

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



MEDIAÇÃO PENAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA UMA HARMONIA POSSÍVEL

Fernanda Susana Pinto Monteiro

Coimbra
2013

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

**MEDIAÇÃO PENAL E
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
UMA HARMONIA POSSÍVEL**

Fernanda Susana Pinto Monteiro

Dissertação apresentada no âmbito
de 2.º ciclo de Estudos em Direito
da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra na área de
especialização em Ciências Jurídico
Forenses, sob a orientação da
Mestre Cláudia Santos

Coimbra
2013

Índice

1. Introdução	2
2. Violência doméstica numa perspectiva processual	5
3. Mediação Penal.....	16
4. Mediação penal na violência doméstica	23
4.1 Mediação penal na violência doméstica: Argumentos a favor.....	23
4.1.1. <i>A natureza do processo penal</i>	23
4.1.2 <i>A natureza da própria mediação</i>	30
4.1.3 <i>A natureza que devia assumir o ilícito: Um crime de violência doméstica com natureza semipública</i>	33
4.1.4 <i>Práticas restaurativas prescritas legalmente</i>	38
4.2 Mediação penal na violência doméstica: Argumentos contra que podem ser refutados ..	41
4.2.1 <i>A vulnerabilidade da vítima impede o equilíbrio fundamental da mediação</i> ...	41
4.2.2 <i>O recurso á mediação penal num crime tão grave implica uma desvalorização da gravidade do comportamento</i>	43
5. Mediação penal na violência doméstica: experiências internacionais.....	46
6. Considerações Finais	52
7. Bibliografia.....	56

1. Introdução

“ A violência doméstica é um forte impedimento ao bem-estar físico, psíquico e social de todo o ser humano e um atentado aos seus direitos à vida, à dignidade e à integridade física e emocional” (1)

O combate à violência doméstica tem sido assumido na nossa sociedade como uma tarefa importante, como uma referência numa sociedade democrática onde valores como o da igualdade e da liberdade imperam.

Esta preocupação social, que tem merecido um enfoque crescente, justifica-se pela complexidade deste fenómeno tendencialmente permanecido na invisibilidade, mas que, todavia, tem vindo a registar números alarmantes.

Cumpre-nos, contudo, realçar, em primeiro lugar, que o conceito de violência doméstica que nos importa na presente dissertação, e que será tratado como objecto deste trabalho, não é aquele conceito amplo que compreende as várias realidades nele contido, mas um conceito restrito composto pela violência entre cônjuge, ex-cônjuge ou contra pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges. Isto é, entre pessoas que estão ou tenham estado ligadas por uma relação afectiva.

Em segundo lugar, importa chamar a atenção para o facto de que considerando este tipo de violência reconhecemos uma orientação mais sensível deste estudo focada na violência exercida sobre as mulheres, pela simples razão de ser esta a forma mais representativa da violência doméstica.

Partindo desta premissa e adoptando um olhar atento sobre a prática política e legislativa percebemos que o reforço da intervenção penal, no nosso país, enquanto vertente essencial no combate a este flagelo social tem sido evidente.

Lembremos a criminalização nos anos oitenta da violência conjugal, um comportamento tradicionalmente tolerado por uma sociedade onde a violência no seio familiar era normal, mas que hodiernamente, graças à sua constituição como crime, é encarado afincadamente como uma verdadeira violação aos direitos humanos.

Todavia, pese embora a importância sagaz que assumiu esta criminalização, peca nos dias de hoje por formular a violência doméstica através de uma visão muito redutivista do problema. A violência doméstica é um fenómeno demasiadamente arrevesado para ser encarado apenas como um mero crime.

(1) Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2007 que aprovou o III Plano Nacional contra a violência doméstica. (2007-2010)

A delicadeza deste problema social centra-se no facto de não encerrar em si apenas um conflito de direito, uma ofensa a bens jurídicos essenciais da comunidade a que se responde hipoteticamente com uma pena, mas de conter nele imanente antes deste conflito, um conflito emocional e psicológico entre as partes de uma relação afectiva a que a pena de prisão está longe de dar resposta.

A acrescer, o tratamento criminalizador que não devolve à vítima a segurança, a dignidade e a confiança de que comportamentos daquele tipo não se repetirão é mais um sintoma da insuficiência da intervenção penal já existente, mais concretamente são indicadores das fragilidades do sistema penal tradicional na resposta a este tipo de violência.

Ora o direito como realidade mutável deve contemplar cuidadosamente estas debilidades de forma a responder eficazmente aos problemas que o mundo da prática lhe propõe, ainda que coloque em causa as opções legislativas já existentes.

Dito de outra forma, coloca-se a questão de saber se soluções de diálogo e de reaproximação das partes e com isto falamos do modelo restaurativo não seriam também capazes de resolver o conflito que é a violência doméstica, embora as práticas restaurativas estejam actualmente excluídas quanto a esta tipologia de crime pela Lei 21/2007 referente à mediação penal ⁽²⁾.

No fundo, o objectivo deste trabalho é propor uma forma alternativa de resolução do conflito, adensando a defesa da prática da mediação penal no combate à violência conjugal, uma vez que os processos restaurativos ao alcançarem a reaproximação entre a vítima e o agressor tornam-se idóneos à superação da violência e à responsabilização do infractor pelo conflito.

Pretende-se, portanto, a apresentação de uma proposta inovadora que contrarie a opção da lei de mediação penal de excluir do seu campo de aplicação os crimes de violência doméstica.

Para tal será necessário perceber o que o sistema penal nos prescreve quanto ao crime aqui abordado, com maior atenção ao sistema processual penal, tarefa que realizaremos durante o primeiro capítulo desta exposição.

Compreendido o fenómeno da violência doméstica, sobretudo de uma perspectiva processual, não menos importante será a análise da natureza da mediação penal, desenvolvida no segundo capítulo, pois só apreendido verdadeiramente o

⁽²⁾ Cfr. Artigo 2º, nº 2 da Lei 21/2007

instituto e os seus princípios norteadores é que poderemos demonstrar a sua compatibilidade com a realidade social também aqui tratada.

Chegados a este ponto, a harmonia entre a mediação penal e a violência doméstica tornar-se-á ainda mais evidente quando, no terceiro capítulo, defendermos todos os argumentos favoráveis à aplicação da justiça restaurativa e refutarmos os argumentos contra a sua aplicação que parte da doutrina, no nosso entender, tem vindo a apresentar erroneamente.

Por fim, no último capítulo procuramos trazer algumas experiências a nível internacional que envolvam a aplicação de práticas restaurativas, ou se quisermos com mais rigor, que envolvam o uso da mediação penal na violência doméstica, de forma a descobrir os modelos que a prática além-fronteiras nos oferece enquanto, reforçarmos simultaneamente a defesa da sua utilização através destes exemplos.

Só percorrendo este laborioso caminho seremos capazes de encontrar na mediação penal mais do que um instrumento no combate da violência doméstica, um instrumento através do qual a justiça prestada ao cidadão sai melhorada.

Vista sob este alcance, a mediação entre vítima e agressor constitui-se como um verdadeiro direito da vítima alicerçado na sua autodeterminação e capacidade de intervir num processo de mediação.

Mais do que juristas somos cidadãos de um Estado de direito defensor da igualdade e da liberdade, somos cidadãos de uma sociedade que se diz protectora de direitos. Partindo deste entendimento, não faz sentido negar à vítima o direito de expressar a sua vontade num crime que mais do que ofender o Estado com a violação de bens jurídicos interfere também com a vida privada do ofendido, evidenciando a dimensão pessoal do crime de violência doméstica.

Proteger não significa intervir na vontade e portanto a relevância deste trabalho é demonstrar a capacidade da vítima de determinar o rumo do crime.

A intervenção da vítima no processo penal é, indubitavelmente, uma resposta assertiva no combate deste flagelo social e deve ser defendida sem apreensão e desconfianças.

2. Violência doméstica numa perspectiva processual

A violência doméstica, uma constante histórica, é um fenómeno multifacetado comum a quase todas as sociedades.

Apesar de ser uma realidade antiga e universal prevalece ainda hoje uma diversidade conceptual entre os profissionais que a estudam. Concomitantemente, na literatura especializada não encontramos um conceito único de violência doméstica mas antes uma multiplicidade de definições que pretendem dar corpo através das palavras a um fenómeno tão delicado quanto este.

Entre todos os conceitos existentes há, no entanto, um ponto de aproximação: todos enquadram na violência doméstica a violência sobre cônjuge, crianças e idosos, rompendo assim com a tendência de reduzir a violência doméstica à violência conjugal.

Pese embora a importância desta advertência o agressor continua a ser predominantemente o cônjuge homem e por isso voltamos a justificar que é a violência conjugal sobre a mulher que nos suscita especial atenção neste estudo dada a sua maior representatividade.

Na verdade, a violência doméstica como sabemos tem-se constituído, ao longo de várias gerações, como a figura mais generalizada e antiga de violência contra as mulheres o que tem despertado uma preocupação crescente.

Como nos diz PEDRO ALMEIDA VIEIRA *“desde que o mundo é mundo habitado por mulheres e homens (...) que as mulheres ficam destinadas ao sofrimento. (...) Tudo, durante longas gerações, com o beneplácito da religião e da sociedade dominada por homens. Até muito recentemente, mesmo em sociedades ocidentais, um homem agredir uma mulher era facto banal, até aceitável (3).”*

Configurada a agressão desta forma, a tendência era a de negligenciar e manter a invisibilidade do problema da violência nas relações de intimidade. Hoje o cenário é diferente.

Actualmente encara-se aquela banalidade como uma repugnante opressão dos direitos humanos, de todo inaceitável, ao mesmo tempo que, a tradicional aceitação é hoje substituída por uma denúncia cada vez mais firme deste atentado à igualdade, desenvolvimento e paz.

O que até aos anos setenta do século passado era facto banal até aceitável tornou-se, com o decorrer dos anos, *“numa forma de luta dos movimentos de mulheres que souberam dar ao sofrimento individual vivido no isolamento das quatro paredes do*

(3) PEDRO ALMEIDA VIEIRA, *Crime e castigo no país dos brandos costumes*, editora planeta, 2011

lar, a dimensão colectiva de uma injustiça socialmente ignorada”, talqualmente nos elucida LUÍSA FERREIRA DA SILVA (4).

Tudo graças aos movimentos feministas da segunda metade do século passado que deram voz a um fenómeno até então mantido em segredo. A luta destas mulheres possibilitou, assim, o surgimento da consciência dos maus tratos sobre o sexo feminino, construindo um novo olhar atento a agressões e capaz de reconhecer a violência conjugal como uma violação dos direitos humanos.

Esta conscientização foi-se gradualmente propagando, merecendo paulatinamente uma atenção reforçada das organizações internacionais, como é o caso do Conselho da Europa (5) e das Nações Unidas (6).

Segundo a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres (CEDAW) de 1993, reconhecida pela Assembleia Geral das Nações Unidas, “*a violência contra as mulheres constitui uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens e impediram o progresso pleno das mulheres...*”.

Outro exemplo dos esforços internacionais é a recente declaração conjunta de vários países, aprovada pela ONU contra a violência de género, neste seguimento, Ban Ki-Moon, o actual máximo responsável das Nações Unidas afirma que “*a violência contra as mulheres é uma horrenda violação dos direitos humanos, uma ameaça global, uma ameaça para a saúde pública e um escândalo moral*”.

No mesmo sentido, mas já no plano europeu, em 2002 o Comité de Ministros do Conselho da Europa estabeleceu através da Recomendação Rec (2002) 5 que “*É da responsabilidade e do interesse dos Estados, que disso devem fazer uma prioridade das suas políticas nacionais, garantir às mulheres o direito a não sofrer nenhuma violência, quaisquer que sejam a sua natureza e o seu autor...*”.

(4) LUÍSA FERREIRA SILVA, *Entre marido e mulher alguém meta a colher*, À Bolina, Editores Livreiros, Lda., 1995, página 15

(5) Relembremos a título de exemplo a Recomendações do Comité dos Ministros aos Estados-membros do Conselho da Europa de 2002: Recomendação Rec (2002) 5 sobre a protecção das mulheres contra a violência ou a Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de Abril de 2011, sobre prioridades e definição de um novo quadro político comunitário em matéria de combate à violência contra as mulheres (2010/2209 (INI))

(6) Como por exemplo a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (“CEDAW”, 1979) e o seu Protocolo Opcional (1999), assim como a Recomendação Geral nº 19 do Comité CEDAW sobre a violência contra as mulheres

É certo, serem de eficácia dúbia estas disposições supranacionais, não obstante, a visibilidade que conferem ao tema tratado tem desencadeado uma série de discussões e programas que incrementam a sensibilidade para este assunto.

Ora, analisando os nossos meios legais disponíveis no combate à violência doméstica, verificamos a referida influência da agenda supranacional na nossa prática legislativa.

Seguindo as directrizes internacionais o nosso País sob responsabilidade da Comissão para a Igualdade de Género e Cidadania (CIG) foi desenvolvendo uma série de planos contra a violência doméstica, de forma a implementar uma política estruturada e orientada pelo objectivo de proteger as vítimas, condenar os agressores, conhecer e prevenir o fenómeno e qualificar profissionais.

O I Plano ⁽⁷⁾, tendo como centro nevrálgico os membros mais fragilizados da família (mulheres, crianças e idosos), acolheu a eliminação da violência doméstica como um dos factores indispensáveis à construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, assente nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da justiça como pilares fundamentais de um Estado de direito democrático. Assim, seguiu os princípios internacionais sobre a matéria, enquadrando a sua publicação no 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Já o II plano ⁽⁸⁾ assumiu como principal finalidade de intervenção a violência doméstica sobre as mulheres, a grande maioria das vítimas. Deixou portanto, de colocar no mesmo patamar de intervenção a violência sobre crianças, idosos, autonomizando a violência de género.

A mesma ênfase foi dada no III Plano ⁽⁹⁾, segundo o qual, o seu objecto primordial seria o combate à violência exercida directamente sobre as mulheres, no contexto das relações de intimidade, fossem elas conjugais ou equiparadas, presentes ou passadas.

Por seu turno, no IV Plano ⁽¹⁰⁾ volta-se a insistir nos objectivos já preceituados anteriormente, enfatizando-se a necessidade de informar, sensibilizar e educar; proteger as vítimas e promover a integração social; prevenir a reincidência - intervenção com agressores; qualificar profissionais; investigar e monitorizar.

⁽⁷⁾ Resolução do Conselho de Ministros (RCM) nº55/1999, com o período de vigência de 1999 a 2002

⁽⁸⁾ Resolução do Conselho de Ministros (RCM) nº88/2003, com o período de vigência de 2003 a 2006

⁽⁹⁾ Resolução do Conselho de Ministros (RCM) nº83/2007, com o período de vigência de 2007 a 2010

⁽¹⁰⁾ Resolução do Conselho de Ministros (RCM) nº100/2010, com o período de vigência de 2011 a 2013

Torna-se, desta forma, notório, através destes planos, um esforço notável para dar resposta às exigências internacionais. Por outro lado, é inegável a ascendência que os programas acima citados tiveram na produção legislativa nacional. Mas vejamos, nesse caso, cuidadosamente a evolução do crime de violência doméstica no nosso País.

Até à década de 90 os maus tratos entre cônjuges eram completamente tolerados existindo um vazio legal quanto ao assunto. Todavia, a definição internacional deste fenómeno como atentado aos direitos humanos desencadeou um processo de metamorfose social na sociedade portuguesa.

A criminalização dos maus tratos a cônjuges no nosso país viria, assim, a consubstanciar-se a partir do Código Penal Português de 1982, no então artigo 153º.

