

**PARALELO ENTRE AS SOLUÇÕES NEGOCIADAS NA ESFERA PENAL:
MEDIAÇÃO X SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

*PARALLELING TRANSITIONAL JUSTICE SOLUTIONS IN CRIMINAL
PROCEEDINGS: MEDIATION VS. PROVISIONAL SUSPENSION MEASURES IN
THE PORTUGUESE LEGAL ORDER*

Gislaine Rosália Migliati*

Resumo

O presente artigo busca traçar uma comparação entre os institutos da mediação e da suspensão provisória do processo em Portugal, uma vez que ambos são considerados formas negociais na esfera penal. A principal finalidade é restabelecer o contato do ofensor com a sociedade, fazendo-o perceber e valorizar esta nova chance, uma vez que é parte ativa na consolidação deste novo compromisso em conjunto com a vítima, havendo uma descaracterização de conflito para consenso. Mediante a análise bibliográfica da doutrina, poderemos analisar e comparar o funcionamento destes institutos no ordenamento jurídico processual-penal, suas respectivas particularidades e procedimentos.

Palavras-chave: Processo penal; Suspensão provisória do processo; Mediação penal; Métodos negociais; Consenso.

Abstract

This article attempts to draw a comparison between mediation and provisional suspension in legal proceedings in Portugal, since both judicial measures are considered transitional solutions in criminal proceedings. The main purpose is to reestablish interaction from the offender with society, by aiding him to recognize and value this innovative opportunity, throughout his active participation in the consolidation of a cooperative settlement with the victim, and the conversion from conflict to consensus. By way of doctrinal bibliographic analysis, we were able to examine and compare the functioning of those legal institutes in criminal procedural law, with focus in its particularities and proceedings.

Keywords: *Criminal procedure; provisional suspension measures; criminal mediation; transitional methods; consensus.*

* Mestranda em Direito Judiciário na Universidade do Minho (Braga, Portugal). Professora de Processo Civil e Prática Forense Civil, Assessora da Coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário CESMAC. Advogada.

Sumário

Introdução. 1. Contexto histórico e evolução dos institutos. 1.1. Suspensão provisória do processo. 1.2. Mediação. 2. Peculiaridades da suspensão provisória do processo. 2.1. Conceito. 2.2. Princípios. 2.2.1. Legalidade. 2.2.2. Oportunidade. 2.2.3. Conflito entre princípio da legalidade e princípio da oportunidade? 2.3. Características e pressupostos processuais para concessão. 3. Peculiaridades da mediação. 3.1. Conceito. 3.2. Princípios. 3.2.1. Voluntariedade. 3.2.2. Confidencialidade. 3.2.3. Igualdade e imparcialidade. 4. Comparações: semelhanças e distinções. Conclusão. Referências.

Introdução

O sistema penal tem caráter acusatório justificando-se no fato de que apenas o Estado-Juiz poderia tomar providências quando apresentada uma denúncia por parte do agente do Ministério Público, que responsável pela investigação criminal, após notícia do crime, leva a crer pela legitimidade do procedimento criminal. Baseia-se ainda na premissa de que aquele que denuncia deva fazer parte de uma entidade diferente daquele que julga, para que se garanta um julgamento mais adequado e coerente possível. Observa-se, assim, uma intervenção contundente por parte do Estado nas questões de caráter penal.

Mas, prontamente perceptível que este sistema penal tradicional não tem satisfeito nem as necessidades sociais, nem transmitido segurança ao arguido nem ao ofendido, pois a sociedade não crê numa resposta realmente conveniente e justa. Ao arguido não é oferecida uma estrutura onde, realmente, tenha chance de ser reinserido na sociedade e o ofendido permanece com o mesmo sentimento de revolta e angústia desde que começou a participar do processo crime.

Daí, intui-se a precisão de um outro sistema ou sistema paralelo quedando-se para uma política do consenso, concedendo a possibilidade das próprias partes envolvidas, deliberarem entre si e chegarem a uma solução que proporcione: a desburocratização do sistema penal, a recuperação do arguido e a reparação da vítima de forma eficaz e célere. Altera-se o foco de solução de conflito para solução de consenso. Neste contexto, no presente artigo serão abordadas formas negociáveis em processo penal, quais sejam, suspensão provisória do processo e a mediação penal. Pretende-se observar suas características, finalidades e analisar os pontos semelhantes e distintos.

Em ambos os institutos encontramos uma preocupação sobre o controle da pequena criminalidade que não pode ter o mesmo olhar do que os crimes de natureza mais grave. Sabemos que neste tipo há um aspecto social importante, pois aqueles que praticaram condutas de pequena gravidade, merecem um tratamento específico para que a situação não se agrave retornando a delinquir. A ideia destes métodos, através de suas peculiaridades, é restabelecer o contato daquele indivíduo com a sociedade e fazendo perceber e valorizar quando é conferida mais uma chance.

É necessário o debate pois tais institutos vem ganhando cada vez mais abrangência na comunidade jurídica porém não se pode abater pela banalidade, merecendo justificar que cada um deles tem suas finalidades bem demarcadas ao contrário da ideia de que se existe a suspensão provisória do processo não seria necessária a mediação penal¹. Ideia absurda e ultrapassada. Uma vez que ambos os institutos possuem suas peculiaridades onde é devida e necessária sua aplicação em no sistema penal contemporâneo.

1 Contexto histórico e evolução dos institutos

1.1 Suspensão provisória do processo

É um instituto processual que foi inserido na legislação, através do Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro, que aprovou o Código de Processo Penal após a Revolução do 25 de abril de 1974 (fim do Regime Ditatorial do Estado Novo), e no seu artigo 281º dá-se espaço ao instituto da suspensão provisória do processo.

Quando do seu surgimento foi objeto de dúvidas quanto à sua constitucionalidade que nas palavras de Sonia Fidalgo (2008, p. 208), apontou os seguintes pontos: “Em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional considerou que o problema da suspensão do processo pelo Ministério Público podia cindir-se em duas questões”. E, as expõe da seguinte forma: “uma, a da admissibilidade da suspensão, em si mesma considerada; outra, a da competência para ordenar a suspensão e a imposição das injunções e regras de conduta”. Quanto à segunda questão, o Tribunal Constitucional considerou que seria

1 Tratado da União Europeia - Decisão Quadro do Conselho, de 15 de março de 2001, relativo ao estatuto da vítima em processo penal e mais precisamente no seu artigo 10º que estabelece a mediação penal no âmbito do processo penal, onde cada Estado-membro é responsável por promover a mediação nos processos penais relativos às infrações que considere adequadas para este tipo de medida.

inconstitucional a atribuição do Ministério Público da competência para a suspensão do processo e imposição ao arguido de injunções e regras de conduta sem a intervenção do juiz de instrução. Na sequência desta posição do Tribunal Constitucional, no artigo 281º, do CPP (Suspensão Provisória do Processo) passou a exigir-se a concordância do juiz da instrução como pressuposto de aplicação da suspensão provisória do processo. Já quanto à primeira questão, o Tribunal Constitucional entendeu que o instituto da suspensão provisória do processo não levanta, em si mesmo, qualquer obstáculo constitucional”.

Em 2006, foi levantada a inconstitucionalidade novamente, fundamentada na ideia de que haveria violação à reserva da função jurisdicional afetando o princípio da independência dos tribunais, ambos e respectivamente, nos artigos 202º, n 1 e 2 e 203º, CRP². O que também não foi acatado pelo Tribunal Constitucional.

Convém inserir parte do conteúdo do acórdão de 20/04/2017, referente ao processo nº 1.401/16.8PBCSC.L1-9, da Relação de Lisboa, que declara que quando o MP não determina, ainda que devesse fazer, a suspensão provisória do processo, não tem o juiz o poder de o substituir, além de apontar ponto importante da mudança da legislação³: “Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X-02, que originou a Lei n.º 48/2007, explicou-se que: “A suspensão provisória do processo passa a poder ser aplicada a requerimento do arguido ou do assistente.

