



Universidade do Minho
Escola de Direito

Diana Marisa Gonçalves de Barros

A Mediação na Lei Tutelar Educativa: *a caminho de um modelo de Justiça Restaurativa?*

Diana Marisa Gonçalves de Barros. **A Mediação na Lei Tutelar Educativa: a caminho de um modelo de Justiça Restaurativa?**

UMinho | 2016

outubro de 2016



Universidade do Minho

Escola de Direito

Diana Marisa Gonçalves de Barros

***A Mediação na Lei Tutelar Educativa: a caminho
de um modelo de Justiça Restaurativa?***

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Margarida Santos

outubro de 2016

Declaração

Nome: Diana Marisa Gonçalves de Barros

Endereço eletrónico: dianabarros10@hotmail.com

Número do Cartão de Cidadão: 14135741, emitido pela República Portuguesa, válido até 12/07/2020

Título da Dissertação: A Mediação na Lei Tutelar Educativa: *a caminho de um modelo de Justiça Restaurativa?*

Orientadora: Professora Doutora Margarida Santos

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, NÃO É PERMITIDA A REPRODUÇÃO DE QUALQUER PARTE DESTA DISSERTAÇÃO.

UNIVERSIDADE DO MINHO: ___/___/___

ASSINATURA: _____

Um especial agradecimento à Professora Doutora Margarida Santos, minha orientadora, pelo acompanhamento, pelas sugestões, disponibilidade, apoio e rigor.

A Mediação na Lei Tutelar Educativa: *a caminho de um modelo de Justiça Restaurativa?*

Resumo

Quando um menor, cuja idade se encontre compreendida entre os 12 e os 16 anos, pratica um facto típico e ilícito é sujeito a um processo próprio e específico no qual lhe pode vir a ser aplicada uma medida tutelar educativa.

O legislador português consagrou um regime distinto para os jovens infratores, não sendo estes sujeitos a uma intervenção penal. Com este mesmo fito de proteção dos menores a Lei Tutelar Educativa prevê ainda a possibilidade de recurso à figura da mediação.

Contudo, na prática, este método tem ainda uma expressão diminuta, carecendo de regulamentação própria. Este é um dos motivos subjacentes a este estudo, onde se procura questionar, perceber e, porventura, apontar algumas soluções que permitam ultrapassar os constrangimentos detetados relativamente à aplicação da mediação no âmbito da justiça de menores.

O presente trabalho tem como desiderato principal a análise do método de mediação enquanto modelo de Justiça Restaurativa. Na verdade, pese embora o legislador tenha introduzido a mediação na Lei Tutelar, fazendo vincar uma ideia de abertura a traços restaurativos, questiona-se se a mediação constitui um verdadeiro modelo de Justiça Restaurativa. Não se pode obliterar que na perspetiva da intervenção tutelar a prioridade é a educação do menor para o direito e a sua reinserção digna e responsável em sociedade, pelo que importa perceber em que medida se atendem aos interesses da vítima, que embora secundarizados durante um longo período, começam, paulatinamente, a reaparecer no elenco de preocupações da política criminal.

Propomo-nos, deste modo, a refletir sobre a mediação enquanto manifestação de Justiça Restaurativa, almejando perceber os seus contornos, o porquê de na prática ser escassamente utilizada, partindo da premissa de que o campo da justiça de menores revela-se profícuo ao desenvolvimento de meios alternativos de resolução de conflitos, beneficiando o jovem infrator, a vítima e a própria comunidade em que se inserem.

Mediation in the Child Protection Education Act: *towards a model of restorative justice ?*

Abstract

When a minor whose age lies between 12 and 16 years old commits a typical and unlawful act he is subject to a specific process where he may face a punitive-educational measure.

The Child Protection Education Act (Lei Tutelar Educativa) enshrines, for young offenders, a distinct regime from the general criminal action with the aim of protecting the minors. With the same objective, it provides for the possibility of recourse to the figure of mediation.

However, in practice, this method is rarely used and is lacking specific regulation. This is one of the reasons that encouraged us to study this issue. We want to question, understand and perhaps point out some solutions to overcome the constraints detected on the application of mediation within the juvenile justice system.

Our dissertation's main desideratum is the analysis of the mediation method as a model of restorative justice. In fact, even if the legislator displayed receptivity to the inclusion of restorative features by introducing mediation in the Child Protection Education Act, one must wonder if and how mediation fits into the model of restorative justice. We cannot forget that from the perspective of the tutelary intervention, the priority is to educate the child to the law and to allow him or her a dignified and responsible reintegration in society. Nevertheless, there is also the need to understand if the victim's interests are being properly protected since after being sidelined for a long time, they are finally reappearing as one of the main concerns of the criminal policy.

Our proposal is to reflect on mediation as a manifestation of restorative justice aiming to realize its details and why it is sparsely used. Our starting point is the premise that juvenile justice is a fertile ground for the development of means of alternative dispute resolution which can benefit the young offender, the victim and the community in general.

Índice

Resumo.....	v
Abstract.....	vii
Principais abreviaturas.....	xiii
Introdução.....	15

Capítulo Primeiro **A Lei Tutelar Educativa**

Considerações introdutórias.....	19
1. Da Organização Tutelar de Menores à atual Lei Tutelar Educativa.....	20
2. O sistema de justiça de menores.....	24
3. A intervenção tutelar educativa.....	27
3.1 Pressupostos de aplicação da Lei Tutelar Educativa.....	27
3.2 Finalidades da intervenção tutelar.....	29
4. Princípios orientadores.....	31
4.1 Princípio da Legalidade.....	31
4.2 Princípio da Tipicidade.....	32
4.3 Princípio da Oficialidade.....	33
4.4 Princípio do Contraditório.....	34
4.5 Princípio da obtenção da verdade material e da investigação.....	35
4.6 Princípio da oralidade.....	37
4.7 Princípio da imediação.....	38
4.8 Princípio da celeridade processual.....	38
4.9 Princípio da livre apreciação da prova e princípio da fundamentação.....	40
4.10 Princípio do segredo processual/Princípio da publicidade.....	41
4.11 Princípio da obrigatoriedade de assistência por advogado.....	41
4.12 Princípio da proporcionalidade.....	42
4.13 Princípio da intervenção mínima.....	44
4.14 Princípio do superior interesse do menor.....	44

Capítulo Segundo **A Justiça Restaurativa**

Considerações Introdutórias.....	47
----------------------------------	----

1. A debilidade do atual sistema de justiça – A Justiça Penal em particular: algumas considerações	48
2. Uma aproximação ao conceito de Justiça Restaurativa	53
3. As bases da Justiça Restaurativa	59
3.1 A participação da vítima no processo.....	59
3.2 As teses abolicionistas	62
4. Características específicas do modelo restaurativo.....	64
5. Justiça Restaurativa por oposição à Justiça Penal?	66

Capítulo Terceiro

A Mediação na Lei Tutelar Educativa

Considerações introdutórias.....	71
1. A mediação	72
2. As origens da mediação e o conceito de mediação	74
3. A mediação nos instrumentos jurídicos internacionais	78
4. Os princípios orientadores da mediação.....	76
4.1 Princípio da voluntariedade	81
4.2 Princípio da imparcialidade e da neutralidade.....	82
4.3 Princípio da confidencialidade	83
4.4 Princípio da cooperação	83
4.5 Princípio da celeridade.....	84
5. As vantagens da mediação.....	84
6. A mediação como alternativa ou como complemento ao sistema de justiça tutelar?	86
7. A mediação na Lei Tutelar Educativa	89
7.1 A mediação em sede de princípios gerais do processo tutelar	91
7.2 A mediação na fase de inquérito.....	92
7.3 A mediação na fase jurisdicional.....	95
7.4 Possibilidade de recurso à mediação noutros momentos processuais?	96

Capítulo Quarto

A mediação da Lei Tutelar Educativa: no ou a caminho da Justiça Restaurativa?

Breve enquadramento	99
1. A mediação na Lei Tutelar Educativa - uma manifestação de Justiça Restaurativa?.....	99

1.1 Análise do artigo 42.º da Lei Tutelar Educativa - a mediação em sede de princípios gerais do processo tutelar.....	100
1.2 Análise do artigo 84.º da Lei Tutelar Educativa - a mediação na fase de inquérito	101
1.3 Análise do artigo 104.º da Lei Tutelar Educativa – a mediação na fase jurisdicional	109
Síntese conclusiva	110
2. Perspetivas de concretização da Justiça Restaurativa na Lei Tutelar Educativa	111
2.1. A mediação no campo da Justiça de Menores: o caminho já percorrido	112
2.2 Perspetiva crítica: problemas e prospetivas.....	114
2.2.1 A (in)compatibilização da mediação com os princípios estruturantes do processo tutelar educativo.....	115
2.2.2 A autonomia/dependência da mediação em relação ao processo judicial	119
2.2.3 A entidade competente para propor a mediação.....	120
2.2.4 Os momentos processuais para recurso à mediação	123
2.2.5 Os tipos de crime passíveis de mediação	124
2.2.6 A entidade responsável pela realização da mediação	125
2.2.7 O acordo de mediação	128
2.2.8 O local e o prazo para conclusão do processo	129
Síntese conclusiva	131
Conclusões.....	133
Bibliografia Citada	137

Principais abreviaturas

ADR – Alternative Dispute Resolution

al. – alínea

art. arts. – artigo/artigos

cfr. - confrontar

Coord. – coordenador

DL – Decreto-Lei

Dir. – Diretor

ed./eds. – editor/editores

IRS – Instituto de Reinserção Social

nº/ nºs – número/números

org. – Organizador/organização

p./pp. – página/páginas

ss. – seguintes

V. – ver

vol. - volume

Introdução

O legislador português, com o objetivo de afastar os jovens de uma intervenção penal fortemente estigmatizante, consagrou um regime específico aplicável aos menores, cuja idade se encontre compreendida entre os 12 e 16 anos e que pratiquem um facto tipificado pela lei penal como crime. Este regime distinto consta da Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro¹ que cria um processo próprio, findo o qual não será aplicada uma pena em sentido lato, mas sim, caso se avalie essa necessidade, uma medida tutelar educativa.

