

A ineficácia do sistema penal na protecção à vítima e a mediação penal: um mal necessário ou uma solução há muito possível e quase sempre esquecida?

O sistema penal e a respectiva máquina judiciária, enquanto sistema tradicional de justiça, não são suficientes para dar resposta às necessidades das vítimas. Há experiências e avaliações positivas no direito comparado aferindo das potencialidades da mediação e de outros sistemas alternativos de resolução de litígios. Até porque mais importante que a guerra é a procura da paz!

E, sem dúvida, que a mediação penal é um dos instrumentos que melhor permite fazer cessar a guerra e construir a paz, desde que os interessados tenham igualdade de armas e possam ser, em todas as fases do processo acompanhados e devidamente aconselhados por advogados.

É sabido que nos primórdios do direito penal vigoravam sistemas de justiça privada, somente condicionados ou disciplinados pelas autoridades públicas para que não se ultrapasassem os estritos limites do razoável, isto é, da adequação e da proporcionalidade na violência que significava esta *vindicta privata* que, diga-se, era então o meio preponderante para garantir a reposição da validade da norma violada e, em última análise, da ordem social.

Com a organização da sociedade em Cidades, Estados e Impérios, e a tentativa da superação dos conflitos privados, caminhou-se para a publicização do direito penal. Isto é, evoluiu-se do sistema de justiça privada para um sistema preponderantemente público em que a justiça era sobretudo principal função do chefe, do rei ou do imperador, embora normalmente a sua intervenção fosse só desencadeada por iniciativa dos interessados, que, como sempre, tinham diversas capacidades de intervenção e de impulso.

Hoje em dia o monopólio ou, pelo menos, a excessiva intervenção do Estado no que respeita à instauração – ou simples prossecução - da acção penal que entretanto se estabeleceu, começa paulatinamente a recuar.

Esta tendência comprova-se desde logo porque é crescente o número de crimes de tipo semi-público; ou de possibilidades de findar o processo em situações de acordo; tal como é crescente também o recurso aos meios alternativos, aos princípios da oportunidade e do consenso no processo penal; e finalmente, porque é igualmente crescente a intervenção mais próxima e actuante de sujeitos do processo penal, mormente da vítima que, num número cada vez maior, se constitui assistente nos autos e começa a ter maiores poderes na lei e na prática.

A matriz processual penal é sempre dependente do contexto histórico-temporal e sócio-espacial e não lhe pode ser indiferente. Assim como não é também irrelevante o quadro legal e estatutariamente instituído dos sujeitos e intervenientes processuais e dos seus formais e reais poderes e regimes. Não é enfim de descurar a realidade vivida, e as diferentes realidades vividas, em cada país e no nosso em particular.

Centrando a análise no contexto actual do processo penal português, percebemos que o juiz não deve ser mediador - pois para isso mesmo estão mais vocacionados outros profissionais e, em caso de necessidade, os advogados, os magistrados do Ministério Público ou os mediadores em sentido próprio - mas nada impede que o juiz possa agir como um conciliador. Não perderá o juiz, certamente, quaisquer das características que enformam a função, designadamente a isenção e a imparcialidade. A função normal do magistrado judicial é a de decidir sobre as controvérsias, os conflitos, os litígios ou os impasses. Mas sobretudo o que se lhe pede é a solução justa e equitativa dos casos, a pacificação social e a restauração da paz, se possível com adesão, compreensão e assentimento de todas as partes envolvidas, sempre com respeito pela lei.

Quanto ao magistrado do Ministério Público deverá, na maioria dos casos, ser também um conciliador e poderá, pelo menos em fases iniciais ou em casos limite, ser um mediador em sentido impróprio. Até porque a mediação, como meio alternativo de resolução de litígios, pressupõe a intervenção de um terceiro, neutro ou imparcial, de confiança das partes ou dos sujeitos processuais (pessoas físicas ou jurídicas), voluntariamente escolhido. O mediador age como catalisador, que, usando de habilidade e arte, leva as partes ou os sujeitos processuais a encontrarem, elas próprias, a solução para as suas pendências.