O demérito deste artigo passou, contudo, pela falta de previsão de qualquer tipo de discriminação de tratamento para maus tratos de menores e maus tratos entre cônjuges ⁽¹¹⁾. *“Tal significa, que o crime de maus tratos entre cônjuges foi inserido numa norma construída em torno da ideia de subordinação.* E Ricardo Jorge Bragança de Matos prossegue: *“o problema coloca-se na medida em que, em relação a menores, persiste ainda o dever-poder dos pais, em relação aos filhos, de prover pela sua educação e correcção, podendo entender-se que o seu exercício pode passar pela “utilização parcimoniosa do castigo físico”* ⁽¹²⁾. O que legislador exteriorizou foi uma equiparação entre os dois tipos de maus tratos subalternizados à ideia de subordinação típica de uma concepção patriarcal da família.

Esta disposição legal acabaria, além do mais, por ser quase inutilizada devido às interpretações da jurisprudência. Quando existisse “malvadez ou egoísmo” o crime seria público devido à falta da exigência de queixa para iniciar o processo penal. Na falta de malvadez ou egoísmo, a jurisprudência entendia tratar-se de simples ofensas corporais, o que designava além da dependência de queixa para se iniciar o inquérito, a possibilidade de desistência e de caducidade do direito de queixa num período de tempo curto.

⁽¹¹⁾ Como nos esclarece a epígrafe do artigo 153.º do Código Penal de 1982: “Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”. Ditando no nº3 que: “Da mesma forma será ainda punido quem infligir ao seu cônjuge o tratamento descrito na alínea a) do n.º 1 deste artigo.”

⁽¹²⁾ RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS – “Dos maus tratos à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?” *Revista do Ministério Público*, ano 27, nº 107

Se dúvidas existiam quanto à natureza do crime, estas dissiparam-se com o Código Penal de 1995 no qual o legislador, exigindo no artigo 152º/2 ⁽¹³⁾ a apresentação de queixa para se iniciar uma possível reacção penal, transformou o crime de maus tratos num crime semi-público.

O mesmo requisito manteve-se com a revisão de 1998 apenas com uma ressalva. Quando o Ministério Público entendesse que era do interesse da vítima a existência do procedimento criminal poderia abrir inquérito sem que tivesse sido apresentada queixa ⁽¹⁴⁾. “*A ratio desta possibilidade parece ser*”, como nos explica TAIPA DE CARVALHO, “*a de ir ao encontro do desejo ou vontade “profunda” da vítima, vontade esta que, devido a factores inibitório-psicológicos ou a medo de “represálias” do maltratante accionado penalmente, a vítima não se sente com coragem de realizar*” ⁽¹⁵⁾.

Ainda assim, o legislador de 1998 entendeu dar um espaço de decisão à vítima através da possibilidade de se opor ao prosseguimento do processo, extinguindo-o, desde que antes de deduzida a acusação.

Não estamos senão perante uma figura híbrida, uma vez que apesar da legitimidade *ex officio* do Ministério Público para iniciar o processo independentemente de ter havido queixa, o que fazia com que o crime assumisse contornos públicos, a vítima podia obstar a continuidade do procedimento.

Com a revisão de 2000 ⁽¹⁶⁾ este regime híbrido talqualmente estava consagrado deixou de existir. Todavia, se por um lado, se mostra correcta esta afirmação, por outro, as alterações introduzidas mostram a prevalência de um sistema misto ainda que com contornos ligeiramente distintos do anterior. Senão vejamos.

⁽¹³⁾ Dispunha o artigo 152.º do Decreto-Lei nº 48/95 no seu número 2: A mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges maus tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa.

⁽¹⁴⁾ Como se verifica com a leitura do artigo 2º da Lei nº 65/98 de 2 de Setembro: o artigo 152 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro, e alterado pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, passam a ter a seguinte redacção: 2 — A mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge, ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa, mas o Ministério Público pode dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser e não houver oposição do ofendido antes de ser deduzida a acusação.

⁽¹⁵⁾ TAIPA DE CARVALHO, anotação ao artigo 152º do Código Penal, “Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial”, Tomo I, Direcção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Almedina, página 337.

⁽¹⁶⁾ Com a Lei 7/2000 Artigo 1º, “O artigo 152º do Código Penal passa a ter a seguinte redacção: 1- (...); 2-A mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge, ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus tratos físicos ou psíquicos; 3-(...); 4-(...); 5-(...); 6- Nos casos de maus tratos previstos no nº 2 e 3 do presente artigo, ao arguido pode ser aplicada a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a de afastamento da residência desta, pelo período máximo de dois anos.»

A partir de 2000 o crime de violência doméstica passou a ser público, não dependendo da vontade da vítima o início do procedimento penal, qualquer pessoa que tiver a notícia do crime pode denunciá-lo ao Ministério Público (artigo 244º C.P.P.), que se encontra obrigado a abrir inquérito (artigo 262º, nº 2 C.P.P.).

Não obstante, mais uma vez, o legislador deixou espaço de decisão à vítima, agora através do instituto da suspensão provisória do processo previsto no artigo 281º do Código do Processo Penal.

A partir da revisão de 2000 ficou explicitamente consagrado no nº6 do artigo 281º que *“em processos por crime de maus tratos entre cônjuges, (...) (o Ministério Público) pode ainda decidir-se, sem prejuízo do disposto no nº1, pela suspensão provisória do processo a livre requerimento da vítima, tendo em especial consideração a sua situação e desde que ao arguido não haja sido aplicada medida similar por infracção da mesma natureza”*. Ou seja, o Ministério Público, findo o inquérito, em alternativa ao despacho de arquivamento ou de acusação, pode decidir-se pela suspensão do processo com a particularidade de que nos crimes de violência doméstica o que prepondera são os interesses da vítima concreta.

No fundo, a vítima requer livremente a interrupção de um processo que se iniciou sem a sua vontade dada a natureza pública do crime, ou de um processo do qual se arrependeu. Como SÓNIA FIDALGO nos diz, *“a suspensão provisória do processo, nestes casos, surge como uma “válvula de escape do sistema” perante a actual natureza pública dos crimes referidos ou mesmo como um “sucedâneo do direito de queixa” (17)*.

Continuou-se portanto a dar guarida, através da natureza pública do crime, à tal vontade *“profunda” da vítima*, de que TAIPA DE CARVALHO nos falava (18), persistindo, assim, a mesma preocupação do legislador de 1998 de ir ao encontro de uma vontade reprimida, ao mesmo tempo que se deixa, paradoxalmente, um espaço de liberdade onde o que importa são os interesses da vítima e não o interesse da comunidade como é regra nos crimes públicos.

Por fim, a última alteração ao crime veio prever algumas alterações significativas. A reforma penal de 2007, aprovada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro,

(17) SÓNIA FIDALGO – “O Consenso no Processo Penal: Reflexões sobre a Suspensão Provisória do Processo e o Processo Sumaríssimo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, nº2 e 3, Abril/Setembro de 2008, Coimbra Editora, página 294

(18) TAIPA DE CARVALHO, anotação ao artigo 152º do Código Penal, “Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial”, Tomo I, Direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Almedina.

procedeu à autonomização do tipo legal de crime agora designado violência doméstica, formando um renovado artigo 152º. Novamente, a contestação ergueu-se em torno do artigo. O que se exigia era uma verdadeira autonomização da violência que ocorre nas relações de intimidade de forma a atender em concreto às suas especificidades, sem que daí decorresse um desprezo das restantes manifestações da violência doméstica, tão-somente se pretendia um tratamento específico para cada uma delas, sob pena de se repetir as palavras de Ricardo Jorge Bragança *supra* referidas ⁽¹⁹⁾.

Deixando de parte as críticas que poderíamos formular quanto às alterações legislativas expostas é contudo inegável a preocupação manifesta do legislador de tentar minimizar o problema que é a violência doméstica.

Esta preocupação acabou por ser corporizada ao longo dos anos nas várias especificidades processuais que a lei foi compondo para o crime em questão, duas das quais já referenciadas: a natureza pública do crime e a possibilidade da suspensão provisória do processo apenas por interesse da vítima em contradição com o carácter público do delito.

A grande novidade foi, contudo, introduzida pela Lei 112/2009. No seu artigo 39º o legislador veio criar uma peculiaridade nos processos referentes aos crimes de violência doméstica a que chamou encontro restaurativo.

Como a referida lei nos explica, após a decisão de suspender provisoriamente o processo ou depois de decidida a pena cabida ao arguido, é possível promover um encontro entre o agente do crime e a vítima, com a presença de um mediador penal.

Porém, embora “*eufemisticamente crismado de “encontro restaurativo”, não deixa de ser mediação penal*”, como nos faz crer MOREIRA DAS NEVES, um Juiz de Circulo ⁽²⁰⁾, o que nos faria pensar não haver afinal novidade legislativa.

A peculiaridade prende-se, especificamente, com o momento em que esse encontro restaurativo se realiza. Como sabemos, a mediação penal no nosso país é, em regra, possível em qualquer momento do inquérito segundo a Lei 21/2007.

Coerentemente, o legislador seguindo a linha da Lei da Mediação Penal que excluí do seu âmbito de aplicação o crime de violência doméstica, só considerou a mediação penal adequada neste tipo de crime num momento pós sentença.

⁽¹⁹⁾ Lembremos que segundo o autor prever no mesmo artigo maus tratos entre cônjuges e entre menores é subordinar o artigo à ideia de subordinação predominante na sociedade patriarcal

⁽²⁰⁾ MOREIRA DAS NEVES – “Sobre a Lei de Prevenção, Protecção e Assistência às Vítimas de Violência Doméstica”, *Verbo Jurídico*

Dito por outras palavras este encontro restaurativo só poderá acontecer depois da intervenção de um juiz: após ser aplicado ao arguido uma pena, e aqui a mediação realiza-se durante o cumprimento da mesma, ou depois de ter sido imposto um regime de injunções e regras de conduta em resultado da suspensão provisória do processo.

A razão parece ser simples: salvaguardar a imagem da gravidade do crime em questão através da ideia de que deve ser sempre punido. O que não deixa de ser contraditório quando é a própria lei que afasta a punição do crime em certas situações através da já referida suspensão provisória do processo.

A incongruência do artigo 39º torna-se não só evidente, como é a própria causa de inviabilização da sua aplicação. Repare-se que as vítimas muitas vezes não querem a intervenção do processo judicial, preferem antes uma opção distinta que cesse o comportamento agressivo.

Ora o encontro restaurativo criado para a violência doméstica não é uma alternativa, as instâncias formais de controlo já funcionaram quer na aplicação de uma pena quer na imposição de injunções ou regras de segurança.

Por outro lado, o facto de a lei ter omitido a legitimidade para pedir este encontro restaurativo é mais uma fragilidade que obsta a sua aplicação.

E não cessam as incongruências.

Em primeiro lugar, o legislador tabela como objectivo deste encontro a restauração da paz social. A mediação penal nada tem que ver com o restabelecimento da paz jurídica, este é o objectivo que deve ser cumprido pelo processo judicial, diferentemente as práticas restaurativas têm como desígnio reparar os danos da vítima.

Em segundo lugar, de 2009 até hoje ainda não foi regulamentado este encontro restaurativo, como determina o artigo 39º, o que impede a sua aplicação.

Enfim, o que inicialmente se poderia intitular como uma especificidade do crime de violência doméstica acabou por ser esvaziado pelo próprio legislador de qualquer sentido prático, não havendo até ao momento nenhuma diligência que aponte o use deste artigo.

O único mérito que o artigo assumiu foi a admissão do relevo do conflito interpessoal existente na violência doméstica e consequentemente o reconhecimento da insuficiência da justiça formal na resolução deste conflito que persiste após a condenação.

Seja como for e para esclarecermos o acima referido é tempo de realizar um trabalho instrospectivo para fazer sobressair algumas reflexões do que ficou dito. Vimos

nas linhas precedentes o retrato que o legislador traçou para o crime de violência doméstica, mas que conclusões podemos tirar do perfil delineado?

Desde logo podemos reconhecer tal como RICARDO JORGE BRAGANÇA nos elucida que, “*a violência, enquanto realidade normatizada, aparece como algo de mutável, adequando-se às concepções sociais e antropológicas vigentes*” ⁽²¹⁾, o que origina um constante repensar das realidades que se têm de adaptar permanentemente às representações da sociedade.

Por outras palavras, o crime de violência doméstica como uma criação do direito deve esforçar-se para acompanhar a consciência geral da comunidade, o que em termos gerais se tem verificado. Um comportamento que em tempos não muito remotos passava impune, passou a ser cada vez mais projectado na opinião pública fomentando a sua denúncia.

Hoje não é mais necessário inculcar na consciência geral da sociedade, que a violência conjugal não é uma normalidade no seio familiar. Esta era a grande preocupação inicial uma vez que era imprescindível no combate deste fenómeno quase invisível a conscientização do atentado aos direitos humanos que é a violência doméstica.

Actualmente as mulheres embora conscientizadas desta agressão continuam a suporta-la não recorrendo à justiça formal como seria racionalmente expectável.

E aqui podemos fazer uma segunda reflexão que se materializa no cerne do problema actual. A relação reflectida na violência doméstica de cunho immanentemente pessoal é um dos obstáculos à realização dos desígnios da justiça formal. As vítimas muitas vezes fogem da sua aplicação, cientes de que a intervenção das instâncias formais em nada resolverá o problema que são as agressões, e por isso importa repensar o direito vigente, procurando trazer-lhe a eficácia desejada na resolução dos problemas da sociedade.

Simultaneamente vimos que ao longo dos anos o legislador tem assumido uma preocupação em torno deste flagelo social, não obstante, depois das explicitações feitas podemos concluir, em terceiro lugar, que este cuidado tem tomado a forma de uma certa indecisão senão mesmo contrariedade.

⁽²¹⁾ RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS – “Dos maus tratos à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?” *Revista do Ministério Público*, ano 27, nº 107

O legislador tem-se debatido com a dúvida de saber se a vítima deve ser protegida contra a sua própria vontade, ou se deve ser dada liberdade de decisão ao ofendido num crime tão complexo, confiando na sua capacidade de decidir.

Enquanto a dúvida persiste o regime actual reconhece que o Estado deve assegurar a protecção da vítima mesmo contra si mesma (carácter público da violência doméstica), ao mesmo tempo que, paradoxalmente, reconhece a relevância da vontade da vítima na suspensão provisória do processo, vontade esta que é admitida nesta situação mas completamente repudiada quando se fala de mediação penal como alternativa às instâncias formais de controlo.

E mais uma vez aqui urge o repensamento do direito, neste caso não só trazendo eficácia como coerência às soluções legislativas. No fundo vamos ao encontro do objectivo deste trabalho: perceber se a mediação penal não será propícia a trazer esta marca de eficácia e coerência admitindo congruentemente a relevância dos interesses da vítima assim como a existência do conflito interpessoal ínsito no crime.

Em suma, o contributo que pretendemos dar com este capítulo no estudo aqui realizado é o de conjugar o cunho pessoal do crime de violência doméstica (revelado pela natureza do crime e pelo artigo 281º Código de Processo Penal), com a falta de coerência das soluções legislativas e com a necessidade da constante evolução do direito para desencadarmos a defesa da utilidade da resolução do crime de violência doméstica através da mediação penal de forma a aperfeiçoar o sistema penal existente, concepção que, contudo, desenvolveremos minuciosa e cuidadosamente nos capítulos seguintes.

3. Mediação Penal

O sistema judicial actual com contornos tradicionais de uma justiça retributiva tem sido alvo de acesas críticas.

No centro da justiça retributiva a pena de prisão é a sua principal premissa, o seu principal instrumento de controlo encarado como um mal infligido ao autor de um crime de forma a expiar a sua culpa e prevenir a prática de delitos futuros. Dito por outras palavras, visto desta perspectiva o crime é punido de forma retributiva-preventiva.

Todavia, se foi este o pensamento predominante da primeira metade do século XX, a segunda metade do mesmo século viu romper no quadro penal ideias de ressocialização e reconciliação, soltando, assim, no sistema penal o debate sobre as alternativas à justiça formal.

O movimento abolicionista e o movimento vitimológico foram não só os principais mentores deste debate como os impulsionadores das críticas que hoje apontamos ao sistema judicial.