A criação deste regime funda-se na ideia de proteção dos jovens, cuja maturidade ainda não se mostra suficiente para entenderem o alcance das suas condutas ou para interiorizarem o verdadeiro sentido de lhes ser aplicada uma pena e quais as finalidades a ela inerentes². Deve ter-se presente que a personalidade de um jovem, caracterizada pelas rápidas transformações, não se coaduna com o sistema tradicional de justiça aplicável a adultos, exigindo-se um sistema que atenda a tais particularidades.

Com a presente dissertação pretendemos tecer um olhar crítico sobre a mediação, no âmbito da Lei Tutelar Educativa, perscrutando o seu enquadramento à luz da Justiça Restaurativa, nomeadamente apurando se respeita os princípios e ideais a esta inerentes. Neste contexto, importa compreender em que termos a mediação prevista na Lei Tutelar Educativa se orienta pelos princípios que caracterizam o paradigma restaurativo, ou, em caso negativo, até que ponto os ideais restaurativos se encontram desvirtuados em sede mediação tutelar. Almeja-se, ainda, perspetivar o futuro da concretização deste mecanismo na Justiça Tutelar.

Ao longo do primeiro capítulo desta dissertação analisam-se as questões atinentes à própria Lei Tutelar, pelo que, primeiramente faz-se referência aos diplomas legais que precederam a atual lei e, de seguida, caracteriza-se o sistema de justiça de menores, designadamente, a intervenção tutelar educativa. Quanto a este último aspeto estudam-se quer as finalidades, quer pressupostos, bem como os princípios fundamentais que orientam toda a intervenção.

Ainda numa perspetiva de proteção do jovem que pratica um facto ilícito, e já no âmbito do regime constante da Lei Tutelar Educativa, o legislador demonstrou alguma tendência para a

¹ Qualquer referência a um artigo sem que seja mencionado o diploma a que pertence deve entender-se como reportando-se à Lei Tutelar Educativa. Publicada no Diário da Assembleia da República, II Série A do n.º 54, de 17-04-1999, com as alterações efetuadas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro e pela declaração de retificação n.º 9/2015, relativas ao art. 158.º-A da Lei Tutelar Educativa

² Ver, neste sentido, Teresa L. Albuquerque e Sousa ROBALO, "Dois modelos de Justiça Restaurativa: A Mediação Penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.º 1, janeiro – março, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 108.

criação de mecanismos que se revelam mais adequados, inovando no sentido de criar um processo tutelar mais flexível que se adapte a estes circunstancialismos especiais.

A mediação surge, precisamente, como uma das inovações da lei aplicável a menores, e sobre ela versará grande parte da dissertação. A análise da figura da mediação deve ser feita no âmbito da Justiça Restaurativa, porquanto, falar em mediação implica falar de Justiça Restaurativa, sendo aquela entendida como uma das práticas a enquadrar nesta última.

Assim, o segundo capítulo versa sobre a Justiça Restaurativa e nele abordam-se os problemas que afetam o sistema de justiça dito tradicional, o conceito de Justiça Restaurativa, bem como os movimentos que estiveram na sua origem e as suas características próprias. Por último, quando a esta temática, reflete-se sobre uma das questões com que a doutrina se tem ocupado e que se prende com a compatibilidade e/ou oposição entre a justiça penal³ e a Justiça Restaurativa.

De facto, ao longo da década de setenta do século passado várias foram as críticas que começaram a surgir em relação ao sistema de justiça criminal tradicional, baseado no paradigma retributivo ou punitivo, sendo-lhe assinaladas algumas insuficiências. Ora, ainda que fora de um modelo de justiça penal puro, mas por ele inspirado, ao processo tutelar educativo também se apontam algumas carências as quais devem e têm que ser supridas da melhor forma possível, atendendo aos valores e interesses que se visam proteger.

A Justiça Restaurativa surgiu, deste modo, como uma solução para os problemas com que se debate o atual sistema de justiça. Apresenta-se uma «nova forma de ver o crime» ou como «um novo método» e tem particularmente que ver com os valores e objetivos que devem guiar a resposta ao crime, bem como a procura do melhor mecanismo que previna a criminalidade futura.

A mediação, por seu lado, trata-se de um processo, em que pela organização de intercâmbios entre as partes⁴, se permite o confronto dos seus pontos de vista, almejando uma solução para o conflito que as opõe⁵ e constitui um dos métodos a enquadrar na Justiça Restaurativa.

³ Referimo-nos à Justiça Penal porquanto é esta que se repercute no tema a que nos propomos estudar.

⁴ Ao longo da presente dissertação utilizaremos os termos partes e sujeitos processuais indistintamente, pese embora reconhecemos a discussão inerente à designação dos vários intervenientes processuais. Sobre esta questão, no quadro do processo penal, ver Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, pp. 240-266 e ainda, Paolo TONINI, *Manuale di Procedura Penal*, 11ª edição, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 66-67.

⁵ Sobre o conceito de mediação, que adiante desenvolveremos, *cf.* António Farinha, “A Mediação no Processo Tutelar Educativo”, in *Direito Tutelar de Menores – o sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p.149.

Tanto no direito penal de adultos, como no âmbito da Lei Tutelar Educativa, reclama-se uma mudança de resposta para a prática dos factos ilícitos, pretendendo-se, desde logo, que o direito penal deixe de ter como foco o criminoso e a procura da melhor forma para o punir, para passar a atender também aos interesses da própria vítima. Pugna-se por um novo enfoque a dar à vítima, sendo este um dos desideratos principais da Justiça Restaurativa, a que se dá especial destaque.

O capítulo terceiro faz referência a este novo método, à mediação, em sede de intervenção tutelar educativa, e nele se abordam temas como o conceito, a origem ou os princípios que estão na sua base. De seguida, reflete-se sobre a mediação como uma alternativa ou como complemento ao sistema de justiça tradicional. Ademais, partindo de instrumentos jurídicos internacionais que a consagram, e quanto ao tema que nos interessa, estuda-se a mediação na Lei Tutelar Educativa, à luz dos princípios gerais do processo e da sua previsão legal, na fase de inquérito e na fase jurisdicional.

Neste contexto, apesar, desde logo, da sua previsão legal, questiona-se se a mediação constante da Lei Tutelar Educativa corresponde a uma verdadeira manifestação de Justiça Restaurativa... Ora, partindo da análise dos dois mecanismos referidos, é nossa intenção arriscar uma resposta, sendo certo que o sistema de justiça de menores da atualidade ainda se encontra longe de ser qualificado como um sistema eficaz. Reclama-se a adoção de práticas diversas, de métodos distintos, que atendam às específicas necessidades dos jovens, mostrando-se, por isso, mais adequadas. Neste sentido, no último capítulo destacam-se um conjunto de questões e de lacunas que refletem as dificuldades sentidas por quem trabalha e se dedica a esta área do mundo jurídico e que há muito deseja uma mudança. Almeja-se, ainda, perspetivar o futuro nos meandros dos caminhos da Justiça Restaurativa, propondo soluções no âmbito da concretização de uma (verdadeira) Justiça Restaurativa.

O certo é que se começam a trilhar novos caminhos, buscam-se novas soluções... Nas palavras de António Hespanha “o que se procura é olhar o direito de mais sítios e de sítios mais improváveis do que se tornou habitual”⁶.

⁶ V. António Manuel HESPANHA, *O caleidoscópio do Direito – o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ª edição reelaborada, Almedina, Coimbra, 2014, p.9.

Capítulo Primeiro

A Lei Tutelar Educativa

Considerações introdutórias

Até à entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa, no final do ano de 2000, o sistema de justiça de menores português caracterizava-se pelo seu carácter altamente protecionista, não fazendo distinção face às situações – problema originadas por menores. A intervenção estadual altamente protecionista já se encontrava patente na Organização Tutelar de Menores, que apesar das sucessivas alterações, sempre se pautou pelo modelo *welfare*.

Neste sentido, os menores em perigo e os menores que praticavam ilícitos estavam sujeitos à mesma intervenção e, conseqüentemente, eram-lhes aplicadas as mesmas medidas.

A separação só veio a ocorrer aquando da publicação da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo e da Lei Tutelar Educativa, que possibilitou uma alteração muito significativa no regime jurídico vigente.

De seguida analisaremos a evolução legislativa que ocorreu neste âmbito, caracterizaremos o sistema de justiça de menores atualmente vigente e, ainda, faremos referência aos princípios estruturantes deste sistema, o que permite uma cabal compreensão do mesmo⁷. O sistema de justiça de menores revela especiais particularidades em comparação com o sistema de justiça de adultos, pelo que, com o estudo do corpo principiológico que o enforma pretendemos fazer vincar tais traços distintos, com o objetivo de apreender na íntegra todas essas características⁸.

⁷ A Lei Tutelar Educativa aplica-se aos jovens cujas idades se encontrem compreendidas entre os 12 e os 16 anos que praticaram factos qualificados pela lei como crime. Relativamente à faixa etária compreendida entre os 16 e os 21 anos tem aplicação o Regime Penal Especial para Jovens, aprovado pelo D.L. n.º 401/82, de 23 de setembro. Este regime não constitui objeto do estudo a que nos propomos, no entanto, levantam-se, na prática, problemas de “sobreposição de fronteiras” entre um e outro regime, pelo que não se revela despropositado fazer esta brevíssima referência, apenas para que não se confundam ambos os sistemas. *Cfr.* a propósito, Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 106.

Sobre a questão da compatibilização e articulação das penas com as medidas tutelares ver António Carlos Duarte-FONSECA, “Interactividade entre penas e medidas tutelares - contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, fasc. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, abril-junho 2001, pp. 251-301; Filipa de FIGUEIROA, «Punição no limiar da idade adulta»: O regime penal especial para jovens adultos e, em especial, a interactividade entre penas e medidas tutelares educativas”, *Revista Julgar*, n.º 11, Coimbra Editora, Coimbra, maio-agosto, 2010, pp. 147-173.

⁸ Pese embora alguns dos princípios a que se faz referência não apresentarem estreita ligação com a mediação na Lei Tutelar, consideramos que se revelam essenciais para se compreender o espírito de toda a intervenção tutelar. Pretendemos com

1. Da Organização Tutelar de Menores à atual Lei Tutelar Educativa

O fenómeno da criminalidade juvenil tem apresentado, nos últimos anos, contornos alarmantes, levando os Estados a reorientar as suas políticas públicas e as práticas tendentes a solucionar esta questão.