Ainda no âmbito da suspensão, restringe-se o requisito de ausência de antecedentes criminais passando a exigir-se apenas que não haja condenação ou suspensão provisória anteriores por crime da mesma natureza. Também o requisito da culpa diminuta é transformado em previsão de ausência de culpa elevada. Nos crimes de violência doméstica e contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado permite-se que o Ministério Público determine o arquivamento independentemente da pena aplicável, em nome do interesse da vítima, desde que não haja, de novo, condenação ou suspensão provisória anteriores por crime da mesma

2 Artigo 202º (Função jurisdicional).

1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.
2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. Artigo 203.º (Independência)

Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

3 Acórdão de 20/04/2017, processo nº 1.401/16.8PBCSC.L1-9, Relação de Lisboa, Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1093926e48568c2a8025810b0049f4e9?](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1093926e48568c2a8025810b0049f4e9?OpenDocument)

OpenDocument. Acesso em 21. jul. 2020.

natureza. Através destas alterações pretende alargar-se a aplicação deste instituto processual de diversão e consenso.

Extrai-se que é uma solução processual em que o MP, com o consentimento do arguido e do ofendido, nos casos de crimes de baixa gravidade e cumulativamente a outras exigências legais, apresenta ao magistrado uma proposta que durante determinado tempo o ofendido estará submetido à determinadas regras e que se forem desrespeitadas, reportar-se-á continuação do procedimento penal.

1.2 Mediação

A Mediação Penal foi introduzida através da Lei nº 21/2007 determinando que os Estados-Membros devem se comprometer no sentido de promoverem mecanismos para que a mediação se desenvolva adequadamente no âmbito de processos de natureza criminal.

Em seu artigo 4.º está o conceito da mediação que se baseia na ideia de ser um mecanismo informal, flexível, consensual, confidencial, onde um terceiro estranho à relação conduzirá o procedimento na intenção de aproximar o arguido e o ofendido para que ambos busquem a melhor forma de reparar o ato ilícito praticado e a paz seja reconquistada.

Apesar da finalidade da mediação, ainda não é amplamente aceita na sociedade, uma vez que sempre se buscou a aplicação de sanção para aqueles que praticam ilícitos e para que esta visão mais humanista do direito penal realmente torne-se eficaz, há a necessidade de mudança de mentalidade e reanálise dos prismas sociais a que sempre nos submetemos.

Há uma dogmática em nossa sociedade de que apenas o Estado seria competente para analisar e julgar os crimes. E pelo paradigma da mediação, este poder é desmistificado, pois dependerá somente dos envolvidos para que se chegue a uma solução adequada para ambos, sem a intervenção do Estado. Deixa-se de caracterizar a ação penal como retributiva e passa-se a considerá-la restaurativa. Há uma privatização da resposta à criminalidade uma vez que toda deliberação sobre o ocorrido fica a cargo dos envolvidos.

Assim sendo, podemos ver uma mudança de paradigma levando-se em conta uma descaracterização, de acordo com a mediação, do modelo de justiça retributivo para

o restaurativo, onde os protagonistas de todo processo mediativo, não serão mais o infrator e o Estado, mas sim a vítima e o infrator, onde o diálogo é valorizado ao invés da aplicação da pena, sendo relevante resolver o conflito assumindo responsabilidade pela prática e pretendendo reparar o dano. A mediação tem foco no futuro e procura ajustar determinadas questões para que não se repitam.

Mas importante salientar que a ideia de mediar, conciliar não é uma descoberta. Ela sempre existiu, inclusive em outros momentos da história. Porém, de acordo com a evolução da sociedade, em algumas questões por vezes avançamos e por outras retrocedemos. Neste sentido, Claudia Cruz (2014, p. 108-109) observa que:

O período histórico que parece assumir decisiva importância no estudo das origens da justiça restaurativa – pelo menos na perspectiva dos cultores da proposta restaurativa – é a Alta Idade Média. Na Europa Medieval, essencialmente entre o século VI e o século XI, eram frequentemente as próprias pessoas que, reunidas, aplicavam as regras com relevância criminal à luz da ‘consciência comum’ do grupo. Os próprios direitos e deveres resultavam muito menos de normas formalizadas através da escrita e da compilação do que aquela consciência coletiva que refletia os valores comunitários. De algum modo, tratar-se-ia de uma ‘lei viva’ que, apesar de com frequência ser vaga, confusa ou tecnicamente deficiente, era criativa e adequada às necessidades humanas.

As considerações históricas buscadas por Sonia Reis (2010), de forma bem objetiva e substancial justifica a evolução do instituto da mediação, mas também, trazemos as colocações mais precisamente do instituto na esfera penal, que começou a tomar forma a partir de 2004⁴, numa união de forças da Faculdade de Direito do Porto,

4 A mediação penal começou por surgir em Portugal a partir de uma iniciativa promovida pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), pela Procuradoria-Geral Distrital do Porto e pelo Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto (DIAP) designada “Projecto do Porto”. De facto, as três entidades referidas celebraram um protocolo, em 16 de Julho de 2004, nos termos do qual se pretendia desenvolver um projecto de mediação penal no âmbito de inquéritos processuais penais em que fosse possível a aplicação de *mecanismos de diversão e de consenso ao tempo previstos na lei processual penal*. O “Projecto do Porto” teve o seu início a 2 de Novembro de 2004 e, embora em um momento inicial tenha sido restringido aos casos em que fosse aplicável ou o instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º do Código de Processo Penal — CPP — e artigo 74.º do Código Penal — CP) ou o da suspensão provisória do processo (artigo 281.º CPP), a verdade é que o decorrer da experiência veio a determinar o reconhecimento da mediação penal como um instituto autónomo, independente de outros institutos associados aos meios de diversão e de consenso e dos respectivos pressupostos. No contexto do “Projecto do Porto”, a mediação penal era levada ao conhecimento do denunciado e do queixoso através de uma carta enviada pelo DIAP que, para além de descrever os factos objecto de inquérito, explicava aos destinatários em que consistia e como se processava o processo de mediação penal. Quando houvesse lugar a mediação penal, as sessões tinham lugar em um Gabinete de Mediação Penal, instalado na FDUP (6/7).

A Mediação Penal viria a ser expressamente introduzida no ordenamento jurídico português através da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, em cumprimento do disposto no artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, que determina que os Estados-Membros se devem esforçar por promover a mediação no âmbito de processos de natureza criminal. De acordo com a regulamentação da referida Lei (8), foi criado o Sistema de Mediação Penal (SMP) cuja gestão foi atribuída, em certos aspectos, ao Gabinete para a Resolução

da Procuradoria Geral Distrital e do Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto, através do Projecto do Porto.

Neste mesmo projeto são justificados o interesse e a necessidade da mediação penal e sua adesão ao Programa do Governo, onde o interesse pela mediação penal e o reconhecimento de que o processo judicial não é, nem deve ser, a técnica única e universal para solucionar os diferendos que a vida em sociedade gera, tem vindo crescer em diferentes frentes: a introdução da mediação penal no ordenamento jurídico português foi já traçada pelo Programa de Governo, que assentou como prioridade da sua política criminal o privilegiamento das ações de tutela dos interesses das vítimas de crimes e, mais latamente, determina o alargamento dos meios de recurso a formas não jurisdicionais de composição de conflitos.

Além de que a mediação penal suscitou vivo interesse na atividade do Parlamento, veja-se Resolução nº. 30/2003, de 20 de março, que abriu portas à realização de uma audição parlamentar dedicada, designadamente à reflexão, análise e problematização da mediação penal. A mediação penal foi ainda fortemente recomendada pela Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional, comissão a que o GPLP pertenceu, lembrando-se ainda a sua recomendação por instâncias internacionais, como seja a Recomendação (99) 19 do Conselho da Europa e a Resolução das Nações Unidas de 2001.

O espírito da justiça restaurativa e seus elementos pretendem restabelecer a convivência em sociedade, onde num determinado acontecimento envolveram-se aquelas duas pessoas ou até outros sujeitos, e que apesar do conflito, o que importa é estarem fundamentados na concórdia, na vontade de assumir a responsabilidade para recomporem a ordem despedaçada.