A virtude destes movimentos foi o de defender a abolição da pena de prisão e por outro lado o de chamar a atenção para a importância que a vítima deve assumir no processo penal.

Consequentemente, o movimento abolicionista defendido por autores como Nils Christie aponta à pena de prisão os conhecidos efeitos estigmatizantes e estimuladores de violência, propondo a adopção de medidas alternativas capazes de ressocializar o autor do delito e reparar o dano causado.

Paralelamente a vitimologia vem trazer um novo enfoque à controvérsia: as necessidades da vítima esquecidas e prejudicadas pelo protagonismo dado pelo sistema penal aos direitos do autor do delito, o que provocava uma vitimização secundária. Inicialmente o sujeito era vítima do crime passando a ser também vítima do próprio processo penal que lhe pede a sua contribuição na punição do agente sem contudo atender a uma possível reparação dos danos provocados à vítima.

Toda esta contenda veio, assim, a culminar num novo paradigma de justiça: o modelo restaurativo focado num procedimento de consenso entre vítima e agressor capaz de definir uma solução que repare os danos e restaure a paz afectada pelo crime, de que serve exemplo a mediação penal, o principal instrumento da justiça restaurativa.

Justiça restaurativa e justiça retributiva são, como podemos ver, conceitos que seguem premissas e finalidades totalmente distintas.

Nos processos de mediação transcende-se aquela visão redutivista da justiça retributiva que encara o crime como uma infração às leis do Estado. Para a justiça restaurativa um delito é mais que uma ofensa a um Estado, é mais que a violação da lei, um delito é também um conflito interpessoal, uma perturbação nas relações entre as pessoas que causa prejuízos não só à comunidade, como à vítima e ao próprio agressor.

Daí que as personagens do processo de mediação ou de qualquer outro processo restaurativo sejam a própria comunidade, a vítima e o agressor que respondem conjuntamente ao delito, em vez das personagens tradicionais: o Estado que intervém para punir e o agente do crime (modelo inquisitório).

A perspectiva do crime é igualmente diferente, enquanto na justiça retributiva há como que um estigma do crime irremovível visto como um acto do passado sem margem de arrependimento, na justiça restaurativa o crime é perspectivado segundo o presente e portanto capaz de ser compensado. Mais importante que provar a culpa do agente é a conscientização e a assunção da culpa pelo próprio agressor que vão permitir a reparação dos danos e o apaziguamento do conflito.

O êxito do procedimento restaurativo é mensurado, desta forma, pela reparação dos danos causados e não pela importância ou peso da sanção como acontece nas instâncias formais de controlo.

Configurada nestes termos, a mediação penal como veículo da justiça restaurativa propõe-se como uma proposta criativa para a resolução de conflitos, o que justificou a sua assunção como um dos pontos centrais da agenda internacional. Talqualmente vimos suceder com a evolução do crime de violência doméstica, também no que concerne à mediação penal podemos reconhecer os impulsos supraestaduais sensíveis ao sucesso que este modelo restaurativo poderia revelar face à prática de uma infração penal.

Nas palavras de TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO “*vários textos de natureza jurídica adoptados pelos órgãos competentes de organizações internacionais de que Portugal é membro preconizaram a adopção de diplomas que consagrassem, ao nível do Direito interno de cada Estado, a possibilidade de se recorrer aos desígnios da mediação penal. Salientamos, pela sua importância na matéria apenas três:*

- a Recomendação nº R (99), aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 15 de Setembro de 1999, sobre mediação penal;

- a Resolução do Conselho Económico e Social da Organização das Nações Unidas nº 2002/2, de Julho de 2002, sobre os princípios fundamentais a que devem obedecer os programas de justiça restaurativa em matéria criminal; e

- a Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal ⁽²²⁾.

Perante todas as influências estrangeiras, a mediação penal no nosso país deu os seus primeiros passos em 2001, com a entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa.

Para autores como ANABELA QUINTANELA ⁽²³⁾ a mediação prevista no artigo 42º desta lei constituiu a “*porta de acesso à cultura de consensos que se vai instaurando na nossa ordem social e jurídica*”.

Deste modo, através deste processo tutelar educativo os jovens assumem a reparação do mal causado por si, envolvendo-se activamente no processo de forma livre e autodeterminada o que vai implicar a sua responsabilização pelo delito.

O resultado é a socialização e o cumprimento de uma função educativa capaz de restabelecer a segurança e a paz jurídica.

Como nos explica FERNANDO AMADO FERREIRA ⁽²⁴⁾ na mediação em que o agressor é um menor, é necessário cumprir os objectivos do sistema tutelar educativo, o que obriga a prevalência dos interesses de protecção e reeducação do menor, permitindo ao Ministério Público ou ao Juiz a determinação da mediação independentemente da vontade do menor ou do ofendido. A mediação funciona desta forma como um suplemento ao processo judicial que não cessa com esta medida restaurativa.

Em suma, o que se pretende é o cumprimento de uma eficácia pedagógica conseguida com o acordo sobre o plano de conduta que o jovem deve adoptar, no fundo o reconhecimento da ideia de que é mais pedagógica uma solução em que o jovem interveio do que uma medida imposta.

Nestes termos, aberta a “*porta de acesso à cultura de consensos*”, o nosso sistema jurídico português resolveu responder em concreto aos incentivos legiferantes supraestaduais acima referidos criando, através da Lei 21/2007 de 12 de Junho, “*um regime de mediação penal, em execução ao artigo 10.º da Decisão-Quadro*

⁽²²⁾ TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO, A mediação Penal em Portugal, Almedina, 2012, pág. 12

⁽²³⁾ ANABELA QUINTANILHA, Um olhar sobre a mediação com menores na Lei Tutelar educativa, Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “protecção de menores prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”

⁽²⁴⁾ Francisco AMADO FERREIRA, Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos, Coimbra Editora, 2006

2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativo ao estatuto da vítima em processo penal"⁽²⁵⁾, com contornos idênticos à mediação penal de menores apenas com duas nuances, que desenvolveremos posteriormente.

Para já, podemos ficar com duas ideias distintas: por um lado, ao contrário do que acontece com a Lei Tutelar Educativa, na Lei da Mediação Penal de adultos o processo judicial cessa, por outro, a nota da voluntariedade que é a pedra de toque de todo o processo de mediação da Lei de 2007, por razões de protecção e reeducação, como já foi explicado, é por vezes afastada na mediação com menores.

Principiemos então pela explicitação da nota da voluntariedade tão importante nos processos de mediação penal. A Lei 21/2007 exige expressamente que as partes participem no processo de forma livre, prescrevendo a necessidade do consentimento do arguido e do ofendido para participarem no encontro restaurativo⁽²⁶⁾.

O carácter voluntário da mediação pretende ser instrumento de conscientização do arguido, que assim, assume com maior facilidade os seus actos, responsabilizando-se por eles o que evita uma sua repetição, exactamente porque como sabemos o Ser Humano aceita com maior facilidade o voluntarismo à coerção.

Concomitantemente a lei restringe a legitimidade para requerer a mediação ao pedido conjunto e voluntário de ofendido e agressor⁽²⁷⁾. E diz-se restringe não porque a lei atribua este direito apenas a estes sujeitos, pois como veremos a lei confere legitimidade também ao Ministério Público, mas sim porque dificilmente encontraremos um pedido conjunto entre partes envolvidas num conflito interpessoal.

Conclui-se, portanto, preliminarmente que a mediação penal, talqualmente é delineada pela lei actual, está longe de ser configurada como um direito, não só está dependente da iniciativa do Ministério Público como da concordância entre arguido e ofendido de conjuntamente requerem o processo de mediação.

Acabou de ser dito que também o Ministério Público pode requerer o processo restaurativo contemplado na Lei 21/2007. Segundo este acto legislativo, recebida a notícia do crime o Ministério Público abre o inquérito, concedendo-lhe o legislador a possibilidade de em qualquer momento remeter o processo para mediação, se tiver

⁽²⁵⁾ Epígrafe da Lei 21/2007

⁽²⁶⁾ Vide artigo 3.º n.º 5 da Lei 21/2007

⁽²⁷⁾ Vide artigo 3.º n.º 2 da Lei 21/2007

recolhido indícios de se ter verificado o crime e de ter sido o arguido o seu autor e logo que responda às exigências de prevenção ⁽²⁸⁾.

Em todo o caso, mesmo a iniciativa tendo partido do Ministério Público, o arguido e o ofendido terão de prestar o seu consentimento, realçando de novo o traço da voluntariedade.

Colocando de parte a crítica acima realizada quanto à promoção processual, é da maior pertinência deixar a nota de que o legislador soube correctamente nortear a mediação através da grande virtude de se desenvolver como um processo informal, flexível e confidencial, conduzido por um mediador ⁽²⁹⁾.

A informalidade é tida neste processo graças à liberdade de acção das partes e à subtilidade das formas, sem que isso implique, porém, a ausência de procedimentos. O processo de mediação é um procedimento organizado por várias fases, nas quais a flexibilidade e a simplicidade imperam tanto na linguagem como nos procedimentos, o que de forma inata facilita o diálogo entre as partes.

A grande tarefa do mediador, por seu turno, será, assim, a promoção da aproximação através deste diálogo entre o ofendido e o arguido, auxiliando-os através desta comunicação constante a descobrir “*activamente um encontro que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social*” ⁽³⁰⁾.

Muitas das vezes este encontro converge no acordo com que termina o processo de mediação e que equivale à desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido.

Na falta de acordo os objectivos da mediação não ficam, contudo, comprometidos, o diálogo entre partes conseguido durante o processo pressagia o apaziguamento do conflito levado a medição.

Desta forma, ainda que sem consagração expressa na lei, a mediação penal consagrada na Lei 21/2007 é um processo assente em três pilares tal como nos explica CLÁUDIA SANTOS ⁽³¹⁾: necessidades da vítima, reintegração das necessidades do agente e reintegração das necessidades da comunidade.

⁽²⁸⁾ Vide artigo 3.º n.º 1 da Lei 21/2007

⁽²⁹⁾ Vide artigo 4.º n.º 1 da Lei 21/2007

⁽³⁰⁾ Artigo 4.º do Código de Processo Penal

⁽³¹⁾ CLÁUDIA SANTOS - “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojecto que Introdúz a Mediação Penal (de Adultos) em Portugal”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1, Janeiro – Março de 2006

Indubitavelmente se a justiça restaurativa reconhece o crime como um conflito que prejudica não só a comunidade, como a vítima e o próprio agressor é lógica a assunção destas três preocupações pela mediação penal que acaba por trazer vantagens a estes três vectores.

No que à comunidade diz respeito a mediação penal como meio alternativo de resolução de conflitos aproxima os cidadãos do sistema judicial, facilitando uma resolução célere e flexível dos conflitos o que diminui os custos da “máquina judicial”.

Quanto à paz jurídica afectada a mediação penal também tem uma resposta. Promovendo a pacificação social facilitada pelo carácter participativo e igualitário, reduz a reincidência, realizando ao mesmo tempo a prevenção geral e especial.

Nas palavras de TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO “ *a mediação penal é compatível com o nosso sistema de fins das penas tal como se encontra definido no artigo 40º, nº 1, do Código Penal, visando a protecção de bens jurídicos (a prevenção geral negativa e positiva) e a reintegração do agente na sociedade (a prevenção especial positiva)* ” (32). O que torna também evidentes as vantagens para o arguido.

Com a aplicação deste meio alternativo, o autor do crime ficará afastado não só do sistema penal e das suas instâncias formais de controlo como das sanções criminais e dos seus já conhecidos efeitos estigmatizantes, dessocializadores e criminógenos (33).

A acrescer o facto de assumir a sua responsabilidade, o que possibilita desta forma a reparação total ou parcial do dano por si causado, pacifica interiormente o agressor, diminuindo, repita-se, a reincidência.

Relativamente à vítima, que intervém de forma activa no processo expondo os seus sentimentos e as suas perdas, é colocada ao lado do agressor como protagonista, o que não só evita a vitimização secundária como a faz confrontar o agressor provocando a conscientização dos danos causados e a sua reparação.

Ou seja, a mediação penal como CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA escreve “*devolve um rosto à justiça e reata os laços de cada pessoa com o outro. No processo penal, os indivíduos tornam-se partes, na mediação, são pessoas de carne e osso,*

(32) TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO, A mediação Penal em Portugal, Almedina,2012, pág. 83

(33) CLÁUDIA SANTOS - “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojecto que Introduce a Mediação Penal (de Adultos) em Portugal”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1, Janeiro – Março de 2006

inteiras, frente a frente, opostos talvez mas simultaneamente próximos em toda a sua dignidade. E, ainda que mais não houvesse, só por isto já valeria a pena” ⁽³⁴⁾.

Apesar de todas estas proficuidades a lei portuguesa veda o uso da mediação penal como meio alternativo de resolução de conflitos a certos tipos legais de crime.

Como nos diz o artigo 2º da Lei 21/2007 a mediação em processo penal apenas pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular ou se quisermos com mais rigor a alguns crimes particulares em sentido estrito e a alguns crimes semi-públicos (artigoº 2 nº 2 e 3 da Lei 21/2007).

A razão da exclusão dos crimes públicos prende-se com o interesse público de prevenção geral neles contido que faz com que o legislador penal entenda que esse interesse não possa ser deixado na dependência da vontade dos particulares, excluindo-os da mediação penal.

Um exemplo paradigmático de um crime que a lei de mediação afasta do seu âmbito material é o crime de violência doméstica, um crime público que não se enquadra no campo de aplicação do referido artigo 2º. O direito é pela sua natureza um campo bastante controvertido e por isso, não causa surpresa o surgimento na actualidade de algumas dúvidas e até mesmo de contestações relativamente a esta opção legislativa.

Vimos na exposição precedente que as práticas restaurativas reconhecem no delito uma dimensão interpessoal. Ora se há crime em que esta dimensão se revela com maior acuidade é nos maus tratos conjugais. E por isso, pergunta-se se tudo o que foi dito no que concerne às virtualidades da mediação não seria também realizável no âmbito da mediação penal. A lei entende que não. No nosso entender, o que o sistema penal vem demonstrar com esta exclusão é uma insensibilidade plena quanto a esta dimensão interpessoal, recusando os benefícios da natureza restaurativa da mediação numa série de infracções penais.

No fundo o que pretendemos realçar neste capítulo com a apresentação do modelo de mediação penal é a total compatibilidade da sua natureza com o crime de violência doméstica. Um processo simples e flexível orientado por um terceiro imparcial que tenta a aproximação das partes de um conflito immanentemente pessoal, com base num diálogo propício a apaziguar conflitos de que a violência doméstica não é excepção.

⁽³⁴⁾ Carlota Pizarro de Almeida, “A mediação Perante os Objectivos do Direito Penal” in A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português, Colóquio, 29 de Junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Almedina.

4. Mediação penal na violência doméstica

Como vimos no capítulo anterior a resolução da violência doméstica através das práticas restaurativas, ou se quisermos com mais rigor através da mediação penal, está excluída pela Lei 21/2007 como meio alternativo das instâncias formais.

Esta opção é perpectivada neste trabalho com alguma desconfiança, precisamente porque acreditamos na compatibilidade dos dois conceitos. A nossa suspeição não é contudo, uma surpresa, pelo contrário, de sempre foi partilhada por muitos autores ⁽³⁵⁾, vindo a suscitar as mais acesas discussões entre os estudiosos das duas realidades imbricadas nesta problemática.

Deste debate têm emergido os mais variados argumentos que vão dividindo doutrinas entre a aplicação ou recusa da mediação penal num conflito conjugal envolto em violência.

Importa-nos chegados a este momento, percorrer esses vários fundamentos de forma a desmistificar a problemática em questão.

O que se pretende não é mais do que evidenciar os argumentos a favor e ao mesmo tempo mostrar quais os erros contidos nos argumentos contra, como verificaremos nas exposições que se seguem.

