

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL:  
CONTEXTUALIZAÇÃO E REFLEXÕES SOBRE A LEI N.º 21/2007<sup>1</sup>**

***RESTORING JUSTICE AND CRIMINAL MEDIATION IN PORTUGAL:  
CONTEXTUALIZATION AND REFLECTIONS ABOUT THE LAW N.º 21/2007***

*Vinícius Wildner Zambiasi*

Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo/UPF (2014). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/FMP (2016). Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2018). Carazinho, Rio Grande do Sul, Brasil. Vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: [viniciuszambiasi@gmail.com](mailto:viniciuszambiasi@gmail.com)

*Paloma Marita Cavol Klee*

Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo/UPF (2014). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/FMP (2016). Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2018). Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: [palomacavol@hotmail.com](mailto:palomacavol@hotmail.com)

**RESUMO:** A Justiça Restaurativa surge como novo paradigma de resolução de conflitos, em substituição ou de modo complementar ao tradicional sistema punitivista, a fim de apresentar uma resposta menos danosa e mais humanitária e reparadora. Neste contexto surge a Lei n.º 21/2007, responsável por regular a mediação penal de adultos em Portugal.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 13/07/2017 e aprovado em 10/02/2018.

Apesar de a lei representar importante marco na política criminal do país, verificam-se graves falhas na sua redação que diminuem excessivamente a sua aplicabilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Celeridade. Consenso. Justiça Restaurativa. Mediação Penal. Portugal.

**ABSTRACT:** Restorative Justice emerges as a new paradigm of conflict resolution, replacing or complementing the traditional punitive system, in order to present a less harmful and more humanitarian and reparative response. In this context comes the Law n.º 21/2007, responsible for regulating adult mediation in Portugal. Although the law represents an important milestone in the country's criminal policy, there are serious flaws in its writing that excessively diminish its applicability.

**KEYWORDS:** Celerity. Consensus. Restorative Justice. Criminal Mediation. Portugal.

## INTRODUÇÃO

O modelo clássico de administração de justiça penal retributiva tende a corresponder majoritariamente aos interesses do Estado, de modo que utiliza o processo e a pena como ferramentas institucionalizadas de punição, ao passo que a importância e os anseios da pessoa vitimizada pelo fato danoso é relegada a segundo plano.

Especialmente após a década de 1970, o descontentamento com esse panorama impulsionou o desenvolvimento de novos e subsidiários métodos de resolução de conflitos: práticas restaurativas e conciliatórias que gradativamente galgaram espaço em diversas partes do globo, atendendo hodiernamente pelo nome de Justiça Restaurativa.

Nesse diapasão, compreende-se que a Justiça Restaurativa opera um redirecionamento de política criminal, pois além de superar a concepção de que a situação-problema é mera infração legal, enxergando-a como um dano causado, assume o empoderamento das pessoas envolvidas e a pacificação da relação interpessoal como finalidades precípuas, fomentando o diálogo dos sujeitos para que possam encontrar uma solução adequada, preferencialmente de caráter compensatório ou reparador.

Nesse contexto, a reparação do dano ultrapassa a esfera jurídico-civilista e assume o caráter de “terceira via” sancionatória do direito penal (portanto, exige-se a

demonstração da culpa jurídico-penal), pois relativamente aos crimes de pequena e média gravidade, atende melhor aos interesses do ofendido do que penas privativas de liberdade ou de multa, além de possibilitar a ressocialização do sujeito, já que proporciona ao arguido encarar as consequências do ato praticado, possibilitando (não se trata de obrigatoriedade) até mesmo a reconciliação das partes, em casos que há prévia relação<sup>2</sup>.

Tendo em vista uma justiça penal mais justa e menos punitivista, surge em Portugal a Lei n.º 21/2007, marco teórico basilar do presente trabalho, que regulamenta o mecanismo de diversão processual denominado “mediação penal de adultos”, o qual possibilita que em determinadas hipóteses, ofendido e arguido se encontrem perante um terceiro imparcial, chamado mediador penal, para participar de um procedimento flexível, voluntário, informal e sigiloso, tencionando a pacificação e solução do conflito através de meios diferentes da prisão.

## **1 – CONTEXTUALIZAÇÃO: A JUSTIÇA RESTAURATIVA**

### **1.1 – Origens e considerações iniciais**

Apresentando-se como forma alternativa de administração de conflitos, desenvolvida nas últimas décadas a partir do descontentamento com o modelo tradicional de justiça penal, a Justiça Restaurativa é estruturada segundo diretrizes de alguns ramos do pensamento criminológico, bem como de experiências culturais de solução de situações problemáticas anteriores e paralelas ao paradigma punitivo<sup>34</sup>.

Desse modo, o (retorno do) interesse comunitário por tais práticas surge paralelamente à necessidade de se pensar em alternativas ao sistema penal tradicional, responsável por causar “sofrimento estéril” aos arguidos, pois a partir de desiguais e

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, 2ª ed. Madrid, Civitas, 1997. p. 108-110. Entende o autor que a reparação do dano deve prevalecer e substituir a pena de multa na pequena e média criminalidade, ao passo que na criminalidade grave pode servir como atenuante da sanção.

<sup>3</sup> HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª ed. Niterói-RJ: Luam Editora, 1993. p. 63-64. Baseado na resolução de conflitos de microssociedades antigas, o autor aponta que a noção de “crime” resulta da manifestação da vontade humana em atribuir o “caráter indesejável” para algumas condutas, e que seus parâmetros de julgamento variam conforme o contexto temporal ou geográfico, demonstrando assim que antes da difusão do sistema retributivo, certas comunidades adotavam práticas abolicionistas ou restaurativas para solucionar seus conflitos.

<sup>4</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. IBCCRIM, São Paulo, 2009, p. 34-37. Ainda sobre a justiça comunitária anterior ao “roubo do conflito pelo Estado”, destaca-se que não existiam apenas “práticas violentas e arbitrarias”, mas também “técnicas não-judiciais e formas não-legais” de resolução, alcançadas pelo consenso comunitário, sem a intervenção estatal.

seletivos processos de criminalização, segregam-os em cárceres degradados e superlotados, além de não impedir os elevados índices de reincidência e de cifras negras<sup>5</sup>.

Ainda na perspectiva do sistema penal tradicional, diversas foram as medidas historicamente adotadas na tentativa de contornar e corrigir suas falhas, tais como a introdução do critério de proporcionalidade entre conduta criminosa e sanção aplicada, a inserção da finalidade ressocializadora na pena, e mais recentemente, a criação de penas alternativas ao encarceramento<sup>6</sup>.

De certo modo rompendo com o paradigma tradicional, a Justiça Restaurativa representa para Braithwaite um método alternativo de resolução de conflitos que visa restaurar vítima, ofensor e comunidade afetada pelo crime, priorizando a cura, o aprendizado moral, a participação e o interesse comunitário, o diálogo respeitoso, o perdão, o senso de responsabilidade, o arrependimento e a reparação dos danos causados, dispensando o uso de técnicas de sofrimento e punição<sup>7</sup>.

Sob uma perspectiva histórica, não obstante existam registros remotos de práticas restaurativas em antigos povos ocidentais e orientais, o interesse ocidental moderno pela Justiça Restaurativa surge especificamente em 1974, na cidade canadense de Kitchener, a partir da implementação de programas experimentais pós-sentenciais de reconciliação e mediação entre vítimas e ofensores<sup>8</sup>.

Desde então, especialmente nas duas décadas subsequentes, as práticas restaurativas foram expandidas para diversas localidades do globo, como Austrália, Singapura, Reino Unido, Irlanda, África do Sul e Estados Unidos, através de diversos procedimentos, tais como os *healing circles* no Canadá, ou o *Nanante* na África<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas...*, p. 61-63. Motivo pelo qual o autor defende a abolição completa do sistema penal, visando buscar a solução de situações problemáticas fora da seara criminal.

<sup>6</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Palas Athena, São Paulo, 2008, p. 62-63. Embora restem dúvidas sobre a real finalidade, desde a implementação das penas alternativas não houve a diminuição do número de sujeitos encarcerados, pelo contrário. Portanto, tal medida somente majorou o controle formal do Estado sobre as pessoas, sendo preservada a ideologia retributiva da justiça penal. O autor compreende tal fenômeno a partir da difusão social de cinco premissas relacionadas ao crime e à justiça: “a culpa deve ser estabelecida; a justiça deve vencer; a justiça passa necessariamente pela imposição de dor, a justiça é medida pelo processo; e a violação da lei define o crime”.

<sup>7</sup> BRAITHWAITE, John. *Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press, New York, 2002, p. 8.

<sup>8</sup> ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 53.

<sup>9</sup> BRAITHWAITE, John. *Justice and...*, p. 8, 10-12. Sobre a expansão das práticas, frisa-se a contribuição de ativistas estadunidenses e britânicos como H. Zehr, M. Umbreit, K. Pranis, D. Van Ness, T. Marshall e M. Writght, dos juízes neozelandeses M. Brown e F. McElrea, e também da polícia australiana.

Ademais, a Justiça Restaurativa é estruturalmente constituída a partir de três pontos basilares: (i) – a vitimologia (geral, não a vitimodogmática)<sup>10</sup>, responsável por resgatar o papel da vítima na resolução do conflito; (ii) – o abolicionismo<sup>11</sup>, perspectiva oriunda da criminologia crítica que visa a supressão ou mitigação (pensamento radical ou moderado, respectivamente) do sistema penal; e (iii) – o comunitarismo, dotando a comunidade enquanto meio e fim da prática, ou seja, além de ser o local adequado para o desenvolvimento do procedimento, objetiva o “ressurgimento da vida comunitária”<sup>121314</sup>.