2 Peculiaridades da suspensão provisória do processo

2.1 Conceito

É uma forma de tratamento consensual para resolução da questão onde estão envolvidos, MP, vítima e arguido. O MP, seja de ofício ou a requerimento do arguido, Alternativa de Litígios (GRAL). De resto, importa salientar que o GRAL é o serviço do Ministério da Justiça que tem por missão promover o acesso ao direito, aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, aos tribunais arbitrais e aos julgados de paz (e à mediação, civil, que neles tem lugar). Assim, a par do acesso ao SML e ao SMF, o GRAL promove igualmente o acesso ao SMP (9/10).

apresenta a proposta ao juiz e havendo concordância, passará a ser legítima a suspensão provisória do processo que, dependendo do crime, pode variar entre 2 (dois) e, excepcionalmente, 5 (cinco) anos de suspensão.

Se o juiz concordar, não caberá impugnação de sua decisão, porém, caso não concorde, o MP terá que apresentar a denúncia e o processo seguirá seu encaminhamento regular. Considera-se como uma exceção ao dever que o MP possui de não apresentar a denúncia. Sendo assim, analisamos que é um sistema que guarda ponderação entre o interesse do Estado e o interesse do infrator, sendo excluída a ideia de sanção, conforme pensamento de Carlos Adérito Teixeira (2000, p. 40), que:

Consiste essencialmente num acordo estabelecido entre o Ministério Público – que assume a iniciativa e a condução – o arguido, o assistente e o juiz da instrução. Exige-se, para o efeito, uma parametrização fáctico-jurídico específica, traduzida num quadro de ilicitude, culpa e exigências de prevenção de baixa intensidade. Parece, assim, conectar-se, na *ratio* do instituto, a pequena criminalidade ao espaço de consenso. A figura processual em apreço apresenta um meio termo entre a acusação e o arquivamento, em desconformidade com o procedimento clássico, fomentando um sistema processual ‘dualista’, baseado em razões que se prendem com o interesse do Estado (alívio do sistema de justiça ou ausência de interesse na perseguição penal), com o interesse do infrator (evitar a ‘rotulagem’), com o crime em questão (pequena gravidade; tipo de delito), etc.

A suspensão provisória do processo traz efeitos positivos para todos os envolvidos, com intenção primordial de reequilibrar as relações Estado x ofensor – infrator x vítima - vítima x Estado, buscando maior fluidez na relação e melhor compreensão do papel de cada um neste contexto, valorizando o interesse dos envolvidos haja vista todos terem espaço para exporem suas insatisfações e interesses, atraindo uma solução mais impactante social, psicológica e moralmente.

2.2 Princípios

2.2.1 Legalidade

Relacionado com o princípio da oficialidade, fundamenta-se na ideia de que compete ao MP representar o Estado e defender interesses que a lei determinar e ainda participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. Claudia Cruz (2014, p.450-451) deixa claro a responsabilidade do Estado frente às condutas delituosas que:

Com efeito, o sistema de justiça penal radica no princípio de que, excluída a vindicta privada, cabe ao Estado – e apenas ao Estado, que detém o monopólio da função jurisdicional penal – a perseguição e a punição das condutas delituosas. A compreensão do crime enquanto conduta que ofende de forma insuportável valores que a comunidade considera essenciais fortalece a crença na necessidade de a defesa de tais valores caber a quem legitimamente representa a comunidade, não podendo a tutela daqueles – precisamente por força da sua essencialidade - ficar dependente da vontade, da diligência ou do emprenho dos indivíduos diretamente envolvidos no conflito.

Em decorrência deste princípio tem-se a impossibilidade de renúncia e desistência da acusação pública e os casos de denúncia obrigatória e facultativa. Oportuno mencionar o conceito do princípio da legalidade, para Fernando Torrão (2000, p. 125):

Significa o princípio da legalidade que a entidade titular da acção penal está obrigada a promover-la sempre que tiver adquirido a notícia de um crime e a submetê-la a julgamento desde que se tenha verificado a existência de indícios suficientes da prática do crime e de quem foram os seus agentes. Sob a égide de tal princípio conserva-se um característico e basilar postulado do Estado de Direito Formal, traduzido na garantia jurídica de defesa dos cidadãos face ao arbítrio estatal, garantia que se funda, por sua vez, na exigência de que todos são iguais perante a lei. Mais especificamente, o princípio da legalidade, na vertente da obrigatoriedade, visa uma rigorosa e absoluta igualdade na aplicação do direito, no sentido de que, como alude Tiedemann, cada facto punível deve ser investigado sem lugar a considerações de conveniência em relação à pessoa que o pratica. Condiciona-se, assim, a juízos e pura e objectiva legalidade quer a promoção, quer a prossecução da acção penal.

Mas é um princípio que não guarda uma essência absoluta, sofrendo assim restrições no sentido de que o MP não é obrigado a submeter o arguido a julgamento, deduzindo acusação, sempre que reúna indícios, considerando que: estando em causa pequena ou média criminalidade, o MP pode decidir-se pelo arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo 280º, CPP) ou pela suspensão provisória do processo (artigos 281º e 282º, CPP), também não podendo deixar de lado o princípio da oportunidade.

2.2.2 Oportunidade

Por este princípio extraímos que ao contrário do princípio da legalidade, o julgador terá uma maior flexibilidade quanto ao que diz respeito à intervenção das partes. Mesmo os Direitos Penal e Processo Penal tratando de searas da esfera pública, há uma prevalência pelo princípio do dispositivo onde as partes poderão trazer suas ponderações, suas contribuições para que determinada situação se resolva. O princípio do dispositivo e da paridade de armas são decisivos. O juiz se desvincula de uma

postura inquisitória para abrir espaço ao diálogo e faculdade de avaliar o ocorrido entre envolvidos.

Em sua obra que especificamente trata do princípio da oportunidade, Carlos Adérito Teixeira (2001, p. 33), argumenta que a ideia de oportunidade está relacionada a discricionariedade, contudo não se pode confundi-la com arbitrariedade. Esta discricionariedade é de caráter vinculante pois se fundamenta naquilo que é ofertado pela lei e que realizará a concepção de justiça. Nesse mesmo diapasão, no entendimento do aludido ator:

A ideia de oportunidade surge, a uma primeira análise, associado à ideia de exercício discricionário da actuação, por razões de conveniência de determinada natureza (política, social, econômica, institucional, estatística, etc.). Todavia, no contexto da administração da justiça, quando dirigida ao caso concreto, discricionariedade não significa arbítrio; trata-se de uma discricionariedade de acordo com a finalidade de realização da justiça. Trata-se de um poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas na lei; ou seja, tem sempre uma conformação normativa, um reduto legalmente inultrapassável; logo, tende sempre para uma 'discricionariedade vinculada'.

Sendo assim, o juiz tem liberdade para atuar, julgar de acordo com sua convicção íntima atrelada ao sistema jurídico. Não confundamos convicção íntima com o que ele pensa pessoalmente. Isso não importa. Convicção íntima no sentido de que ele, nos limites apresentados pela lei ou com base em outras situações jurídicas similares, observará ou julgará com liberdade dentro da técnica processual e de acordo com a qualidade das provas a ele apresentadas.

2.2.3 Conflito entre princípio da legalidade e princípio da oportunidade?

Impossível não analisarmos os dois princípios que fundamentam o instituto da suspensão provisória do processo, mas que, aparentemente, podem apresentar entre si juízos contraditórios, sendo conveniente trazer uma análise sobre os princípios da legalidade x oportunidade feita por Fernando Torrão (2000, p. 127):

Do ponto de visto do Direito Estrangeiro, é possível distinguir os sistemas legais de países tradicionalmente ligados ao princípio da oportunidade face aos países agrupados à volta do princípio da legalidade. O modelo da oportunidade é adoptado por países cujos sistemas são de tipo anglo-saxónico. Referimo-nos, fundamentalmente, aos Estados Unidos e à Inglaterra. O princípio da legalidade é característico dos países de cultura romano-germânica como, por exemplo, Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e Áustria. Deparamo-nos, portanto, com uma dualidade de sistemas ou famílias jurídicas distinguíveis por fundamentos de diversa ordem, que se prendem, basicamente, com a tradição histórica e jurídica-cultural dos povos.

Saliente-se aqui dois dos fundamentos que julgamos essenciais para aquela distinção.