Verifica-se um aumento da criminalidade violenta, o furto e o roubo tornam-se práticas constantes, os atos de vandalismo puro são encarados pelos jovens como uma atividade de ocupação de tempos livres. Neste contexto, torna-se imperiosa a intervenção estatal, que ao longo do tempo foi assumindo carácter diversificado.

Os delitos levados a cabo por crianças e jovens eram, inicialmente, tratados no âmbito do Direito Penal e não existiam intervenções diferenciadas. A criança era vista como um adulto e sujeitada ao mesmo tratamento jurídico e social, não se verificando qualquer preocupação em protegê-la, reeducá-la ou em reinseri-la socialmente. Desta forma, não causa estranheza o facto de serem julgadas nos mesmos tribunais que os adultos, onde lhes eram aplicadas as mesmas regras processuais estipuladas para aqueles⁹.

As primeiras leis específicas para crianças e jovens que praticam factos ilícitos datam do início do século XX, altura em que foram criados tribunais de menores, não tendo o sistema jurídico português ficado indiferente ao despontar desta nova realidade.

A Lei de Proteção à Infância¹⁰, de 1911, foi o primeiro diploma legal português nesta matéria e, à semelhança do que sucedia noutros ordenamentos jurídicos, veio instituir o modelo de proteção. Com esta lei inaugurou-se uma nova era no direito penal português no que toca aos menores, onde se teve em especial consideração a ideia de que “na infância importa, mais do que reprimir, amparar e educar”¹¹.

Conforme se referia na doutrina, “é tão palpável o imperfeito desenvolvimento mental e moral da criança, são tão evidentes a sua inexperiência, a sua falta de discernimento, a sua fraqueza perante sugestões alheias, que, mesmo nas mais rudimentares leis penais, é, em regra, tratada com uma situação de favor”¹². Sobressai, assim, a ideia de que as crianças e os jovens

a sua inserção entender melhor a filosofia subjacente à intervenção tutelar educativa, embora correndo o risco de se desenvolverem temáticas que, eventualmente, extravasem o nosso objeto.

⁹ Cfr. Sabrina Smith CHAVES/Leonor FURTADO, *As medidas sócio-educativas e as medidas tutelares educativas na legislação brasileira e portuguesa*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2000, p. 19.

¹⁰ Aprovada pelo Decreto-Lei de 27 de maio de 1911.

¹¹ Cfr. Marcello CAETANO, *Lições de Direito Penal – Símula das prelecções feitas ao curso do 4.º ano jurídico do ano lectivo de 1938-39*, Jornal do Comércio e das Colónias, Lisboa, 1939, p. 322.

¹² Cfr. Adelino MARQUES e Manuel MOUTINHO, *Lições do Dr. Beza dos Santos – Lições de Direito Penal*, Livraria Neves, Coimbra, 1926, p. 56.

devem ser sujeitos a uma intervenção específica, pelas suas especiais características, fruto da idade.

Como referido, foram criados os tribunais de menores, à época designados por “tutorias da infância”¹³ e, desta forma, por mérito da legislação em causa foram retirados do âmbito do Direito Penal os menores de 16 anos que praticavam factos qualificados como crime, sendo-lhes aplicadas medidas diferentes das penas comuns¹⁴.

O processo encontrava-se dotado de garantias básicas, como o direito de audição do menor e dos seus pais ou a intervenção de advogado, existia proporcionalidade entre os factos praticados pelo menor e as medidas aplicadas, ademais, exigia-se a prova dos factos, não bastando a mera suspeição de um comportamento ilícito para a aplicação de uma medida.

Pese embora este prisma positivo, não se apontam apenas aspetos favoráveis à Lei de Protecção à Infância. Aliás, são-lhe apontadas várias desvantagens, como seja a falta de distinção entre os casos em que o menor carecia de uma intervenção protetora do Estado e as situações em que a intervenção estadual se deveria fundar no propósito tutelar educativo¹⁵.

Assim, eram alvo do mesmo tipo de intervenção os menores em risco, carentes de proteção por parte da família, e, em sentido lato, da própria sociedade, principalmente os provenientes das famílias mais pobres, que se dedicavam muitas vezes à mendicidade e eram deixados ao abandono, e aqueles jovens que efetivamente praticavam ilícitos criminais.

Em 1962, com a aprovação da Organização Tutelar de Menores¹⁶, a vertente protecionista da anterior lei manteve-se, adotando-se um sistema de proteção de carácter máximo, em que a intervenção judiciária, encapotada pela máxima do «interesse» ou do «bem» do menor, assumiu contornos excessivos. A mera existência de uma situação de perigo era o suficiente para legitimar a aplicação de uma medida, mesmo a medida de internamento em instituição, que configurava a medida mais grave que podia ser aplicada¹⁷.

¹³ Cfr. Eliana GERSÃO, “Um século de Justiça de menores em Portugal (No centenário da Lei de Protecção à Infância), de 27 de Maio de 1911”, in *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa *et al*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 1368.

¹⁴ Cfr. Amélia Sineiro ANDRADE/Margarida SANTOS, “A Lei n.º 4/2015, de 15/01, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 339, setembro/dezembro, Livraria Cruz, Braga, 2015, p. 330.

¹⁵ Cfr. José Adriano Souto De MOURA, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 83, Editorial Minerva, Lisboa, julho-setembro, 2000, p.97.

¹⁶ Sobre a Organização Tutelar ver Américo de Campos COSTA, *Notas à Organização Tutelar de Menores*, Atlântida Editora, Coimbra, 1967.

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre a medida de internamento ver António Carlos DUARTE-FONSECA, *Internamento de menores delinquentes: a lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

Este sistema, alicerçado na ideia de tratamento das crianças e dos jovens, dominou a legislação nacional durante um longo período de tempo, entendendo-se que a intervenção judiciária visava tão-só a proteção do menor e nunca a punição, fazendo uma total equiparação entre crianças em risco e crianças delinquentes¹⁸.

Nem mesmo com a revisão da Organização Tutelar de Menores, em 1978, o sistema sofreu alterações. O processo foi desprovido de garantias, aos menores estava completamente vedada a possibilidade de apresentarem provas, não podiam ser representados por advogado, mas o certo é que eram muitas vezes internados, e por regra, até à maioridade, sem que existisse qualquer controlo relativo à medida aplicada, de modo a que se averiguasse a sua necessidade. Verificou-se, deste modo, um claro e incompreensível retrocesso em relação à Lei de Proteção à Infância.

De facto, um dos objetivos da revisão foi, nada mais nada menos, do que acentuar o carácter protetor e educativo que se pretendeu imprimir à jurisdição tutelar¹⁹, tudo isto sem qualquer menção ou atenção às alterações que se foram manifestando ao longo do século XX, que alteraram o pensamento criminológico, levando outros Estados²⁰ a modificar as suas legislações respeitantes aos menores²¹.

A permanência, em Portugal, do sistema de proteção, durante tanto tempo e com todas as falhas que lhe são apontadas é difícil de perceber, pese embora a aprovação de vários diplomas legais a nível internacional e a que nos vinculamos²², com grande repercussão nesta matéria. Por que motivo ficou o nosso sistema jurídico incólume a estas alterações? A resposta não se afigura

¹⁸ Cfr. Helena SUSANO, "A dinâmica do processo na Lei Tutelar Educativa – Contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação", *Revista Julgar*, n.º 11, Coimbra Editora, Coimbra, maio-agosto, 2010, p.110.

¹⁹ Cfr. Rui M. L. EPIFÂNIO/António H. L. FARINHA, *Organização Tutelar de Menores – Contributo para uma visão interdisciplinar do Direito de Menores e de Família*, Almedina, Coimbra, 1987, p.8.

²⁰ Referimo-nos, concretamente, à Bélgica (com a aprovação das leis de 24 de dezembro de 1992, de 2 de fevereiro de 1994 e 30 de junho de 1994, que introduziram grandes alterações à Lei de Proteção da Juventude de 1965), à Espanha (com a lei orgânica n.º 4/1992, de 5 de junho, relativa à competência dos julgados de menores), ou ao Brasil (com a Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990, que aprova o Estatuto da Criança e do Adolescente).

²¹ Na crítica ao paradigma de justiça protetora revestiram grande importância as decisões do juiz Abe Fortas, do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, designadamente os casos KENT, de 1966 e GAULT, de 1967. Nas palavras daquele juiz: "Ao criar-se um sistema de intervenção específico para os menores que cometem crimes tinha-se em vista dar-lhes o melhor dos dois mundos: tribunais especializados e uma decisão baseada nas suas necessidades. Porém os estudos realizados levam-nos a reexaminar que os menores tenham recebido o pior dos dois mundos: tribunais que não lhes reconhecem as garantias conferidas aos adultos e medidas que não são ditadas pelas suas necessidades educativas". Cfr. para mais desenvolvimentos sobre esta questão: Eliana GERSÃO, "Ainda a revisão da Organização Tutelar de Menores – Memória de um processo de reforma", in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, Jorge de Figueiredo Dias, Irineu Cabral Barreto et al (org.) Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 447-448.

²² Referimo-nos, designadamente, à Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores – "Regras de Beijing", de 1985, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – "Diretrizes de Riade", de 1990, no âmbito do Conselho da Europa, a Resolução R (87) 20, sobre as reações sociais à delinquência juvenil, e a Resolução (88) 6, sobre as reações sociais ao comportamento delincente dos jovens de famílias imigrantes, entre outros diplomas.

imediate e só nos lembramos das palavras de Eliana Gersão: “Terá antes havido falta de coragem para pôr em causa ideias feitas, ou aquela sobrançeria que às vezes nos invade e que nos leva a afirmar que somos «diferentes» e «melhores» do que todos os outros”²³. O certo é que os abusos no âmbito da justiça de menores foram muitos, demasiados, e a mudança tardou...²⁴

Compreende-se que um jovem ao qual tenha sido aplicada a medida de internamento, e uma vez fora do seu espaço normal, apresente sentimentos de revolta e de desprezo pelos valores a interiorizar, que mais não são do que as finalidades da intervenção. E mais ainda, por lhe ser coartado o seu direito de defesa, com os impedimentos previstos na lei.

A grande reforma do direito de menores²⁵, que veio finalmente separar a intervenção quanto aos menores em perigo da intervenção relativa a menores que praticam factos que configuram ilícitos penais, só veio a ocorrer, efetivamente, com a aprovação de dois diplomas essenciais e há muito esperados: a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo²⁶ e a Lei Tutelar Educativa.