A partir da junção dos pontos basilares supracitados, a Justiça Restaurativa ganha forma e extrai algumas das suas principais características, como a preocupação

---

<sup>10</sup> LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 24, n. 4, p. 583-584, out./dez. 2014. Apesar do longo período de esquecimento da vítima pela criminologia e pelo direito penal, tal situação vem sendo gradativamente modificada. No caso português, além do ofendido ser elevado à posição de sujeito processual, passou também a dispor, através da figura do assistente, de poderes próprios e autônomos em relação ao MP. Contudo, como não se trata da perspectiva vitimodogmática, não há que se falar, por exemplo, em reinterpretação dos tipos legais a partir do exclusivo interesse da vítima (sem desconsiderar a dificuldade em definir o que isso significa).

Chega-se, portanto, ao ponto-chave: a Justiça Restaurativa não é um movimento direcionado absoluta e unicamente às necessidades e interesses do ofendido, pois além de seus “interesses reparatórios” eventualmente serem diferentes dos da comunidade, as finalidades das práticas restaurativas não admitem o favorecimento de um sujeito em detrimento do outro.

<sup>11</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa...*, p. 38-42. A década de 1980 marcou a criminologia crítica pela seguinte divisão: realistas de esquerda, minimalistas e abolicionistas. Os primeiros enxergavam a criminalidade como um problema das classes mais desprivilegiadas da sociedade, os segundos defendiam a adoção de um direito penal mínimo, pautado por princípios e garantias voltados à defesa dos direitos humanos. Por fim, os abolicionistas apresentam diferentes propostas e perspectivas. Influenciados pela etnometodologia estadunidense, pela nova criminologia e pelo *labelling approach*, o ponto de conexão do pensamento abolicionista é a premissa de carência de legitimidade do sistema penal.

Dentre os abolicionistas que mais contribuíram à Justiça Restaurativa, destacam-se NILS CHRISTIE e LOUK HULSMAN. O primeiro, ao criticar o “roubo do conflito pelo Estado”, discorre sobre os limites da dor causado pelo sistema penal, trabalha na busca de métodos participativos e comunitários de resolução de conflitos (como a reparação ou indenização), ao passo que dispensa medidas restritivas de liberdade. Já o segundo compreende a ineficácia do sistema penal na (re)solução de problemas, pois dentre outros problemas, opera a partir do congelamento de fatos passados e enquadramento destes em normas penais, desconsiderando as diferenças e anseios das pessoas envolvidas no fato.

<sup>12</sup> ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa...*, p. 56-57.

<sup>13</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 78-79. Complementa-se destacando a contribuição do pensamento criminológico feminista que além de questionar a legitimidade e conveniência do sistema penal tradicional, assume uma perspectiva direcionada ao diálogo, compreensão, conciliação e pacificação (valores compartilhados pelas práticas restaurativas). Contudo, o paradigma feminista não recusa completamente o resultado pacificador da intervenção punitiva, vendo-a como ferramenta de proteção das mulheres, desde que obedecidos os parâmetros de adequação e necessidade.

<sup>14</sup> LEITE, André Lamas. Alguns claros..., p. 603. O autor aponta duas perspectivas distintas de comunitarismo, uma positiva e outra negativa: (i) – a primeira valoriza a sociedade no processo penal através do alargamento da participação e legitimidade processual de sujeitos, o que pode ser exemplificado pela constituição de pessoas coletivas representativas de interesses tutelados jurídico-penalmente como assistentes; (ii) – a segunda substitui o Estado como administrador do *ius puniendi* por uma “entidade proteiforme, de noções inseguras e mais que fluídas”, inaugurando a privatização do direito penal.

fulcral na reparação da vítima e da comunidade afetadas pelos danos causados, e a busca pela pacificação do conflito interpessoal, através de práticas alternativas e menos danosas que as usuais do sistema tradicional retributivo<sup>1516</sup>.

Como última nota, destaca-se que as diretrizes vitimológicas e abolicionistas sofrem mitigações e adaptações quando transpostas à Justiça Restaurativa, pois além de tais práticas coexistirem e reconhecerem a importância da aplicação do sistema penal em determinadas ocasiões, evitam sobrepor demasiadamente os direitos e interesses da vítima, mesmo que sua valorização não enseje obrigatoriamente em cerceamento de direitos e garantias do arguido<sup>17</sup>.

## 1.2 – A teoria de JOHNSTONE e VAN NESS e a (dificuldade de) conceituação

Movimento social que galga seu espaço contra um paradigma dominante a partir da adoção de dimensões éticas, instrumentais e comunitárias próprias, pontua-se inicialmente a dificuldade em precisar de maneira unânime e absoluta o que é<sup>18</sup> e quais são os objetivos da Justiça Restaurativa<sup>19</sup>, pois além de inexistir uma autoridade responsável por classificar quais são os procedimentos restaurativos<sup>20</sup>, tais práticas se desenvolveram historicamente a partir de experiências distintas e espalhadas por várias partes do mundo, em diferentes contextos e culturas.

---

<sup>15</sup> HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 9/10, p. 9, jan./jun. 1973. O autor destaca os “custos sociais” impostos pelo sistema penal, tanto da perspectiva do ofensor, quanto do ofendido. Deste, há a quase nula assistência para pessoas prejudicadas pelo evento danoso e a unicidade de respostas punitivas, desconsiderando seus anseios e interesses. Daquele, por outro lado, há a seletividade (e decorrente desigualdade na distribuição dos “custos sociais”), a estigmatização, a precariedade do sistema carcerário, a ineficiência na readaptação comunitária do sujeito, etc.

<sup>16</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 161. Pertinente destacar também o apontamento da autora, no sentido de ser impossível contrapor justiça penal e restaurativa com base na afirmação de que uma é retributiva e a outra não, pois ambas visam neutralizar uma ofensa cometida no passado, diferentemente das concepções preventivas (voltadas ao futuro). Ademais, ligam-se também por apresentarem “uma certa recusa da instrumentalização do agente, como forma de dissuadir ilícitos futuros hipoteticamente cometidos por outros”. Contudo, ao focar na pacificação de relações interpessoais, a Justiça Restaurativa adota um “universo de destinatários” muito menor que as finalidades preventivas da sanção penal.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 48-49.

<sup>18</sup> DIRETIVA 2012/29/EU do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Disponível em: <[http://apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/LexUriServ\\_Directiva\\_PT.pdf](http://apav.pt/apav_v3/images/pdf/LexUriServ_Directiva_PT.pdf)>. Acesso em 04.04.2017.

A Diretiva compreende a Justiça Restaurativa como “um processo que permite que a vítima e o autor do crime participem ativamente, se o fizerem com o seu livre consentimento, na resolução de questões decorrentes do crime mediante a ajuda de terceiros imparciais”.

<sup>19</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 153-156. Neste mesmo sentido, a autora aponta a inexistência de um conceito fechado de Justiça Restaurativa.

<sup>20</sup> VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*. Anderson Publishing, Waltham, 2010, p. 23.

Como exemplo da complexidade do tema, citaremos o conceito de Tony Marshall sobre a Justiça Restaurativa, que a interpreta como “um processo pelo qual todas as partes envolvidas em uma ofensa particular se unem para resolver coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações futuras”. Embora esta definição seja a preferida por alguns dos principais pensadores do tema, também é alvo de diversas críticas doutrinárias<sup>2122</sup>.

A partir das dificuldades conceituais apresentadas, Johnstone e Van Ness apresentam as visões maximalista e minimalista sobre a Justiça Restaurativa. A minimalista compreende-a como respostas comunitárias de ensinamento, cura, reparação e restauração da vítima aos eventos danosos, e principalmente pautada pela voluntariedade e alternatividade com o tradicional sistema penal. Ou seja, a partir desta perspectiva, não é aplicável a Justiça Restaurativa em todas as situações, dependendo da voluntariedade de participação das partes.

Por outro lado, a visão maximalista enxerga a Justiça Restaurativa como substituta integral (ou majoritária) do sistema penal tradicional, aplicando-a a todas as situações. Dessa forma, esvazia-se o caráter de voluntariedade da prática, podendo-se afirmar que o que se busca, a partir dessa perspectiva, não é a restauração, mas sim a reparação, ainda que de forma coativa<sup>23</sup>.

A despeito disso, os autores percebem a Justiça Restaurativa como um movimento social de grande diversidade interna, que objetiva transformar a forma com que as sociedades contemporâneas compreendem e respondem ao fenômeno da criminalidade, a partir da gradual substituição do atual sistema de justiça penal por métodos restaurativos e reparatórios emanados por decisões comunitárias. Por outro lado, não desconsideram a profundidade conceitual e a dificuldade em apontar uma “definição fechada” do termo, o que se comprova pelas três seguintes perspectivas de interpretação<sup>24</sup>:

A “concepção apreciativa” compreende a insuficiência de eventual catalogação taxonômica de tais práticas, pois ao passo que representam um método construtivo e

---

<sup>21</sup> BRAITHWAITE, John. *Justice and...*, p. 11. Refere que esta concepção não aponta o que ou quem deve ser restaurado, além de silenciar sobre quais seriam os valores centrais da prática restaurativa.

<sup>22</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 163. No mesmo sentido, a autora entende que o conceito supracitado prestigia demasiadamente o processo em detrimento ao resultado – isto é, apresenta uma “compreensão enquanto puro procedimento cindido dos objetivos que com ele se pretendam atingir”.

