

FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO



**A (IM)POSSIBILIDADE DO ESTADO LEGITIMAR A  
OBRIGATORIEDADE DE PARTICIPAÇÃO EM  
MECANISMOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Mafalda Marques Leal

*Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em  
Justiça Alternativa*

Coimbra, Dezembro de 2011

FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO



**A (IM)POSSIBILIDADE DO ESTADO LEGITIMAR A  
OBRIGATORIEDADE DE PARTICIPAÇÃO EM  
MECANISMOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Mafalda Marques Leal

*Dissertação orientada pelo Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias, e co-orientada pela Mestre Cláudia Santos para a obtenção do grau de Mestre em  
Justiça Alternativa*

Coimbra, Dezembro de 2011

Agradeço a todos os que me ajudaram a tornar possível a construção do presente trabalho –  
professores, colegas e, em especial, aos meus orientadores.

Dedico o presente trabalho a todos os que, por amor e amizade reclamaram a minha presença quando ausente para realização deste trabalho, especialmente ao Miguel, companheiro e amor da minha vida.

Aos meus queridos filhos, Leonor e Simão, que o meu esforço e dedicação a esta causa lhes seja sempre possível recordar como um bom exemplo de vida.

À memória de meu Pai – Biguitse-Praiter-Ofé.

À minha amada e grandiosa Mãe.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objectivo analisar a participação na mediação aplicada ao ramo penal, que ao contrário do que, eventualmente, possa suceder noutros ramos do direito, não poderá assumir carácter obrigatório.

Encarada a voluntariedade da participação como uma das principais notas caracterizadoras da mediação, quer no que respeita à adesão, quer ao alcance do acordo, o Estado não poderá, em prol de teorias efficientistas, eximir-se da sua função de controlo democrático dirigido à defesa dos direitos envolvidos no conflito penal.

**Palavras-chave:** Mediação Penal. Mediação Obrigatória. Voluntariedade. Práticas Restaurativas.

## **ABSTRACT**

This dissertation aims to analyze participation in mediation applied to the criminal branch, which contrary to what eventually may happen in other branches of law, can not take binding.

Viewed the voluntary nature of participation as one of the main notes characterizing the mediation, both as regards the accession, or the scope of the agreement, the State may not, in favor of theories efficient shirk their role in democratic supervision directed the defense rights of criminal involved in the conflict.

**Keywords:** Criminal Mediation. Mandatory Mediation. Willingness test. Restorative Practices.

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b> .....	7
<b>ABREVIATURAS E SIGLAS</b> .....	9
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I</b> .....	17
<b>DIREITO, JUSTIÇA E RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITIGIOS</b> .....	17
<b>1 – DOS CONCEITOS DE DIREITO E JUSTIÇA</b> .....	17
<b>2 – REPRESENTAÇÕES SOCIAIS ENTRE JUSTIÇA E DIREITO</b> .....	22
<b>2.1. – A crise judicial</b> .....	23
<b>2.2. – As funções dos tribunais</b> .....	25
<b>2.3. – A evolução das profissões jurídicas</b> .....	32
<b>2.4. – Uma renovada ligação entre o judicial e o não judicial</b> .....	36
<b>3 – A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITIGIOS</b> .....	38
<b>3.1. – O Movimento ADR</b> .....	38
<b>3.2. – Da conflitualidade à litigiosidade – noções genéricas</b> .....	41
<b>3.3. – A mediação como meio privilegiado da RAL</b> .....	43
<b>3.4. – A mediação institucionalizada em Portugal – o quadro legal da mediação penal.</b> .....	48
<b>CAPÍTULO II</b> .....	53
<b>A MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS E VOLUNTARIEDADE</b> .....	53
<b>1 – MECANISMOS NÃO JUDICIAIS DA POLÍTICA CRIMINAL ESTADUAL</b> .....	53
<b>2 – DA JUSTIÇA PENAL TRADICIONAL À JUSTIÇA RESTAURATIVA</b> .....	57
<b>3 – LEI N.º 21/2007 – A QUESTÃO DA VOLUNTARIEDADE</b> .....	62
<b>4 – MEDIAÇÃO PENAL - NOVOS CAMINHOS, SEMPRE VOLUNTÁRIOS</b> .....	68
<b>CONCLUSÃO</b> .....	72
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	83
<b>LEGISLAÇÃO</b> .....	90

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Processos pendentes a 31 de Dezembro (1996-2010) .....	18
Gráfico 2 – Taxa de resolução processual (1996-2010) .....	19
Gráfico 3 – Saldo processual (2006, 2007 e 2008) .....	19

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

*ADR – Alternative Dispute Resolution*

*CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos*

*CP – Código Penal*

*CPP – Código de Processo Penal*

*CRP – Constituição da República Portuguesa*

*DGPJ – Direcção-Geral da Política de Justiça*

*MARL – Meios Alternativos de Resolução de Litígios*

*MP – Ministério Público*

*RAL – Resolução alternativa de litígios*

## INTRODUÇÃO

Um dos principais desafios colocados à Justiça parece ser o desenvolvimento de procedimentos que sejam considerados justos pelos próprios utilizadores. Esta concepção de justiça reportar-se-á não só ao resultado obtido mas, também, à forma de participação que o “utente” do serviço público de justiça terá no próprio processo.

São mais do que conhecidas as dificuldades que, actualmente, a máquina judicial revela no toca a dar respostas eficientes à procura verificada – o utente, um usuário do serviço público de justiça, é encarado como um “consumidor” que espera, essencialmente, celeridade e eficácia dessa justiça.

Na base do fenómeno de um quase desmedido volume legislativo em que a sociedade se encontra “mergulhada”, espelhado não só no aumento do número de litígios, mas também na sua maior diversificação, costumam ser apontados factores de vária ordem (social, política e económica). Em termos gerais, parece poder ser apontado o último quartel do século XX como “um período de rápido crescimento das ligações e dos fluxos transnacionais que afectam todas as esferas da vida humana: economia, política, ambiente, cultura, sociedade e mesmo as relações interpessoais”. (Castles, 2002: 123)

A compreensão da sociedade espartilhada num enquadramento puramente nacional, como nos diz Castles (2002) dá lugar a uma “renovação da teoria social” tendo em conta as “transformações globais” verificadas. No fim da década de 80, início de 90, o desenvolvimento à escala mundial provocado, em grande medida, pela revolução das tecnologias da informação, fazem surgir a chamada “globalização” – as transformações que se lhe seguiram reflectem efeitos quer na autonomia dos Estados, quer na habilidade destes para conduzir as suas economias.

A transformação social afecta todos os tipos de sociedade, de acordo com as diferentes culturas e os diferentes modos de adaptação, ou resistência, a essa “globalização”. Castles fala de “descolagem de uma abordagem centrada no crescimento económico” (2002: 131). Esta descolagem implica, nomeadamente, uma governação estatal mais permissiva à colaboração, através de métodos participativos da própria sociedade e que, na nossa óptica, parecem poder inspirar o desenvolvimento da cidadania.

No campo do Direito estes métodos poderão ser percebidos como “uma nova relação entre o judicial e o não judicial” (Pedroso, Trincão e Dias, 2001: 1). O crescimento e o desenvolvimento verificados nas últimas décadas que afectaram as várias sociedades,

incluindo Portugal, desencadearam transformações do Estado-Providência e, conseqüentemente, do direito – mais regulação estatal, mais e novos conflitos geraram uma sobrecarga processual dos tribunais e, conseqüentemente, uma ineficácia da resposta face à procura. Em suma, a apregoada “crise da Justiça” nas palavras de Pedroso (2002: 1-15).

Nos Estados Democráticos de base social, o bom funcionamento da justiça é de grande importância – o que se deseja é que o sistema seja capaz de resolver conflitos de forma eficaz e no mais curto espaço de tempo pois, só assim se conseguirá gerar confiança e satisfação do cidadão.

É com a consciência desta necessidade que os Estados trilham novos caminhos em busca da melhoria dos seus sistemas de Justiça. Como nos é dado a conhecer por Marco Fabri (2005), pelo estudo realizado a diversos relatórios nacionais de países europeus, parece ser possível identificar quatro macro áreas políticas que compilam os diferentes tipos de esforços realizados pelos Estados no âmbito da melhoria da qualidade da justiça; são elas, as políticas de governação, as políticas estruturais, as políticas procedimentais e, por fim, as políticas de gestão<sup>1</sup>.

Perante esta “crise da justiça”, a necessidade de mudança e a procura de ferramentas capazes de imputar qualidade a essa mudança, aliadas ao “querer” social que emerge, são os ingredientes necessários que levam ao surgimento do denominado Movimento de ADR. Preconizando mecanismos alternativos ao judicial para a resolução de conflitos, este Movimento aponta, em simultâneo, para dois caminhos – a desjudicialização e a informalização<sup>2</sup>, tal como nos dá conta Pedroso (2002). Estes mecanismos podem surgir ligados ao próprio Estado, à iniciativa da sociedade ou, ainda, através de um misto dos dois<sup>3</sup>, garantindo-se sempre a possibilidade das partes em litígio defenderem os seus direitos.

---

<sup>1</sup> Segundo Fabri (2005) políticas de governação serão aquelas que modificam as instituições que regem o sistema judicial; as estruturais serão as que criam ou modificam o número, a localização ou as competências dos operadores judiciais; as procedimentais basear-se-ão nas mudanças operadas ao nível normativo, tendo em vista a eficácia na resolução de litígios e combatendo em simultâneo a morosidade processual; finalmente as políticas de gestão serão os mecanismos, planos de acção e investimentos realizados na área da tecnologia aplicada ao sistema judicial.

<sup>2</sup> Sendo a “juridificação” e a “judicialização” da vida em sociedade a expansão do direito a novas áreas da sociedade, provocando o aparecimento de novos conflitos sociais, o seu combate far-se-á, por um lado, pelo recurso a mecanismos consensuais, com base em negociações que visem a efectiva reparação de danos, promovendo-se a justiça em sociedade (“informalização”) e, por outro lado, também, através da simplificação processual (meios informais que possibilitem melhorar o desempenho judicial) e da transferência de competências na resolução de litígios para instâncias não judiciais e para novas ou antigas profissões jurídicas (“desjudicialização”) (Pedroso, 2002).

<sup>3</sup> A este propósito Pedroso (2002) fala dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo em Portugal que congregam responsabilidades da União Europeia, do Governo Central, das Autarquias e de Associações de Consumidores, Produtores e Comerciantes.

A concepção de que só o poder judiciário detém legitimidade para dirimir conflitos surge, assim, atenuada, compensada e, algumas vezes, substituída por meios alternativos ao judicial, que dão lugar a formas consensuais e reparadoras, que privilegiam os interesses das partes, garantindo a possibilidade delas próprias solucionarem o seu conflito, ao contrário de uma solução judicialmente imposta por um terceiro. Esta ideologia consensual é visível nos vários ramos do Direito seja, nomeadamente, ao nível da justiça cível (família e menores), seja ao nível da justiça penal.

No que respeita a esta última, área central onde se desenvolverá o presente trabalho, muito contribuiu para o desenvolvimento dessa ideologia consensual, como nos diz João Pedroso

*“... a transformação gradual dos fins das penas (retribuição, prevenção geral e especial e, agora também, reparação) e a defesa de sanções penais alternativas à prisão e de reparação da sociedade e da vítima (trabalho a favor da comunidade, regime de prova, indemnização à vítima, etc). Em paralelo com um modelo adjudicatório ou retributivo passa a existir um modelo de justiça negociada, de compensação ou reparadora, seja no processo de decisão ou na execução das penas (a nova justiça criminal reparadora ou a community justice para pequenos delitos dos jovens)”. (2002: 27)*

O facto do sistema judicial penal não conseguir dar uma resposta prática (eficaz e célere) aos crimes praticados provocou um sentimento generalizado, quer entre vítimas actuais, quer na população em geral, de que os danos sofridos pela prática criminal não seriam efectivamente reparados pelo sistema em vigor (Ferreira, 2006). Assim, grande parte das vezes a denúncia de um crime acaba por ser encarada como um acto desnecessário, porque ineficaz. Este sentimento é, aliás, tal como afirma Francisco Amado Ferreira (2006), extensivo aos servidores da justiça e reconhecido pelo próprio Estado Português. Segundo o mesmo autor, é com base no problema descrito e tendo em vista uma não exclusividade por parte do Estado na tutela de todos os bens jurídicos, que ressurge a necessidade de encontrar respostas divertidas<sup>4</sup> ao crime – respostas associadas a movimentos de descriminalização que propõem a reconstrução dos laços quebrados pela prática do crime. Todas estas respostas, continua Francisco Amado Ferreira (2006), tendo em comum uma desconfiança, quer pela “harmonização natural” do Estado-Providência, quer pelas suas Instituições, permitem realçar o facto de vítima e agressor absorverem de maneira negativa

---

<sup>4</sup> Tal como Francisco Almeida Ferreira (2006: 27-28) nos diz “Divergir significa optar por vias, formas ou métodos diferentes e alternativos ao que é (ou era) normal, comum ou habitual. Numa perspectiva de política criminal, diversão significa eleição de uma ou mais opções que se destinem a prosseguir uma via exclusivamente desviada ao sistema de Justiça oficial.”

o funcionamento do sistema repressivo e punitivo de controlo da criminalidade que o dito sistema repressivo, ou tradicional, oferece.

Tendo em conta as limitações, em geral, do sistema judicial “puro”, começa a desenvolver-se, por volta das décadas de 60/70 do século XX, uma corrente que, diferenciando-se do sistema dito tradicional (que, essencialmente, se preocupava com a punição), enfatiza a necessidade da resposta a dar ao impacto provocado pela prática de um crime, ter de ser uma resposta global; global porque deverá ter em conta os efeitos desse crime sobre a vítima, o agressor e a sociedade. A par desta corrente nasce, ainda, outro fenómeno como resultado das preocupações estatais e que se consubstancia na concretização de mecanismos mais céleres, quer dentro do próprio sistema judiciário, quer em estruturas de jurisdição diferentes das tradicionais.

A mediação surge, assim, como um dos principais mecanismos de RAL que, pelo carácter participativo que envolve, permite a discussão das suas consequências práticas e implicações futuras (Ferreira, 2006: 24). Em sentido restaurativo, afasta-se o conceito de crime apenas como uma relação bipolar (entre Estado e infractor), dando-se realce à participação activa das vítimas, infractores e, até mesmo da comunidade, na construção de soluções para a restauração dos danos causados pela prática de um crime.

Alguns autores tendem a ver este processo como estritamente voluntário, destacando esta característica como um dos princípios essenciais da mediação, seja ao nível da participação das partes, seja ao nível do próprio processo. Assim defende Francisco Amado Ferreira (2006) quando assinala que a voluntariedade é a característica que sempre servirá de argumento para os que criticam a Justiça Restaurativa por tentar atenuar diferenças ao “impor” o encontro entre vítima e agressor num “frente-a-frente”. O Autor sumaria a sua opinião quando defende que, o que inicialmente poderia surgir como limitação do processo de mediação, consiste, afinal, no verdadeiro argumento da Justiça Restaurativa, ou seja, só está em mediação quem voluntariamente se predispõe a isso (Ferreira, 2006).

Já Nils Christie (1992), defende uma perspectiva que, através do actual sistema de controlo penal, o Estado terá “roubado o conflito”, originalmente pertença dos cidadãos. Nesta medida é apologista de um modelo de justiça penal assente numa organização orientada para a vítima, onde esta possa assumir um papel verdadeiramente participativo no processo – demonstrando como e até que ponto foi a sua esfera agredida, podendo ser reparada na exacta medida da agressão sofrida. Este autor defende que isto só será possível

mediante um confronto directo e interpessoal entre vítima e agressor, podendo este “confronto” suceder independentemente das suas vontades. Invoca razões de controlo do próprio delito, não no sentido de uma diminuição de delitos, mas antes no sentido do agressor poder sentir verdadeiramente a sua própria culpa, de ter oportunidade de explicar a motivação da sua atitude e/ou até de vir a ser perdoado (Christie, 1992). Neste modelo, as práticas restaurativas surgem como uma forma de restituição, aos proprietários originais, do domínio do próprio conflito reservando-se ao tribunal, um papel sumário de análise do sucedido (com ou sem relevância legal) e sempre na perspectiva do que poderia ser feito em prol da vítima, quer pelo agressor, quer pela sociedade, quer pelo Estado – só após esta demorada discussão se chegaria à eventual decisão sobre o castigo a aplicar ao agressor (Christie, 1992).

Partindo do pressuposto que as “partes” serão, então, as pessoas que em melhores condições se encontram para resolver o seu conflito, podemos questionar sobre a integração da mediação com carácter obrigatório no sistema de justiça português.

A questão principal que tentaremos dar resposta, é saber se será compatível com um Estado de base democrática, como o Estado Português, conferir carácter obrigatório à mediação pré-judicial. Que constrangimentos constitucionais se poderão colocar? Não se estará a violar o princípio constitucional de acesso à justiça e ao direito? Não estaremos perante uma restrição imposta pelo Estado ao exercício do direito de acesso aos tribunais (artigo 6.º CEDH)? O carácter compulsório não contrariará a voluntariedade característica dos meios de ADR? Será legítimo que o Estado abdique da sua função de controlo dos valores fundamentais de vida em sociedade? Para que lado tenderá a balança – para o lado das teorias eficientistas, que encaram os meios de RAL, designadamente, a mediação como um meio de descongestionamento dos tribunais, ou para o lado da manutenção do controlo da acção penal pelo Estado?

Se ao nível do direito civil poderemos até concordar com os argumentos jurídicos e de oportunidade de autores como Paula Costa e Silva (2009)<sup>5</sup> e Mariana França Gouveia<sup>6</sup> (2010) que entendem que, desde que se encontrem garantidos certos preceitos a mediação

---

<sup>5</sup> Esta Autora defende que, de acordo com certas condições, o acesso à Justiça referido quer no artigo 6.º da CEDH, quer no artigo 20.º da CRP não restringem o acesso estrito e imediato aos tribunais judiciais. Assim, para analisar se a mediação pré-judicial obrigatória tem enquadramento legal será necessário efectuar um estudo aos fundamentos para a sua eventual imposição. Em sua opinião, as justificações relacionar-se-ão, numa primeira vertente com uma afectação mais racional dos recursos da Justiça e, numa segunda vertente, com uma nova abordagem do conflito e a sua forma de resolução.

<sup>6</sup> “Uma análise atenta ao direito de acesso à justiça leva-nos à conclusão que o que se pretende é proibir o Estado de coibir o exercício dos direitos pelos cidadãos. Ou seja, se o Estado impedir que uma pessoa exerça em tribunal o seu direito, estará a esvaziá-lo de conteúdo útil. Só deve, assim, falar-se de restrições inconstitucionais ao direito de acesso à justiça quando essa restrição coarctar efectivamente o exercício do direito” (França Gouveia, 2010: 16)

obrigatória pré-judicial não contraria o direito de acesso à justiça, já ao nível do direito processual penal tal possibilidade parece-nos afigurar-se como inapropriada num sistema criminal de controlo democrático como o existente em Portugal.

Foi por nos parecer que é no âmbito penal, que a resposta à eventual implementação da mediação obrigatória pré-judicial se torna mais óbvia, ao contrário do que sucede noutros ramos do Direito, que optámos pelo presente tema. Não negando os benefícios que as práticas restaurativas, designadamente a mediação penal, entendidas no âmbito do Movimento de ADR, possam influir na contribuição para uma justiça de proximidade, a verdade é que aquela não poderá ser encarada como o tratamento para tudo o que vai mal na justiça. Por outro lado, ainda, não se poderá afirmar que todos os litígios possam ser resolvidos através de meios de RAL.

Tentaremos objectivar estas ideias fazendo recurso às opiniões, receios e propostas de vários autores sobre o tema da voluntariedade, característico dos meios de RAL, ao nível do direito processual penal.

Por forma a alcançar o objectivo proposto, o presente documento integrará dois capítulos – no primeiro, intitulado “Direito, Justiça e Resolução Alternativa de Litígios” começaremos por analisar os conceitos de direito e justiça, passando posteriormente ao enquadramento teórico da proclamada “crise judicial”, não esquecendo as funções dos tribunais, a evolução/transformação que se assiste ao nível das profissões jurídicas e à abordagem da nova ligação entre o campo judicial e o não judicial; na parte que respeita à resolução alternativa de litígios, focaremos a nossa análise no enquadramento histórico do Movimento ADR e, não sem antes efectuar uma breve abordagem teoria do conflito interpessoal, realçaremos a mediação como meio privilegiado de RAL, finalizando com a menção à mediação institucionalizada em Portugal, designadamente a mediação penal.

No segundo capítulo deste trabalho dedicar-nos-emos a algumas considerações introdutórias sobre o papel do Estado na promoção dos mecanismos restaurativos através da política criminal numa óptica de concretização do direito de acesso à justiça constitucionalmente consagrado. Realçaremos o caminho percorrido entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa na resposta ao crime, e efectuaremos uma análise crítica à questão da voluntariedade no âmbito do quadro legal da mediação penal em Portugal. Por fim, faremos uma breve abordagem dos novos caminhos que se abrem à mediação penal, sempre na perspectiva da voluntariedade.

Finalizaremos este trabalho elencando as razões que, do nosso ponto de vista, considerámos como sendo as mais relevantes no sentido de validar a nossa premissa sobre a impossibilidade do Estado legitimar a obrigatoriedade da mediação penal.

Quanto à estratégia metodológica utilizada pareceu-nos que, a pesquisa bibliográfica centrada na recolha e análise de diferentes níveis de produção documental nacional e internacional, seria a que melhor e mais eficientemente responderia ao nosso propósito.

Delineados os termos gerais dos objectivos que se pretendem alcançar com o presente trabalho, encaminhem-nos, então, rumo ao empreendimento ambicionado.

## CAPÍTULO I

### DIREITO, JUSTIÇA E RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

#### 1 – DOS CONCEITOS DE DIREITO E JUSTIÇA

Inserido o presente trabalho no âmbito da resolução alternativa (ao judicial) de conflitos, afigura-se-nos como adequado um enquadramento prévio, ainda que a breve título, nos conceitos de Direito e Justiça que, historicamente parecem surgir relacionados.

Há cerca de 21 anos atrás, quando iniciava os meus estudos superiores na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fascinou-me ler algo que, desde tenra idade, tivera consciência e me cativara na hora de decidir o meu rumo académico:

*“Na nossa vida de todos os dias entramos em contacto com o Direito, pois observamos espontaneamente muitas normas jurídicas: ao conduzir uma viatura, ao entrar num autocarro, ao comprar um objecto, ao fazer um requerimento, ao respeitar a propriedade alheia, etc. Mas é sobretudo quando a vida jurídica apresenta aspectos patológicos – violações de normas jurídicas, litígios entre particulares ou entre estes e as autoridades públicas – que tomamos mais aguda consciência da realidade jurídica e pensamos então em coisas tais como os códigos e as leis, os tribunais, a polícia, as penitenciárias, etc., etc. É normal: em regra só tomamos perfeita consciência do valor da saúde quando estamos doentes”* (Baptista Machado, 1990: 11).

