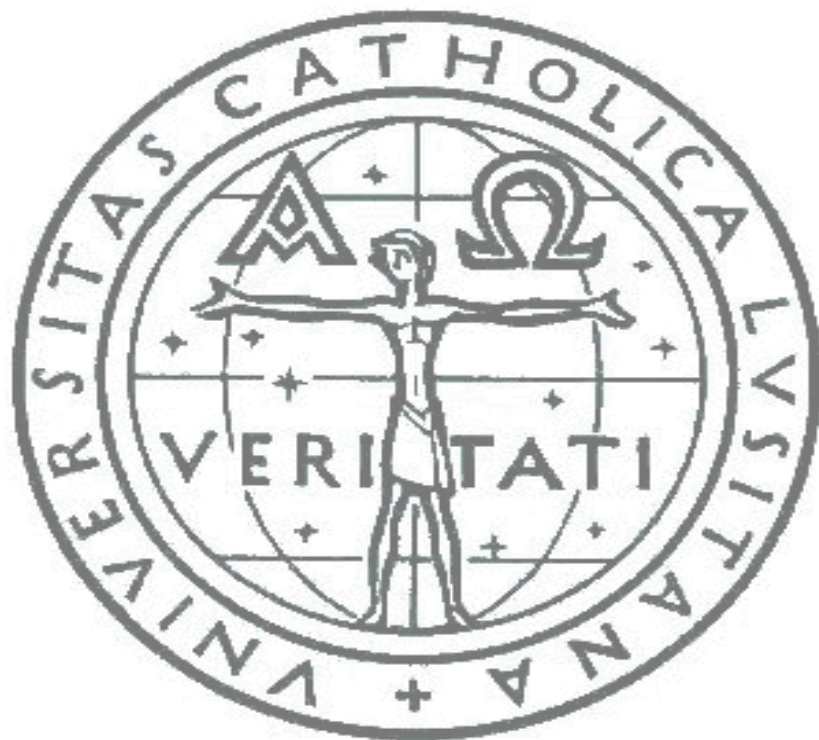


**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO PARA OBTENÇÃO DO GRAU
DE MESTRE EM CIÊNCIAS JURÍDICO - PENAS**



**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA EM SEDE DO PROCESSO
DE MEDIAÇÃO PENAL**

Realizado por: Pedro Filipe Valente de Oliveira

**Curso de Mestrado em Direito Penal
correspondente ao ano lectivo de 2010 / 2011**

Defesa Pública da Dissertação realizada em 2012

**Orientação científica: Prof. Dr. José Damião da
Cunha**

Ao meu Pai e à minha Mãe, pelo apoio e coragem transmitidos

À memória dos meus falecidos avôs, pela alegria que lhes daria

Às minhas avós e restante família pelo carinho oferecido

Aos amigos e colegas sempre presentes

Ao Senhor Professor Doutor José Damião da Cunha e ao Doutor André
Lamas Leite pelos ensinamentos e orientação prestados

Índice

Abreviaturas e Siglas	4
I - Introdução	5
II - O Princípio da Presunção de Inocência	7
2.1 - Noção, Características e Natureza Constitucional	7
2.2 – A Importância do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Português	10
III – A Mediação em Direito Penal	21
3.1 – A Justiça Restaurativa e a Mediação Penal	21
3.2 – A Mediação Penal em Portugal na relação com o Princípio da Presunção de Inocência (art. 32º nº 2 da C.R.P.)	25
3.2.1 – A “aparente” contradição ao princípio da presunção de inocência	27
3.2.2 – A dispensa da intervenção do juiz no processo de mediação penal	31
3.2.3. – A remessa do processo para mediação penal na fase de inquérito judicial	33
IV – Considerações Finais e Conclusão	36
V – Bibliografia	46

Abreviaturas e Siglas

Art. – Artigo

C. C. – Código Civil

C. E. D. H. – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

C. P. – Código Penal

C. P. P. – Código do Processo Penal

C. R. P. – Constituição da República Portuguesa

M. P. – Ministério Público

P. I. D. C. P. – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.

R. M. J. – Revista Maia Jurídica

R. M. P. – Revista do Ministério Público

R. P. C. C. – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

I - Introdução

Apresenta-se na seguinte dissertação académica, com vista à obtenção do grau de mestre em ciências jurídico – criminais, uma abordagem a uma temática que, apesar de ainda não muito trabalhada e discutida na doutrina nacional (e é algo parca na doutrina internacional) pensamos tratar-se de uma questão que merece ser explicada e problematizada, não só dentro de uma lógica estritamente jurídica, mas igualmente conexcionada a um enquadramento sociológico. Por isso, num esforço de não teorizar excessivamente o problema, como é comum neste tipo de projectos académicos, procurando igualmente adaptá-lo à realidade social e política em que vivemos, procuraremos dar resposta à seguinte questão: será a introdução da mediação vítima / agressor (ou mediação em direito penal), conforme está prevista actualmente na lei 21 / 2007 de 12 de Junho uma forma de violação do princípio da presunção de inocência do art. 31º nº 2 da C.R.P.? Será efectivamente a voluntariedade demonstrada pelo agressor em se submeter ao processo de mediação (e conseqüente assinatura do acordo de reparação à vítima) uma forma de confissão indirecta ou inconsciente da prática do crime? Poderia a mediação estar legislada de outra forma para assim evitar esta possível violação do princípio da presunção de inocência?

Será fundamentalmente (mas não só) em resposta às perguntas enunciadas que procuraremos estudar o problema (se é que é se pode chamar como tal) e conseqüentemente, procuraremos dar soluções (se forem efectivamente necessárias). Iremos por isso passar em revista muito sucinta o princípio da presunção de inocência, visto que não nos compete aqui abordar as várias querelas doutrinárias sobre tal princípio mas somente enquadrá-lo no quadro internacional, constitucional e principalmente, no contexto do direito processual penal instituído no nosso país. Daqui, faremos uma ponte para o “novíssimo” instituto da mediação penal, instituído pela lei 21 / 2007 de 12 de Junho (por imposição da União Europeia), que é exactamente uma das várias manifestações da tão aclamada Justiça Restaurativa: uma justiça que procura instituir um novo paradigma de administrar o direito penal, procurando romper com o passado e com as “velhas” instituições do direito penal convencional, instituindo uma nova consciência de justiça, ou seja, olhar-se primordialmente aos interesses da vítima (de reparação material, de compensação moral, de apoio social, etc...) que foram lesados com a comissão do crime, procurando-se por isso uma alternativa ao modelo tradicional do direito penal, que desconsidera a vítima, afasta-a da tramitação processual criminal e

procura essencialmente a punição do agressor, numa tentativa de reafirmar a sua autoridade perante a comunidade, de fazer dessa punição um exemplo para os demais, ficando igualmente a ressocialização do condenado como uma espécie de efeito colateral da aplicação da pena. Decorre pois daqui um modelo de justiça negociada, baseada no consenso e no entendimento e cooperação entre vítima e agressor, procurando por um lado descongestionar a máquina penal tradicional ao integrar programas alternativos ao processo criminal para as chamadas “bagatelas penais”, ao mesmo tempo que se procura devolver o conflito para as partes (mas sem uma total demissão do Estado em relação ao controlo da sua legalidade, como iremos ver), e conseqüentemente, colocar o ofendido numa posição de maior destaque processual, ao mesmo tempo que se tenta uma solução consensual de “punição” do agressor, promovendo-se a sua melhor ressocialização.

Evidentemente que, e tratando-se de um mecanismo alternativo ao processo penal mas que é extraído de uma das suas fases (o inquérito), tal novidade jurídica levanta, como acontece de resto com a generalidade das situações, sérias questões mormente relacionadas com os direitos processuais da vítima e agressor (mais este último) e tratando-se obviamente de um mecanismo diversionário ao dispor do M. P., que institui mais um desvio ao princípio da legalidade, há que averiguar se o nosso ordenamento jurídico – constitucional está preparado para este mecanismo revolucionário ou se, por seu lado, estará a lei de mediação penal conforme não só à C.R.P. (em especial, ao art. 32º nº2) mas também em relação à legislação penal ordinária já constituída.

Será, em resumo do exposto, uma tentativa de aprofundar e de melhor caracterizar o funcionamento da mediação penal, procurando-se numa exposição crítica, credível e esperemos nós, conclusiva, esclarecer um assunto sensível e que, muito certamente, permanecerá polémico e incerto após esta exposição mas, seja como for, daremos por concluída esta nossa missão se no fim de tudo, ficarmos com um panorama mais claro e mais optimista em face de um mecanismo que ainda está em fase de crescimento e de experimentação no nosso país.

II - O Princípio da Presunção de Inocência

2.1 - Noção, Características e Natureza Constitucional

Enunciado primeiramente, a 10 de Dezembro de 1948, na D.U.D.H.¹, tendo sido analogamente acolhido no P. I. D. C. P. em 1976² e na C. E. D. H. de 1950³, o princípio da presunção de inocência foi igualmente elevado à categoria de princípio fundamental na C.R.P. de 1976⁴, vigorando até aos dias de hoje, como um dos mais relevantes institutos de defesa da posição do arguido, em processo penal. Diz o art. 32º nº 2 da C.R.P. que “todo o arguido se presume inocente até ao transito em julgado da decisão de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Resulta pois do exposto que só através da produção de prova inequívoca e infalível por parte da entidade acusadora é que se pode produzir sentença acusatória contra o arguido, acompanhada de uma determinada sanção penal (pena de prisão e/ ou pena de multa). Daqui infere-se que, estando o arguido resguardado por uma presunção da sua inocência, este assume – ou pode assumir - uma posição passiva ou quase de abstenção probatória já que e como refere Figueiredo Dias, não pode recair sobre ele um ónus probatório sendo “a não comprovação de qualquer facto relevante para efeito de aplicação de sanção ou a sua demonstração incompleta deve impreterivelmente resolver-se a favor do arguido”⁵. Neste mesmo sentido, parecem ir igualmente Rui Patrício⁶ e Germano Marques da Silva⁷: o primeiro diz verdadeiramente que compete quer ao tribunal, quer à entidade acusadora (que no caso do direito penal português, é o M. P.) o dever de provar indubitavelmente a prática do crime de que o arguido é acusado, sustentando portanto as respectivas acusações trazidas a tribunal enquanto que,

¹ art. 11º nº 2 da D.U.D.H.: “toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as sua garantias necessárias de defesa lhe sejam concedidas”

² art. 14º nº 2: “ qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”

³ art. 6º nº 2 da C. E. D. H. : “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”

⁴ Foi efectivamente o diploma constitucional que mais atenção dedicou ao processo penal, no contexto da historia constitucional portuguesa, com a previsão de sete artigos referentes à tramitação processual penal, dos quais se destaca efectivamente o principio da presunção da inocência no nº 2 do art. 32º.

Rui Patrício considera mesmo a C.R.P. de 1976 com “a “magna carta” do processo penal português hodierno”, vide RUI PATRÍCIO, *O Princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento do actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, AAFDUL, 2000, pág. 25, nota de rodapé nº 34.

⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, pág. 122.

⁶ Vide RUI PATRÍCIO, ob. cit., págs. 27 e ss.

⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Edições Verbo, 2008, págs. 83 e 84.

por seu lado, Germano Marques da Silva se refere ao princípio do “in dubio pro reo” como uma consagração efectiva do princípio da presunção de inocência, advogando que em qualquer situação de “non liquet na questão da prova tem de ser sempre valorada em favor do arguido”. O autor continua ainda explicando que sujeitar o arguido a um esforço probatório em sede de julgamento, numa tentativa de ilidir ou contrariar a acusação que é feita contra si seria, no fundo, consagrar um princípio de presunção de responsabilidade prévia⁸ que seria pois precisamente o oposto do princípio da presunção de inocência constitucionalmente consagrado e imposto como medida ultima de tratamento processual a outorgar ao arguido, bem como um preceito fundamental a atender na repartição do ónus da prova, em sede de processo penal (que está a cargo, como vimos, da entidade acusadora ou do próprio tribunal, segundo um princípio de investigação a que assiste ao próprio juiz). Daí que e conforme refere a grande maioria da doutrina portuguesa (e alguma estrangeira também), há efectivamente uma relação intrínseca entre o princípio da presunção de inocência e o princípio do “in dubio pro reo”, relação essa que será melhor explorada e explanada (pois também achamos interessante analisar um possível relacionamento intrínseco entre os dois princípios) mais adiante.

A integração do princípio da presunção de inocência, como direito fundamental na C.R.P. aconteceu em 1976, sendo esta a primeira lei fundamental portuguesa a dedicar mais atenção ao direito processual penal e à previsão de um conjunto de garantias fundamentais, mormente em relação à posição do arguido, francamente mais fragilizada neste contexto. Jorge Miranda⁹ preconiza uma distribuição sistemática dos direitos fundamentais presentes na C.R.P. de 1976 que se divide entre os *direitos fundamentais individuais* e os *direitos fundamentais institucionais*. Na decorrência desta ideia, parece estar uma outra classificação enunciada por Figueiredo Dias¹⁰, com a designação de *direitos fundamentais procedimentais*. É um grupo específico de direitos que decorre do chamado “status activus processualis” do cidadão, em consequência do seu “status activae civitatis”¹¹. O Estado obriga-se por um lado, a garantir uma esfera independente, individual e livre de qualquer influência externa a todo e qualquer cidadão, garantindo todo um conjunto de direitos fundamentais cívicos, sociais e políticos, conciliando-se assim o exercício pleno e soberano do seu “ius imperium” com

⁸ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., pág. 84.

⁹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 3ª Ed., Coimbra Editora 2000, págs. 93 e ss.

¹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., págs. 93 e ss.

¹¹ vide JORGE MIRANDA, ob. cit., págs. 88 e 89- o autor recorre aos ensinamentos de Jellinek qualificando tal estatuto civil com a consagração de uma posição de defesa face ao poder público do Estado, numa espécie de “moeda de troca” em relação ao dever de obediência e de subjugação política do cidadão ao “imperium” estadual.

a protecção de valores elementares a toda uma sociedade democrática, que se diz baseada na liberdade e dignidade humanas, impostos constitucionalmente. Daí que o chamado “status activae civitatis” ou, mais especificamente, o “status activus processualis” obriga à “instituição de meios organizatórios de realização e procedimentos adequados e equitativos” para a plena efectivação e realização dos direitos fundamentais previstos na C.R.P.¹², não bastando por isso a mera previsão formal de princípios e direitos fundamentais, sendo igualmente necessário institucionalizar instrumentos de efectiva realização e materialização desses direitos, bem como garantir a sua plena realização e funcionamento em situações de maior ingerência na esfera jurídica do cidadão, como acontece aquando da submissão de alguém a um processo público de julgamento, em que no qual estão em jogo a compressão de certos direitos e liberdades fundamentais do arguido. Daí que Jorge Miranda considere o art. 32º da C.R.P. (que consagra, entre outros, o principio da presunção de inocência), como parte integrante de um conjunto de *direitos fundamentais procedimentais* e que estão por isso conexos a todo e qualquer procedimento público e estadual que resulte na emanação de uma decisão ou sentença por um qualquer órgão público e que possa de alguma forma, restringir os direitos fundamentais do cidadão. Em suma, os direitos fundamentais procedimentais, dos quais faz parte o art. 32º nº 2 da C.R.P., não são mais do que “armas” ao dispor do individuo para garantir a imparcialidade, a objectividade e a legalidade de todo e qualquer procedimento público e oficial movido contra ele, de forma a que ele possa participar activamente nesse mesmo processo, podendo assim livremente intervir na tramitação do mesmo e, em resultado disso, influenciar positivamente o seu desfecho. Escusado será ainda referir que, tratando-se de um verdadeiro principio de natureza constitucional, beneficia igualmente do regime dos arts. 17º e 18º da C.R.P. que ordena não só a aplicação directa e imediata do artigo a entidades públicas e privadas (art. 18º nº 1), mas também beneficia do regime constitucional da contracção e limitação dos direitos constitucionais face a outros de igual valor, em situações de colisão ou conflito, que deverá reger-se pelos três sub – princípios elementares: principio da necessidade, adequação e proporcionalidade¹³.

¹² JORGE MIRANDA, ob. cit., pág. 93.