<sup>23</sup> JOHNSTONE, Garry; VAN NESS, Daniel W. *Handbook of Restorative Justice*. Willan Publishing, Cullompton, 2007, p. 5.

<sup>24</sup> JOHNSTONE, Garry; VAN NESS, Daniel W. *Handbook of...*, p. 5-6.

progressivo em relação ao modelo tradicional, devem ser submetidas a um crivo avaliativo flexível, a fim de verificar se atendem ou não aos padrões e objetivos visados pela Justiça Restaurativa, preservando, assim, a própria reputação<sup>25</sup>.

Posteriormente, de acordo com a “concepção da complexidade interna”, não basta que as práticas restaurativas sejam construtivas e progressivamente alternativas à clássica intervenção criminal, devendo conter ao menos um desses “ingredientes”<sup>26</sup>:

a) Ser um processo relativamente informal, que envolva vítimas, ofensores e demais pessoas conectadas ao fato em questão, possibilitando a discussão sobre a extensão do dano e sua reparação, bem como sobre o que deve ser feito para prevenir novos conflitos ou irregularidades;

b) Ao invés de prevalecer a vontade do Estado e dos agentes legais, preza-se pelo “empoderamento” do conflito pelas pessoas envolvidas no fato;

c) Da perspectiva do ofensor, o mediador ou facilitador da resolução do conflito deve se esforçar ao máximo para que o acordo alcançado privilegie o reconhecimento do erro e a assunção de responsabilidade pelo dano causado, evitando ao máximo soluções punitivistas e estigmatizantes, a fim de maximizar os benefícios extraídos pelos prejudicados e a reintegração social do agente;

d) Este terceiro imparcial também deve trabalhar para que o processo de resolução de conflitos seja pautado por princípios e valores desejáveis pela sociedade contemporânea, tais como o respeito e a inclusão. Por outro lado, métodos violentos e coercitivos devem ser evitados;

e) Ainda, os mediadores ou facilitadores devem dar especial atenção aos danos sofridos pela vítima, bem como às necessidades que dali decorram, objetivando encontrar soluções que possam satisfazê-las; e

f) Por fim, enfatiza-se a importância do fortalecimento/reparação da relação entre os envolvidos, a fim de atender ao caráter comunitário da prática restaurativa.

Após analisarmos o conteúdo desses “ingredientes”, parece-nos óbvio que caso determinada prática apresente todos os seis, dificilmente deixará de ser enquadrada como um procedimento restaurativo. Contudo, a complexidade surge nos casos em que um ou mais dos elementos descritos acima não forem vislumbrados, de forma que o seu

---

<sup>25</sup> *Idem*, p. 6-7.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 7-8.



enquadramento na Justiça Restaurativa dependerá da importância que o avaliador, de modo subjetivo, concede aos “ingredientes” presentes e faltantes<sup>27</sup>.

Finalmente, o terceiro ponto de destaque versa sobre a importância de se manter uma “concepção aberta” da Justiça Restaurativa, pois além dessas práticas serem complexas e por vezes imprevisíveis, via de regra são desenvolvidas e aperfeiçoadas por experiências práticas, como ocorreu nos procedimentos estadunidenses, australianos e neozelandeses entre as décadas de 1970 e 1990, que apresentam significativas variações entre si, a depender da época e do local em que foram executadas<sup>2829</sup>.

Nesse sentido, Achutti destaca que movimentos sociais que pleiteavam direitos dos prisioneiros, soluções alternativas ao cárcere e aos conflitos penais, programas de reconciliação e mediação entre ofendido e ofensor, grupos de apoio às vítimas, conferências restaurativas e de grupos familiares, círculos de sentença e cura, comitês de paz, conselhos de cidadania, serviços comunitários e painéis de impacto de vítimas e conselhos de reparação são exemplos de procedimentos restaurativos surgidos a partir da década de 1970, que além de contarem com estruturas internas diferentes, não surgiram necessariamente sob a égide da concepção de “Justiça Restaurativa”, e sim diante da vontade de se buscar métodos menos danosos e mais benéficos à sociedade<sup>30</sup>.

Contudo, após esta exposição de divergências e complexidades que envolvem o tema, faz-se necessário realizar um contraponto, destacando um elemento substancialmente comum das práticas restaurativas: a superação da restrita visão técnico-jurídica que interpreta o crime como mera violação da norma penal e ofensa a bens jurídicos protegidos, redirecionando o foco para as dimensões interpessoais do problema, passando a encarar o fato como um dano sofrido por alguém<sup>3132</sup>.

Desse modo, diversos são os objetivos que podem ser visados pelas práticas restaurativas: (re)conciliação dos sujeitos, empoderamento do conflito pelas partes, resolução do problema, prevenção de reincidência, responsabilização e ressocialização do ofensor, reparação do dano, etc. Entretanto, não é necessário que todas essas finalidades

---

<sup>27</sup> JOHNSTONE, Garry; VAN NESS, Daniel W. *Handbook of...*, p. 8.

<sup>28</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>29</sup> ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa...*, p. 55-57. Reforça-se tal complexidade também pelo fato de que a ONU reconhece a possibilidade de existirem procedimentos restaurativos em quatro fases processuais distintas, quais sejam a pré-acusatória (ou de investigação), pós-acusação, judicial e pós-judicial.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 77-83.

<sup>31</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as Lentas...*, p. 174-175.

<sup>32</sup> ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa...*, p. 83-87.

sejam alcançadas de forma simultânea e através de um único procedimento<sup>33</sup>, pois o que se prioriza aqui é a “oferta de uma possibilidade de pacificação”<sup>34</sup>.

Como derradeira nota deste tópico e não obstante as dificuldades expostas, nos inclinamos a concordar com a concepção “purista” apresentada por Cláudia Santos. Embora mais restritiva, tal ideia vislumbra um ponto de intersecção entre as perspectivas procedimentais e finalistas do instrumento ao supor “uma finalidade de reparação e a sua prossecução através de um procedimento alicerçado na autonomia das vontades e no consenso”<sup>35</sup>, ao passo que assume como pedra de toque da Justiça Restaurativa a “defesa dos interesses da vítima e o ressarcimento, na medida do possível, dos danos por ela sofridos”<sup>36</sup>.

### 1.3 – Princípios e valores segundo a teoria de BRAITHWAITE

Para finalizar a contextualização da Justiça Restaurativa, é importante tecer alguns breves comentários sobre os valores e princípios que pautam tais práticas. Em que pese as diversas classificações existentes<sup>37</sup>, optamos por fazer uso daquela elaborada por Braithwaite, que a partir de tratados internacionais de direitos humanos e experiências empíricas, subdivide-a em três<sup>38</sup>:

O primeiro grupo é composto pelos “*constraining values*”, e representa os valores prioritários da prática restaurativa, os quais buscam evitar que o procedimento se torne opressivo, especialmente nos casos que há risco de restrição de liberdade do ofensor. São eles: não-dominação<sup>39</sup>, empoderamento<sup>40</sup>, respeito aos limites<sup>41</sup>, escuta respeitosa<sup>42</sup>,

---

<sup>33</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa...*, p. 53.

<sup>34</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 171-172.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 166.

<sup>36</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal: algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de adultos em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 1, p. 87, jan./mar. 2006.

<sup>37</sup> Ainda que deixadas de fora pela limitação da presente pesquisa, vale ressaltar a classificação elaborada por DANIEL VAN NESS e KAREN STRONG na obra *Restoring Justice: na introduction to restorative justice* (2010), bem como os princípios elencados pela ONU através da Resolução 2002/12, disponível em <[http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf)>. Acesso em 03.04.2017.

<sup>38</sup> BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice in A. Von Hirsch, J.V. Roberts, A.E. Bottoms, K. Roach and M. Schiff (eds) *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 7-12. Disponível em <[www.johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Principles\\_of\\_Restorative\\_Justice.pdf](http://www.johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Principles_of_Restorative_Justice.pdf)>. Acesso em 03.04.2017.

<sup>39</sup> BRAITHWAITE, John. Principles of..., p. 9. Diante da inevitabilidade de desequilíbrio de poderes entre os envolvidos, a prática restaurativa deve prevenir essa desigualdade, e que determinado participante seja dominado pelo outro.

igualdade de preocupação com os participantes<sup>43</sup>, “*accountability/appealability*”<sup>44</sup> e o respeito aos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as vítimas de crime e abuso de poder, bem como nos demais tratados e acordos internacionais.

O segundo grupo é formado pelos “*maximising values*” e apresenta valores que podem ser alcançados através da prática restaurativa, mas que diante do empoderamento do conflito pelas partes, podem ser livremente ignorados ou preteridos, sem prejuízo do seu caráter restaurativo. São eles: a reparação dos danos materiais, a retratação emocional ou da dignidade dos sujeitos, a prevenção de outros delitos, a compaixão, etc<sup>45</sup>.

Neste ponto, insta salientar a importância do papel desenvolvido pelo trabalho do mediador (ou outro facilitador/terceiro imparcial) na busca desses valores, pois já que podem ser livremente preteridos pelas partes, caberá a ele encorajar e fomentar o seu alcance, entretanto, sem caracterizar imposição.

Por fim, o terceiro grupo é composto pelos “*emerging values*”, que são aqueles valores que devem ser manifestados espontaneamente durante as práticas restaurativas, ou seja, em hipótese alguma podem ser cobrados dos participantes, sob pena de haver o esvaziamento do seu significado. São eles: o pedido de desculpas, o sentimento de remorso, o perdão pelo dano causado, ou quaisquer outros atos desta natureza, que somente são dotados de valor quando manifestados de forma genuína e natural<sup>46</sup>.