Desta forma, só com a entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa, já em 2001, é que se rompeu com o modelo de proteção antes vigente, instituindo-se um sistema que não é um modelo puro de justiça penal, mas que, igualmente, se baseia em critérios de legalidade, de proporcionalidade, de garantia dos direitos do menor, dos seus representantes legais ou de quem tem a sua guarda de facto, com objetivo claro de responsabilizar o jovem pelo seu comportamento, através da aplicação de medidas tutelares tipificadas²⁷.

O modelo protecionista, guiado pela ideia de que é possível “responder de igual forma a problemas tão distintos como o do abandono do menor ou o da prática, por este, de condutas anti-sociais ligadas ao mundo crime, condenou-se por si próprio”²⁸.

A consagração destes dois regimes diferenciados resultou, assim, da necessidade, há muito sentida, de reorganização e de mudança no direito de menores.

²³ Eliana GERSÃO, “Um século de Justiça de menores em Portugal (No centenário da Lei de Protecção à Infância), de 27 de maio de 1911”, in *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa *et al*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 1378.

²⁴ As medidas de internamento constituem as medidas mais graves e são profundamente limitadoras dos direitos do menor, pelo que o recurso a estas medida apenas se verifica em *ultima ratio*, no entanto, à época, eram a regra e criticava-se a sua utilização excessiva.

²⁵ Sobre a tão aguardada reforma no âmbito da Justiça de menores ver também João PEDROSO, *A Reforma do “Direito de Menores”: A construção de um “direito social”?* (A intervenção do Estado e da comunidade na promoção dos direitos das crianças), n.º 121, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 1998.

²⁶ Aprovada pela Lei n.º 147/ 99, de 1 de setembro.

²⁷ Armando Gomes LEANDRO, “Proteção dos Direitos da criança em Portugal”, in *Direitos da Criança*, A. Reis. Monteiro *et al* (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 114-115.

²⁸ Expressão retirada da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.3.

Não se mostrou aceitável que o menor delinquente fosse tratado como um jovem em risco social, devendo ser-lhe aplicadas determinadas consequências pelo seu comportamento lesivo de direitos e interesses alheios, desde que efetivamente provado²⁹.

O modelo agora vigente, preconizado na Lei Tutelar Educativa, não se trata de um modelo puro de justiça ou de proteção, constituindo antes, “uma solução de comprometimento eclético entre os dois modelos”, excluindo-se as características mais extremas de cada um deles³⁰.

2. O sistema de justiça de menores

Aos pais cabe o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, estando este poder-dever constitucionalmente consagrado no artigo 69.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa.

No entanto, quando a família não consegue encontrar meios que deem uma resposta eficaz aos comportamentos desviantes dos seus membros, neste caso dos jovens menores, é função do Estado intervir. Embora incumba aos pais as responsabilidades inerentes aos seus filhos, as crianças e os jovens têm também direito à proteção por parte da sociedade e do Estado, tendo em vista o seu desenvolvimento integral³¹. Se a família, enquanto espaço de maior segurança, de afeto e de compreensão³², não se mostra capaz de inculcar nos jovens os valores e princípios que pautam a sociedade em que se inserem, responsabilizando-os pelos atos que praticam, alguém tem que intervir e é atribuída ao Estado essa incumbência.

Desta forma, os menores que pratiquem fatos considerados ilícitos à luz do direito penal vigente, são sujeitos à intervenção estatal. No entanto, ao invés de serem sujeitos a uma intervenção no âmbito do direito penal de adultos, são sujeitos a um sistema de justiça próprio.

Ainda assim, não se pode obliterar que a intervenção tutelar procurou inspiração no direito penal, de que são exemplo vários princípios e institutos existentes nos dois sistemas, como sejam

²⁹ Cfr. Paulo GUERRA, “A Lei Tutelar Educativa – para onde vais?”, *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.106.

³⁰ Cfr. Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 5-20. Ver também, Helena SUSANO, “A dinâmica do processo na Lei Tutelar Educativa – Contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação”, *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.111. Sobre a qualificação do atual modelo, José Adriano de Souto Moura intitula-o de “terceira via” que tenta conciliar um princípio incontornável de subtracção do menor ao sistema penal – e que por aí se aproxima de um sistema de protecção, com uma disciplina mais garantística do ponto de vista processual e com uma estratégia responsabilizante”. V., José Adriano Souto De MOURA, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 83, Editorial Minerva, Lisboa, julho-setembro, 2000, p.114.

³¹ Cfr. art.69.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

³² Cfr. Carla FONSECA, “A protecção das crianças e jovens: factores de legitimação e objectivos”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p.10.

o princípio da legalidade, o direito de audição, o direito de participação da vítima, o princípio do contraditório ou o princípio da judicialidade. O processo penal serve de fonte ao processo tutelar, estando fortemente presentes em ambos as garantias constitucionais dos cidadãos face à intervenção estadual, limitadora dos direitos fundamentais³³.

Os motivos da consagração de dois regimes distintos prendem-se com vários fatores. Em primeiro lugar, a inimputabilidade do menor, prevista no artigo 19.º do Código Penal, que estabelece que os menores de 16 anos são inimputáveis e, portanto, não respondem criminalmente pelos seus atos. Em segundo lugar, a necessidade de “defender o menor contra a mais gravosa das intervenções estaduais – a ação penal”, evitando que aquele seja sujeito ao sistema penal fortemente estigmatizante³⁴” também se revela um forte argumento para retirar o jovem do âmbito de aplicação da lei penal.

Assim, em termos técnico-jurídicos, o menor não comete crimes, contudo, tal não significa que este não seja responsabilizado pelos factos ilícitos que praticou.

No que diz respeito à inimputabilidade do menor, cumpre dizer que o fator idade é, nesta medida, um critério essencial para determinar se o jovem será alvo de uma intervenção tutelar educativa ou se será sujeito a uma intervenção penal.

A criação de um sistema diferenciado funda-se também na necessidade de se atender à maturidade intelectual do jovem, característica da sua tenra idade e que ainda não lhe permite ter a capacidade de entender e querer de forma plena. Ora, a imputabilidade é precisamente essa capacidade de querer e entender de forma plena. É um conceito normativo, que tem o significado de, em determinadas circunstâncias fixadas por lei, o facto não ser atribuído ao seu autor, não sendo este responsabilizado pelo ato que praticou³⁵. Trata-se de uma “propriedade, qualidade, estado ou situação de índole psíquica do agente”³⁶. Neste sentido, o menor é considerado inimputável por ser incapaz de reconhecer a licitude ou ilicitude da sua conduta, uma vez que ainda não dispõe de capacidade intelectual e psíquica para o fazer. Como refere Beleza dos Santos, exige-se “maturação necessária à imputabilidade”³⁷, sendo que o momento em que essa maturação se verifica difere de pessoa para pessoa.

³³ V. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa p.8.

³⁴ Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, de 11-03-99, que veio dar origem à Lei Tutelar Educativa.

³⁵ Cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA, *Modelos de inimputabilidade – Da teoria à prática*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 21.

³⁶ Cfr. José dos Santos SILVEIRA, *Da imputabilidade penal no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1960, p. 29.

³⁷ Cfr. José Beleza dos SANTOS, “Imputabilidade penal – Noções Jurídicas Sumárias”, *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano V, N.º s 1 a 3, Coimbra, 1950, p.19.

Ainda assim, pode entender-se esta opção do nosso legislador como excessivamente protetora do menor, uma vez que se baseia numa presunção, ou seja, de acordo com a lei portuguesa, todos os jovens menores de 16 anos não se encontram dotados de plena capacidade para querer e entender. Todos os jovens menores de 16 anos são inimputáveis e como tal não tem capacidade intelectual para perceberem o desvalor associado aos atos que praticam. Conforme se refere na Doutrina, não há sequer admissão de prova em contrário, considerando-se que todos os menores de 16 anos “não atingem o grau suficiente de entendimento e autonomia da vontade para serem responsabilizados criminalmente³⁸”.

Não nos parece que esta opção legislativa deva ser apelidada de má ou de demasiado protecionista. Embora presumindo esta falta de capacidade para entender os factos praticados, a lei vem realçar o entendimento de que a proteção do jovem se sobrepõe a qualquer outro raciocínio que julgue mais adequado o abaixamento da idade de imputabilidade penal e que vise um endurecimento da intervenção e das respostas a dar aos comportamentos delituosos.

De facto, quanto a este aspeto em particular, não nos parece que todos os jovens com menos de 16 anos sejam incapazes de querer e entender. Apesar da sua curta experiência de vida e da personalidade em rápida transformação, certamente que alguns jovens têm plena consciência da ilicitude, que a prática de um determinado ato acarreta. No entanto, e convém salientar, pelo facto de alguns jovens já revelarem maturidade de entendimento, certo é que outros tantos não a revelarão. Assim sendo, e de forma a salvaguardar estas situações, o legislador consagrou a impossibilidade de ilidir a presunção, preferindo a implementação de um regime indiferenciado, pelo menos quanto à faixa etária alvo de intervenção.

Ora, quanto a esta questão e pautando-se a intervenção tutelar educativa pelo superior interesse do menor, não nos parece que outra opção possa ser equacionada. Analisando a questão do ponto de vista do interesse do menor não vislumbramos vantagens nem no abaixamento do limiar da imputabilidade, nem na possibilidade de ilidir a presunção.

Concluindo, o sistema de justiça de menores não se confunde com a justiça penal de adultos, configurando um sistema distinto, com pressupostos, princípios e finalidades diversos do sistema penal e que de seguida analisaremos.

³⁸ *Cfr.* José Adriano Souto De MOURA, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 83, Editorial Minerva, Lisboa, julho-setembro, 2000, p.105.

3. A intervenção tutelar educativa

Em todas as sociedades é identificável um conjunto de valores e princípios que norteiam a vida em comunidade e a que todos devem obedecer, sob pena de a própria vida social se tornar impossível³⁹.

Quando ocorre um crime, a harmonia e o equilíbrio que devem permanecer em sociedade são abalados, pelo que cumpre restabelecer a paz social e o sentimento de segurança da comunidade que, previsivelmente, também se perdeu.

