



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Comentários ao Anteprojecto de diploma sobre Mediação Penal

Considerações gerais:

O diploma em causa pretende consagrar no ordenamento jurídico português a mediação penal por forma a dar cumprimento à Decisão-Quadro do Conselho da Europa de 15 de Março de 2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 2001.03.22 que no seu art.º 10º estipula: “cada Estado-Membro deve esforçar-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida (nº1) e deve assegurar que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais (nº2).

No art.º 17º da mesma Decisão-Quadro determina-se que os Estados-Membros devem pôr em vigor, até 22 de Março de 2006, as disposições legais regulamentares e administrativas necessárias para darem cumprimento à referida decisão quadro, na parte respeitante à mediação penal no âmbito do processo penal.

Visa pois o anteprojecto de diploma em análise dar cumprimento a uma obrigação do Estado Português enquanto membro da UE que, a ser implementada com as estruturas necessárias, trará seguramente vantagens, em primeira linha para as vítimas, e que contribuirá para descongestionar o sistema tradicional de justiça, relativamente à pequena criminalidade, permitindo-lhe mais dedicação à criminalidade mais grave.

Contudo, o diploma, tal como está, levanta-me algumas dúvidas e reservas a começar logo pelo seu art.º 2º, pela abrangência quanto aos crimes públicos, isto é, aqueles que não dependem de queixa.

Visando essencialmente a mediação colocar o agente do crime face à vítima, por forma a que aquele tome consciência do mal feito, repare os danos e



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

se ressocialize mais facilmente através de medidas não detentivas, parece-me ser duvidoso que, no caso dos crimes públicos, se possa usar da mediação – é que enquanto nos crimes semi-públicos o processo só se inicia com a queixa e antes da decisão final o queixoso pode desistir dela com o consentimento do arguido, o que se adequa à mediação, tal já não é possível nos crimes públicos em que a vontade da vítima é inoperante e irrelevante – uma vez que o que está fundamentalmente em causa e aquilo que o Estado visa acautelar através do exercício da acção penal é o interesse público e esse dificilmente pode ser objecto de mediação.

Aliás, o próprio conceito da mediação tal como está no art.º 3º parece ter em vista precisamente os crimes que dependem de queixa uma vez que visa essencialmente a aproximação entre o arguido e o ofendido (sublinhado meu).

De todo o modo, a manter-se a possibilidade da mediação relativamente a tais crimes não se justifica, no meu entender, as restrições previstas no nº2 do art.º 2º, nem no nº2 do art.º 6º, para os crimes semi-públicos, isto é, não ser possível a mediação quando o ofendido for menor de 16 anos ou pessoa colectiva ou quando se trate de processo por crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual. A recomendação nºR (99) 19 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a mediação em processo penal, adoptada pelo Comité de Ministros em 15 de Setembro de 1999 traçou as directrizes a que deve obedecer a mediação penal e não estabelece restrições, nem em função da idade dos ofendidos nem em função da natureza dos crimes ou do agente, prevendo antes, relativamente aos menores, o direito de assistência dos progenitores. Ora, precisamente nos crimes semi-públicos contra a autodeterminação sexual em que os ofendidos são menores, justifica-se plenamente o uso da mediação pois a mesma pode possibilitar a aceitação por parte do agente do crime de medidas de tratamento médico ou psicológico, tão necessárias, em muitos dos casos, com possibilidade de terem mais êxito se



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

forem aplicadas com a concordância do agente que não pela via do julgamento, sempre mais difíceis de aplicar.

Por outro lado, ao contrário do que acontece actualmente com a suspensão provisória do processo cuja aplicação depende da concordância do juiz de instrução (art.º 281º, nº1 do CPP) na mediação, resultando acordo entre o arguido e o ofendido é o mesmo transmitido ao M.º Público que suspende provisoriamente o processo e determina a condição de o arguido cumprir tal acordo – art. 3º, nº3 e art.º 4º, nº1.

Ora, a atribuição ao M.º Público da competência para a suspensão do processo e a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sem a intervenção de um juiz, no âmbito do CPP foi julgada inconstitucional por violação dos art.ºs 206º e 32º, nº4 da Constituição da República Portuguesa (Ac. nº7/87 de 9/02).

Será que no caso da mediação relativamente a crimes públicos é possível a aplicação de injunções e regras de conduta ao arguido, sem a intervenção do juiz e sem que tal represente a violação do princípio da legalidade?

É que, na realização da justiça criminal pelos Tribunais, a aplicação de uma pena ou medida de segurança ao agente pressupõe sempre que se verifiquem os pressupostos da sua aplicação e a intervenção do juiz.

E será que a exigência dessas regras de conduta ou medidas análogas às de natureza penal e que as substituem, quando estejam em causa crimes particulares e semi-públicos é nos mesmos termos, legal sem a intervenção de um juiz?

Não teremos aqui o mesmo problema de inconstitucionalidade declarada já relativamente à suspensão provisória do processo?

Quanto aos crimes cujo procedimento depende de queixa (**art.º 6º**) importa também fazer algumas observações:



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Desde logo, afigura-se que só tais crimes e bem assim aqueles que dependem de acusação particular deveriam ser objecto da mediação. Tal como está a norma, é duvidoso que nela se incluam também os crimes que dependam de acusação particular só pelo facto de também eles serem dependentes de queixa. Repare-se que o próprio C. Penal, tem uma norma expressa no art.º 117º para estender a aplicação das disposições referentes à titularidade do direito de queixa, à extinção, à renúncia e à desistência da queixa dos crimes dela dependentes, aos crimes cujo procedimento criminal depender de acusação particular, o que não acontece no caso da mediação.