¹³ vide ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra 2000, pág. 22. As limitações constitucionalmente impostas aos direitos fundamentais, em situações de colisão ou conflito, obedecem ainda ao facto de tal restrição ter que estar directamente prevista na própria C.R.P. (art. 18º nº 2) e ainda o facto de tais restrições actuarem apenas e só, para salvaguarda de um outro direito de igual natureza constitucional e que, num juízo de proporcionalidade e de necessidade, for de aplicar esse direito em vez do outro - no caso em questão, o principio da presunção de inocência do arguido - que exige que se dirija um tratamento ao

2.2 – A Importância do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Português

Cumpramos agora analisar a relevância da presunção de inocência no actual processo penal português. Foi já referido que, tratando-se de um instrumento extremamente invasivo na liberdade e demais direitos fundamentais do cidadão, o processo penal, enquanto processo público e oficial movido pelo Estado¹⁴ contra determinado(s) cidadão(s), terá não só que estar pois consagrado na C.R.P., como terá igualmente o C. P. P. de prever uma tramitação legal em obediência estrita ao postulado na lei fundamental. Antes de mais, coloca-se a questão sobre as principais finalidades do princípio da presunção de inocência, em sede de processo penal, no que respeita à sua relação com a actividade probatória e consequentemente, se se traduz num verdadeiro meio de prova ou se é apenas um instrumento orientador e limitador da actividade probatória em juízo. Neste contexto, não podemos deixar de referir uma possível relação com o princípio do “in dubio pro reo” (conforme já havíamos referido acima).

Numa breve referência ao princípio “in dubio pro reo”, refira-se que em qualquer situação de dúvida razoável sobre a responsabilidade penal do arguido, o juiz deve sempre decidir-se pela sua absolvição. Esta é, genericamente e em termos simplistas, a definição do princípio em causa. Segundo Castanheira Neves¹⁵, o princípio do “in dubio pro reo” existe de forma a satisfazer duas necessidades decorrentes da própria condução do processo penal: primeiro, o juiz deve sempre emitir uma decisão

sujeito idêntico a qualquer outro cidadão não sujeito a um processo penal – poderá ter que ceder perante as exigências de prevenção geral positiva do processo penal, mormente no que respeita à aplicação de medidas de coacção (prisão preventiva, sendo a mais grave) de forma a que se garanta a completa eficácia e a justa conclusão do processo penal movido contra o sujeito, o que por sua vez, poderá implicar uma restrição à liberdade individual do arguido.

Sobre este assunto, continua ALEXANDRA VILELA, *ob. cit.*, pág. 22, nota de rodapé nº 20 que o princípio da presunção de inocência, enquanto princípio constitucional integrado no art. 32º nº 2 C.R.P., beneficia igualmente de outros regimes outorgados pela C.R.P.. Mormente o respeitante ao tratamento a dar em situações de estado de sítio ou estado de emergência (art. 19º C.R.P.), a existência do direito de resistência, em caso de ofensa grave a tal direito e não ser possível o recurso, em tempo útil, a qualquer força policial (art. 20º nº 2 C.R.P.), e ainda do facto da competência para a sua regulamentação legal estar sobre a alçada da Assembleia da República, fazendo pois parte do elenco taxativo de poderes que compõem a chamada reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, podendo apenas o governo legislar sobre tais temas mediante lei de autorização parlamentar, nos termos dos arts. 164º, 165º nº1 b) e 168 da C.R.P..

¹⁴ Em Portugal, a entidade responsável pelo impulsionamento de qualquer processo penal contra algum cidadão é o M. P.. Se em relação aos chamados crimes públicos, compete ao M. P. a abertura do inquérito (1º fase do processo penal) e é de sua responsabilidade e obrigação “perseguir” o acusado mesmo sem ou contra a vontade e assistência do ofendido, já nos crimes semi – públicos e particulares a lei penal exige, para que o processo penal se inicie, a apresentação de queixa – crime por parte do ofendido (art. 49º C. P. P.) e ainda, nos que respeita à segunda categoria de crimes, que o ofendido deduza ainda acusação particular (art. 50º C. P. P.), dedução essa que será feita finda a fase de inquérito, nos termos do art. 285º nº 1 C. P. P.. Daí que, nos termos do art. 51º nº 1 C. P. P., a intervenção do MP cessa assim que haja a homologação da desistência de queixa por parte do ofendido ou que, por outro lado, não seja deduzida acusação particular, uma vez finda a fase de inquérito, nos termos do referido art. 285º C. P. P..

¹⁵ vide CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Penal*, Coimbra, 1968, pág. 52.

final, ou seja de se pronunciar em sentença absolutória ou condenatória e com isso, pôr fim ao processo criminal e apurar a responsabilidade do arguido¹⁶. Em segundo, serve o postulado processual de que é inadmissível “uma condenação penal em que não se tenha “convencido” o réu da sua efectiva responsabilidade e culpabilidade”¹⁷. Daqui, inevitavelmente, teremos que relacionar o princípio do “in dubio pro reo” com o ónus de prova exigido às partes no sentido de obter uma condenação ou uma absolvição. Em boa verdade e se entendermos o princípio do “in dubio pro reo” como um corolário mais vasto do Princípio da Presunção de Inocência, então a conclusão imediata é que a parte coberta pela presunção de inocência fica imediatamente exonerada de qualquer ónus probatório, ficando por isso vinculada a contra - parte em provar, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do sujeito trazido a juízo, sob pena de obter contra si (o acusador) uma sentença absolutória. Não podemos deixar de evidenciar que este tema é amplamente discutido na doutrina nacional e estrangeira e a relação entre o princípio da presunção de inocência e o princípio “in dubio pro reo” não é pacificamente aceite e concebida em moldes de unanimidade doutrinária.

Rui Patrício, por um lado, defende que o princípio “in dubio pro reo” é um corolário mais vasto do princípio da presunção de inocência, considerando-o como “um verdadeiro reverso processual do princípio penal da culpa.”¹⁸ Segundo este autor, não há uma relação directa que elucida quem deve provar o quê (à semelhança do que acontece em processo civil, segundo as regras de distribuição do ónus probatório, em relação à parte que reclama a protecção de um determinado direito que diz ter sido violado) mas tão somente se traduz, o princípio do “in dubio pro reo”, numa espécie de “comando” sobre a forma de valoração da prova, a respeitar pelo julgador, e em que sentido deverá ele decidir numa situação em concreto. Trata-se pois de uma solução normativa que actua sobre a matéria de facto (a dúvida que impende sobre os factos) e não em relação

¹⁶ Neste mesmo sentido, o art. 8º nº1 do C. C. : “ O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio. A dentro da mesma orientação, refira-se RUI PATRÍCIO, *ob. cit.*, pág. 30 e nota de rodapé nº 54:” ...esta obrigatoriedade de decisão é imposta pela finalidade processual de restauração da paz jurídica, paz comunitária e segurança jurídica do arguido. Por outro lado e ainda dentro desta premissa, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa 1956, pág. 311: “deve aceitar-se o risco de absolvição do culpado e nunca o da condenação de um inocente.”

¹⁷ Sobre a importância do princípio do “in dubio pro reo”, refira-se as palavras de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva, em relação ao descrédito que este princípio assume em relação à situação social actual e ao constante aumento da criminalidade. Para estes dois ilustres criminalistas, as vozes que se levantam contra uma exagerada importância deste princípio revela “uma atitude de espírito inadmissível perante uma ordem jurídica inspirada num critério superior de liberdade, assente no valor moral da pessoa humana. A condenação penal, a pena criminal, é castigo destinado a resgatar a culpa do delinquentes pelo que é de todo inaceitável a condenação sem a certeza moral da sua culpabilidade a redimir; é inaceitável que, numa sociedade em que o valor primeiro é a pessoa humana, a condenação penal não tenha por fundamento a certeza da culpa do condenado e possa servir como simples instrumento de intimidação”, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 83 e, no mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pág. 123, nota de rodapé nº 2. Sábias palavras que, em relação às quais, concordamos plenamente.

¹⁸ vide RUI PATRÍCIO, *ob. cit.*, págs. 31 e ss.

à dúvida que impende sobre o sentido da norma criminal. Rui Patrício entende assim que o princípio do “in dubio pro reo”, enquanto corolário mais vasto da presunção de inocência, assume dois objectivos essenciais: a obrigatoriedade da emanção de uma decisão judicial e por outro lado, numa qualquer situação de dúvida face ao sentido da prova produzida, há um dever de decidir em prol da absolvição do acusado.¹⁹ Como tal e em consequência do que ficou explicito, Rui Patrício refere-se ao princípio do “in dubio pro reo” como um expediente que funciona nas situações em que fracassa ou se mostra insuficiente a prova realizada no sentido de ilidir a presunção de inocência de que goza sempre e ainda o acusado, devendo por isso este ser absolvido quando a prova realizada não é suficiente para formar uma convicção segura de culpabilidade, na mente do julgador. Nesta perspectiva, e partindo-se da ideia geral de que cabe ao arguido provar a sua inocência, os dois princípios são corolários mais vastos do princípio da presunção de inocência.²⁰

Em sentido oposto, evidenciamos Alexandra Vilela, distinguindo categoricamente o princípio da presunção de inocência do princípio “in dubio pro reo”, fazendo valer os ensinamentos de Castanheira Neves²¹ e Souto Moura, contrariando

¹⁹ Opinião partilhada também por CASTANHEIRA NEVES, *ob. cit.*, pág. 52, conforme foi até já referido na devida oportunidade.

²⁰ vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 84 – no mesmo sentido e seguindo uma linha de pensamento semelhante a R. Patrício, também este ilustre penalista se parece referir ao princípio do “in dubio pro reo” como o ponto central do processo criminal, já que a dúvida sobre a responsabilidade criminal “é a razão de ser do processo”. Germano Marques da Silva parece pois relacionar o princípio da presunção de inocência e o princípio “in dubio pro reo” em razão dos limites do conhecimento e da racionalidade humanas, o que provoca uma manutenção, ao longo de todo o processo crime, da dúvida inicial que não foi dissipada apesar de todo o esforço probatório da acusação o que, em consequência disso, “imporá a absolvição do arguido já que a condenação significaria a consagração de um ónus de prova a seu cargo, baseado na prévia admissão da sua responsabilidade, ou seja, o princípio contrário ao da presunção de inocência” – em conclusão, o autor parece estabelecer, à semelhança de outros (como veremos), uma relação de causa – efeito entre os dois princípios.

²¹ vide CASTANHEIRA NEVES, *ob. cit.*, págs. 53 e ss. – C. Neves é paradigmático ao afirmar que “não é aceitável a afirmação de que o princípio “in dubio pro reo” só pode entender-se na base de uma presunção de inocência que, como exigência político – jurídica, se impusesse ao processo criminal.” Desta forma, o autor distingue claramente o princípio “in dubio pro reo” de uma mera presunção de inocência, dizendo mesmo que o funcionamento do “in dubio pro reo” não se limita a um jogo de presunção e contra – provas, mas apenas o de provar efectivamente e peremptoriamente, a infracção criminal. E desta forma, acaba mesmo por ir contra alguns autores já aqui analisados, separando igualmente o “in dubio pro reo” de um simples ónus de prova, não sendo o princípio referido um correlato da existência de uma regra de ónus de prova mas é antes efectivamente, um princípio processual da exclusão desse ónus probatório. Isto porque de facto, não impende sobre o M. P. um verdadeiro ónus de prova (o M.P. nunca pode ser entendido como parte verdadeiramente interessada na condenação de um arguido já que, na condição de representante do Estado na administração da justiça, o MP tem tanto interesse em condenar um acusado como, por outro lado, em ilibar um inocente – sobre o estatuto de objectividade do MP, ver o art. 221º da C.R.P. e o art. nº 2 da lei 23/92 de 20 de Agosto) dos factos constitutivos, nem tão pouco impende sobre o acusado um ónus probatório dos factos extintivos ou modificativos (neste ponto, C. Neves adopta a posição de Figueiredo Dias e da restante doutrina portuguesa de que o princípio “in dubio pro reo” aproveita igualmente os factos modificativos ou extintivos do crime). Daí que se conclui por isso que C. Neves nega categoricamente qualquer relação entre o princípio “in dubio pro reo” e o princípio da presunção de inocência, afirmando que o “in dubio pro reo” é um princípio probatório, desprovido de qualquer natureza político – criminal e cujo campo de actuação é o da exigência absoluta da prova efectiva da prática do crime, rejeitando-se por isso qualquer condenação do arguido com base em infracções não provadas – esta é, para C. Neves, a verdadeira essência do princípio “in dubio pro reo”. Segundo o próprio autor: “o princípio não traduz um “favor rei” (expediente que se manifesta por exemplo, na presunção de inocência) mas uma exigência probatória.”

assim as posições de Rui Patrício e Cavaleiro de Ferreira²². Para Alexandra Vilela, a constitucionalização do princípio da presunção de inocência não se traduz numa duplicação do princípio de que, em caso de dúvida, se decide a favor do arguido.²³ Continua a autora dizendo que embora o princípio da presunção de inocência e o princípio “in dubio pro reo” se encontrem no mesmo campo de actuação, ou seja, ambos se relacionam com a questão da prova no que respeita à sua produção e distribuição processual, são contudo dois princípios que se manifestam em alturas ou momentos processuais distintos e de certa forma, opostos. Concretizando melhor o que foi dito, refira-se: o princípio “in dubio pro reo” relaciona-se com a distribuição do ónus da prova que, em face de uma deficiente ou insuficiente actividade probatória por parte do sujeito processual obrigado a tal, redundaria inevitavelmente numa absolvição do arguido. Tal é assim por força do princípio da presunção de inocência que exonera o arguido de qualquer esforço em provar a sua inocência, devendo o julgador presumi-la (e demais actores processuais) até que se produza prova em contrário suficientemente forte e inequívoca para uma sentença condenatória justa. Ao expor a questão de uma perspectiva em que, eventualmente possam ambos os princípios intervir “sobre o mesmo campo, neste caso, o da prova”²⁴, a autora parece relacioná-los numa estrita relação de causa – efeito (à semelhança do que faz, por exemplo, Germano Marques da Silva, conforme vimos atrás – cfr. nota de rodapé nº 23). Contudo, a verdadeira orientação da autora parece ir no sentido completamente oposto, advogando que o princípio da presunção de inocência e o princípio “in dubio pro reo” não só se manifestam de maneira diferente como também actuam e intervêm em momentos processuais diferentes. Desde logo, o princípio da presunção de inocência está presente

²² vide CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, págs. 316 e ss. – Este autor acaba por se referir á repartição do ónus da prova em sede de processo criminal. Em processo penal, como é certo e sabido, não há uma repartição do ónus nos mesmos termos do processo civil (art. 520º do Cód. Processo Civil) mas sim a existência de um ónus probatório para a entidade acusadora, já que o acusado se encontra protegido por uma presunção de inocência ao longo de todo o processo criminal. O ilustre jurista continua dizendo ainda que o princípio do “in dubio pro reo” abrange não só os factos constitutivos do crime mas também poderá abranger os factos extintivos e / ou modificativos, estes últimos terão que ser alegados e provados pelo acusado, se pretender beneficiar deles mas, contudo, pelo simples facto de a decisão sobre os factos extintivos e modificativos redundar apenas numa decisão sobre a matéria de facto e não de uma verdadeira interpretação de uma qualquer norma legal, é motivo suficiente para, na opinião do autor, se alargar o âmbito do princípio “in dubio pro reo” para além da prova dos factos meramente constitutivos do crime – no mesmo sentido, também FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, págs. 125 e 126. Cavaleiro de Ferreira acaba, em consequência do que foi dito, por fazer equivaler o princípio “in dubio pro reo” e o princípio da presunção de inocência ao considerar a presunção de inocência como verdadeira presunção jurídica, de natureza legal e relativa (ou seja, *iuris tantum*), defendendo por certo uma equiparação entre o facto presumido e o facto indiciante, dando assim uma solução efectiva ao problema da falta de prova ou prova insuficiente do facto presumido. O autor diz então que uma qualquer presunção legal relativa (como o é a presunção de inocência) tem natureza eminentemente processual e actua perante a incerteza de um facto incerto ou facto probando. Daí ser taxativo e enigmático na seguinte expressão: “uma presunção de inocência é o próprio princípio “in dubio pro reo”.

²³ Na mesma linha de raciocínio, vide JOSÉ LUÍS VAZQUEZ SOTELO, *Presuncion de inocencia del imputado e intima conviccion del tribunal: estudio sobre la utilizacion del imputado...*, Editorial Bosch, 1984, pág. 292.