E, seguindo na comparação pode-se extrair, de acordo com nossa concepção as seguintes conjecturas: a) **Tradição Romano Germânica:** método de características dedutivas (tarefa de subsunção do julgador; apoia-se totalmente na lei); menos hábito de discricionariedade; vocação para se apoiar no princípio da legalidade no sentido da promoção da acção penal; tendência de limitar a liberdade dos sujeitos (seja de natureza privada ou pública); b) **Tradição Anglo-Saxónica:** método de características indutivas (detém-se ao caso concreto para após analisar na doutrina e na jurisprudência, justificando assim aplicação da teoria dos precedentes); já nesta apoiam-se no princípio da oportunidade; nesta a concepção de uma tendência liberal-individualista, onde os sujeitos guardam entre si liberdade de disposição, deliberação e negociação. (TORRÃO, 2000, p. 127-129).

E o mesmo doutrinador apresenta uma proposta onde estes dois princípios devem interagir entre si, nem levando a legalidade ao seu extremo positivismo, nem dar a oportunidade o sentido de arbitrariedade, em ambos os casos comprometendo a legitimação de todo procedimento e fadado ao insucesso. Deve-se através de uma interação entre eles, resguardando-se através do equilíbrio entre os princípios e seus respectivos alcances, onde as partes terão espaço para exporem suas razões e ao mesmo tempo haja por parte do Estado uma intervenção sem caráter julgador e sim com caráter mediador. (TORRÃO, 2000, p. 25).

Para concluir, Pedro Caeiro (2000, p. 32), em seu artigo, discorre sobre legalidade e oportunidade, ponderando entre justiça absoluta x gestão eficiente, onde constata que a doutrina é pacífica em considerar que ambos estão em lugares opostos e por isso mesmo devem se aproximar, resguardando cada um suas finalidades próprias e neutralizando suas diferenças, considerando que o MP terá o dever de apreciar todos os elementos que o levariam ou a abertura do inquérito ou dedução da acusação.

Teixeira (2001, p. 11) reafirma a ideia acima exposta e em sua manifestação fundamenta que “a verdade é que a ideia de oportunidade não sustenta um exercício discricionário de actuação ou o livre arbítrio. Trata-se antes de uma opção de vias, soluções e medidas previstas (em alternativa) na lei, com uma conformação normativa, logo, uma “discricionariedade vinculada”.

2.3 Características e pressupostos processuais para concessão

No artigo 281.º n.º 1⁵, CPP encontramos os pressupostos e características do instituto da suspensão provisória que devem ser considerados cumulativamente para sua concessão, sendo que desta decisão não caberá qualquer impugnação, conforme n.º 6 do mesmo artigo.

Porém é discutível a questão de não caber impugnação da decisão da suspensão, sendo que a lei não esclarece se seria da concessão ou da não concessão. Mas só podemos entender que o prejuízo só ocorreria, caso fosse negada a concessão. Para justificar tal aspecto colacionamos os fundamentos apresentados em dois acórdãos com posicionamentos contrários, acerca da citada decisão. Ambos os acórdãos partem do princípio de qual espécie de decisão proferida pelo juiz ao tratar da suspensão provisória.

No primeiro acórdão⁶ fundamentam o direito à impugnação, uma vez que a concordância do juiz não é meramente homologatória da proposta trazida pelo MP, mas eivada de fundamentação e vinculada ao princípio da legalidade, que naturalmente guardaria a possibilidade de reexame, conforme garante o artigo 97^{o7}, n. 4 e 5 do Código

5 1 - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos:

- a) Concordância do arguido e do assistente;
- b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;
- d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;
- e) Ausência de um grau de culpa elevado; e,
- f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. [...]

6 - A decisão de suspensão, em conformidade com o n.º 1, não é suscetível de impugnação.

6 Cf. Acórdão de 15-04-2009, processo n.º13/08.4F2PDL-A-L1, Relação de Lisboa, sobre Suspensão provisória do processo. Recorribilidade do despacho de discordância do juiz de instrução. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?codarea=57&nid=4667, acesso em: 21 jul. 2020.

7 Artigo 97.º Atos decisórios:

1 - Os atos decisórios dos juízes tomam a forma de:

- a) Sentenças, quando conhecerem a final do objeto do processo;
- b) Despachos, quando conhecerem de qualquer questão interlocutória ou quando puserem termo ao processo fora do caso previsto na alínea anterior.

2 - Os atos decisórios previstos no número anterior tomam a forma de acórdãos quando forem proferidos por um tribunal colegial.

3 - Os atos decisórios do Ministério Público tomam a forma de despachos.

4 - Os atos decisórios referidos nos números anteriores revestem os requisitos formais dos atos escritos ou orais, consoante o caso.

de Processo Penal. E ainda justifica que a suspensão provisória ganhou um caráter mais amplo com a lei 48/2007, dando azo ao princípio da oportunidade, assim como uma liberdade maior no momento de analisar os critérios para sua concessão.

Ainda nesse mesmo contexto, vem muito a contribuir a reflexão de João Conde Correia e Rui do Carmo (2015, p. 18), sobre a questão da irrecorribilidade da citada decisão:

Este despacho de *não concordância*, à luz do ordenamento jurídico vigente, terá de ser recorrível porque '[a] o juiz não pode ser facultado um poder que lhe permita usufruir de um monopólio interpretativo, inviabilizador de uma solução susceptível de se apresentar como a mais apta a prosseguir o efeito político-criminalmente desejado. E se o interessado for o arguido, o recurso constitui mesmo uma das suas garantias fundamentais inseridas no corpo do artigo 32º, n. 1 da Lei Fundamental. Por outro lado, estamos perante um acto decisório do juiz – nos termos do artigo 97º, n. 1, al. b), do Código de Processo Penal – que, inelutavelmente, é abrangido pela regra de recorribilidade consagrada no artigo 399º, do mesmo diploma’.

Ainda argumentam que esta intervenção judicial é completamente desnecessária pois compromete a celeridade e a economia processual e, ainda, contamina o trabalho do Ministério Público, assegurado pela Constituição em seu artigo 132^{o8}, n. 1 e ainda no artigo 53^o, n. 1, CPP. Os papéis e atribuições desenvolvidos pelo Juiz e pelo MP estão bem delimitados pela lei.

O papel do Ministério Público é claramente defendido por João Conde e Rui do Carmo (2015, p. 18), no momento que dizem:

Neste novo cenário, uma vez que nosso Ministério Público é autônomo e obedece a estritos critérios de objetividade e de legalidade os riscos que fundamental a imposição da participação suplementar do juiz das liberdades na suspensão provisória do processo (art. 281º, n. 1, do CPP) já não existem. A magistratura do Ministério Público dá garantias, mais do que suficientes. Até porque o cumprimento desse dever legal poderá ser escrutinado pelo assistente, pelo arguido e, até, pela própria comunidade, a quem o Ministério Público deverá prestar contas, revelando como exerce os poderes que lhe são legalmente outorgados.

Esse mesmo cenário permite também refutar a necessidade teórica (não está inscrita na letra da lei) ou prática de uma qualquer intervenção judicial paternalista, em defesa da sociedade desprotegida por uma atuação

5 - Os atos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão.

8CAPÍTULO IV - Ministério Público. Artigo 219.º (Funções e Estatuto)

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

9 Artigo 53.º Posição e atribuições do Ministério Público no processo: 1 - Compete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objetividade.

insuficiente do Ministério Público. O exercício da ação penal foi confiado ao Ministério Público e é ele que responde por esse exercício, não carecendo de qualquer tutela suplementar.

E um segundo acórdão¹⁰ favorável à irrecorribilidade onde a interpretação dada ao art. 281, nº1 do CPP entende que a posição de concordância ou discordância, do juiz de instrução relativamente ao propósito do MP em suspender provisoriamente o processo constitui um despacho judicial nos termos previstos no art. 97, nº5 e art. 206¹¹ da CRP. E que decisão de suspensão provisória do processo é da exclusiva competência do MP, assumindo a posição do juiz de instrução, com um poder discricionário, posicionando-se ao mesmo nível da concordância que é exigida ao arguido e ao assistente. Assim sendo, porque se está perante um ato de livre resolução do tribunal a posição discordante emitida relativamente à proposta de suspensão provisória do processo emitida pelo MP não admite recurso. O juiz admite que, ao recorrer, foram violados dos artigos 281, nº1, art. 97, nº 5, 399 e 400, nº1, al. b), todos do CPP.