Quando estejam em causa factos ilícitos praticados por um menor e qualificados pela lei penal como crime, o Estado só tem legitimidade para intervir, mesmo contra a vontade dos detentores das responsabilidades parentais, quando se verifique, em concreto, um conjunto de fatores descritos exaustivamente na lei e que configuram pressupostos da intervenção.

3.1 Pressupostos de aplicação da Lei Tutelar Educativa

Só há lugar a intervenção tutelar quando se verifique um conjunto cumulativo de pressupostos: que exista uma ofensa a bens jurídicos essenciais, traduzida na prática de um facto qualificado como crime; que subsista a necessidade do menor ser educado para o direito e, por último, que o menor tenha idade compreendida entre os 12 e os 16 anos⁴⁰. Na verdade, o Estado só se encontra imbuído de legitimidade para intervir mediante a conjugação de todos estes fatores.

Com efeito, a prática de um facto tipificado na lei penal como crime traduz um comportamento desviante do menor que torna clara a rutura com o núcleo de valores fundamentais de uma comunidade, representado pelas normas penais. Neste sentido, estas normas consubstanciam o “quadro de referência e o mínimo de obediência devida por qualquer cidadão”⁴¹. Do referido, infere-se que o Estado tem o poder-dever de intervir, não podendo abstrair-se da tarefa de garantir a ordem e a paz social, apenas porque a “ofensa provém de um cidadão menor”⁴². Ainda que a intervenção seja distinta, não deixa de existir.

³⁹ V. José Adriano Souto De MOURA, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 83, Editorial Minerva, Lisboa, julho-setembro, 2000, p.107.

⁴⁰ Surgem na Doutrina dois outros pressupostos que devem estar preenchidos para que se verifique intervenção tutelar, desde logo, não ter o menor completado 18 anos até à data da decisão em primeira instância e, ainda, não ter sido aplicada pena de prisão efetiva, em processo penal, por crime praticado por menor com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos.

⁴¹ Cfr. Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 56.

⁴² *Idem, ibidem*.

No entanto, nem todos os comportamentos de um menor tipificados como crime são alvo de aplicação de uma medida tutelar, porquanto a própria lei exige que no momento da aplicação da medida subsista a necessidade do menor ser educado para o direito, sendo este o segundo pressuposto de aplicação.

Assim sendo, se, aquando da determinação da medida a aplicar, o juiz depreender que naquele caso específico o menor não carece da aplicação da mesma, por já ter interiorizado o desvalor da sua conduta, a medida não será aplicada⁴³. Este aspeto realça a vertente educativa presente na Lei Tutelar que em nada pretende a retribuição pelo facto praticado ou a ideia de castigar o menor pelo comportamento desviante.

Qualquer medida tutelar é aplicada somente no interesse do menor, considerando mesmo a lei, em nome desse interesse, que a prática de um facto, ainda que ilícito à luz da lei penal, mas que se insira no processo normal de desenvolvimento da personalidade, dentro de limites razoáveis, que impelem o menor a testar a vigência das normas através da infração não deve ser alvo de intervenção⁴⁴. Na prática, tal significa que a simples prática de um facto qualificado pela lei como crime não conduz, necessariamente, neste novo modelo de intervenção, à aplicação de uma medida educativa⁴⁵.

Por último, o menor cuja idade seja inferior a 12 anos, mesmo cometendo um facto qualificado como crime, não será alvo de intervenção tutelar podendo, no entanto, ser abrangido pelo âmbito de aplicação da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, no caso em que careça de uma intervenção de carácter protetor.

A fixação da idade mínima nos 12 anos compatibiliza-se com o estágio de desenvolvimento do menor, uma vez que se aponta o início da puberdade como o período em que o menor já compreende o significado de educação para a responsabilidade jurídica e, por conseguinte, do sentido da intervenção⁴⁶. Já no tocante ao limite etário máximo da imputabilidade este fixou-se nos 16 anos, por forma a afastar o menor da intervenção penal, muito mais gravosa e com efeitos estigmatizantes atroz⁴⁷.

⁴³ Cfr. arts. 78.º, n.º 1, 87.º, n.º 1, al. c), 90.º, al. e), 93.º, n.º 1, al. b).

⁴⁴ Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.5.

⁴⁵ Neste mesmo sentido, aponta o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03-02-2010, Processo 200/07.2TATND-B.C1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/itrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/adfe2218f7c38f43802576d4004ede95?OpenDokument>, consultado a 02-05-2016.

⁴⁶ Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.6.

⁴⁷ Sobre a questão do limite etário da imputabilidade, quer a idade mínima, quer o limite máximo para intervenção tutelar, existem várias críticas, no entanto, o seu abaixamento não foi uma opção legislativa. Ver sobre esta questão, Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 15-16.

Em suma, verificados que estejam os pressupostos enunciados, o Estado intervém através da atuação do Ministério Público, que tendo conhecimento da prática de um facto ilícito por um menor deve instaurar inquérito.

3.2 Finalidades da intervenção tutelar

O artigo 2.º, n.º 1 da Lei Tutelar Educativa, enuncia, em termos objetivos, as finalidades das medidas tutelares. Diz-nos o referido artigo que as “medidas tutelares educativas visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade”.

Os fins enunciados neste artigo corporizam os propósitos que o julgador não deve esquecer no momento da aplicação de uma medida. Neste aspeto, a legislação nacional está em perfeita consonância com os fins vertidos no artigo 40.º, n.º 1 da Convenção Sobre os Direitos da Criança. Diz-nos a Convenção que os “Estados Parte reconhecem à criança suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido a lei penal o direito a um tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor, reforçar o seu respeito pelos direitos do homem e as liberdades fundamentais de terceiros e que tenha em conta a sua idade e necessidade de facilitar a sua reintegração social e o assumir de um papel construtivo no seio da sociedade”.

Do exposto, e embora as finalidades previstas na Lei Tutelar Educativa sejam enunciadas de forma muito mais breve do que na referida Convenção, na verdade, os objetivos primordiais e aqueles que devem realmente guiar qualquer intervenção dirigida a jovens que, por qualquer motivo transgrediram, encontram-se presentes em ambos os diplomas.

As medidas tutelares são direcionadas para jovens cujas personalidades ainda se encontram em formação e, por isso, são maioritariamente no sentido da reintegração e reeducação do jovem para o direito, de forma a que este assimile os valores e as normas jurídicas vigentes numa sociedade, não se descurando, contudo, as finalidades de proteção⁴⁸. Pretende-se incutir nos jovens um sentido de responsabilidade que os leve a compreender as consequências dos seus atos e em que medida afetam a vida de outras pessoas.

Educar o menor para o direito é educá-lo para viver em sociedade, preparando-o para que respeite aquele “mínimo ético”, constituído pelos valores e princípios essenciais, que a lei penal

⁴⁸ *Cfr.* neste sentido, Tomé d’Almeida RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e actualizada, Quid Juis Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 36.

encerra, sob pena ser responsabilizado pelas suas condutas e ter de enfrentar uma reação negativa por parte da sociedade⁴⁹.

Na esteira de Rui do Carmo, e quanto ao propósito de educação para o direito, trata-se de intervir apenas quando for necessário para garantir que o desenvolvimento do menor ocorre de “forma harmoniosa e socialmente integrada e responsável, tendo como referência o dever ser jurídico consubstanciado nos valores juridicamente tutelados pela lei penal, enquanto valores mínimos e essenciais da convivência social”⁵⁰.

Não se pode esquecer que a intervenção tutelar educativa comprime um conjunto de direitos fundamentais do menor, como o direito à liberdade e à autodeterminação, no entanto, não se levantam objeções a essa compressão, em virtude da salvaguarda de outros direitos e interesses igualmente protegidos. Entre estes últimos direitos surgem o direito à segurança dos restantes cidadãos, bem como o superior interesse do próprio menor. Com a prática do ilícito, o menor revela um comportamento desconforme ao dever-ser jurídico básico e, nessa medida, a intervenção será realizada no seu próprio interesse, por forma a que lhe sejam incutidos valores e princípios indispensáveis ao seu normal desenvolvimento. Procura-se que o menor interiorize a ilicitude do seu comportamento, para que não volte a delinquir.

Apesar da similitude entre a ação penal e a intervenção tutelar educativa, as duas não se confundem, por terem finalidades⁵¹ próprias e destinatários com características muito diferentes⁵².

Enquanto as penas ou medidas de segurança se aplicam a adultos, cuja personalidade já se encontra perfeitamente formada, as medidas tutelares têm como campo de aplicação os jovens, cujo desenvolvimento psicológico, emocional e até físico, encontra-se em formação e caracteriza-se por mutações constantes. Como tal, as suas necessidades são também distintas, daí a opção legislativa por uma lei própria.

⁴⁹ Cfr. José Adriano Souto De MOURA, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 83, Editorial Minerva, Lisboa, julho -setembro, 2000, p.120.

⁵⁰ Cfr. Rui do Carmo Moreira FERNANDO, “Lei Tutelar Educativa – Traços essenciais na perspectiva da intervenção do Ministério Público”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p.126.

⁵¹ Sobre os fins do Direito Penal e das sanções penais, ver Germano Marques da SILVA, *Direito Penal Português, Introdução e teoria da lei penal*, Volume I, 3ª edição, Verbo Editora, Lisboa, 2010, pp. 53 a 89; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Penal Português- Parte Geral – As consequências jurídicas do crime*”, Tomo II, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

⁵² Pese embora o referido, o processo tutelar tem pontos em comum com o processo penal, por razões garantísticas, em matérias essenciais como as que dizem respeito ao princípio da legalidade, o direito de audição ou ao princípio do contraditório. Desta forma, o processo tutelar encontra-se dotado das mesmas garantias que, em casos idênticos, acompanhariam a investigação de um facto ilícito cometido por um adulto. Cfr. José Luís Lopes da MOTA, “A reforma do direito de menores: Síntese e linhas gerais”, in *Reforma do Direito de Menores*, Ministério da Justiça e Ministério do Trabalho e da Solidariedade, Lisboa, 1999, pp. 16-17.

