação penal de adultos em Portugal.

4. MEDIAÇÃO «PENITENCIÁRIA» E «PÓS-SENTENCIAL»

Começemos por uma distinção conceptual importante. A mediação pode ser usada na resolução de conflitos no interior de um estabelecimento prisional, em especial no domínio disciplinar, momento em que preferimos usar a expressão «mediação em contexto penitenciário»; dizer respeito a crimes indiciados cometidos nesse contexto, situação em que se aplica a Lei n.º 21/2007; ou, o que aqui mais importa, contender com a utilização desta forma de RAL para lidar ainda com o delito que motivou a reclusão.

Dito de outro modo, a «mediação pós-sentencial», como preferimos apelidá-la, diz respeito ao encontro entre condenado e ofendido ou seus familiares, de modo a que de tal encontro existam determinadas consequências. Programas existem pelo mundo fora em que ele não visa quaisquer efeitos jurídicos, mas somente uma aproximação entre esses indivíduos, de tipo mais ou menos catártico e em que, *maxime* o ofendido, deseja compreender as motivações que estiveram na base do crime para, desse modo, melhor lidar com o facto. Pode ainda suceder que daí resulte o perdão, o reconhecimento do condenado como uma pessoa que errou, mas não já como o «monstro» que se odeia. Do mesmo passo, tal pode ser relevante para o recluso, até no seu percurso de ressocialização, por ter a oportunidade de explicar-se perante o ofendido ou seus familiares, reconhecendo as consequências nefastas da sua acção ou omissão. Não desconhecendo as vantagens preventivas-gerais e especiais de tais espaços, eles não nos interessam aqui, na medida em que nos ocupamos somente das suas *incidências jurídicas*.

Neste último domínio, adiante-se desde já, que os dados de Direito Comparado vão no sentido de que se a mediação pré-sentencial é uma realidade inexistente em vários países da própria União Europeia (veja-se, apenas a título ilustrativo, a situação em Espanha) ou incipiente, a pós-sentencial ainda o é mais. Vejamos então.

4.1. Dados de Direito Comparado

Estamos no domínio daquilo que WRIGHT⁽⁸⁾ designa por *restorative detention*, sendo de sublinhar, à *outrance*, em linha com o que acabámos de deixar escrito, que se não encontra um regime uniforme na mediação pós-sentencial, mas sobretudo experiências-piloto cujos resultados devem ser muito bem escrutinados. Adiante-se, desde já, que outro não podia ser o caminho que propomos trilhar-se em Portugal.

Assim, na Hungria, p. ex., um consórcio de instituições alemãs, britânicas e belgas, designado *MEREPS — Mediation and Restorative Justice in Prison Settings* (financiado pela UE) —, tem estado no terreno. Na Alemanha, em meados de 1980, houve programas experimentais dirigidos especificamente a «ofensores sexuais» — *Victims' Voices Heard* — e no período entre 2009-2011 um projecto-piloto na área de Berlim, atinente à mediação penitenciária. Já na Inglaterra, em meados de 1980, foi promovido um programa em que as vítimas de roubo se encontravam com os seus jovens ofensores (Rochester, Kent) — *VOIC (Victims and Offenders In Conciliation)*. No início do actual milénio, em algumas prisões, nomeadamente em Gloucester, Swansea, de igual modo se registaram alguns programas e em 2008 foi desenvolvido um projecto da Universidade de Cambridge financiado pelo *Home Office*⁽⁹⁾. Este último, de entre outras, atingiu a conclusão que a taxa de reincidência nos reclusos que aceitaram participar no programa de mediação pós-sentencial foi de 1,39, por comparação com os 2,06 do grupo de controlo, observando-se uma redução da frequência em cerca de 33%. Na Bélgica, na sequência, fundamentalmente, do chamado *affaire Dutroux*, entrou em vigor a Lei Federal de 12/1/2005, relativa à organização do sistema prisional e à posição jurídica dos reclusos) em que a mediação em estudo passou a ser uma possibilidade, na sequência de projectos experimentais como o desenvolvido em 1998, por uma ONG chamada *Suggnomè*. Nesse país, em 2001, chegou mesmo a criar-se o «conselheiro de JR» nas prisões, o qual viria a ser extinto em 2008 e que tinha por função promover a reparação da relação entre a vítima, o agente e a comunidade. Estes funcionários estavam orientados

⁽⁸⁾ «England and Wales: restorative in some places», 2009, disponível em <http://mereps.foresee.hu/en/segedoldalak/news/236/5f4131d72c/213/>.