Acresce que, tal como nos refere Baptista Machado (1990) outro tipo de regras se apresentam que, sem serem normas jurídicas, levam-nos a concluir pela existência de uma “ordem social” que confere um ajustamento espontâneo a modelos de comportamento que compreendem e disciplinam as relações sociais. Quer isto dizer que, a conduta humana é regida por regras socialmente fundadas e assimiladas, ou seja, na medida em que lhe é associado um sentido lógico. Ainda na senda de Baptista Machado (1990), não podemos deixar de salientar que esse sentido lógico só existe por alusão a preceitos que regem uma determinada forma de vida e, acrescentamos nós, num determinado contexto social e cultural.

Quando partimos na busca da noção de Direito, o que nos é, desde logo, sugerida é distinção entre direito objectivo e direito subjectivo.

Na definição de direito objectivo, enquanto conjunto de normas jurídicas (imperativas) que regulam as condutas dos homens, com carácter geral e abstracto,

impostas de forma coerciva pelo Estado e que se encontram objectivadas na lei, impõe-se destacar, desde logo, os contributos de autores como Max Weber e Jürgen Habermas.

Se, para o primeiro autor, o Direito possui na sua essência uma racionalidade que o distingue da moral, cuja legitimidade é suportada pela legalidade<sup>7</sup>, já Habermas defende que a “legitimidade da legalidade deve-se a um cruzamento, entre procedimentos jurídicos e uma argumentação moral que obedece, unicamente, à sua própria racionalidade de procedimento” (Habermas, 1999: 34).

Já para os sociólogos, tal como nos dá conta Baptista Machado “... o Direito é visto (...) como um instrumento de controlo social particularmente eficaz, por se tratar de um conjunto de normas assistidas de uma sanção socialmente organizada.” (1990: 32)

Quanto à concepção subjectivista do direito destacamos algumas teorias, tais como a de Savigny (1866) que, a propósito dos seus estudos sobre a posse, fala do direito subjectivo como um poder da vontade (o *animus*) reconhecido pela ordem jurídica – assim, relativamente à posse não se tratará da convicção de ser dono, mas antes da vontade de ter a coisa como sua. Fundador da denominada Escola Histórica Alemã, tal como nos revela Treves (1988), Savigny em muito contribuiu para a base de uma concepção das relações entre o Direito e a Sociedade oposta à Escola do Direito Natural. Partindo do princípio que o Direito não coincide com a lei – encarada esta como um conjunto de regras que surgem espontaneamente da sociedade e não como imposições do arbítrio do legislador – a sua formação espontânea e natural vive na consciência do povo e, por isso, reveste carácter diferente consoante o povo a que pertence. Pelo que, seja considerado que o trabalho primário pertencente ao povo seja, com o desenvolvimento cultural, ocupado por juristas que o tornam complexo e simulado (Treves, 1988).

Ainda no âmbito da filosofia jurídica do Séc. XIX, Jhering concorreu com Savigny ao determinar que os direitos nada mais são do que os decorrentes de uma noção de utilidade ou de interesse juridicamente protegido. Considerando Jhering que a paz é o fim que o Direito pretende alcançar, a existência do Direito será um combate através do qual os povos, o Estado e os indivíduos a pretendem atingir (Mata Machado, 1995). Segundo Mata Machado,

---

<sup>7</sup> “Existe direito quando a validade da ordem é garantida exteriormente pela probabilidade de uma coacção (física ou psíquica) que, aplicada por uma instância humana especialmente instituída para este efeito, force ao respeito e puna a violação daquela ordem ...” (Baptista Machado, 1990: 31).

*“Jhering tem do direito uma concepção dita teleológica, isto é, considera ele que ‘o fim cria o direito’, que o direito e os direitos são tais conforme o fim a que visam. O fim geral do direito é a utilidade, o interesse. Mas o direito considerado do ponto de vista objectivo, tem como fim ‘a garantia das condições vitais da sociedade; ...’”. (1995: 299)*

Já Augusto Thon (1951), opondo-se a Jhering, realçou que o direito subjectivo corresponderia à tutela propriamente dita e não à situação vital que a justifica, ou seja, defende que o direito subjectivo seria mais a protecção do interesse do que o interesse protegido.

Neste sentido parece convergir Ana Prata que conceptualiza o direito subjectivo como um “poder conferido pela ordem jurídica a um sujeito para tutela de um seu interesse juridicamente relevante, isto é, merecedor de tutela do direito” (2008: 526), e Cordeiro que o define como sendo a “...permissão normativa específica de aproveitamento de um bem.” (2005: 332)

Já Oliveira Ascensão elucida bem o significado dos dois sentidos apontados, embora correlacionados, da seguinte forma:

*“O Direito das Sucessões é uma realidade objectiva: está-se mais perto da ideia de uma ordenação da vida social. Pelo contrário, o direito de suceder é uma realidade subjectiva; refere-se necessariamente a um sujeito dado para significar que ele goza de uma certa posição favorável”.* (2011: 40)

Quanto à noção de Justiça todos os empreendimentos investidos nesse sentido, levam-nos a um longo percurso que remonta às civilizações mais longínquas, onde a justiça se ancorava numa base religiosa, relacionando-se justiça pessoal com justiça política e ordem divina<sup>8</sup>.

Karl Larenz (1967), filósofo alemão de inspiração hegeliana e neokantiana, como nos dá conta Baptista Machado (1991), defende ser a coação o elemento distintivo entre as normas morais e as normas jurídicas, sendo esse o tópico essencial que, a comunidade jurídica organizada, encerra em si. Nesta medida, não será possível alcançar a noção de Direito sem o necessário apelo à Justiça como referência postulada pelo próprio sentido do Direito – este é tomado como uma organização de convivência humana norteadada pela ideia de justiça que lhe confere, assim, o seu próprio sentido. Já neste sentido apontava Max Weber quando escrevia,

---

<sup>8</sup> Textos clássicos de Ésquilo e Homero demonstram a justiça como qualidade fulcral da moral social.

*“existe direito quando a validade da ordem é garantida exteriormente pela probabilidade de uma coação (física ou psíquica) que, aplicada por uma instância humana especialmente instituída para este efeito, force ao respeito e puna a violação daquela ordem...”* (Weber apud Baptista Machado, 1991: 31).

Parece, assim, que poderemos dizer que a correlação entre Justiça e Direito nos é dada por um conceito sociológico do Direito, cuja base se ancora na possibilidade de utilização da força para imposição de aplicação e cumprimento de regras. Embora se possa considerar que Weber evita a abordagem da relação com o Estado na sua definição de Direito, reservando o campo deste a profissionais, numa tentativa de racionalização (a ideia será a emancipação do Direito relativamente a referências religiosas ou tradicionais), a verdade é que o seu conceito permitirá analisar as transformações do Direito como efeito do aparecimento dos Estados Modernos. Sendo o Direito um fenómeno fundamental nas sociedades modernas, parece-nos poder concluir que as características dessas sociedades poderão reflectir-se nos próprios fenómenos jurídicos.

Nesta abordagem de auxílios para a noção de Justiça e sua relação com o Direito, torna-se imperiosa a contribuição de Niklas Luhmann, para quem o sistema do Direito é fundado com o objectivo de diminuir a complexidade emergente da sociedade – daí que a abstracção normativa tenha em vista a estabilidade do próprio sistema. Por isso, o procedimento respeitante a decisões judiciais seja a conjuntura suficiente da sua própria legitimação. A abordagem luhminiana do Sistema Jurídico como Sistema Autopoiético abrange os seguintes elementos constitutivos:

- 1) – Autopoiese (auto-produção e auto-reprodução da sua estrutura e elementos);
- 2) – Fechamento operacional (o sistema opera apenas dentro dos seus limites por operações selectivas);
- 3) – Acoplamento estrutural (adaptação permanente que obriga a mudanças no sistema de modo a não provocar o seu colapso).

Nas palavras de Luhmann,

*“Os sistemas auto-referentes autopoiéticos são sistemas que se permitem sempre a si mesmos em todas as operações, ou seja, que não podem referir-se a outros sem auto-referência, e que reproduzem eles mesmos todos os elementos que os compõem (por exemplo, macromoléculas, células, impulsos nervosos, comunicações, decisões) através de estes mesmos elementos. Trata-se, pois, de sistemas circularmente fechados que, graças precisamente à sua clausura operativa, apresentam características próprias das quais se ocupam hoje em dia*

*amplas investigações nos campos da lógica, das matemáticas, da biologia, da cibernética e da teoria dos sistemas.”<sup>9</sup> (1993: 77)*

Mas o que quer dizer Luhmann com a expressão auto-referência? *Self-reference*, “designa toda a operação que se refere a algo fora de si mesmo e que, através disto, volta a si. A pura auto-referência, a qual não toma o desvio do que lhe é externo, equivaleria a tautologia. Operações reais ou sistemas reais dependem de um ‘desdobramento’ ou destatologização desta tautologia, pois somente então, estas poderão compreender que são somente possíveis num ambiente real de uma maneira limitada, não arbitrária” (Luhmann, 1989: 143).<sup>10</sup>

Este conceito parece, então, poder-nos levar a concluir que a reprodução autopoiética surge quando a diferenciação funcional com outros sistemas e meio é atingida. E tanto assim o é, que a validade da lei dependerá das decisões que a aplicam – as decisões judiciais actuarão numa forma distintiva revelando interações do sistema jurídico com o meio envolvente, permitindo adaptar-se a eventuais desapontamentos. Daí que a obrigatoriedade de prestação jurisdicional seja um exemplo paradoxal, pois ao prever esses desapontamentos, ou frustrações, a lei vincula-se a uma abertura, no âmbito da decisão judicial, orientada ao meio ambiente (Luhmann, 1990).

Sem pretendermos elencar argumentos contra ou a favor da Teoria Autopoiética luhminiana, não será esse o objectivo deste trabalho, não podemos negar, do ponto de vista teórico, a contribuição desta teoria para a reflexão crítica (aplicada às Ciências Sociais) sobre a acção interna dos sistemas e a relação destes para com o meio onde estão inseridos.

Se a Modernidade nasceu sob o signo da liberdade – emancipação do Homem relativamente à religião, como ser capaz de entendimento e conhecedor da verdade racionalmente concebida<sup>11</sup> - no final do Século XX sucedem grandes mudanças sociais, económicas, políticas e culturais que muitos consideram gerar a condição pós-moderna.

Vivem-se tempos em que as certezas se desvanecem – a instabilidade de valores e o sentimento de perda de sentido parecem ser características intrínsecas dessa condição pós-moderna. O universal como valor central da modernidade é revezado pela aceitação da diferença; a multiplicidade avança, os desejos transformam-se em carências, o

---

<sup>9</sup> Tradução nossa da versão espanhola indicada na Bibliografia do presente trabalho - Publicação original em alemão: 1986.

<sup>10</sup> Tradução nossa da versão em inglês traduzida por John Bednarz, Jr. Indicado na Bibliografia do presente trabalho.

<sup>11</sup> A este propósito permitimo-nos realçar a defesa enfática de Marx destes ideais, onde a história, seguindo um caminho linear tem um fim determinado, num tempo linear, cujo aperfeiçoamento é efectuado pela dialéctica entre racionalidade e liberdade

conhecimento depende da perspectiva de cada um. O capitalismo sustentado por princípios neoliberais contrasta com a política do bem-estar social a que correspondia uma intervenção estatal na suposta melhoria de condições sociais. A economia concorrencial, a competitividade e individualidade ganham terreno, tanto em termos de mercado, como nas próprias relações interpessoais.

Contudo, importa frisar que esta abordagem de Modernidade e Pós-Modernidade que acabámos de certa forma simplificar, não é assim tão consensual. Como refere Amélia Lopes,

*“As análises relativas às formas de vida social tornadas típicas das sociedades ocidentais contemporâneas adoptam, para as nomear, ora o termo de modernidade tardia, ora o termo de segunda fase de modernidade, ora, ainda, o termo pós-modernidade. A distinção encerra um posicionamento sobre a própria modernidade: Habermas e Giddens, por exemplo, mantêm-se no registo da modernidade, invocando que a sua realização plena ainda está para vir; outros, como Rainier Zoll, assumem reservar o termo pós-modernidade para nomear uma sociedade que se imagina como um sistema que venceu a penúria dos alimentos, se desmilitarizou, humanizou a sua tecnologia e se caracteriza pela participação democrática do homem a níveis múltiplos.”* (2001: 25)

Também Boaventura Sousa Santos (2000: 45) caracteriza esta “transição paradigmática” como “... um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade”.

## **2 – REPRESENTAÇÕES SOCIAIS ENTRE JUSTIÇA E DIREITO**

É neste mundo de complexidade que, se nos afigura cheio de sentido questionar sobre os caminhos que o Estado percorre, na qualidade de principal promotor da Justiça.

Porque se vive uma proclamada crise judicial?

Que funções estão cometidas aos tribunais?

Que evolução sofreram as profissões jurídicas?

Que nova relação emerge entre o campo judicial e o campo não judicial?

Afinal, entre o passado e o futuro, o que é hoje a justiça?

## 2.1. – A crise judicial

Há anos que se assiste, um pouco por todo o lado, não sendo Portugal excepção, a uma visibilidade exacerbada da acção dos tribunais. Seja pela mediatização pura de alguns casos, seja pela utilização do meio judicial como instrumento de lutas, essa visibilidade acaba por se manifestar, grande parte das vezes, pelo sentimento colectivo da ineficiência, inacessibilidade, morosidade e, conseqüentemente, impunidade do sistema judicial. Como nos diz Freitas do Amaral (2000: 249) “... uma justiça tardia muitas vezes já não permite fazer justiça”.

Na época moderna o modelo político do Estado assente na teoria da separação dos poderes, no princípio da legalidade (proibição dos tribunais decidirem *contra legem*) e na perspectiva reactiva do poder judicial, instituiu a autonomia privada expressa em direitos. O desenvolvimento da economia capitalista, neste período, despoletou desigualdades sociais e com elas numerosos conflitos que se desenrolavam à margem do sistema judicial, confinado à prática de uma justiça retributiva, cuja acção era desencadeada pela iniciativa dos cidadãos (Santos, Marques e Pedroso, 1995). A concretização dos direitos era realizada nos tribunais que, independentes do poder executivo, dependiam exclusivamente da lei e da vontade do legislador (Pureza, 1999) – encontrava-se assim garantido que a produção legislativa chegava à sociedade civil, tal e qual fora produzida.

O Estado-Providência trouxe consigo a juridificação de novos campos da acção social, como a saúde, ensino, trabalho e segurança social, entre outros<sup>12</sup>. O Direito avoluma-se de novos desígnios “solidaristas e redistributivos”, pela “governamentalização da produção legislativa” (Pureza, 1999: 49). O Estado assume-se como protector e concretizador desse proteccionismo. “A juridificação do bem-estar social...” (Santos, Marques e Pedroso, 1995:12) abre caminho a novas áreas de litigação provocando um desajustamento entre procura judicial e conseqüente resposta.

É a partir de finais da década de 70 que, por reveladora incapacidade financeira, se começa a manifestar a crise do Estado-Providência e que se tem vindo a manter (e porque não dizer, a agravar) até aos nossos dias.

Mantendo-se a “... sobrejuridificação das práticas sociais...” (Santos, 1995: 17), inicia-se a desregulamentação da economia e o sector empresarial estatal é privatizado

---

<sup>12</sup> Os chamados direitos de 2.ª geração.

dando lugar a uma economia à escala mundial.<sup>13</sup> O aumento das desigualdades sociais não pára, bem como o aumento da litigação civil e penal, esta última directamente associada a um acréscimo da prática criminal (Santos, Marques e Pedroso, 1995). Surgem os denominados direitos de terceira geração, nas áreas da protecção ambiental e do consumo.

O intervencionismo do Estado no bem-estar social também trouxe consigo a criação de uma complexa rede de serviços e contratações públicas que, envolvendo grandes quantidades de dinheiro, acabam por constituir um campo auspicioso ao desenvolvimento da corrupção e do crime organizado, essencialmente ligado ao tráfico de estupefacientes e ao branqueamento de capitais. Esta é uma fase em que o poder político e o poder judicial se relacionam de uma forma que Boaventura de Sousa Santos (2003) resume na seguinte frase: “A judicialização da política conduz à politização da justiça”.

Para Boaventura de Sousa Santos (2003), verifica-se a judicialização da política sempre que no desempenho da sua função os tribunais afectem a acção política. Isto sucede, por exemplo, ou quando membros da classe política são investigados e julgados, independentemente da actividade eventualmente criminosa tenha, ou não, a ver com a função política que exerce, ou, ainda, quando a luta pelo poder, por parte das diferentes forças partidárias, é transferida para o campo judicial, na expectativa que essa exposição mediática do adversário propicie o seu enfraquecimento.

Já a politização da justiça traduz-se no seu questionamento, quer em termos de funcionalidade, quer de credibilidade. Neste âmbito, Boaventura de Sousa Santos (2003) destaca três manifestações principais, a saber: em primeiro lugar, a excessiva mediatização de processos judiciais onde a lógica judicial é atacada pela lentidão processual; em segundo, a permanente violação do segredo de justiça que realça a sua vulnerabilidade e põe em causa quer os interesses inerentes à investigação criminal, quer do próprio arguido e, em terceiro e último lugar, o aumento de casos de prisão preventiva (e, em simultâneo, o aumento do tempo médio de duração da mesma).

Mas, afinal, que crise é esta? Será uma crise do próprio direito?

A nosso ver, tendemos para a opinião de outros autores que consideram que a crise concerne antes às áreas sociais reguladas pelo direito, do que ao direito propriamente dito (Pedroso, Trincão e Dias, 2001). Se não se contesta a difusão e

---

<sup>13</sup> Os litígios daqui emergentes são tendencialmente dirimidos em sede de arbitragem internacional.

mudança do sistema jurídico, a verdade é que estas não são efectuadas numa só direcção. Por outro lado, ainda, se existe um incremento da juridificação social, não nos podemos abstrair que o que essa juridificação pretende criar, é uma maior protecção dos direitos dos cidadãos (Pedroso, Trincão e Dias, 2001).

E, afinal, como e onde se posicionam os tribunais nesta crise, nomeadamente com o protagonismo que se lhes encontra associado?

## **2.2. – As funções dos tribunais**

Há autores que concluem que o protagonismo dos tribunais se encontra, em grande parte, associado ao intervencionismo judiciário na área da criminalização da (ir)responsabilidade política (Santos, Marques e Pedroso, 1995).

Conforme já abordámos anteriormente, daqui resulta uma confrontação entre política judiciária e poder político pelo que, “... a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciários...” (Santos, Marques e Pedroso, 1995: 3). Estes autores referem, ainda, que sempre que este fenómeno se verifica, são-nos apresentadas três questões fundamentais. Essas questões prendem-se com a capacidade, a legitimidade e a independência do poder judicial (Santos, Marques e Pedroso, 1995), as quais colocamos da seguinte forma:

- Estarão os tribunais dotados de recursos suficientes (humanos) e adequados (procedimentais) a uma eficaz execução da política judiciária?
- Haverá legitimidade do poder judicial (que não eleito de forma democrática) em actuar sobre o poder político?
- Pese embora o principio constitucional da independência dos tribunais, quantas vezes o poder executivo não toma medidas que o poder judicial considera atentatórias da sua independência? <sup>14</sup>

Importa também dizer que este protagonismo, além de constituir o resultado de diversos factores de evolução histórica<sup>15</sup>, não depende unicamente do factor político e muito menos representa a totalidade do desempenho prático e rotineiro dos tribunais (Santos, Marques e Pedroso, 1995).

---

<sup>14</sup> Acresce, ainda, que os tribunais se encontram dependentes orçamentalmente das políticas governativas.

<sup>15</sup> Do desenvolvimento do país, da cultura jurídica dominante e do processo histórico de instalação da cultura jurídica.

Mas, afinal, como decorreu essa evolução?

Como já atrás referimos, no período liberal os tribunais tinham um peso político diminuto – os litígios encontravam-se individualizados e o poder judiciário, subordinado ao princípio da legalidade, caracterizava-se como, essencialmente, reactivo. Já no Estado-Providência assiste-se à juridificação da cidadania e com ela surgem os chamados direitos de segunda geração (direito ao trabalho, saúde, ensino, segurança social) – as políticas solidaristas e redistributivas conduzem à governamentalização legislativa com o intuito de criar “justiça social” e “igualdade formal” (Santos, Marques e Pedroso, 1995: 11).

No que toca a Portugal, e depois do 25 de Abril de 74, o Estado de Direito constrói-se em poucos anos – reforçam-se as garantias dos cidadãos perante o Estado, aumentam-se os direitos das partes nos processos judiciais, alargam-se as formas e os meios de acesso à justiça, valoriza-se o estatuto das magistraturas – o Estado e a sociedade civil são democratizados (Santos, Marques e Pedroso, 1995).

Por via desta democratização a sociedade torna-se mais livre, competitiva, plural, diferenciada, concorrencial e complexa arrastando consigo, inevitavelmente, uma maior, nova e, essencialmente, uma rápida conflitualidade social que se repercute num também acelerado aumento da litigância. E, é precisamente no recurso aos Tribunais que o cidadão reconhece uma acção colectiva justa.

*“As mudanças mais propriamente sócio-económicas foram acompanhadas de transformações em todas as outras áreas: políticas, jurídicas, culturais, etc. Assistiu-se ao incremento da formalização jurídica das relações sociais. A integração da população activa, o crescimento económico, a consolidação do capitalismo e o desenvolvimento do mercado tornaram cada vez mais necessários o direito em geral e os contratos em particular. O regime democrático e a escolarização ajudaram os cidadãos a tomar consciência dos seus direitos e a procurar formas legais de os defender e garantir.”* (Barreto, 2002: 22-23)

Apesar desta rápida e nova conflitualidade com que os tribunais se depararam, estes não foram dotados dos meios necessários para responder a essa procura, e começa-se a revelar a sua insuficiência para responder às solicitações – os tribunais não se encontravam dotados de recursos humanos e técnicos que permitissem uma cabal resposta e, diga-se que a reacção começou a ser tardiamente introduzida.

Deste facto dá-nos conta Freitas do Amaral (2000), quando refere que dos 30 processos findos p/1000 habitante em 1960, passa-se, em 1997, a mais de 58; por outro lado, dos 207.000 processos pendentes em 1975, passa-se para 627.000, em 1991 e em 1997 esse número atinge os cerca de 892.000 processos. Neste sentido, também António

Barreto destaca verificar-se “... um enorme crescimento de litigância entre 1960 e 2000, mas sobretudo entre 1975 e 2000” (2002: 23).