²⁴ vide ALEXANDRA VILELA, *ob. cit.*, pág. 78.

ao longo de todo o processo, desde o início do inquérito criminal até ao trânsito em julgado da sentença. Já o princípio “in dubio pro reo” apenas se manifesta no momento em que o julgador tem que emitir uma decisão final sobre determinada factualidade – absolutória ou condenatória – seja na forma de sentença em fase de julgamento, seja na forma de despacho de acusação ou de pronúncia, nas fases de inquérito e instrução respectivamente.²⁵ Alexandra Vilela conclui por isso dizendo, que o princípio da presunção de inocência se traduz, em última instância, num verdadeiro direito subjectivo²⁶ “a serem considerados inocentes enquanto não se produza prova bastante acerca da sua culpabilidade”²⁷. Já por seu lado, continua a autora, o princípio do “in dubio pro reo” é um mero comando, uma norma de interpretação dirigida ao juiz ou outra entidade julgadora, impondo uma determinada orientação a seguir nos casos em que se tenha que decidir perante a dúvida razoável e que sentido a dar a essa mesma decisão.

Em nossa modesta opinião, penso que a querela acima problematizada se traduz tão só num problema de lógica e de interligação dos conceitos. Se é verdade, tal como refere Alexandra Vilela, que o princípio da presunção de inocência e o princípio do “in dubio pro reo” se manifestam em momentos processuais diferentes e possuem igualmente campos de actuação diferentes, não é menos verdade contudo, que ambos se

²⁵ Desta forma, Alexandra Vilela discorda por isso da posição do autor espanhol - vide JOSÉ LUÍS VAZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*, pág. 291 - em que este afirma que ambos os princípios se manifestam no mesmo momento processual, ou seja, “na hora” do julgador se pronunciar por uma decisão final. Contudo o penalista espanhol não deixa de referir que apesar de existirem grandes semelhanças entre o princípio “in dubio pro reo” e o princípio da presunção de inocência, há contudo algumas diferenças assinaláveis. Como tal, dá como exemplo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Espanhol de 31 de Janeiro de 1983, sendo este o principal marco de jurisprudência espanhola que melhor define a separação entre o princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência e o princípio “in dubio pro reo”, apesar da existência bem documentada de acórdãos na jurisprudência espanhola que atestam o princípio da presunção de inocência e o princípio “in dubio pro reo” como princípios gerais e fundamentais do direito espanhol, sem contudo se constituírem plenamente como preceitos substantivos (exemplos dados pelo autor são o acórdão do Supremo Tribunal de 4 de Abril de 1884 e, mais recentemente, o acórdão de 20 de Outubro de 1959). Ainda assim, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Espanhol de 31 de Janeiro de 1983 foi, efectivamente, o primeiro a fixar claramente as características e o campo de actuação de cada um dos princípios em causa, fundamentando a sua correcta separação: enquanto que o princípio da presunção de inocência se manifesta num direito a favor dos cidadãos em serem presumidos inocentes enquanto não se fizer prova bastante para que tal presunção seja ilidida, já o princípio “in dubio pro reo” se traduz maioritariamente numa norma de interpretação dirigida especialmente ao julgador, instruindo-o a absolver o acusado, por uma questão de humanidade e sentido de justiça, nas situações em que não fique completamente convencido da sua culpabilidade, ainda que se tenha realizado uma actividade probatória “normal”. Assim e conclui o douto acórdão, o princípio da presunção de inocência liga-se fundamentalmente à suficiência da actividade probatória, ou seja, às situações de existência (ou de não existência) de prova suficiente para desvirtuar a referida presunção. Já o princípio “in dubio pro reo” se relaciona maioritariamente com um problema subjectivo de valoração da prova realizada, ou seja, prende-se fundamentalmente com a apreciação subjectiva do julgador das provas trazidas a juízo e qual a força jurídica necessária para o convencer, completa e inequivocamente, da responsabilidade criminal efectiva do arguido.

²⁶ vide FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pág. 122 – O ilustre penalista considera igualmente que o princípio da presunção de inocência é um verdadeiro direito subjectivo público, que se manifesta em dois sentidos: no direito em receber um tratamento justo e adequado, semelhante ao tratamento dado a qualquer pessoa inocente e, por outro lado, ao direito em não ser condenando em face de uma produção insuficiente de prova. No mesmo sentido, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 82 – “todo o acusado tenha o direito de exigir prova da sua culpabilidade no seu caso particular, a estreita legalidade, subsidiariedade e excepcionalidade da prisão preventiva, a comunicação ao acusado, em tempo útil, de todas as provas contra ele...”

²⁷ ALEXANDRA VILELA, *ob. cit.*, pág. 80.

inter – relacionam numa relação de quase causa – efeito. Sem nos querermos cingir a apenas uma das posições acima demonstradas, somos por uma solução, de certa forma, híbrida, influenciada por ambas as doutrinas em disputa. Cremos que, efectivamente, a distinção ou aproximação de ambos os princípios só se justifica mediante as circunstâncias concretas do caso em questão e especialmente, do sujeito ou sujeitos que vão beneficiar das vantagens processuais da aplicação desses princípios, individual ou cumulativamente. De facto, é nossa opinião que todo aquele que beneficia de uma presunção de inocência irá igualmente beneficiar, ainda que indirecta ou reflexivamente de um “in dubio pro reo” já que a falta de prova suficiente para formar uma certeza inabalável na responsabilização criminal do arguido leva, necessariamente e por um princípio de justiça penal constitucional, à absolvição do mesmo já que a dúvida favorece a inocência (presumida) do arguido. Pode parecer um simples jogo de semântica ou um mero exercício de retórica mas a verdade é que se ambos os princípios se manifestam em matéria de prova²⁸ e, por uma questão de lógica processual, se “reencontram” aquando da decisão final do julgador, que está instruído para decidir “pro reo” em caso de dúvida razoável, respeitando assim uma inocência presumida do arguido que nunca, ao longo de todo o processo, se esvaeceu. Assim e em jeito de conclusão, apesar de notáveis e bem documentadas as diferenças de intervenção e de oportunidade processual entre os princípios em causa, parece-nos contudo visível uma relação de causa – efeito essencial entre o “in dubio pro reo” e a presunção de inocência do arguido na medida em que, em última instância, o funcionamento de um é pressuposto ideológico do outro. Não queremos ser tão radicais como se mostram alguns autores acima mencionados ao considerar que o princípio do “in dubio pro reo” é um correlato processual mais alargado do princípio da presunção da inocência ou que, conseqüentemente, o princípio da presunção de inocência se esgota no princípio do “in dubio pro reo”²⁹ já que, em nossa opinião, o princípio da presunção de inocência é dotado de um espectro de protecção mais alargado e mais diversificado do que o princípio do “in dubio pro reo”: enquanto que este parece apenas proteger a figura do arguido, enquanto sujeito processual e interveniente activo em determinado processo criminal, já o princípio da presunção de inocência, dada a sua natureza de princípio constitucional (ou mesmo de direito subjectivo fundamental), parece ser disponível à

²⁸ O princípio da presunção de inocência manifesta-se ao nível do tratamento a dar ao arguido, durante a produção de prova em processo penal e enquanto esta se mostrar incipiente a ilidir a inocência do mesmo enquanto que, por seu lado, o princípio do “in dubio pro reo” constitui numa instrução para o julgador, sobre a orientação da sua decisão, caso haja qualquer dúvida fundada no seu juízo de apreciação da causa.

²⁹ vide, por todos, CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, págs. 316 e ss.

generalidade dos cidadãos, independentemente de estarem envolvidos ou não num qualquer processo – crime. Esta linha de pensamento leva-nos a assumir uma posição intermédia (ou híbrida, se se preferir) nesta temática pois e conforme referimos, se há uma ligação sistemática e lógico – conceptual entre os princípios em causa decorrente do exercício da prova e da forma como esse exercício afecta e influi o resultado final de um qualquer processo – crime, há por outro lado, a questão de que limitarmos o espectro da presunção de inocência à mera actuação do princípio do “in dubio pro reo”, leva a uma espécie de duplicação de princípios constitucionais³⁰ o que redundaria, em ultima instância, num desprovemento de qualquer sentido e alcance lógicos bem como numa anulação recíproca entre os dois, criando um vazio político – constitucional que seria, de todo em todo, inadmissível. Por outro lado, o princípio da presunção de inocência é um princípio ou direito fundamental que limita o “ius puniendi” do Estado enquanto que o princípio do “in dubio pro reo”, ainda que entendido dentro da mesma lógica, se aproxima a uma “regra” de actuação processual, que instrui a parte processual respectiva – o julgador - a decidir de determinada forma, tendo em conta uma determinada factualidade e circunstâncias. Por isso é que da nossa parte, advogamos uma solução híbrida, que recolhe o “melhor dos dois mundos”, sendo que para nós, o fundamental é agilizar e harmonizar ambos os princípios, de acordo com a situação presente, por uma questão de justiça e de economia processual.

Para concluir esta breve análise do princípio da presunção de inocência, refira-se ainda uma querela que tem motivado alguns debates não só entre a doutrina nacional mas tem também merecido alguma consideração por parte da doutrina estrangeira: será a presunção de inocência uma verdadeira presunção em sentido técnico, ou deverá ser antes incluída em categoria jurídica diferente? Sem querermos entrar num campo demasiado pormenorizado acerca das presunções jurídicas e das suas várias categorias³¹, passemos só em revista o que refere a doutrina maioritária sobre este assunto.

Rui Patrício, por um lado, rejeita completamente a ideia de que a presunção de inocência é uma verdadeira presunção jurídica, considerando antes estarmos perante um verdadeiro direito subjectivo do arguido que, segundo o autor, se manifesta de duas formas: a presunção de inocência constitui um direito absoluto do arguido em ser tratado como um cidadão completamente inocente (pelo menos, até que tal presunção

³⁰ vide ALEXANDRA VILELA, *ob. cit.*, pág. 76 e por JOSÉ VAZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*, pág. 292.

³¹ Para uma visão aprofundada sobre tal temática, vide BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina 2004, págs. 111 e ss., e ainda CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, págs. 313 e ss.

seja ilidida por prova concreta da sua culpabilidade efectiva). Por outro lado, o direito à presunção de inocência garante ao arguido que a aplicação das medidas de carácter cautelar e de garantia patrimonial obedecerão a padrões de estrita proporcionalidade e de adequação, forma a não atentar gravemente contra os seus direitos e liberdades fundamentais, servindo apenas a necessidade processual de descoberta da verdade material. Consequentemente e em virtude de tal protecção, o arguido jamais poderá usado como meio de prova contra a sua vontade nem tão pouco ser forçado a cooperar com o tribunal ou a confessar os factos de que está acusado, sendo meramente instituído como um “livre contraditor ao acusador, dotado de armas iguais às dele”^{32 33}.

Por seu lado, José Vázquez Sotelo, também se debruçou sobre a qualificação do princípio da presunção de inocência, partindo do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Espanhol de 25 de Julho de 1981, que configura expressamente a presunção de inocência como verdadeira presunção legal “*iuris tantum*”, qualificação essa que causa alguma confusão dogmática, no que respeita à integração e interpretação da expressão “presunção” nos vários textos constitucionais e nos tratados internacionais que prevêm o princípio da presunção de inocência. Sotelo refere-se primeiramente à posição de outro autor italiano, Bettiol, considerando-a errada já que o autor considera apenas a figura do acusado, que é concretamente alvo de um processo – crime, como o único destinatário ou beneficiário da presunção de inocência. Por seu lado, Sotelo considera que a presunção de inocência abrange toda uma comunidade de cidadãos já que, ao contrário do que diz Bettiol, é na extensa comunidade dos cidadãos que se pode presumir com segurança, a efectiva inocência da maioria já que, os sujeitos processados e efectivamente condenados, constituem uma ínfima e pouco significativa parte dessa comunidade - é dentro desta perspectiva que deve ser pois fundamentada a existência de uma presunção de inocência, sendo até no seguimento deste raciocínio que se justifica a previsão de uma presunção de inocência ao sujeito processado criminalmente pelo legislador constitucional³⁴. Daí que o argumento de Bettiol é categoricamente recusado por Sotelo, uma vez que o autor italiano tende a limitar em demasia o espectro

³² vide RUI PATRÍCIO, *ob. cit.*, pág. 38.

³³ No mesmo sentido, parecem ir autores como FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pág. 122 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 82 e ss. O primeiro quando diz expressamente que “o direito a ser presumido inocente é um *direito subjectivo público*”, concedendo uma dupla missão a tal direito: o direito, por parte do acusado, em receber um tratamento condigno e fiel à sua condição de presumível inocente até prova em contrário e, por outro lado, o direito a ser condenado após uma exaustiva produção de matéria probatória que seja igualmente suficiente para uma culpabilização plena e para lá de qualquer dúvida razoável na mente do julgador. Na mesma linha de pensamento, está também Germano Marques da Silva que engloba uma série de direitos a favor do acusado, dentro do mesmo direito à presunção de inocência: o direito do arguido a exigir prova da sua culpabilidade, o direito a que lhe sejam aplicadas medidas de coacção (mormente a prisão preventiva) dentro do estritamente necessário para fins de garantia processual e ainda o direito a que lhe seja comunicado, em tempo útil, sobre todas as provas reunidas contra ele.

³⁴ vide VÁZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*, pág. 270.

de abrangência da presunção de inocência apenas, como ficou demonstrado, aos sujeitos acusados e portanto, alvos de um processo – crime movido contra eles.

Por outro lado, Vázquez Sotelo volta-se igualmente contra outro penalista italiano, Manzini. Sotelo não concorda com a fundamentação dada por Manzini uma vez que a presunção de inocência não é dogmaticamente fixada e construída através de um juízo de normalidade da realidade quotidiana, juízo esse que confirma (ou refuta) a presunção estabelecida. O princípio da presunção de inocência não é de facto induzido por uma qualquer regra de experiência ou vivência normal da realidade, mas tão só por um imperativo geral de cidadania e justiça social, presumindo-se a inocência do acusado ao longo de todo o processo criminal, enquanto não se conseguir comprovar, cabal e eficazmente, a sua culpabilidade. Daí que na concepção de Vázquez Sotelo, sob este ponto de vista, a presunção de inocência resume-se mais propriamente a um direito fundamental à inocência do que propriamente uma presunção em sentido técnico – jurídico quando a prova produzida não se mostrou suficiente para provar a culpabilidade do arguido, dando lugar a uma prova plena da sua inocência efectiva, que era já presumida desde o início do processo.

Considera pois o autor, que estamos antes perante uma verdade interina³⁵ ou provisória que, ao contrário das presunções, em que estas partem de um facto conhecido e tido como existente para se aceitar a existência de um outro facto relacionado, mediante um regra de experiência, já a verdade interina ou provisória dispensa absolutamente a existência de qualquer facto preliminar ou dado como existente para se inferir a existência de um outro desconhecido bem como se dispensa igualmente, qualquer processo lógico de apreensão da realidade construída para daí se deduzir o facto presumido. Em face disto, Sotelo considera que estamos perante dois institutos jurídicos absolutamente distintos um do outro já que a verdade interina dispensa o

³⁵ Tese que também recolhe algum acolhimento em Portugal. Vide, por exemplo, ALEXANDRA VILELA, *ob. cit.*, págs. 81 e ss - segundo a autora, o princípio da presunção de inocência não cumpre os requisitos legais da definição do artigo 349º C. C. e como tal não se coaduna com a conclusão natural da maior parte dos processos crime que, na sua maioria, acabam em condenação efectiva do acusado pelo que, desta feita, havendo maior previsibilidade de uma condenação do que uma absolvição, seria então difícil sustentar uma presunção desta envergadura, quando o facto conhecido ou a realidade conhecida contraria precisamente o facto que seria daqui deduzido como verdadeiro (presumido). Por isso, autora também entende que a presunção de inocência pode actuar como verdade interina se esta resultar da experiência comum que a grande maioria dos arguidos são declarados inocentes, sendo tal pensamento de aceitar se for igualmente pacífico que as verdades interinas, ao contrário das presunções legais, dispensam qualquer facto preliminar cuja existência foi já comprovada para desta forma, se aceitar outro facto relacionado como existente – tal relação causal é, para este caso, secundária sendo irrelevante se a experiência normal de vida diz exactamente o oposto. Porém e em aparente contradição ao exposto, a autora também não deixa de referir que não se deve entender o princípio da presunção de inocência como uma verdade interina em sentido estrito porque, conforme é sabido, a inocência do arguido só é presumida em absoluto mas até ao momento em que se produza prova suficiente em contrário, deixando por isso de ser “uma verdade” em determinado sentido, assumindo uma outra realidade oposta. Daí que para a autora, a melhor classificação é mesmo a que foi já conferida por lei: trata-se de um princípio fundamental e constitucionalmente consagrado, de protecção e garantia dos direitos do acusado.

sujeito favorecido (ou seja, aquele que vai beneficiar da admissão de uma verdade construída ou, se se quiser, “simulada”) da produção de qualquer prova em contrário, já que a sua posição se encontra blindada e segura pela convicção do julgador de que não se irá contrariar, à partida, esse “status quo”. Por seu turno e fazendo juízo a uma nova corrente doutrinal em ascensão em relação a esta temática e que da qual parece ser Sotelo apologista, podemos considerar que as presunções legais (pelo menos, as de natureza “*iuris tantum*”) não exoneram completamente a parte favorecida de um esforço probatório mas tão pouco supõe, unicamente, uma espécie de “aligeiramento ou facilitação de prova”^{36 37}, sem contudo afectar ou modificar as regras de distribuição do ónus de prova. Pelo contrário e no entender do autor, a norma que estabelece uma verdade interina, funcionará plenamente como uma regra geral de prova. Sotelo conclui por isso que o princípio da presunção de inocência não é verdadeira presunção mas tão somente uma verdade interina ou provisória de garantia de qualquer cidadão, até que seja produzida contra ele prova concreta e suficiente da sua culpabilidade.