Apesar do juízo de suspeição, o arguido é sujeito processual e não apenas sujeito ao processo. Tem direitos e deveres, presume-se inocente e como tal deve ser tratado em todas as fases e momentos processuais, sem quaisquer pré-juízos ou preconceitos. Nada impede, então, que se possa procurar uma solução amigável ou consensual do conflito por razões várias, e até por pragmatismo ou utilitarismo puro.

A vítima já não é apenas figura de passagem do processo penal, o mero “*objecto do crime*”, sem direito de intervenção nos autos e de participação activa no decurso das várias fases do processo. A vítima é hoje, ou pode e deve sê-lo, sujeito de pleno direito no processo penal, basta que intervenha no processo. Para isso, terá que constituir-se como assistente, apesar de tal não ser suficiente por si só. Pois situações há em que, mais do que a punição do culpado, o que interessa é salvaguardar o interesse perturbado pela lesão que o agressor causou, procurando fazer intervir a justiça restaurativa. No entanto, a eficácia deste procedimento depende, nomeadamente, da intervenção de uma entidade “fazedora de consensos”, que promova o acordo, tornando possível que o mesmo passe pela reparação pecuniária da lesão, ou pela aplicação de uma medida de sinalização ou de punição do agressor, em que a vítima seja também convocada para a definição dessa medida. O assistente mais não é que o titular do interesse ofendido com uma especial posição processual que lhe permita acção autónoma, mas coadjuvante, do Ministério Público. Pode requerer o que entender pertinente aos seus interesses, oferecer provas e recorrer de todas as decisões que lhe sejam desfavoráveis. Pode igualmente não se conformar com o arquivamento do Ministério Público e suscitar o incidente de intervenção hierárquica ou requerer a abertura de instrução para que prossiga o processo. Pode ainda não aceitar a não pronúncia (não submissão a julgamento finda a parte da instrução) e recorrer, pode alegar, pode opor-se à suspensão provisória do processo, pode, enfim ter voz activa no decurso do processo, ainda para o fazer findare em determinadas condições.

O lesado também tem a possibilidade, como parte civil, de intervir no processo penal.

Embora seja tradicionalmente difícil que a vítima e o agressor se encarem, de forma pacífica e adequada, poderá e deverá procurar-se a aproximação entre as partes, de molde a que o lesado supere psicologicamente a lesão e aceite a medida aplicada, da mesma maneira que o agressor aceite a injunção e a assunção da necessidade reparadora, descodificando-a como uma intervenção pedagógica e não como uma forma de punição, de exclusão ou de mera punição.

O advogado defensor do arguido ou patrono da vítima é o elo de ligação entre o cidadão e o sistema tradicional de justiça. Mas deve sê-lo também na mediação, porque a mediação não é inócua. E o advogado é um dos principais crivos dos conflitos. É, quantas vezes também ele, parte e decisor, mediador, conciliador e árbitro. Age, porém, enquadrado pela lei e pelo seu estatuto deontológico, sempre pautando o seu comportamento, pela incessante busca dos legítimos interesses do seu constituinte ou cliente. O advogado é, também ele, órgão de administração da Justiça, seja individualmente considerado seja no âmbito de uma sociedade. Não é hoje pensável o processo sem a assistência de um profissional do foro, de um jurista. Mas também não são pensáveis os mecanismos de resolução alternativa de conflitos sem o advogado. É precisamente essa a definição do patrocínio: a representação da parte ou do sujeito processual por um profissional do foro, quer seja ele advogado, advogado estagiário ou solicitador. E é no interesse da administração da justiça que o patrocínio judiciário se encontra instituído, no interesse dos sujeitos processuais patrocinados ou defendidos e das partes representadas.