Ultrapassada a discussão sobre impugnação, importante da mesma forma e no espírito de demonstração do instituto da suspensão provisória, chegamos ao momento de embasar a sua relevante finalidade para a sociedade e comunidade jurídica, por ter um aspecto sócio-político-criminal inerente a sua natureza haja vista que age sobre questões de pequena criminalidade, como por exemplo, furto simples, proibição de condução.

Tendo como implicações considerar que aquele que pratica um pequeno delito, deve merecer uma pena da mesma forma ou nas mesmas condições que os crimes mais graves? A resposta é não, pois dentro de uma lógica, aqueles que praticam pequenos crimes, possuem uma maior probabilidade de ressocialização. E se merecer o mesmo tratamento de outros, estas chances diminuem e podem até desencadear uma maior gama de crimes. Além dos aspectos sociais, econômicos etc. E ainda, a suspensão provisória do processo é limitada na questão de que o indivíduo para merecê-la não pode ser reincidente.

10 Cf. Acórdão de 18/11/2009 STJ, processo nº 270/09.9YFLSB. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c6b01456f489c91b802576a100430e2c?](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c6b01456f489c91b802576a100430e2c?OpenDocument) Acesso em 21 jul. 2020.

11 Artigo 206.º (Audiências dos tribunais): As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento.

Quando este tipo observa qualquer dos institutos que guarda em si consensualidade e que sua opinião e aceitação terão valor em todo procedimento, passa a enxergar o Estado não por um viés meramente julgador, mas que leva em conta a dignidade humana, que é o princípio onde minimamente o ser humano deve ser considerado para se relacionar com os demais de seu grupo social e na sociedade como um todo.

Fernando Torrão (2000), fundamenta a importância da suspensão provisória do processo haja vista seu viés político-criminal em virtude de tratar de questões de baixa criminalidade, o sistema tradicional não daria uma solução adequada. Pois se o costume é aplicar pena e até encarcerar, aquele que praticou o ato ilícito não será tratado proporcionalmente pelo ordenamento e voltará a praticar o ato¹².

Para finalizar, devemos deixar claro as consequências quanto à suspensão provisória do processo, conforme disposições do artigo 282º, n. 3 e 4, que determinam que: 3. Se o arguido cumprir as injunções e regras de conduta, o Ministério Público arquiva o processo, não podendo ser reaberto e no 4. O processo prossegue e as prestações feitas não podem ser repetidas: a) Se o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta; ou b) Se, durante o prazo de suspensão do processo, o arguido cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado.

12 Cf. o autor: De uma perspectiva criminológica, à luz do que vem sendo dito, facilmente nos apercebemos de que é na pequena criminalidade que o aparelho formal de justiça penal se apresenta altamente dessocializador para o delinquente ocasional, o que, reflexamente, acarreta terríveis custos para a comunidade, nomeadamente a multiplicação de delinquência. Laboramos, por conseguinte, num campo em que a desafectação processual de uma causa a julgamento se mostra, muitas das vezes, uma necessidade premente. Com efeito, e tendo em conta o instituto em questão, a decisão de suspender provisoriamente o processo só podendo operar apenas em relação a não reincidentes, incidirá sobre arguidos em princípio mais vulneráveis aos efeitos estigmatizantes de todos o processo formal de criminalização. Acresce que será precisamente o arguido não reincidentes, em particular o jovem, que estará mais susceptível ao enquadramento nos valores que norteiam o dever-ser jurídico-penal da sociedade em que se insere. Ora, este arguido ao aceitar a solução consensual – em lugar de ser submetido a uma audiência de julgamento – de estar obrigado a cumprir determinadas injunções e regras de conduta, não sentirá um poder punitivo hostil e coercitivo, mas, pelo contrário, um poder institucionalizado virado para a vertente humana, mais preocupado em chamar atenção para os valores minimamente necessários à convivência em sociedade do que, propriamente, em castigar ou punir. Com este cenário, o arguido dificilmente se sentirá afastado do discurso punitivo o que constitui, certamente, um passo na direção de sua ressocialização. E, com isto, não fica descuidado o efeito preventivo-geral. Desde logo porque o bem jurídico violado será de menor gravidade ou, não o sendo, a violação será menos intensa. Mas, também, porque nos casos em que a desafectação processual pressuponha a concordância do arguido – como, de resto acontece na suspensão provisória do processo -, aquele como que confirma a validade da norma que eventualmente tenha desrespeitado. Desta feita, em suma, do que fica dito dificilmente se poderá deixar de reconhecer o relevante contributo político-criminal que, ao nível da pequena criminalidade, o instituto da suspensão provisória do processo é susceptível de prestar no eterno combate ao crime no sentido de, pelo menos, o manter em níveis comunitariamente suportáveis. (TORRÃO, 2000, p. 138-139).

3 Peculiaridades da mediação

3.1 Conceito

A mediação penal tem lugar na Lei 21/2007 e seu conceito encontra-se no artigo 4º, n. 1 e podemos extrair a seguinte ideia: mediação configura-se num procedimento que guarda confidencialidade e voluntariedade entre os envolvidos onde estes com poder decisório sobre a questão que os envolve, são auxiliados por um terceiro sujeito imparcial, estranho à relação estabelecida, buscando obter a solução mais adequada e conveniente para ambos do conflito estabelecido entre eles.

Vale ressaltarmos a crítica de André Lamas Leite (2008, p. 15-16)¹³, quanto ao que diz respeito à intervenção dos envolvidos no conflito, apontando que o Processo Penal Português ainda não está devidamente preparado ou disposto a aplicar o procedimento de mediação penal. Realmente, não se tem claramente apresentado uma disposição no sentido de que haja realmente espaço para intervenção direta da vítima, seja por ela mesma seja através de seu assistente. E o espaço que existe só é cedido por uma questão de “complexo de culpa dos sistemas jurídico-penais em relação a um

13 Cf. ANDRÉ LAMAS *A mediação penal de adultos: um novo paradigma de justiça?*, Coimbra Editora, Coimbra:2008, p. 15-16: Sucede, contudo, que, a nosso ver, nem sempre se sublinha que o actual Direito Processual Penal Português concede já amplos poderes de intervenção à vítima, seja do prisma das limitações ao princípio da oficialidade, seja por intermédio da figura do assistente, da intervenção das partes civis, da necessidade de acusação particular como condição de procedibilidade nos delitos particulares *strictu sensu*, da legitimidade do assistente requerer a abertura de instrução ou recorrer. Não queremos com isso dizer que não existe espaço para maior e mais adequada proteção às vítimas de crimes; pretendemos sim salientar que um certo complexo de culpa dos sistemas jurídico-penais em relação a um abandono crônico da vítima que assume, entre nós, do prisma racional e das concretas medidas a empreender, o mesmo nível de imperatividade de outros ordenamentos.

Ora, se através da atrás citada ideia de participação se pretende que o sujeito (ou participante) processual seja dotado de um conjunto de faculdades legais que lhe permitam influenciar construtivamente a decisão penal, ninguém hoje o discute. Todavia, vai sendo vulgar, de modo mais ou menos subliminar, utilizar esta consensualidade para, a coberto dela, se defender uma quase privatização do direito penal, correndo-se o risco e o nosso século ficar para a História – dizemo-lo de jeito hiperbólico – como aquele em que a vítima passa de *desprezada excecência a déspota esclarecida*. Se tal suceder – como teremos ocasião de verificar ao longo da exposição -, são as fundações do Estado-de-Direito que podem estar em risco. E também se utiliza, nessa linha argumentativa, a ideia de que é necessário por termo a uma atitude paternalista do Estado que não deixa os cidadãos estabelecerem canais de comunicação entre si, advogando-se a construção de uma administração facilitadora. Assim se coloca na sombra que o Estado (de Direito democrático) se fundamenta no Povo, *ergo*, em todo e cada um dos indivíduos a ele vinculados por laços de cidadania (ou de mera pertença, mesmo que ocasional, a um espaço geográfico em que se exerce soberania, como sucede no Direito Penal). Da ideia de paternalismo pode ainda derivar, no limite, a obnubilação do patrimônio histórico da resolução de litígios – como regra – através de um terceiro imparcial, *democraticamente legitimado*. Encarar assim o problema da resolução alternativa de litígios (RAL; do inglês *alternative dispute resolution* – ADR) configura pernicioso e imprestável maniqueísmo.