Se nos dedicarmos a opinar sobre qual a melhor categoria jurídica a atribuir ao princípio da presunção de inocência, diríamos sem grande hesitação que concordamos plenamente com Rui Patrício e com Figueiredo Dias (entre outros) ao considerarem o princípio de presunção de inocência como um verdadeiro direito subjectivo público, aplicável à generalidade dos cidadãos de uma dada comunidade³⁸, sendo até aparentemente a orientação seguida pelo legislador constitucional no referido artigo 32º nº 2 da C.R.P. Com efeito, e segundo a grande maioria da doutrina nacional e estrangeira (atingindo-se quase uma unanimidade total), não parece ser correcto considerar o princípio da presunção de inocência como uma verdadeira presunção legal (ou judicial) em sentido técnico – jurídico e conforme o artigo 349º C. C., uma vez que falha, quanto a nós, o grande requisito central para estarmos perante uma verdadeira presunção: as ilações que se retiram de um facto conhecido para se ter como verdadeiro um outro facto desconhecido. Parece-nos, em nossa opinião, que o facto conhecido que servirá de base à formação de uma presunção de inocência deverá estar dotado de uma

³⁶ vide VÁZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*, pág. 276.

³⁷ Não parece ser contudo, uma doutrina que vá vigorar entre nós a avaliar pelo menos, pela orientação generalizada da nossa lei e especialmente, da nossa doutrina mais proeminente. Veja – se por exemplo, o que o diz o já referido artigo 350º nº 1 do C. C. que diz que “quem tem a seu favor uma presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz.” Por outro lado e numa visão mais doutrinal, veja-se por exemplo os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pág. 126 e CASTANHEIRA NEVES, *ob. cit.*, págs. 55 e ss. – não só concluem categoricamente por uma total exoneração de prova em favor do acusado em relação aos elementos constitutivos do crime, como consideram igualmente que o princípio da presunção de inocência pode e deve funcionar também em relação aos elementos extintivos, modificativos ou justificadores do crime ocorrido.

³⁸ vide FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pág. 122 – “O princípio da presunção de inocência (...) integra uma norma directamente vinculativa e constitui um dos direitos fundamentais dos cidadãos...”

certa regularidade ou até, de uma certa imutabilidade e perpetuação no tempo na medida em que se encara o facto conhecido como absolutamente verdadeiro e sempre com a mesma natureza. Como tal e admitindo que a presunção de inocência seja aplicada à generalidade dos cidadãos e que mesmo que essa generalidade seja maioritariamente inocente, não nos parece correcto aceitar esse facto como conhecido para daí se presumir ou deduzir um outro facto – a presunção – que demonstre a inocência como “imutável e perpétua”. Daí que seja mais correcto, em nossa opinião, referirmo-nos ao princípio como um verdadeiro direito à presunção de inocência (ou até apenas de um direito à inocência em processo penal) e não como uma presunção técnico – jurídica. Uma última palavra para considerar como igualmente aceitável a posição de Vázquez Sotelo quando este considera a presunção de inocência como uma verdade interina ou provisória: apesar de se tratar de um instituto que está sempre à mercê da orientação concedida pela prova produzida, parece-nos que a sua construção caracteriza exactamente o funcionamento da presunção de inocência no processo penal ou seja, entende-se como verdade provisória a inocência do arguido até que seja produzida prova bastante e suficiente e que demonstre que essa verdade provisória está errada.³⁹

³⁹ Mas apenas no caso concreto que está em apreciação pelo julgador. A produção de prova que contrarie o princípio da presunção inocência e que fundamente a condenação efectiva do arguido não vai contudo, provocar qualquer alteração legislativas ou modificar a orientação do princípio em causa. Tal acontece identicamente nas verdades interinas – veja, por exemplo VÁZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*, pág. 274 ou também SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* in “Revista de Derecho Privado”, 1991, pág. 594 – em que o legislador admite que seja produzida prova bastante e que contrarie o curso normal dos acontecimentos previsto ou antecipado abstractamente, em relação a determinado caso em concreto.

III – A Mediação em Direito Penal

3.1 – A Justiça Restaurativa e a Mediação Penal

Ao abrigo do art. 10º da Decisão – Quadro 2001 / 220 / JAI de 15 de Março, iniciou-se em Portugal, por volta do ano de 2004, um esforço de implementação de programas de mediação entre vítimas e agressores sendo de assinalar a este propósito, a data de 16 de Julho de 2004, que marcou o início de um programa pioneiro de M. V. A., estando na sua origem um protocolo de cooperação assinado entre o DIAP (Departamento de Investigação e Acção Penal) e a Faculdade de Direito da Universidade do Porto, cujo funcionamento e aspectos essenciais serão estudados mais adiante. Por agora, cumpre apenas dizer que foi efectivamente o passo mais significativo para a implementação definitiva de um programa de M. V. A. no nosso País, mais propriamente, na forma de um regime de Mediação Penal, em cumprimento do então referido art. 10º da referida decisão quadro⁴⁰, sendo igualmente de assinalar a Recomendação nº (99) 19, de 15 de Setembro de 1999, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, cujo art. 1º define um processo “no qual a vítima e o agressor podem, se assim consentirem, participar activamente na resolução de aspectos e matérias relacionadas com o crime ocorrido, sempre coadjuvados por uma terceira parte imparcial – o mediador”⁴¹. Além dos diplomas internacionais referidos acima, há ainda outros de igual importância e que também facilitam, em maior ou menor escala e de forma mais ou menos explícita, a imposição de medidas e de um regime penal mais favorável à posição processual da vítima, numa tentativa de prover mais eficazmente às suas necessidades e debilidades enquanto sujeito – alvo de um crime ocorrido. Assim refira-se por exemplo, a Resolução 40 / 34 das Nações Unidas de 1985 e ainda a Convenção Europeia Relativa à Indemnização das vítimas de criminalidade (Directiva 2004 / 80 / CE de 29 de Abril de 2004) que institui, nos arts. 1º e 2º, o direito de qualquer vítima de crime especialmente violento em pedir ao Estado da sua residência, a

⁴⁰ O disposto no referido art. é o seguinte:” 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”. Refira-se ainda, a propósito do exposto, o art. 17º da mesma Decisão – Quadro, que impõe um prazo limite para a execução plena do disposto no art. 10º: até 22 de Março de 2006.

⁴¹ Esta recomendação fixa efectivamente as principais características e a forma de tramitação processual que a mediação em direito penal deve adoptar – confidencialidade, voluntariedade das partes, autonomia da mediação face ao sistema de justiça criminal tradicional, possibilidade de remissão para mediação em qualquer fase do processo crime, entre outras assinaláveis. Efectivamente e conforme iremos ver mais adiante, nem todas estas características foram acolhidas pelo regime de mediação penal em Portugal.

ser ressarcida e compensada pelos danos que tenha sofrido (patrimoniais e morais) em consequência do crime praticado, ficando então o respectivo estado com a responsabilidade de atribuir essa mesma indemnização ao requerente, uma vez cumpridos determinados requisitos legais, cobrindo-se pois situações de praticas de crimes especialmente violentos em que as vitimas da criminalidade não podem obter uma indemnização junto do autor da infracção “já que este pode não dispor dos meios necessários para dar cumprimento a uma decisão de indemnização” – conforme refere até o ponto 10 dos Considerandos da referida directiva⁴². Encontra-se por isso em curso uma nova forma de se fazer e aplicar a Justiça Penal nas sociedades contemporâneas, sob a égide da chamada Justiça Restaurativa, um paradigma que cuja área de actuação é ainda hoje algo impreciso. De nem sempre fácil definição⁴³, reconhece-se contudo três elementos essenciais à justiça restaurativa⁴⁴: o elemento social, que provoca uma verdadeira revolução de paradigmas e na forma como o crime é visto e redefinido social e juridicamente – uma ofensa inter – pessoal e perturbadora das relações humanas e não meramente um simples acto contra o Estado e consequentemente, contra o interesse público. De seguida, aponta-se o elemento democrático, que obriga a uma participação activa de todos os sujeitos envolvidos no processo de mediação. Finalmente, culmina-se com um elemento reparador como consequência lógica e social do processo de mediação: a reparação integral e efectiva dos danos causados à vitima pelo agressor, transpondo-se assim para um primeiro plano as necessidades prioritárias da vítima. Surge-nos então este renovado movimento de implementação da Justiça Restaurativa, como resposta a uma crise já longa e exaustivamente apregoada do Direito Penal Tradicional, este tido como excessivamente formalista e meramente simbólico, epítome máxima do “ius puniendi” estadual, tendo como propósito ultimo e essencial a punição

⁴² Para referência a outros diplomas de interesse, vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *A Mediação Penal de Adultos – Um novo “paradigma” de Justiça?*, Coimbra Editora, 2008, págs. 32 e 33.

⁴³ De facto, foram ainda significativas as propostas de definição de Justiça Restaurativa, não parecendo ainda contudo ter-se chegado a um consenso. Veja-se por exemplo, a definição proposta no Anexo I da Declaração da ONU sobre os princípios básicos para o uso de programas de justiça em matéria penal: “Qualquer processo em que a vítima, o agressor e/ou outros indivíduos ou membros da comunidade afectados por um crime participam activamente e em conjunto na resolução das questões resultantes daquele, com a ajuda de um terceiro imparcial”. Confronte-se igualmente a definição dada por HOWARD ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, 2006, pág. 37: “A Justiça Restaurativa traduz-se num processo que envolve, na medida do possível, todos aqueles que possuem interesses afectados no decurso de uma ofensa específica, procurando-se então uma identificação colectiva das necessidades e obrigações de todos em disputa, de forma a atingir-se um estado de coisas o mais pacífico e correcto possível.” Contudo, aquela que é tida como a definição mais correcta de todas, foi a proposta por TONY MARSHAL, *Restorative Justice – An Overview*, Home Office, 1999, pág. 5: “A Justiça restaurativa é um processo no qual as partes com interesse numa ofensa específica, tentam encontrar colectivamente uma solução para lidar com o resultado dessa ofensa e com as respectivas implicações para o futuro.” Em relação à doutrina nacional, veja-se por exemplo, João Lázaro e Frederico Marques, *Justiça Restaurativa e Mediação*, in “Revista Sub Judice – Justiça Restaurativa”, Almedina, Out. – Dez. 2006, pág. 66.

⁴⁴ Cfr. CHRISTA PELIKAN, *General Principles of Restorative Justice*, in “A Introdução da Mediação Vítima – Agressor no Ordenamento Jurídico Português”, Almedina, 2005, pág. 16. e ainda, JOÃO LÁZARO E FREDERICO MARQUES, *Ob. cit.*, pág. 66.

do agente pelo crime cometido através de aplicação de sanções que, apesar de servirem os propósitos de prevenção geral e especial e de reforço legal da norma penal violada (que são, afinal de contas, os tão aclamados fins das penas, estando eminentemente ligados ao fenómeno ressocializador do direito penal e conseqüentemente, associados à velha questão das vantagens e desvantagens da aplicação de penas privativas de liberdade), tendem contudo a promover um afastamento progressivo da vítima de um processo penal que, em lugar de prover pela promoção e protecção dos seus interesses e necessidades através da justa reparação e compensação pelo mal sofrido⁴⁵, opta por outro lado por subalternizar a posição já de si fragilizada da vítima, em detrimento dos interesses de uma comunidade e de um poder público, bem mais interessado na punição do arguido e conseqüente reafirmação legal da norma penal, afim de se promover a estabilidade social e a paz pública, em lugar de satisfazer “os particulares anseios de justiça da vítima”⁴⁶. Portanto, é de todo o interesse social e jurídico a contínua implementação (e execução) de programas de M. V. A. ou de Justiça Restaurativa, que recolquem a vítima no centro do processo penal ou, tal como afirma correctamente Raul Esteves, “uma justiça para a vítima significa tão somente transportá-la para o centro do drama jurídico que se inicia, precisamente, com a afectação da sua vida, integridade física, saúde, património, liberdade, ...”⁴⁷ e que, em consequência de tais desígnios, possa colmatar uma lacuna há muito identificada no Direito Penal, que se traduz na sua incapacidade de reparar integralmente a vítima (patrimonial e extra patrimonialmente) em consequência do crime ou da ofensa sofrida. Apesar de tudo o que foi dito e de todas as falhas apontadas ao Direito Penal no que respeita à sua relação com a posição subalternizada das vítimas, no seio de um processo crime, há contudo vezes que se levantam e que consideram ser manifestamente injusto dizer-se que o actual Direito Penal (ou mais especificamente, o Direito Processual Penal) não concede já alguma proeminência jurídica à vítima, com um conjunto de amplos poderes concedidos enquanto sujeito processual, e que cujo exercício afecta significativamente a

⁴⁵ Que é até, na maior parte dos casos e em última instância, o desejo real e imediato de qualquer vítima de crime – vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *A Propósito da Decisão – Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: Algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal*, in “R.P.C.C.”, nº 15, 2005, pág. 395 e ss.

⁴⁶ Vide RAUL ESTEVES, *A Novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal*, in “Revista Sub Judice – Justiça Restaurativa”, Out. – Dez., 2006, pág. 57 – o autor considera mesmo ter sido primordial o afastamento do desejo de “vingança de sangue” da mente da vítima e dos seus respectivos familiares para que o actual modelo de sancionamento penal opte por secundarizar o papel da vítima no processo penal, sendo os seus interesses pessoais absorvidos pelo interesse máximo da comunidade, na pessoa do procurador público, bem mais interessado numa efectiva condenação do agressor e com isso, promover o reforço penal da norma violada e a conseqüente paz social. Por outro lado, a figura do agressor é hoje em dia bastante estereotipada e uniformizada – pegando o autor no conceito civil de “homem médio” delincente – sujeitando-se o agente a um quadro homogéneo de punição tipificada, consoante as impressões deduzidas pelo julgador sobre a personalidade do agente – é um visão deste autor que, quanto a nós, nos parece bastante acertada e até, actual.

⁴⁷ Cfr. RAUL ESTEVES, *ob. cit.*, pág. 58.

condução do processo crime. Destaque-se, por exemplo André Leite⁴⁸ e Carlota Pizarro de Almeida⁴⁹, que enumeram alguns exemplos que atestam um significativo poder de decisão processual ao dispor da vítima, mormente no que respeita ao regime dos crimes semi – públicos e crimes particulares em sentido restrito, cujo impulso processual está inteiramente à disposição do ofendido, já que sem a apresentação de queixa, nos termos do art. 113º do C. P., o processo criminal não pode ser iniciado. Por outro lado, esta restrição ao princípio da oficialidade do M. P. está igualmente presente na possibilidade de constituição como assistente, ao abrigo do art. 68º e ss. do C. P. P., na intervenção das partes civis (art. 71º e ss. do C. P. P.) e ainda na exigência de dedução de acusação particular pelo ofendido (e posterior constituição como assistente), como condição única de procedibilidade, no que respeita aos crimes particulares em sentido restrito (conforme o art. 50º do C. P. P.). Por outro lado, há todo um conjunto de legislação penal extravagante a fundamentar a posição dos referidos autores, como é o caso da Resolução da Assembleia da República nº 61 / 91 de 14 de Abril e das Resoluções do Conselho de Ministros nºs 55 / 99 e 88 / 2003 que criam, fundamentalmente, um plano nacional contra a violência doméstica. Refira-se ainda o Dec. Lei nº 190 / 2003 de 22 de Agosto que impõe um sistema de protecção a testemunhas que se propõem a depor contra os autores de determinados crimes. Refira-se só, finalmente, uma constatação interessante da autoria de Cláudia Santos⁵⁰ que e apesar de partilhar da mesma opinião dos autores acima referidos, refere contudo que o direito penal é, e sempre será, um direito puramente sancionatório que cujo objectivo primordial é a aplicação de sanções penais, dentro dos limites por si estabelecidos. Por isso e segundo a autora, o direito penal, mais do que um mero meio de satisfação das necessidades da vítima, é antes de mais um instrumento do poder punitivo do Estado. Daí que e segundo a mesma, “talvez não devamos continuar a exigir ao direito penal aquilo que o direito penal não nos pode dar”⁵¹.