Não se pretendeu criar um “direito penal dos pequeninos”, sujeitando as crianças e os jovens que praticam factos qualificados como crime a um direito penal rígido. Cremos que o legislador teve em mente o menor enquanto sujeito de direitos, por um lado, e um sujeito diferente do adulto, por outro lado⁵³. A conceção de que a criança e o jovem são «adultos em miniatura» ou «adultos em formação» não pode ser atendida, encontrando-se completamente ultrapassada. Estes são tão-só “sujeitos autónomos de direitos, com especificidades resultantes das características das fases próprias do seu desenvolvimento até atingir a maturidade física, psicológica, espiritual, moral, afectiva, social e cívica própria do adulto”⁵⁴. Parece-nos que a expressão transcrita encerra em si os elementos essenciais para que realmente percebamos a matéria em causa e a necessidade de trilhar caminhos distintos...

4. Princípios orientadores

A intervenção tutelar educativa obedece a um conjunto de princípios igualmente presentes, grosso modo, noutras áreas do sistema jurídico português. No entanto, pelo facto do processo ser dirigido a transgressores de tenra idade, vai assumindo alguns traços particulares, no tocante à tramitação, que importa analisar, revestindo o corpo principiológico em causa algumas características distintas em relação a outros ramos do direito, bem como em relação a anteriores leis direccionadas aos menores. Nesta perspetiva, torna-se essencial o seu estudo de forma a que se compreenda o sistema na sua globalidade, bem como a necessidade de simplificação processual e de recurso a novos métodos.

4.1 Princípio da Legalidade

O Ministério Público, tendo conhecimento da notícia da prática de um ilícito criminal por um jovem, tem obrigatoriamente que proceder à abertura de inquérito⁵⁵. A lei não atribui ao Ministério

⁵³ V. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª edição, Reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 281

⁵⁴ V. Armando Gomes LEANDRO, “Proteção dos Direitos da Criança em Portugal”, in *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p.102.

⁵⁵ Saliante-se que, nos termos do artigo 72º, nº1, qualquer pessoa pode denunciar a prática de facto qualificado pela lei como crime, independentemente da natureza deste. Desta forma, no atual quadro legal, há intervenção tutelar quanto à prática de factos qualificados como crime por menores, independentemente da sua natureza pública, semipública ou particular ou da apresentação de queixa por parte do ofendido. Contudo, e em jeito de “válvula de escape”, o artigo 87º, nº2 permite que o Ministério Público archive o inquérito em casos de crimes semipúblicos ou particulares se o ofendido de opuser ao prosseguimento do processo, invocando fundamento especial relevante. Cfr. Amélia Sineiro ANDRADE/Margarida SANTOS, “A Lei n.º 4/2015, de

Público uma prerrogativa de escolha em relação aos factos alvo de inquérito e uma vez verificados todos os pressupostos de procedibilidade, sobre aquele impende o dever de atuar.

Desta forma, o processo tutelar educativo encontra-se sujeito a um princípio de legalidade, com manifestação expressa no artigo 74.º da Lei Tutelar Educativa que enuncia que, uma vez adquirida a notícia do facto, o Ministério Público determina a abertura de inquérito.

Assim, qualquer notícia da prática de um facto qualificado como crime por um jovem com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos que chegue aos Serviços do Ministério Público deve ser registada, distribuída e autuada como inquérito tutelar educativo⁵⁶.

Este princípio, considerado um dos mais importantes, tem dominado a política criminal, pela sua conformidade com a ideia de Estado de Direito⁵⁷. Não cabe ao Ministério Público a seleção dos casos a intervir, nem a formulação de juízos de valor sobre os comportamentos ilícitos de que tem conhecimento, não dispondo de discricionariedade neste âmbito, devendo iniciar o inquérito e pautar sempre a sua atuação pelo interesse do menor.

O princípio da legalidade assume assim uma função de garantia, pelo carácter limitativo do poder de punir do Estado a para a tutela dos direitos fundamentais⁵⁸.

4.2 Princípio da Tipicidade

O princípio da tipicidade surge como um corolário do princípio da legalidade, anteriormente analisado.

Neste sentido, as medidas tutelares devem estar expressamente previstas na lei e só estas podem ser aplicadas, não tendo a autoridade judiciária discricionariedade para «criar» uma medida específica para um determinado caso.

Em estrito cumprimento deste princípio, o legislador forneceu um catálogo fechado de medidas, não possibilitando a aplicação de medidas de espécie ou em modalidades diversas das

15/01, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 339, setembro/dezembro, Livraria Cruz, Braga, 2015, pp. 341-342.

⁵⁶ V. Júlio Barbosa e SILVA, *Lei Tutelar Educativa Comentada – No âmbito das principais orientações internacionais, da Jurisprudência Nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 2013, p.74.

⁵⁷ V. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *“Direito Penal Português- Parte Geral – As consequências jurídicas do crime”*, Tomo II, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 53-54.

⁵⁸ V. Manuel Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982; II. Penas e medidas de segurança*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 54. Sobre o princípio da legalidade no direito penal e no processo penal ver também Fernando FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 89-94; Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 64-71 e António Marcos Ferreira CALADO, *Legalidade e oportunidade na investigação criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009. Para uma outra abordagem sobre o princípio da legalidade ver Christina PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2015.

previstas na lei. Ainda assim, não belisca a afirmação do princípio a possibilidade do julgador flexibilizar o conteúdo concreto das medidas, nas modalidades previstas⁵⁹.

O artigo 4.º da Lei Tutelar Educativa enumera, expressamente, as medidas tutelares passíveis de aplicação. Estas podem ser divididas em medidas não institucionais e medidas institucionais, sendo que o n.º 2 do mesmo artigo indica, com clareza, que a única medida institucional é a medida de internamento em centro educativo, configurando a medida mais gravosa que pode ser aplicada a um jovem.

Nos termos dos artigos 6.º e 133.º, n.º 4 da Lei Tutelar Educativa a medida de internamento em centro educativo é a última medida a surgir no elenco de hipóteses, porquanto, este encontra-se ordenado pela ordem crescente de gravidade, atendendo ao grau de limitação e restrição da liberdade do menor quanto à sua autonomia decisória e condução de vida⁶⁰.

De salientar que qualquer das medidas enumeradas não reveste o carácter de pena, visando unicamente a reeducação e a inserção responsável do menor na vida em comunidade.

O julgador, no momento em que vai aplicar uma medida, deve sempre dar preferência às medidas não institucionais, em detrimento da medida institucional e, atento os objetivos da intervenção tutelar, faz todo o sentido que assim seja.

4.3 Princípio da Oficialidade

O princípio da oficialidade encontra-se em estreita ligação com o princípio da legalidade, consagrando o Ministério Público como titular da ação tutelar educativa. Assim sendo, a autoridade judiciária investida do dever de instaurar o processo tutelar é o Ministério Público, que o faz sempre que chegue ao seu conhecimento a notícia da prática de um facto qualificado como crime.

No âmbito da intervenção tutelar educativa, o Ministério Público tem a sua competência definida no artigo 40º. As suas atribuições em sede de justiça de menores refletem as funções que constitucional e estatutariamente lhe estão reservadas⁶¹. Assim, as atribuições constantes de todas as alíneas do artigo 40º revelam-se enformadas pela ideia de “proteção do interesse do menor”, o que deriva da Constituição e do próprio Estatuto do Ministério Público. Não se pode

⁵⁹ *Cfr.* Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 65.

⁶⁰ *Cfr.* neste sentido, Tomé d'Almeida RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e actualizada, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 39.

⁶¹ *Cfr.* Arts. 219º, nº1 da Constituição da República Portuguesa e arts, 1º e 3º, nº1 al. a), da Lei nº 60/98, de 27 de agosto.

obliterar que cabe também ao Estado a proteção da infância e da juventude, “com vista ao seu desenvolvimento integral” e à “efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais”⁶². No cumprimento destes desígnios deve o Ministério Público adotar comportamentos e promover soluções que assegurem a proteção do menor que praticou uma infração.

Portanto, impera o princípio de promoção processual estadual oficiosa, independentemente da manifestação de vontade dos particulares⁶³.

O princípio da oficialidade significa, assim, que a iniciativa processual pertence ao Estado, surgindo como um instrumento de controlo social, embora se permita a oposição ao prosseguimento do processo, quando subsista motivo especialmente relevante, por exemplo, nos casos em que a intervenção tutelar, com a publicidade que lhe está inerente, agrave mais a ofensa do que a repare⁶⁴. Pense-se, por exemplo, nos casos relacionados com a liberdade e autodeterminação sexual em que muitas das vítimas preferem não apresentar queixa.

4.4 Princípio do Contraditório

Constitucionalmente consagrado no artigo 32.º, n.º 5, 2ª parte da Constituição da República Portuguesa, o princípio do contraditório alude a uma ideia de diálogo e discussão, traduzindo-se na faculdade conferida ao acusado de refutar os factos que lhe são imputados.

No seguimento do referido por Gomes Canotilho e Vital Moreira, relativamente aos destinatários, este princípio significa que o juiz tem o direito e o dever de ouvir as explicações das partes relativamente aos assuntos âmbito de decisão; o direito de audiência de todos aqueles que sejam afetados pela decisão, “de forma a garantir-lhes uma influência efectiva no desenvolvimento do processo”; o “direito do arguido de intervir no processo”, atribuindo-lhe a faculdade de contraditar os restantes testemunhos, depoimentos ou quaisquer elementos de prova constantes do processo e, por último, a proibição de punição por crime diferente do da acusação, sem que tenha sido dada oportunidade ao arguido para contraditar os factos⁶⁵.

⁶² Cfr. Arts. 69º e 70º da Constituição da República Portuguesa.

⁶³ Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 185-186. Sobre o princípio da oficialidade enquanto princípio geral relativo à promoção do processo penal ver também, Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 60 – 65 e António Marcos Ferreira CALADO, *Legalidade e oportunidade na investigação criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

⁶⁴ V. Germano Marques da SILVA, *Direito Processual Penal Português – Noções gerais, sujeitos processuais e objeto*, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 82.

⁶⁵ V. J.J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1.º a 107.º, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 523. Relativamente ao princípio do contraditório ver também Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.732 e 733.

Fazendo a importação do princípio do contraditório para o direito de menores, este deve ser compreendido no sentido da oportunidade atribuída aos jovens para que intervenham e participem ativamente no processo, tendo o direito de serem ouvidos e de tomar uma posição sobre aquilo que os afeta⁶⁶.

Deste modo, o jovem transgressor tem o direito de ser ouvido e de manifestar a sua opinião sobre todos os factos e elementos de prova recolhidos no decurso do processo que possam influir na decisão final e que possam desencadear a aplicação de uma medida tutelar educativa.