4.1 Mediação penal na violência doméstica: Argumentos a favor

4.1.1. A natureza do processo penal

O Direito Processual Penal Português é um processo penal sem partes. A sua base é acusatória integrada por um princípio de investigação que permite ao tribunal investigar os factos constantes na acusação e defesa, às quais incumbe a definição do objecto processual.

Não obstante, a ausência de partes não impede, em regra, a existência de dois pólos opostos: o da defesa do arguido e o da acusação levada a cabo isoladamente pelo Ministério Público, ou em conjunto com o assistente em caso de crime particular.

⁽³⁵⁾ Lembremos Maria João Antunes que defende a compatibilidade entre a mediação penal e a violência doméstica. Segundo a autora, “*importa considerar em sede de violência doméstica esta nova abordagem do crime a partir do modelo alternativo da justiça reparadora, que começa agora a emergir. O que implica uma significativa mudança de atitudes, por o crime passar a ser visto fundamentalmente como um colapso das relações entre o agressor e a vítima e só secundariamente como uma ofensa contra o Estado e as suas leis.*” Palavras proferidas no artigo “Violência Contra as Mulheres, tolerância zero: Encerramento da Campanha europeia: actas da conferência de Lisboa: 4-6 de Maio, 2000, Cadernos Condição Feminina, 57

O desígnio de cada pólo é claro. O objectivo da acusação é provar a culpa do arguido. Por seu turno, a finalidade dos advogados de defesa, na tentativa de acautelar os direitos dos seus clientes, será diligenciar a prova da sua inocência.

O processo constitui-se assim, fundamentalmente, com o intento de descobrir a verdade material, indagando a existência e a medida da culpa do arguido.

Concomitantemente, nos processos relativos ao crime de violência doméstica a teia processual desenrolar-se-á nos mesmos termos.

O Ministério Público, como órgão de administração da Justiça exerce a acção penal, deduzindo a acusação, se recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente ⁽³⁶⁾, cumprindo simultaneamente a inoperância e irrelevância da vontade da vítima base da natureza pública do crime.

Já os advogados de defesa do arguido, por sua vez, vão procurar colocar em causa a versão da acusação, na tentativa de manobrar a justiça de maneira a arrancar a inocência do seu cliente.

A par da acusação também a versão da vítima é posta em causa no intento muitas vezes de transferir para si o papel de culpada. Nesta laboriosa jornada vai sendo reforçada a negação do delito por parte do ofensor graças à configuração que é dada ao processo.

As consequências são evidentes: o conflito familiar trazido a tribunal amplia-se com o processo penal preocupado com o seu objectivo primordial: a busca da verdade material e a eventual punição do agente.

E aqui encontramos a primeira fragilidade do sistema penal na resolução deste problema tão delicado que é o crime de violência doméstica. Na verdade há uma ampliação do conflito, em vez da pacificação desejada, o que nos faz questionar a eficácia do modelo da resposta que a justiça penal nos oferece nesta tipologia de infracção penal.

Autores como ZULEMA WILDE e LUÍS GAIBROS chamam a nossa atenção para o facto de que “*tentar resolver os conflitos através de métodos que provocam o confronto entre as partes é como tentar apagar um incêndio com gasolina*” ⁽³⁷⁾.

Urge, portanto, ponderar, em sede de violência doméstica, um novo enfoque do crime assente na mediação penal. Lembremos que ao contrário da justiça retributiva em

⁽³⁶⁾ Artigo 283º/1 Código de Processo Penal

⁽³⁷⁾ Zulema Wilde e Luis Gaibros. *O que é a mediação*. Direcção Geral da Administração Extrajudicial. Ministério da Justiça, Agora Publicações, 2003.

que uma parte vence e a outra perde, nos processos restaurativos ambas as partes ganham. A restauração da paz afectada pelo conflito é lograda pelo acordo unânime e proveitoso para ambos os sujeitos.

Por outro lado, a dinâmica processual explicada que permite que se duvide da versão da vítima e se desvalorize os factos ocorridos com o comportamento do agressor provoca o fenómeno da vitimização secundária que faz a vítima querer evitar a reacção penal.

Primitivamente o sujeito é vítima do crime em questão (vitimização primária), mas com o decorrer do processo torna-se também vítima das instâncias formais de controlo, a que chamamos então vitimização secundária, vejamos porquê.

Em primeiro lugar, a vítima, frequentemente única testemunha do crime, narra os acontecimentos como que repetindo a sua vivência, sem que, acrescente-se, esteja acompanhada de uma assistência adequada. É certo haver já indícios da sensibilidade do legislador na tentativa de combater esta tendência ⁽³⁸⁾, mas no mundo da prática sabemos que a vítima continua muitas vezes desacompanhada da assistência exigível nestas situações.

Em segundo lugar, como já fora enunciado, a vítima, durante o decorrer do processo, sofre a pressão exercida pela defesa que a coloca muitas vezes como responsável pelas agressões. O resultado é o seu constrangimento acabando, desta forma, por sofrer directamente as agruras do sistema penal.

Por último, podemos afirmar sem qualquer embaraço que o sistema penal apenas oferece à vítima uma sensação de perda, de frustração, aumentando o seu sentimento de incompreendida e de desapojada, o que desencadeia com maior amplitude a sensação de vitimização.

Tudo se passa nos seguintes termos: inicialmente o ofendido perde dignidade e segurança com o crime, posteriormente perde o conflito para o Estado que o substitui e por último, em muitas situações, sofre com os custos do processo e com as penas aplicadas ao arguido que afectam toda a família, sendo além do mais que a solução oferecida pelo sistema é frequentemente a ruptura da relação.

Não obstante, a máquina processual precisa da intervenção da vítima na procura da verdade material, o que resulta numa instrumentalização da vítima por parte do sistema judicial.

⁽³⁸⁾ Artigo 22º Lei 112/2009 que estabelece o Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas

O que acontece é que apesar de o Estado admitir que a ofendida é uma peça crucial no funcionamento da justiça e na concretização da sua função repressiva, precisando inevitavelmente do seu contributo, a verdade é que o seu agradecimento passa pelo total menosprezo da vítima, aplicando uma pena que não tem qualquer conexão com esta e que portanto não lhe restitui nada do que perdeu. Antes pelo contrário, não é novidade para nós que a vítima, como acima se referiu, seja também afectada pela forma como o processo se desfecha. Abreviadamente pede-se demasiado à vítima para lhe dar nada.

Ora, num paradigma de justiça talqualmente traçado nas considerações precedentes é inegável o desamparo e a desconsideração que a máquina judiciária tem pela vítima.

Todavia há mais ponderações a ser esclarecidas. Do que acabou de ser dito, antevemos ainda um outro terceiro fenómeno circunscrito à natureza do processo penal defendido pelo autor NILS CHRISTIE ⁽³⁹⁾: o chamado roubo do conflito.

Como sabemos, a mecânica de um processo-crime desenvolve-se num diálogo entre o Estado no uso do seu *ius puniendi*, em consonância com o artigo 9º/b da Constituição da República Portuguesa ⁽⁴⁰⁾, e o arguido. A vítima substituída pelo Estado apenas auxilia este diálogo como testemunha ao ataque de um bem fundamental da comunidade.

O Estado surge, nestes termos, como usurpador de um conflito que segundo muitos não lhe pertence e ao qual impõe uma solução alheia à vítima, uma das partes a quem verdadeiramente pertence o conflito por ter sido afectada pelo ataque a um bem jurídico seu. Esta é uma das premissas do pensamento do roubo do conflito: devolver à vítima através da justiça restaurativa aquilo que a justiça retributiva usurpa. Contudo, não podemos concordar inteiramente com esta concepção.

O crime, embora uma realidade una, coloca em coexistência dois conflitos distintos: o conflito do agente e o Estado devida à violação de bens jurídicos essenciais da comunidade, e o conflito entre o agente e a vítima, alvo directo do crime.

E aqui temos a dimensão colectiva e abstracta (no primeiro caso) e a dimensão individual e concreta (no segundo caso), dimensões que se manifestam diferenciadamente consoante o crime, ora prevalecendo uma, ora prevalecendo outra.

⁽³⁹⁾ Nils Christie “Conflicts as property”, The British Journal of criminology, vol.17, nº1, Janeiro de 1977

⁽⁴⁰⁾ Segundo o artigo referido: “São tarefas fundamentais do estado: (...) b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do estado de direito democrático; (...)”

É inegável que certos crimes, nos quais sobressai a dimensão colectiva, ao comportarem a violação de um bem jurídico de tal forma intolerável, exigem a intervenção do *ius puniendi* do Estado. É o que acontece, em regra, com os crimes de natureza pública. Nestes casos, o interesse público de resguardar a comunidade de crimes futuros revela-se determinante, sendo necessário responder às exigências de prevenção, o que só é prosseguido como objectivo primordial com a justiça retributiva.

O crime assim considerado é essencialmente “um conflito do agente com valores essenciais para a comunidade” (41), o que vem justificar que o Estado intervenha na resolução do conflito que é o crime, sob o manto da justiça retributiva, ou seja, intervenha afinal num conflito que também é seu (42).

Daí que as práticas restaurativas não sejam suficientes só por si para resolver o conflito, porque não atendem às exigências de prevenção que se fazem sentir em certas tipologias de infracções penais, mas sejam meio complementar porque também nos crimes públicos a dimensão pessoal subsiste.

Só que, se existem crimes em que se destaca a dimensão colectiva, não é menos acertada a consideração de que em crimes de natureza interpessoal é a dimensão concreta a que mais se realça.

Face ao nosso sistema penal, sabemos que o Estado desconsidera totalmente esta dimensão individual em certos casos como acontece com a violência doméstica. Só desta forma poderemos falar em certo sentido no tal roubo do conflito e seguir a premissa referida: devolver à vítima através da justiça restaurativa aquilo que a justiça retributiva desconsidera.

Ou seja, o mérito das considerações em volta do roubo do conflito, que pretendemos realçar nesta dissertação, é o de chamar a atenção para a debilidade do sistema penal em desconsiderar a dimensão pessoal em vários crimes como o da violência doméstica, sujeitando-o unicamente às instâncias formais de controlo e não lhe apresentando alternativas sensíveis à predominância dessa dimensão pessoal.

Como consequência desta panorâmica deparamo-nos com o total despreço do Estado face ao papel que a justiça restaurativa poderia desempenhar eficazmente na resolução deste tipo de conflito.

(41) Cláudia SANTOS, “Um crime, Dois Conflitos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, nº3, 2007

(42) Como nos diz Gil Moreira das Neves nas “Noções de Processo Penal”, “*Se ao Estado incumbe promover as condições que assegurem os direitos e liberdades fundamentais – artigo 9º, b) da Constituição da República – tem que fazer face às situações de lesão dos interesses considerados essenciais para o viver comunitário e ressocializar o infractor*”.

E aqui temos a consideração que pretendemos cabalmente criticar. O modelo restaurativo tem muito a oferecer ao crime de violência doméstica.

A justiça assente na ideia de reparação e restauração, ao não ter como preocupação as finalidades preventivas do processo penal, centra-se na pacificação do conflito, atendendo às necessidades não só da vítima como do infractor. O conflito é compreendido nas práticas restaurativas talqualmente ele é: da maior delicadeza e imanente numa dimensão pessoal, dimensão que como é conhecido é normalmente predominante nos crimes particulares em sentido amplo.

Repare-se que ao que parece, segundo todas estas explicitações estamos a cair em contradição, importa, por isso aclarar a nossa exposição.

Inicialmente dissemos que, comumente, nos crimes públicos por sobressair a dimensão colectiva a justiça restaurativa não é suficiente, sendo exigível a intervenção da justiça retributiva. A violência doméstica é um crime público, todavia criticamos a tendência do sistema penal de rejeitar a suficiência e a oportunidade do modelo restaurativo num crime, como este, onde a dimensão individual se destaca.

Por outro lado, referimos que normalmente a dimensão pessoal evidencia-se com maior amplitude nos crimes particulares *lato sensu*. Vamos então esclarecer.

A violência doméstica é desenhada pelo legislador com contornos peculiares. É um crime público, unicamente no sentido de que dispensa a necessidade de queixa para se iniciar a marcha do processo penal, mas onde não se reconhece primordialmente o interesse público na defesa da comunidade perante crimes futuros, ao invés é o interesse concreto que prepondera. A manifestação inalienável deste interesse particular é o regime específico previsto para a violência doméstica quanto à suspensão provisória do processo (artigo 281º/6 do Código do Processo Penal).

O que se pretende com a natureza pública é somente proteger a vítima concreta de possíveis pressões ou coerções na fase da promoção processual.

A dimensão individual surge com maior clareza quando reparamos no bem jurídico e na estrutura formal do ilícito em questão. A própria base do crime pressupõe nitidamente uma natureza pessoal: a sua *ratio* é a protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana. O bem jurídico protegido é a saúde da pessoa concreta ⁽⁴³⁾.

Além do mais, o tipo de ilícito é construído, como bem nos faz notar RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, “*em torno da relação de natureza familiar estabelecida*

⁽⁴³⁾ TAIPA DE CARVALHO, anotação ao artigo 152º do Código Penal, “Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial”, Tomo I, Direcção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Almedina.

entre o agente e a vítima. A sua especificidade resulta da relevância típica conferida ao nexo relacional estabelecido entre cônjuge e as potenciais vítimas. (...) É então a maior proximidade e intimidade de convivência, a comunhão de vida entre duas pessoas em que a conjugalidade ou a vivência em situação análoga se traduz, que impõe particulares e suplementares deveres de respeito, consideração, de solidariedade e de assistência a cada uma delas. A sua violação consistirá, então, numa “ (...) quebra do respeito que cada um dos membros do casal deve ao outro como seu cônjuge (e já não como simples cidadão ou como ser humano) (44) e que é, afinal, o objecto da criminalização operada pela norma” (45).

Conclui-se, portanto, que é sem dúvida a dimensão individual que mais releva no crime de violência conjugal, embora o seu carácter público indicie o contrário, o que significa que as práticas restaurativas são sem margem para dúvidas oportunas neste ilícito.

Por fim e retomando as fragilidades do sistema criminal português, há outro factor, não menos importante e que não nos podemos esquecer, que coloca em causa o processo penal como resposta eficaz à violência doméstica: as próprias penas aplicadas.

De duas uma: ou o juiz aplica uma pena de prisão efectiva e já conhecemos o efeito estigmatizante, dessocializador e criminógeno da prisão que prejudica a ressocialização do condenado e potencialmente aumenta a agressividade do arguido, multiplicando os episódios de violência conjugal. Ou em alternativa o juiz aplica uma pena suspensa.

Segundo o Relatório de Monitorização sobre a violência doméstica em 70 condenações comunicadas à Direcção Geral da Administração Interna até o primeiro semestre de 2011 aproximadamente 95% das penas eram penas suspensas e apenas quatro condenações implicavam prisão efectiva.

O que acontece é que na prática a aplicação de penas suspensas produz o sentimento de impunidade, o agressor ao ver que não lhe são impostas consequências aos seus actos, encara-o como uma tolerância da justiça ao seu comportamento, consubstanciando-se aqui, um outro obstáculo ao combate deste flagelo social.

(44) ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, Código civil Anotado, volume IV, 2ª edição, Coimbra Editora, 1992, p. 257

(45) RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS – “Dos maus tratos à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?” *Revista do Ministério Público*, ano 27, nº 107

Embarcados nesta reflexão, e atendendo a todas as considerações expostas anteriormente, estamos em condições de formular uma súmula da exposição.

Primeiro, o processo penal ao intensificar em especial no caso da violência doméstica o conflito familiar levado a tribunal recusa a sua utilidade na resolução deste crime, o que legitima a procura de novas soluções, é o caso da mediação penal.

Em segundo lugar, a vitimização secundária que afugenta a vítima do sistema penal a par da desconsideração da natureza pessoal resultante dos laços que estiveram na base do conflito são outros sinais acrescidos da insuficiência da mecânica processual existente para dar resposta à violência doméstica.