Continua Freitas do Amaral (2000) salientando que, face à realidade descrita, o sistema judicial não conseguiu responder, sob o ponto de vista de recursos humanos, de forma eficaz. Só a partir de finais dos anos 70 é que se verifica um aumento dos recursos humanos afectos ao sistema judicial e, mesmo assim, entre 1991 e 1997, para um aumento de processos judiciais, estimado nos 40%, correspondeu um aumento do número de juízes em apenas 20% – daí que o número de processos pendentes por juiz aumentasse de 610 em 1991, para 704 em 1998 (Amaral, 2000). Também a percentagem de aumento dos oficiais de justiça não sendo proporcional à dos juízes faz com que, os processos anteriormente parados no juiz, passem a ficar parados no oficial de justiça que não consegue dar resposta aos despachos daquele. Acresce que a diferenciação de comarcas em proporção com o volume de trabalho e a má distribuição de magistrados seja mais um factor a juntar à panóplia referida.

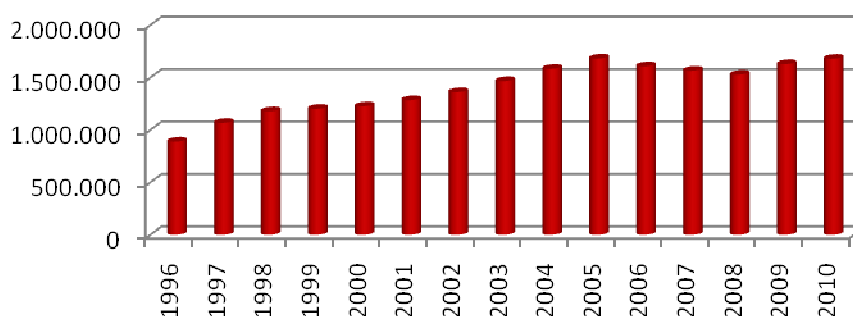
De qualquer maneira, há outras conclusões que parece podermos tirar dos números que Freitas do Amaral nos apresenta. Isto é, apesar do evidente número de pendências processuais (cada vez mais processos entrados, cada vez menos findos), a verdade é que em certas alturas se verifica que, apesar de num determinado período de tempo o aumento de processos não ter uma expressão muito significativa a verdade é que a pendência continua a aumentar. Na verdade, entre 1991 e 1997 o número de processos iniciados aumenta de 723.000 para 754.000, mas os processos pendentes disparam de 627.000, para quase 900.000. Tal como refere Freitas Amaral (2000) a conclusão que se poderá retirar é que há, pelo menos neste período, uma efectiva diminuição da produtividade do sistema judicial – esta conclusão parece fazer jus à premissa de *‘quanto menos há para fazer menos faço’*.

Continuando a análise de 1996 até aos nossos dias<sup>16</sup>, verificamos que, em termos globais a pendência tem vindo a aumentar, mantendo-se com níveis elevados.

---

<sup>16</sup> De acordo com a informação disponibilizada pelo Ministério da Justiça em Abril de 2011.

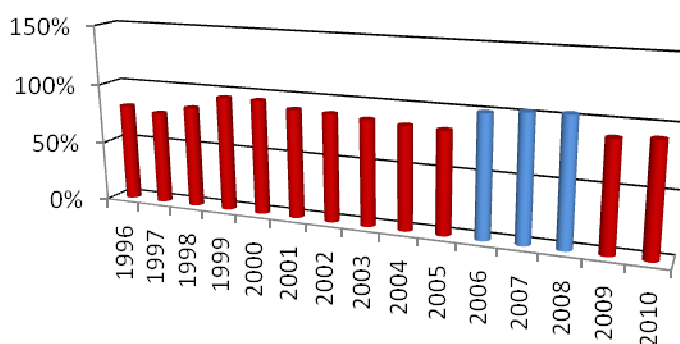
**Gráfico 1 – Processos pendentes a 31 de Dezembro (1996-2010)**



Fonte: DGPI

No que respeita à taxa de resolução processual<sup>17</sup>, apuramos que esta se tem mantido, de uma forma geral “*abaixo da linha de água*”. Ou seja, apenas nos anos de 2006, 2007 e 2008 ocorreu uma recuperação da pendência; nos restantes anos, o volume de processos findos nunca conseguiu recuperar o de processos entrados.

**Gráfico 2 – Taxa de resolução processual (1996-2010)**



Fonte: DGPI

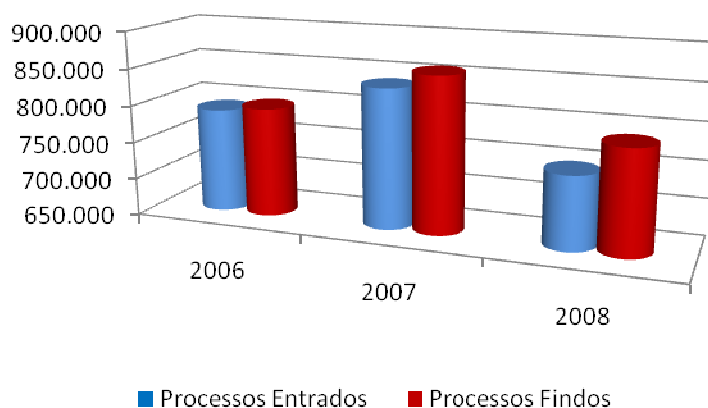
Analisando a evolução do saldo processual anual<sup>18</sup> percebe-se que o facto de nos anos de 2006, 2007 e 2008 a taxa de resolução processual atingir ou ultrapassar 100% isso

<sup>17</sup> A taxa de resolução processual mede a capacidade do sistema num determinado período de tempo para enfrentar a procura verificada.

<sup>18</sup> Diferença entre o número de processos entrados e o número de processos findos num determinado período de tempo.

deve-se ao efeito combinado do número de processos entrados ter diminuído e o número de processos findos ter aumentado.

**Gráfico 3** – Saldo processual (2006, 2007 e 2008)



Fonte: DGPJ

Não sendo objectivo do presente trabalho estudar de forma precisa os factores que contribuem para a morosidade processual, daí a menção sintética da situação no Portugal pós-25 de Abril efectuada, importa, contudo abordar outros factores que se encontram referenciados por estudos que averiguam dos bloqueios existentes no sistema.

Assim, e na senda de Boaventura de Sousa Santos (1999) permitimo-nos, ainda, mencionar os seguintes bloqueios:

- Culturais, como a excessiva fundamentação de sentenças e o excesso de articulados processuais;
- Legais, como a suspensão da instância, o fraco recurso a MARL e o excesso de formalismos legais;
- Organizacionais, como as dificuldades de agenda do juiz, gestão do espaço físico dos Tribunais e do equipamento;
- Estruturais, como a insolvência de pessoas singulares, o uso indiscriminado do instituto de apoio judiciário e o recurso excessivo a provas periciais.

No âmbito do Direito Penal costumam ser apontadas a negligência de magistrados do Ministério Público em cumprir prazos, a articulação deficitária entre Ministério Público e Polícias. Também ao nível dos próprios interessados, costumam ser apontados o uso de

expedientes dilatatórios, a falta de testemunhas a actos de instrução e julgamento e o interesse do devedor em prolongar a execução (Santos, 1999).

A morosidade é tanto mais forte quanto mais variadas e intensas forem as suas causas e tende mesmo a existir um efeito de transferência da morosidade de uma causa para outra, actuando em sistema de *feedback* umas sobre as outras, levando até a um efeito de desculpabilização dos intervenientes judiciais (Santos, 1999).

Finalmente, não podemos deixar de falar do papel que os *media* protagonizam neste processo ao trazer a público situações de casos que, captadores de audiências, são distantes da noção de justiça corrente, acabando por distorcer muitas vezes a realidade do que é o desempenho rotineiro dos tribunais e sobre as funções por estes executadas.

Assim, projectando-nos em estudos sobre as funções que os tribunais devem desempenhar nas sociedades contemporâneas, tendemos a distinguir três tipos (Santos *et al.*, 1996): as instrumentais, as políticas e as simbólicas. As primeiras são as atribuídas a um dado campo de actuação social, considerando-se satisfeitas quando o campo actua funcionalmente de forma eficaz. Interpenetram-se, influenciam-se e não se podem deixar de relacionar entre si. São funções instrumentais:

- A resolução de litígios<sup>19</sup> (principal função dos Tribunais);
- O controlo social (serve para a manutenção da ordem social e sua restauração sempre que violada; a resolução de litígios pelos Tribunais configura em si mesmo, principalmente na área criminal a função de controlo social - os tribunais configuram, na prática, a conduta ética, social e moralmente admissível, controlam atitudes e distinguem comportamentos aceitáveis e não aceitáveis pelas funções preventivas e de restabelecimento da normatividade violada);
- A criação de direito (embora uma criação precária, principalmente, nos países europeus de direito continental, esta criação é exercida de forma adequada a cumprir as outras formas instrumentais e tem como causa a emergência da normatividade particularista, traduzida no uso de cláusulas abstractas e conceitos indeterminados);
- A administração (trata-se de actuações realizadas por obrigação legal sem resolução de litígio ou controlo social; variam de país para país – por

---

<sup>19</sup> Saliente-se a dupla dimensão de resolução de litígios que ocorre na justiça penal: por um lado entre vítima e acusado e, por outro lado, entre acusado e sociedade.

exemplo quando juízes são chamados, por comissão de serviços, ou destacamentos, a prestar serviços de auditoria e de cargos administrativos).

Através das funções políticas dos tribunais as várias áreas sociais colaboram na conservação do sistema político. Para percebermos esta ideia basta lembrar que, sendo os tribunais órgãos de soberania encontram-se muito mais do que “meramente ligados” ao poder político. Vejamos:

- O controlo social é uma função política pela repressão que exerce e o modo selectivo que o faz contra a criminalidade organizada<sup>20</sup>;
- A mobilização dos tribunais pelos cidadãos demonstra a consciência de direitos e deveres e a capacidade de os reivindicar; o recurso aos tribunais manifesta uma forma de exercício da cidadania e da participação política;
- Se a garantia efectiva de direitos sociais (“abruptamente” aumentada pelo Estado-Providência) foi politicamente distribuída pelo poder executivo e legislativo a legitimação do poder político acontece porque o poder judicial protege esses direitos – verifica-se aquilo que autores chamam de “transferência compensatória” (Santos *et al.*, 1996: 61) assente na incapacidade providencial do Estado;
- Quando o judicial defende o Estado contra elementos do próprio Estado no domínio da corrupção política produz-se uma representação substitutiva de um poder político corrupto.

Tendemos a concordar com a opinião que, estas duas últimas funções só conseguirão ser exercidas através das funções simbólicas que são traduzidas no conjunto de regras sociais com que os diferentes sectores de actuação social cooperam para a conservação ou aniquilação do sistema social no seu todo (Santos *et al.*, 1996). Uma vez que os direitos de cidadania, quando interiorizados, tendem a enraizar concepções de justiça, a garantia da sua tutela pelos tribunais tem geralmente um poderoso efeito de confirmação simbólica. A função de controlo social exercida particularmente pela justiça penal é a que mais forte simbologia tem. Contudo, a mediatização de alguns casos levam a uma crise de confiança por realçarem factores de morosidade de processos, o custo e a impunidade. Desta forma, também tendemos a crer que a maior eficácia simbólica dos

---

<sup>20</sup> A este propósito fala-se da existência de um paradoxo – se a impunidade da corrupção política põe em causa as condições de reprodução do sistema, por outro lado a sistematicidade e dureza da punição pode cortar ligações vitais para a reprodução política (Santos *et al.*, 1996)

tribunais deriva do garantismo processual, igualdade formal e da imparcialidade como nos dá conta Santos *et al.* (1996).

### **2.3. – A evolução das profissões jurídicas**

Tendo em conta o que já abordámos até aqui, nomeadamente, o facto da transformação emergente dos sistemas jurídico e judicial estar dependente da evolução de factores políticos, económicos e sociais de uma determinada sociedade, parece-nos relevante que agora falemos, ainda que sem aprofundar, como têm evoluído as próprias profissões jurídicas face a esta crise do judicial, elas que são o reflexo dos verdadeiros actores e actuanes do sistema.

Estarão também as profissões jurídicas contaminadas pela crise do judicial?

Na opinião de alguns autores assiste-se a uma crise ao nível das profissões, quando afirmam que a mesma se encontra relacionada com os seguintes factores (Pedroso, Trincão e Dias, 2001):

- Aumento da competitividade profissional;
- Surgimento de novas profissões;
- Reconversão de outras profissões;
- Tendência para a desmonopolização de conhecimento e prática profissional.

Quanto a nós, pese embora o facto, do ponto de vista dos próprios profissionais, estes factores poderem desencadear sentimentos de crise dentro da sua própria classe, preferimos encará-los, antes, como desencadeadores de processos naturais de adaptabilidade e evolução profissionais do que, mais uma crise dentro, ou paralela, de outra crise.

As mudanças operadas nas profissões jurídicas estão intrinsecamente ligadas com a mudança de paradigma de justiça que, por força da crise judicial, tendem para caminhos de desjudicialização e de desenvolvimento de meios de RAL (Pedroso, Trincão e Dias, 2001), ou seja informalização.

Se o processo de transformação do sistema jurídico aponta, simultaneamente, para a “juridificação” da vida em sociedade (o direito expande-se a novas áreas) e, por outro lado,

para a “informalização”<sup>21</sup> e “desjudicialização”<sup>22</sup> estes caminhos, inevitavelmente, interligar-se-ão com as profissões jurídicas, transformando-as.

Esta transformação incide de forma particular na especialização profissional, na introdução de novas tecnologias nas formas de organização do trabalho, fazendo surgir novas funções e adaptando os serviços jurídicos às complexidades da vida em sociedade (Pedroso, Trincão e Dias, 2001). O processo de transformação refere-se, não só às profissões jurídicas ditas tradicionais, mas também às novas profissões que têm surgido nos últimos anos. A sua redefinição, sendo complexa envolve muitas vezes tensões e incertezas, assistindo-se a uma redistribuição de poderes profissionais.

A este propósito, cumpre salientar a evolução do controlo estatal sobre as próprias profissões. Se, até determinada altura era o Estado que em nome do “interesse público” garantia a exclusividade profissional, agora passa a promover a especialização, associada a níveis de formação inferiores, permitindo a “... massificação das profissões tradicionais e diluindo poderes profissionais” (Pedroso, Trincão e Dias, 2001: 287), apesar das resistências que os grupos profissionais vão apresentando.

Assim, as mutações das profissões estatais estão sempre dependentes das reformas políticas de modernização do sistema judicial e legal, em função da necessidade de melhoria do desempenho, da criação de alternativas ou complementos à sua função e de promoção ou restrição do acesso ao serviço público; já nas profissões liberais as mudanças ocorridas devem-se, em norma, à adaptabilidade ao mercado e à concorrência profissional (Pedroso, Trincão e Dias, 2001).

Podemos verificar que até 1976, existia uma inter-funcionalidade entre as profissões de juiz, procurador, conservador, notário e advogado. Exigia-se formação jurídica a todos. Só os solicitadores e oficiais de justiça não eram licenciados e tinham o seu campo de actuação bastante limitado. A partir do início dos anos 90 assiste-se a um aumento da procura de profissões jurídicas e, pela criação das universidades privadas, foi aumentando o número de profissionais jurídicos autonomizados. Como a procura não se encontrava bem canalizada no final da década de 90 e início do novo milénio, surge a RAL

---

<sup>21</sup> Assenta na criação de uma “justiça alternativa ou informal” (RAL) no desenvolvimento do paradigma do consenso, reparação, negociação e da justiça em comunidade.

<sup>22</sup> Consiste na simplificação processual no recurso a meios informais para acelerar e melhorar o desempenho dos processos judiciais, transferindo competências de resolução de litígios, quer para instâncias não judiciais, que para novas e/ou velhas profissões jurídicas.

com cobertura estatal – os Julgados de Paz<sup>23</sup> e, por via das reformas processuais e substantivas surgem os agentes de execução, árbitros, juízes de paz, mediadores, administradores de insolvências.

Alarga-se a transferência de competências dos juízes (em matéria familiar) para as Conservatórias de registo civil, bem como competências decisórias em matéria de tutela de interesses de incapazes e ausentes para o Ministério Público. O Decreto-lei n.º 272/2001 e o Decreto-lei n.º 273/2001, ambos de 13 de Outubro, são também um marco importante no que respeita à distribuição de competências e à “desjudicialização” de certos actos processuais.

De acordo com a nota preambular do primeiro diploma referido procede-se:

- À transferência da competência decisória em processos de tutela de interesses de incapazes ou ausentes do tribunal judicial para o Ministério Público;
- À transferência de competências para as conservatórias de registo civil de matérias respeitantes a relações familiares, nomeadamente, do divórcio e da reconciliação de cônjuges separados.

Já o Decreto-lei n.º 273/2001, “... opera a transferência de competências em processos de carácter eminentemente registral dos tribunais judiciais para os próprios conservadores de registo” (*cf.* nota preambular do citado diploma legal); como se pode continuar a ler na nota preambular,

*“... trata-se de uma iniciativa que se enquadra num plano de desburocratização e simplificação processual, de aproveitamento de actos e de proximidade de decisão, na medida em que a maioria dos processos em causa eram já instruídos pelas entidades estatais que ora adquirem competência para os decidir, garantindo-se, em todos os casos, a possibilidade de recurso”.*

Desde 2000 que os advogados podem certificar fotocópias, e a partir de 2006 reconhecem assinaturas e certificam documentos e traduções, actos que eram da exclusiva competência dos notários.

Parece que poderemos dizer que até 2003/2004 os solicitadores perdem terreno para os Advogados e a resposta estatal para a procura foi sempre no sentido da especialização. A partir desta data, com a entrada em vigor do novo regime executivo resultante do

---

<sup>23</sup> Os Julgados de Paz são Tribunais Extrajudiciais, que resultantes das revisões constitucionais de 1989 e de 1997 (actuais redacções, respectivamente, ao n.º 4 do art.º 202.º e ao n.º 2 do art.º 209.º da Constituição da República) foram criados através da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho.

Decreto-lei nº 38/2003, de 8 de Março, surgiu o chamado “ agente de execução “ para a prática de actos de carácter não jurisdicional relativos ao início e andamento das execuções, reduzindo-se significativamente a necessidade de uma mera intervenção burocrática por parte dos juízes e dos funcionários judiciais.

A partir de 2005 surge uma nova tendência que olha o judicial como um mercado de resolução de conflitos e, por isso, são criadas competências concorrentes entre juízes, conservadores, notários, mediadores e árbitros, advogados e solicitadores. Em 2008 abre-se a possibilidade dos advogados poderem ser agentes de execução, criando também competências concorrentes. A partir de 2010 juízes, notários e conservadores, têm ao nível do inventário, também competências concorrentes.

Em Portugal os vários profissionais jurídicos vão intervindo conforme os interesses em jogo na aceleração ou reacção a estes processos.

A tendência parece canalizar a oferta especializada à procura pelo que, é provável que no futuro as diferentes profissões jurídicas acabem por fazer quase de tudo ao mesmo tempo, à excepção dos Juízes e dos Procuradores.

O mercado definirá a especialidade – a formação de base será igual e a formação especial seguirá a tendência de mercado, ou seja, verificar-se-á flexibilidade para a oferta se adequar à procura. Neste sentido parece que o próximo passo será o de abrir as regras da publicidade para que a especialidade possa chegar à procura. Esta abertura de competências permite a responsabilidade do profissional em escolher a sua especialização, dando-lhe também a possibilidade de trabalhar em rede canalizando o serviço que não sendo da sua especialidade é de outros membros dessa rede.

Esta é uma mudança de mentalidade que urge, onde as várias profissões jurídicas não se vejam como inimigas, mas sim como inter-relacionáveis; o grande desafio parece, pois, colocar-se ao nível do exercício das competências disciplinares das profissões jurídicas que deverão coordenar a tendência da concorrência.

Em jeito de conclusão, parece-nos que as políticas reformistas procuram melhorar o desempenho da justiça de forma global com o objectivo de a tornar mais acessível, célere e eficaz implicando, também, uma reconfiguração profissional não só das chamadas profissões tradicionais, mas também das novas que estas medidas contemplam. Estes profissionais, porque qualificados, são indispensáveis em cada uma das suas valências no sistema integrado de administração de justiça. Desta exigência de qualificação afigura-se-nos como ponto fundamental que os meios de RAL sejam incluídos nos planos de estudos

académicos, de forma a garantir que desde o início da sua formação jurídica estes profissionais contactem com determinados assuntos, evitando dramatizações desnecessárias e infundamentadas. Aliás, estamos em crer que este contacto permita mesmo uma melhor compreensão da necessidade de relacionamento e interdependência entre cada uma das profissões jurídicas.

#### **2.4. – Uma renovada ligação entre o judicial e o não judicial**

Entre a utopia do que a Justiça, os tribunais e demais actores jurídicos poderiam servir e o que efectivamente servem, ou seja, a realidade, há toda uma variação que depende do desenvolvimento económico-social, das transformações políticas, do padrão de litigação e da cultura jurídica das próprias sociedades (Santos *et al.*, 1996 e Pedroso, 2011).

No estudo que Zuckerman (1999) dedica a analisar a crise judicial e os seus efeitos na sociedade, o autor destaca duas falhas que comprometem, na maioria dos casos, as decisões judiciais proferidas – o custo que o processo envolve e o tempo que o mesmo demora a ser concluído.

Partindo do pressuposto que os litígios podem ser solucionados de diferentes formas, predominando na sociedade “... os mecanismos não oficiais e informais ...” (Santos *et al.*, 2002: 11), os tribunais são tomados como mecanismos mais oficiais, mais formais, mais especializados e mais inacessíveis pelo que, no percurso da resolução de um conflito, este tende a iniciar-se por vias mais acessíveis e informais e que garantam uma resolução eficaz da contenda (Santos *et al.*, 2002).

A via judicial acaba, assim, por funcionar como recurso de última instância, depois de todos os outros mecanismos não terem produzido o efeito desejado.

Nas décadas de 60/70, tem origem nos Estados Unidos da América o denominado Movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*), caracterizando-se pela defesa da existência de outros mecanismos, por contraposição aos judiciais, para a resolução dos litígios.

Nesta senda, surgiram diversos estudos antropológicos que reclamavam a necessidade de existência de mecanismos mais simples de resolução de conflitos, quer no seu significado, quer na sua estrutura, com base em ideias de desburocratização, informalização e desprofissionalização.

Estes movimentos acabam por desencadear uma nova perspectiva no recurso a mecanismos não judiciais para a resolução de conflitos, perspectivando modos descentralizados que, em última instância, poderão também implicar uma redefinição da relação entre sociedade civil e Estado, mais particularmente, numa alteração da atribuição de legitimidade a quem pode resolver litígios sociais. Este é seguramente um ponto a que voltaremos no Capítulo II do presente trabalho para maior desenvolvimento.