⁽⁹⁾ Dados disponíveis em TÜNDE BARABÁS et al. (ed.), *Responsibility-taking, relationship-building and restoration in prisons*, Budapest: T-L Huhely, 2012.

para o desenvolvimento de práticas restaurativas sobretudo para os trabalhadores da administração prisional e para os guardas, reportando ao director da prisão. De entre os crimes com que aquele conselheiro lidava, encontravam-se delitos graves, tais como homicídios (consumados e tentados), os quais representavam cerca de metade dos crimes com que trabalhavam, para além de roubos e delitos contra a liberdade e autodeterminação sexuais⁽¹⁰⁾.

No que diz respeito à *soft law*, cite-se a Rec (2006)2, do Comité de Ministros do Conselho da Europa (a qual aprova as «Regras Penitenciárias Europeias»), de 11/1/2006, em cujo ponto 56.2 se pode ler que «[s]empre que possível, as autoridades penitenciárias usarão mecanismos restaurativos e de mediação para resolver os litígios entre os reclusos» (no que é, como deixámos exposto, somente uma forma de contemplar a «mediação penitenciária» e não a «pós-sentencial»). Do mesmo modo, no ponto 70.2, atinente aos requerimentos e queixas à administração prisional, também se incita os Estados a recorrerem à mediação. Em idêntica senda, a Rec (2008)11, do mesmo órgão (aprova as «Regras europeias sobre os jovens delinquentes sujeitos a sanções e medidas»), de 5/11/2008, nos seus pontos 12 e 122.2, encoraja o uso da mediação em todas as fases processuais, devendo ser-lhe dada prioridade por referência aos mecanismos «tradicionais» de resolução conflitual.

4.2. A situação em Portugal

I. Comece por referir-se que não temos em funcionamento qualquer programa de mediação pós-sentencial, nem a título experimental, embora exista norma habilitante, como se verá. Todavia, também nada no ordenamento jurídico português a impede. Muito ao invés, ao menos da leitura que fazemos, a CRP, o CP e o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade (doravante CEP), estão imbuídos de princípios gerais que lhe são favoráveis.

A *ressocialização* do condenado como uma das finalidades precípua de qualquer sanção criminal acha-se ancorada nos dois primeiros artigos da Lei Fundamental, por via da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado de Direito democrático e social, para além de se retirar da chamada «Constituição Penal» a que aludem os artigos 29.º, ss. Donde, a

⁽¹⁰⁾ TÜNDE BARABÁS et al. (ed.), *Responsibility-taking...*, pp. 265-266.

ideia de *reparação* das consequências nefastas causadas pelo facto do crime, o apelo a um (re)ganhar do sentido de responsabilidade do condenado, fazem parte do «código genético» com que o CP português foi pensado desde a sua publicação em 1982 e permanece, mau grado a dita «crise da ressocialização», até ao presente, ao menos como *intentio legis*. Não será por acaso que, em regra, todos os reclusos devem ter um *plano individual de readaptação* — PIR (art. 21.º do CEP) —, onde se estabelecem os objectivos a atingir e as metodologias para lá chegar, na aquisição de competências que tornarão o recluso mais apto a não reincidir. *Ça va sans dire* que, no terreno, bem se sabe, em Portugal, que muitos reclusos, em contravenção da norma, não possuem sequer esse PIR, pela simples razão de os técnicos de reinserção social serem em número insuficiente para as necessidades ⁽¹¹⁾.

II. Central na matéria ora tratada é o art. 47.º, n.º 4, do CEP, o qual determina que «[o] recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido».