A partir da análise dos valores supracitados é possível concluir que em que pese essa classificação prese mais pelo procedimento do que pela finalidade, independentemente da prática analisada, são estes os valores que direcionam “o que” e “como” se alcançam as finalidades da Justiça Restaurativa, sobretudo a pacificação do

---

<sup>40</sup> *Idem*, p. 9-10. Sendo contrário aos valores presentes nos dois grupos subsequentes, o empoderamento simboliza a devolução do conflito às pessoas, dando-lhes o protagonismo que até então era retirado pelo processo penal. Permite, por exemplo, que a recusa do perdão faça parte da prática restaurativa.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 10. O respeito aos limites significa que a decisão encontrada pela prática restaurativa jamais poderá envolver alguma forma de degradação ou humilhação do outro.

<sup>42</sup> *Idem, Ibidem*. A escuta respeitosa é uma limitação ao empoderamento, pois um participante jamais pode desrespeitar o outro, sob pena de ser convidado a se retirar das conversações.

<sup>43</sup> *Idem, Ibidem*. As práticas restaurativas devem ser voltadas, de acordo com suas necessidades, a todos os envolvidos: vítima, ofensor e comunidade afetada. Com isso, busca-se que todos saiam ganhando com o resultado obtido.

<sup>44</sup> *Idem, Ibidem*. Reconhece-se que as partes têm o direito de submeter os termos acordados à análise de um Tribunal, inclusive podendo optar pelo julgamento no sistema tradicional de justiça, ao invés da prática restaurativa.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 11-12.

<sup>46</sup> BRAITHWAITE, John. Principles of..., p. 12-13.

conflito interpessoal por meio da reparação dos danos causados à vítima e da responsabilização voluntária do agente.

Após a breve explanação dos panoramas gerais da Justiça Restaurativa, focaremos agora na análise da Lei n.º 21/2007, norma legal responsável por implementar a mediação penal de adultos em Portugal.

## 2 – MEDIAÇÃO PENAL E A LEI N.º 21/2007

### 2.1 – A Mediação Penal

Prática restaurativa dominante tanto em Portugal quanto nos demais países de similar contexto cultural, a mediação penal, juntamente com as conferências e os círculos de sentença, formam os três principais procedimentos restaurativos contemporâneos. Contudo, além de não ser o único procedimento restaurativo existente, a mediação penal tampouco é a única forma de mediação, de modo que se pode observar práticas similares em outros âmbitos sociais, como nos contextos familiares, laborais ou intergrupais<sup>47</sup>.

Não obstante as diversas conceituações existentes<sup>48,49</sup>, valemo-nos daquela elaborada por Martínez, que compreende a mediação penal como:

Um processo de comunicação em que a vítima e o infrator chegam a um acordo, com a ajuda de um terceiro, que supõe uma reparação dos danos causados, materiais e imateriais e que, caso a caso, afetará o processo penal – entendido este em sentido amplo<sup>50</sup>.

Todavia, sublinha Cláudia Santos que assim como existem dificuldades de definição da Justiça Restaurativa, o mesmo ocorre em relação à mediação penal, de forma que ao invés de adotar uma conceituação fechada, é preferível elencar quatro elementos

---

<sup>47</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 633-635.

<sup>48</sup> 2001/220/JAI: Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ\\_2001.220.JAI\\_Estatuto\\_da\\_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5](http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5)>. Acesso em 04.04.2017. O artigo 1.º, “e” define 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”.

<sup>49</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1459&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis)>. Acesso em 04.04.2017. A legislação portuguesa define a prática no artigo 4.º, n.º1, como “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 ativamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ, Gema *Apud* SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 642.

caracterizadores deste procedimento, quais sejam: (i) – a participação voluntária dos agentes do crime e suas vítimas; (ii) – a intervenção de um agente mediador que intenta facilitar a comunicação e salvaguardar a segurança dos participantes; (iii) – apresenta um processo comunicacional entre os agentes, para que possam expressar seus sentimentos e necessidades; e (iv) – visa pacificar o conflito interpessoal através da responsabilização do agente e da reparação dos danos causados<sup>51</sup>.

Em decorrência disso, dentre as vantagens da prática, destacam-se principalmente a simplicidade, flexibilidade e informalidade do procedimento, a economia de recursos em comparação ao processo penal tradicional, o empoderamento das partes no conflito (possibilitando o controle sobre o resultado obtido e a oportunidade de expressar seus pontos de vista), sendo resguardada a oportunidade da solução ser alcançada através da via judicial, caso reste infrutífera a mediação<sup>52</sup>.

Contextualizada a prática da mediação penal, prontamente passaremos à análise da sua aplicabilidade em Portugal no âmbito da Lei n.º 21/2007.

## **2.2 – Algumas reflexões sobre a Lei n.º 21/2007**

### *2.2.1 – Enquadramento e surgimento*

A mediação penal de adultos, legalmente formalizada na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, integra o rol de mecanismos de diversão processual em relação ao princípio da legalidade<sup>53</sup> existentes em Portugal<sup>54</sup>, tendo sido transposta ao ordenamento interno português em atendimento ao artigo 10.º da Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de Março<sup>55</sup>, que trata do estatuto da vítima em

---

<sup>51</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 642.

<sup>52</sup> BELEZA, Teresa Pizarro; DE MELO, Helena Pereira. *A Mediação Penal em Portugal*. Almedina Editora, Coimbra, 2012, p. 37.

<sup>53</sup> ANTUNES, Maria João, *Direito processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 65. O princípio da legalidade consiste em “promover o processo sempre que adquirir a notícia do crime e a deduzir acusação sempre que recolher indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu agente”.

<sup>54</sup> Nessa mesma esteira há o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo, consagrados no CPP de 1987.

<sup>55</sup> 2001/220/JAI: Decisão-Quadro do Conselho... Artigo 10.º “1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida. 2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais”.

processo penal, e que versa sobre a exigência de que os Estados-membros promovessem a possibilidade de mediação penal nas infrações que considerassem adequadas<sup>56</sup>.

Contudo, salienta-se que a adoção deste procedimento restaurativo pelo legislador português não se deu somente por conta de ingerências externas, pois já existiam à época debates internos nesse sentido, de modo que em 2003 a mediação penal já era encarada como um “novo rumo da política criminal”, figurando como assunto de debate por diversos representantes da sociedade em uma audiência parlamentar<sup>57</sup>, além de fazer parte do Programa do XVII Governo Constitucional<sup>58</sup>.

Por fim, embora o presente trabalho verse somente sobre a Lei n.º 21/2007, a mediação penal em Portugal não se restringe somente à modalidade “de adultos”, de modo que existem previsões similares nas Leis n.º 166/1999 e n.º 115/2009, as quais versam, respectivamente, sobre a aplicação da mediação nos âmbitos da delinquência juvenil e pós-sentencial<sup>59</sup>.

### 2.2.2 – Âmbitos de aplicação

Especificamente quanto ao momento processual de aplicabilidade do procedimento previsto na Lei n.º 21/2007, salienta-se que o processo poderá ser remetido para mediação penal em qualquer momento do inquérito, podendo-se dar por iniciativa do Ministério Público ou da concordância cumulativa dos sujeitos envolvidos no fato.

Especificamente nos casos em que o processo for remetido por iniciativa do Ministério Público (fazendo uso do princípio da oportunidade), existem três pressupostos legais que devem ser observados: (i) – terem sido recolhidos indícios que apontem a materialidade do crime; (ii) – da mesma forma, os indícios devem apontar que o arguido foi o agente responsável pela prática do fato; e (iii) – entender que a solução desencadeada

---

<sup>56</sup> Duas considerações introdutórias: A nomenclatura da prática desde logo explicita que seu âmbito de aplicação não se estende à delinquência juvenil, e que a limitação do princípio da legalidade é verificada porque se transfere para arguido e ofendido uma “instância decisória” sobre o deslinde do conflito.

<sup>57</sup> RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA 30/2003, de 24 de abril. Disponível em <<https://dre.tretas.org/dre/162317/resolucao-da-assembleia-da-republica-30-2003-de-24-de-abril>>. Acesso em 04.04.2017.

<sup>58</sup> PROGRAMA DO XVII GOVERNO CONSTITUCIONAL. Disponível em <<http://www.portugal.gov.pt/media/464060/GC17.pdf>>. Acesso em 04.04.2017.

<sup>59</sup> Atentar que através da recente Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, foi revogado o artigo 39 da Lei n.º 112/2009, o qual versava sobre o encontro restaurativo em crimes cometidos no ambiente doméstico.

pelo procedimento restaurativo pode responder adequadamente às exigências de prevenção do caso<sup>60</sup>.

Nesse contexto, destaca-se a relevante crítica levantada por Teresa Beleza, no sentido de que o legislador deveria ter redigido a norma de maneira diferente, a fim de permitir que o encaminhamento do processo para mediação penal pudesse se dar por iniciativa do arguido ou (e não “e”) do ofendido, facilitando a aplicação desta prática, pois até o fechamento da obra em questão (2012 – cerca de cinco anos após a promulgação da lei), ainda não havia sido registrado um caso sequer deste procedimento iniciado a partir da decisão consensual entre arguido e ofendido, justamente pela dificuldade de comunicação entre as partes<sup>61</sup>. Ademais, essa alteração legislativa de modo algum violaria o caráter de voluntariedade do procedimento, já que este pode ser interrompido a qualquer momento, bastando que um dos sujeitos revogue unilateralmente o seu consentimento de participação<sup>62</sup>.