Mas nem só de mediação penal se fala quando se aborda o consenso, tanto mais que em Portugal, vigora o princípio da legalidade que, tomado em sentido estrito, é hipócrita e falso, pois os critérios de oportunidade já existem “às ocultas...”, ou seja, que já se procede “...de forma incontrolada a uma selecção inevitável...” que deveria ser “...feita de modo transparente e disciplinado...”. É a oportunidade “velada”, o chamado “filtro” ou meio “para descongestionar” os tribunais, a sua “válvula de escape”. Assim se refere que, até inconscientemente, tal selecção “...é feita desde logo pelas vítimas, que percebem ou não certos actos como crimes, conforme convenções sociais ou os seus próprios preconceitos independente do enquadramento legal”. Que essa selecção “é

feita, depois pela polícia, que não participa todos os crimes de que tem conhecimento, procedendo a uma triagem de acordo com certos critérios, uns mais confessáveis e compreensíveis do que outros”. E, para que não fiquemos por quem não está aparentemente sujeito directa e expressamente ao princípio da legalidade, diz-se também que tal selecção “...é feita, por fim, no Ministério Público, mesmo quando vigore o mais estrito princípio da legalidade”.

O artº 40º do Código Penal trata dos fins das penas e a partir dele se pode defender que nem sempre a um crime deva corresponder necessariamente uma sanção. Já se disse que “...caso não haja necessidade de pena, nem por motivos de prevenção geral nem de prevenção especial, não é legítimo aplicá-la...”. Foi aquilo a que se chamou também de possibilidade de alívio do “...confronto entre a sociedade e o delinquente, não erigindo a punição em imperativo absoluto... [reduzindo] o conflito às suas verdadeiras dimensões e... [evitando] a estigmatização exacerbada a que muitos delinquentes estão necessariamente sujeitos.” Por seu turno o art.º 280º do Código de Processo Penal permite o arquivamento em caso de dispensa da pena. Ou seja, em caso de prática de um crime - ainda que indiciariamente comprovada - prevê-se aqui a possibilidade do arquivamento do processo em caso de dispensa de pena. E alguém tem dúvidas de que há prioridades e escolhas na condução da investigação? Diferente do princípio da oportunidade, unilateral por decisão e unidireccionado por natureza, é o possível espaço - e o desejado esforço - de consenso, que exige diálogo entre os sujeitos processuais ou, pelo menos, a sua adesão às propostas de desjudicialização. Disso é exemplo a forma de processo especial regulada nos art.ºs 392º e ss. do CPP, ou seja o processo sumaríssimo. E também o art.º 281º do Código de Processo Penal, sob a epígrafe de suspensão provisória do processo, estabelece que, ainda que na presença de uma forte suspeita de um crime, pode pôr-se fim a um processo sem punição.

Estes institutos impõem a necessidade de uma nova forma de relacionamento entre juízes, magistrados e advogados. É por isso há quem defenda, e bem, que “...precisamos todos, magistrados e advogados, de dialogar sobre os modos de, em conjunto, ultrapassar as dificuldades operativas de um processo em ordem à realização da Justiça,

CARLOS PINTO DE ABREU
ADVOGADO

alterando hábitos adquiridos e só justificados, quando o são, perante perspectivas diferentes de alcançar o fim que a todos nos empenha”. Pois que “a realização do Direito é dinâmica, é uma procura constante. Se nessa procura das soluções justas para os casos concretos tivermos de negociar, de conversar sobre os processos, conversemos quanto o necessário em busca dos consensos, por que a lei o permite e quer ao serviço da Justiça”. Conversemos, pois, todos, quer nos processos judiciais, quer na justiça alternativa; mas para isso é preciso que lá estejamos. E é por isso que defendemos a obrigatoriedade do advogado na mediação penal e nos restantes mecanismos de resolução alternativa de litígios. Para assegurar o respeito pelo Direito e pelos Direitos. Para garantir a dignidade. Para promover a igualdade.



Carlos Pinto de Abreu