Salienta-se, assim, a *existência de norma habilitante* para o desenvolvimento de projectos-piloto e, numa segunda fase, de uma lei sobre a mediação pós-sentencial, não se podendo estar mais de acordo que, como acontece em todos os meios de RAL, tal só suceda mediante estrita voluntariedade de intervenção, da qual deve existir — por razões probatórias, à cabeça — documento comprovativo de consentimento.

Por outro lado, a dita «mediação penitenciária» é também um mecanismo a que aludem os artigos 98.º, n.º 5, e 116.º, n.º 2, al. a), ambos do CEP. Neste ponto, a sua regulamentação está já desenvolvida na Lei n.º 21/2007, eventualmente com algumas adaptações pontuais que a aplicação dite, mas que resultarão de uma interpretação teleologicamente fundada da mesma, sem necessidade de ulterior intervenção legislativa.

O que já não pode deixar de se criticar é o facto de, voltando à «mediação pós-sentencial», fulcro da nossa atenção, as disposições legais que referem a possibilidade da sua existência não dizerem uma palavra sobre as respectivas *consequências jurídicas* que dela se retiram ou se somente se deseja um modelo que apelidáramos de «catártico». Sabemos

⁽¹¹⁾ Estabelecimentos prisionais existem onde cada técnico tem a seu cargo entre cerca de 200 a 300 reclusos, o que, só por si, nada mais exige que acrescentemos.

ter existido uma experiência-piloto que decorreu sob a égide da ex-DGSP mas, tanto quanto é do nosso conhecimento, a mesma foi terminada passado algum tempo sem que tenham sido publicamente divulgados os seus resultados, as causas de eventuais insucessos e formas de os ultrapassar. É isto que se espera de uma modalidade que elogiamos quanto à forma de implementar um modelo novo. Experiências que ficam no «segredo administrativo» só contribuem para o descrédito do que se fez.

Por fim, uma breve nota, também ela necessariamente crítica, quanto ao art. 39.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro. Trata ele do dito «encontro restaurativo» nas hipóteses de crime de violência doméstica, tal como contido no art. 152.º do CP. Em contrariedade com o regime geral da mediação previsto na Lei n.º 21/2007, na medida em que esta exclui do seu âmbito aplicativo os crimes públicos (cf. art. 2.º, *a contrario*), prevê-se agora o que, pela descrição legal, corresponde a um efectivo processo de mediação, mas em momento processual não consentido pelo regime geral, pois aponta-se para uma *fase pós-sentencial* e para o momento da *suspensão provisória do processo*. Não há qualquer indicação quanto aos objectivos — jurídicos ou outros — que se visam alcançar, nem quanto às razões que militaram no sentido de uma resolução aparentemente afirmativa quanto a um dos mais complexos problemas da matéria, qual seja o da admissibilidade deste mecanismo de RAL nos delitos de violência doméstica. Mais ainda, não na fase pré-sentencial, mas após a decisão judicial e sobrando a dúvida sobre se esta última previsão da Lei n.º 112/2009 correspondeu a uma *revogação tácita* de uma parte — pelo menos — do âmbito de aplicação da Lei n.º 21/2007. Esta *situação caricata* só não o é mais porque, na prática, como a Lei exige diploma posterior regulamentar e o mesmo inexistente, este «objecto jurídico não identificado» não tem existência no quotidiano. Por vezes, a inércia legislativa é boa conselheira.

4.3. Algumas pistas para o futuro

1. Saber se se deve ou não consagrar, na prática, um modelo de mediação pós-sentencial apenas consente, aqui, pela natureza da nossa intervenção, algumas pistas de reflexão.

Como é habitual em relação a qualquer novo instituto jurídico, é normal que se escarpelizem as eventuais vantagens e inconvenientes da sua adopção, sendo contudo exacto que tal só se pode aferir em concreto e em face do *tipo de modelo* eleito. Dito de outro modo, a específica

configuração da mediação pós-sentencial pode tornar certas vantagens ou desvantagens absolutamente desadequadas. Cientes desta limitação e tomando por base um modelo amplo dessa forma de mediação que aponta ou para uma diminuição da medida concreta da pena a cumprir ou somente para uma sua flexibilização, empreendamos esse exercício.