Numa palavra, participação da vítima sim, ponto é que tal signifique um *monumental* retrocesso *civilizacional* em que se traduziria uma excessiva e *ilimitada* devolução do conflito penal aos sujeitos, o que, estamos seguros, ninguém pretende ou propõe.

abandono crônico da vítima que assume, entre nós, do prisma racional e das concretas medidas a empreender, o mesmo nível de imperatividade de outros ordenamentos”.

No artigo 2º n. 2 da Lei de Mediação Penal, estabelece que seria cabível, na fase de inquérito, se o crime for de natureza privada de crimes contra as pessoas e contra o patrimônio, como por exemplo: crimes de ofensa à integridade física simples, ameaça, difamação, injúria, devassa da vida privada, furto, dano, infidelidade. Pode ser sugerida pelo membro do MP, pelo arguido e pela vítima ou ofendido. Estes serão notificados e o mediador obterá o consentimento de ambos para sua ocorrência, caso não ocorra, o processo retorna para as mãos do MP para prosseguir. Se ambos consentirem, terá início ao procedimento da mediação. Na sua realização, os envolvidos poderão estar acompanhados por seus advogados. E os termos do acordo serão baseados na voluntariedade e consensualidade.

Caso não haja a mediação ou incumprimento do acordado entre as partes, a queixa poderá ser renovada pelo ofendido ou o processo prosseguir normalmente. Neste contexto do incumprimento dos termos da mediação, caberia outra mediação? A lei não restringe a quantidade de vezes em que esta pode ser utilizada, porém, no artigo 3º, n. 1 da lei de mediação penal, diz que ficaria limitada a qualquer momento portanto que em fase do inquérito policial.

Mas, voltamos a dizer que não há limitações na ocorrência de nova mediação. Talvez, um outro momento que pudesse ser oportuno, fosse ao final, quando da prolação da sentença. E do resultado, pudesse ocorrer um outro momento para utilizar a mediação. Naturalmente, devemos considerar esta hipótese discutível em razão do arguido aceitar ou sugerir a mediação, não com um verdadeiro espírito restaurativo mas ambicionando um acordo mais vantajoso para si do que a pena aplicada na sentença.

Para que faça sentido e possa ter a incidência de seus efeitos práticos, as partes que se submeterem ao processo de mediação, devem se desarmar e entenderem o caráter salutar do instituto, uma vez que se deve abandonar o paternalismo estatal que limita, e muito, a comunicação entre elas, comprometendo uma postura de facilitação na solução dos conflitos, porém, deve-se considerar que esta forma de intervenção não signifique

uma privatização do direito penal, expondo seu ideal e o Estado Democrático de Direito.¹⁴

Em todo processo o envolvimento efetivo das partes é imprescindível, mas sem a atitude ativa do mediador e sua total convicção sobre a mediação e finalidade podemos arriscar a dizer que seria impossível a ocorrência. A postura do mediador é extremamente relevante, pois ele é o agente potencializador da comunicação e da integração entre as partes. Sua compreensão e ampla observação sobre tudo que gira em torno dos envolvidos e do conflito em si são elementos inerentes ao papel do mediador.

Mas além da postura do mediador, Carlota Pizarro de Almeida(2011, p. 106) argumenta sobre ser considerado o aspecto da diversidade cultural na utilização da mediação, pois importante compreender quais os ambientes nos quais os envolvidos convivem para se entender o porquê um praticou determinado ato que ofendeu alguém e o porquê da reação da vítima, que passa a citar, “Outra das vantagens que podemos encontrar na mediação é que esse sistema tem mecanismos adequados a fazer face às diversidades culturais. Portugal é cada vez mais uma sociedade plural, em que coabitam diversas culturas. A exata compreensão das motivações do arguido e das reações da vítima só é possível com conhecimento do respectivo enquadramento sociocultural. Daí a necessidade de o mediador estar a par das especificidades que possa haver em cada caso, sob pena de lhe escaparem aspectos que podem ser essenciais para a condução da mediação. Acertadamente, a lei prevê que o mediador designado, quando entenda ser mais conveniente, por motivo de “inserção comunitária ou ambiente cultural do arguido e ofendido”, possa transferir o processo para outro mediador constante da lista, disso dando conhecimento fundamentadamente ao Ministério Público (cf. artigo 3º, n. 4 da Lei 21/2007). Esse é um dos dois casos em que está previsto o mediador designado não acompanhar o processo. O artigo 10º, n. 2, prevê a segunda situação em que o mediador designado será substituído por outro, a seu pedido: quando “deixe de ter asseguradas a sua independência, imparcialidade e isenção”.

14 Cf. Micaela Campanário, em seu artigo “Mediação Penal: inserção de meios alternativos de resolução de conflitos”: A mediação surgiu como uma forma de luta contra os disfuncionamentos do sistema judicial, como uma forma de justiça informal, ou seja, como um modo alternativo de resolução de litigiosidade para além da justiça formal. 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. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/12593>. Acesso em 19 jul.2020.

A mediação é um instrumento contra o preconceito e a intolerância. O mediador trabalha com os sentimentos opostos do ofensor e da vítima e tem como função quebrar esta resistência. Importante dizer que o mediador não está lá para evitar o conflito. Este já está estabelecido. O mediador está lá para que o conflito seja debatido e que tenha um final o mais adequado possível para as partes e que estas compreendam que aquela foi a melhor solução construída por ambas. O debate é imprescindível para que sejam expostas as intenções, angústias, revoltas de ambos e que ali sejam mitigadas e resolvidas.

Num debate mais polêmico, já há discussões do por que a mediação não poderia ser um instrumento utilizado nos crimes classificados como graves onde estejam incluídas penas privativas de liberdade. A reparação através da mediação substituiria a pena? Salutar lembrarmos que a mediação tem uma dimensão psicológica, uma vez que penetra nas sensações experimentadas pela vítima. Seria recomendável o emprego do mecanismo da mediação?

Salientamos que não há qualquer tipo de proibição legislativa. O que há são restrições e que geralmente, mencionam os crimes de baixa criminalidade.

Já existe o emprego da mediação em crimes mais graves, conforme afirma em sua pesquisa, efetuada entre 1996/1998, Mark S. Umbreit (2007), Diretor do Centro de Justiça Restaurativa e Mediação e do Instituto Nacional de Treinamento em Justiça Restaurativa em Minnesota, porém devem ser tomadas precauções específicas para o desenvolvimento da mesma:

Durante os primeiros anos de desenvolvimento no campo da mediação vítima-ofensor, em meados e final dos anos 70, a maioria dos profissionais acreditava que a mediação era voltada primeiramente, se não exclusivamente, a crimes de propriedade e lesões corporais leves. Ultimamente, porém, um crescente número de vítimas de violência grave e, em alguns casos, ofensores, tem requisitado um diálogo mediado para conversar sobre o impacto do crime e procurar por um maior sentimento de cicatrização. Esses casos envolvem crimes como estupro, tentativa de homicídio e homicídio (com a família sobrevivente ou amigos), que requerem um processo de mediação muito mais intenso e longo. É comum, nessas situações, que o mediador se encontre com cada uma das partes de 3 a 5 vezes em um período de 10 a 12 meses, além de coordenar essa intervenção com a atuação de outros, como terapeutas ou pessoas de apoio. É necessário um mediador muito hábil e com treinamento avançado em diálogo entre vítimas sensíveis e ofensores. Tal treinamento só é oferecido no Centro de Justiça Restaurativa e Mediação da Universidade de Minnesota.

A pesquisa, efetuada nos anos 90, é algo a ser mais bem aprofundada em outros países onde a violência ocupa um grande foco de atenção em todos os sentidos, social, político, econômico etc. O autor da pesquisa é bem otimista quando aponta as vantagens de sua utilização sobre os envolvidos e/ou interessados, sendo elas vítimas ou arguido, quando justifica as consequências de terem se submetido ao processo de mediação de crimes graves. Descreveu as seguintes posturas: a) pela vítima: alívio por terem sido ouvidas, não sentiam mais o controle do ofensor sobre suas vidas, passaram a olhar para os ofensores como pessoas, não teriam mais vontade de se suicidar, menos raiva; b) pelo ofensor: desenvolveu uma postura de empatia, pôde realmente observar o mal que causou, percebeu a eficácia e consequência do processo assim como se conscientizou de sua responsabilidade. (UMBREIT, 2007, p. 3).