⁴⁸ vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, pág. 15.

⁴⁹ vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pág. 394.

⁵⁰ vide CLÁUDIA SANTOS, *A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal*, in “R.P.C.C.”, Nº 16, 2006, pág. 90.

⁵¹ IDEM, *ibidem*, pág. 90.

3.2 – A Mediação Penal em Portugal na relação com o Princípio da Presunção de Inocência (art. 32º nº 2 da C.R.P.)

Em cumprimento do art. 10º da referida Decisão - Quadro de 15 de Março de 2001, optou-se então pela implementação em Portugal de um modelo de mediação entre vítima / agressor, de carácter directo e “cara – a – cara”, aproveitando-se para isso os trabalhos já desenvolvidos em outras áreas do direito (mormente, no direito civil), cuja existência de centros de arbitragem voluntária e de Julgados de Paz compreendem já, no direito civil, importantes mecanismos de resolução alternativa de litígios, através de sessões mediadas por um juiz de paz em que ambas as partes (requerente e requerido) se reúnem e tentam chegar a um acordo de reparação, que possibilite uma resolução extra – judicial do litígio.⁵²

Por isso, conforme referido supra, destaca-se a primeira tentativa de implementação de um programa de mediação penal em Portugal, com a assinatura de um protocolo de Cooperação e Investigação entre o DIAP e a Faculdade de Direito de Universidade do Porto (num processo que ficou conhecido como o “Projecto do Porto”), que visou desde logo, a implementação de um programa piloto de mediação para inquéritos a correr na altura no DIAP do Porto, e em relação aos quais pudessem ser aplicados mecanismos de diversão processual e de consenso, já previstos à data no C. P. P.. Fundamentalmente, ficava a cargo da Faculdade de Direito da Universidade do Porto a função de mediação ofendido / agressor, podendo igualmente monitorar e fiscalizar o cumprimento do acordo obtido pelas partes, bem como das medidas aplicadas pelo M. P..⁵³ Numa primeira abordagem, após o início do referido projecto a 2 de Novembro de 2004, constatou-se que a mediação penal só poderia ser aplicada, nesta primeira fase, aos inquéritos em curso no DIAP mas que, em relação aos quais, se poderia aplicar ou a suspensão provisória do processo (art. 281º C. P. P.) ou o arquivamento em caso de

⁵² vide a Lei sobre Organização e Funcionamento dos Julgados de Paz – Lei 78 / 2001 de 13 de Julho - em especial os seus arts. 43º e ss. – conforme se pode constatar, existe toda uma tramitação em tudo semelhante aos processos de mediação em direito penal (conforme se verá mais adiante), já que um vez instaurado o processo na secretaria do tribunal do julgado de paz respectivo e posteriormente seja citado o demandado, inicia-se uma fase de pré – mediação em que ambas as parte são informadas dos objectivos prosseguidos com a mediação a iniciar, bem como averiguar a predisposição das partes na celebração de um acordo de reparação (arts. 49º e 50º do referido diploma). Por outro lado, consiste igualmente num processo “de resolução das divergências de forma amigável e concertada” (art. 53º nº 1) completamente confidencial (art.52º), em que ambas as partes podem desistir a qualquer momento (art. 55º). O objectivo é portanto atingir-se um acordo consensual de reparação, que depois irá valer como sentença, após homologação pelo juiz de paz. Caso não haja acordo (na totalidade ou parcialmente), marca-se então data para o início da sessão de julgamento (art. 56º nº 2).

⁵³ Cfr. TERESA MORAIS, *Mediação Penal - O “Projecto do Porto” e o Anteprojecto da Proposta de Lei*, in “R.M.P.”, nº 105, Jan. – Mar. de 2006, pág. 135.

dispensa de pena (art. 280º). Daí que, em relação aos crimes que caíram sob a alçada destes dois mecanismos de diversão, apuraram-se dois problemas: a suspensão provisória do processo incidia, quase maioritariamente, nos ditos “crimes sem vítima” (posse de arma, usurpação de funções, simulação de crime, etc...), enquanto que, por seu turno, o arquivamento por dispensa de pena era aplicado dentro dos restritos trâmites do art. 74º do C. P., ou seja, apenas em relação aos crimes puníveis com pena de prisão não superior a 6 meses (ou pena de multa não superior a 360 dias) tendo que tal possibilidade de dispensa de pena constar expressamente no respectivo tipo legal. Conclui-se por isso, em face destas questões, que o processo de mediação penal apareceria como um instituto autónomo aos mecanismos consagrados nos arts. 280º e 281º do C. P. P., com relevância e atribuições próprias e cujo critério de aplicabilidade da mediação penal deveria passar, quase forçosamente, por situações de proximidade pessoal entre o ofendido e o agressor (ou denunciado), que pautam, por exemplo, as relações de parentesco, laborais ou de vizinhança.^{54 55}

Na sequência do chamado “Projecto do Porto” e tendo em conta os resultados relativamente positivos extraídos desse programa, apresentou-se no dia 3 de Março de 2006 num conferência realizada no Centro de Estudos Judiciários, um anteprojecto de uma proposta de lei com vista a implementar um modelo de mediação vítima – agressor no processo penal português, formulado em consonância com os modelos adoptados nos restantes ordenamentos jurídicos europeus e claro, em concretização das novas políticas europeias em relação à posição das vítimas no processo penal europeu, sendo disso exemplo a já referida Decisão Quadro de 15 de Março de 2001. Esse anteprojecto iria ficar disponível para discussão pública até finais do referido mês de Março. Tal anteprojecto levou à elaboração de uma proposta de lei (Proposta de Lei nº 107 / X) que visou em última instância, a elaboração final de legislação definitiva com vista à efectiva implementação de um regime de mediação penal em Portugal. Após várias versões na sua redacção, surgiu então a redacção final da lei sobre mediação penal, a Lei 21 / 2007 de 12 de Junho, tendo sido aprovada em 12 de Abril de 2007 e consequentemente promulgada em 30 de Maio de 2007, tendo entrado em vigor no dia 30 de Junho de 2007 (tudo isto nos termos do art. 16º do referido diploma).

⁵⁴ vide TERESA MORAIS, *ob. cit.*, pág. 137.

⁵⁵ Para uma análise mais detalhada e sociológica sobre a implementação deste projecto piloto, vide com bastante interesse JOSEFINA CASTRO e CÂNDIDO AGRA, *O Processo de mediação em matéria penal – Elementos de reflexão a partir do projecto de investigação – acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto*, in “R.M.P.”, nº 105, Jan. – Mar. de 2006, págs. 146 e ss.

Feita esta rápida revisão histórica sobre aparecimento da mediação penal em Portugal⁵⁶ urge divulgar finalmente a questão central deste trabalho: *será a submissão do agressor a um processo de mediação penal, ainda em fase de inquérito, e posterior assinatura do acordo de reparação à vítima, uma violação do princípio constitucional previsto no art. 32º nº 2 da C.R.P.?*

Procuraremos remeter a nossa posição e convicções a propósito desta questão para o último capítulo da dissertação. Por agora, importa primordialmente analisar o “estado da arte” actual em Portugal, sobre a forma como esta temática tem sido abordada pela doutrina nacional.

3.2.1 – A “aparente” contradição ao princípio da presunção de inocência

Vamos tomar como ponto de partida de abordagem ao tema, as considerações tecidas sobre o problema da autoria de Mário Ferreira Monte.⁵⁷

Mário Ferreira Monte advoga que a justiça restaurativa poderá constituir sérios problemas ao princípio da presunção de inocência, enumerando então duas razões essenciais: por um lado, a remissão do processo criminal para mediação depende não só da vontade livre e esclarecida das partes envolvidas (conforme o art. 3º nº 5 do diploma legal) mas também da recolha de indícios suficientes da ocorrência efectiva de crime. Ora é opinião do referido autor que a adesão do agressor ao processo de mediação (mesmo que livre e esclarecida) e posterior aceitação e posterior assinatura do acordo de mediação poderá significar, mesmo que reflexivamente, uma aceitação à hipótese de existência efectiva de indícios de que praticou realmente um crime. Por outro lado, uma segunda razão apontada por Mário Monte redundará na hipótese de a adesão ao processo de mediação redundar numa assunção indirecta de culpa por parte do agressor, sendo tal facto de absoluta relevância nos casos em que a mediação falha, seja porque as partes não chegaram a qualquer acordo formal, seja porque o acordo fixado foi manifestamente incumprido, dando origem à reabertura do inquérito e consequentemente, ao processo criminal respectivo. Sendo verdade que o processo de mediação penal é confidencial – nos termos do art. 4º nº 5 – não podendo o juiz conhecer e levar em consideração o conteúdo das sessões de mediação nem tão pouco o

⁵⁶ Efectivamente, não nos cumpre não tão pouco compensa um aprofundamento do desenvolvimento histórico – social da mediação penal no nosso país, visto tratar-se ainda de um instituto jurídico relativamente recente, sendo ainda aplicável a título experimental, em determinadas comarcas estabelecidas na lei. O seu alargamento a todo o território nacional vai depender não só do acolhimento doutrinal e jurisprudencial, mas também da avaliação e impacto sociais que poderá vir a ter.

⁵⁷ Cfr. MÁRIO FERREIRA MONTE, *Um balanço provisório sobre a lei de Mediação Penal para Adultos*, in “Ciclo de Conferências em Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias”, Coimbra Ed., 2011, págs. 118 e ss.

conteúdo do acordo celebrado contudo, é da opinião do referido autor que há uma forte possibilidade da vítima usar como prova, no processo penal subsequente, tudo aquilo que foi dito e produzido nas sessões de mediação, inclusive as declarações do arguido e que poderão valer como confissão plena, obrigado o mesmo a quebrar o seu direito ao silêncio para que se possa defender em sede de julgamento (o que pode funcionar, em contrapartida, contra si próprio já que este se vê obrigado a prescindir do seu direito à não auto – incriminação). O autor propõe por isso uma solução para contrariar esta perigosa possibilidade que poderá passar então pela adopção de uma norma, de “iure constituendo”, que impeça a reprodução em sede de julgamento de todo e qualquer facto produzido em fase de mediação ou, a jusante, que imponha a proibição de tais factos ou declarações de poderem valer como material probatório, especialmente no que concerne às declarações do arguido e em face da possibilidade de estas poderem valer como confissão do crime. Desta forma, Mário Monte concede duas formas de se salvaguardar o princípio da presunção de inocência, na eventualidade de se retomar o processo criminal que ficara suspenso, em virtude da remissão do mesmo para mediação penal: uma primeira solução passaria por se remeter o processo para mediação apenas na fase de discussão e julgamento (e não logo na fase de inquérito, como é de “iure constitutio” no art. 3º n.º 1 da lei de mediação penal, solução que é qualificada por Mário Monte como precipitada e algo incipiente por parte do legislador). O ilustre penalista explica-se, referindo que aqui já não haveria qualquer problema de uma possível violação do princípio da presunção de inocência, dado ter havido já uma acusação formal do agressor por parte do juiz e portanto, na opinião do autor, não haveria qualquer violação ao princípio da presunção de inocência, mesmo que chegue ao conhecimento do juiz a predisposição do agressor em se submeter à mediação penal e à subsequente assinatura de um acordo de reparação da vítima, visto que a responsabilidade penal do agressor (já na qualidade de arguido) fora já apurada ou em sede de instrução, ou já em sede de julgamento da causa. Contudo, Mário Monte não deixa de aplaudir a solução acolhida pelo nosso legislador em preferir a remissão do processo para mediação logo no inquérito mas apenas após o apuramento de indícios suficientes de crime, já que tal funciona não só como válvula de segurança para o agressor que cuja decisão de remissão para mediação é tomada na base de uma proclamação da autoridade judiciária, mas também pelo facto de a grande parte dos intervenientes processuais manifestarem quase sempre a vontade de se submeterem à mediação penal, ainda numa estádio inicial do processo criminal, como é a fase de inquérito e assim que sejam apurados indícios

suficientes da prática efectiva de um crime. Contudo e segundo a opinião do autor, para que tal solução seja acolhida e livre de qualquer suspeita de violação do princípio da presunção de inocência do arguido, Mário Monte volta a reiterar que a garantia de confidencialidade do processo de mediação só poderá ser atingida plenamente com o aparecimento de uma norma, em sede de C. P. P., e que proíba terminantemente a valoração em juízo, de quaisquer factos ou declarações produzidos nas sessões de mediação penal.

Porém, é da opinião do autor que a mediação penal também se poderia praticar em todas as fases do processo criminal⁵⁸ mesmo que houvessem ainda alguns riscos mínimos para o agressor. No entanto, afirma Mário Monte que, a forma como a mediação penal está legislada em Portugal, em que se prevê a remessa para mediação penal apenas em fase de inquérito, comporta riscos ainda mais graves para a garantia da presunção de inocência do arguido, enquanto não se prever expressamente, em sede de C. P. P., uma norma de “iure constituendo” que regule (e proíba) a valoração de material probatório proveniente de um processo de mediação mal sucedido ou cujo acordo estabelecido não foi satisfatoriamente cumprido.

Ainda relativamente à posição de Mário Monte, o autor levanta outra questão relacionada com a possível violação do princípio da presunção de inocência e que se prende com a ausência de um juiz na fase de homologação da decisão final ou do acordo de mediação. Efectivamente, para o autor, trata-se de uma escolha adoptada pelo nosso legislador (art. 5º nº 5 do diploma legal) que é incompreensível e questionável, apontando o seguinte motivo: o facto do art. 6º da lei sobre mediação penal permitir que as partes fixem livremente o acordo, sem prejuízo das restrições constantes no nº 2 do mesmo art., leva a que a homologação pelo M. P. seja feita com algumas reservas, quer esta entidade opte ou não pela aceitação do acordo. E por outro lado, uma vez que a formulação do acordo e respectiva assinatura e homologação do mesmo ocorre ainda na fase de inquérito, precede por isso qualquer tipo de acusação ou apuramento da responsabilidade criminal do agressor pelo que, na opinião do autor, só a intervenção do juiz, enquanto garante dos direitos fundamentais do arguido, poderia assegurar a imparcialidade, objectividade e independência necessárias na homologação do acordo de mediação penal. Contudo, o autor relembra que a desistência de queixa, no que respeita aos crimes semi – públicos e particulares, se for realizada ainda na fase de inquérito, é somente da competência do M. P. prover á sua homologação. Porém, na

⁵⁸ vide MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, pág. 120.

opinião de Mário Monte, apesar da desistência de queixa pôr igualmente fim ao processo penal (porque não pode ser renovada nos termos do art. 116º nº 2 do C. P.), é opinião deste autor que se tratam de realidades completamente distintas já que o acordo de mediação, não só põe fim ao conflito, como onera igualmente o agressor com determinadas obrigações e injunções cujo cumprimento integral e satisfatório, irá ser condição “sine qua non” ao encerramento definitivo do processo. Para finalizar, importa ainda referir um ponto bastante interessante levantado por Mário Monte: se se efectivamente incluir o juiz na homologação do acordo, o que aconteceria se as partes envolvidas formulassem um acordo consensual, cujo conteúdo agradaria ao MP mas já não ao Juiz. Mário Monte pergunta se faria sentido obrigar o MP a prosseguir com uma acusação, no subsequente processo criminal, quando havia esta entidade concordado anteriormente pela homologação do acordo. Uma possível solução passaria essencialmente por uma renegociação do acordo mas contudo, o problema iria manter-se e tal deve-se, segundo o autor, ao facto de haver demasiada liberdade deixada às partes na fixação do conteúdo do acordo. O que, pegando no ensinamento de outros autores⁵⁹, tal situação de possível inconstitucionalidade torna ainda mais necessária a intervenção de um juiz na homologação do acordo.