Não obstante isso, a legislação prevê que independentemente de onde partir a iniciativa de remessa, é obrigação do mediador contatar as partes para verificar se o consentimento prestado foi de forma livre e esclarecida, ao passo que o início da mediação penal desencadeia a suspensão dos principais prazos processuais: de acusação pelo Ministério Público, de duração máxima do inquérito e de prescrição<sup>63</sup>.

Ainda, ressalta-se que o âmbito material de aplicação da prática restaurativa disposta na Lei n.º 21/2007 apresenta duas delimitações: uma negativa e outra positiva.

A delimitação negativa<sup>64</sup> é dividida em cinco requisitos, e impossibilita a remessa do processo para mediação penal quando: (I) – o tipo penal prever como sanção pena de prisão superior a cinco anos; (II) – tratar-se de crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual<sup>65</sup>; (III) – tratar-se de crime de peculato, corrupção ou tráfico de

---

<sup>60</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 3.º, n.º 1.

<sup>61</sup> BELEZA, Teresa Pizarro; DE MELO, Helena Pereira. *A Mediação Penal...*, p. 89.

<sup>62</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 4.º, n.º 2.

<sup>63</sup> *Idem*, Artigo 3.º, n.º 3 e 5 e Artigo 7.º, n.º 1 e 2.

<sup>64</sup> *Idem*, Artigo 2.º, n.º 3.

<sup>65</sup> BELEZA, Teresa Pizarro; DE MELO, Helena Pereira. *A Mediação Penal...*, p. 72. Fundamenta-se essa limitação na opção do legislador em buscar evitar que a prática restaurativa gere a vitimização secundária (isto é, que o contato direto entre agressor e vítima produza nova forma de violência). Contudo, observando a mediação penal como procedimento que tem a voluntariedade de participação como elemento indispensável, compreendo que tal limitação representa uma incoerência da lei, já que impossibilita que as vítimas optem por uma intervenção diferente da punitivista, o que poderia se vislumbrar especialmente nos crimes dessa natureza que ocorrem em âmbito familiar, por exemplo.

influência<sup>66</sup>; (IV) – o ofendido for menor de 16 anos<sup>67</sup>; ou (V) – forem aplicáveis os procedimentos sumário ou sumaríssimo<sup>68</sup>, de modo que são excluídas as hipóteses em que o sujeito for capturado em flagrante delito, ou que o Ministério Público entender não ser caso de aplicação de pena ou medida de segurança privativas de liberdade.

Com isso, não obstante as falhas supracitadas, entendo que se por um lado o legislador tentou facilitar o acesso à prática restaurativa através da isenção do pagamento de custas<sup>69</sup>, por outro, especialmente acerca da última delimitação negativa supracitada, aliado ao fato de que inexitem situações fáticas em que ofendido e agressor convergem para, por iniciativa própria, remeter o processo à mediação, há uma demasiada subsidiariedade do procedimento, dificultando excessivamente a sua aplicabilidade prática.

Por outro lado, a delimitação positiva<sup>70</sup> prevê que a mediação penal somente pode ser desencadeada em processos que versem sobre crimes particulares em geral, ou em crimes semipúblicos contra as pessoas ou contra o patrimônio (excluídos, portanto, os de vitimização abstrata)<sup>71</sup>, ou seja, em procedimentos que podem ser iniciados pelo impulso de um particular (*lato sensu*). Isto significa que os crimes públicos foram excluídos do âmbito de aplicação da lei, de modo que o legislador entendeu que nestes casos “a prossecução dos objetivos visados através da sua tipificação não poderia ser deixada na dependência da vontade, da livre atuação das pessoas particulares”<sup>72</sup>.

Não obstante parte da doutrina afirme que a limitação material realizada pelo legislador, contrariando o anteprojeto da lei que estendia a mediação para alguns crimes

---

<sup>66</sup> LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos: Um Novo <<Paradigma>> de Justiça?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 66. Verifica-se aqui uma grave “desatenção do legislador”, pois os crimes de peculato, corrupção e tráfico de influência são crimes públicos, e portanto, como se verá na sequência, são desde logo excluídos do âmbito de aplicação da lei. Ademais, o erro se torna mais grave, pois mesmo que fossem crimes semipúblicos, também não poderiam ser alvo de mediação penal, uma vez que não tutelam os bens jurídicos “pessoa” ou “patrimônio”.

<sup>67</sup> BELEZA, Teresa Pizarro; DE MELO, Helena Pereira. *A Mediação Penal...*, p. 79. Veja-se que o legislador elencou somente a inimputabilidade biológica do ofendido como fator que obsta a mediação penal, silenciando sobre a inimputabilidade psíquica.

<sup>68</sup> PORTUGAL. Código de Processo Penal, de 17 de fevereiro de 1987, Artigo 381 e ss.; Artigo 392 e ss.

<sup>69</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 9.º.

<sup>70</sup> *Idem*, Artigo 2.º, n.º 1 e 2.

<sup>71</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 685. Com a impossibilidade de delitos de vitimização abstrata figurarem em procedimento de mediação, é possível afirmar que a participação da comunidade foi excluída, de modo que foram deixados de fora desse âmbito de aplicabilidade os crimes cometidos na condução de veículo automotor, contra o ambiente, contra a saúde pública ou contra o Estado. Dito de outra forma, preservou-se a prática restaurativa para casos em que se pode individualizar o ofendido com maior facilidade.

<sup>72</sup> BELEZA, Teresa Pizarro; DE MELO, Helena Pereira. *A Mediação Penal...*, p. 60 e 81. A título de curiosidade, destaca-se que trinta e cinco crimes previstos no CP podem ser submetidos à mediação penal.



públicos, é explicada pela ideia de que estes salvaguardam o interesse comunitário na punição do infrator, o qual prevalece sobre eventual vontade individual dos sujeitos envolvidos no conflito, e que o procedimento restaurativo, embora vise a “verdade indiciada pública”, satisfaz-se com a “verdade consensual privada”, conseqüentemente prescindindo da “verdade material” que é pretendida pelo processo penal tradicional<sup>73</sup>, entendemos que tal opção de política criminal acarreta em substancial diminuição do grau de exceção que a prática exerce sobre o princípio da legalidade, já que os crimes particulares comportam a possibilidade de desistência da queixa até a publicação da sentença<sup>75</sup>, de modo que já se vislumbra prévio empoderamento do ofendido sobre o conflito<sup>76</sup>.

Portanto, seguimos na esteira de Cláudia Santos, quando refere que a limitação da mediação penal aos crimes privados e semipúblicos, além de desconsiderar a eventual dimensão (inter)pessoal de alguns crimes públicos, restringe sua aplicação aos casos em que as partes naturalmente já possuem maior disponibilidade sobre o processo<sup>77</sup>.

Por entendermos que as atuais delimitações tornam a lei extremamente minimalista, discordamos também da restrição de aplicabilidade somente em relação aos crimes privados e semipúblicos, pois caso fosse aplicável aos crimes públicos, os fundamentos e finalidades da prática permaneceriam intactos, havendo diferença, todavia, na relevância que a pacificação do conflito geraria, já que a composição das partes não poderia ser suficiente para obstar a aplicação do direito penal, diante da coexistência dos relevantes interesses comunitários<sup>78</sup>.

### 2.2.3 – O mediador, o acordo e o papel do Ministério Público

---

<sup>73</sup> MACHADO, Pedro Sá. A Mediação Penal-Restaurativa e o Processo Penal-Consensual. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 166 e 169.

<sup>74</sup> LEITE, André Lamas. Alguns claros..., p. 604. Nesse mesmo sentido refere o autor que “[a] verdade consensualizada estaria para a justiça restaurativa em geral como a culpa está para a <<tradicional>> maneira de administrar a justiça”.

<sup>75</sup> PORTUGAL. Lei n.º 48/1995, Art. 116, n.º 2.

<sup>76</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 673.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 673-675.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 676.

Para compreender o modo de funcionamento da mediação penal é importante tecer alguns breves comentários sobre o mediador penal, o “novo ator na justiça penal”<sup>79</sup> que trabalha na aproximação das partes, a fim de que possam construir um acordo suficiente para reparar os danos causados e reparar a paz social<sup>80</sup>.

Além de preencher alguns requisitos objetivos<sup>81</sup>, o mediador penal deve, sob pena de ser substituído em meio ao procedimento, pautar sua atuação a partir dos deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência<sup>82</sup>, bem como apresentar perfil dinâmico, paciente, tolerante, pragmático, responsável e flexível, preferindo-se que seja alguém destituído de qualquer poder estatal<sup>83</sup>.

A título de curiosidade, conforme dados catalogados em 30 de janeiro de 2016, existe atualmente em Portugal quatrocentos e cinco pessoas aptas a desempenhar a função de mediador penal, espalhadas por quinze comarcas diferentes<sup>84</sup>.

Ademais, como desdobramento prático do supracitado dever de confidencialidade, pode-se citar o total sigilo sobre o teor das sessões restaurativas, de modo que todas as informações que o mediador obtiver acesso durante o procedimento ficam resguardadas pelo manto do segredo da justiça, sendo proibida a valoração processual de fatos lá ditos, além de haver o exposto impedimento deste terceiro imparcial testemunhar em quaisquer procedimentos subsequentes<sup>85</sup>.