A situação de ruptura sentida em vários países, nomeadamente Portugal, leva os governos a promoverem reformas no sistema de administração da justiça, podendo-se destacar quatro tipos de reformas <sup>24</sup> (Pedroso, 2002):

- Aumento quantitativo de recursos (medidas políticas estruturais);
- Alterações ao nível da distribuição do trabalho (medidas políticas de gestão);
- Aposta na implementação de inovações técnicas (medidas políticas governativas);
- Elaboração de alternativas ao modelo tradicional (medidas políticas procedimentais).

Os diferentes tipos de reformas conjugadas entre si, e com especial incidência na introdução de meios alternativos ao judicial, contribuiu para o início de uma nova relação entre o campo judicial e o não judicial.

Os Estados conscientes de que a reforma do sistema de administração da justiça passaria pela adopção de um modelo diferente do até então adoptado, rumam no sentido de uma justiça de proximidade, adoptando medidas associadas à criação (ou reinvenção) de meios e procedimentos informalizados e desjudicializados. Pretende-se conferir simplicidade e celeridade aos processos e nessa medida, “poupar tempo e dinheiro”.

“Descentralizar”, “informalizar” e “desprofissionalizar” são os motes destas reformas. Promove-se a coexistência entre meios judiciais e meios não judiciais, conferindo ao sistema de justiça, características de alternatividade e complementaridade.

A política pública de justiça deixa de se centralizar na exclusividade dos tribunais e passa a representar-se num “sistema integrado” composto de meios judiciais, meios extrajudiciais e meios compostos ou mistos – todos eles se complementam e/ou substituem com o objectivo de tornar a justiça mais rápida, barata e acessível.

---

<sup>24</sup> Vide nota 1 deste trabalho.

À última pergunta que formulámos no início deste subcapítulo parece que poderemos responder que hoje a Justiça é encarada nos Estados de base democrática como aquela que é capaz de dirimir litígios de forma eficaz, célere e, por isso, capaz de criar satisfação e confiança nos cidadãos.

### **3 – A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITIGIOS**

O fenómeno da globalização impôs uma discussão dos modelos e paradigmas jurídicos dominantes e sobre a própria formação de juristas – os impactos resultantes da produção e aplicação do direito fez emergir a necessidade de tomada de medidas capazes de inverter os resultados negativos sentidos. Conscientes das fragilidades do campo jurídico, os Estados convergem para a criação de programas de reforma de administração da justiça.<sup>25</sup>

Neste sentido Portugal foi desafiado a acompanhar as novas tendências e, parece poder afirmar-se que, nos últimos 16 anos fez-se de tudo o que se fez noutros países – poderemos mesmo dizer que o que não faltam são reformas no sistema de administração de justiça português onde a simplificação processual (penal e cível), a criação de um novo mapa judiciário, a aplicação de novas tecnologias e a aposta em meios alternativos de resolução de litígios surgem como aspectos reveladores das mudanças introduzidas.

Da concepção do sistema jurídico como um sistema autopoiético, transita-se para uma visão do direito como fruto do social. A referência ao direito como um sistema social com lógica própria sem interacção directa com outros sistemas sociais, também dotados, cada um deles, da sua própria lógica é, assim, substituído por uma reflexão sobre “... modelos medianos, que permitam a compreensão do jogo simultâneo de correspondência e indiferença nas relações entre direito e sociedade” (Guibentif, 1992: 20).

#### **3.1. – O Movimento ADR**

Como já atrás vimos o Movimento ADR propõe novos modelos de resolução de conflitos, mas também novas aplicações para velhos mecanismos e, assistindo-se nas

---

<sup>25</sup> “... mal dos Estados se não percebessem que têm de diversificar a oferta de meios de combate às infracções e ao mal-estar individual e social.” (Cardona Ferreira, 2008: 10)

últimas décadas “... a um enorme impulso no estudo, debate e interesse por formas alternativas aos tribunais para a resolução de litígios, ou seja, pelo denominado movimento de ADR.” (Pedroso, 2002: 20)

Este Movimento expande-se a diversas áreas sociais, abrangendo também a área penal.

Costumam ser apontadas como causas do surgimento deste movimento, as seguintes (Pedroso, 2002):

- O reconhecimento de insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta aos novos desafios de uma sociedade de consumo;
- A incapacidade dos meios tradicionais (judiciais) garantirem o acesso universal à justiça, e
- O renascer do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária e à consequente “reapropriação”<sup>26</sup> pela comunidade da gestão dos conflitos.

Em regra, as sociedades encontram-se apetrechadas de mecanismos de “... auto-regulação e de auto-composição...” (Pedroso, 2002: 21), ou seja, as partes em conflito conseguem resolver os seus litígios, com, ou sem recurso a uma terceira parte conselheira ou prestadora de serviços jurídicos específicos.

Esta terceira parte aparece como o elo facilitador e promovedor do acordo, como sucede na conciliação<sup>27</sup>, na mediação<sup>28</sup>, e mesmo com o juiz e com o árbitro<sup>29</sup> enquanto diligenciam o acordo.

Sendo o Movimento ADR um movimento plural, abarcando nessa medida diversas figuras de resolução alternativa de litígios, a tónica comum a todas essas figuras, centra-se na intervenção de uma terceira parte e no papel que esta desempenha, mais ou menos interventor, na tentativa de solucionar o conflito. Estes mecanismos porque participados pelas partes em conflito, que buscam uma solução construída directa pelos interessados, e

---

<sup>26</sup> Voltaremos a esta ideia de reapropriação mais à frente neste trabalho, a propósito da teoria abolicionista de Louk Hulsman e do proclamado “roubo do conflito” pelo Estado ao cidadão defendido por Nils Christie.

<sup>27</sup> Processo intercomunicacional e relacional que se estabelece entre um conciliador e duas ou mais pessoas em conflito e cujo objectivo é chegar a um acordo que seja benéfico para ambas as partes, por oposição a uma acção unilateral.

<sup>28</sup> Processo em virtude do qual um terceiro neutro – o mediador – ajuda os participantes numa situação de conflito à sua resolução, que se expressa num acordo consistente, numa solução mutuamente aceitável e estruturada de modo a permitir a sua concretização de forma voluntária.

<sup>29</sup> “Processo formal pelo qual as partes, de comum acordo, aceitam submeter o litígio a um terceiro que terá a tarefa de o resolver, após ter ouvido e escutado os respectivos argumentos.” (Pedroso, 2002: 23)

não uma solução imposta por um terceiro, tendem a revelar-se menos conflituosos para se assumirem como mecanismos mais consensuais.

Os meios de RAL também podem assumir diversas formas, desde instituições de resolução de litígios criados pelo Estado a outras criadas por actores sociais ou, ainda a outras que combinam na sua génese e funcionamento uma partilha de responsabilidades<sup>30</sup>.

A todos os meios de RAL costumam ser apontadas as seguintes características, que quando comparadas com as dos meios judiciais, constituem, simultaneamente, vantagens relativamente a estes:

- Maior informalidade;
- Maior oralidade;
- Menos profissionalização;
- Maior proximidade;
- Menor custo;
- Maior rapidez;
- Maior variedade de soluções construídas, e menos soluções impostas.

Contudo, os meios de RAL não se encontram isentos de críticas, e tal como nos diz Pedroso (2002) é comum que se apontem estes meios como preconizadores de uma “ideologia da harmonia” capaz de ocultar a desigualdade de poderes existentes numa determinada sociedade, dando origem à manipulação (dos mais desfavorecidos social ou negocialmente), negando os próprios conflitos e que, por isso mesmo, não atalham as causas dos conflitos mas apenas a sua manifestação.

Por outro lado, ainda, continua Pedroso (2002), os meios de RAL poderão encorajar as partes a circunscrever os conflitos sociais a meros problemas de comunicação e os conflitos de direitos a meros desacordos relacionais ou afectivos.

Finalmente, a enunciada “ideologia da harmonia” é detentora de um determinado tipo ou modelo de sociedade, alicerçado na convicção que todos partilham os mesmos objectivos e valores, o que ajudaria a pacificação das comunidades através do controle exercido pela própria sociedade (Pedroso, 2002).

Ora, as críticas apontadas funcionarão, sobretudo de alerta, de forma a que, pelo uso dos meios de RAL os conflitos sociais e as desigualdades entre os litigantes não sejam velados. Contudo, tal como defende Pedroso (2002) temos que concordar que não se

---

<sup>30</sup> Como é o caso dos Centros de Arbitragem, em Portugal.

vislumbra razão para que os litígios não possam ser dirimidos de um modo informal, desde que se encontre garantida a possibilidade das partes em litígio poderem continuar a defender os seus direitos, também, pela via judicial.

Do mesmo modo, estamos em crer, tal como Pedroso (2002), que os meios de RAL se devam desenvolver em todas as áreas de litigação, possibilitando aos interessados, a auto-composição dos seus litígios por consenso, onde a vitória de um sobre o outro dos litigantes não seja o mais importante, mas sim a efectiva reparação do conflito.

Sem esquecer as críticas atrás referidas, com a inclusão dos meios de RAL no sistema de administração da justiça os processos judiciais tendem a simplificarem-se, a informalizarem-se; incluem-se formas processuais destinadas à negociação consagrando-se, ainda, a possibilidade de, na sua pendência, o tribunal ou as partes poderem recorrer a meios informais de resolução de litígios.

Promove-se o incentivo à realização de acordos extrajudiciais, desenvolvendo-se processos menos institucionalizados, numa tentativa de desvio da procura dos tribunais para outro tipo de instâncias.

Mas que papel desempenham os meios de RAL nas sociedades actuais?

Em suma, poderemos concluir que o papel desempenhado pelos meios de RAL nas sociedades contemporâneas se consubstancia essencialmente a três níveis (Pedroso, 2002):

- Promoção do acesso à justiça (mais acessível, mais rápida e eficaz)<sup>31</sup>;
- Complementar ao papel dos meios judiciais<sup>32</sup> de resolução de conflitos (os meios alternativos não afastam a possibilidade de recurso à via judicial), e
- Instrumento da pacificação social (objectivo primordial da justiça).

### **3.2. – Da conflitualidade à litigiosidade – noções genéricas**

Temos vindo ao longo deste trabalho vindo a falar de conflito e litígio, indiscriminadamente, pelo que urge questionar: Como poderemos definir conflito?

A palavra “conflito” deriva do latim *conflitus*, originário do verbo *confligo* que significa concurso, ou seja, oposição. Podemos, assim, concluir que os elementos constitutivos do conflito sejam a pretensão antagónica e a resistência.

---

<sup>31</sup> Considerando-se acesso à justiça o facto das partes poderem livremente escolher a entidade que os ajude a pôr fim à contenda, seja ele um tribunal ou meio de RAL.

<sup>32</sup> E conseqüentemente evitar a sobrecarga judicial.

Temos utilizado, de forma indiferente o termo conflito e litígio mas, haverá diferenças? Parece poder-se entender que existe uma diferença de grau entre as duas expressões que, apesar disso são utilizadas como sinónimos, nomeadamente ao longo deste trabalho.<sup>33</sup>

Pelo que, convergimos no sentido de que conflito possa ser definido “... como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objectivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis” (Gomma de Azevedo *et al.*, 2009).

Por norma, a existência de um conflito é encarada como uma ameaça. A primeira reacção é tentar resolvê-lo por via adversarial – a parte que se sente lesada exige a resolução do conflito de forma a que o pólo contrário suporte as consequências dos seus actos. Grande parte das vezes esta atitude mais não é do que camuflar a verdadeira razão do conflito – aquilo a que a teoria psicanalítica de nomina como efeito do *iceberg*.

E como é, afinal, resolvido um conflito? É comum assinalarem-se as seguintes vias:

- Por imposição da solução pela parte que detém mais poder (com mais informação, com maior capacidade financeira ou ascendência) – um ganha e o outro perde, pelo que consoante o tipo de relação, o futuro em conjunto pode ficar comprometido;
- Por cedência de ambas as partes de modo a obter-se uma solução que seja aceite, embora esta não seja estável no tempo – a médio prazo, ambos perdem; consoante a relação, o futuro em conjunto também pode estar comprometido;
- Por cooperação onde o conflito é trabalhado tentando-se obter uma solução que satisfaça os interesses mútuos. Os intervenientes ganham, a relação futura está assegurada e o conflito transforma-se numa oportunidade.

Tradicionalmente os conflitos resolvem-se pelas duas primeiras formas, em que os intervenientes se confrontam conferindo a um terceiro a solução do mesmo – juiz. Nesta perspectiva, os litígios terão quase sempre consequências graves, dado que potenciam a falta de confiança e respeito entre os intervenientes, fazendo com que o futuro da relação seja posto em causa.

O recurso a meios de resolução alternativa de conflitos onde a celeridade, economia e a garantia de confidencialidade, aliadas à ideia da cooperação das partes surge, assim,

---

<sup>33</sup> Um conflito passa a ser um litígio sempre que a auto-composição do mesmo deixa de ser uma opção viável.

como um campo onde a mediação, parece ser uma das que melhor potencia tais desideratos.

### **3.3. – A mediação como meio privilegiado da RAL**

Os meios de RAL são hoje vistos como parte integrante do sistema de administração da justiça. O recurso a formas não jurisdicionais de resolução de conflitos, sustenta o objectivo de uma justiça de proximidade, em que a auto-composição (vigiada) dos litígios contribui para um aumento dos espaços de pacificação social.

Do conjunto dos meios de RAL (negociação, conciliação, mediação e arbitragem) e na preconização dos objectivos referidos no ponto anterior, a mediação afigura-se-nos como um mecanismo de eleição. Desde logo devido à sua característica de obstaculizar a existência de patamares entre demandante, demandado (entre mediados, ou seja, entre quem existe um conflito) e o terceiro que assiste à negociação. A relação existente pode-se, assim, dizer como linear. Depois, e o ponto mais precioso, porque a solução eventual para o conflito é construída pelas próprias partes, não sendo uma imposição efectuada por um terceiro alheio ao conflito.

Não pretendendo nós cair em teorias fundamentalistas sobre a mediação, pois esta não será a solução para tudo o que de mal vai na justiça, a verdade é que estamos em crer que da sua aplicação, enquanto suplemento do sistema tradicional de justiça para a resolução de determinados conflitos resultarão, certamente, avaliações positivas.

Partindo de uma compreensão ampla de mediação, pode-se afirmar que, de certa forma, todos nós somos mediadores. Quantos de nós já não participou numa discussão entre duas pessoas, auxiliando-as a negociar uma solução? Parece, pois, que todos nós teremos alguma experiência intuitiva na resolução de conflitos. Contudo, o enfoque principal deste trabalho é a mediação técnica ou formal.

A Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho (Lei dos Julgados de Paz) apresenta-nos a seguinte definição de mediação como,

*“... modalidade extra-judicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”.* (artigo 35.º, n.º 1)

Pese embora esta noção ter carácter vinculativo apenas no âmbito dos Julgados de Paz, não podemos deixar de a considerar restritiva, pelo menos como noção geral a adoptar, dado o elenco exaustivo de características do processo que faz, deixando transparecer a opção do legislador quando lhe atribui carácter voluntário.<sup>34</sup>

Já a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, determina a mediação como

*“um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro”*.<sup>35</sup>

Esta definição, embora com um elevado grau de amplitude, que se entende visto tratar-se de uma Directiva destinada a vários e diferentes Estados, peca, ainda assim, por dar demasiado enfoque ao processo tendo em vista um acordo, sem referir como se desenrola o processo nem que tipo de concretização é expectável.

Estabelece, também, neste sentido, o Código de Conduta Europeu para Mediadores onde a mediação “é definida como um processo no qual duas ou mais partes concordam em designar uma terceira parte – doravante designada por “mediador” – para as ajudar a solucionar um conflito através de um acordo sem sentença”.<sup>36</sup>

Apreciadas estas várias noções de mediação tendemos optar por encarar a mediação como um processo através do qual um terceiro, o mediador, auxilia os envolvidos numa situação de conflito a alcançarem pela sua própria participação, uma solução que expressa num acordo mutuamente aceitável se encontra organizado de forma a possibilitar a sua concretização voluntária.

No processo de mediação pretende-se discutir os factos concretos que motivaram o conflito, sendo o campo propício à expressão de sentimentos tendo em vista a negociação da solução enquadrada num comprometimento de futuro, no fundo para que a relação que ali chegou seja transformada.

Como facilmente se percebe, e por contraposição ao sistema judicial, na mediação não se pretende um confronto das partes mas antes uma cooperação mútua; não se impõe

---

<sup>34</sup> Em certos países, como a França e a Argentina, vigoram ou vigoraram sistemas de mediação obrigatória.

<sup>35</sup> Alínea a) do art. 3.º da Directiva 2008/52/CE

<sup>36</sup> O Código de Conduta Europeu dos Mediadores foi apresentado em Julho de 2004, e resulta de um trabalho de cooperação entre a Comissão Europeia, peritos no âmbito da resolução alternativa de diferendos e representantes de diferentes organizações.

nenhum procedimento – este é controlado pelas partes sob orientação do mediador; não existem vencedores, nem vencidos – todos beneficiam da solução alcançada; a capacidade de decisão (e de finalizar o processo) pertence às partes e não a um julgador que a fundamenta na lei e não nos verdadeiros interesses das partes.

A mediação é uma forma de resolução de litígios informal e flexível conduzida por um terceiro imparcial que promove a aproximação entre as partes em litígio e os apoia na tentativa de encontrar um acordo concretizável, que permita pôr termo ao conflito.

O mediador não desempenha qualquer parte no conflito e nem se identifica com nenhum dos interesses em jogo. É responsável pela condução do processo, mas são as partes que controlam a sua conclusão e forma como concluem. O mediador, pelo menos no quadro da mediação institucionalizada em Portugal, não deve propor soluções mas deve e pode induzir a soluções, já que não detém poder para impor às partes um acordo<sup>37</sup>. O mediador surge-nos assim com um papel preponderante para:

- Gerar confiança (sobre a sua actuação, sobre a capacidade das partes em resolverem o conflito e, automaticamente no próprio processo utilizado);
- Escutar e compreender as razões das partes sem emitir juízos de valor;
- Estabelecer uma relação empática com todos os envolvidos no processo;
- Analisar e questionar de forma a perceber o verdadeiro conflito;
- Manifestar interesse genuíno em ajudar (se for falso perderá a credibilidade);
- Orientar para a responsabilização das partes na obtenção de uma solução viável;
- Estimular a criatividade;
- Reestruturar/resumir positivamente as situações ou opções apresentadas pelas partes (o mediador apresenta de forma positiva o conflito repondo o erro das partes através da reformulação);
- Proporcionar um adequado equilíbrio entre as partes, e
- Controlar o processo (caso perca esse controlo perderá, automaticamente legitimidade).

---

<sup>37</sup> A mediação em Portugal é entendida como uma mediação facilitadora e não interventiva, isto é, o papel do mediador é ao nível do processo e não do conteúdo.

Falando de mediação, não podemos deixar de abordar os princípios fundamentais que lhe estão subjacentes, independentemente das técnicas ou modelos de mediação por que se opte.<sup>38</sup> A saber:

- **Confidencialidade** – ao mediador encontra-se vedada a possibilidade de revelar a terceiros tudo o que se desenrole nas sessões de mediação; nesta medida o mediador funciona como um protector deste sigilo e das próprias partes. A Directiva 2008/52/CE, no seu artigo 7.º determina que nem mediadores, nem as pessoas abrangidas no processo de mediação, possam ser obrigadas a revelar provas, de que tiveram conhecimento no decurso do processo de mediação, em processos futuros. Esta regra pode, no entanto ser afastada em 3 únicos casos – se as partes acordarem em sentido contrário, por razões de ordem pública, e em situações cuja divulgação do acordo seja fundamental para a execução do mesmo.
- **Imparcialidade** – o mediador não pode ter qualquer conflito de interesses (potencial ou efectivo) com qualquer uma das partes, assegurando-se que, antes do inicio do processo as partes sejam devidamente informadas sobre a sua imparcialidade.
- **Neutralidade** – também no decurso do processo o mediador deve assegurar que as partes se encontram em equilíbrio e que as regras aplicadas a uma das partes é igualmente aplicada à outra parte; o mediador é neutro relativamente ao resultado e ao processo;
- **Voluntariedade** – fundamenta-se no princípio da autonomia das partes pelo que a voluntariedade, ou seja, a adesão ao processo depende da vontade das partes e as decisões assumidas são da sua responsabilidade. A propósito deste princípio, não se pode deixar de falar de uma característica fundamental da mediação – o *empowerment* – (Wilde e Gaibroids, 2003) as

---

<sup>38</sup> Costumam ser apontados 3 modelos (escolas) de mediação que, aparte do seu aparecimento histórico, primeiro Harvard, em segundo o Transformativo e, por último o Circular-narrativo, todos eles tiveram um importante contributo para o entendimento que hoje se tem da mediação. Os modelos referidos terão maior, ou menor reflexo em cada uma das fases de mediação, uma vez que cada um desses modelos privilegia uma das fases. A título de resumo poderemos afirmar que a mediação começa pela história do relacionamento (Modelo Circular-narrativo – cuida-se dos vínculos das partes envolvidas, estimula-se a reflexão sobre o conflito e da reacção das partes construindo-se histórias alternativas), pois só assim conseguirá perceber o fundamento do conflito, combatendo-o e levando-o à sua transformação (Modelo Transformativo – parte-se do pressuposto que qualquer conflito tem um escopo muito mais alargado do que as questões juridicamente tuteladas; há um estímulo para descrição de emoções) por forma a que as partes estejam capazes de olhar para um acordo (Modelo de Harvard – focalizam-se as pessoas nos interesses e não nas posições, utilizam-se critérios objectivos e criam-se opções de ganhos mútuos). (Parkison, 2008)

partes dominam o problema, o processo e a decisão. Entende-se que se o conflito é das pessoas, então são elas as que se encontram melhor posicionadas para o resolver. Daí que, através da mediação se pretenda que as partes aprendam a valorizar os interesses da outra parte, olhando para o conflito numa nova perspectiva, também porque ganham “... consciência da sua capacidade de resolverem seus próprios conflitos.” (Gomma de Azevedo *et al.*, 2009: 145)

- Flexibilidade – alguns autores falam de informalidade mas nós preferimos chamar a mediação como um processo flexível, isto porque a mediação se encontra estruturada em fases e essas fases é que são flexíveis, ou seja susceptíveis de avanços e recuos.