Em termos de *vantagens* geralmente apontadas, considera-se que o encontro entre o recluso e o ofendido ou seus familiares pode reforçar os fins da execução sancionatória, o que é claro do prisma da prevenção especial, mas também da geral, na medida em que a comunidade no seu conjunto pode encontrar na disposição do recluso em encetar esse diálogo um sinal externo e objectivamente motivado no sentido de que a paz jurídica seja restabelecida. Relacionado com isto, a centralidade da reparação na mediação pós-sentencial — na medida em que tal seja possível e assumindo diversas formas: simbólica (pedido de desculpas, p. ex.), económica (prestação pecuniária a favor do ofendido, seus familiares ou terceiros), *in natura* — é também outro indicador desse cumprimento dos desideratos punitivos e executivos da sanção privativa de liberdade. Pode mesmo dizer-se, neste domínio, que *a comunidade é trazida para o interior do estabelecimento prisional*, seja representada pelo próprio ofendido, seja pelos seus familiares e, em muito menor medida, devido às suas específicas funções, pelo mediador. Tal ajuda a uma mudança da percepção do crime e da delinquência, sobretudo no sentido de uma certa «internalização» do delito, ou seja, da sua «humanização», visto que o criminoso pode ser qualquer ser humano, assim se rejeitando todas as teorias que, desde a Biologia, à Sociologia, à Genética ou às Neurociências, vêm tentando encontrar um *quid* diferenciador do agente, não compreendendo que o criminoso não é um *alienus*. Acrescem vantagens apontadas no que contende com a diminuição da reincidência, havendo estudos nesse sentido, para além de vantagens económicas imediatamente derivadas desse facto ⁽¹²⁾.

No rol das desvantagens, antes de mais, retiramos uma que habitualmente é apontada, qual seja a da confusão dos planos quando o resultado da mediação não tem qualquer consequência jurídica, na medida em que, para nós, tal é somente uma catarse e em nada contende com o Direito. Tal não significa que o «encontro restaurativo» com essa finalidade não

⁽¹²⁾ JOANNA SHAPLAND, «Restorative justice and prisons», 2008, disponível em http://www.howardleague.org/fileadmin/howard_league/user/pdf/Commission/Paper_by_Joanna_Shapland.pdf.

possa ser percebido pelos intervenientes como positivo e que tenha, até, de forma indirecta e lateral, consequências positivas em sede preventiva-geral e especial. Simplesmente, já não estamos no campo jurídico, mas no de outra ordem de considerações. Pode alinhar-se a circunstância de, se a mediação contribuir para uma alteração da medida da pena e/ou para incidentes de execução não expressamente previstos, é a legitimidade da própria decisão condenatória que está em causa. O último aspecto da crítica por certo não releva, dado que tal seria uma frontal vulneração do princípio da legalidade; a mediação pode ser, quando muito, mais um mecanismo ao serviço de outros que têm sempre de estar positivados e que importem alguma flexibilização no cumprimento da medida concreta da pena. Por outro lado, alterar essa medida por via de uma forma de RAL, para além da sua expressa previsão, como se disse, constituiria, afinal, um *perdão de pena* ou outra qualquer manifestação do dito «direito de graça» como pressuposto negativo da punição. Um sistema como esses é excogitável. Vejamos, muito em esboço, que consequências traria.