Apesar disso, o mediador é encarregado de verificar se as partes reúnem condições mínimas de participação na prática, analisando se o consentimento emitido se deu de forma livre e consciente. Ainda, deverá informá-las sobre seus direitos e deveres,

---

<sup>79</sup> MACHADO, Pedro Sá. Limites Legais da mediação penal “de adultos” em Portugal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 27.

<sup>80</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 4.º, n.º 1.

<sup>81</sup> *Idem*, Artigo 12. São eles: ter mais de 25 anos de idade, estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, ter licenciatura ou experiência profissional adequadas, estar habilitado com um curso de mediação penal reconhecido pelo Ministério da Justiça, ser idóneo para o exercício da atividade em questão e ter domínio da língua portuguesa. Sobre a idoneidade do sujeito, a lei dispõe que o cometimento de crime doloso é critério impeditivo para exercer tal função. Neste contexto, surpreende-nos o silêncio do legislador sobre o tempo limite de tal exclusão, sob pena de caracterizar sua perpetuidade.

<sup>82</sup> *Idem*, Artigo 10.º, n.º 1 e 2.

<sup>83</sup> BURIHAN, Eduardo Arantes. Mediação Penal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 215.

<sup>84</sup> DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. Lista de Mediadores do SMP. Disponível em <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/lista-de-mediadores-smp/downloadFile/file/Lista\\_mediadores\\_SMP\\_mar\\_2015.pdf?nocache=1454060995.95](http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/lista-de-mediadores-smp/downloadFile/file/Lista_mediadores_SMP_mar_2015.pdf?nocache=1454060995.95)>. Acesso em 04.04.2017. São elas: Alentejo Litoral, Baixo Vouga, Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Grande Lisboa Noroeste, Loures, Moita, Montijo, Porto, Santa Maria da Feira, Seixal, Setúbal e Vila Nova de Gaia.

<sup>85</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 10.º, n.º 3-5 e Artigo 4.º, n.º 5.

bem como esclarecer eventuais dúvidas sobre a natureza, finalidade e regras aplicáveis do procedimento.

A fim de preservar o equitativo empoderamento das partes e a voluntariedade da prática restaurativa, caso o mediador verifique que uma das partes não preenche os requisitos mínimos, ou que não consente em participar do procedimento, deve contatar o Ministério Público para que o processo seja devolvido à seara processual penal<sup>8687</sup>.

Agora sob a perspectiva das partes, o sucesso do procedimento é vinculado à manifestação expressa de consentimento em dois momentos distintos: no início e no final, quando, respectivamente, aceitam participar da prática e celebram o acordo.

Contudo, o fato de haver obrigatoriedade de anuência expressa em apenas dois momentos não exclui a “voluntariedade horizontal”, que permeia todo o trâmite da mediação. Como exaustivamente tratado aqui, ao se tratar de um procedimento flexível e pautado pela voluntariedade, qualquer uma das partes, em qualquer momento, pode findar unilateralmente com o procedimento<sup>88</sup>.

Ainda, não obstante os principais prazos sejam suspensos quando iniciada a mediação penal, optou o legislador por estipular o limite máximo de três meses para que haja a celebração do acordo, o qual pode ser prorrogado por até mais dois meses, através de requerimento do mediador ao Ministério Público, desde que haja “forte probabilidade” de acordo<sup>89</sup>.

Celebrado o acordo, será reduzido a termo pelo mediador, assinado pelas partes e remetido ao MP para homologação. A legislação prevê que sua assinatura equivale à desistência da queixa pelo ofendido, e à não oposição por parte do arguido<sup>90</sup>.

Neste ponto, entendemos assistir razão a André Lamas Leite quando alerta que não é a assinatura do acordo, e sim a sua homologação pelo MP que equivale à desistência de queixa, pois se trata de ato cronologicamente posterior e de imprescindível preenchimento para a validade do procedimento<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 3.º, n.º 5 e 6.

<sup>87</sup> MACHADO, Pedro Sá. *Limites Legais...*, p. 27. Salienta-se que se os requisitos forem preenchidos e o processo seguir na esfera restaurativa, ainda assim o mediador e o MP devem manter aberto um canal de comunicação para satisfazer “motivos relacionados com informações, solicitações e conformidades legais”.

<sup>88</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 4.º, n.º 2.

<sup>89</sup> *Idem*, Artigo 5.º, n.º 1 e 2.

<sup>90</sup> *Idem*, Artigo 5.º, n.º 4.

<sup>91</sup> LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos...*, p. 97.

Caso haja inadimplemento do acordo por parte do arguido, o ofendido dispõe do prazo de um mês para renovar a queixa e reabrir o inquérito, retomando-se o processo penal. Diante da impossibilidade de valoração dos elementos produzidos na mediação penal, prossegue o feito como se tal prática jamais tivesse existido<sup>92</sup>.

Faz-se importante salientar que embora o acordo seja alcançado livremente pelas partes (com o auxílio do mediador), a lei prevê três limitações expressas quanto ao seu conteúdo. Desse modo, não podendo configurar: (i) – sanções privativas de liberdade; (ii) – deveres ofensivos à dignidade do arguido; ou (iii) – obrigações cujo cumprimento se prolongue por mais de seis meses<sup>93</sup>.

O presente ponto traz uma das maiores divergências doutrinárias sobre o tema. André Lamas Leite<sup>94</sup> entende que o dispositivo legal supracitado é materialmente inconstitucional, pois supostamente viola “o princípio da determinabilidade ou taxatividade das sanções”. Assim, a ilegalidade vislumbrada pelo autor reside no fato de que o legislador, ao menos de forma exemplificativa, não catalogou quais regras, injunções ou deveres podem ser impostos ao arguido por meio da mediação penal.

O autor advoga ainda que há quase integral transferência de responsabilidade de resolução do conflito às partes, através de um procedimento que conta com frágil controle do MP, e com um mediador penal que diante das limitações legais, possui um “campo de manobra demasiado estreito e de fronteiras imprecisas”. Além disso, aponta também o desequilíbrio entre os sujeitos, verificando a limitação de voluntariedade do arguido, já que seu leque de opções se resume a participar da mediação e aceitar o acordo, ou enfrentar uma acusação e o conseqüente processo penal.

Conclui, portanto, que tal inconstitucionalidade somente pode ser sanada através da catalogação de deveres e injunções que podem figurar no conteúdo do acordo, a fim de “equilibrar a vontade dos mediados com a inalienável pretensão do Estado assegurar uma solução justa e proporcionada”<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 5.º, n.º 4.

<sup>93</sup> *Idem*, Artigo 6.º, n.º 1-3. Quanto ao primeiro item, discute-se se o acordo pode ou não versar sobre a restrição da liberdade de circulação do arguido, por exemplo, proibindo-o de frequentar determinados lugares, ou obrigando-o a ficar em casa após algum horário definido. Entendemos que não há esta limitação, pois interpretamos que a vontade do legislador ao celebrar o texto legal desta forma era especificamente evitar que o arguido pudesse ser submetido à pena de prisão a partir de procedimento restaurativo.

<sup>94</sup> LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos...*, p. 80-94.

<sup>95</sup> LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos...*, p. 80-94.

Antecipamos não compartilhar da perspectiva supracitada, pois o acordo celebrado em mediação penal não tem natureza sancionatória ou punitivista. Ainda que gere uma limitação de direito, obrigação ou regra de conduta<sup>96</sup>, a prática restaurativa possui finalidades diferentes do processo penal, objetivando a reparação do dano e a pacificação do conflito interpessoal, alcançados pela conjugação de esforços e diálogo dos sujeitos envolvidos no fato. Dessa forma, não pode se falar que o arguido somente aceita ou recusa uma imposição, pois participa ativamente da construção da solução.

Ademais, tendo em vista toda a exposição feita acerca da Justiça Restaurativa, caso o legislador elaborasse um catálogo prévio de conteúdos possíveis para o acordo, vislumbrar-se-ia incoerência prática com um dos seus pontos nucleares: a busca da solução através da autonomia da vontade dos envolvidos, emponderando-os do conflito.

Ainda, apesar do eventual surgimento de indagações se o acordo é suficiente ou adequado em relação ao dano causado, entendemos que o legislador acertou na imposição de limites legais sobre o seu conteúdo, pois a mediação penal de adultos não é uma prática negocial de natureza estritamente privada, “antes surgindo associada ao funcionamento do processo penal e no contexto de um sistema público”<sup>97</sup>, portanto, devendo haver um mínimo grau de proporcionalidade e razoabilidade.

Como consequência prática, quando o acordo for encaminhado ao MP, deve verificar se o seu conteúdo viola alguma das três limitações legais apontadas. Em caso positivo, devolve-se o processo ao mediador, que deve reunir as partes para sanar a ilegalidade em até trinta dias<sup>98</sup>. Contudo, não apurando nenhuma nulidade, o MP deverá homologar o acordo, o que, conforme já dito, equivale à desistência da queixa.

Portanto, não obstante a falta de consenso doutrinário sobre o tema, compreendemos que as duas únicas hipóteses que podem obstar a homologação do acordo por parte do MP é a verificação de violação dos limites legais no conteúdo do acordo, ou a manifesta desproporcionalidade entre o dano e a reparação<sup>99</sup>. Ou seja, o não preenchimento

---

<sup>96</sup> LEITE, André Lamas. *Alguns claros...*, p. 610. Compreende o autor que o acordo pode ter natureza reintegratória pura, econômica, laboral, simbólica ou de formação e (re) aquisição de competências, mas jamais de caráter sancionatório criminal, sob pena de violar o princípio da legalidade criminal.

<sup>97</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 695-699.