E se acrescentarmos os resultados da aplicação de uma pena, chegamos controvertidamente à conclusão de que o sistema penal deve ser repensado, de forma a abranger outras alternativas às instâncias formais de controlo para crimes como a violência doméstica.

De forma breve e seguindo as palavras de Maria João Antunes ⁽⁴⁶⁾ “à resposta penal à violência doméstica e à estigmatização da vítima pode corresponder, pois, a total frustração das intenções político-criminais que se pretendem alcançar com a criminalização”. O que nos faz seguir CARDONA FERREIRA quando nos diz que “*todos os sistemas de justiça têm de ser planificados, instituídos, praticados, como simplesmente complementares, todos com o mesmo objectivo: servir os cidadãos e o seu direito fundamental à justiça*” ⁽⁴⁷⁾.

4.1.2 A natureza da própria mediação

Nos últimos tempos temos assistido à apresentação de propostas restaurativas, através de mecanismos dos quais a mediação penal serve de exemplo, como opções à tradicional e tão formal justiça retributiva.

Neste trabalho debatemo-nos com a grande questão de saber se a mediação penal será efectivamente uma opção válida para responder às debilidades contidas no nosso sistema penal actual no combate à violência doméstica. Como tem sido demonstrado acreditamos que sim. Confiamos que, pela própria natureza da mediação o conflito

⁽⁴⁶⁾ Maria João Antunes, “Violência Contra as Mulheres, tolerância zero: Encerramento da Campanha europeia: actas da conferência de Lisboa: 4-6 de Maio, 2000, Cadernos Condição Feminina, 57, página 108

⁽⁴⁷⁾ CARDONA FERREIRA, Justiça de Paz. Julgados de Paz. Abordagem numa perspectiva de justiça/ Ética / Paz / sistemas/ Historicidade, Coimbra Editora

presente no crime será mais facilmente extinguido do que seria no processo penal tradicional.

Tendo em mente que o que está na base do conflito é uma relação interpessoal que, em muitos casos, manterá em contacto vítima e agressor, é compreensível que o objectivo de uma vítima de violência doméstica seja acabar com o conflito de forma a interromper definitivamente com as agressões.

Já vimos que isso não acontece com o funcionamento da justiça formal. Ou é aplicada uma pena de prisão ao arguido que possivelmente aumentará a sua agressividade, retomando as agressões cumprida a pena. Ou é lhe aplicada uma pena suspensa que fomenta o seu sentimento de impunidade.

De uma forma ou de outra a descrença da vítima na justiça formal prevalece porque o seu problema não foi resolvido, ou mais grave ainda, em algumas situações acaba por intensificar-se, como já foi referido, devido ao sabor da impunidade e tolerância que o sistema dá ao arguido.

Na mediação penal, contrariamente, o objectivo fundamental assumido será a pacificação do conflito e a reparação da vítima. É premissa essencial que as partes envolvidas no conflito dialoguem sobre as consequências do acto, de forma a resolvê-lo.

Assim, dado o seu carácter discursivo, vítima e agressor são colocados em diálogo voluntariamente. A nota da voluntariedade significará que os factos levados a mediação são considerados como que admitidos pelo próprio agressor que, ao não ter na sua constelação a ideia de uma pena restritiva dos seus direitos, admite com maior facilidade os seus actos.

Outro elemento propiciador do diálogo e assunção da responsabilidade do agressor é a confidencialidade. O compromisso da equipa de mediação de guardar sigilo sobre as informações discutidas no processo, sem que possam constituir prova no processo penal, produz uma sensação de confiança, que auxilia as partes a desvelarem com maior facilidade os dados relativos ao conflito.

A versão da vítima não será posta em causa, de forma a extorquir a inocência do arguido. Não se discute aqui culpa, mas sim responsabilidade. A vítima participa de forma activa no processo restaurativo, acabando por assumir o papel de protagonista ao lado do agressor. A vitimização secundária é evitada e a segurança da vítima acaba por ser reforçada.

Relativamente ao agressor o objectivo é reparar os danos que causou à vítima diminuindo a sensação de impunidade característica muitas vezes do processo penal.

Podemos aqui aplicar analogicamente as palavras de FIGUEIREDO DIAS quanto à reparação como terceira espécie de sanção criminal: a ideia “*de que à reparação deve atribuir-se, em geral, um acentuado efeito ressocializador na medida em que «obriga» o agente a entretecer-se de perto com as consequências do seu facto para a vítima e pode, inclusivamente, conduzir a que ele se «concerte» com ela, ou, quando menos, a uma mútua compreensão e ao perdão «moral» da falta por aquele cometida; o que, por seu lado, reforça a vigência e a validade da norma violada e contribui ponderosamente para o restabelecimento da paz jurídica quebrada pelo crime*” (48).

No fundo, a índole participativa do arguido reduzirá a reincidência.

Por outro lado, como refere TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO (49) “*aceitemos que a tentativa de reconciliação, a que em última análise a mediação se dirige, corresponde a uma necessidade humana ‘saúdável’, compreensível e comum. Um pedido de desculpas pode em certas circunstâncias ter um valor extraordinário. Os sistemas penais tendem em geral a desconsiderar esta questão, porque se centram numa lógica de Direito Público em que o exercício da acção penal é que conta por si, em si e para si, como coisa de ordem pública, como tal ‘indisponível’. (...) O pedido de desculpas revela consideração pelo outro, a consideração que é negada pela prática do crime. E isto pode ser, do ponto de vista da pacificação social, muito importante.*”

O que significa que a mediação penal compoendo a justiça de pessoas e não de meras partes, a quem o Estado aplica o seu *ius puniendi*, devolve-lhe um rosto, confluindo num tratamento de maior sensibilidade pelo ser humano.

É inegável portanto o entrelaçar da natureza da mediação com o crime de violência doméstica, que neste momento poderá responder eficazmente aos anseios das vítimas e da comunidade.

Esta eficácia foi, inclusivamente, outrora admitida pela Recomendação nº R (98) 1 sobre a mediação familiar que adverte para a necessidade do mediador “*dar uma atenção especial à questão de saber se houve violência entre as partes (...) e examinar se nessas circunstâncias o processo de mediação é apropriado.*”

No mesmo sentido, a Comissão de Peritos para o acompanhamento do Plano Nacional contra a violência doméstica, no seu primeiro relatório de acompanhamento do

(48) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, As consequências jurídicas do crime, Coimbra Editora, 2ª Reimpressão, página 78

(49) TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO, A mediação Penal em Portugal, Almedina, 2012

referido plano, reconhece a mediação como forma de “*reduzir os conflitos, no interesse de todos os membros da família, em situações de violência doméstica*” -, ou se quisermos, como uma alternativa ou um complemento na resolução de conflitos, “*entre mulher vítima e o seu ofensor, podendo ser, para muitos casos, um rumo adequado para a prevenção de novas vitimações*”⁽⁵⁰⁾.

Não podemos, de facto, esquecer, que a mediação atende ao crime como conflito interpessoal, compreendendo a relação nele subjacente. Sem que isso signifique que, encarada desta forma, a violência doméstica seja um problema privado, nem tão pouco que há menos Estado, ao invés há uma sua, maior e diversificada, intervenção.

Tudo isto implica uma consequência de extrema importância e que pretendemos chamar a atenção com este subcapítulo: nos tempos que correm é mais que exigida uma metamorfose do sistema penal face à violência aqui tratada, metamorfose devida às vítimas e que possibilita que se encare o crime, em primeira linha como ruptura das relações entre a ofendida e o agressor, para só depois o perspectivar como ofensa ao Estado. Ora, esta mudança, como ficou descrito só é concretizável com o paradigma restaurativo.

4.1.3 A natureza que devia assumir o ilícito: Um crime de violência doméstica com natureza semipública

Como sabemos, no horizonte do sistema penal português, os crimes possuem em regra a natureza pública⁽⁵¹⁾, ao invés do carácter particular ou semi-público atribuído excepcionalmente a certos crimes por observância do princípio da intervenção mínima do direito penal⁽⁵²⁾.

Dizer que um crime é público significa, na prática, que quando o preceito legislativo, que prevê o tipo legal de crime não exige queixa ou acusação particular para dar início ao procedimento penal, qualquer pessoa que tiver a notícia do crime a pode denunciar ao Ministério Público que desencadeará a marcha processual⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Primeiro Relatório de acompanhamento do Plano Nacional contra a violência doméstica

⁽⁵¹⁾ De 216 tipos legais de crimes, 172 são crimes públicos, o que representa 79,9% do total de ilícitos previstos no Código Penal Português

⁽⁵²⁾ O princípio da intervenção mínima traduz-se na ideia da ultima ratio do direito penal ou se quisermos nas palavras de Figueiredo Dias na percepção de que “*a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade.* (JORGE DE Figueiredo Dias, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2ª edição, Coimbra Editora, página 128)

⁽⁵³⁾ O que corresponde ao que se encontra previsto no artigo 244º e 262º/2 do CPP

Como nos diz FIGUEIREDO DIAS podemos dizer que um crime é público quando o Ministério Público, o *dominus* do processo neste tipo de ilícito “*promove oficiosamente e por sua própria iniciativa o processo penal e decide com plena autonomia – embora estritamente ligado por um princípio de legalidade – a submissão ou não submissão de uma infracção a julgamento*” (54).

Nestes casos, “*O Ministério Público, porque titular do exercício da acção penal por imperativo constitucional (artigo 219º/1 da Constituição da República Portuguesa (55), tem que promover a reparação da legalidade democrática, sempre que ela pareça ou tenha sido violada*” (56).

A razão de ser desta natureza pública é simples: dada a gravidade da ofensa a um bem jurídico fundamental da sociedade torna-se exigível uma reacção automática da comunidade, retirando-se qualquer relevância à esfera da vontade dos sujeitos processuais quanto à existência ou não do procedimento criminal. A intervenção penal é de interesse público.

O objectivo é prevenir a prática de crimes futuros e portanto responder às finalidades de prevenção através da acção penal. Mas pergunta-se: a violência doméstica como crime público desde a revisão de 2000 assume os contornos definidos? É o que veremos de seguida.

É inquestionável que a violência doméstica é um problema colectivo. Não só por implicar também a ofensa de bens jurídicos da comunidade como por ser a própria sociedade também responsável por este tipo de violência. Duvidámos é de que o carácter público do crime ou se quisermos a resposta retributiva como única solução sejam a única forma de assumir este problema como um problema colectivo.

Por outro lado, dizer que um crime tem natureza pública é dizer essencialmente que a sua acção penal prescinde de queixa. Assim sucede no crime em questão.

O que falta na violência doméstica para ser um verdadeiro crime desta natureza é dar prevalência aos interesses públicos. Inversamente dá-se guarida aos interesses particulares através da suspensão provisória do processo, afastando-se o requisito do

(54) JORGE DE Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1ª edição, reimpressão de 2004, Coimbra Editora, 2004, pág. 120

(55) Segundo o artigo referido: “*Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, (...), 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.*”

(56) Gil Moreira dos Santos, “*Noções de Processo Penal*”, *O oiro do dia*, 1987, pagina 95

cumprimento das exigências de prevenção no ilícito em causa, por livre requerimento da vítima.

O Estado iniciando o funcionamento da justiça sem considerar as intenções da vítima, apenas tem a pretensão de a proteger da sua própria vontade possivelmente exposta a coações, e fá-lo porque entende ser o meio eficaz de combater este problema colectivo.

Mas ao fazê-lo o Estado demonstra os ideais sexistas que têm a mulher como personagem indefesa, incapaz de decidir sobre si mesma, ideais que são a base da violência contra as mulheres.

No fundo, para o legislador, a natureza pública do crime combate a inabilidade da vítima de tomar posição, durante a promoção processual, contra as agressões, por medo, falta de coragem ou devido a factores inibitório-psicológicos, pressupondo sempre como se disse a imagem da mulher frágil.

Contudo, segundo as palavras de MARIA EMÍLIA COSTA e CIDÁLIA DUARTE ⁽⁵⁷⁾ “*a investigação revela que as mulheres (vítimas deste tipo de violência) que vivem em instituições ou são entrevistadas em centros de saúde, parecem ser fortes, criativas e assertivas, em contraste com a patologia que comumente lhes é atribuída(...)*”. Além do mais, olhando as estatísticas do Relatório de Monitorização sobre a violência doméstica realizado no primeiro semestre de 2011 percebemos que afinal as vítimas são capazes de reagir à violência pedindo por si próprias a intervenção policial em mais de três quartos das situações (77%).

A acrescentar sabemos que uma denúncia de terceiros despoleta muitas vezes mais uma reacção violenta do agressor face à vítima e aqui podemos dizer que a natureza pública do crime agrava em vez de combater a violência no casal. Temos sempre presente uma obrigação moral de denunciar, mas, como vemos, por vezes pode ser uma má opção, principalmente se não for acompanhada de uma protecção efectiva da vítima.

Não faz sentido, por tudo isto, construir um cenário onde as mulheres são espectadoras das suas próprias histórias através do início de um processo independentemente da sua vontade, sob pena de repetirmos o que se pretende evitar com a criminalização do comportamento: impedir a mulher de ser sujeito da sua própria história.

⁽⁵⁷⁾ MARIA EMÍLIA COSTA E CIDÁLIA DUARTE, *Violência familiar: as nossas famílias que nos ensinam a linguagem do amor*, Porto: Ambar, 2000

Ou seja, o que pretendemos aqui é defender a natureza semi-pública do crime de violência doméstica, até porque olhando de forma atenta para o sistema penal podemos verificar que a natureza pública tem vindo a ser inutilizada quer pelo tão falado artigo 281º/ 6 do Código de Processo Penal, quer pela posição que a vítima adopta durante o processo judicial.

Em primeiro lugar, como já vimos, com o artigo 281º, nº6 do Código de Processo Penal passou a ser admitida a suspensão provisória do processo por livre requerimento da vítima reequilibrando nas palavras de PLÁCIDO CONDE FERNANDES “*o desígnio processual subtraído à vontade da vítima*”⁽⁵⁸⁾ pela natureza pública da infracção.

Ou seja, voltou-se a admitir a capacidade da vítima desacreditada na promoção processual. Com mais rigor ainda, o processo é iniciado pelo Ministério Público, independentemente do sujeito alvo do crime, para depois esta intervenção penal automática suscitada ser, afinal, travada por livre requerimento da vítima, em sede da suspensão provisória do processo, sem qualquer possibilidade de o Ministério Público se opor.

A protecção do bem jurídico da comunidade, pretendida em regra pelo carácter público, acaba por ser esvaziada na violência doméstica com o mecanismo do artigo 281º/6 Código de Processo Penal, onde a sobreposição dos interesses da vítima concreta sobre o interesse da comunidade é manifesta. Em termos muito grosseiros, o que o legislador retira pela porta devolve pela janela.

Em segundo lugar, o facto de o processo se iniciar independentemente das considerações da vítima é certo não obstar o seu início mas obsta a sua continuação.

Na grande parte dos casos as vítimas são as únicas testemunhas dos crimes, sem o seu contributo o processo não avança o que vem inutilizar a natureza pública do crime. Lembremos o artigo 134º, nº1 do Código de Processo Penal que permite a recusa das testemunhas em deporem caso seja cônjuge do arguido.

Neste ensejo, o legislador caiu num erro crasso que contribuiu para uma maior desvalorização da intenção da lei de proteger as vítimas: fundou a natureza pública do crime nos receios da ofendida que obstassem a formalização da queixa, mas esqueceu-se dos receios que podem existir quando a vítima testemunha, ou da pressão que pode existir sobre ela para não depor e que, assim, dificultam a tramitação processual.

⁽⁵⁸⁾ PLÁCIDO CONDE FERNANDES, “Violência Doméstica – No Quadro Penal e Processual Penal”, *Revista do CEJ* nº VIII

Estamos, indubitavelmente, e não nos podemos esquecer, “*num domínio em que o êxito repressivo depende em quase tudo e quase sempre do comportamento processual da vítima*”⁽⁵⁹⁾.