Se a mediação pós-sentencial fosse parte de um instituto mais amplo que permitisse o encurtamento da medida concreta da pena constante de decisão condenatória transitada em julgado, tal só o poderia ser, como é óbvio, através de previsão legal expressa e desde que determinada judicialmente (no nosso caso, pelo tribunal de execução das penas). Dir-se-ia que as finalidades preventivas-especiais, documentadas na reparação das consequências nefastas do crime se achariam acauteladas e que a execução punitiva deve acompanhar todas as fases do respectivo cumprimento. Baseando-se todo o direito sancionatório num estrito princípio de proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da Constituição) e partindo-se de uma prevenção geral positiva, *prima facie* surgiria como mais adequado um entendimento como este. Tal importaria, contudo, que o *tempus* a considerar no momento da determinação da pena fosse um — o da leitura da decisão condenatória ou do respectivo trânsito, no caso de recurso que viesse a ser julgado procedente — e que o mesmo pudesse ter um *segundo momento*, em função do comportamento do recluso, em que o facto do crime conhecesse um juízo de censura menor e, por isso, uma redução da pena. Melhor dito: o juízo sobre o facto *per se* não se acharia alterado, mas sim aquele que impenderia sobre o condenado ao longo da execução. A culpa ficaria definitivamente determinada na decisão, mas somente critérios preventivos importariam que o *quantum* exacto pudesse ser modificado. Não por referência ao facto, sublinhe-se, mas ao comportamento do agente posterior à condenação, de reparação (ou sua tentativa) dos danos (patrimoniais e/ou

não patrimoniais) causados pelo delito. Sem que tal signifique, em nossa opinião, o trânsito de um Direito Penal do facto para um Direito Penal do agente, não somente por estarmos já em fase diversa da contendente com a fixação da pena — no domínio executivo, portanto —, mas sobretudo na medida em que a culpa aferida no momento em que o crime se consumou (ou em que o agente o tentou) não encontra aqui qualquer tipo de sobrevivência, tratando-se sim de considerações apenas preventivas. Ora, mesmo obedecendo às regras da determinação da medida concreta da pena, sabe-se que os critérios a ter em conta apontam, legislativamente (art. 71.º, n.º 1, do CP), para considerações de culpa e prevenção. Todavia, o juízo sobre o recluso, após o trânsito em julgado, não é estático, acompanhando a fase executiva e em que as considerações preventivas podem e devem estar presentes.

Adoptar um sistema como estes — de redução da medida concreta por via de uma efectiva reparação do condenado, eventualmente conseguida através da mediação — importa que essa diminuição do *quantum* punitivo esteja submetida a *condição suspensiva* do efectivo cumprimento das obrigações assumidas pelo recluso, devidamente acompanhada pelo tribunal de execução das penas e pelos serviços de reinserção social. Se assim não for, corre o sério risco de se transformar num *negócio pós-sentencial despudorado*, muito pernicioso para o sistema.

Continuando com a enunciação das desvantagens da mediação «pós-sentencial», a «revitimização» do ofendido ou seus familiares é um risco que já se aponta à pré-sentencial, mas que é ultrapassado pela estrita voluntariedade da participação em qualquer programa deste jaez. Acresce que, também de novo como crítica dirigida à sua forma aplicada antes da decisão final, o *net-widening* é suportável. Na medida em que se está perante uma solução de diversão (*diversion*), normalmente menos punitiva para o agente e, por isso, percebida como menos exigente — o que é já em si discutível —, certos comportamentos que não fariam com que o sistema de controlo social formal interviesse, acabam por ser por este abrangidos, no que resulta, a final, numa extensão da intervenção punitiva do Estado, em paradoxo aparente com a *intentio* inicial de todo o instituto. Não cremos que esta seja uma crítica suportável na fase pós-sentencial, exactamente na medida em que a selecção dos actos e omissões humanos já se operou e se discute somente a dita redução da pena ou a sua flexibilização. O que se pode questionar sim, mas que já não contende com o *net-widening*, é saber porque é que alguns casos seriam abrangidos por esta modalidade de RAL e outros não. Tal implicaria o estabelecimento

do respectivo âmbito de aplicação, como sucedeu já na fase pré-sentencial com a Lei n.º 21/2007. Desde logo importaria saber se a mediação pós-sentencial estaria disponível para qualquer condenação ou somente para aquelas que não ultrapassassem um dado *quantum* (p. ex., de cinco anos de medida concreta da pena). Claro que o estabelecimento de um limite encontra sempre críticas, mas também nos parece seguro que em certa criminalidade mais grave e em que não se divisa qualquer modo de reparação juridicamente relevante, o recurso ao meio de RAL deve ser *ab initio* negado. Pensamos em crimes contra a humanidade, de homicídio, contra a liberdade e autodeterminação sexuais graves, *inter alia*.