Este direito encontra expressão legal no artigo 45.º, n.º 2, alíneas a) e g) da Lei Tutelar Educativa, que refere expressamente que o menor tem direito a ser ouvido, oficiosamente ou a requerimento, pela autoridade judiciária, bem como a oferecer provas e a requerer diligências.

De igual forma, o artigo 92.º, n.º 2 da Lei Tutelar Educativa, sujeita toda a fase jurisdicional a este princípio, em consonância com o previsto no artigo 32.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa, já mencionado, recaindo sobre o juiz o ónus de o observar e cumprir.

Outras manifestações deste princípio surgem nos artigos 77.º da Lei Tutelar Educativa, relativamente ao direito de audição do menor, no artigo 81.º, que diz respeito à sessão conjunta de prova, e ainda, no artigo 117.º, quanto às formalidades da audiência.

Por conseguinte, deparamo-nos com a presença na Lei Tutelar de menções expressas ao princípio do contraditório, bem como exemplos em que este se desdobra em direitos do menor, indispensáveis à sua defesa perante a intervenção e, porventura, pela limitação de direitos, liberdades e garantias que pode ter lugar aquando dessa intervenção⁶⁷.

4.5 Princípio da obtenção da verdade material e da investigação

Sobre a autoridade judiciária, ou seja, o Ministério Público ou o juiz, recai o poder-dever de investigar os factos exaustivamente, para que a decisão final seja conforme à verdade e à Justiça.

Por conseguinte, o Ministério Público em todas diligências investigatórias que lidera em nada está limitado pelo que as partes referiram ou pela pretensão que pretendem fazer vincar, podendo sempre ir mais além.

⁶⁶ Gil Moreira dos SANTOS, *“Princípios e prática processual penal”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 52.

⁶⁷ V. Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 141.

Assim, a fase de inquérito revela-se essencial para a investigação, e embora sendo dirigida pelo Ministério Público, este é coadjuvado quer pelos órgãos de polícia criminal, quer pelos serviços de reinserção social⁶⁸.

Quanto ao juiz, este também não pode assumir uma posição de indiferença perante a verdade dos factos, não estando a sua atuação balizada pelos elementos de prova que o Ministério Público juntou ao processo. O tribunal deve investigar com base em todos os meios processualmente admissíveis, procurando reconstruir os factos, independentemente ou para além do contributo prestado pelos sujeitos processuais⁶⁹.

Na Lei Tutelar Educativa as decorrências do princípio da obtenção da verdade material vislumbram-se nos artigos 105.º, que regula em matéria de produção de prova e no artigo 117.º que dispõe quanto às formalidades e trâmites a observar em audiência, igualmente, no tocante à produção de prova.

Das normas mencionadas conclui-se que o julgador não pode obliterar a descoberta da verdade material, sob pena de com tal comportamento pôr em causa o interesse do menor, que norteia toda a intervenção tutelar, não esquecendo as necessidades da própria vítima, que nos parece querer ver descoberta essa verdade.

No entanto, convém salientar que a verdade material não pode ser obtida a qualquer preço, pois ela há-de ser sempre uma “verdade judicial, prática e processualmente válida”, que não seja obtida em sacrifício da dignidade do menor, sendo este um valor absoluto que relativiza os restantes⁷⁰.

Na salvaguarda da dignidade do menor delincente e em respeito pelo princípio da legalidade, só “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”, numa aplicação subsidiária dos artigos 125.º e 126.º do Código de Processo Penal, por remissão do artigo 128.º da Lei Tutelar Educativa. Ainda que a autoridade judiciária esteja obrigada a investigar os factos, não se limitando ao que lhes foi apresentado pelos intervenientes, tem como limite a admissibilidade legal da prova. A realização da justiça configura um valor constitucional, no entanto, não é um valor absoluto, suscetível de ser atingido por qualquer forma. Desta forma, se os meios utilizados para a obtenção de prova não forem permitidos eles não podem ser usados em circunstância alguma⁷¹.

⁶⁸ Art. 75.º da Lei Tutelar Educativa.

⁶⁹ V. Germano Marques da SILVA, *Direito Processual Penal Português – Noções gerais, sujeitos processuais e objeto*, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 96.

⁷⁰ V. Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 133.

⁷¹ Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 737.

Quanto ao objeto de prova este é constituído por todos os factos juridicamente relevantes para a verificação da existência ou não de um facto punível, para a avaliação da necessidade de aplicação de medida tutelar e ainda para a determinação da medida a aplicar, conforme dispõe o artigo 65.º da Lei Tutelar Educativa.

Concluindo, a descoberta da verdade material encontra-se incindivelmente ligada ao princípio da investigação, sendo certo que, sem investigação não nos parece que a verdade material possa ser alcançada.

O processo tutelar, tendo como a fim a educação do menor para o direito e, possivelmente, a aplicação, *a final*, de uma medida restritiva de direitos, quer do menor, quer dos titulares das responsabilidades parentais, revela a essencialidade da descoberta da prática ou não do facto, bem como dos motivos e circunstancialismos que levaram o menor a delinquir.

4.6 Princípio da oralidade

Este princípio é entendido como um corolário do princípio da obtenção da verdade material. Daqui infere-se que a decisão final assenta na discussão oral, em audiência, da matéria a relevar para essa mesma decisão⁷².

A discussão oral visa uma correta formação da decisão ainda que não se proíba a redução a escrito dos atos que tenham lugar sob a forma oral.

Acomete-se à oralidade a vantagem de favorecer a descoberta da verdade, pelo facto de, através do diálogo entre as partes, ser mais fácil perceber as reações às perguntas e a espontaneidade das respostas. Como acertadamente refere Germano Marques da Silva: “o papel engana, sem se ruborizar”⁷³.

O artigo 105.º da Lei Tutelar Educativa consagra um afloramento dos princípios da oralidade, do contraditório e da imediação, sendo que este último será analisado de seguida, determinando que “para a formação da convicção do tribunal e a fundamentação da decisão valem apenas as provas produzidas ou examinadas em audiência”.

⁷² V. Gil Moreira dos SANTOS, *Princípios e prática processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 55.

⁷³ V. Germano Marques da SILVA, “Direito Processual Penal Português – Noções gerais, sujeitos processuais e objeto”, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 100.

Desta forma, só as provas que forem produzidas ou examinadas em audiência podem fundamentar a convicção do tribunal e a decisão final, sob pena de nulidade da decisão⁷⁴, caso em que não se verifique.

Este princípio visa evitar que o tribunal forme a sua convicção baseando-se em provas não apresentadas e juntas ao processo, relativamente às quais não tenha sido exercido o princípio do contraditório.

4.7 Princípio da imediação

Tal como o princípio da oralidade, o princípio da imediação também é entendido como um corolário do princípio da obtenção da verdade material, assumindo-se como estruturante da fase jurisdicional.

A imediação possibilita uma relação de proximidade entre o tribunal e os intervenientes processuais, de modo a que a decisão encontre fundamento na apreensão pessoal que foi feita pelo julgador⁷⁵. Nesta senda, prescreve-se a oralidade do processo e dá-se primazia às testemunhas presenciais em detrimento dos meios de prova que se encontrem numa relação indireta com os factos a provar.

Este princípio revela especial importância para a defesa do menor, possibilitando-lhe conhecer todos os elementos probatórios e todos os factos de forma imediata, sem que venha a ser surpreendido com elementos novos e em relação aos quais não se tenha pronunciado.

4.8 Princípio da celeridade processual

Conforme já reiteradamente referenciamos, o processo tutelar educativo dirige-se aos menores dos 12 aos 16 anos que praticaram factos qualificados pela lei penal como crime. Ora, atendendo à faixa etária referida compreende-se que as características biológicas, psicológicas e até físicas do infrator, não se compadeçam com um processo lento e moroso, sendo certo que as personalidades dos jovens sofrem rápidas transformações em pequenos períodos de tempo.

Por estes motivos, o legislador consagrou um regime especial para os jovens e que se reporta de adequado às suas características. Neste sentido, define-se que uma medida só terá aplicação

⁷⁴ *Cfr.* neste sentido, Tomé d'Almeida RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e actualizada, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 154.

⁷⁵ *Cfr.* Gil Moreira dos SANTOS, *Princípios e prática processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 56.

se no momento em que ela for efetivamente aplicada se se mantiver a necessidade de o jovem ser educado para o direito. Daqui se conclui pela manifesta importância do fator tempo, no âmbito da justiça de menores, que clama um processo rápido e sem expedientes dilatatórios.

Assim, determinou-se que os processos relativos a menores em que haja restrição à sua liberdade, de que são exemplos os processos em que os menores são sujeitos a medida cautelar de guarda em instituição ou em centro educativo ou a internamento para efeitos de realização de perícia sobre a personalidade, correm durante as férias judiciais⁷⁶.

Contrariamente ao que ocorre no processo penal, aplicado a adultos, em que os prazos de inquérito são mais longos, no processo tutelar educativo o prazo para a conclusão do inquérito é de 3 meses, ainda que possa ser prorrogado até igual período, desde que se verifique uma razão de especial complexidade⁷⁷.

Como decorrência deste princípio surge também o artigo 94.º que no seu n.º 1 fixa um prazo de 10 dias para a designação da audiência prévia, “após o recebimento do requerimento para a abertura da fase jurisdicional, para a data mais próxima compatível com a notificação das pessoas que nela devem participar”. O n.º 2 deste artigo, numa perspetiva ainda mais protetora dos direitos fundamentais do menor, acrescenta que “se o menor se encontrar sujeito a medida cautelar, a data de audiência é designada com precedência sobre qualquer outro processo”.

Pode também referir-se, ainda que em termos breves, quanto a este princípio, que o artigo 100.º dispõe, quanto à audiência prévia, o que esta “é contínua, decorrendo sem interrupções ou adiamento até ao encerramento”, e caso tenha que ser interrompida continua no dia útil imediatamente posterior. Este artigo consagra o princípio da concentração, segundo o qual os atos processuais devem praticar-se numa só audiência, ou não sendo possível, em audiências próximas no tempo para que as impressões colhidas pelo julgador não se apaguem da sua memória⁷⁸.

Numa palavra, os prazos são reduzidos, as fases são simplificadas e os procedimentos decisórios orientados para a apreciação atual da decisão⁷⁹.