O que de resto é confirmado pelas estatísticas. Em termos das decisões relativas a inquéritos de violência doméstica segundo o relatório de monitorização do 1º semestre de 2011, constata-se que de um total de 317 processos, 80,8% resultou em arquivamento, 18,6% em acusação e menos de 1% em suspensão provisória do processo, ou seja, sem o contributo das vítimas não há indícios suficientes que sustentem a acusação e os processos acabam por ser arquivados.

A partir destes resultados, se dúvidas existiam quanto à beneficência da natureza semipública nos crimes de violência doméstica, estas dissipam-se com as explicações de FIGUEIREDO DIAS. Para este autor, é tripla a função da queixa característica dos crimes semi-públicos.

Primitivamente, o significado criminal relativamente pequeno do crime pode aconselhar-nos a ponderar o interesse e a vontade do titular do direito de queixa. Saliente-se, contudo, não ser este o nosso caso por consideramos de grande gravidade o crime aqui tratado. Não obstante, o instituto da queixa não é exclusivo da pequena criminalidade, podendo ser aplicado a crimes de altíssima gravidade, pensemos no crime de violação sexual⁽⁶⁰⁾ e portanto até aqui nada obsta o seu uso na violência doméstica.

Em segundo lugar, nas palavras do autor, *a existência de crimes semi-públicos serve a função de evitar que o processo penal, prosseguido sem ou contra a vontade do ofendido, possa, em certas hipóteses, representar uma inconveniente intromissão na esfera das relações pessoais que entre ele e os outros participantes processuais intercedem*”⁽⁶¹⁾, o que em certa medida pode ser o caso da violência doméstica.

Em terceiro lugar e dotada de maior importância para este estudo, a exigência de queixa como continua Figueiredo Dias *“pode servir a função de específica protecção da vítima do crime. É esse o caso, nomeadamente dos crimes que afectam de maneira profunda a esfera da intimidade. Quem seja vítima de um crime que penetra profundamente em valores da intimidade deve poder em princípio decidir se ao mal do*

⁽⁵⁹⁾Maria João Antunes, “Violência Contra as Mulheres, tolerância zero: Encerramento da Campanha europeia: actas da conferência de Lisboa: 4-6 de Maio, 2000, Cadernos Condição Feminina,57, página 107

⁽⁶⁰⁾ Artigo 164º do Código Penal

⁽⁶¹⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, As consequências jurídicas do crime, Coimbra Editora, 2ª Reimpressão

crime se deve juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem frustrar-se as intenções politico-criminais que, nesses casos se pretendem alcançar com a criminalização. (62)”

Ponderados todos os argumentos, e seguindo a orientação de Maria João Antunes, *“parece-nos preferível a opção no sentido de o procedimento criminal contra o agressor depender de queixa da vítima, com a limitação de o Ministério Público poder dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser (...) De resto, parece-nos irrelevante do ponto de vista prático - e, portanto, só relevante do ponto de vista estritamente simbólico – que um crime deste tipo tenha ou não natureza pública. Ou seja, não acreditamos que esta seja a via adequada para combater a violência doméstica (...) (63).*

Conclui-se, afinal que exigir a natureza semi-pública do crime de violência doméstica é ir ao encontro da igualdade de género que considera ambas as partes capazes de decidir, não é fazer um recuo na evolução histórica mas antes um avanço, extinguindo as marcas sexistas presentes no nosso direito, através do reconhecimento da capacidade da mulher.

Ao mesmo tempo, fazer depender de queixa o procedimento penal deste crime confere coerência ao sistema penal que passaria a reconhecer uniformemente a vontade da vítima, abrindo-se além do mais a possibilidade de mediação penal nestes casos. Assim, o crime de violência doméstica estaria em concordância com o âmbito de aplicação da Lei 21/2007, alargando as opções de reacção ao crime, o que possibilitaria em grande medida o combate deste flagelo social.

4.1.4 Práticas restaurativas prescritas legalmente

Durante este estudo ficou clara a percepção do legislador em recusar a mediação penal como meio alternativo à justiça formal nos casos de violência doméstica.

Não obstante, por outro, a análise já realizada aos dispositivos legais sobre a matéria, evidencia alguns vestígios de práticas restaurativas no que se refere ao crime em questão. Falamos aqui do artigo 39º da Lei 112/2009 que estabelece o Regime

(62) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, As consequências jurídicas do crime, Coimbra Editora, 2ª Reimpressão

(63) Maria João Antunes, “Violência Contra as Mulheres, tolerância zero: Encerramento da Campanha europeia: actas da conferência de Lisboa: 4-6 de Maio, 2000, Cadernos Condição Feminina,57, página 106 e 107

Jurídico aplicável à Prevenção da Violência Doméstica, à Protecção e à Assistência das suas vítimas, do artigo 47º da Lei 115/2009, que aprova o Código de Execução de Penas do e artigo 281º/6 do Código do Processo Penal.

Assim, do que analisamos do artigo 39º da Lei 112/2009 importa realçar como anteriormente dissemos que o único mérito que este “encontro restaurativo” assumiu foi a admissão do relevo do conflito interpessoal existente na violência doméstica. O que não se compreende é a opção de só tentar resolver o conflito depois do processo penal.

É certo, que dessa forma o legislador reconhece a insuficiência da justiça formal na resolução deste conflito que persiste após a condenação e aqui está o elemento crucial: a admissão de que as práticas restaurativas são um ambiente propiciador à superação do conflito, o que nos leva a considerar que seria de capital importância alargar este encontro para outros momentos, ou se quisermos alarga-lo como alternativa à justiça formal.

Partimos de um raciocínio simples: se o conflito persiste após a condenação, a aceitação da sua existência durante todo o processo também não pode deixar de ser feita.

De todo o modo, com o artigo 39º da referida lei, deparamo-nos com a primeira previsão expressa de mediação penal, embora num momento pós sentença.

No mesmo sentido, o legislador redigiu o artigo 47º da Lei nº 115/2009, segundo o qual “*o recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido*”.

Esta solução legislativa vem configurar mais uma hipótese em que se pode recorrer aos ideários das práticas restaurativas, mais concretamente da mediação penal. Responde, assim, aos anseios de grande parte da doutrina que considera que os processos restaurativos deviam estar em aberto como direito das partes nas várias fases processuais e não como insiste o legislador apenas numa fase pós sentencial.

É mérito reconhecido prever a mediação na fase de execução das penas quando o conflito ainda persiste, mas de novo surge a mesma inquietação: não se compreende a opção de só tentar resolver o conflito depois do processo penal.

Outra previsão legal de justiça restaurativa encontra-se, para alguns autores como PLÁCIDO CONDES FERREIRA, no artigo referente à suspensão provisória do processo. Para o autor referido, este artigo “*constitui um espaço privilegiado de mediação e de justiça restaurativa, com vista à reparação e ao empowerment da vítima,*

sendo provavelmente o melhor programa de intervenção ressocializador com agressores do país” (64).

A suspensão provisória do processo, no caso de violência doméstica, é requerida ao Ministério Público através da esclarecida vontade da vítima, sendo necessária a concordância do juiz de instrução e do arguido para que efectivamente o processo se suspenda.

A concordância do arguido é também imprescindível quanto às injunções e regras de conduta que o Ministério Público lhe impõe. Desta forma, a vítima e o agressor são chamados a intervir de forma consensual e activa neste instituto.

O resultado é para PLÁCIDO CONDES FERREIRA um *“clima potencialmente mais favorável para assegurar as finalidades de prevenção geral e especial, do que seria o resultado da mera multiplicação de acusações e condenações.”* Exactamente porque como o autor prossegue *“nos casos de violência doméstica, face à persistente ligação das condutas maltratantes, às dependências do álcool, do jogo, ou de substâncias estupefacientes, tem vindo a ser proposta, com elevado sucesso, injunção de sujeição do arguido a tratamento à dependência de que padece, terapia familiar ou psicológica e, por último, frequência de programas específicos de educação e prevenção da violência.”* (65).

Restam dúvidas quanto à natureza de mediação ínsita neste artigo por lhe faltar o carácter discursivo que coloca vítima e agressor num diálogo que converge num acordo construído por ambos e que apazigua o conflito, reparando simultaneamente a vítima.

De todo o modo, afigura-se clara a conclusão que podemos tirar destes três preceitos: o apreciável reconhecimento por parte do legislador da importância do conflito interpessoal imanente no crime de violência doméstica, ao mesmo tempo que admitiu a relevância das práticas restaurativas como forma de ir ao encontro da vontade da vítima, que é romper com os actos de violência, reparar o mal sofrido e reconquistar a paz social afectada.

Visto desta perspectiva, não há porque continuar a empurrar a mediação penal para um momento posterior à intervenção da justiça retributiva. Se há um conflito interpessoal a resolver não se compreende porque não resolvê-lo o quanto antes, mesmo que isso implique a não intervenção da justiça formal.

(64) PLÁCIDO CONDE FERNANDES, “Violência Doméstica – No Quadro Penal e Processual Penal”, *Revista do CEJ* n.º VIII

(65) A referida obra de PLÁCIDO CONDE FERNANDES

4.2 Mediação penal na violência doméstica: Argumentos contra que podem ser refutados

As teorias que rejeitam a compatibilidade entre a violência doméstica e a mediação penal partem de duas principais premissas que no nosso entender são de recusar inteiramente.

Trata-se, em primeiro lugar, do entendimento de que a vítima de violência doméstica é naturalmente vulnerável, o que impede o equilíbrio essencial para um encontro restaurativo.

Em segundo lugar, acrescentam que retirar dos tribunais um crime tão grave é afinal inculcar à sociedade a ideia de que não é um comportamento assim tão reprovável.

Cabe-nos, então chegados a este ponto, deslaçar o que há de desacertado nesta forma de pensar.

4.2.1 A vulnerabilidade da vítima impede o equilíbrio fundamental da mediação

É comum dizer-se que uma vítima de violência doméstica se encontra numa situação de tal forma vulnerável que defrontar o seu agressor, no âmbito das práticas restaurativas, a impediria de posicionar livremente as suas considerações. Inibida pelo medo, a vítima não estaria nas condições de igualdade necessárias para se lograr o empoderamento fundamental na mediação. Discordamos inteiramente.

Não podemos ser coniventes com o pressuposto de que todas as vítimas de violência doméstica estão cobertas por um manto de fragilidade que as impede de decidir convenientemente.

Assim, como nos diz CLÁUDIA SANTOS, “*as vítimas de violência doméstica são aprisionadas nesse estereótipo de fragilidade e de incapacidade de decisão que faz sobrepor às efectivas características das vítimas concretas as notas definitórias associadas a essa vítima abstracta, por mais que aquelas de facto não correspondam a estas*”⁽⁶⁶⁾.

O mundo actual tende a ver a mulher como uma pessoa livre, capaz de autodeterminar os seus interesses. O que hoje se defende é uma igualdade de género

⁽⁶⁶⁾ CLÁUDIA SANTOS, “Violência Doméstica e Mediação Penal: Uma convivência possível?” - Julgar, nº12, Página 70

efectiva. A violência doméstica não é mais que um obstáculo a essa igualdade, daí que suscite as maiores preocupações a fim de evitar esta desigualdade.

Dizer que a mulher é de tal forma vulnerável, que não se encontra em condições de igualdade capazes de a colocar num encontro restaurativo com o agressor, é afinal perpetuar a base das agressões: a desigualdade perpetrada pela sociedade. Podemos mesmo afirmar que retirar da mulher o poder de decidir é provocar a sua submissão ao poder Estatal.

É necessário, portanto, dar oportunidade à vítima de dizer se está ou não em condições de participar na mediação.

O que a lei erroneamente faz é presumir prematuramente que não está, sem lhe dar qualquer possibilidade de se pronunciar e submetendo-a à vontade do Estado.

Note-se que a mediação penal elege como requisito imprescindível a necessidade de voluntariedade, o que significa que a vítima que se sinta numa situação de fragilidade pode manifestar a sua negação a um eventual encontro restaurativo com o agressor. Neste caso a mediação penal não se realizará.

Mas se pelo contrário a vítima declara vontade em participar num processo de mediação, cabe ao mediador intervir de forma a perceber a existência ou não de uma efectiva voluntariedade, evitando a falta de equilíbrio entre as partes.

Ou seja, o mediador deve certificar-se que a vítima expôs de forma livre e esclarecida a sua vontade em participar naquele processo e se, em concreto, se encontra verdadeiramente em condições de o fazer ⁽⁶⁷⁾.

Por outro lado, o desequilíbrio que possa haver entre as partes não é algo estanque e imutável. Este pode ser trabalhado e combatido pelo mediador, por exemplo colocando a vítima no meio de pessoas da sua confiança. Outra estratégia conhecida é o recurso a dois mediadores, como acontece na Áustria e que posteriormente explicaremos adequadamente. A mediação penal austríaca, em situações de violência doméstica, desenvolve-se com a cooperação de um mediador do sexo feminino e outro do sexo masculino, que dialogam separadamente e respectivamente com a vítima e o agressor, o que transmite segurança e confiança ao litigante ofendido.

Todavia ainda que o desequilíbrio referido persista e se torne perceptível pela vítima, esta pode, em qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação naquele encontro (artigo 4º, nº2 da Lei 21/2007).

⁽⁶⁷⁾ Artigo 3º nº 5 da Lei 21/2007 sobre a Mediação Penal

Em suma, dizer que a vulnerabilidade da vítima impede o equilíbrio essencial da mediação não é argumento procedente.

Em primeiro lugar, porque coloca na vítima de violência doméstica o rótulo de incapaz de decidir devido à sua fragilidade. Há vítimas se encontram em condições de dialogar em plano de igualdade com o seu agressor e não lhes deve ser negada essa possibilidade.

Em segundo lugar, o próprio mediador é garante do equilíbrio entre as partes, não só verifica se existe, como trabalha o empoderamento necessário.

4.2.2 O recurso á mediação penal num crime tão grave implica uma desvalorização da gravidade do comportamento

Os teóricos que recusam a mediação penal como meio propício para dar resposta à violência doméstica assentam a sua fundamentação num argumento preponderante: a ideia de que retirar da justiça formal a punição de um crime é dar oportunidade a que se crie na sociedade a percepção de que não constitui afinal um comportamento grave ou reprovável.

No fundo a ideia de que evitando-se a severidade dos tribunais se desvaloriza a gravidade do comportamento, alimentando a ideia de tolerância.

Não podemos concordar com tal linha de pensamento. Por duas razões.

Em primeiro lugar porque não é a severidade da punição suficiente para combater certo comportamento.

Em segundo lugar, a certeza de uma consequência evita com mais eficácia o sentimento de impunidade do que a ideia da severidade da punição. Mas vejamos, então, com mais rigor as considerações expostas.

CESARE BECCARIA na sua famosa obra “Dos delitos e das Penas” diz-nos que *“Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”* ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁸⁾ CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998

Por outras palavras, a ideia de que a certeza de uma consequência combate o sentimento de impunidade e nestes termos a prevenção da prática de um comportamento lograr-se-á.

Ora, partindo deste raciocínio podemos fazer uma aplicação idêntica no que diz respeito à mediação penal. Vimos já ⁽⁶⁹⁾ que predomina nos autores de violência doméstica como que uma sensação de tolerância do próprio sistema penal por o isentar de efectivas consequências aplicando-lhe na grande parte dos casos uma pena suspensa.

Assim, podemos dizer que ao próprio sistema penal está aliada a imagem de tolerância e portanto não foi condição suficiente para combater a violência doméstica a severidade da punição prevista.

Vimos também que os processos restaurativos acabam sempre por ter resultados, mesmo que não se chegue a acordo. Ao contrário do que acontece na justiça formal, na mediação não se procura a culpa mas a responsabilidade do autor do crime, o que acaba por trazer sempre consequências para o agressor.