Portanto, não é impossível o emprego da mediação para crimes considerados graves, dependendo de cada ordenamento jurídico, mas ainda é algo que deve ser muito bem estudando assim como sua eficácia, pois não podemos banalizar o instituto nem comprometer a utilidade e necessidade do processo penal.

3.2 Princípios

3.2.1 Voluntariedade

É uma condição imprescindível ao processo da mediação. As partes podem requisitar a qualquer momento, da mesma forma que também podem desistir da mediação, e ainda, podem não aceitar o acordo se não for conveniente.

Na lei da mediação encontramos menção a este princípio na lei 21/2007, em seus artigos 3º, n. 5,6 e 7 e no 4º, n. 1 e 2, sendo conveniente ressaltarmos nos dispositivos legais tal noção, abaixo colacionados:

Artigo 3º - Remessa do processo para mediação

5 - O mediador contacta o arguido e o ofendido para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação, e verifica se aqueles reúnem condições para participar no processo de mediação.

6 - Caso não obtenha consentimento ou verifique que o arguido ou o ofendido não reúne condições para a participação na mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal.

7 - Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação.

V. 06, N. 1, Out., 2020.

Artigo 4º. Processo de mediação

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

2 - O arguido e o ofendido podem, em qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação na mediação. (grifou-se)

Claramente demonstrada a importância da voluntariedade, onde a vontade, a disposição de ambas as partes é essencial para que seja implementada a mediação. Faz parte da essência de todo procedimento.

Aproveitamos o ensejo para mencionar que no ordenamento processual civil brasileiro, em seu artigo 334¹⁵, §8º, do Código de Processo Civil, que a audiência de conciliação ou mediação ao ser designada, obriga a presença das partes e que se não comparecerem sem justificativa plausível, será o ato da ausência considerado ato atentatório a dignidade da justiça e ainda aplicação de multa. Tal disposição legal pode parecer um paradoxo em razão do elemento da voluntariedade, porém, a ideia foi que as partes que participam do processo percebam efetivamente a importância do momento. Pode parecer uma afronta a espontaneidade, mas não há desrespeito ao princípio, pois a vontade das partes será acatada independente de desejarem ou não efetuar o acordo. A

15 CAPÍTULO V - DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

obrigatoriedade é quanto ao comparecimento e não quanto a aceitação ou não dos termos apresentados.

Encontramos também no Código de Processo Civil Português uma indicação de que o juiz indicaria a mediação, porém caberá as partes terem livre disposição sobre sua participação ou não, de acordo com o artigo 273º, n. 1 e 2¹⁶, CPC. Da mesma forma, não se observa qualquer comprometimento da espontaneidade.

3.2.2 Confidencialidade

A lei 21/2007 faz menção à confidencialidade em seu Artigo 4º, n. 5, que indica que o teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo seu conteúdo ser utilizado como prova em processo judicial.

Durante todo procedimento de mediação, o responsável por orientar os envolvidos, o mediador, tem o dever de não propagar nenhuma informação do que e como ocorreu, a não ser que tenha consentimento dos interessados e que tenha em cheque questão de ordem pública, como interesses da criança. O mediador assume as consequências da confidencialidade que tem natureza de sigilo, segredo profissional, e por isso, este princípio relaciona-se também com a imparcialidade, haja vista que quando as partes se expõem à mediação devem confiar no mediador assim como sentirem-se seguras no sentido de que ele não usará de suas angústias e argumentos para as prejudicar, resguardando assim a intimidade.

Na lei 21/2007, sobre respeito e a natureza da confidencialidade, encontramos no artigo 10º, n.1, 3 e 4: 1 - No desempenho das suas funções, o mediador penal deve observar os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência; 3 - O mediador penal tem o dever de guardar segredo profissional em relação ao teor das sessões de mediação e 4 - O mediador penal fica vinculado ao segredo de justiça em relação à informação processual de que tiver conhecimento em virtude de participação no processo de mediação.

16 Artigo 273.º Mediação e suspensão da instância

1 - Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância nos termos e pelo prazo máximo previsto no nº 4 do artigo anterior.

Na obra comentando a lei de mediação na esfera cível e comercial, Lopes e Patrão (2016, p. 52), colocam a questão de a confidencialidade ser considerada segredo profissional e que:

Problema que a lei não resolve é o de saber se o levantamento da confidencialidade nos casos legalmente previstos é uma decisão própria do mediador ou se, pelo contrário, é aplicável por analogia o regime jurídico do sigilo profissional do advogado, devendo solicitar autorização para revelar as informações que repete necessárias. A questão assume importância reforçada porquanto a cessação do dever de confidencialidade é admitida com base em cláusulas abertas, devendo densificar-se por um lado quando se está perante razões de ordem pública e, por outro lado, quando tal é necessário à proteção desses interesses.

Sendo assim, a confidencialidade não se atém apenas à figura do mediador, mas também inclui os envolvidos. A confidencialidade também protege o mediador pois os envolvidos poderiam expor sua forma de trabalho e de alguma forma as pessoas passarem a desconfiar de sua atuação em outras oportunidades. Para os autores Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016), caberá ao mediador a ponderação dos interesses em jogo, apresentando uma justificativa plausível em que se configura a necessidade, mas a lei dá um caráter de segredo profissional pelo qual responderá o mediador.

3.2.3 Igualdade e Imparcialidade

No artigo 4º, n.1, da Lei 21/2007, prestigia-se a imparcialidade e a igualdade. Para ambas as partes estão resguardadas prerrogativas e liberdade para exporem suas insatisfações de forma clara e educada. Terão possibilidade de desistirem do procedimento ou de não aceitarem os termos apresentados. O mediador tem o papel de orientar ambos os envolvidos mantendo o equilíbrio e dando o mesmo espaço para suas manifestações.

A imparcialidade fica por conta do mediador, daquele terceiro que estranho à relação jurídica estabelecida entre ofendido e ofensor, participa apresentando disposição para observar as partes e perceber o que realmente objetivam.

A vontade do mediador não conta em momento algum e deve manter uma equidistância, no sentido de não tomar partido por nenhum dos lados. Deve agir de forma segura, firme, mas não grosseira ou autoritária, no que diz respeito a quebrar possível resistência ou de apenas uma delas para que percebam o benefício do procedimento e que sem participação ativa de ambas estará comprometido. A atividade

do mediador é de meio uma vez que se compromete a entender a postura das partes e possa através de sua sensibilidade, descobrir o que as incomoda, tentando deixá-las o mais confortável e conscientes possível das consequências da mediação.

Se qualquer um dos envolvidos perceber que o mediador tem uma tendência a defender ou acusar uma das partes, irão criar uma resistência maior ainda, pois não acreditam na missão que deveria estar sendo promovida pelo mediador.

4 Comparações: semelhanças e distinções

Traçaremos algumas características de ambos os institutos, comparando e comentando sobre cada uma delas para observar no que convergem e divergem, de acordo com o que foi apontado e levantado ao longo deste trabalho.

1) Verificamos que mesmo com as regras de conduta condicionais impostas ao arguido que autorizam a suspensão provisória do processo, não se perde a finalidade reparadora assim como resulta do acordo extraído no processo de mediação.

2) A suspensão provisória do processo tem guarida no artigo 281º, CPP e a mediação tem sustento e autonomia na Lei 21/2007. Ambos os mecanismos são de diversão que tem o objetivo de afastar a ocorrência do julgamento e consequente aplicação da pena de prisão, justificando assim a desjudiciarização. Ambas, apesar de serem requisitadas pelo MP, dependem da concordância do arguido e do ofendido (mediação) ou do juiz de instrução (suspensão).

3) Ambos são mecanismos de diversão, porém na suspensão provisória do processo há intervenção por parte do juiz de instrução, a quem caberá, efetivamente, aplicação do mencionado instituto; já na mediação penal, não há intervenção judicial, mas de terceiro estranho à relação jurídica, o mediador, responsável pelo controle e direcionamento do processo mediativo, que trabalha de forma cooperativa e não imperativa.