Deverá, pois, ser feita uma menção expressa nesse sentido, quanto mais não seja na epígrafe do preceito.

Ao contrário do que está previsto no nº2 para os crimes públicos, o art.º 6º não prevê, no caso dos crimes semi-públicos, que seja feito o inquérito - recebida a queixa, o M.º Público remete o processo para mediação, disso dando conhecimento ao arguido e ao ofendido. Nem se faz depender aqui a mediação de uma ponderação prévia por parte do M.º Público, como acontece nos crimes públicos, quanto à satisfação das exigências de prevenção.

A remessa para mediação surge assim como obrigatória neste tipo de crimes - basta que se trate de crime punível com prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente e desde que (nº2 do mesmo art.º 6º) o ofendido não seja menor de 16 anos, não seja pessoa colectiva, não se trate de crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual.

Contudo, para que o processo possa ser remetido para a mediação (nº1 do art.º 6º) o M.º Público tem de constituir como arguido aquele contra quem é formulada a queixa crime, dando-lhe a conhecer a mesma, o que, em muitos casos, pode vir a comprometer de forma irremediável qualquer investigação¹. É que, não sendo obtido o consentimento para a mediação por

¹ Em muitos casos o M.º Público tem primeiro a preocupação de investigar e recolher provas, até mesmo para preservação da pessoa do arguido, sem dar a conhecer a este o conteúdo da queixa que contra ele foi



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

parte do mediador, nos termos do nº6 do art.º 2º, aplicável por força do nº3 do art.º 6º, o processo terá de prosseguir com a realização do inquérito, isto é da recolha de provas que o arguido pode muito bem já ter ocultado ou dissimulado.

Considero assim que a remessa da queixa para a mediação sem a realização prévia do inquérito e sem uma ponderação prévia por parte do M.º Público, titular do exercício da acção penal, nas condições previstas no art.º 6º, pode vir a ter efeitos muito perversos para a investigação criminal e para as exigências da prevenção que se pretendem acautelar, tanto mais que o processo da mediação, como não podia deixar de ser é confidencial e as declarações nele prestadas pelos intervenientes não podem depois ser usadas no processo.

No caso de haver acordo, não está prevista, nestes casos, qualquer fiscalização para o seu cumprimento.

Se o acordo incluir deveres por parte do arguido o cumprimento desses deveres não pode prolongar-se por mais de seis meses – nº4 do art.º 6º e decorrido tal prazo ou aquele que for fixado, o ofendido pode renovar a queixa no prazo de um mês, caso o acordo não tenha sido cumprido, sendo então reaberto o inquérito – nº6 do art.º 6º.

Com isto tudo, um arguido que nunca tenha estado interessado na mediação mas que a ela aderiu para ganhar tempo, pôde ocultar as provas que muito bem quis enquanto os prazos da prescrição, que se interrompeu com a constituição como arguido mas logo começou a correr, não sofrem qualquer suspensão, posto que não está previsto nestes casos o disposto no art.º 282º do CPP, como acontece no caso dos crimes públicos, no nº2 do art.º 4º do diploma.

Considero pois, face ao exposto, que a mediação penal, pelo menos para já, nesta fase experimental, devia apenas ser prevista para os crimes cujo procedimento criminal depender de queixa ou de acusação particular e a sua

formulada e daí que a constituição como arguido, não seja um acto obrigatório no início do inquérito – cfr. art.ºs 57º e 58º do CPP.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

tramitação deveria ser feita nos termos previstos nos art.ºs 2º a 5º do anteprojecto.

No que respeita aos mediadores uma observação apenas:

- não está prevista, nem por remissão para o CPP, a substituição do mediador ou o seu pedido de “escusa” ou de “recusa” nas situações em que, por razões de ordem familiar, parentesco, amizade, ou outras (por exemplo ter conhecimento pessoal dos factos e poder vir a ser arrolado como testemunha ou no caso de ser advogado, já ter sido advogado de uma das partes, etc.) esteja de alguma forma impedido de intervir como mediador.

Assim e em conclusão:

1. A mediação penal, pelo menos para já, nesta fase experimental, deverá ser prevista apenas para os crimes cujo procedimento criminal depender de queixa ou de acusação particular, o que dá cumprimento à Decisão-Quadro, e a sua tramitação deverá ser feita nos termos previstos nos art.ºs 2º a 5º do anteprojecto, por considerar duvidosa a sua eficácia relativamente aos crimes públicos que, não dependendo de queixa, a vontade da vítima é inoperante e irrelevante, e em que está fundamentalmente em causa, no exercício da acção penal, o interesse público que dificilmente pode ser objecto de mediação;

2. A manter-se a previsão dos art.ºs 2º e 6º, tal como está, não se justifica que seja excluída a mediação quando o ofendido for menor de 16 anos ou quando se trate de pessoa colectiva ou de crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual;

3. Deverá ser salvaguardada a recolha e a preservação de provas e a possibilidade da suspensão da prescrição no caso dos crimes semi-públicos e particulares enquanto decorrer a mediação, uma vez que antes dela não se inicia o inquérito;

4. O acordo alcançado na mediação deverá ter a concordância do juiz, sempre que estejam em causa crimes públicos e sempre que, no caso dos



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

crimes semi-públicos ou particulares, do acordo resulte o cumprimento pelo arguido de injunções de conduta ou medidas análogas às de natureza penal;

5. Deverá ser prevista a possibilidade de substituição do mediador em caso de impedimento ou de pedido de escusa ou de recusa do mesmo.

Lisboa, 2006/03/01

Maria José Machado

(Vogal do Distrito Judicial de Évora)