Desta forma, a mediação reduz o sentimento de impunidade, principalmente quando o agressor se responsabiliza pelos danos causados à vítima, obrigando-se a proceder à reparação do mal sofrido. O agressor não só se conscientiza da situação como se empenha em revertê-la.

Partindo deste ponto de encontro, podemos afirmar que as práticas restaurativas não são afinal brandas com os agressores pois procuram que estes se responsabilizem. É mais importante que o infractor assuma, se mentalize que violou uma norma, tomando contacto com o impacto dos efeitos nefastos do seu comportamento e com o sofrimento provocado, do que lhe aplicar uma pena cega através de um processo em que terá como objectivo principal provar a sua inocência.

Ou seja, aquela certeza de consequências em vez da severidade das mesmas como meio de combater um comportamento reprovável. A percepção de tolerância e de desvalorização de um comportamento podem ser evitados, como demonstramos, pela mediação penal e portanto o argumento apresentado não procede.

Todavia, há um dado a acrescentar a esta discussão: a função do direito penal é a da tutela subsidiária ou de *ultima ratio* dos bens jurídicos. O ideário de que a violação de um bem jurídico deve ser sempre levado a tribunal, sob pena de não ser considerada verdadeiramente grave, não se coaduna afinal com esta função. FIGUEIREDO DIAS

⁽⁶⁹⁾ No ponto 4.1.1 deste trabalho

explica-nos que “a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. (...) Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos, liberdades das pessoas, ele só pode intervir no caso em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não penal, se revelem insuficientes ou inadequados.” (70).

E mais uma vez aqui o indicador de que a mediação penal deve ser chamada a resolver o conflito imanente na violência doméstica. A gravidade de um crime nada tem que ver com uma intervenção penal obrigatória. Lembremos que os abusos sexuais fogem muitas vezes da punição do Estado devido ao seu carácter semipúblico e nem por isso essa opção se traduz na menor gravidade do crime.

Consideramos de extrema gravidade a violência doméstica, há a violação dos direitos de um ser humano, há a violação dos deveres de respeito devidos pelos membros de uma relação e há a violação dos deveres de um cidadão de preservar a pacificidade social.

A mediação penal não nega esta gravidade. Os profissionais nela implicados devem ser preparados de forma a interpretar correctamente o assunto de forma a não minimizar a conduta do infractor.

O que significa, que as práticas restaurativas apenas são uma forma alternativa de resolver o conflito sem que isso implique uma tolerância pelo comportamento base do encontro restaurativo, muito pelo contrário.

E por isso, concluímos, com as palavras de Maria João Antunes, *que são muitas as interrogações que nos ficam quando pensamos na opção pela criminalização da violência doméstica. Não se trata, (contudo), propriamente de duvidar da dignidade penal destes comportamentos, mas antes sim da questão de saber se o modelo de justiça penal vigente dá a resposta adequada ao problema específico da violência contra as mulheres*” e, portanto, a preocupação fundamental deve ser a de repudiar “*um direito penal que sirva o objectivo singelo de punir exemplarmente o agressor, de preferência com pena de prisão, para que fique claro que a violência doméstica é crime*”.

(70) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, página 128

5. Mediação penal na violência doméstica: experiências internacionais

A resolução alternativa dos conflitos, ou se quisermos, o movimento do *Alternative Dispute Resolution* (ADR) tem sido apontado como originário dos Estados Unidos da América. A ideia surgiu na Conferência Pound, realizada em 1976 em Chicago, com o objectivo de debater a insuficiência do poder judiciário.

É neste âmbito que Frank E. Stander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, propõe o *Multidoor Courthouse System*, o mesmo é dizer, o sistema de múltiplas portas. A pretensão era facultar aos cidadãos diversos tipos de serviços de resolução de conflitos possíveis num “tribunal com várias portas”.

O método acabou por ser aprimorado e aplicado em vários domínios como conflitos laborais, familiares, conflitos entre empresas ou entre vizinhos.

É sob esta rubrica que surge a aplicação da justiça restaurativa como meio de resolução alternativa dos conflitos. No fundo, a tentativa de combater a insuficiência do sistema formal através da aplicação dos ideários restaurativos, para que vítima e agressor participem activamente na resolução do conflito.

Recorrer à justiça restaurativa na área penal passou, desta forma, a significar uma nova configuração da justiça penal, perspectivada segundo uma nova fórmula focada na reparação dos danos da vítima e não na tradicional punição do infractor.

Este novo formato da justiça penal tem sido desenhado sob a égide de vários mecanismos. O veículo mais recorrente da justiça restaurativa e predominantemente prosperado é, como já o sabemos, o da mediação penal. Este modelo de diálogo entre vítima e agressor como nova forma de responder à criminalidade tem como objectivo não só prosseguir a diminuição da prática de crimes como do impacte dos ilícitos sobre os cidadãos.

É por isso uma proposta ambiciosa que muita doutrina almeja ver aplicada a vários ilícitos penais previstos legalmente. Não obstante, persiste uma controvérsia em volta de certos tipos de crimes nomeadamente no que diz respeito ao sucesso das práticas restaurativas em resolve-los.

Como tivemos oportunidade de reflectir neste trabalho, a violência doméstica é um exemplo paradigmático desta questão. O que se torna mais curioso é que certos países resolveram a controvérsia sobre a questão, considerando positivo o uso da mediação penal em conflitos conjugais envoltos em violência.

Países como os Estados Unidos da América, Áustria, Alemanha, África do Sul, ou Austrália são exemplos reais da possibilidade de resolver o conflito emergente da violência doméstica através da mediação penal. Estes países são a prova viva da eficácia das práticas restaurativas em crimes de cunho iminente pessoal como o que tratamos neste estudo, provando, simultaneamente, que é possível respeitar a delicadeza do assunto sem que tal signifique deixá-lo passar sem qualquer reprovação. Senão vejamos.

Nos Estados Unidos da América, mais concretamente na Carolina do Norte, a mediação penal no caso de violência doméstica vai no sentido do cumprimento da ideia acima referida do *Multidoor Courthouse System*.

O processo restaurativo é realizado no tribunal local, oferecendo uma alternativa para a resolução do conflito junto do próprio tribunal, garantindo-se simultaneamente a segurança da vítima durante o procedimento. Todas as partes passam pelos mecanismos de segurança do tribunal, incluindo a detecção de metais, o que evita a entrada de armas, por outro lado o dispositivo policial existente naquele local reforça a segurança das partes. Todos saem beneficiados com esta opção sucedânea ao processo judicial que poderá contudo ser retomado caso o acordo não seja cumprido.

Não obstante, embora o processo de mediação corra perto do tribunal, a entidade competente para realizar o encontro restaurativo referente à violência doméstica é desde 2002 uma entidade sem fins lucrativos, totalmente imparcial, conhecida por *Carolina Dispute Settlement Services* ⁽⁷¹⁾, em português seria Serviços de resolução de conflitos.

Os resultados são positivos. Segundo um artigo realizado por autores como Bryant, Seigle, Jabbar, e McGeorge ⁽⁷²⁾ com o objectivo de comparar as taxas de reincidência entre processos de mediação e processos judiciais, em 100 casos mediados e com acordo, 55 dos agressores que não tinham registo criminal, 53 não reincidiram (96%) e 2 voltaram a exercer violência sobre a mulher (4%). Dos 45 que já haviam sido condenados anteriormente, 31 não exerceram mais violência (68%) e 14 voltaram a reincidir (32%). Em contraposição com os 108 casos levados a tribunal, 59 casos não chegaram tão-pouco a seguir para julgamento apenas 49 seguiram o processo judicial. Destes 49, em 16 agressores que não tinham condenações anteriores 10 (62,5%) não

⁽⁷¹⁾ <http://www.notrials.com/>

⁽⁷²⁾ Bryant, D., Seigle, D., Jabbar, L. and McGeorge, N. (2006) 'Mediating Criminal Domestic Violence cases: How Much is Too Much Violence?' Presentation by Carolina Dispute Settlement Services at American Bar Association, Annual Conference of Conflict Resolution Section, Los Angeles, April 2006. Raleigh, North Carolina: Carolina Dispute Settlement Services.

reincidiram e 6 (37,5%) retomaram as agressões. Dos 33 que já haviam sido condenados 18 (55%) não reincidiram em oposição aos 15 (45%) que reincidiram. Ou seja, as taxas de não reincidência conseguidas com a mediação são sempre superiores aos resultados do processo judicial, o que comprova a eficácia dos encontros restaurativos.

No mesmo sentido, na Áustria, o esforço de resolver a violência doméstica fora dos tribunais ⁽⁷³⁾, sob a alçada da mediação vítima-infractor, tem sido prosseguido desde 1990.

Como nos explica Christa Pelikan ⁽⁷⁴⁾ o elemento central de muitos processos de mediação nos casos de violência doméstica é o chamado '*mixed double*'. Significa que a mediação será auxiliada por dois mediadores, um do sexo feminino e outro do sexo masculino.

Inicialmente, os assistentes sociais começam por perguntar ao alegado autor do crime e, em muitos casos, simultaneamente também à vítima, o seu efectivo interesse em participar num processo de mediação. É com base no trabalho destes assistentes sociais que se decide o submetimento do caso à mediação vítima-infractor.

Conseguido o acordo da vítima e do agressor a mediação prossegue. O mediador do sexo masculino conversa numa primeira fase com o agressor, enquanto separadamente o mediador do sexo feminino conversa com a vítima. O objectivo deste encontro separado é que cada um explique espontânea e livremente o conflito e o estado da relação, sem quaisquer pressões do olhar atento da outra parte do conflito.

Numa segunda fase, o encontro restaurativo é realizado pelos quatro intervenientes: a vítima, o agressor e os dois mediadores. A sessão inicia-se com a exposição de cada mediador sobre tudo o que ouviram anteriormente no encontro em separado, desde a estória da relação à própria agressão, sem qualquer interferência da vítima e do agressor.

Só quando terminam as duas narrativas é que as correcções poderão ser feitas pelos implicados no crime. Este procedimento acompanhado pela existência de dois mediadores pretende seguir dois objetivos cruciais: o reconhecimento e o empoderamento. O que acontece é que o agressor ao ouvir a narração dos factos por outra pessoa percebe-os de uma forma distinta, uma "*changing of lenses*", ou se

⁽⁷³⁾ Außergerichtlicher Tatausgleich ou se quisermos 'Out-of-court-offence-resolution'

⁽⁷⁴⁾ <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/pelikan-christa.-victim-offender-mediation-in-domestic-violence-cases-a-research-report>

quisermos uma mudança de perspectiva que faz o agressor rever a sua posição e as necessidades envolvidas, assumindo o seu comportamento.

É esta nova compreensão que vai promover o tão aclamado empoderamento. E aqui, Christa Pelikan fala-nos numa espiral de empoderamento que em muitas situações se traduz no fim das agressões. A referência desta autora para explicar a experiência austríaca deve-se ao mérito das suas pesquisas que revelam a pertinência da aplicação da justiça restaurativa a situações de violência num casal.

Em 1999, a pesquisa de Christa Pelikan revelou que a mediação levava a um reforço do processo de empoderamento e de libertação. Passados dez anos e repetido o estudo, alicerçado na assistência dos encontros de mediação e entrevistas directas com os intervenientes, os dados mostram que 83% das vítimas levadas a mediação revelaram não se ter havido mais violência.

A par do que aconteceu um pouco por todo o mundo, também na Alemanha a resolução alternativa dos conflitos se foi difundindo, principalmente em áreas de maior sensibilidade como os conflitos familiares, considerando-se ser particularmente mais favorável nestas matérias um encontro em que as partes convergem os esforços num acordo mútuo, do que um processo contraditório em que a decisão é ditada por um terceiro.

É assim que em 1990 sob a mão da mediação penal se iniciam os primeiros processos de mediação vítima-infractor.

As vantagens desta resolução diferenciada dos conflitos acabaram, anos mais tarde, por ampliar a mediação a casos de violência doméstica. Um destes programas especializados em violência doméstica é o Centro de Resolução de Conflitos Waage localizada em Hanover, uma organização não-governamental ⁽⁷⁵⁾.

O processo restaurativo característico do projecto 'die waage' desenrola-se nos mesmos termos que o processo de mediação austríaco, isto é através de dois mediadores, um do sexo feminino e o outro do sexo masculino que se ocupam cada um da vítima e do agressor, respectivamente.

Os resultados são de novo positivos. Segundo um trabalho de Marian Liebmann e Lindy Wootton ⁽⁷⁶⁾ com referência a um estudo de Nadine Bals ⁽⁷⁷⁾ que comparou 509

⁽⁷⁵⁾ <http://www.waage-hannover.de/html/verein.html>

⁽⁷⁶⁾ Restorative Justice And Domestic Violence/ Abuse - A report commissioned by HMP Cardiff, Funded by The Home Office Crime Reduction Unit for Wales

⁽⁷⁷⁾ Bals, Nadine (2008) 'Is victim-offender mediation a promising alternative for handling violence in relationships?' in *TOA Infodienst (Newsletter of Service Bureau for VOM and Conflict Resolution of the*

casos de violência doméstica com outros casos encaminhados para a mediação, num total de 3.906. Destas comparações resultou o seguinte: entre os casos de violência doméstica, 79,9% dos acordos realizados foram cumpridos totalmente, 3,5%, em parte, e 11,8% ainda estavam pendentes no momento da pesquisa, ou seja, apenas 4,9% dos acordos não foram cumpridos.

Todos estes exemplos nos mostram que a mediação penal se está a tornar um conceito cada vez mais familiar, sem fronteiras, capaz de se adaptar à comunidade de cada país. A África do Sul não é excepção desta expansão e maneabilidade da justiça restaurativa. Durante cinco anos, de 1999 a 2003, foi aplicada entre a comunidade deste país o modelo de encontro vítima-infractor em situações de violência doméstica.

Mais uma vez, a prática levou a pesquisas sobre a eficácia deste modelo no combate a este flagelo social. É neste âmbito que se destaca a pesquisa de Amanda Dissel e Kindisa Nguben⁽⁷⁸⁾. Estas autoras entraram em contacto com 21 mulheres que completaram a mediação, e apesar de admitirem que a amostra não é representativa, afirmam que *“os resultados lançam ainda assim, algumas luzes sobre as experiências dessas mulheres, o que permite compreender o impacto a curto e longo prazo da mediação nas suas vidas”*. Como conclusão da pesquisa estas autoras afirmam haver um elevado nível de satisfação com o processo de mediação entre as mulheres vítimas de violência doméstica, o que é comprovado com os resultados do contacto que fizeram com essas vítimas um ano após a mediação. Em todos os casos indicaram que a mudança foi positiva, houve uma melhoria do comportamento do infractor, as agressões não se repetiram e a comunicação na maioria dos entrevistados tinha melhorado. Algumas mulheres realçaram também a oportunidade que o processo restaurativo lhes tinha dado de falar em pé de igualdade com os seus parceiros.

No fundo, a oportunidade de resolver um conflito tão sensível através de um processo simples. Uma vez encaminhado para mediação (normalmente encaminhado pelos tribunais) é averiguada a vontade efectiva das partes de participarem na conferência. Em caso afirmativo o julgamento será adiado e inicia-se a mediação através de um processo narrativo de contar o conflito, discutindo-se as questões nele envolto, com a ajuda do mediador. O processo culmina com o acordo. É nesta altura que

German Probation Service, Cologne), 2008 (36) December. Summarised by Martin Wright and Marian Liebmann.

⁽⁷⁸⁾ “The Centre for the Study of Violence and Reconciliation”, *Paper submitted for the XIth International Symposium on Victimology 13-18 July 2003, Stellenbosch, South Africa*

o tribunal, caso o acordo o satisfaça, adia o julgamento ou retira o caso da sua alçada, com a concordância da vítima. Note-se ainda que é feito um acompanhamento após a mediação para determinar a extensão do cumprimento do acordo.