<sup>98</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 5.º, n.º.

<sup>99</sup> No sistema tradicional, a proporcionalidade é alcançada tanto pelos parâmetros legais fixados pelo legislador, quanto pela decisão judicial posterior. Já na mediação penal, sendo o acordo construído pela conjugação de vontades das partes, o legislador se restringiu a elencar os limites legais do artigo 6.º, n.º 2 da Lei n.º 21/2007 como parâmetros de proporcionalidade, mas que aceitam certa relativização (desde que não haja manifesta violação) por conta da natureza da prática. Explica-se: imaginemos que “A”, alcoólatra e

das finalidades preventivas não pode ser motivo utilizado pelo MP para obstar a homologação do acordo.

Entendimento reforçado pelo argumento que interpretação contrária representaria grave incongruência, já que a mediação penal de adultos somente é cabível em processos relativos a crimes semipúblicos ou particulares, os quais comportam a desistência da queixa<sup>100</sup> sem que se verifique o preenchimento das mesmas finalidades.

Superada a presente questão, passaremos a analisar outro ponto de grande relevância e divergência doutrinária<sup>101</sup>: a necessidade de intervenção do magistrado judicial na mediação penal de adultos.

#### 2.2.4 – *Intervenção judicial: salvaguarda de direitos ou burocracia desnecessária?*

Ao questionar a constitucionalidade da Lei n.º 21/2007 pela “excessiva liberdade de modelação do acordo” e pela possibilidade de homologação de acordo que gere obrigações de cunho sancionatório e limitadoras de direitos fundamentais sem o controle de legalidade por um juiz, André Lamas Leite entende que a “dupla atuação”<sup>102</sup> do MP lhe atribui irregularmente uma função jurisdicional, violando o teor do artigo 32, n.º 4 da CRP<sup>103</sup>.

Para sustentar sua posição, argumenta o autor que embora o sucesso da mediação penal gere a desistência da queixa pelo ofendido, e que a competência legal para sua homologação em fase de inquérito é exclusiva do Ministério Público<sup>104</sup>, essa hipótese representa o “último passo do procedimento negocial”, alcançado após a aplicação e cumprimento de obrigações pelo arguido, as quais, por relativizarem seus direitos fundamentais, geram a insuperável necessidade de haver intervenção judicial.

---

nunca processado criminalmente, comete o crime de injúria contra “B”, seu vizinho. Havendo processo penal, este é remetido para mediação penal. As partes acordam que o arguido deve ser internado em clínica de reabilitação por seis meses. Pela perspectiva retributivista, pode parecer que a solução não é proporcional, pois se trata de crime com pena máxima de três meses de prisão. Contudo, já que estamos tratando de um procedimento restaurativo e que tem finalidades diversas do sistema tradicional, caso esta seja a solução construída pelas partes para pacificar o conflito e reparar o dano, sob hipótese alguma o MP deve impugnar o acordo sob eventual pretexto de desproporcionalidade.

<sup>100</sup> PORTUGAL. Código de Processo Penal, de 17 de fevereiro de 1987. Artigo 51.º.

<sup>101</sup> Para maiores informações sobre a homologação do acordo pelo Ministério Público e eventual violação do princípio da reserva do juiz, consultar MAGALHÃES, Inês Filipa Rodrigues de. O princípio da Reserva do Juiz no Âmbito da Mediação Penal em Portugal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores...*, p. 73-100.

<sup>102</sup> PORTUGAL. Lei n.º 21/2007..., Artigo 3.º, n.º 1 e 5.º n.º 5. “Dupla atuação”, pois o MP intervém no início do procedimento, ao dar impulso de instauração, e no final, quando homologa o acordo.

<sup>103</sup> LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos...*, p. 115-118.

<sup>104</sup> PORTUGAL. Código de Processo Penal, de 17 de fevereiro de 1987. Artigo 51.º, n.º 2.

Complementa que a inadimplência do acordo possibilita a renovação da queixa pelo ofendido, de modo que até o seu cumprimento, este direito se encontra sob uma condição suspensiva, similar ao que ocorre na suspensão provisória do processo.

Contudo, concordamos com a doutrina<sup>105106</sup> que discorda da violação à CRP no preterimento da atuação judicial em mediação penal, de modo que é possível incumbir somente o MP de fiscalizar o procedimento e homologar o acordo, especialmente diante das “diferenças significativas” entre esta prática e a suspensão provisória do processo.

Insta salientar que a imposição de intervenção do magistrado judicial na suspensão provisória do processo se dá porque neste caso a participação do arguido é restrita a aceitar ou não uma imposição de regras de conduta similares à sanção penal e que visam o preenchimento das finalidades preventivas do processo, logo, não sendo voltadas ao interesse individual das partes.

Por outro lado, conforme exaustivamente tratado, o acordo celebrado em mediação penal pressupõe o envolvimento pleno das partes, que sob a supervisão do mediador penal, constroem a solução para o conflito, visando sua pacificação, e não o preenchimento de finalidades preventivas do processo. Portanto, não há caráter de “imposição” para o arguido, e sim uma construção conjunta, que torna desnecessária a intervenção judicial.

Ademais, importante lembrar que a mediação penal de adultos tem seu âmbito de aplicação restrito até a fase de inquérito e para crimes semipúblicos e particulares, casos em que a legislação processual penal aponta o MP como órgão competente para homologar a desistência de queixa<sup>107</sup>, de modo que o “enxerto” do magistrado judicial nesta prática restaurativa, além de caracterizar incoerência prática, simbolizaria também uma burocratização desnecessária no procedimento.

#### 2.2.5 – *O papel do advogado*

Finalizaremos o presente estudo com a análise do artigo 8.º da Lei n.º 21/2007, que expressa a faculdade concedida às partes para comparecerem ou não acompanhados por advogado ou advogado estagiário. Não obstante as divergências doutrinárias, destaca-se a existência de argumentos consistentes na sustentação de ambos os posicionamentos.

---

<sup>105</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 721 e ss.

<sup>106</sup> BELEZA, Teresa Pizarro; DE MELO, Helena Pereira. *A Mediação Penal...*, p. 100. Apontam ser “de aplaudir a solução consagrada pelo legislador que [...] optou por não exigir a homologação do acordo por um juiz, através de sentença”.

<sup>107</sup> PORTUGAL. Código de Processo Penal, de 17 de fevereiro de 1987. Artigo 51.º, n.º 2.

Os defensores da participação entendem que o advogado proporciona o “consentimento informado” da parte sobre as tratativas, garantindo maior amparo técnico em um procedimento que irá desencadear obrigações para si. Sua exclusão, especialmente em relação ao arguido, poderia comprometer seu interesse privado na resolução do conflito, e o interesse público da boa administração da justiça restaurativa<sup>108</sup>.

Ainda, menciona-se que a suspensão provisória do processo reconhece a dispensa da assistência obrigatória do defensor ao arguido<sup>109</sup>, porque além de consistir em um simples ato de concordância sobre uma proposta elaborada por autoridade judicial, trata-se de um mecanismo de diversão processual em que atuam agentes orientados por deveres de objetividade, imparcialidade e em busca da verdade real, de modo que direcionam também sua atividade para a proteção do arguido.

Diferente é a situação da mediação penal, pois além de ocorrer em âmbito negocial privado, este procedimento admite a intervenção do mediador penal, que não tem o dever ou a competência para investigar ou discutir a verdade dos fatos, o que eleva a importância da participação do advogado<sup>110</sup>.

Por outro lado, aqueles que entendem pela não obrigatoriedade (ou até mesmo proibição) da participação do advogado em mediação penal, sustentam seu pensamento a partir da ideia de que há incongruência em aceitar a intervenção de um “profissional da gestão de conflitos” em uma prática que objetiva justamente o empoderamento das partes sobre a resolução do fato<sup>111</sup>.

Posição com a qual pactuamos, é imperioso considerar que assim como na suspensão provisória do processo, a mediação penal é um mecanismo de diversão processual que dispensa o “funcionamento total das instâncias formais de controle”, e que consequentemente desnecessita do advogado para o preenchimento das suas finalidades. Ademais, há o esvaziamento da função deste profissional, pois tendo em vista que são os próprios sujeitos envolvidos que formulam uma solução do problema, as alternativas e consequências advindas são, via de regra, “facilmente inteligíveis e representáveis”, sem

---

<sup>108</sup> MACHADO, Pedro Sá. *A Mediação Penal-Restaurativa...*, p. 180-185.

<sup>109</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Processo n.º 442/05*. Relatora Conselheira Maria João Antunes, Lisboa, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060116.html>>. Acesso em: 11.04.2017.

<sup>110</sup> MACHADO, Pedro Sá. *A Mediação Penal-Restaurativa...*, p. 182-183.

<sup>111</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 691-695.



desconsiderar a existência de controle fiscalizatório exercido pelo Ministério Público, quando decide pela homologação (ou não) do acordo<sup>112</sup>.

Todavia, embora o legislador tenha se mantido em cima do muro e facultou a participação do advogado, foi omissivo acerca do papel que este poderá desempenhar. Nesse sentido, estamos inclinados à ideia de que sua intervenção deverá ser restrita a assessorar, aconselhar e esclarecer eventuais dúvidas do representado, evitando enfrentamentos diretos ou apresentação de propostas concretas à outra parte, sob pena de se comprometer os objetivos e finalidades pacificadoras da mediação, ou “desempoderar” as pessoas envolvidas do conflito<sup>113</sup>.