Podemos distinguir cinco fases no processo de mediação: a apresentação, a identificação dos temas em litígio, a recolha de informação, a criação de opções e a elaboração do acordo. Na apresentação opera-se o primeiro contacto entre mediados e mediador, explicando-se o que é a mediação, quais as suas vantagens e definem-se regras de trabalho (com respeito pelos princípios fundamentais). Ainda nesta fase o mediador procura conhecer o conflito averiguando se é mediável, designadamente se as partes aceitam o processo. Escuta-se e compreende-se as versões dos mediados, tentando estabelecer-se laços de confiança, explorando-se, desde logo, diferentes alternativas entretanto avançadas pelos mediados. Faz-se a leitura do termo de consentimento e recolhem-se as assinaturas. Na segunda fase (identificação dos temas em litígio) identificam-se os temas, interesses e objectivos em litígio para cada participante, criando-se um plano de trabalho comum pela identificação das prioridades de cada parte envolvida. Na fase da recolha de informação, respeitando as posições de cada mediado deve-se questionar qual foi a causa do conflito. Analisam-se as prioridades de cada um dos mediados, faz-se uma gestão das questões prioritárias e objectivam-se as posições pela diminuição da intensidade emocional do conflito – o conflito é despido da emoção. Alcançado este patamar estão os mediados em condições de criarem opções – cria-se uma lista de acções (e suas consequências) que cada parte tomará se não chegar a um acordo e identificam-se, para cada parte, a melhor e a pior alternativas à negociação (estes serão os limites do acordo possível).<sup>39</sup> Nesta fase identificam-se várias opções de resolução do

---

<sup>39</sup> *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA) e o *Worst Alternative to a Negotiated Agreement* (WATNA) – conceitos introduzidos por Fisher e Ury, dois teóricos da Escola de Harvard.

conflito, traçando-se as vantagens e desvantagens de cada opção para cada um o que permite a comunicação entre os mediados e a obtenção de um acordo; poderá haver lugar a pré-acordos. Finalmente a última fase, a de elaboração do acordo. Nele incluem-se as soluções que satisfaçam todos os participantes, verificando-se a sua viabilidade prática através da análise de potenciais dificuldades na implementação do acordo. Procede-se á redacção do acordo, devendo o mediador acompanhar o processo até à sua conclusão, ou seja, assinatura e homologação.

Parece, assim, que poderemos concluir que a mediação garantindo que os resultados obtidos, ou a obter, estarão sempre sob controlo das partes, não garante, nem poderia, o próprio resultado em si. A mediação não coloca a ênfase nos aspectos jurídicos dos conflitos, mas antes nos interesses pessoais de cada parte, abrindo a perspectiva de que a análise da disputa aumenta as possibilidades de se encontrar uma solução. De facto, é possível que, com o resultado da mediação as partes decidam continuar ou até mesmo aprofundar uma relação contratual ou até mesmo pessoal inerente, invertendo completamente o significado de conflito.

Contudo, a mediação tem que ser encarada como uma instituição legal e não como uma terapia. E, quando falamos de instituição legal, é porque defendemos que deveria existir uma Lei da Mediação em Portugal que conferisse a este meio de RAL uma formal integração no sistema de administração da justiça.

Revistas as vantagens (iguais às da generalidade dos meios de RAL), a noção, princípios fundamentais e fases da mediação, impõe-se, agora, dirigirmo-nos no sentido de averiguar qual o papel do estado na sua promoção.

### **3.4. – A mediação institucionalizada em Portugal – o quadro legal da mediação penal**

Não nos podemos esquecer que a Justiça é um serviço público pelo que estamos em crer que os mecanismos extrajudiciais devem ser vistos como verdadeiras faculdades disponibilizadas aos cidadãos.

A institucionalização da mediação consiste em proporcionar aos cidadãos mais e diferenciados mecanismos de resolução dos seus conflitos, deixando os tribunais de terem a exclusividade da sua resolução.

Ao nível dos Julgados de Paz, instituídos pela Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho os conflitos aí apresentados poderão ser dirimidos por mediação realizada por um mediador, caso as partes nisso acordem e, obviamente, se o conflito for mediável. Quando o acordo sobre o conflito não seja possível o processo segue para audiência de julgamento e será proferida sentença do juiz de paz. Se o acordo for alcançado terá o mesmo de ser homologado pelo juiz de paz.

Para além da realizada no âmbito dos julgados de Paz, em Portugal a mediação encontra-se, ainda, institucionalizada em três áreas do direito: a familiar, a laboral e a penal.

No ano de 2006 surge a criação do Sistema de Mediação Laboral através da assinatura de um Protocolo entre o Ministério da Justiça, Confederações da Indústria, Comércio e Serviços e Turismo e o Sindicato UGT e a Intersindical CGTP. Este serviço iniciou o seu funcionamento em Dezembro de 2006 com competência para mediar litígios laborais surgidos no âmbito do contrato individual de trabalho entre trabalhadores e empregadores (com excepção a matérias relativas a direitos indisponíveis).

Em 2007, através do Despacho n.º 18778/2007, de 13 de Julho é criado em Portugal o Sistema de Mediação Familiar que, tendo entrado em funcionamento em 16 de Julho de 2007 tem competência para mediar conflitos decorrentes de relações familiares.

A mediação penal foi a última a ser institucionalizada e é sobre ela que vai girar a principal questão que colocaremos no segundo capítulo do presente trabalho. O Sistema de Mediação Penal foi introduzido no ordenamento português pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, regulamentada pelas Portarias n.º 68-A/2008, 68-B/2008 e 68-C/2008<sup>40</sup>, todas de 22 de Janeiro, tendo entrado em funcionamento, a título experimental, em 23 de Janeiro de 2008 nas Comarcas do Porto, Aveiro, Oliveira do Bairro e Seixal, cujo alargamento territorial tem-se vindo a efectuar, estando, actualmente disponível em 31 Municípios. A Lei n.º 21/2007 deu, assim, cumprimento à Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI do Conselho de 15 de Março relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

---

<sup>40</sup> A Portaria n.º 68-A/2008 aprova o modelo de notificação de envio do processo para mediação penal; a Portaria n.º 68-B/2008 reporta-se à regulamentação do procedimento de selecção dos mediadores penais; a Portaria n.º 68-C/2008 aprova o regulamento que disciplina a organização e o funcionamento do sistema de mediação penal.

A Decisão-Quadro mencionada estabelece como meta que os Estados procedam à criação de mecanismos públicos e não governamentais para protecção das vítimas de crime, nomeadamente, sobre o seu direito de acesso à justiça e a direitos indemnizatórios por danos. Como princípios orientadores é determinado que aos direitos das vítimas devam ser dadas as mesmas prioridades que aos dos arguidos, tendo em conta que o processo perfilhado não deva agravar a vulnerabilidade da vítima e, muito menos, criar-lhe problemas adicionais.

De acordo com o artigo 4.º da Lei n.º 21/2007 a mediação penal é

*“... um processo informal e flexível conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”.*

Sem pretender pronunciarmo-nos sobre a opção legislativa quanto à definição encontrada (esse não é o propósito deste trabalho) não podemos deixar de notar que esta noção parecer ficar aquém da definição dada na Decisão-Quadro mencionada que aponta para a mediação penal como “a tentativa de encontrar, **antes** ou **durante** o processo penal, uma solução negociada entre a vítima e o autor da infracção, mediada por uma pessoa competente” – artigo 1.º - e) (destaque nosso).

A mediação penal só pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa ou de acusação particular, ou seja, que integrem a categoria de crimes de natureza particular ou semi-público contra as pessoas e o património. Ficam, no entanto, excluídos, independentemente da sua natureza os crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual, crimes em que o ofendido seja menor de 16 anos e crimes cuja forma de processo seja o processo sumário ou sumaríssimo.

O processo pode ser remetido para mediação penal, durante o inquérito, a requerimento das partes ou nos casos em que o Ministério Público o entenda adequado. Em seguida o mediador tenta obter o consentimento das partes para realizarem sessões de mediação. Se as partes consentirem na mediação são realizadas as sessões; caso o acordo seja atingido na mediação é o mesmo reduzido a escrito, assinado e remetido ao Ministério Público. O acordo, obtido em sede de mediação penal é livremente fixado pelos sujeitos processuais e, uma vez homologado, equivale a desistência de queixa por parte do

ofendido e a não oposição do arguido. O acordo não pode conter sanções privativas da liberdade, deveres cujo cumprimento ofenda a dignidade do arguido ou se prolonguem excessivamente no tempo (cfr. Anexo à Portaria n.º 68-A/2008, de 22 de Janeiro e n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho). Nas situações em que o acordo não seja cumprido a queixa pode ser renovada no prazo de um mês.

Antes, ainda, da Lei que cria o Sistema de Mediação Penal em Portugal, existiu em 2004, por via da celebração de um Protocolo entre o DIAP do Porto e a Faculdade de Direito da Universidade do Porto um projecto onde se implementou a realização de mediação em fase de inquérito, onde tal fosse possível, ou seja, enquadrado nos mecanismos já existentes em termos processuais penais, nomeadamente no âmbito do instituto da dispensa de pena. Contudo, considerados os apertados limites de aplicabilidade deste instituto foi, desde logo, constatada a necessidade de se autonomizar a mediação dentro do processo mas em termos mais alargados. Note-se que na execução deste projecto não havia distinção entre crimes públicos e privados, constituindo principal critério a averiguação da relação de proximidade entre vítima e agressor. O mote incidia no facto dos sujeitos poderem ultrapassar os problemas que, (de acordo com a Teoria do efeito do Iceberg<sup>41</sup>) teriam vindo a destruir essa relação de proximidade até ao limite de ser necessário o recurso à via criminal. Visava-se que por via da mediação se conseguissem sanar essas questões existentes de modo a evitar no futuro as reincidências.

Está visto que a opção governativa espelhada na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho foi, provavelmente, a que mais cuidado requereu no que se reporta à instituição dos Serviços de Mediação Pública em Portugal. Tendo sido a última, foi a que ficou aquém, quer do projecto ensaiado anos antes (aparentemente com bons resultados)<sup>42</sup> e também, porque não dizê-lo, da própria Decisão-Quadro.

Costumam ser apontadas várias vantagens na utilização da mediação penal, quer sobre o ponto de vista da vítima, do infractor, que da própria comunidade. Quanto à vítima, permitimo-nos destacar a possibilidade da sua participação directa no processo de resolução do conflito lhe proporcionar a possibilidade de expressar a sua visão dos factos e os seus sentimentos face ao impacto que a prática criminal surtiu na sua vida (psicológica e material) podendo, ainda, conhecer e perceber as motivações do infractor.

---

<sup>41</sup> Cfr. Subcapítulo 3.2. do presente trabalho.

<sup>42</sup> Veja-se a esse propósito Morais (2007).

Já do ponto de vista do infractor, o contacto com a vítima proporcionar-lhe-á uma maior consciencialização dos prejuízos provocados, revalorizando-o e reconhecendo-lhe a capacidade de se responsabilizar quer pelo acto praticado, quer pelo valor que o bem jurídico violado tem para o ofendido. Quanto à comunidade, a mediação penal representa uma inequívoca aproximação da justiça aos cidadãos apelando à sua participação na resolução de conflitos e contribuindo-se assim, através desse envolvimento, de uma redução da reincidência.

Chegados a este ponto e tendo sempre na mira o principio consagrado no artigo 20.º da Constituição da República que determina que é ao Estado que compete promover o acesso ao direito de todos os cidadãos, questionamo-nos se, lentamente não estará o Estado a demitir-se dessa função.

Se é verdade que hoje os meios de RAL são considerados como mecanismos do sistema integrado de acesso ao direito e à justiça, coexistindo meios judiciais e não judiciais, encontrando-se sempre garantido o acesso ao meio judicial, parece-nos que, pelo menos até agora, essa eventual demissão não passa de uma ilusão.

Mas até onde será legítimo que o Estado remeta partes em conflito para mecanismos auto-compositivos?

Poderá o Estado criar barreiras no acesso imediato aos seus tribunais com base em argumentos efficientistas? Será essa restrição proporcional tendo em conta os objectivos que, através dela, se visam alcançar?

Será legítima a imposição do recurso a uma instância de resolução autónoma de conflitos enquanto pressuposto de admissibilidade aos tribunais?

Será essa imposição compatível com os parâmetros constitucionais dos Estados de Direito de base democrática?

Se, como já atrás o dissemos, ao nível do direito civil podemos até encontrar fortes razões capazes de justificar e legitimar, em certos casos, a opção da mediação pré-processual obrigatória<sup>43</sup>, é ao nível do direito processual penal que essa opção se revela de mais difícil implementação, porque não dizer, impossível o que, tentaremos demonstrar no segundo capítulo deste trabalho.

---

<sup>43</sup> Conflitos que envolvam relações de duração no tempo, portadoras de grande carga afectiva onde o fundamental será menos a decisão e mais a capacidade em superar o conflito por parte daqueles que nele se encontram envolvidos (Costa e Silva, 2009).

## CAPÍTULO II

### A MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS E VOLUNTARIEDADE

#### 1 – MECANISMOS NÃO JUDICIAIS DA POLÍTICA CRIMINAL ESTADUAL

É na base do sistema jurídico-penal dos actuais Estados de Direito democráticos que se encontram reflectidos os princípios e políticas estratégicas de controlo social que, por esforço legislativo se coadunarão com os valores socialmente dominantes. (Gomes, 2001).

Sendo o Estado o único detentor do *ius puniendi*, este é utilizado na prossecução do interesse público pelo que, são as normas penais que fixam os pressupostos de reacções criminais e que impõem ou proíbem certas condutas, tendo em vista a protecção de valores jurídicos fundamentais para a vida e convivência de determinada sociedade. Como nos ensina Eduardo Correia (1971) é a violação desses comandos que constitui o ilícito criminal.

Mas, se o “Estado tomou sobre si (...) o monopólio de actuação do sistema de administração da justiça penal, através de reacções estaduais centralizadas” (Dias, 1993: 62), a verdade é que a capacidade do próprio Estado para controlar os níveis e formas do crime acaba por ser colocada em causa, dando origem à crise da política criminal.

A este propósito diz-nos Francesco Carnelutti (2005) que, actualmente, o processo penal cada vez mais se assume como um tema de interesse para a opinião pública – quem lê os jornais, ouve e vê notícias quase fica com a sensação que neste mundo são mais as más acções do que as boas. Se a civilização é a capacidade dos homens se amarem, e por isso viverem em paz, o crime surge como o drama da inimizade e da discórdia entre os homens, representadas na relação entre quem o cometeu, quem o sofreu e os que a isso assistem. Partindo desta notoriedade negativa, Carnelutti (2005) distingue como “misérias do processo penal” tudo o que a ele se encontra associado, desde sujeitos, processos e coisas. Sendo o crime uma desordem e o processo penal o mecanismo estadual de restauração da ordem violada, o crime está para o passado como a pena estará para o futuro. É neste ponto que Carnelutti (2005) isola um dos problemas do processo penal – a necessidade de prevenir e reprimir a prática criminal impõe que se efectuem cada vez mais abstracções (tipos de crime) o que não tem em conta o facto concreto. Ou seja, o legislador

ao operar preventivamente indicando as condutas passíveis de enquadramento penal e as consequências em caso de desobediência à lei, contribui para o perigo, cada vez maior, do aplicado da lei – o juiz – se esquecer do homem concreto que está a julgar. Afinal o juiz julga com base numa “liberdade vigiada” (Carnelutti, 2005: 69), dado que o legislador fixa os limites mínimos e máximos de cada tipo legal de crime – quando o juiz poderia fazer justiça no concreto, essa função é-lhe negada pelo legislador. Continua Carnelutti (2005) afirmando que é natural que no homem comum, perante este labiríntico mecanismo penal, se gere um sentimento de desconfiança face à administração da justiça. Sempre numa perspectiva de grande solidariedade para com o condenado por crime, Francesco Carnelutti defende que a condenação, não significando o fim do processo, também não consegue cumprir a função preventiva que supostamente deveria cumprir – “... o que a pena serve para ajudar o culpado não serve para ajudar os outros...”<sup>44</sup> (Carnelutti, 2005: 83-84). Com isto Carnelutti não pretende afirmar que o Estado deixe de impor aos cidadãos o respeito pelos valores fundamentais da sociedade; contudo alerta para o facto de não nos podermos esquecer que o Estado é um “robot gigantesco” (Carnelutti, 2005: 86) com cérebro mas desprovido de coração o que leva este Autor a concluir que o crime e penam deixaram de ser um problema jurídico, para passar a ser um problema de moral, isto é, o valor que o problema penal tem para a humanidade.

Perante a visibilidade social que os tribunais adquiriram em finais dos anos 80 em Portugal, em particular compelida pelo avolumar do número de processos-crime, introduzem-se nos diferentes sistemas jurídico-legais (e, consequentemente, em Portugal), reformas que objectivam a criação de mecanismos de celeridade, de eficácia na administração da justiça e de proximidade desta aos cidadãos.

Em Portugal o crescimento da procura do sistema penal pela sociedade iniciada na década de 80, fruto da criminalização dos cheques sem provisão, do consumo e tráfico de estupefacientes e condutas rodoviárias, a par do aumento de furtos e roubos, culminou num crescimento quantitativo brutal da criminalidade. (Gomes, 2001)

A partir dos anos 90 assiste-se, igualmente, a fenómenos de criminalidade de base mais sofisticada com recurso a meios financeiros e administrativos associada a indivíduos política ou economicamente poderosos e, também a chamada criminalidade urbana que,

---

<sup>44</sup> Tradução nossa da versão em espanhol traduzida por Santiago Sentís Melendo, indicada na Bibliografia final deste trabalho.

fazendo uso da violência se encontra, por norma, relacionada com problemas sociais complexos como a exclusão social e o consumo de droga. (Gomes, 2001)

Tendo em conta as questões elencadas no final do Capítulo I do presente trabalho, parece que poderemos concluir que a questão central que subjaz a esses problemas prende-se com o direito fundamental de acesso à justiça dos cidadãos tal como se encontra estabelecido na Lei Fundamental Portuguesa, a Constituição da República – “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.” (artigo 20.º, n.º 1 da CRP)

Contudo,

*“... partindo do pressuposto de que a justiça é um bem escasso o que inviabiliza o principio o principio da ‘justiça para todos’ trazido pela democracia e desenvolvido pela afirmação da cidadania, alguns juristas defendem que é fundamental introduzir mecanismos de selecção que, com recurso a critérios claros, façam a triagem dos crimes que devem ou não ser investigados.”* (Gomes, 2001: 76)

O modelo tradicional é, assim, posto em causa surgindo a ideia de que o papel do Estado, no que respeita ao domínio e controlo do crime deverá passar por tendência inversa à preconizada pela sobre utilização estadual da lei penal e reacções criminais introduzidas pelo Estado-Providência (Dias, 1993).

Segundo Louk Hulsman<sup>45</sup> (1993), apesar da utilidade que algumas instituições poderão ter na organização regulamentar de algumas actividades, não se poderá atribuir ao Estado uma importância tal face que face à mesma o homem acabe reduzido perante a riqueza que em si detém. Classificando o sistema penal como uma “... máquina de [exclusão] e de [punição] ...” (Hulsman, 1993: 76), este Autor questiona a validade das regras formais que institucionalmente são transmitidas como por exemplo, a imparcialidade e independência dos juízes, e a descrição e limitação de condutas puníveis. Hulsman (1993) critica a forma desarticulada de funcionamento dos vários intervenientes no processo penal, apontando o dedo ao seu trabalho isolado – o único ponto comum que consegue destacar prende-se com o encaminhamento do agente de uma fase processual para outra.

---

<sup>45</sup> Criminologista de origem holandesa, o seu nome aparece associado ao movimento abolicionista que nos anos 70 reclamava a abolição da lei penal. Este Autor dedicou grande parte da sua vida a trabalhar num sentido construtivo das situações tratadas no âmbito criminal oferecendo valiosos contributos para a discussão de ideias sobre a “descriminalização”.

Preconizando que a pena de prisão constitui um castigo causador de sofrimento desprovido de qualquer sentido, que a existência de “cifras negras” significa que “... fa[c]tos teoricamente passíveis de serem enquadrados na lei penal...” (Hulsman, 1993: 65) não são assimilados dessa forma pelos envolvidos naquele caso concreto pelo que, conclui o Autor que o sistema penal nada mais é do que uma herança escolástica, apoiada na dicotomia inocente-culpado, que subjaz à teleologia do juízo final.

Hulsman vai ainda mais longe, afirmando que o sistema penal não leva em conta a singularidade das pessoas – ao operar em abstracto acaba por causar danos, até mesmo naqueles que visa proteger. A reacção punitiva tradicional (cuja aplicação é efectuada por organização estatal investida de poder) deveria, na opinião de Hulsman (1993), ser abolida sem com isso, no entanto, pretender suprimir a responsabilidade individual dos cidadãos. Sendo o conflito um elemento natural à convivência social, Louk Hulsman defende que o domínio dos conflitos pertence às pessoas e só elas poderão chegar a uma solução eficaz e realista em termos futuros, tanto mais quando a resposta penal assenta em generalizações legais alheias ao facto de cada delito ser único.

Criticando a expansão da tipificação penal a novos campos (ambiental, fiscal, etc), este Autor realça que seria muito mais vantajoso que as pessoas pudessem tratar os seus próprios problemas sem recurso único ao Estado. Não afastando a possibilidade de acesso a mecanismos de jurisdição, Hulsman defende, ainda, que a aplicação dos meios de coerção deveria defender sempre a vontade de quem pediu essa intervenção.

Mas, deverá esta tendência chegar a pontos de se desinstitucionalizar o direito penal?

Na senda de Figueiredo Dias (1993) afigura-se-nos que, a ideia de menor intervenção estadual, para ser profícua, não pode ser pensada de forma tão radical. Deverá, antes, ser encarada em termos de uma “... não-intervenção *moderada* ou *judiciosa*, onde assume papel essencial os movimentos da descriminalização e da diversão.” (Dias, 1993: 65)

A descriminalização assenta no pressuposto que nos Estados de Direito Democráticos “... o direito penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem.” (Dias, 1993: 65) Daqui decorre, desde logo, que o direito penal não intervirá, por falta de legitimação, relativamente a condutas que não violem um determinado bem jurídico. Por outro lado, ainda, a resposta à violação do bem jurídico

determinado deve dar relevância a instrumentos não criminais. O movimento de descriminalização abrange, assim, “... o abandono da incriminação de certos factos, quer a atenuação de outros, quer ainda a contenção face a processos de neocriminalização.” (Dias, 1993: 66)

Já no que se reporta ao movimento de diversão ou desjudicialização, este tem a sua base na preferência de respostas sociais não estaduais principalmente no tratamento da pequena criminalidade com o intuito de se impedir o efeito estigmatizante e criminógeno que ocorre quando alguém é julgado pelo sistema formal de justiça penal e lhe são aplicadas sanções penais (Dias, 1993).

Apelando ao Código Penal Português, surgem-nos como mecanismos de diversão, os artigos 280.º e 281.º, respectivamente, o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo, onde é sempre elemento essencial que exista a concordância do visado.