E mais exemplos poderíamos dar como a Grécia com legislação específica sobre o tema, embora com falta de regulação e aplicação prática, ou a Finlândia que desenvolve a mediação praticamente nos mesmos termos que o que está previsto na nossa Lei 21/2007.

O que importa realçar das explicitações precedentes é o facto de esta oportunidade de olhar para além do crime possibilitar grande satisfação para todas as partes, mostrando-se mais uma vez, com a ajuda das pesquisas referidas, a eficácia da mediação penal para resolver o crime de violência doméstica.

Outra ideia a reter é o facto das investigações supracitadas terem em comum a conclusão de que não é possível pré-determinar antecipadamente os casos de violência doméstica passíveis de mediação. A análise deve ser feita em concreto, examinando caso a caso, se especificamente aquele conflito é apto para ser resolvido com as práticas restaurativas.

Assim, senão é correcta a afirmação de que todos os casos de agressão num casal são susceptíveis de serem resolvidos alternativamente através da mediação, tal significa que é necessário um trabalho orientado e sensível às particularidades de cada situação, de forma a se 'filtrarem' os processos levados a mediação.

Os estudiosos da matéria admitem, sem reservas, que certos casos não devem ser conduzidos pelos princípios restaurativos, em confronto com outros casos em que as partes se mostram aptas para um encontro entre vítima e agressor. Tudo depende, repita-se, das situações concretas.

O que a lei portuguesa faz é uma exclusão antemão da admissibilidade de todos os casos, ora como já tivemos ocasião de manifestar, não podemos compactuar com tal opção. O ser humano é conhecido pelo seu processo de aprendizagem muitas vezes através da observação do comportamento dos outros seres humanos.

Urge, por isso, olhar para as experiências estrangeiras que apresentamos não com uma visão fechada de reprovação mas com uma visão aberta de aprendizagem, de forma a devolver às vítimas a voz que o processo penal silencia, o que como tentamos comprovar é possível com a mediação penal.

6. Considerações Finais

A violência doméstica, tratada ao longo desta dissertação, marca a sua existência com agressões e maus tratos infligidos por uma pessoa a outra, apesar da relação afectiva que as liga.

Como tivemos oportunidade de reflectir, a percepção do que é ou não violência doméstica tem sofrido mudanças ao longo dos tempos. Muito acertadamente nos diz Sílvia Portugal que o *“fenómeno da violência doméstica tem sido construído à medida que é revelado. Ele não é certamente um fenómeno novo nas nossas sociedades, no entanto, só recentemente, à medida que novos olhares o foram desvendando, se tem transformado num problema social e começado a ser alvo de preocupações e políticas públicas”* (79).

Deste modo, é notório o esforço do legislador, revelado pelas várias alterações legislativas explicitadas neste trabalho, em tentar alterar a legislação conforme as exigências sociais, de forma a adaptar o sistema a uma criminalidade tão sensível como esta. Não obstante ficou também assente que as diligências do legislador se têm manifestado com soluções dúbias que pouco têm contribuído no combate deste flagelo social.

Vimos que a única resposta primordial para a violência conjugal tem-se constituído na criminalização da agressão. É inegável o relevo desta criminalização, o que não deveria acontecer era a confiança que muitos propugnam da suficiência desta solução.

Assistimos entre muitos teóricos, relativamente a este tema, ao mito da tutela penal, à ideia de que a ordem jurídica penal talqualmente está configurada é bastante para contornar a violência doméstica e de que, portanto, as alternativas à justiça formal estão longe de responder a um crime tão grave como o aqui tratado.

Contudo, a realidade mostra-nos que a violência doméstica não tem diminuído no decorrer dos anos com as estratégias políticas e legiferantes adoptadas. Daqui decorre uma primeira conclusão.

A resolução da violência doméstica transcende a esfera da resposta que o direito nos dá, por todos os aspectos psicodinâmicos envolvidos na relação subjacente no conflito.

(79) Sílvia Portugal *“Globalização e Violência doméstica”* in Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 57/58, 2000

A peculiaridade deste comportamento criminoso é o facto de, em grande parte das situações, não se repercutir num só acto.

A violência doméstica é, geralmente, um processo contínuo propiciado pela proximidade do agressor à vítima e por isso do maior cuidado. A justiça formal esquece toda esta sensibilidade, desconsiderando a especificidade de cada caso, o que constitui a sua maior fragilidade como solução para o problema em causa.

Está comprovado que grande parte das vítimas não deseja a intervenção penal. Os motivos prendem-se quer pela falta de creditação da interferência da justiça, quer por, em certos casos, as vítimas não quererem a resposta que o processo penal decreta.

Por outro lado, é sabido que quando o sistema penal intervém não há mudanças significativas no comportamento do agressor sendo que em muitas situações acaba mesmo por agravar-se.

Deste modo, é inquestionável a segunda conclusão que podemos retirar do que foi dito: a necessidade de novas respostas para este conflito. Mas como reflectimos várias vezes: será que a mediação penal pode ser uma dessas respostas?

Tivemos oportunidade de ver nos capítulos anteriores que a mediação penal atende à dimensão interpessoal imanente nos conflitos e portanto a sua virtualidade é a sua perspectiva humanista, encarando vítima e agressor como pessoas e não como partes de um processo sob a responsabilidade do Estado, como acontece na justiça formal.

Através do mediador é estimulado o diálogo entre os litigantes de forma a voluntariamente encontrarem uma solução para o conflito. A vítima encontra-se num plano de igualdade com o agressor, ocupando igualmente um lugar central no processo restaurativo, o que torna o processo de mediação atrativo para as vítimas, ao contrário do processo judicial que as desconsidera totalmente.

A mediação penal tem o mérito de poder ser um processo contínuo susceptível de criar uma espiral de empoderamento, o que pode ser fundamental na violência doméstica. Esta espiral de empoderamento surge quer face ao agressor quer face à própria sociedade.

Tende a reconhecer-se que a mulher é um ser livre, capaz de decidir sobre si mesma. Todavia o legislador aniquila toda a possibilidade de autodeterminação quando se fala em violência doméstica, impedindo que a vítima decida sobre o destino do conflito.

De um lado, um processo que se inicia independentemente da sua vontade, do outro a recusa completa de um processo de mediação em alternativa à justiça formal.

O objectivo do legislador, como vimos, é proteger a mulher, não só do agressor mas da sua própria vontade, submetendo-a, sem mais, ao poder estatal. No entanto, esta protecção impede-a de decidir sobre si mesma, obrigando-a sempre a ser uma mera espectadora da sua própria estória.

No fundo, a ideia da vulnerabilidade e fragilidade da mulher presente na mente do legislador que acaba por ser a mesma que está na base da violência doméstica.

Pelo contrário, os ideários restaurativos devolvem a autonomia à vítima, dando-lhe a oportunidade de construir e decidir o destino do conflito.

Neste âmbito, podemos chegar à terceira conclusão deste trabalho, respondendo simultaneamente à pergunta acima formulada, a mediação penal é uma resposta não só eficaz para a violência doméstica, mas também uma forma de melhorar a justiça.

Ora não nos podemos opor contra algo que sabemos poder aperfeiçoar o nosso sistema penal. Cumpre contudo, esclarecer que o que defendemos aqui não é uma resposta unitária alicerçada na mediação penal. Quando falamos no encontro restaurativo como sucedâneo do processo formal apenas pretendemos a criação de uma nova opção que melhore o sistema, dando à vítima a oportunidade de escolher entre duas soluções: o processo penal ou o processo de mediação.

Como já fora admitido anteriormente nem todos os casos de violência conjugal pelas suas características particulares devem ser sujeitos a mediação. Mas repita-se, não se deve negar a compatibilidade necessária sem analisar antecipadamente as circunstâncias concretas.

Defendemos que o critério a assumir tem de ser concreto e não abstracto, isto é, o critério não deverá ser a gravidade do crime ou a sua natureza, mas a aptidão em concreto de as partes se submeterem a um encontro restaurativo.

Não queremos dizer com isto que todas as vítimas estão em condições de participar na mediação, nem que todos os agressores podem mudar o seu comportamento com esta medida. O que queremos que fique claro é que a aptidão e a mudança podem potencialmente acontecer com todos os litigantes. É esta potencialidade que deve ser a premissa para não ser negada a oportunidade da mediação sem antes analisar as circunstâncias de cada caso em concreto.

Por fim, cumpre-nos fazer um reparo final, quando acusamos o sistema formal de esquecer a sensibilidade do crime aqui tratado não podemos cair no erro de o repetir

em relação à mediação. O que quer dizer que o modelo de mediação adoptado quanto à violência doméstica deverá se adaptar a esta tipologia de conflito, tendo especial atenção à segurança da vítima, ao dano produzido e à responsabilidade do agressor.

Em primeiro lugar é necessário criar um espaço de segurança para a vítima para que possa exprimir livremente e sem medos, os seus sentimentos e a sua opinião. Desta forma, a espiral de empoderamento desenvolve-se, facilitando o processo restaurativo.

Em segundo lugar, é fundamental que o processo se centre no dano causado, só verdadeiramente compreendido e explorado é que poderá haver uma efectiva conscientização do agressor.

Em último lugar, mais no que nos outros conflitos, a conscientização do infractor deve ser trabalhada de forma cuidada, explorando-a meticulosamente para que se perceba os reais motivos que levam o agressor a admitir a sua responsabilidade pelos danos. Só assim se assegura que se deveu a razões firmadas no reconhecimento da gravidade dos seus actos, ou seja, em fundamentos rectos. Para que haja mudança do comportamento o papel do mediador é indispensável, não só tem de deixar claro durante todo o processo que o único culpado da agressão é o homem, como tem de desenvolver um diálogo propício à segurança e à responsabilidade.

Em suma, não há dúvidas sobre a compatibilidade da mediação penal e da violência doméstica.

O objectivo deste trabalho teve como horizonte nortear um novo paradigma de justiça penal que acrescente ao sistema uma nova opção à vítima. Como nos disse Koffi Annan, *“A Violência contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa violação dos direitos humanos. Não conhece fronteiras geográficas, culturais ou de riqueza. Enquanto continuar, não podemos afirmar que fizemos verdadeiros progressos em direcção à igualdade, desenvolvimento e paz.”* ⁽⁸⁰⁾

É tempo, portanto, de lançar mão de todos os esforços que combatam a violência doméstica. Se esse esforço passa por uma solução que devolve à vítima autonomia, determinação e empoderamento não há argumento plausível que sustente a recusa de uma resposta que contraria as tendências sexistas da nossa sociedade.

É hora de repensar o direito e de melhorar a justiça sob o desígnio da mediação penal.

⁽⁸⁰⁾ “A World Free of Violence Against Women” United Nations Global Videoconference, 8 March 1999

7. Bibliografia

- ALMEIDA, Carlota Pizarro de - “A mediação Perante os Objectivos do Direito Penal” in A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português, Colóquio, 29 de Junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Almedina.
- AGRA, Cândido/ CASTRO, Josefina - “Mediação e Justiça Restaurativa: Esquema para Uma Lógica de Conhecimento e de Experimentação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II, Coimbra Editora, 2005.
- ANTUNES, Maria João - “Violência Contra as Mulheres, tolerância zero: Encerramento da Campanha europeia: actas da conferência de Lisboa: 4-6 de Maio, 2000, Cadernos Condição Feminina
- BALS, Nadine - ‘Is victim-offender mediation a promising alternative for handling violence in relationships?’ in *TOA Infodienst (Newsletter of Service Bureau for VOM and Conflict Resolution of the German Probation Service, Cologne)*, 2008 (36) December
- BECCARIA, Cesare - *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998
- BELEZA, Teresa Pizarro/ MELO, Helena Pereira de, *A mediação Penal em Portugal*, Almedina, 2012
- BELEZA, Teresa Pizarro – “Violência Doméstica”, *Revista do CEJ* nº VIII
- BRYANT, D./ SEIGLE, D./ JABBAR, L. e MCGEORGE, N. - ‘Mediating Criminal Domestic Violence cases: How Much is Too Much Violence?’ Presentation by Carolina Dispute Settlement Services at American Bar Association, Annual Conference of Conflict Resolution Section, Los Angeles, April 2006. Raleigh, North Carolina: Carolina Dispute Settlement Services.

- CARVALHO, Taipa de, anotação ao artigo 152º do Código Penal, “*Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial*”, Tomo I, Direcção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Almedina.
- CORROZA, Elena Iñigo - “La violencia doméstica en España: El delito de malos tratos en el seno familiar”, *Revista do Ministério Público* nº 102, ano 26, 2005
- COSTA, José de Faria – “Diversão (desjudicialização) e Mediação: que Rumos? *Separata do Vol. LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
- COSTA, Maria Emília/ DUARTE, Cidália - Violência familiar: as nossas famílias que nos ensinam a linguagem do amor, Porto: Ambar, 2000
- CHRISTIE, Nils - “Conflicts as property”, *The British Journal of criminology*, vol.17, nº1, Janeiro de 1977
- DIAS, Jorge de Figueiredo - As consequências jurídicas do crime, Coimbra Editora, 2ª Reimpressão
- DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito Processual Penal, 1ª edição, reimpressão de 2004, Coimbra Editora, 2004
- DIAS, Jorge de Figueiredo - Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2ª edição, Coimbra Editora
- DISSEL, Amanda/ NGUBEN, Kindisa – “The Centre for the Study of Violence and Reconciliation”, *Paper submitted for the XIth International Symposium on Victimology 13-18 July 2003, Stellenbosch, South Africa*
- FERREIRA, Cardona, Justiça de Paz. Julgados de Paz. Abordagem numa perspectiva de justiça/ Ética / Paz / Sistemas/ Historicidade, Coimbra Editora

- FERREIRA, Francisco Amado – *Justiça Restaurativa (Natureza, Finalidades e Instrumentos)*, Coimbra Editora: 2006
- FERREIRA, Plácido Conde: “Violência Doméstica – No Quadro Penal e Processual Penal”, *Revista do CEJ* nº VIII
- FIDALGO, Sónia – “O Consenso no Processo Penal: Reflexões sobre a Suspensão Provisória do Processo e o Processo Sumaríssimo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, nº2 e 3, Abril/Setembro de 2008, Coimbra Editora
- LIEBMANN, Marian / WOOTTON, Lindy – “ Restorative Justice And Domestic Violence/ Abuse”, A report commissioned by HMP Cardiff, Funded by The Home Office Crime Reduction Unit for Wales
- MATOS, Ricardo Jorge Bragança de - “Dos Maus Tratos a Cônjuges à Violência Doméstica: Um Passo à Frente da Tutela da Vítima”, *Revista do MP*, nº107, Julho- Setembro de 2006, Lisboa
- NEVES, Moreira das – Violência Doméstica – Bem Jurídico e Boas Práticas
- PORTUGAL, Sílvia “Globalização e Violência doméstica”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 57/58, 2000
- QUINTANILHA, Anabela - Um olhar sobre a mediação com menores na Lei Tutelar educativa, Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “protecção de menores prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”
- RODRIGUES, Anabela Miranda – “A propósito da introdução do regime de Mediação no Processo“, *Revista do MP*
- SANTOS, Cláudia – “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – algumas reflexões suscitadas pelo Anteprojecto que introduz a

Mediação Penal de Adultos em Portugal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, nº1, 2006

- SANTOS, Cláudia – “Um crime, Dois Conflitos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, nº3, 2007
- SILVA, Luísa Ferreira, “Entre marido e mulher alguém meta a colher”, À Bolina, Editores Livreiros, Lda, 1995
- VIEIRA, Pedro Almeida, “Crime e castigo no país dos brandos costumes”, editora planeta, 2011
- WILDE Zulema/ GAIBROIS, Luis - *O que é a mediação*. Direcção Geral da Administração Extrajudicial. Ministério da Justiça, Agora Publicações, 2003.
- ZABALA, Igor Piñeiro – “La Víctima de la Violencia de Género y la Dispensa del Artículo 416 de la Lecrim”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 24, Maio de 2011