Outro ponto crítico diz respeito à liberdade com que o condenado e o outro sujeito da *equação mediada* participam nesses encontros. Se é exacto que o vigente modelo português importa uma certa diminuição dessa estrita espontaneidade por parte do arguido, na medida em que a mediação surge como alternativa à acusação, mas que não cremos ponha em causa o núcleo essencial dessa liberdade participativa⁽¹³⁾, aqui dir-se-á que a questão se põe com menor acuidade. Se colocarmos de parte a hipótese de a mediação pós-sentencial ser um instrumento para uma redução da pena a cumprir, ficando-nos pelas hipóteses de flexibilização executiva, então é evidente que existe um interesse, um *impulso positivo* para a mediação. Todavia, não o vemos como particularmente diverso do que já existe para conseguir a concessão da liberdade condicional ou de saídas jurisdicionais ou administrativas do estabelecimento prisional. O dito «bom comportamento prisional» é uma vantagem para o condenado, desejada pelo sistema e que este premeia, não somente por uma perspectiva «egoísta» de manutenção de ordem e segurança dentro do próprio sistema, mas também por aquilo que tal pode significar em termos de cumprimento dos desideratos punitivos. Ponto é que, como se sabe, não estejamos à espera de uma qualquer metanoia — constitucionalmente inadmissível sendo a sua exigência —, mas de uma mera «prevenção da reincidência» (ALBIN ESER). Ainda que esse «bom comportamento» seja *instrumental-estratégico*, tanto é o que o Estado de Direito democrático pode exigir para a manutenção das condições mínimas à convivência entre os seus elementos.

Um último aspecto que surge como desvantagem do processo de mediação em geral diz respeito às preocupações de segurança do ofendido.

(13) Porque estamos em etapa inicial do processo, pelo que o agente dispõe ainda de outras fases processuais, como desde logo a instrução, para evitar o julgamento.

Para além de a mediação indirecta (*cactus*) ser uma das técnicas passíveis de utilização e que diminui esse risco, a circunstância de a mediação pós-sentencial decorrer nos estabelecimentos prisionais praticamente elimina esses receios.

2. Para além do modelo de redução da medida concreta da pena ou da medida de segurança a que já aludimos, a configuração concreta da mediação pós-sentencial que temos por mais rapidamente concretizável é aquela que coloca esta forma da RAL ao serviço dos mecanismos legais existentes como *incidentes executivos da pena de prisão ou da sua flexibilização*. Referimo-nos à liberdade condicional, às saídas administrativas e jurisdicionais previstas no CEP (anteriormente conhecidas por «saídas precárias»), assim como às alterações ao regime de execução da sanção que aquele mesmo Código prevê, em especial aquelas que admitem um cumprimento direccionado para a realização de actividades (laborais, formativas) voltadas para o exterior.

Bem vistas as coisas, em todos estes instrumentos o essencial é a elaboração de um *juízo de prognose favorável* a tal concessão, o que passa pela avaliação do modo como o recluso reage ao e no meio prisional e demonstra externamente que as finalidades das reacções criminais estão a ser cumpridas. A mediação desempenha, em nosso juízo, em tal desiderato, um papel não despiciendo e que admitiria que, sempre com base nos princípios em geral assentes para os meios de RAL (em especial, a voluntariedade), se introduzissem estes programas, *a título experimental*, nos estabelecimentos prisionais portugueses, aproveitando algo da pouca experiência — como visto — existente quanto à mediação pré-sentencial. Existem profissionais formados e a reparação — ou seu esforço sério — seria um instrumento relevante para uma tomada de decisão mais fundada por parte dos juízes dos tribunais de execução das penas e dos directores dos estabelecimentos prisionais, em função do instituto jurídico em causa.