Percorrendo o caminho da menor intervenção (moderada) estadual, surgem também movimentos de descentralização na criação de subsistemas de controlo e de participação da comunidade nesses subsistemas. Estes movimentos trazem de benéfico não só o alívio dos tribunais, como também benefícios especiais resultantes do facto de em certos casos o Estado não ser a melhor instância para resolver os conflitos que lhes estão na base. Não se pense tratar-se de uma privatização da justiça penal. A descentralização e a participação

*“... surgem no presente contexto, como ideias rectoras de uma política criminal própria ainda de uma comunidade constituída em Estado (...), não como produtos de redes de auto-regulação de carácter mais ou menos corporativo, isto é, de respostas de natureza puramente societária, totalmente cindida do (e em completa alternativa ao) sistema estadual da política criminal.” (Dias, 1993: 69)*

O mesmo é dizer que, se confere competência jurídica e também de acção à comunidade para a execução de funções específicas, no âmbito das políticas criminais, reconhecendo-se e incentivando-se a pretensão da comunidade participar nessas funções.

## **2 – DA JUSTIÇA PENAL TRADICIONAL À JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Em Portugal, à semelhança do que sucedia noutros sistemas judiciais, a introdução de novas formas de processo, mais simplificadas, vieram tentar dar uma mais adequada resposta à pequena e média criminalidade.

A entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, em Junho de 1987, a par de outras medidas, introduziu os processos (especiais) sumário e sumaríssimo, especialmente dirigidos à pequena e média criminalidade, embora os seus efeitos práticos tivessem ficado aquém do desejado.

Por este motivo, a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto veio elevar a moldura abstracta da pena de prisão aplicável ao tipo de crime susceptível de processo sumaríssimo e instituiu a criação de mais uma forma de processo especial denominado de processo abreviado (artigos 391.º -A a 391.º -F do CPP).

A escolha para aplicação das formas de processo especiais mencionadas dependerá das circunstâncias concretas que requeiram simplificação nos trâmites processuais – respostas eficazes para casos que, do ponto de vista do direito e dos factos não apresentem qualquer dificuldade.

Sem nos alongarmos mais na explicação pormenorizada de cada uma destas formas processuais, pois não é esse o objecto do nosso estudo, deixamos aqui, também, a referência à suspensão provisória do processo, enquanto mecanismo de diversão, que tendo por objectivo a ressocialização do delincente (fim igualmente preconizado pelo processo penal), o faz através de meios menos gravosos do que os do processo penal (artigo 281.º do CPP).

Sendo a Justiça uma, tal facto não impede a existência de vários e diferentes mecanismos de a alcançar. E, nessa diversidade de mecanismos, surgem também os extrajudiciais que, conjugando-se com os judiciais formam o sistema integrado de administração da justiça penal. Este sistema, porque alargado a outros mecanismos e não exclusivo do judicial, ao invés de restringir o princípio constitucionalmente consagrado de acesso ao direito, confere-lhe antes um âmbito mais alargado, colmatando-se, assim, eventuais falhas de que o sistema tradicional padece.

Neste sentido, cabe ao Estado, na qualidade de prestador deste serviço público e de guardião da justiça promover, apoiar e valorizar os mecanismos alternativos, ou melhor dizendo restaurativos, garantindo sempre que a utilização destes jamais poderá colocar em causa o acesso aos tribunais. Essa, em nossa opinião, é uma função da qual o Estado não poderá abdicar a par da garantia da verificação de validade dos acordos alcançados em sede de mecanismos alternativos (e no que interessa ao nosso estudo, em sede de mediação penal).

Esta função assume especial relevância no direito penal enquanto direito regulador das relações que se estabelecem entre o Estado, como detentor do *ius puniendi*, e os particulares (Correia, 1971).

Ao falar de novas respostas ao crime e às problemáticas da vítima e do infractor, diferente da justiça penal, não podíamos deixar de efectuar uma abordagem da mediação enquanto mecanismo da prática restaurativa.

A Justiça restaurativa, inspirada em modelos de justiça tribal dos aborígenes, é uma forma diferente de percepcionar como é que os diferentes sujeitos envolvidos directa ou indirectamente com a prática de um crime deverão responder-lhe. Trata-se de uma abordagem da justiça penal que enfatiza os danos causados nas pessoas e nos relacionamentos.

Nas palavras de Tony Marshal (Marshal apud Leite, 2008: 42-43), justiça restaurativa é “um processo através do qual todas as partes ligadas a uma ofensa concreta se reúnem para discutir e resolver colectivamente como tratar as consequências da ofensa e as suas implicações no futuro”.

Podemos, assim, destacar que a justiça restaurativa, ao invés da justiça penal tradicional, que se centra na lei, na ordem pública e no criminoso, apresenta um novo olhar sobre o conflito penal que se consubstancia na seguinte contraposição:

1. Dar prioridade ao diálogo mediado, ao contrário da função julgadora do juiz;
2. Dar primazia aos interesses das partes e não á lei;
3. Preconizar o facto de que a solução negociada será mais eficiente que uma solução imposta.

Trata-se, pois, de uma perspectiva do crime como uma violação de relações interpessoais e não apenas de uma visão unilateral de um acto tipificado pela lei penal por ter sido praticado contra a sociedade representada pelo Estado. Pelas práticas restaurativas os sujeitos processuais apropriam-se de uma significativa parte do processo decisório, democratizando participativamente esse processo, pela sua participação activa na busca de uma solução transformadora e verdadeiramente restauradora.

Para a justiça restaurativa o crime, porque causador de mal em vários indivíduos – vítima, comunidade e o próprio agente – considera ser importante a envolvência de todos numa prática de restauração individual e social. Utilizando a expressão de Francisco Amado Ferreira, a justiça restaurativa será “... uma justiça tendencialmente comunitária,

menos punitiva, mais equilibrada e humana... [e que por isso] ...asperge propriedades curativas ou restauradoras e reconstrutivas que se mostram desconhecidas do sistema estadual de justiça”. (Ferreira, 2006: 25)

Ancorada em mecanismos alternativos, porque desjudiciarizados numa lógica de eficácia, celeridade, proximidade e informalidade, a justiça restaurativa afigura-se como mais propensa à satisfação dos interesses das vítimas, agentes e comunidade em geral.

Como vimos desde a reforma do CPP ocorrida em 1987 que o legislador português, atento às movimentações internacionais, tem vindo a ampliar materialmente a resolução consensual do conflito penal. Tal constatação leva inclusivamente a que autores considerem a legislação processual portuguesa como estando

*“... na vanguarda do desenvolvimento europeu e mundial – pense-se inter alia, na figura original do assistente, na protecção às vítimas de crimes violentos, na protecção intra-processual dos ofendidos, na forma de dedução do pedido de indemnização cível e na postergação do principio do pedido em alguns casos tipificados em que a debilidade da vítima reclama a intervenção do MP”.* (Leite, 2008: 22)

Com a Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, que institui a mediação penal em Portugal, o crime deixa de ser olhado numa perspectiva de passado, assumindo contornos para com o futuro (Santos, 2006).

O apregoado “esquecimento da vítima” pelo sistema penal, objectivado na falta de relevância da sua vontade, quer no que respeita ao desencadeamento do processo, quer no que se reporta à solução, aparece agora colmatada com a lei da mediação penal:

*“Aquilo que o processo penal – este processo penal público – pode oferecer à vítima não será em muitos casos, suficiente para assegurar a solidariedade que ela merece. Essa solidariedade supõe o reconhecimento de que existe no crime uma outra dimensão – um outro conflito – que não é aquele de que a justiça penal se ocupa. Neste sentido, a justiça penal ocupa-se de um conflito que não roubou – o conflito que o crime representa face a valores essenciais para a comunidade. Mas a solidariedade que a comunidade organizada em Estado deve à vítima exige que se lhe forneçam meios para a solução dessa outra dimensão do crime, essa dimensão de conflito concreto entre um agente e uma vítima cuja paz individual foi abalada. Estes mecanismos são essencialmente externos ao processo penal, ainda que – como sucede com a mediação penal – nela se possam repercutir”.* (Santos, 2010<sup>a</sup>: 1152)

Tratar-se-ão, assim, de duas formas de encarar o crime. Enquanto o direito penal assume o crime como uma violação de um valor essencial da comunidade<sup>46</sup>, à justiça

---

<sup>46</sup> Comunidade esta que, nos Estados de Direito Democráticos se encontra legitimamente representada pelo Estado.

restaurativa importa antes o lado mais concreto e individual do conflito penal, isto é, a efectiva reparação dos danos que aquele crime concreto provocou naquela determinada vítima.

Como nos diz Cláudia Santos (2007: 10),

*“a justiça penal ocupar-se-[á] do crime enquanto conflito do agente com valores essenciais para a comunidade (...). A justiça restaurativa [procurará] a reparação dos danos concretos sofridos pelos intervenientes, através do estabelecimento de formas de encontro e de comunicação...”*

Não podemos, assim, deixar de concordar com Cláudia Santos (2007) quando, a propósito da afirmação atribuída a Nils Christie<sup>47</sup>, defende que o estado não poderá ter roubado algo que lhe pertence – se a acção penal é exercida em nome de valores fundamentais para a comunidade que foram violados, sendo o Estado o representante dessa mesma comunidade e aquele que, por via do *ius puniendi* a exerce, então tal como esse conflito pertence à comunidade, também pertencerá ao seu representante (que em seu nome actua) – o Estado. O que o Estado não pode é mais fugir de conceder aos cidadãos mecanismos que lhes permita resolver o conflito penal na dimensão privada e individual que o crime detém. E, é através desta dimensão que, cada indivíduo atingido pelo dano penal, poderá obter a sua reparação, se a isso pretender aderir.

Acrescentamos nós que, é através da legitimação destes mecanismos que o próprio Estado se torna mais Estado, garantindo a protecção de todas as dimensões do conflito penal. O reconhecimento estatal da possibilidade de reparação e responsabilização dos e pelos danos causados por uma prática criminal, através da mediação, constitui, assim, o reconhecimento das limitações da punição estatal e nunca poderá ser encarado como uma privatização da justiça penal (Santos, 2007).

Em síntese, diríamos que a teoria conceptual da justiça restaurativa parte da necessidade concreta da vítima e do atendimento eficaz a essa necessidade. Não se trata de actuar por expiação mas sim para reparar o(s) dano(s) que a prática ilícita causou.

---

<sup>47</sup> “Roubo do conflito”

### 3 – LEI N.º 21/2007 – A QUESTÃO DA VOLUNTARIEDADE

A mediação penal é também um desses mecanismos legais que, no âmbito da justiça restaurativa procura, como nos diz Cláudia Santos “... assegurar a solidariedade que ela [vítima] merece”. (Santos, 2010<sup>a</sup>: 1152)

Reportando-nos ao título do nosso trabalho, e chegados a este ponto, concluímos que a questão central à sua volta poderá ser entendida como uma ponderação entre princípio da oficialidade (que subjaz ao direito penal) e a voluntariedade (característica fundamental dos meios de RAL e da justiça restaurativa).

Sendo o princípio da oficialidade o princípio segundo o qual caberá sempre a uma entidade estadual o exercício da acção penal, este princípio é, na perspectiva dos penalistas, uma conquista civilizacional. Desta conquista há, contudo, a percepção (até pelos próprios penalistas) de que à justiça penal (que aceita a condenação do agente como um castigo aplicado coactivamente pelo poder monopolista estadual em defesa dos valores essenciais da comunidade) se encontram associados determinados desvalores como por exemplo a estigmatização e a dessocialização, além da condenação poder ser encarada como um atentado à liberdade individual (Santos, 2007). Daí que, no contexto cultural em que se insere a teoria penal portuguesa, exista a convicção de que a actuação do direito penal deva ser mínimo no sentido que a protecção daqueles valores fundamentais para a sociedade, não colida com direitos essenciais para o individuo (Santos, 2007).

Já no que reporta à mediação, enquanto prática restaurativa, prevalece a voluntariedade. E esta, pode-se dizer, surge-nos a dois níveis:

- Nível 1 – quanto à adesão ou participação no processo,
- Nível 2 – quanto ao conteúdo da solução ou acordo.

Vale isto, para dizer que se trata de um processo participado, cuja solução não é imposta autoritariamente por um terceiro, mas antes alcançada entre os interessados directos que, na causa penal, são agente e vítima.

É neste ponto que a voluntariedade ganha relevância. O reconhecimento do direito que atrás falámos, envolve a ideia de cooperação dos envolvidos no conflito penal; esta cooperação a dois níveis (como também já abordámos) – da adesão e do acordo – é característica fundamental no quadro legal português da mediação penal.

Assim para a adesão do arguido e do ofendido é necessário que se obtenha “... os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à sua participação na mediação,

informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação...” (artigo 3.º, n.º 3 da lei n.º 21/2007, de 12 de Junho e artigo 6.º, n.º 5 da Portaria n.º 68-C/2008, de 22 de Janeiro).

A voluntariedade manifesta-se, ainda, na possibilidade de, em qualquer momento, arguido e ofendido, poderem revogar o consentimento dado para participação na mediação (artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho). A opção legal na óptica de André Lamas Leite configura-se como uma “panprivatização do direito criminal” (2008: 80), aquilo que considera ser um voto de confiança do Estado relativamente ao senso do arguido e do ofendido, cuja desvantagem/perigo associado é a transformação da mediação penal num puro mecanismo de descongestionamento dos tribunais. Afigurando-se nos André Lamas Leite como um forte crítico das opções transpostas na Lei n.º 21/2007, este Autor considera a voluntariedade como estando limitada à opção do arguido entre aceitar o processo de mediação e o acordo que eventualmente se alcance, ou a consequência de contra si ser proferido despacho de acusação. Considera, assim, que a opção legal passa essencialmente por uma procura eficientista do sistema que ameaça o normal prosseguimento do processo penal com todas as garantias que a ele, legalmente, se encontram ligadas. Admitindo a hipótese de em certas situações, se poder verificar o descrito por André Lamas Leite (2008) estamos, contudo em crer que, se a predisposição para aderir à mediação não consistir num puro propósito reparador e restaurador do ofendido, haverá, então dificuldade em cumprir o acordo que, eventualmente, se alcance e, nessa medida contra si (agente) vir a ser renovada a queixa seguindo-se os ulteriores passos processuais da acção penal (artigo 5.º, n.º 4 da Lei n.º 21/2007).

Já o artigo 6.º, n.º 1 e n.º 2 da Lei 21/2007, consagra que o acordo, eventualmente alcançado em sede de mediação penal, é livremente fixado pelos seus intervenientes, mas não poderá incluir sanções privativas da liberdade, ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou, cujo cumprimento implique uma durabilidade superior a 6 meses. É a este nível que André Lamas Leite considera que a Lei n.º 21/2007 padece de inconstitucionalidade material porque viola o princípio da determinabilidade das sanções, enunciado no n.º 3 do artigo 29.º da CRP (Leite, 2008). Este Autor considera que o artigo 6.º referido, ao conferir uma liberdade tão ampla aos intervenientes no processo de mediação no que respeita á modelação do acordo, indicia uma clara demissão do Estado “... da sua inalienável função de determinação completa da política criminal, como que transferindo-a para os mediados, sob um frágil controlo do MP” (Leite, 2008: 83).

Considera André Lamas Leite que, pelo menos, dever-se-ia ter feito constar daquele diploma legal os contornos das imposições e exemplos de cláusulas. Reforçando esta ideia, chama à colação o facto de uns meses mais tarde<sup>48</sup> após a publicação da Lei 21/2007, o legislador ter sentido a necessidade de concretizar aquilo que, em sua opinião, deveria ter sido definido previamente. André Lamas Leite acrescenta, ainda, que ao nível da cláusula legal que se reporta ao acordo deveria estar, igualmente, salvaguardado o princípio constitucional da proporcionalidade do acordo que, não figurando no diploma regulador da mediação penal, apenas aparece salvaguardado (ainda que de forma precária, diz) na Portaria n.º 68-C/2008, de 22 de Janeiro – artigo 14.º, n.º 1. Na opinião deste Autor, trata-se uma vez mais, da demissão do estado de algo que não pode demitir-se – a realização dos fins do processo penal. Daí que, se a mediação pretende ser um mecanismo de prevenção da criminalidade pelas características de rapidez e celeridade, o Autor questione como pode o Estado deixar na total liberdade dos mediados um assunto que continua a ser uma função estadual.

Quanto a nós, e com o respeito que nos merece a opinião do Autor mencionado, o primeiro contra-argumento que se nos afigura é o facto de não estarmos na área da justiça penal tradicional, mas antes no âmbito da justiça restaurativa, numa resposta concertada e reparadora alcançada por via da mediação penal – o controlo efectuado a montante pelo mediador<sup>49</sup>, o realizado a jusante pelo MP concertados com a anuência do próprio arguido, afiguram-se-nos como essenciais e suficientes para a garantia da proporcionalidade do acordo. Por outro lado, consideramos, ainda, que é neste ponto que se centra parte da cedência (controlada) do Estado e onde se revela uma das principais características dos mecanismos de RAL (e da mediação) – a voluntariedade. Só desta forma, e porque a solução não é imposta, se percebe que a óptica do legislador tenha sido, além da pretensão de se alcançar uma efectiva reparação dos danos, pelo lado da vítima, o agressor também possa compreender e responsabilizar-se pela sua própria conduta danosa e que dessa interiorização se possa contribuir para impedir a sua repetição futura (Ferreira, 2006). Consideramos, também, que o controlo estatal, do ponto de vista da garantia dos elementares direitos de defesa do arguido e das expectativas do ofendido continuam garantidos, sobretudo pelo papel reservado ao MP na mediação penal – função de controlo

<sup>48</sup> O Autor refere-se ao facto de no Anexo da Portaria n.º 68-A/2008, de 22 de Janeiro constar a seguinte frase: “O acordo pode consistir, por exemplo, no pagamento de uma quantia, um pedido de desculpas, a reparação de um bem danificado, etc.”

<sup>49</sup> Cfr. artigo 14.º da Portaria n.º 68-C/2008, de 22 de Janeiro.

dos pressupostos enunciados no artigo 6.º e n.º 5 do artigo 5.º, ambos da Lei n.º 21/2007. Este posicionamento atribuído ao MP também se nos afigura como compreensível, ao contrário da opinião de André Lamas Leite (2008). Se é ao MP que compete a direcção da fase processual do inquérito, não se vislumbram impeditivos a que seja esta autoridade judiciária a efectuar esse controlo e, consequentemente, a homologar a desistência de queixa pelo ofendido, por via da assinatura do acordo (n.º 4 do artigo 5.º da Lei 21/2007).

Também nos parece que, se como diz André Lamas Leite (2008) as sanções ou os deveres referidos no n.º 2 do artigo 6.º da Lei 21/2007, fossem o decalque das injunções ou regras de conduta determinadas pela lei processual penal, tal facto colocaria em causa a essência voluntarista e criativa que deve ser o acordo.

Finalmente, também se nos apresentam sérias reservas quando André Lamas Leite quando afirma que

*“... a configuração do acordo de jeito tão amplo pode mesmo fazer perigar princípios basilares como o da igualdade dos mediados (...) que, em função de uma maior ou menor capacidade negocial, verã recair sobre si imposições sancionatórias mais ou menos graves (...) [sendo possível] que a largueza da intervenção da vontade do arguido e do ofendido conduza a resultados bastante dispares...”* (Leite, 2008: 93)

em ilícitos semelhantes. E, as reservas apresentam-se-nos por duas razões fundamentais: a primeira, e como já atrás o dissemos a propósito das críticas tecidas aos meios de RAL, estas devem-nos manter alertas para as eventuais desigualdades e, por isso mesmo, não podemos, nem devemos ignorar o papel atribuído ao mediador que, neste âmbito, lhe está confiado – ignorar o seu papel, seria ignorar também a própria mediação; a segunda, porque se ilícitos semelhantes levarem a resultados diferentes quer-nos parecer que seja precisamente isso o que se visa alcançar com as medidas restaurativas – encontrar um plano pacificador daquele conflito individual que em tudo será diferente da generalização tipificada pelo modelo tradicional da justiça penal.

Apesar de, como vimos, em Portugal a mediação penal ser um mecanismo voluntário, característica esta objecto do nosso trabalho, com características de alternatividade e complementaridade relativamente ao sistema penal tradicional,

*“... há quem entenda que os mecanismos restaurativos se devam tornar obrigatórios e como parte integrante do processo criminal, tal como sucede em algumas experiências lançadas na Bélgica, Alemanha, Áustria, Holanda, Inglaterra, Canadá e EUA, entre outros países, ainda que limitadas a domínios jurídicos específicos e a uma determinada circunscrição territorial.”* (Ferreira, 2006: 30)

Como nos continua a dar conta Francisco Amado Ferreira (2006) uns modelos funcionam como uma “espécie de antecâmara do processo judicial” (Ferreira, 2006: 30)<sup>50</sup>, como sucede por exemplo no Estado de New Jersey nos EUA.

Noutros, o modelo poderá funcionar como condição de procedibilidade, como acontece na Alemanha em que se impõe que para a admissibilidade da acusação privada em crimes de difamação, violação de sigilo de correspondência, lesões corporais, ameaças e danos à propriedade, a existência de uma tentativa prévia de conciliação.

Sucede também, ainda na Alemanha, um regime antecipado de prova em caso da mediação realizada ser conclusiva, podendo-se desta forma evitar a promoção do processo-crime podendo, em situações mais gravosas influenciar a própria sentença (Ferreira, 2006).

De salientar outros modelos que prevêm o encontro entre vítima e agressor após a condenação e em contexto prisional o que permite uma determinação progressiva da pena<sup>51</sup> (Ferreira, 2006).

Finalmente, como sucede em Portugal (cfr. artigo 281.º, 1 – e) do CP), abre-se a possibilidade destes procedimentos restaurativos (aparte da mediação penal) se integrarem num “... conjunto de injunções e regras de conduta, permitindo a suspensão ou o arquivamento de um processo criminal em curso” (Ferreira, 2006: 31).

Em síntese, como nos apresenta Francisco Amado Ferreira,

*“Consoante o modelo ‘alternativo’ adoptado, a obrigatoriedade de as partes se submeterem a um processo restaurativo pode envolver desde o seu (mero) encaminhamento até à obrigatoriedade de se conhecer uma eventual proposta da outra parte, passando pelo dever de comparência no espaço destinado à ‘mediação’.”* (Ferreira, 2006: 31)

Pelo exposto, antevemos que, apesar dos benefícios apresentados pela aplicação das práticas restaurativas, com incidência na mediação penal, onde a mesma aparece como mecanismo de eleição para certos casos, outros existirão em que esta prática não seja de todo a mais adequada. Depois, não podemos deixar de concordar com Francisco Amado Ferreira quando afirma que nem “... o agressor pode ser coagido a assumir a autoria dos factos puníveis, nem a celebração da «decisão-composição» pode ser imposta...”

<sup>50</sup> Programas de intervenção preventiva que fornecem aos agentes primários alternativas à justiça criminal tradicional, visando a reabilitação quando esta se afigure como capaz de deter o comportamento criminal no futuro – se esta intervenção for concluída com êxito não há por exemplo registo criminal do agente.

<sup>51</sup> Assim sucede na República Checa.

(2006:31). Assim, o processo restaurativo de carácter obrigatório subverte, no nosso entendimento, a sua natureza voluntária.