Neste sentido, citamos que para Claudia Cruz Santos (2014, p. 581), quanto à participação do ofendido, deduz-se que:

Enquanto essa participação é essencial na prática restaurativa que é a mediação penal; já nas principais soluções de consenso conhecidas pelo nosso direito processual penal, a possibilidade de intervenção é limitada ao assistente (e, no processo sumaríssimo, para além disso, restrita às contadas

hipóteses de acusação por crime particular em sentido estrito). Por outro lado, se quer a suspensão provisória do processo, quer a condenação em processo sumaríssimo supõem a intervenção do Ministério Público e *de um juiz*; já a verificação do acordo obtido na mediação penal e a homologação da desistência de queixa bastam-se com a intervenção do *Ministério Público*.

A consensualidade na mediação é um elemento essencial a sua ocorrência; na suspensão podemos dizer o nível de consensualidade é baixo pois o que há é uma adaptação da condição do arguido às condições legais e pressupostos para ser concedida. Podemos dizer inclusive que não se trata de consenso e sim de mera concordância ou submissão do arguido às condições legais estabelecidas.

4) Quanto ao caráter reparatório, cabe-nos dizer que na suspensão provisória do processo, mesmo não havendo julgamento e aplicação da pena de prisão, não afasta seu caráter sancionatório, pois o arguido estará submetido às regras de conduta determinadas legalmente e que caso não cumpridas levará à reativação do processo. Já a mediação, não possui este caráter sancionatório pois totalmente focada no consenso com base no instrumento construído pela participação, pela contribuição de ambos os envolvidos.

5) Ponderamos que o ponto central da mediação penal não se encontra apenas em reparar à vítima mas também possui escopo restaurativo – restaurar quer dizer recuperar algo que foi perdido, reintegrar. Se não fosse por isso, que sentido faria incluir no ordenamento esta figura processual, que pretende garantir a real conciliação entre os envolvidos, restabelecendo os laços e tentando minimizar, ao máximo, as consequências do ato. Este é o caráter essencial da mediação, totalmente contrário às finalidades do processo penal. Este caráter restaurativo leva em conta a dignidade de quem praticou o ato e de quem o sofreu, pois tolera que o arguido não fique estigmatizado e que a vítima se sinta amparada e seu sofrimento mitigado.

No entender de Claudia Cruz Santos (2014, p. 582):

[...] a diferença fundamental prende-se com a legitimidade para a conformação da solução relativamente à qual depois se manifesta (ou não) concordância. Na suspensão provisória do processo e no processo sumaríssimo, não existe uma construção do conteúdo da solução por aqueles que foram os intervenientes no conflito concreto (o agente do crime e a sua vítima). A solução – ou proposta de solução – é conformada pelas autoridades judiciárias em função das finalidades especificamente penais, cabendo ao arguido e ao assistente a possibilidade de aceitarem ou não tal solução, mas não a possibilidade de influenciarem decisivamente o seu conteúdo. Na mediação penal, pelo contrário, há como que uma inversão de papéis: é ao agente do crime e ao ofendido que compete a modelação da

solução que culminará no acordo, não podendo o Ministério Público determinar o seu conteúdo, mas tão-somente homologar a desistência de queixa quando comprovar a verificação dos requisitos legais que presidem à determinação do acordo.

6) A voluntariedade faz parte do espírito da mediação penal, porque não existe uma imposição ao agente, tendo como objetivo a ressocialização e contribuir para a reconquista da paz jurídica e social. Mas lembremos que este contexto só se justifica para atos que possuam pequena e média criminalidade.

7) Quanto à figura da vítima, na mediação, tem uma participação em igualdade de espaço nas manifestações, para deliberações assim como o arguido; já na suspensão provisória do processo, a participação da vítima pode se dar de maneira indireta, como por exemplo, um assistente, mas seus interesses não tem a mesma apreciação como a que tratada na mediação.

8) Quanto à reincidência, na suspensão provisória é condição legal para que não seja concedida; já na mediação, não há nada que proíba, porém, sabemos que a vítima pode impor uma maior resistência na aceitação de uma proposta.

Conclusão

Apresentamos discussão sobre dois instrumentos processuais relevantes sob os aspectos sócio-político-criminais, quais sejam: suspensão provisória do processo e a mediação penal.

Ambos os procedimentos estão devidamente localizados em leis específicas, a suspensão encontra proteção no Código de Processo Penal, em seus artigos 281º e 282º e a mediação penal que tem lei própria, 21/2007.

Apesar de serem mecanismos de caráter consensual e possuírem consequências sociais muito positivas, possuindo características e finalidades peculiares, garantindo a cada um deles a permanência no ordenamento jurídico penal.

As divagações de que a mediação é um instrumento inútil são absurdas e não podem se sustentar, não podendo ser dispensado em razão da suspensão provisória do processo. Conforme expusemos, muito claro está o lugar de cada um destes institutos, não podendo ser confundidos nem um excluído em razão do outro.

Inegável considerarmos que a mediação penal cumpre ou deverá cumprir - haja vista que a sua utilização não é tão amplamente divulgada – sua valiosa contribuição, que por enquanto, apenas no contexto de crimes ou práticas que possuem pequena ou média criminalidade – quem sabe, com o passar do tempo e melhor análise da aplicação do instituto, por meio de pesquisas mais profundas e cuidadosas – não possa ser estendida a outras espécies de crimes, mas claro sem o risco de maquiar algumas práticas mais graves de maneira efetivamente proporcional às suas características, comprometendo não só o processo penal como o processo de mediação.

Já na suspensão provisória do processo, um ponto relevante é a ponderação dos princípios da legalidade e da oportunidade: um equilíbrio entre estes dois preceitos seria essencial para uma concessão segura e aplicação eficaz do instituto processual por parte do MP e do Juiz de Instrução.

A sociedade carece de melhores e maiores esclarecimentos sobre estes mecanismos consensuais, uma vez que é no seio desta que as práticas ilícitas, lesivas e típicas ocorrem, para que possam compreender o trabalho da justiça na esfera penal e observar os resultados.

Anote-se que a mediação não é a solução para a ineficiência de nosso ordenamento jurídico, mas um salutar e útil instrumento complementar que pode tornar mais eficaz nosso tradicional sistema de justiça criminal.

Referências

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Diferentes Versões do Consenso: suspensão provisória do processo e mediação penal. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra, número 16, p. 101-112, 2. semestre 2011.

ANTUNES, Maria João (org.). *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 84, p. 31-47, 2000.

CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. Mediação Penal: inserção de meios alternativos de resolução de conflitos. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v.13, n. 1, 8, p. 118-135, ago. 2013. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/12593>>. Acesso em 19. jul. 2020.

CARVALHO, Paula Marques. *Manual Prático de Processo Penal*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

CORREIA, João Conde; CARMO Rui do. Recorribilidade do despacho de não concordância com a suspensão provisória do processo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 142, p. 9-34, abril/junho de 2015.

FIDALGO, Sonia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o procedimento sumaríssimo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, a. 18, n. 2 e 3, p. 277-315, abr.-set. 2008.

LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos: um novo paradigma de justiça?*. Coimbra: Coimbra, 2008.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da mediação comentada*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

REIS, Sónia. A Vítima na Mediação Penal em Portugal. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 70, n. I/IV, p. 573-590, jan.-dez. 2010, Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=50874&idsc=112472&ida=112725>. Acesso em: 19 jul. 2020.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa*. Coimbra: Coimbra, 2014.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio Da Oportunidade – Manifestações Em Sede Processual Penal E Sua Conformação Jurídico-Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. Suspensão Provisória do Processo: fundamentos para uma justiça consensual. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 86, p. 107-114, 2001.

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

UMBREIT, Mark S. Justiça restaurativa por meio da mediação vítima-ofensor: uma avaliação a partir de várias experiências locais. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado Barbosa (orgs.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iii-doutrina-artigo-dos-professores/justica-restaurativa-por-meio-da-mediacao-vitima-ofensor-uma-avaliacao-a-partir-de-varias-experiencias-locais>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

Submetido em 24 de abril de 2020.

Aprovado para publicação em 11 de agosto de 2020.