## CONCLUSÃO

Concluimos a presente pesquisa com uma ideia bastante positiva sobre as práticas restaurativas, pois além de representarem um marco na reorientação das políticas criminais dos Estados, estão galgando seu espaço na insuficiência (ou desproporcionalidade) do modelo retributivo, especialmente no enfrentamento de delitos bagatelares e de diminuta lesividade, diante da modificação das margens sociais de tolerância em relação a essas condutas<sup>114</sup>.

Ademais, até mesmo nos casos de criminalidade grave, onde o Direito Penal ainda representa a intervenção estatal mais razoável e suficiente para a resolução do conflito, nada impede a atuação subsidiária e complementar de procedimentos restaurativos (como as práticas pós-sentenciais), tendo em vista que a Justiça Restaurativa possui finalidades próprias de pacificação e reparação, que como aqui tratado, diferem-se do pretendido pelo modelo tradicional retributivo<sup>115</sup>.

Contudo, alerta-se ainda que a ideia restaurativa como política criminal não deve ser guiada pelas finalidades de celeridade ou economia de recursos. Pensemos em dois exemplos: (i) – a mediação penal de adultos, onde as tratativas podem se arrastar por até cinco meses, sem que as partes venham a celebrar o acordo, ou que este, ainda que celebrado e homologado, pode ser inadimplido pelo arguido; e (ii) – as práticas

---

<sup>112</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 691-695.

<sup>113</sup> LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos...*, p. 132-136.

<sup>114</sup> BURIHAN, Eduardo Arantes. *Mediação Penal...*, p. 197.

<sup>115</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A mediação penal...*, p. 89-91.

restaurativas pós-sentenciais, que não atuam em substituição, mas de forma complementar e subsidiária ao processo penal.

Nesses casos, apesar da prática restaurativa, não se afasta a tradicional atuação das instâncias formais de controle, de modo que eventual finalidade de celeridade ou gestão de recursos não seria preenchida, especialmente no segundo exemplo, que mesmo com o sucesso do procedimento, não se obsta a atuação do sistema tradicional.

Por outro lado, concordamos com a visão minimalista da Justiça Restaurativa, pois embora tais práticas sejam axiologicamente melhores que o modelo retributivo, deve-se possibilitar sua atuação complementar e subsidiária a este, já que ambas as abordagens apresentam finalidades e procedimentos bastante diferentes, de modo que eventual economia de tempo ou recurso será uma consequência positiva acessória.

No que tange à legislação portuguesa, ainda que a limitação do presente estudo não tenha permitido o aprofundamento de determinadas questões, compreendemos que a Lei n.º 21/2007 simboliza uma conveniente ideia, mas de escassa aplicabilidade<sup>116117</sup>.

Contudo, não obstante a “opção minimalista”<sup>118</sup> do legislador que esta norma representa, suas lacunas e demasiadas restrições materiais que dificultam a serventia prática do procedimento, deve-se reconhecer que sua edição representa importante passo em direção contrária às políticas repressivas e de encarceramento em massa, abrindo-se portas para soluções alternativas na gestão de conflitos jurídico-penais.

Como uma última nota, entendemos que a mediação penal (assim como qualquer outra prática restaurativa) é um útil e complementar instrumento no aperfeiçoamento do sistema tradicional, portanto, não deve ser encarada como absoluta e perfeita fórmula de resolução de conflitos<sup>119</sup> (ou seja, de modo similar ao que se defende

---

<sup>116</sup> DGPJ. *Dados sobre a mediação pública*. Disponível em <<http://www.siej.dgpj.mj.pt/SIEJ/PDFs/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20alternativa%20de%20lit%C3%ADgios/Mediacao.pdf>>. Acesso em 17.04.2017.

<sup>117</sup> SANTOS, Leonel Madaíl dos. *Justiça Restaurativa: A Mediação em Processo Penal em Portugal até 2012*, tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 48. Disponível em <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/324/1/Dissertacao%20Leonel%20Madail%20dos%20Santos%2020110171.pdf>>. Acesso em 17.04.2017. Entre 2008 e 2012, somente 735 processos foram submetidos à mediação penal, dentre os quais, apenas 188 (25,58%) resultaram em acordo. Os principais crimes verificados são ofensa à integridade física simples (389 casos, ou 53% do total), ameaça (81 casos), dano (69 casos) e furto simples (63 casos).

<sup>118</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa...*, p. 679.

<sup>119</sup> LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos...*, p. 141. Neste mesmo sentido, entende o autor que “a mediação penal pode ser um valioso instrumento para o tratamento de uma certa franja da criminalidade

na visão maximalista da Justiça Restaurativa), pois não se pode desconsiderar a existência de sujeitos que não concordam em participar do encontro restaurativo ou não se satisfazem com o resultado dali advindo, que por algum motivo de ordem interna preferem a resposta tradicionalmente punitiva à infração cometida, ou simplesmente porque a Justiça Restaurativa não será a resposta mais adequada e suficiente em determinados casos.

Desse modo, o procedimento restaurativo não pode ser caracterizado pela imposição, sob pena de perder um de seus elementos basilares: a voluntariedade. Portanto, entendemos que as práticas restaurativas devem ser encaradas como uma opção (e não obrigação) às partes, que possibilita a resolução de conflitos de forma menos danosa ao arguido, e mais benéfica ao ofendido e à comunidade.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

2001/220/JAI: Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ\\_2001.220.JAI\\_Estatuto\\_da\\_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5](http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5)>. Acesso em 02.04.2017.

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Saraiva, São Paulo, 2014.

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Almedina Editora, Coimbra, 2016.

BELEZA, Teresa Pizarro; DE MELO, Helena Pereira. *A Mediação Penal em Portugal*. Almedina Editora, Coimbra, 2012.

BRAITHWAITE, John. *Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press, New York, 2002.

\_\_\_\_\_; Principles of Restorative Justice in A. Von Hirsch, J.V. Roberts, A.E. Bottoms, K. Roach and M. Schiff (eds) *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Hart Publishing, Oxford, 2003. Disponível em <[www.johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Principles of Restorative Justice.pdf](http://www.johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Principles_of_Restorative_Justice.pdf)>. Acesso em 10.04.2017.

---

dita <<pequena>> e <<média>>, rejeitando, de todo, a ideia de que ela é uma panaceia de resolução de uma <<crise da Justiça>> quase endêmica”.

BURIHAN, Eduardo Arantes. Mediação Penal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 193-217.

DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. *Dados sobre a mediação pública*. Disponível em <<http://www.siej.dgpj.mj.pt/SIEJ/PDFs/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20alternativa%20de%20lit%C3%ADgios/Mediacao.pdf>>. Acesso em 17.04.2017.

\_\_\_\_\_. *Lista de Mediadores do SMP*. Disponível em <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/lista-de-mediadores-smp/downloadFile/file/Lista\\_mediadores\\_SMP\\_mar\\_2015.pdf?nocache=1454060995.95](http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/lista-de-mediadores-smp/downloadFile/file/Lista_mediadores_SMP_mar_2015.pdf?nocache=1454060995.95)>. Acesso em 04.04.2017.

DIRETIVA 2012/29/EU do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Disponível em: <[http://apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/LexUriServ\\_Directiva\\_PT.pdf](http://apav.pt/apav_v3/images/pdf/LexUriServ_Directiva_PT.pdf)>. Acesso em 03.04.2017.

HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 9/10, p. 9, jan./jun. 1973.

\_\_\_\_\_; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª ed. Niterói-RJ, Luam Editora, 1993.

JOHNSTONE, Garry; VAN NESS, Daniel W. *Handbook of Restorative Justice*. Willan Publishing, Cullompton, 2007.

LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adultos: Um Novo <<Paradigma>> de Justiça?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 24, n. 4, p. 577-613, out./dez. 2014.

MACHADO, Pedro Sá. A Mediação Penal-Restaurativa e o Processo Penal-Consensual. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 163-191.

\_\_\_\_\_. Limites Legais da mediação penal “de adultos” em Portugal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 23-37.

MAGALHÃES, Inês Filipa Rodrigues de. O princípio da Reserva do Juiz no Âmbito da Mediação Penal em Portugal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 73-100.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. IBCCRIM, São Paulo, 2009.

PORTUGAL. *Lei n.º 21/2007*, de 12 de Junho. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1459&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis)>. Acesso em 06.04.2017.

PORTUGAL. *Lei n.º 78/1987*, de 17 de Fevereiro. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em 06.04.2017.

PORTUGAL. Tribunal Constituição. *Processo n.º 442/05*. Relatora Conselheira Maria João Antunes, Lisboa, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060116.html>>. Acesso em: 11.04.2017.

PROGRAMA DO XVII GOVERNO CONSTITUCIONAL. Disponível em <<http://www.portugal.gov.pt/media/464060/GC17.pdf>>. Acesso em 04.04.2017.

RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA 30/2003, de 24 de abril. Disponível em <<https://dre.tretas.org/dre/162317/resolucao-da-assembleia-da-republica-30-2003-de-24-de-abril>>. Acesso em 05.04.2017.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 2ª ed, Madrid, Civitas, 1997.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

\_\_\_\_\_. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal: algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de adultos em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 1, p. 85-114, jan./mar. 2006.

SANTOS, Leonel Madaíl dos. *Justiça Restaurativa: A Mediação em Processo Penal em Portugal até 2012*, tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/324/1/Dissertacao%20Leonel%20Madail%20dos%20Santos%2020110171.pdf>>. Acesso em 17.04.2017.

VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*. Anderson Publishing, Waltham, 2010.

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Palas Athena, São Paulo, 2008.