A mediação penal deve ser encarada como um mecanismo voluntário, quer no que respeita à sua disponibilização pelo Estado (momento da adesão), quer no momento da decisão. Por outro lado, parece-nos que o recurso à via judiciária tem que se encontrar sempre garantida, caso a mediação não seja percebida pelos interessados como uma boa via (quando admissível) para a resolução daquele conflito penal, ou em caso do acordo não ser atingido.

Para rematar resta-nos dizer que a voluntariedade é aquela característica que, sendo fundamental na mediação penal, constitui também o seu próprio limite: sem adesão não há mediação, sem acordo o processo prossegue para a via judiciária. Neste âmbito aderimos à ideia de Francisco Amado Ferreira quando afirma “... só o carácter voluntário do próprio processo restaurativo permite atenuar a crítica (e um dos maiores problemas) dirigida aos mecanismos de Justiça Restaurativa...” (Ferreira, 2006: 32), pois só a constituição de um “... direito co-titulado pela vítima e pelo agressor e não um dever jurídico...” evita uma nova sobrevitimização do ofendido, ou um atentado aos direitos do agressor. Ou seja, a voluntariedade acaba por constituir um importante filtro de segurança que evita as desvantagens que o caso concreto poderá apresentar para a participação na mediação penal (Santos<sup>a</sup>, 2010).

Destacado que foi o poder da mediação penal como meio de resolução da dimensão interpessoal do conflito penal, a voluntariedade da participação no processo afigura-se-nos como pressuposto fundamental na sua aplicação. Trata-se de um processo puramente consensual pelo que, qualquer carácter obrigatório, induzido ou de forma directa configura-se, no nosso entendimento, como um contra-senso.

E enveredamos esta posição em primeiro lugar, porque o Estado enquanto detentor do *ius puniendi* não pode demitir-se dessa função. O interesse comunitário prosseguido pelo Estado, cuja expressão principal se assume na área penal, como ramo do direito protector dos valores sociais fundamentais numa determinada sociedade, terá que continuar a ser prosseguido pelo Estado que democrática e socialmente é o representante do conjunto dos cidadãos dessa comunidade.

Em segundo lugar, porque a voluntariedade da mediação penal tem que ser encarada nos dois níveis que já atrás referimos – na adesão e no acordo. Assim, não nos é suficiente que essa voluntariedade se possa considerar verificada apenas ao nível do

acordo. Basta referir que numa situação em que apenas ao nível do acordo seja exigível essa voluntariedade se afigura como muito mais fácil, e isto sem menosprezar o papel do mediador, o alcance de um acordo em que uma das partes (por mero poder negociador, ou outro qualquer poder) possa induzir a contra-parte a um acordo que não seja a expressão da vontade desta, ou que pelo menos não seja o resultado de uma verdadeira concertação de vontades. A voluntariedade em nossa opinião, respeitará simultaneamente quer ao momento da adesão ao processo, quer à solução (ou não) alcançada para aquele conflito. Ou seja, para nós, não se apresenta como suficiente o argumento segundo o qual, mesmo perante a obrigatoriedade de mediação penal, continuar a vigorar o princípio da voluntariedade por verificação deste ao nível dos mediados serem livres de alcançar o acordo e em que termos.

Em terceiro lugar, e relacionado com o motivo acabado de apresentar, existe um sério risco de celebração de acordos “a qualquer custo” o que, no nosso entendimento faz “cair por terra” o argumento de que a voluntariedade continua a prevalecer no momento do acordo. Que vontade livre é esta do mediado que foi compelido a ir a um processo que não desejava e que chega a um acordo apenas para pôr um fim rápido àquilo que não desejava encontrar-se envolvido?

Em quarto, e último lugar, porque nos parece dever continuar a proteger a vítima, no sentido desta poder não pretender um encontro directo com o agente, além de que alguns casos se apresentam como inadequados para a sua sujeição à mediação.

#### **4 – MEDIAÇÃO PENAL - NOVOS CAMINHOS, SEMPRE VOLUNTÁRIOS**

Até onde deve ir o “paternalismo penal” consubstanciado na limitação de actuação dos indivíduos no confronto directo entre vítima e agressor, como forma de protecção e onde começa a esfera concreta de decisão de cada indivíduo sobre a sujeição do conflito penal à mediação, é a questão que nos guiará até à conclusão deste trabalho.

Será que o que as vítimas pretendem tem relevância do que aquilo que as instâncias formais de controlo consideram necessário?

Como vimos a Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho determina que só há mediação penal nos delitos semi-públicos enquadráveis nos crimes contra as pessoas ou crimes contra o património e delitos particulares. Como nos diz Cláudia Santos,

*“É inequívoco que esta [mediação penal] se tornou (...) o principal instrumento da justiça restaurativa (...) [que procura] uma solução para a dimensão interpessoal do conflito penal que seja a solução desejada pela vítima porque a acha reparadora e querida pelo agente que assume a responsabilidade de minimizar ou neutralizar os males que causou. A procura dessa solução (...) deve resultar de um encontro das vontades de ambos, para o que se admite a protecção auxiliar de um mediador de conflitos.”* (Santos<sup>b</sup>, 2010: 72)

Tendo a mediação penal como objectivo principal pacificar a dimensão interpessoal do conflito (dimensão essa que não é objectivo da justiça penal judiciária) afigura-se como lógico que a pertinência da sua aplicação varie, consoante a dimensão interpessoal do crime praticado seja mais ou menos relevante.

Uma vez que nos crimes de natureza particular é dominante a vontade da vítima relativamente à acção penal, afigura-se como perfeitamente aceitável o facto de por acordo de vontades, esse conflito seja dirimido por via da justiça restaurativa.

Já nos crimes públicos, como nos diz Cláudia Santos, essa dimensão interpessoal não sendo dominante, a vontade das partes não é suficiente, por si só, para acabar com a acção penal – nestes casos prevalecerão as “... finalidades preventivas que são as da justiça penal que se associam à defesa da comunidade perante crimes futuros.” (2010<sup>b</sup>: 73)

Será esta ideia, por si só, suficiente para afastar a justiça restaurativa do âmbito dos crimes públicos?

Na opinião de Cláudia Santos (2010<sup>b</sup>), que defendemos, não deverá ser a natureza do crime que nos fará concluir liminarmente pela inadequação da mediação penal relativamente aos crimes públicos. A conclusão que se retira é antes que a resposta da justiça penal poderá não ser a suficiente, nomeadamente, quando as partes pretendem a intervenção da mediação, precisamente para “tratar” da tal dimensão interpessoal daquele concreto conflito.

Corolário do que acabamos de afirmar surge no nosso sistema jurídico a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro<sup>52</sup> onde, no seu artigo 39.º, se prevê a possibilidade de ser promovido um “encontro restaurativo” entre agente e vítima. Sendo a violência doméstica um crime público, este tipo legal estaria, assim, afastado daquele mecanismo restaurativo conforme vimos atrás<sup>53</sup>.

Todavia o artigo 39.º da Lei 112/2009 ao prever a possibilidade de ocorrer esse encontro restaurativo entre vítima e agente faz surgir uma vez mais a voluntariedade, como elemento essencial no que respeita ao “consentimento expresso de ambos [agente e vítima] (...)”.

Na sendo do que vínhamos dizendo, não se pode deixar de louvar tal iniciativa legislativa, principalmente pelo abandono da ideia de que o encontro entre vítima e agente de um crime com tamanha carga interpessoal possa conduzir a um novo acontecimento vitimizante e porque este dispositivo legal “abre as portas” para a possibilidade de mecanismos restaurativos (mormente a mediação) noutras momentos do processo (que não só na fase de inquérito) (Santos, 2010<sup>b</sup>).

Mas, apesar deste importante abrir de portas, que esperamos promissor e contagiante a outros casos, não se encontra, esta disposição legal, isenta da crítica de Cláudia Santos (2010<sup>b</sup>) a qual, esquematizada nas questões abaixo elencadas, sintetiza, ainda, alguma falta de coragem do legislador português, a saber:

1. Porque se utiliza o termo “encontro restaurativo” em vez de “mediação penal pós-sentencial”?
2. Se o fim daquele “encontro restaurativo” é a “restauração da paz social”, onde fica o espaço para a concreta relação entre vítima e agente?
3. Porque se exclui o “encontro restaurativo” de outros momentos do processo penal?

Adiantando alguns argumentos que poderiam basilar as eventuais respostas às questões formuladas, Cláudia Santos (2010<sup>b</sup>) destaca que o facto do “encontro restaurativo” ocorrer em momento posterior à sentença penal, não se afigura como motivo suficiente para substituição do termo “mediação penal” por “encontro restaurativo”.

---

<sup>52</sup> Regime Jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à assistência das suas vítimas – cfr. artigo 1.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

<sup>53</sup> Cfr. artigo 2.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

E só poderíamos concordar com esta Autora, quando naquela disposição legal (artigo 39.º) se encontram elencados os pressupostos da mediação penal – na sua base está um conflito penal, trata-se de um encontro voluntário entre vítima e agressor realizado na presença de um mediador penal.

Também se nos afigura como pouco ajustado àquilo que são e devem ser as práticas restaurativas, o facto de aquela disposição legal mencionar que, com tal encontro, se pretende alcançar “a restauração da paz social”. Ora o principal objectivo das práticas restaurativas é a reparação da violação daquela dimensão interpessoal daquele conflito concreto e não a “restauração da paz social” cuja preconização é efectuada pela justiça penal judiciária.

Finalmente, o facto deste “encontro restaurativo” se encontrar afastado de outros momentos do processo penal, só poderá ser encarado como um resguardo normativo para com eventuais interpretações de “... tolerância politico-criminal face à violência doméstica.” (Santos, 2010<sup>b</sup>: 76)

## CONCLUSÃO

Sendo o propósito central do nosso trabalho retratar a questão da voluntariedade das práticas restaurativas, mais especificamente da mediação penal, relacionando-a com a função de controlo democrático do Estado, iniciámos a análise do tema com uma alusão aos conceitos de Direito e Justiça. E assim o decidimos fazer na medida em que se ao Estado incumbe a objectivação do Direito, este será, fruto da valoração da sociedade que esse Estado representa – e da Justiça que se pretende alcançar – e, simultaneamente, um mecanismo de controlo do Estado sobre essa mesma sociedade. Por isto, a conduta humana é regida por regras socialmente fundadas e assimiladas, na medida em que se lhes encontra associado um sentido lógico, reportado a uma determinada forma de vida, a uma validade de ordem. Neste sentido, a Justiça será o fim último que o Direito visará alcançar, e o relacionamento entre estes dois conceitos, é-nos dado por uma visão sociológica do Direito, onde este não se pode encerrar numa visão “autopoiética”, mas antes no resultado da acção interna verificada dentro dos vários sistemas e destes para com o meio onde se encontram inseridos.

Na senda de vários autores concluímos, assim, que as alterações sociais verificadas ao longo dos tempos influenciaram, e continuam a influenciar, a construção jurídica, a sua aplicação, os seus resultados e, porque não dizê-lo a própria valoração que ao Direito e ao seu principal promotor – o Estado – se encontra associada.

A “transição paradigmática” que sucede no final do Século XX de que nos fala Boaventura de Sousa Santos (2000) é o resultado de grandes mudanças sociais, económicas, políticas e culturais que, inevitavelmente, acabam por se repercutir no direito e nos sistemas de administração da justiça.

A juridificação de novos campos de acção social, saúde, trabalho, segurança social, ensino, entre outros, “imagem de marca” do Estado-Providência como Estado protector e concretizador desse proteccionismo, conduziu a um inevitável aumento da litigância e a um conseqüente desajustamento da máquina judicial (que não se prepara a um ritmo igual ao destas mudanças) face à procura verificada. Em Portugal, estas transformações são sentidas, ainda, de uma forma mais intensa, dada a rapidez com que se efectuou, por via do 25 de Abril de 1974, a democratização do Estado e da sociedade civil. Esta democratização solta do espartilho a sociedade portuguesa que, ávida de progresso, competitividade e liberdade rapidamente se vê confrontada com novos problemas.

Como consequência do desajuste entre procura e oferta dos tribunais a morosidade processual instala-se, a acção dos tribunais é posta em causa, grande parte das vezes impulsionada pela mediatização de processos judiciais que pouco revelam sobre a actividade rotineira dos tribunais. Associa-se o aumento a criminalidade e questiona-se que justiça é esta que grande parte das vezes, por ser tardia não cumpre o seu propósito fundamental.

Instalada esta crise, que tendemos a considerar na senda de outros autores (Pedroso, Trincão e Dias, 2001), mais ao nível das áreas sociais reguladas pelo direito, do que ao direito propriamente dito, os tribunais assumem um protagonismo nunca vivenciado anteriormente e pela pior perspectiva – uma vez enraizados os direitos de cidadania, é expectável que a sua garantia seja efectuada pelos tribunais que, simbolicamente traduzem a função de controlo social estatal, simbologia essa cuja manifestação máxima se reflecte na justiça penal.

Como reacção à “crise”, os Estados, iniciam diferentes tipos de reformas dos sistemas de administração da justiça onde a introdução de meios de resolução alternativa de litígios ocupa um lugar de destaque, dando-se inicio a nova relação entre o judicial e o não judicial. As políticas públicas da justiça passam a introduzir reformas que visam “descentralizar”, “informalizar”, “desjudicializar” e “desprofissionalizar” numa coexistência complementar e alternativa ao judicial.

No âmbito desta “crise judicial” não podíamos deixar de abordar a evolução que as profissões jurídicas têm sofrido e encará-las mesmo só desse prisma, ou seja, como o resultado de processos naturais de adaptabilidade e evolução profissionais. O aumento da competitividade profissional, o surgimento de novas e a reconversão de outras profissões jurídicas, bem como a tendência para a desmonopolização de conhecimento e prática profissional, são mudanças que, entre outras, se encontram intrinsecamente ligadas à mudança de paradigma da justiça que se impôs aos Estados por força da resposta necessária à crise judicial. Por isso, parece-nos que o mercado será, na nossa perspectiva, o definidor da especialidade dos profissionais jurídicos. Com uma formação de base comum, os profissionais do direito seguirão as tendências, devendo flexibilizar-se de acordo com a procura. Neste ponto, defendemos, ainda, ser fundamental que nessa formação de base comum, os meios RAL assumam um lugar científico-académico com autonomia, pois só desta forma se poderá atribuir o valor que em si encerram além de poder constituir um campo crítico de eleição capaz de contribuir para o combate de eventuais desconfianças

que, ainda, permanecem em muitos destes profissionais relativamente aos meios alternativos, quer também como mecanismos de promoção da compreensão e da necessidade de interdependência entre as várias profissões jurídicas

Representada esta resposta por um “sistema integrado da justiça” constituído, simultaneamente, por meios judiciais, meios extra-judiciais e meios compostos ou mistos, visa-se alcançar uma justiça mais rápida, barata e acessível, capaz de criar confiança nos cidadãos, e por isso conseguir preconizar a Justiça prosseguida pelos Estados de Direito Democráticos.

A resolução alternativa de litígios inspirada no Movimento ADR surgido nos E.U.A nos anos 60/70, ancorado no reconhecimento da insuficiência dos mecanismos judiciais tradicionais, da sua incapacidade para garantir o acesso universal à justiça e pelo renascer do interesse pela vida em comunidade, expande-se a diversas áreas sociais, nomeadamente a penal.

Do conjunto de características normalmente elencadas como comuns a todos os meios de RAL, destacamos o facto de por esta via se alcançar uma maior variedade de soluções para os casos em conflito, dado que estas, sendo construídas pelos próprios sujeitos do conflito, não constituem qualquer imposição de uma solução por um terceiro. Mas, a efectiva reparação do conflito numa lógica em que todos saiam ganhadores, não poderá contudo rumar a caminhos menos claros de negação dos conflitos sociais, nem podem conduzir à ocultação das desigualdades de poder existente.

À semelhança da grande parte dos países europeus e das diversas directrizes políticas internacionais, Portugal começa a experimentar a mediação que nós definimos como um processo através do qual um terceiro, o mediador, auxilia os envolvidos numa situação de conflito a alcançarem pela sua própria participação, uma solução que, expressa num acordo mutuamente aceitável se encontra organizado de forma a possibilitar a sua concretização voluntária.

A implementação da mediação em Portugal inicia-se em 2001 através da Lei dos Julgados de Paz, estende-se às áreas familiar e laboral e, em 2007 é introduzido o Sistema de Mediação Penal pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. De acordo com este diploma legal, a mediação penal só poderá ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de acusação particular, ou seja que integrem a categoria de crimes de natureza particular ou semi-público contra as pessoas e o património. Excluem-se da mediação penal, independentemente da sua natureza os crimes puníveis com pena de prisão superior

a 5 anos, crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual, crimes em que o ofendido seja menor de 16 anos e crimes cuja forma de processo seja o processo sumário ou sumaríssimo.

Caracterizada a mediação penal como um processo essencialmente voluntário, quer ao nível da adesão ao mecanismo, quer ao nível do próprio acordo, parece-nos que, nos termos do artigo 20.º da CRP, competindo ao Estado promover o acesso ao direito de todos os cidadãos, a criação de mecanismos alternativos aos judiciais nada mais é do que um corolário desse mesmo princípio constitucional.

Sendo o sistema jurídico-penal dos actuais Estados de Direito democráticos, o reflexo dos princípios e políticas estratégicas de controlo social, coadunados com os valores socialmente dominantes, então, compreende-se que esse Estado, único detentor do *ius puniendi*, vise o cumprimento de tal valoração.

As críticas à actuação do Estado que nesta área lhe são dirigidas, cujo expoente máximo são preconizadas pelo movimento abolicionista, ajudam-nos a perceber que os mecanismos de controlo penal terão que se encontrar associados a novos níveis e formas de intervenção. Contudo, e na senda de Figueiredo Dias (1993) afigura-se-nos que, a ideia de menor intervenção estadual, para ser profícua, só poderá ser encarada de forma moderada através dos movimentos da descriminalização (abandono da criminalização de certos factos) e da diversão (ou desjudicialização). Daí que, de acordo com o preconizado por vários autores, se nos afigure como entendível que nos Estados de Direito de base democrática, a acção do direito penal deva intervir na medida em que, e na justa medida em que, sejam violados os valores essenciais para a convivência em sociedade, apelando de igual forma a respostas não estaduais ao crime, evitando-se, assim, o efeito estigmatizante que as vias judiciais conferem. Por outro lado, e num perspectiva de descentralização dever-se-á apelar outras instâncias de controlo e de participação da comunidade que, não configurando uma privatização da justiça penal, deverão antes ser encaradas como uma alternatividade integrada no sistema de política criminal estadual.

Foi neste contexto que, em Portugal se introduziram processos especiais de procedimento mais simplificado (processo sumário e processo sumaríssimo), assim como a figura da suspensão provisória do processo, nas reformas do processo penal que se seguiram a 1987.

Considerando nós que a Justiça é uma, acreditamos que tal facto não impede a existência de vários e diferentes mecanismos de a alcançar. Essa diversidade conjugando

mecanismos judiciais e extrajudiciais forma um sistema alargado e integrado dando, assim, pleno cumprimento, ao princípio constitucionalmente consagrado de acesso ao direito. Nesta perspectiva somos de opinião que cabe ao Estado, na qualidade de prestador do serviço público de justiça e de seu guardião, promover, apoiar e valorizar os mecanismos alternativos, restaurativos no âmbito penal, garantindo sempre que a sua utilização nunca possa invalidar o acesso à vida judicial. Do mesmo modo, afigura-se-nos como determinante que, além de não poder inviabilizar o acesso ao judicial, também não poderá funcionar como condição para aceder ao judicial, pois aí sim estar-se-ia a negar a o acesso ao direito na sua forma plena e una. Essa, em nossa opinião, é uma função da qual o Estado não poderá abdicar a par da garantia da verificação de validade dos acordos alcançados em sede de mecanismos alternativos (e no que interessa ao nosso estudo, em sede de mediação penal). Esta função assume especial relevância no direito penal uma vez que se trata do direito regulador das relações que se estabelecidas entre o Estado enquanto detentor do *ius puniendi* e os indivíduos.

No âmbito das novas respostas ao crime os mecanismos restaurativos, onde se insere a mediação penal, apresentam na sua forma de perceber o conflito penal uma abordagem que enfatiza os danos causados nas pessoas e nos relacionamentos, ou seja perspectiva o crime como uma violação de relações interpessoais afastando-se da visão unilateral de um acto tipificado pela lei penal, por ter sido praticado contra a sociedade representada pelo Estado. Ao contrário da justiça penal tradicional (retributiva) centrada na lei, na ordem pública e no criminoso, as práticas restaurativas dando primazia ao diálogo mediado dos sujeitos processuais, enfatiza os interesses individuais destes preconizando que uma solução não imposta oferece maior garantia de cumprimento, do que aquela que é autoritariamente imposta.

Com base em princípios de eficácia, celeridade, proximidade e informalidade e por isso desjudiciarizados, os mecanismos restaurativos afiguram-se como mais propensos à satisfação das necessidades concretas das vítimas, agentes e comunidade em geral, procurando-se uma efectiva reparação do dano causado pela prática ilícita e evtando-se a expiação do modelo retributivo.

É no âmbito deste movimento de resolução consensual e de um intervencionismo mínimo do direito penal, que surge a Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, introduzindo a mediação penal em Portugal como um mecanismo na sua essência, voluntário. E voluntário a dois tempos – no da adesão dos interessado aos processo e no da celebração de acordo.

Tratando-se de um processo participado, a solução busca-se pela decisão concertada dos interessados naquela situação concreta (vítima e agente), não sendo autoritariamente imposta por um terceiro.

Esta visão parece conduzir-nos a concluir que, enquanto o direito penal encara o crime como a violação de um valor essencial da comunidade, a justiça restaurativa debruça-se para um nível mais concreto e individual do conflito penal.

Contudo, o acabado de mencionar, tal como Cláudia Santos (2007) defende, não implica que o Estado tenha “roubado” qualquer conflito – sendo a acção penal exercida em nome de valores e princípios fundamentais para a comunidade que foram violados, o Estado na qualidade de representante dessa mesma comunidade e aquele que, por via do *ius puniendi* a exerce, então tal como esse conflito também lhe pertence. Assim, o que nos parece é que o Estado não poderá fugir de conceder aos cidadãos mecanismos que lhes permita resolver o conflito penal na dimensão privada e individual que o crime também detém. E, é a este nível que, cada indivíduo atingido pelo dano penal, poderá obter a sua reparação, se a isso pretender aderir. Além disso, acrescentamos também se nos afigura como real que, só através da uma protecção de todas as dimensões do conflito penal, possa existir uma verdadeira e genuína reparação e responsabilização de eventuais danos provocados pela prática criminal, por um lado e, por outro, constitui o reconhecimento das limitações da própria punição estatal e não como uma privatização da justiça penal (Santos, 2007).