Foi efectivamente útil a exposição da doutrina de Mário Ferreira Monte, já que este autor refere exactamente duas causas que poderão afectar, ainda que indirecta e reflexivamente, o princípio da presunção de inocência. De facto, é interessante a questão sobre se a remessa para mediação penal não está a fazer-se numa fase ainda incipiente do processo criminal (inquérito) e portanto, se deveria ter previsto a possibilidade de se remeter o processo para mediação em qualquer fase do mesmo⁶⁰. Por outro lado, se a não presença de um juiz (na altura do envio dos autos para mediação e / ou na homologação do acordo) poderá prejudicar, em certa medida, a manutenção ou salvaguarda de um estado de inocência presumida do arguido, principalmente nas situações de incumprimento do acordo de mediação e consequente reabertura do processo penal, que poderá prosseguir até à fase de discussão e julgamento, deixando o arguido numa posição francamente fragilizada em relação à vítima.

⁵⁹ vide, por exemplo, ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, págs. 82 e ss. – o autor considera que a demasiada liberdade na fixação do acordo de mediação prevista no art. 6º nº 1 padece de uma inconstitucionalidade material, em violação do princípio da determinabilidade ou taxatividade das sanções, conforme previsto no art. 29º nº 3 da C.R.P..

⁶⁰ Conforme até aconselha a Recomendação nº (99) 19 de 15 de Setembro de 1999, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, no apêndice I à recomendação, art. II, nº 4: “A mediação, em matéria penal, deverá estar disponível em todas as fases do processo.”

3.2.2 – A dispensa da intervenção do juiz no processo de mediação penal

No que respeita à questão da intervenção do juiz nos processos de mediação penal, a questão foi amplamente discutida pela doutrina, sendo de destacar autores como André Lamas Leite⁶¹ ou Pablo Galaín Palermo⁶².

André Leite, por um lado, considera o processo de mediação como em tudo semelhante ao funcionamento do instituto da suspensão provisória do processo – na sua opinião mais radical, a suposta desistência de queixa que decorre da assinatura do acordo de mediação não é verdadeira desistência de queixa na sua génese mas tão só uma suspensão provisória do processo, não exactamente subsumível ao art. 281º mas dentro do seu espírito e no decurso dos mesmos trâmites. Daqui decorre então que e considerando que na prática, se está perante uma verdadeira suspensão provisória do processo, mais se torna lógica e necessária a intervenção de um magistrado judicial para homologação do acordo, o que na opinião do autor, tal se torna imprescindível para lidar com uma dupla debilidade de controlo do processo de mediação penal: a falta de determinabilidade dos deveres que podem ser impostos ao agressor no acordo de mediação (conforme o exposto em nota de rodapé nº 77) e por outro lado, a falta de intervenção no processo de um juiz para determinar uma decisão que é, em sua opinião e na sua génese, materialmente jurisdicional⁶³. Tal situação é igualmente confirmada pelo facto de, sendo o juiz (mormente o juiz de instrução criminal) o garante último das liberdades individuais, garante o autor que mais urgente será então a sua intervenção na homologação de um acordo que poderá prever injunções e deveres que, não obstante o art. 6º nº 2 da lei de mediação penal, poderão implicar certas restrições ou limitações a certos direitos fundamentais do arguido, conforme são as injunções que podem ser aplicadas nos termos do art. 281º nº 2 C. P. P. (que acompanham a suspensão provisória do processo). Por isso e concedendo o autor que os deveres aplicados no acordo de mediação penal poderão ter a mesma natureza repressiva das injunções em sede de suspensão provisória do processo, conclui então que por uma questão de lógica procedimental, a intervenção do juiz de instrução na homologação do acordo é tão necessária como a que já acontece, de “iure constitutio”, na suspensão provisória do processo.

⁶¹ vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, pág. 115.

⁶² vide PABLO GALAÍN PALERMO, *Mediação Penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias”, Coimbra Ed., 2009, págs. 822 e ss.

⁶³ vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, pág. 117.

Pablo Galaín Palermo dedica igualmente um capítulo à construção de “um sistema penal sem juízes”⁶⁴ e é de facto perceptível a aproximação deste autor chileno à posição defendida por André Leite⁶⁵. Galaín Palermo não entende a solução adoptada pela legislação nacional em atribuir somente ao MP o poder de homologação do acordo de mediação penal quando é efectivamente ao juiz que, por natureza constitucional, é atribuído o poder de emitir uma sentença judicial que ponha fim ao conflito penal (mesmo que se trate, como diz o autor, de uma decisão em homologar um acordo que se destine a por fim a um conflito entre partes, através de um processo de composição consensual) sendo ainda da competência de um juiz avaliar as consequências jurídico – penais da sanção a aplicar, de acordo com o princípio da proporcionalidade e dos fins da pena. Conclui por isso o referido autor chileno, dizendo que compete apenas ao tribunal (sob a égide do juiz que preside) a “delicada tarefa de se fazer justiça, aplicando no caso concreto aquilo que o legislador modelou por meio de normas”⁶⁶ pelo que vai mais longe dizendo até que a não presença de um juiz poderá constituir uma grave lesão ao princípio constitucional do juiz natural. É de referir igualmente que Galaín Palermo considera que a mediação penal lesa o princípio processual de “igualdade de armas”⁶⁷ que se pauta por uma igualdade de facto e jurídica que deve estar sempre presente na perspectiva do julgador, no momento de avaliar a questão de mérito defendida contraditoriamente por ambas as partes no processo. Efectivamente, o autor considera que, quando as partes chegam ao processo de mediação rotuladas de “autor” e “vítima”, tal poderá constituir até uma possível violação ao princípio da presunção de inocência do agressor, pelo que a presença do juiz no processo de mediação, como garante de objectividade no direito penal, poderia estar aqui igualmente justificada⁶⁸.

⁶⁴ vide PABLO GALAÍN PALERMO, *ob. cit.*, págs. 847.

⁶⁵ Se bem se pode assinalar uma posição mais exigente do autor chileno: ao contrário de André Leite, Galaín Palermo defende a intervenção do juiz também na fase de remessa do processo para mediação penal, considerando mesmo que essa falta de acordo prévio do juiz de instrução poderá mesmo violar o princípio do Juiz Natural, nos termos do art. 32º nº 9 da C.R.P. – vide PABLO GALAÍN PALERMO, *ob. cit.*, pág. 852. No mesmo sentido, vide CLÁUDIA SANTOS, *ob. cit.*, pág. 111 - a autora parece ir no mesmo sentido do citado autor chileno, se bem que considera que a não intervenção do juiz numa qualquer fase do processo de mediação e posterior vinculação do MP ao acordo assinado pelas partes, parece violar o princípio da oficialidade (art. 219º nº 1 C.R.P.).

⁶⁶ vide IDEM, *ibidem*, pág. 852.

⁶⁷ Que é, conforme ficou já explanado largamente nos primeiros capítulos deste trabalho – vide RUI PATRÍCIO, *ob. cit.*, pág. 27, - uma das manifestações do princípio da presunção de inocência, quando encarado como regra de disciplina probatória a favor do arguido, em conciliação com o princípio “in dubio pro reo”.

⁶⁸ vide PABLO GALAÍN PALERMO, *ob. cit.*, pág. 851. Veja-se na obra *infra* referida, a nota de rodapé nº 116, em que na qual o autor refere mesmo que, para evitar uma possível violação do princípio da presunção de inocência, poderá ser necessária a intervenção de um juiz para atestar quaisquer declarações produzidas pelo arguido e que poderão configurar uma possível confissão do crime, facto que na sua e na opinião de outros autores por ele enunciados, requer o conhecimento e respectiva declaração de culpabilidade pelo juiz.

Refiram-se ainda, para finalizar mas não menos importante, a opinião de Carlota Pizarro de Almeida⁶⁹, referindo-se contudo não há versão final da Lei 21 / 2007 de 12 de Junho mas sim ao Anteprojecto apresentado para discussão pública. Esta autora introduz uma verdadeira novidade na corrente de pensamento doutrinal seguido até agora, referindo que a presença do juiz na homologação do acordo vai depender da forma como se poderá articular a mediação penal face ao processo criminal convencional. A autora refere que se a mediação penal for vista como elemento complementar ao processo criminal tradicional, então a presença do juiz na homologação do acordo final é indispensável, bem á semelhança do que acontece já noutros institutos do processo penal, como é o caso da suspensão provisória do processo ou do arquivamento por dispensa de pena. É do entendimento da autora que e apesar de ser intenção da mediação penal devolver o conflito às partes em confronto, não se pode deixar de considerar que a suposta prática do crime lesou igualmente interesses da comunidade pelo que esta, conforme acontece no processo penal, deverá estar representada pela pessoa do juiz que é simultaneamente, o garante máximo do controlo da legalidade que deve pautar a fixação do acordo de mediação já que ao mediador, enquanto garante da imparcialidade e da neutralidade na mediação, não se lhe pode pedir esse tipo de controlo total. Contudo, a autora tem outro ponto de vista da situação: se a mediação for encarada como um processo completamente alternativo à acusação penal, então deve ser levado em conta as especificações próprias de um regime legal completamente novo. Daí que e segundo Carlota Pizarro de Almeida, como a mediação tem lugar ainda numa fase pré – acusatória (inquérito), então será da exclusiva competência do MP decidir-se ou não pela remessa dos autos para mediação, já que este é o “dominus” da respectiva fase de inquérito. Daí que a autora finaliza dizendo que, se a decisão de remissão do processo para mediação penal for feita dentro dos restritos moldes da legalidade (e não tanto no domínio de um poder de discricionariedade), então a questão da presença ou não de um juiz para homologação do acordo (e mesmo no momento do envio para mediação) nem se deve sequer colocar.

3.2.3. – A remessa do processo para mediação penal na fase de inquérito judicial

No que respeita agora à questão do momento processual adequado para a remessa dos autos para mediação penal, há efectivamente uma maior variedade de

⁶⁹ vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, págs. 410 e ss.

opiniões na doutrina. Carlotta Pizarro de Almeida⁷⁰, por exemplo, acolhe a solução do nosso legislador (art. 3º nº 1 da lei sobre mediação penal) e diz que há maiores vantagens na aplicação do processo de mediação numa fase inicial do processo criminal, ou seja, na fase de inquérito. Segundo a autora, há uma maior predisposição das partes em seguirem mecanismos de reparação consensual ainda em fases pouco desenvolvidas do processo, principalmente antes de ser produzida qualquer acusação formal. Efectivamente, a autora advoga que uma possível remessa dos autos para mediação penal em fases mais avançadas do processo não só poderá comportar uma clara dependência do destino do agressor face á vontade da vítima como por outro lado, um processo de mediação em fase de julgamento, por exemplo, não visaria já um propósito de reparação, mas antes uma intenção de conciliação ou mesmo de transacção. Seja como for, a autora defende que “no futuro” (relembre-se que as opiniões formuladas a este aspecto visavam não a lei actual mas sim o anteprojecto da proposta de lei sobre mediação penal) e quando este mecanismo de mediação penal estiver “em pleno funcionamento e estabilizado, talvez se possa encarar (...) inserir um processo de mediação em qualquer fase do processo.”⁷¹

No mesmo sentido, destaque-se igualmente André Lamas Leite, que aplaude igualmente a decisão do legislador nacional em decidir-se somente pela fase de inquérito como o momento processual mais indicado para a remessa do processo criminal para mediação. O referido autor aplaude um progressivo avanço legislativo desde a primeira versão da proposta de lei apresentada e a solução acolhida no texto final da agora lei 21 / 2007 de 21 de Junho⁷². Efectivamente, o autor acolhe a solução

⁷⁰ vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pág. 407 e ss. ou então, vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *A mediação perante os objectivos do direito penal*, in “A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português”, Almedina, 2005, pág. 45.

⁷¹ vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pág. 408.

⁷² Efectivamente, André Leite refere-se à primeira versão da proposta de lei apresentada em sede de comissão parlamentar que previa um diferente enquadramento da mediação penal consoante se tratassem de crimes públicos ou crimes de natureza privada (semi – públicos ou particulares). A referida proposta de lei dispunha de dois enquadramentos: se se tratassem de crimes públicos, o processo seria remetido para mediação uma vez finalizado o inquérito, ao passo que em relação aos crimes de natureza privada, o processo de mediação iniciava-se logo com a notícia do crime. Ao contrário do que ficou previsto no art. 2º nº 1 da lei 21 / 2007 de 12 de Junho, o anteprojecto da proposta de lei alargava a mediação penal não só para os crimes dependentes de queixa ou de acusação particular (como está hoje instituído) mas também aos crimes de natureza pública. Tal solução diga-se, mereceu igualmente opiniões contraditórias na doutrina portuguesa, sendo de destacar o próprio ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, págs. 55 e ss. que considera uma possível inclusão dos crimes públicos, na versão final da lei de mediação, seria desvirtuar o entendimento do bem jurídico protegido que está na essência da previsão material do delito, bem como atentar contra a absoluta indisponibilidade da parte lesada em face do crime respectivo, cuja vontade de acusar e perseguir o agressor é, para estes casos, absolutamente irrelevante e inoperante. No mesmo sentido, vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pág. 406 e ss. que advoga um limite máximo das penas a aplicar como condição de procedibilidade em sede de mediação penal; vide igualmente a posição sui generis de DIOGO PINTO DA COSTA, *Mediação em Processo Penal - Comentário à Proposta de Lei*, in “R.M.J.”, Ano 5, pág. 90 – defende o autor uma escolha criteriosa dos crimes públicos a submeter a processo de mediação, não em função da sua moldura legal, mas sim em função das especificidades e da gravidade de cada crime em questão. Numa posição contrária, vide CLÁUDIA SANTOS, *ob. cit.*, pág. 96: “ De forma correcta, o legislador abriu a possibilidade de mediação também aos crimes públicos (...) A

adoptada que determina o envio dos autos para mediação penal “em qualquer momento do inquérito”, deixando-se por isso ao critério do MP a função de deliberar e decidir, caso a caso, o momento mais adequado para a remessa do processo para mediação. Contudo, à semelhança de Carlota Pizarro de Almeida, o autor não “fecha a porta” a uma possível aplicação da mediação penal na fase de instrução ou posteriormente, na fase de discussão e julgamento, sendo que, para já e numa fase experimental, a mediação deva cingir-se apenas á fase de inquérito, de acordo até com as experiências positivas provindas de outros ordenamentos jurídicos.

Em sentido contrário ao exposto acima, refira-se a posição de Teresa Morais que defende que, em proveito de um “status” de igualdade entre vítima e agressor em sede de processo de mediação, “o recurso á mediação não deverá ser restrito à fase pré – acusatória mas a uma qualquer fase do processo”⁷³ no sentido em que, como a autora defende, restringir-se o recurso para a mediação penal apenas na fase do inquérito será, de certa forma, limitar a voluntariedade e a livre decisão do agressor (principalmente) já que este sabe que, senão aceitar a remessa dos autos para mediação, será muito provavelmente emitido despacho de acusação.

Refiram-se ainda, por fim, a posição de João Conde Correia, que corrobora a opinião da autora supra mencionada, referindo que a previsão da possibilidade de remissão do processo criminal em todas as fases processuais, para a mediação penal, é até um imperativo de ordem constitucional⁷⁴, já que a ausência de um mecanismo de controlo das decisões e dos actos do M. P. poderá não só não assegurar qualquer garantia de defesa ao arguido, como remete a sua actuação para o campo da mera oportunidade e discricionariedade, violando, na sua opinião, os termos do art. 219º nº 1 da C.R.P..⁷⁵

primazia da prossecução do interesse público nos crimes públicos impôs assim a diversidade dos processos de mediação” – referindo-se a autora, claro está ao anteprojecto da proposta de lei que previa no seu art. 2º nº 1 a inclusão de crimes não dependentes de queixa ou de acusação particular.

⁷³ TERESA MORAIS, *ob. cit.*, pág. 140 e 141.

⁷⁴ vide JOÃO CONDE CORREIA, *O Papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal*, in “R.M.P.”, nº 112, Out. – Dez., 2007, pág. 69, nota de rodapé nº 27.

⁷⁵ É importante relembrar, em jeito de arremate do que foi produzido em texto, que a orientação da Recomendação Nº (99) 19 do Comité de Ministros do Conselho da Europa vai no sentido de permitir que a mediação penal possa ocorrer em todas as fases disponíveis do processo (segundo o art. II, nº 4 do apêndice à recomendação), pelo que é compreensível o levantamento de várias outras opiniões em tal sentido. Veja-se igualmente, FERNANDO FERREIRA PINTO, *O Papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vitima – agressor* in “A introdução da mediação Vitima – Agressor no ordenamento...”, Almedina, 2005, pág. 77; ANTERO LUÍS, *O sistema tradicional de justiça e a mediação penal*, in “A introdução da mediação vitima – agressor...”, Almedina, 2005, pág. 57.

Faça-se igualmente uma menção especial a Germano Marques da Silva que também se debruçou sobre este tema, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *A Mediação Penal – Em busca de um novo paradigma?*, in “A Introdução da mediação vitima – agressor...”, Almedina, 2005, pág. 101 – o ilustre penalista considera que o recurso á mediação penal deve ser possível em todas as fases do processo, já que uma das funções primordiais da mediação penal deverá ser também a “ressocialização do delinquente” e a “protecção da vítima contra agressões futuras”, sendo tais

IV – Considerações Finais e Conclusão

Parece-nos ser evidente a grande problemática da questão abordada no presente trabalho. Na verdade e começando por um resumo da génese primária da questão em apreço, estamos a falar da implementação de um mecanismo de resolução alternativa de litígios que ainda está a dar os primeiros passos no ordenamento jurídico português e logo numa área do direito que é tão delicada e invasiva da esfera privada dos cidadãos, como é igualmente primordial para o funcionamento do Estado Social de Direito em que hoje vivemos – o Direito Penal. Tal forma de resolução alternativa do conflito jurídico – penal em que se prescindiu de um processo acusatório público e formal, impulsionado por um órgão jurisdicional e que culmina, conseqüentemente, na aplicação de uma sanção que representa o reconhecimento público e oficial da culpa ou da inocência de determinado cidadão, não será de todo e actualmente, uma novidade ou uma qualquer revolução legislativa no seio do direito penal. Basta recordar, como tal, institutos como a suspensão provisória do processo ou o arquivamento por dispensa de pena ou ainda, a forma de processo sumaríssimo para se afirmar que, actualmente, no direito penal português, o princípio da legalidade deixou de ser a regra geral na condução de um processo crime, acolhendo-se então o melhor bom – senso e sensibilidade do procurador público para, no uso de uma discricionariedade vinculada, prescindir da promoção da acção judicial e da pronúncia de uma acusação formal, optando antes por uma resolução de litígio baseada no consenso e na negociação informal. A Mediação Penal é, na opinião de muitos autores, somente apenas mais um instituto ao dispor do poder de diversão do M. P.⁷⁶, confirmando cada vez mais a preponderância que o princípio da oportunidade assume no nosso direito penal⁷⁷. Por

objectivos melhor ser atingidos em sede de um processo de mediação penal do que propriamente num contexto de um processo penal “impessoal e estigmatizante”.

Uma última palavra para a posição do art. 10º da Decisão - Quadro de 15 de Março de 2001, que optou por não se pronunciar sobre esta matéria (pelo menos de forma explícita) deixando ao critério dos estados membros a solução que melhor lhes convirá se bem que e apesar disso, a al. e) do art. 1º e o próprio art. 10º da referida directiva parecem não fazer qualquer eleição específica da fase processual mais conveniente, ao referir-se tão-só a “processo penal”.

⁷⁶ Vide, por exemplo, ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, pág. 97, em que o autor considera que a homologação do acordo de mediação e conseqüente desistência de queixa se aproxima mais do regime da suspensão provisória do processo (nos termos do art. 281º nº 1 C. P. P.) já que e segundo o autor, não estamos perante uma verdadeira desistência de queixa uma vez que ela pode ser renovada (e o processo penal ser reaberto) em caso de incumprimento do acordo – o que não se compagina com os termos do art. 116º nº 2 do C. P., o qual diz que a desistência de queixa é incondicional e não pode ser renovada. Em sentido idêntico, vide DIOGO PINTO DA COSTA, *ob. cit.*, pág. 89 – “...determina uma suspensão provisória do processo que mitiga a jurisdicionalidade do instituto do art. 281º do C. P. P...” e ainda, PABLO GALAÍN PALERMO, *ob. cit.*, pág. 856.

⁷⁷ vide Pablo Galaín Palermo, *ob. cit.*, pág. 849.

isso, e na mesma medida em que o art. 281º do C. P. P., introduzido com a reforma do C. P. P. em 1986 (Dec. Lei. nº 754 / 86 de 4 de Dezembro) levantou problemas delicados, mormente ao nível da sua constitucionalidade que motivou até um pedido de fiscalização preventiva da sua constitucionalidade, também a mediação em direito penal suscita algumas questões primordiais, ou não fosse já “praxis” usual no direito a problematização de tudo o que de novo se implementa.

Ora, a questão a que nos propusemos analisar no presente trabalho leva-nos a uma dúvida que já existia ainda nos tempos do ante – projecto da proposta de lei sobre mediação penal: poderá a mediação penal, enquanto procedimento enxertado do processo criminal comum e que possibilita o seu arquivamento mediante a assinatura de um acordo de reparação à vítima e respectiva imposição de deveres ao agressor, atentar contra o princípio fundamental postulado no art. 32º nº 2 da C.R.P.? E de que forma esta (aparentemente voluntária) assinatura do acordo de reparação não será uma eventual assunção precipitada da responsabilidade penal pelo agressor, pondo em causa o seu estado de inocência presumida, que será mais grave na eventualidade de uma reabertura do processo criminal? Foram basicamente estas as questões enunciadas na Introdução preliminar a este trabalho e às quais, e uma vez revistas as posições doutrinárias de maior relevo, nos propomos agora dar uma resposta.

Antes de mais, e conforme o exposto até ao momento, penso que a problemática central desta dissertação pode ser sub – duvida em 3 sub – questões essenciais, que ajudarão a compreender até que ponto é ou não violado o princípio da presunção de inocência com a remessa do processo criminal para mediação e consequente assinatura do acordo.

1. Começemos então pela questão da ausência do juiz cuja intervenção, como sabemos, é absolutamente nula, desde o princípio até ao fim do processo de mediação. Primeiro, no que respeita à necessidade de concordância prévia do juiz (eventualmente do juiz de instrução criminal) aquando da remissão do processo para mediação, acompanhamos a grande maioria da doutrina nacional que considera ser dispensável a intervenção do juiz de instrução nesta fase. De facto, a doutrina maioritária decidiu-se por uma certa flexibilização do princípio da legalidade (e consequente princípio da oficialidade) que obriga o M. P. como se sabe, ao abrigo do art. 219º nº 1 da C.R.P., a exercer a acção penal sempre que se verifiquem indícios da existência de um crime, para os crimes públicos, ou quando haja apresentação de queixa ou / e de acusação particular, para os crimes de natureza privada. Efectivamente reiteramos a dispensa do

juiz, nesta fase de remessa para mediação penal, e para isso seguimos igualmente a opinião de Messias Bento, expresso no seu voto de vencido relativo ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 7 / 87 de 9 de Fevereiro⁷⁸, em relação à parte em que este considera que a decisão de não promoção da acção penal, além de poder ser tomada livremente pelo órgão titular desse direito, constitui igualmente uma forma moderada do princípio da oportunidade que o legislador penal pretende introduzir e que, em relação a tal opção, o juiz constitucional não vê qualquer impedimento ou contradição à C.R.P., seja em face do art. 206º, seja em relação ao art. 32º nº 4 da lei fundamental. Por isso, e no seguimento da corrente jurisprudencial estabelecida e, de acordo com a grande maioria da doutrina⁷⁹, achamos também ser dispensável a intervenção do juiz nesta fase e nunca contrária à Constituição até porque, uma possível intervenção do juiz aquando da remessa do processo para mediação penal e também posteriormente, na homologação do respectivo acordo assinado, comportaria uma situação de duplo – controlo de judicialidade e de legalidade que não só poderia esvaziar o conteúdo útil do princípio da oportunidade do MP, como poderia causar igualmente algum embaraço processual, na eventualidade do juiz aceitar a mediação penal mas, mais tarde, rejeitar o acordo assinado.

2. Questão diferente é, na sequência do exposto acima, a presença do juiz na homologação do acordo. A opinião doutrinal maioritária opta por reprovar a escolha do legislador no art. 5º nº 5 da lei de mediação penal, que encarrega apenas o M. P. a tarefa de homologar o acordo de mediação, sem que haja sequer uma remessa do mesmo para o juiz de instrução criminal para, no mínimo, apreciar sobre a sua legalidade e conformidade penal. Ora, em nossa perspectiva, parece-nos também uma má opção do legislador em ter deixado de parte a intervenção do juiz, enquanto agente jurisdicional supremo na tarefa de julgar e condenar, na decisão de homologar e aplicar um conjunto de deveres ou regras de conduta ao agressor que, apesar dos limites impostos no art. 6º nº 2 da lei sobre mediação e da voluntariedade do agressor na aceitação desses deveres, parece-nos contudo e conforme afirma alguma doutrina, que esses deveres impostos revestem a natureza de verdadeiras sanções ou quanto muito, são privativos de alguns

⁷⁸ Motivado pela reforma ao C. P. P. introduzida pelo decreto – lei nº 754 / 86 de 4 de Dezembro, em que o Presidente da República, com dúvidas quanto à constitucionalidade de alguns dos arts. do diploma, o remeteu para fiscalização preventiva da constitucionalidade. Um desses arts. fiscalizados foi o art. 281º que previa, conforme hoje acontece, a suspensão provisória do processo mas dispensando, na redacção original do diploma, a intervenção do juiz, situação essa que foi considerada inconstitucional (por violação dos arts. 206º e 32º nº 4 da C.R.P.), facto que motivou a alteração do texto legal para o actual.

⁷⁹ Conforme já explorado supra, vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, pág. 116, nota de rodapé nº 199; CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, págs. 404 e ss.; ANTERO LUÍS, *ob. cit.*, pág. 57. Em sentido contrário, também já analisado, GALAÍN PALERMO, *ob. cit.*, pág. 852 e CLÁUDIA SANTOS, *ob. cit.*, pág. 111.

direitos e liberdades fundamentais do agressor. Por outro lado, vamos mais uma vez enunciar um outro voto de vencido referente ao acórdão do tribunal constitucional nº 7 / 87 de 9 de Fevereiro, emitido agora por Vital Moreira. É opinião do constitucionalista que “suspender o processo, mediante a imposição de injunções ou regras de conduta [por força do art. 281º C. P. P.] ao arguido”, é atribuir-se ao MP uma função “verdadeiramente jurisdicional, a qual conduz à aplicação de verdadeiras sanções...” Este autor, apesar de se referir à inconstitucionalidade do art. 281º n.º 1 que, como se viu, na versão original do C. P. P. de 1986 excluía o juiz no consentimento para a respectiva suspensão do processo e aplicação de injunções ao arguido (situação que foi mesmo declarada inconstitucional pelo dito acórdão do TC, o que levou a uma mudança do texto legal actual), parece-nos porém que é uma situação que pode ser transposta para o regime da mediação penal, especialmente se considerarmos que, como já o fazem alguns autores, a assinatura do acordo não equivale a verdadeira desistência de queixa mas tão somente a uma verdadeira suspensão provisória do processo, mediante o cumprimento integral dos deveres contidos do acordo de mediação⁸⁰. E dito isto, parece-me ser simples a nossa orientação: consideramos efectivamente que a assinatura do acordo não é verdadeira desistência de queixa por duas razões essenciais. Em primeiro lugar porque vai onerar o arguido com deveres de conduta que poderão comprimir ou afectar alguns dos direitos, o que já não acontece com a verdadeira desistência de queixa (nos termos do art. 116º C. P. P.) já que esta vai simplesmente pôr fim ao conflito jurídico – penal. Em segundo lugar a queixa, desistindo-se dela, não poder ser renovada (nos termos do art. 116º n.º 2 C. P. P.) o que, se admitirmos a possibilidade de uma verdadeira renovação de queixa com a reabertura do processo, por incumprimento do acordo de mediação nos termos do art. 5º n.º 4, então estaríamos a admitir uma disposição absolutamente ilegal, por violação do art. 116º n.º 2 “in fine”. Daí que concordamos com a orientação de que estamos perante uma verdadeira suspensão provisória do processo e como tal, deveria ser-lhe aplicada um regime idêntico ao constante no art. 281º do C. P. P. que obriga, após a declaração de inconstitucionalidade proferida no acórdão supra, a uma concordância conjunta entre arguido, assistente, M.

⁸⁰ vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, págs. 94 e ss. – o autor mostra-se extremamente radical na sua posição, ao considerar que não há verdadeira desistência de queixa (nem tão pouco desistência sob condição suspensiva, sendo tal figura manifestamente inadmissível) mas sim antes uma verdadeira suspensão provisória do processo, embora não subsumível aos critérios do art. 281º C. P. P. mas dentro dos mesmo espírito legal e nos mesmos trâmites. Na mesma corrente, vide DIOGO PINTO DA COSTA, *ob. cit.*, págs. 79 e ss., advogando o autor que consegue encontrar perfeitamente dois pontos em comum entre a mediação penal e a suspensão provisória do processo: a natureza dos crimes abrangidos, e os requisitos de procedibilidade de ambos os institutos. Finalmente, sem grande desenvolvimento mas aparenta acolher a mesma doutrina, vide CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, págs. 391 e ss.

P. e juiz de instrução. Poderíamos ir até mais longe e aproveitar um outro entendimento nas declarações de Vital Moreira, no referido voto de vencido do acórdão referenciado, que considera o art. 263º do C. P. P. (que determina que a condução do inquérito é realizada pelo MP) inconstitucional, por violação do art. 32º nº 4 da Constituição. Na opinião do autor, a “nova fase” de inquérito criada pelo legislador é tão somente uma forma de instrução criminal já que, segundo diz, a definição adoptada para Inquérito “pertence, por direito próprio, ao conceito constitucional de instrução” daí que o referido autor considera que o novo C. P. P. retirou o poder de condenação ao juiz de instrução, “desjurisdicalizando também a própria função de julgar e de condenar”. Por isso este entendimento que repetimos, apesar de se dirigir a um instituto diferente do processo penal, pode ser interpretado finalisticamente e aplicado ao processo de mediação penal porque consideramos estar na presença de uma verdadeira suspensão provisória do processo e porque se admite igualmente que os deveres impostos ao agressor podem levar a uma restrição significativa de alguns dos seus direitos fundamentais (conforme acontece na imposição de injunções em sede de suspensão provisória de processo). Como tal, devia ser exigida a prévia homologação do acordo de mediação penal pelo juiz de instrução criminal, da mesma forma que se exige a sua concordância para a suspensão provisória do processo e respectiva imposição de condutas ao arguido.

3. Em relação ao momento processual acolhido pelo legislador penal, referindo no art. 3º nº 1 da respectiva lei que a remessa para mediação pode ser feita em qualquer momento do inquérito, desde que reunidos indícios suficientes da ocorrência de crime e desde que a mediação responda adequadamente às exigências de prevenção geral e especial, é nossa opinião que o legislador escolheu bem ao impor estes dois requisitos adicionais mas também pensamos que podia ter ido mais longe, acolhendo a solução sugerida pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, defendendo que a mediação penal deverá estar disponível em todas as fases do processo. Concretizando ambas as ideias: por uma questão de salvaguarda do princípio da presunção de inocência, que é afinal o nosso tema central, esteve bem o legislador em modificar o texto do ante – projecto que foi proposta para debate público, que prescrevia uma remessa automática dos autos para mediação logo após a notícia do crime, isto no que respeitava à comissão de crimes de natureza privada. Ora efectivamente, é nossa opinião, e subscrevendo a posição de outros autores, que uma medida de tal teor atentaria seriamente contra o

princípio da presunção de inocência⁸¹, já que o processo era imediatamente remetido para mediação, sem qualquer ponderação da probabilidade mínima de existência de qualquer crime, sujeitando-se o agressor a um processo que compreendia o relato de factos por parte do ofendido, factos esses nem sequer verificados por uma entidade judiciária quanto à sua possível verosimilhança, culminando num acordo de reparação que, basicamente, dava razão ao ofendido e atestava uma assunção de um crime pelo agressor mas de natureza duvidosa. Por outro lado, importa igualmente referir que uma previsão legal que ordenasse a remessa automática para mediação penal nos crimes semi – públicos ou particulares, poderia estar a violar o art. 49º (e igualmente o art. 50º) do C. P. P. que obriga o MP a dar início ao processo, assim que receba a queixa por parte do ofendido (e por processo, sub – entende-se pelo menos a abertura do inquérito). Por isso, aplauda-se a escolha do legislador em prever a abertura do inquérito apenas após a recolha de indícios da prática de um crime. Contudo devo igualmente referir que, e conforme considera alguma doutrina nacional, o legislador deveria talvez ter sido mais ousado em prever a possibilidade de remessa para mediação em qualquer fase do processo crime, inclusive mesmo numa fase pós – condenação, uma vez cumpridos os fins da aplicação das penas, mormente de reintegração da norma penal violada, prevenção geral e especial e ainda da ressocialização do agente. Parece ser de aplaudir, por exemplo, a posição de Germano Marques da Silva⁸², quando este se refere à grande utilidade do processo de mediação penal na ressocialização do agressor, cujo objectivo é mais eficazmente cumprido aqui do que no processo penal tradicional, pelo que a remessa para mediação deveria estar disponível em todas as fases processuais. Por outro lado, parece-nos que uma possível previsão da mediação penal nas outras fases para além do inquérito, evitaria a querela doutrinal supra explicada, sobre qual a entidade mais indicada para a remessa do processo criminal para os serviços de mediação, ficando o órgão instrutor competente para tal remissão, dependendo da fase processual onde ela se dê⁸³. Ainda e finalmente, parece-nos que a possibilidade de remessa para mediação numa eventual fase de discussão ou julgamento ou mesmo após a leitura da sentença final, além de servir o tal propósito de ressocialização do agente do crime, também poderia sanar esta problemática de uma possível violação ao princípio da presunção de inocência: o agente do crime seria assim encaminhado para um processo de conciliação e de reparação voluntária da vítima mas após ter sido provada e

⁸¹ Em idêntico sentido, vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *ob. cit.*, pág. 120, nota de rodapé nº 208.