Constituindo a voluntariedade (na adesão e no acordo) característica fundamental da mediação penal, no actual quadro normativo, é fundamental que na sua participação se encontrem asseguradas a liberdade e a consciencialização do conteúdo, abrangência e limites dos participantes neste processo. A propósito deste aspecto e, de certa forma opondo-nos à opinião de André Lamas Leite (2008), estamos em crer que a predisposição para aderir à mediação por parte do agente só surtirá os resultados pretendidos com este processo se existir um puro propósito reparador e restaurador do *status* que a sua infracção provocou, pois só desta forma o cumprimento do acordo eventualmente alcançado poderá ser votado de sucesso. A ideia de acusação e de condenação tanto existirão se o ofendido não aderir ao processo de mediação, como também, no caso de adesão, não venha a cumprir o acordo que seja alcançado (artigo 5.º, n.º 4 da Lei n.º 21/2007).

Chegamos, assim, ao nível do acordo propriamente dito e, relativamente ao facto de serem considerados inconstitucionais os n.º 1 e 2 do artigo 6.º da Lei 21/2007 por violação

do princípio da determinabilidade das sanções, enunciado no n.º 3 do artigo 29.º da CRP (Leite, 2008), questionando-se como pode o Estado deixar na total liberdade dos mediados um assunto que continua a ser uma função estadual. Este quadro tem, para nós a seguinte visão: através da mediação penal, enquanto prática restaurativa visa-se uma dimensão do conflito penal que, não é a visada pela justiça penal dita tradicional, ou seja, uma resposta concertada e verdadeiramente reparadora, porque participada e construída pelos intervenientes directos do conflito; por outro lado, o controlo efectuado, quer a montante, pelo mediador, quer o realizado a jusante pelo MP concertados com a anuência do próprio arguido, afiguram-se-nos como essenciais e suficientes para a garantia da proporcionalidade do acordo, proporcionalidade esta que o princípio da determinabilidade da pena visa alcançar. Por outro lado, consideramos, ser a este nível que se centra parte da cedência (controlada) do Estado e onde se revela uma das principais características dos mecanismos de RAL (e da mediação) – a voluntariedade.

Porque não se trata de uma solução imposta, parece poder entender-se que a óptica do legislador foi que, além de uma efectiva reparação dos danos, pelo lado da vítima, o agressor também possa compreender e responsabilizar-se pela sua própria conduta danosa e que com essa interiorização se possa contribuir para impedir a sua repetição futura (Ferreira, 2006). Por fim, o controlo estatal, do ponto de vista da garantia dos elementares direitos de defesa do arguido e das expectativas do ofendido continuam garantidos, sobretudo pelo papel de controlo reservado ao MP na mediação penal nos termos do artigo 6.º e n.º 5 do artigo 5.º, ambos da Lei n.º 21/2007. Este posicionamento atribuído ao MP é de igual modo compreensível, e aqui também em desacordo com André Lamas Leite (2008), uma vez que se é ao MP que compete a direcção da fase processual do inquérito, não se vislumbram impeditivos a que seja esta autoridade judiciária a efectuar esse controlo e, conseqüentemente, a homologar a desistência de queixa pelo ofendido, por via da assinatura do acordo (n.º 4 do artigo 5.º da Lei 21/2007). Pelo exposto discordamos com a ideia de que as sanções ou os deveres referidos no n.º 2 do artigo 6.º da Lei 21/2007, devessem ser o decalque das injunções ou regras de conduta determinadas pela lei processual penal, uma vez que, na nossa óptica, tal facto colocaria em causa a essência voluntarista e criativa que dever ser o acordo alcançado na mediação penal.

Finalmente não podemos deixar de frisar que, quanto às críticas dirigidas à forma generalista como se encontram estabelecidos legalmente os limites do acordo que, dizem, poderão originar a que situações idênticas tenham soluções díspares, e depois de tudo o

que já dissemos, só uma via se nos apresenta como o caminho da resposta: encontrar um plano pacificador do concreto conflito individual, em tudo será diferente da generalização tipificada pelo modelo de justiça tradicional é o preconizado pela mediação penal, enquanto prática restaurativa.

Apesar de sermos defensores da mediação penal, estamos em crer que, como dissemos atrás, esta não é de todo, o “remédio para todos os males da Justiça”, também sucede que, no âmbito penal, percebemos que casos existirão em que esta prática não seja de todo a mais adequada pelo que, a imposição de aderir a mediação, por exemplo, como momento prévio ao prosseguimento do processo judicial, ou outro tipo de mecanismo capaz de induzir a este processo, afigura-se-nos como contrário à voluntariedade. No nosso entendimento, parece-nos que a mediação penal só possa ser encarada como um mecanismo voluntário, quer no que respeita à sua disponibilização pelo Estado (do ponto de vistas dos sujeitos, no momento da adesão), quer no momento da decisão. Fundamental em todo este processo, e só assim se justifica a sua alternatividade é que, o recurso à via judiciária tem que se encontrar sempre garantida, pois caso a mediação não seja percebida pelos interessados como uma boa via (quando admissível) para a resolução daquele conflito penal, ou em caso do acordo não ser atingido terá que existir sempre outro mecanismo de resolução dentro dos sistema de administração.

Para terminar, resta-nos dizer que a voluntariedade será aquela característica que, sendo fundamental na mediação penal, constituirá também o seu próprio limite, pois sem adesão não há mediação e sem acordo o processo prossegue para a via judiciária.

Sendo processo puramente consensual, a mediação penal não poderá ser imposta, pois todo e qualquer carácter obrigatório, induzido ou de forma directa configura-se-nos como um contra-senso. Assim, o entendemos porque o Estado enquanto detentor do *ius puniendi* não pode demitir-se dessa função – o interesse comunitário prosseguido pelo Estado, cuja expressão principal se assume na área penal, como ramo do direito protector dos valores sociais fundamentais numa determinada sociedade, terá que continuar a ser prosseguido pelo Estado, função esta que se encontra legitimada pela representação social e democrata que representa em nome dessa comunidade.

Por outro lado, não nos é suficiente que a voluntariedade se possa considerar se verificada apenas ao nível do acordo. A voluntariedade em nossa opinião, respeitará simultaneamente quer ao momento da adesão ao processo, quer à solução (ou não) alcançada para aquele conflito. Ou seja, para nós, não se apresenta como suficiente o

argumento segundo o qual, mesmo perante a obrigatoriedade de mediação penal, continuar a vigorar o princípio da voluntariedade por verificação deste ao nível dos mediados serem livres de alcançar o acordo e em que termos. Se assim não fosse, parece-nos que se correria um sério risco de celebração de acordos “a qualquer custo”, fazendo “cair por terra” o argumento de que a voluntariedade continua a prevalecer mesmo que a sua verificação seja apenas, no momento do acordo – uma vontade verdadeiramente livre será aquela que na escolha seja livre de pressões, caso que não se coaduna com o facto de um dos mediados que ser compelido a ir a um processo que não desejasse. Finalmente, porque nos parece que se deva continuar a proteger a vítima, no sentido desta poder não pretender um encontro directo com o agente, além de que alguns casos se apresentam como inadequados para a sua sujeição à mediação.

Quase a terminar este trabalho, numa perspectiva de futuro, e a propósito do artigo 39.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro que prevê a possibilidade de um “encontro restaurativo” no âmbito da violência doméstica (crime público), louvamos esta iniciativa, que apesar de não isenta de algumas críticas essencialmente terminológicas (Santos, 2010<sup>b</sup>), tem importância principalmente por desmistificar o encontro “cara a cara” entre ofendido e agressor, num caso tão delicado e de carga tão interpessoal, como o é este, e por outro por permitir este encontro restaurativo (que nada mais é do que uma mediação penal depois da sentença) noutras momentos do processo que não exclusivamente na fase de inquérito.

Na recta final deste nosso trabalho, e na senda dos caminhos abertos à mediação penal gostaríamos apenas de salientar alguns pontos que, em nossa modesta opinião deveriam ser preconizados e, os desafios que gostaríamos que fossem abraçados pelo Estado e restante comunidade jurídica e civil.

Primeiro apontamos como fundamental que, no âmbito do acesso ao direito, constitucionalmente estabelecido, possa ser dada hipótese de em momento prévio ao início do processo penal se pudesse dar a conhecer o que é a mediação e quais as vantagens da sua utilização. Assim, numa perspectiva que classificamos como intermédia, nos pareça que o único campo livre para a estabelecimento de obrigatoriedade da mediação penal, se possa apenas configurar como o assistir a uma sessão de informação sobre o que é a mediação, como ela poderá ajudar o agressor e vítima na resolução do conflito pessoal que as divide, podendo desta forma, por um lado veicular-se entre a comunidade de forma eficaz e directa das vantagens da utilização da mediação penal, por outro, os interessados

poderem avaliar se a mediação lhes poderá, no seu caso, ser ou não útil. Este seria um verdadeiro caminho de aproximação dos meios de RAL ao cidadão e à comunidade, em particular da mediação penal, que a nosso ver, e apesar do já considerável período de tempo de vigência, se mantêm desconhecidos de grande parte da comunidade.

Para o alargamento deste conhecimento, entendemos também que deverão ser explorados pontos fracos e fortes com os quais o sistema judicial e a própria sociedade actualmente se debatem. A deterioração dos serviços prestados pelos tribunais, a maior consciência dos cidadãos dos seus direitos, a escassez de recursos financeiros e a proximidade do cidadão concreto preconizada pelos meios de RAL são, no nosso entendimento aspectos potenciadores de disponibilização dos cidadãos para inovações na área da justiça e, por consequência na área penal onde, além de se encontram expressos os valores essenciais desta comunidade constituída por cada um de nós enquanto cidadãos, disponibiliza também um serviço de restauração verdadeira daquela relação abalada pelo conflito penal, se que com isso se avolumem gastos financeiros<sup>54</sup>.

Desta feita, a promoção da mediação penal, aparte das inovações legislativas introduzidas e a introduzir, deverá ser igualmente promovida por alas laterais – o envolvimento sério de compromisso das magistraturas é imperioso pelo que, só com uma ampla divulgação dos meios de RAL junto destes, quer ao nível da prestação da sua actividade, quer ao nível da sua formação específica poderá ser alcançado; também entendemos que o aprofundamento destas matérias, no âmbito dos currículos académicos de formação jurídica, será essencial para o despertar da consciência crítica que se necessita alcançar entre os outros actores jurídico-judiciais; quanto à comunidade em geral, só com campanhas de divulgação associadas ao apontamento que atrás defendemos como posição intermédia consideramos ser possível promover uma verdadeira consciencialização das vantagens de utilização da mediação penal e desta forma, os cidadãos se encontrarem livres e conscientes para a adesão VOLUNTÁRIA a este mecanismo de justiça restaurativa.

Tendo consciência que “ouvir falar de ...”, não será, de todo, igual “ao passar por ...”, acreditamos que a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, sobretudo da mediação, faz crer que o ser humano dos nossos tempos ainda tem opção, pois não se fechou na lei, podendo procurar resultados que apelem a simultaneamente ao direito e à emoção.

---

<sup>54</sup> Ao contrário dos outros Sistemas de Mediação institucionalizados em Portugal, o Penal é gratuito.

Sendo o modelo tradicional da justiça penal caracterizado pela protecção geral dos valores da comunidade e não como resultado de um caminho de negociação, é bom saber que o Estado reconhecendo as limitações da sua acção promova outras opções de resolução do litígio penal.

---

## BIBLIOGRAFIA

**AMARAL, Diogo Freitas do.** (2000). A crise da justiça. [Em linha] Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218810492G8hIJ2eb4Wa68RB5.pdf>

[Consultado em 01/12/2011]

**BAPTISTA MACHADO, João.** (1990). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Livraria Almedina.

**BARRETO, António.** (2002). Mudança Social em Portugal, 1960/2000. [Em linha] Disponível em <http://www.fcsh.unl.pt/docentes/luisrodrigues/textos/Mudan%C3%A7a%20Social%20em%20Portugal%20Ant%C3%B3nio%20Barreto.pdf> [Consultado em 01/12/2011]

**CARDONA FERREIRA, Jaime Octávio.** (2008). Justiça e Paz e sistemas incomuns de resolução de conflitos. [Em linha] Disponível em [http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo%20Justi%C3%A7a%20e%20Paz\(1\).pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo%20Justi%C3%A7a%20e%20Paz(1).pdf) [Consultado em 01/12/2011]

**CASTLES, Stephen.** (2002). Estudar as transformações sociais. *In: Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 40, pp. 123 – 148.

**CHRISTIE, Nils.** (1992 – reimpressão em 2001). Los Conflictos como pertenencia. *In: Eser, A. et al. De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-Hoc, pp.131 – 156.

**CORDEIRO, António Menezes.** (2005). *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I, Tomo I. 3.<sup>a</sup> Ed.Coimbra, Almedina.

**CORREIA, Eduardo.** (1971). *Direito Criminal I*. Coimbra, Livraria Almedina.

**COSTA E SILVA, Paula.** (2009). *A nova Face da Justiça – Os Meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra Editora.

**DIAS, Jorge de Figueiredo.** (1993). *Direito Penal Português. As Consequências jurídicas do crime*. Coimbra, AEQUITAS – Editorial Notícias.

**DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA.** (2007). Movimento processual nos tribunais de 1.<sup>a</sup> instância 1996-2006. [Em linha]. Disponível em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica/destaques/sections/estatisticas-da-justica/destaques/movimento-processual-nos/downloadFile/file/Destaque\\_Movim%202006%202ver%20\\_3\\_.pdf?nocache=1183463520.03](http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica/destaques/sections/estatisticas-da-justica/destaques/movimento-processual-nos/downloadFile/file/Destaque_Movim%202006%202ver%20_3_.pdf?nocache=1183463520.03). [Consultado em 01/12/2011]

**DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA.** (2008). Estatísticas da Justiça. Movimento Processual nos tribunais judiciais de 1.<sup>a</sup> instância 1996-2007. [Em linha]. Disponível em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/movimento-processual-dos/downloadFile/file/MovimentoProcessual\\_1996\\_2007.pdf](http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/movimento-processual-dos/downloadFile/file/MovimentoProcessual_1996_2007.pdf). [Consultado em 01/12/2011]

**DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA.** (2009). Estatísticas da Justiça. Movimento Processual nos tribunais judiciais de 1.<sup>a</sup> instância 1996-2008. [Em linha]. Disponível em [http://www.cpee.pt/media/uploads/pages/Movimento\\_Processual\\_1996-2008\\_.pdf](http://www.cpee.pt/media/uploads/pages/Movimento_Processual_1996-2008_.pdf). [Consultado em 01/12/2011]

**DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA.** (2011). Estatísticas da Justiça – Primeiros resultados. Movimento processual nos tribunais judiciais de 1.<sup>a</sup> instância 1996-2010. [Em linha]. Disponível em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej\\_pt/destaques4485/movimento-processual-nos1696/downloadFile/file/Destaque\\_Estatistico\\_DGPJ\\_-\\_1\\_-\\_Movimento\\_processual\\_nos\\_tribunais\\_judiciais\\_de\\_1\\_instancia\\_1996-2010.pdf](http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/movimento-processual-nos1696/downloadFile/file/Destaque_Estatistico_DGPJ_-_1_-_Movimento_processual_nos_tribunais_judiciais_de_1_instancia_1996-2010.pdf). [Consultado em 01/12/2011]

**FABRI, Marco.** (2005). Policies to enhance the quality of justice in Europe, *In: Fabri, M. e Riviero-Cabouat, N., L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, pp. 69 – 83.

**FERREIRA, Francisco Amado.** (2006). *Justiça Restaurativa. Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra, Coimbra Editora.

**FRANÇA GOUVEIA, Mariana.** (2010). *Mediação e Processo Civil*. [Em Linha]. Disponível em [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/MFG\\_MA\\_11326.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_11326.doc). [Consultado em 01/12/2011].

**GOMES, Conceição.** (2001). A evolução da criminalidade e as reformas processuais na última década: alguns contributos, *In: Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 60, Outubro 2001*.

**GUIBENTIF, Pierre.** (1992). A aplicação do direito redescoberta pela sociologia jurídica. [Em linha] Disponível em <http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/1063/1/2.pdf>. [Consultado em 12/10/2011]

**GOMMA DE AZEVEDO, André; SOUZA, Aiston Henrique de; OLIVEIRA, Artur Coimbra de; CARNEIRO, Breno Zaban; SOARES, Cíntia Machado Gonçalves; VAZ, Clarissa Menezes; BÓSON, Daniela Maria Cordua; ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de; MENDES, Francisco Schertel Ferreira; TRANCHO, Gustavo de Azevedo; AMORIM, Guilherme Lima; COSTA, Henrique de Araújo; SEIXAS, Isabel; BARBOSA, Ivan Machado; BARBADO, Michelle Tonon; KILIAN, Juliana Nicola; BENVINDO, Juliano Zaiden; CORRÊA, Marcelo Girade; MASSIMO, Maysa; PERRONI, Otávio Augusto Buzar; PAEZ, Paulina D'Apice; BACELLAR, Roberto Portugal; GARCIA ALVES JR., Sérgio Antônio; VEDANA, Vilson Malchow; PRADO, Vinicius.** (org.). (2009) *Manual de Mediação Judicial*. [Em linha]. Disponível em <http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>. [Consultado em 01/12/2011].

**HABERMAS, Jurgen.** (1985). A nova opacidade: A crise do Estado-Providência e o esgotamento das energias utópicas. *In: Revista de Comunicação e Linguagens, n.º 2, pp. 115 – 128*

**HABERMAS, Jurgen.** (1999). *Direito e Moral*. Lisboa, Instituto Piaget.

**LARENZ, Karl.** (1967). *Allgemeiner Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts*. Muenchen.

**LEITE, André Lamas.** (2008). *A Mediação Penal de Adultos. Um novo «Paradigma» de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*. Coimbra, Coimbra Editora.

**LOPES, Amélia.** (2001). *Libertar o desejo, resgatar a inovação*. Lisboa, Instituto de Inovação Educacional.

**LUHMANN, Nikas.** (1989). *Ecological Communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Cambridge, Chicago University Press.

**LUHMANN, Niklas.** (1990). A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. In: *Revista AJURIS*. N.º 49, ano XVII, pp. 149-168

**LUHMANN, Niklas.** (1993). La observación sociológica del derecho. [Em linha]. Disponível em [http://mnfd.sad.iscte.pt/Luhmann\\_Observacion.pdf](http://mnfd.sad.iscte.pt/Luhmann_Observacion.pdf). [Consultado em 01/12/2011].

**MATA MACHADO, Edgar Godoy da.** (1995). *Elementos de Teoria Geral do Direito: introdução ao Direito*. 4.ª ed.rev. Belo Horizonte, Editora da VFMG.

**MORAIS, Maria Teresa Teixeira Simões.** (2007). Breves Reflexões sobre Mediação Penal. [Em linha]. Disponível em [http://www.trp.pt/mp\\_trabalhos/breves-reflexoes-mediacao-penal.html](http://www.trp.pt/mp_trabalhos/breves-reflexoes-mediacao-penal.html). [Consultado em 01/12/2011].

**OLIVEIRA ASCENSÃO, José de.** (2011). *O Direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 11 ed. rev. Coimbra, Almedina.

**PARKINSON, Lisa.** (2008). *Mediação Familiar*. Agora Comunicação.

**PEDROSO, João.** (2002). Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. [Em linha]. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/index.php?id=2815>. [Consultado em 01/12/2011].

**PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo.** (2001). Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada). [Em linha]. Disponível em [http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\\_6.html](http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_6.html). [Consultado em 01/12/2011].

**PRATA, Ana.** (2008). *Dicionário Jurídico*. Vol. I. 5.<sup>a</sup> ed. Coimbra, Almedina.

**PUREZA, José Manuel.** (1999). Justiça e cidadania – por uma justiça mais democrática. [Em linha]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/11627/1/Justica%20e%20cidadania.pdf> [Consultado em 01/12/2011]

**SANTOS, Cláudia.** (2006). Mediação Penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal, *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, n.º 1, Janeiro – Março*, p. 93.

**SANTOS, Cláudia.** (2007). Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). *In: RPCC*, 17, 3, pp. 76 – 83.

**SANTOS, Cláudia.** (2010<sup>a</sup>). A “redescoberta” da vítima e o Direito processual penal português, *In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, pp. 1133 – 1153*. Coimbra, Coimbra Editora.

**SANTOS, Cláudia.** (2010<sup>b</sup>). Violência Doméstica e mediação penal: uma convivência possível?, *In: Revista Julgar, n.º 12*.

**SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João.** (1995). Os tribunais nas sociedades contemporâneas. [Em linha]. Disponível em

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf> [Consultado em 01/12/2011]

**SANTOS, Boaventura de Sousa; PEDROSO, João; MARQUES, Maria Manuel Leitão; FERREIRA, Pedro.** (1996). *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto, Afrontamento.

**SANTOS, Boaventura de Sousa.** (1999). Relatório breve do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa sobre bloqueios ao andamento dos processos e propostas de solução. [Em linha] Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>. [Consultado em 01/12/2011]

**SANTOS, Boaventura de Sousa** (2000). *A crítica da razão indolente*. São Paulo, Cortez.

**SANTOS, Boaventura de Sousa; PEDROSO, João; GOMES, Conceição; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo; ALMEIDA, Jorge.** (2002). Os tribunais e o território: um contributo para o debate sobre a reforma da organização judiciária em Portugal. [Em linha] Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/11.pdf> [Consultado em 01/12/2011]

**SANTOS, Boaventura de Sousa.** (2003) A Judicialização da política. [Em linha] Disponível em <http://www.ces.uc.pt/opiniaio/bss/078.php>. [Consultado em 01/12/2011]

**SAVIGNY, Frederich Carl von.** (1866). *Traité de la Possessionen Droit Romain*. Vol 1. 7 ed. Paris, August Durand.

**THON, Augusto.** (1951). *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. 2.<sup>a</sup> ed. Padova, Cedam.

**TREVES, Renato.** (1988) *La sociologia del Derecho. Origenes, investigaciones, problemas*. Barcelona, Ariel Derecho.

**WILDE, Zulema; GAIBROIS, Luis.** (2003). O que é a Mediação? Lisboa. Agora Publicações.

**ZUCKERMAN, Adrian.** (1999). *Civil Justice in crisis - Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford, Oxford University Press.

## LEGISLAÇÃO

Código Penal Português

Código de Processo Penal Português

Constituição da República Portuguesa

Decisão – Quadro n.º 2001/220/JAI do Conselho de 15 de Março

Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro

Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de Outubro

Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março

Directiva 2008/52/CE do Parlamento e Conselho Europeu de 21 de Maio

Despacho n.º 18778/2007, de 13 de Julho

Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto

Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho

Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho

Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro

Portaria n.º 68 – A/2008, de 22 de Janeiro

Portaria n.º 68 – B/2008, de 22 de Janeiro

Portaria n.º 68 – C/2008, de 22 de Janeiro