⁸² vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *A Mediação Penal – Em busca de um...*, pág. 101.

⁸³ Basicamente, o prostrado no art. 51º nº 2 do C. P. P., referente à desistência de queixa.

declarada judicialmente a sua culpabilidade, sendo a assinatura do acordo símbolo desse compromisso consensual e cujo cumprimento seria condição de suspensão (e posterior desaplicação) da sanção decretada pelo juiz. Aliás, de “iure constitutio”, podemos falar da suspensão de execução da pena de prisão (nos termos do art. 50º do C. P.) como uma manifestação desta forma de flexibilidade do princípio da legalidade, deixada ao dispor do tribunal.

Em conclusão, resta-nos revelar finalmente que, em nossa modesta opinião, o mecanismo de mediação penal *não* constitui qualquer violação ao princípio da presunção de inocência. Vejamos porquê:

1. É do nosso entendimento que a mediação penal é, na sua génese e no seu espírito legal uma forma, se quisermos desjudicializada, de suspensão provisória do processo, funcionando dentro de trâmites similares ao instituto do art. 281º do C. P. P.⁸⁴. Apesar da mediação penal, conforme pode ser constatado no diploma respectivo, funcionar na sua globalidade sem qualquer intervenção do juiz de instrução, ao contrário do que acontece na suspensão provisória do processo que exige o consentimento do juiz na aplicação das injunções, é um processo que culmina na aplicação de deveres ao arguido extraídos de um acordo consensual e negociado inter –

⁸⁴ O § 153ª do C. P. P. Alemão (StPO), que prevê o instituto da suspensão provisória do processo semelhante ao nosso 281º do C. P. P. – vide DAVID MIERS, *An International Review of Restorative Justice*, Home Office, 2001, pág. 33 e ss. - inclui no número 5 do referido art. a possibilidade de se suspender o processo mediante um esforço sério de mediação entre a vítima e o agressor, no sentido de se proceder à reparação dos danos causados pelo crime. Uma solução idêntica poderia ser aplicada no nosso ordenamento jurídico, até porque a forma como a mediação penal é conduzida favorece uma tal equiparação de institutos e assim, a introdução de uma mediação vítima – agressor no elenco de injunções a aplicar nos termos do art. 281º nº 2 do C. P. P., não só garantiria na mesma a voluntariedade do processo como também poderia solucionar certas incompatibilidades com o processo criminal tradicional que se possam levantar, aparecendo assim a mediação penal como uma “mera” actualização ao C. P. P. e não como um mecanismo novo, constante em lei autónoma, integrando-se melhor no espírito legal do processo penal convencional.

Veja-se igualmente o § 155a do Código de Processo Penal Alemão que prevê especificamente, em epígrafe, a mediação agressor /vítima. Segundo o disposto legal, podem o tribunal e o procurador público, *em conjunto e em qualquer fase do processo criminal* (itálico nosso), averiguar se há alguma possibilidade de se atingir um acordo de reparação entre o agressor e a vítima, desde que tal acordo mereça o consentimento da vítima. O artigo refere ainda que, nos casos mais apropriados, devem sempre o tribunal e o procurador público trabalhar num esforço conjunto para promover e implementar tais programas de mediação.

A propósito ainda da previsão da mediação penal no próprio StPO, veja-se também o artigo seguinte - § 155b – que autoriza a recolha dos dados pessoais dos intervenientes mas sempre na base do mínimo essencial e indispensável para a promoção e condução dos programas de mediação penal. O nº 1 do referido artigo (in fine) refere mesmo que os dados recolhidos com tal propósito, apenas podem ser usados única e exclusivamente, no processo de mediação penal e por causa exclusivamente dele. Não é pois de admirar que o nº 4 do mesmo artigo ordene a completa e imediata destruição dos dados recolhidos, uma vez findo o processo de mediação penal. Tal é assim para dar concretização às exigências de confidencialidade prostradas no nº 2 do § 155b, que não só reitera a recolha de dados dentro do mínimo indispensável para a condução do processo de mediação, como também só permite tal recolha mediante o consentimento expresso do(s) visado(s) e desde que os interesses da pessoa, que se mostrem dignos de protecção e salvaguarda, não constituam qualquer obstáculo a tal operação. Daí que e em consequência do que foi dito, leva-nos a crer certamente que a confidencialidade do processo de mediação não só visa a protecção e segurança da identidade do ofendido, como também visa a prossecução dos mais básicos direitos e garantias processuais de que goza o agressor, mormente no que toca à divulgação ao seu historial de criminalidade (se houver) e que consequências nefastas poderão redundar para o agressor, num posterior processo criminal reaberto contra ele – fica a dúvida se uma previsão legal desta natureza (em adição ao já disposto no art. 4º nº 5 da lei de mediação, que atesta a confidencialidade das sessões) que restringisse a recolha dos dados pessoais do agressor ao mínimo indispensável para fins de mediação penal, mas que depois ordenasse a sua destruição numa eventual reabertura do processo criminal, não acabaria de vez com as suspeitas de inconstitucionalidade de alguma doutrina portuguesa.

partes. Por isso, enquanto que as injunções decorrentes do art. 281º são impostas pelo juiz, já os deveres decorrentes do acordo de mediação são negociados e acordados consensualmente por agressor e vítima, num processo que se quer informal e dentro de um espírito de cooperação mútua. Por isso, por uma questão de lógica racional, ao consideramos a mediação penal uma forma de suspensão provisória do processo, porque o é na verdade já que a ideia de considerarmos uma suspensão do processo mediante uma desistência condicional de queixa, mas que pode ser renovada caso os deveres impostos sobre o agressor não sejam cumpridos, não só é um “objecto estranho” ao processo penal que não só viola o já referido art. 116º nº 2 “in fine” do C. P. P. que proíbe a renovação de queixa como por outro lado, a forma de tramitação do processo de mediação penal parece reproduzir quase na íntegra o disposto no art. 281º do C. P. P., com a diferença apenas de que as injunções são impostas pelo juiz e não negociadas por meio de um acordo. Daí que, e conforme podemos constatar em jurisprudência constitucional, se a questão da inconstitucionalidade da suspensão provisória do processo face ao art. 32º nº 2 nunca foi levantada, em razão de o MP poder aqui arquivar o processo precocemente (i. e., sem o apuramento judicial e comprovado da responsabilidade do arguido) e posterior aplicação de injunções voluntariamente aceites pelas partes, também e por uma questão de maioria de razão, o MP poderá remeter o processo para mediação (sem ser necessária qualquer intervenção do juiz, conforme ficou já justificado), ainda na fase de instrução mas apenas após a recolha de indícios sérios e quase certos da autoria do crime por parte do agressor, sem que tal viole forçosamente a presunção de inocência do mesmo.

2. Sem querer justificar a ausência do juiz pelo menos no momento da homologação do acordo (conforme ficou também prostrado acima), consideramos que a mediação penal não viola, neste termos, o principio da presunção de inocência porque a concordância do arguido em se submeter ao processo de mediação penal *não representa, em nossa perspectiva, uma verdadeira confissão do crime* por duas razões muito simples: primeiro, porque o processo de mediação é eminentemente voluntário e pode o arguido revogar, a qualquer momento, a sua decisão (art. 4º nº 2) podendo por isso pretender que a sua inocência (que já é presumida), seja oficial e judicialmente declarada. Em segundo lugar, porque a autorização do arguido à submissão do processo de mediação não representa ou não significa que este renuncie “à produção de prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados”, conforme dispõe a al. a) do nº 2 do art. 344º do C. P. P. que descreve a confissão

integral e sem reservas do arguido, em sede de processo criminal. Isto porque e voltamos a frisar, o consentimento para mediação é revogável, podendo o arguido na constância do processo criminal, preferir a reabertura do mesmo quando achar que este melhor serve os seus direitos e propósitos de ver ser declarada judicialmente a sua inocência ou então, mesmo já depois da assinatura do acordo, poderá optar por deixar de o cumprir (originando igualmente a reabertura do inquérito), porque entende que afinal o acordo se mostra manifestamente injusto para ele e prefere, em consequência, ver provados judicialmente em tribunal, os factos que supostamente praticou.

3. Se dúvidas ainda restassem quanto a uma violação do principio da presunção de inocência, pelo menos em teoria, na prática podemos referir que tal principio não é afectado ou inviabilizado com uma posterior reabertura do processo porque a confidencialidade dos factos descritos nas sessões de mediação obriga a que tudo o que foi prestado e declarado pelo agressor, em sede de mediação, não possa ser valorado como prova numa posterior fase de discussão e julgamento do processo criminal. Quem o diz é art. 4º nº 5 da lei sobre mediação penal, podendo igualmente ser referido ao art. 355º nº 1 do C. P. P. que enuncia o princípio da imediação da prova. Basicamente, este princípio proíbe a valoração como prova de quaisquer factos que não tenham sido produzidos e examinados, em audiência de julgamento, não podendo por isso serem valoradas provas indirectas, testemunhos indirectos ou de “hear say”, mas apenas ser valorado como prova os factos originais e trazidos ao conhecimento do julgador (e dos restantes elementos processuais) por meio da sempre exigida oralidade do processo⁸⁵. Por isso o estado de inocência presumida do agressor, quanto a nós, estará sempre salvaguardado pelo menos, face ao julgador em fase de discussão e julgamento do processo criminal, uma vez que “da recusa ou aceitação da mediação penal, nenhuma consequência decorrerão no âmbito do processo penal que, (...) caso venha a continuar após o hiato que a mediação representa, tudo deverá passar-se como se esta nunca tivesse ocorrido”⁸⁶ – é uma afirmação que subscrevemos plenamente de forma a garantir a plena cooperação do agressor na mediação penal, cuja honestidade e genuinidade nas suas declarações são imprescindíveis para o sucesso deste projecto, e só se conseguirá atingir tal desiderato se se garantir que tudo o que é admitido (mas não confessado) pelo arguido em relação ao suposto crime que cometeu, não possa posteriormente valer como prova plena em audiência de julgamento. Efectivamente, uma norma de “iure constitutio” (conforme foi proposto por alguns autores, entre os quais Mário Ferreira

⁸⁵ Sobre a Imediação das provas vide, por exemplo, Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, págs. 316 e ss.

⁸⁶ vide CLÁUDIA SANTOS, *ob. cit.*, pág. 106.

Monte), em sede de processo penal, poderia ajudar a garantir mais eficazmente tal objectivo – eventualmente e em nossa opinião, uma norma que previsse mesmo sanções para o ofendido ou assistente, caso este divulgasse em tribunal, factos ou declarações abrangidas pela confidencialidade da mediação penal. Contudo, parece-nos igualmente que em relação ao que já se atingiu, em termos de direito constituído (mormente os já referidos arts. 4º nº 5 da lei sobre mediação e o art. 355º do C. P. P., que estabelece o princípio fundamental da imediação da prova) ser já suficiente para garantir o completo sigilo das sessões de mediação e conseqüentemente, a desconsideração como prova de qualquer facto aí produzido e agora trazido a juízo.

Por isso e em jeito de conclusão, a aproximação evidente da mediação penal a outros institutos já enraizados no nosso sistema penal e que constituem já um desvio ao princípio da legalidade e da oficialidade, o facto da submissão ao processo de mediação não poder ser encarado como uma confissão “*stricto sensu*” ou ainda o facto de haver mecanismos legais já suficientes para garantir uma plena confidencialidade e sigilo da mediação face ao processo criminal, leva-nos por isso a crer que, não obstante ser duvidoso a posição desta forma de justiça restaurativa em face de outros preceitos constitucionais, já no que toca ao art. 32º nº 2 da C.R.P., não há qualquer questão de inconstitucionalidade a levantar.

V – Bibliografia

- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 7 / 87 (proc. nº 302/86), disponível em Diário da República, 1ª série, nº 33, de 9 de Fevereiro de 1987.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *A propósito da decisão – quadro do conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº 15, 2005, págs. 391 e ss.
- BATISTA MACHADO, João, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, 14ª Reimpressão, Almedina, 2004.
- CASTRO, Josefina, *O processo de mediação penal – Elementos de reflexão a partir do projecto de investigação – acção da escola de criminologia da Faculdade de Direito do Porto*, in Revista do Ministério Público, nº 105, Jan. – Mar., 2006, págs.145 e ss.
- Código de Processo Penal Alemão (Strafprozessordnung), disponível *on line* em <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>.
- COSTA, Diogo Pinto da, *Mediação em Processo Penal – Comentário à proposta de lei*, in Revista Maia Jurídica, ano 5, págs. 79 e ss.
- CORREIA, João Conde, *O papel do ministério público no regime legal da mediação penal*, in Revista do Ministério Público, nº 112, Out. – Dez., 2007, págs. 57 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1989.
- ESTEVES, Raul, *A novíssima justiça restaurativa e a mediação penal*, in Revista Sub Judice – Justiça Restaurativa, Out. – Dez., 2006, págs. 53 e ss.
- FERREIRA PINTO, João Fernando, *O papel do ministério público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima – agressor*, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, Colóquio de 29 de Junho de 2004 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Almedina, 2005, págs. 61 e ss.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Vol II, Lisboa, 1956.
- LÁZARO, João / MARQUES, Frederico Moyano, *Justiça Restaurativa e Mediação*, in Revista Sub Judice – Justiça Restaurativa, Out. – Dez., 2006, págs. 65 e ss.

- LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos – Um novo paradigma de Justiça? (Análise Crítica da lei nº 21 / 2007 de 12 de Junho)*, Coimbra Editora, 2008 – livro completo.
- LUÍS, Antero, *O sistema tradicional de justiça e a mediação penal*, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, Colóquio de 29 de Junho de 2004 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Almedina, 2005, págs. 53 e ss.
- MARSHALL, Tony, *Restorative Justice – an overview*, Home Office - Research Development and Statistics Directorate, 2009.
- MIERS, David, *An international review of restorative justice*, Home Office - Research Development and Statistics Directorate, 2001.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 3ª Ed., Coimbra Editora, 2000.
- MONTE, Mário Ferreira, *Um balanço provisório sobre a lei de mediação penal de adultos*, in Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias (Coord. de Paulo Pinto de Albuquerque), Coimbra Editora, 2011, págs. 113 a 127.
- MORAIS, Teresa, *Mediação Penal – O “projecto do Porto” e o anteprojecto da proposta de lei*, in Revista do Ministério Público, nº 105, Jan. – Mar., 2005, págs. 135 e ss.
- NEVES, António Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.
- PALERMO, Pablo Galaín, *Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias (Org. de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa), Vol. III, Coimbra Editora, 2009, págs. 821 e ss.
- PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento do actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000.
- PELIKAN, Christa, *General Principles of Restorative Justice*, in A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, Colóquio de 29 de Junho de 2004 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Almedina, 2005, págs. 15 e ss.

- SANTOS, Cláudia, *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de adultos em Portugal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 16, 2006, págs. 85 e ss.

- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume I, 5ª Ed., Edições Verbo, 2008.

— *A Mediação Penal – Em busca de um novo paradigma?*, in *A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio de 29 de Junho de 2004 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Almedina, 2005, págs. 95 e ss.

- SOTELO, José Luiz Vázquez, *Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del tribunal*, Editorial Bosch, 1984.

- VILELA, Alexandra, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Editora, 2000.

- ZEHR, Howard, *The little book of restorative justice*, Good Books, 2002.