Pela análise destes preceitos conclui-se pela boa vontade do legislador em salvaguardar os direitos dos jovens delinquentes, procurando evitar as delongas processuais que caracterizam os «processos dos adultos». Resta saber se esta boa vontade tem sido suficiente para acautelar esses direitos e se de facto, na prática, tal se verifica...

⁷⁶ Cfr. artigo 44.º da Lei Tutelar Educativa.

⁷⁷ Cfr. artigo 75.º, n.º 4 da Lei Tutelar Educativa.

⁷⁸ Cfr. Germano Marques da SILVA, *Direito Processual Penal Português – Noções gerais, sujeitos processuais e objeto*, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 102.

⁷⁹ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.9.

4.9 Princípio da livre apreciação da prova e princípio da fundamentação

Como referido aquando do estudo do princípio da obtenção da verdade material, a atuação do julgador não se encontra balizada pelas provas carreadas para o processo pelas partes ou por aquilo que estas almejam. É, igualmente, nesta vertente de liberdade de atuação do julgador que o princípio da livre apreciação da prova se insere.

Nesta medida, o julgador é livre para formar a sua convicção sobre os factos que lhe são apresentados, valorando aquilo que lhe foi exposto de acordo com o seu entendimento.

No entanto, liberdade não implica arbitrariedade, ou como refere Castanheira Neves, uma “decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjectivismo, à fundamentação e à comunicação”⁸⁰.

O julgador, ainda que dispondo de autonomia de apreciação, tem o dever de fundamentar a sua decisão, de acordo com critérios objetivos, que cheguem ao entendimento dos seus destinatários.

Em sede de processo tutelar educativo, o juiz tem liberdade para valorar o que lhe for transmitido em sede de declarações ou inquirições⁸¹, bem como toda a informação obtida através dos relatórios sociais, elaborados pelos serviços de reinserção social, que constituem meios de obtenção de prova⁸².

Todavia, a livre apreciação da prova tem como limite o dever de fundamentação da decisão final, porquanto, a exigência de expor os motivos que originaram aquela decisão e não outra é da maior importância para a defesa do menor. Nesta senda, o artigo 111.º, alínea a) da Lei Tutelar Educativa estabelece o regime da nulidade, caso o julgador não fundamente a decisão em que determine o arquivamento do processo ou a aplicação de uma medida tutelar⁸³.

⁸⁰ A. Castanheira NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, ed. Policopiada, Coimbra, 1967-1968, p. 48.

⁸¹ *Cfr.* art.66.º da Lei Tutelar Educativa.

⁸² *Cfr.* art. 71.º da Lei Tutelar Educativa.

⁸³ Ver também, por remissão do art.128.º da Lei Tutelar Educativa, os art.120.º, n.º 1, 121.º, n.º 1 e 122.º do Código de Processo Penal.

4.10 Princípio do segredo processual/Princípio da publicidade

Dispõe o artigo 41.º da Lei Tutelar Educativa que o processo tutelar é regido pelo segredo processual. Contudo, o segredo só se mantém até ao despacho que designar data para a audiência prévia ou para audiência de julgamento, quando esta venha a existir.

Ainda assim, a publicidade faz-se sempre com respeito pela personalidade do jovem e pela sua vida privada, de forma a que a sua identidade seja preservada, isto é, mesmo quando o processo passa a ser público, existem limitações em ordem a resguardar o interesse do menor.

Pese embora o interesse na melhor investigação dos factos possível, o interesse do menor encontra cabal proteção na letra da lei, o que se extrai do artigo 97.º, em que se restringe o acesso do público ou dos meios de comunicação social à audiência preliminar, quando ponha em causa a dignidade das pessoas ou afete psíquica ou psicologicamente o menor.

Estas normas têm como fundamento o facto do processo tutelar se dirigir a um menor e a investigação ter por objetivo não só a comprovação da prática ou não do facto ilícito, mas também o escrutínio de elementos atinentes à sua personalidade, à sua vida pessoal e familiar e à sua conduta anterior e atual, de forma a avaliar se prevalece a necessidade de aplicação de uma medida e qual a mais adequada⁸⁴. Ora, facilmente se depreende que a investigação acarreta uma enorme intromissão na vida do jovem, pelo que, enquanto se mantiver o secretismo do processo, evita-se a estigmatização⁸⁵ a que este pode ser votado.

4.11 Princípio da obrigatoriedade de assistência por advogado

Enquanto prevalecia o entendimento de que o processo de intervenção em relação a menores visava somente a sua proteção e que qualquer medida aplicada era para o seu próprio bem, a intervenção de mandatário judicial não era admitida. Veja-se o artigo 41.º da Organização Tutelar de Menores de 1978⁸⁶, que apenas admitia a constituição de mandatário para efeitos de

⁸⁴ *Cfr.* neste sentido, Tomé d'Almeida RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e actualizada, Quid Juis Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 81.

⁸⁵ Um indivíduo é estigmatizado quando “tem um atributo que o torna diferente dos outros. (...) Deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-a a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem.” *Cfr.* Erving GOFFMAN, *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, 4ª edição, Editora Guanabara, Rio de Janeiro, 1988, p. 12.

⁸⁶ Norma que veio a ser declarada inconstitucional com força obrigatória geral pelo acórdão n.º 870/96, publicado no DR, 1ª Série, A, de 03-09-1996.

recurso, não dispondo o menor do direito de constituir mandatário que lhe desse assistência ao longo do processo.

Contrariamente, na Lei Tutelar Educativa, mormente no artigo 46.º -A, aditado pela Lei n.º 4/2015, prevê-se a obrigatoriedade de assistência de defensor em qualquer ato processual. Assim, em qualquer fase processual, o menor, os pais, o representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto podem constituir ou requerer a nomeação de defensor⁸⁷.

A criação desta nova norma pretende reforçar as garantias de defesa do menor. Na verdade, a Lei Tutelar Educativa veio introduzir alterações significativas ao estatuto processual do menor. Este passou a ser um sujeito processual, com direitos próprios, de que são exemplo, o direito a ser assistido por defensor, o direito de audição, o direito ao silêncio ou o direito à informação⁸⁸.

Ao defensor cabem as tarefas de “assistir o menor naquilo que é o seu direito irrecusável a opor-se à imputação do facto”, “assistir o menor perante uma ameaça de intrusão do Estado”, que se verifica no momento de apreciação da necessidade da medida tutelar e no da determinação da mesma, alargando-se ainda “ao próprio ambiente familiar porque é aí que a personalidade do menor se revela ou se oculta e que o facto criminal se apresentará ou não como determinante”⁸⁹.

A assistência do menor por defensor revela-se um elemento fundamental de garantia dos seus direitos, sendo obrigatória sempre que o menor seja ouvido pela autoridade judiciária, no primeiro interrogatório ou em qualquer fase processual, nomeadamente na audiência preliminar e na audiência de julgamento⁹⁰.

4.12 Princípio da proporcionalidade

O processo tutelar educativo, em todas as suas fases, implica uma restrição de direitos e liberdades do menor.

Qualquer restrição de um direito fundamental deve obedecer ao plasmado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, que trata do princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso e aos critérios aí exigidos.

⁸⁷ Cfr. art.46.º da Lei Tutelar Educativa.

⁸⁸ Os direitos do menor encontram-se consagrados no art.45.º da Lei Tutelar Educativa.

⁸⁹ V. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, Ponto 18, p. 12.

⁹⁰ Cfr. arts. 94.º, n.º 2, e); 101.º; 104.º, n.º 2, alínea b) e 116.º, n.º 5 da Lei Tutelar Educativa.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se em três corolários: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Resumidamente, em sede de processo tutelar, e para cumprimento deste princípio, exige-se que as normas a aplicar sejam adequadas às finalidades que visam prosseguir – a educação do menor para o direito e sua inserção, de forma digna e responsável, na comunidade, como anteriormente analisamos; ademais devem ser necessárias para essa educação para o direito e inserção na sociedade, configurando o processo tutelar o meio menos oneroso para atingir aqueles fins; e, por último, quanto ao corolário da proporcionalidade em sentido restrito, este refere-se essencialmente à necessidade de equilíbrio entre o meio e os fins a atingir, ou seja, que não impliquem encargos excessivos (desequilibrados) para os seus destinatários.

O artigo 6.º da Lei Tutelar Educativa fixa os critérios a atender pelo tribunal na escolha da medida tutelar, enunciando que, daquelas que se mostrem adequadas e suficientes, dará primazia à medida “que represente menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do menor e que seja susceptível de obter a sua maior adesão e a adesão dos seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto”.

Todavia, só se persistir a necessidade de correção da personalidade do menor, no momento da sua aplicação, é que a medida tutelar será efetivamente aplicada. Não pode o julgador atender unicamente à “existência de necessidade de correção da personalidade do menor no plano do dever-ser jurídico manifestada na prática do facto”⁹¹. A lei vai mais longe exigindo que, *a final*, no momento da aplicação, o julgador lance mão de um critério de necessidade aferindo se ainda subsiste a desconformidade do comportamento do menor com o dever-ser jurídico básico, evidente no momento da prática do facto.

Aliás, no decorrer do inquérito, o Ministério Público pode arquivá-lo imediatamente com fundamento na desnecessidade de aplicação da medida tutelar, nos casos em o facto qualificado como crime seja punível com pena de prisão de máximo não superior a três anos⁹².

O critério da proporcionalidade *stricto sensu* estabelece que o processo tutelar, e porventura, a aplicação de uma medida, deve ser encarado como *ultima ratio*, sujeitando-se o menor a uma intervenção nesta sede apenas quando os fins a obter sejam adequados e justos, perante a restrição de outros direitos que aquele opera.

⁹¹ Cfr. art. 1.º da Lei Tutelar Educativa.

⁹² Cfr. art. 87.º, n.º 1, alínea c) da Lei Tutelar Educativa.

O artigo 7.º da Lei Tutelar Educativa refere-se diretamente a este critério de proporcionalidade indicando que “a medida tutelar deve ser proporcionada à gravidade do facto e à necessidade de educação do menor para o direito”.

Este princípio revela-se como “limitador do poder-dever educativo do Estado”⁹³, proibindo a aplicação de medidas cuja duração redunde numa desproporcionada intervenção do Estado face àquelas que são as finalidades do processo tutelar.

Observados todos os limites impostos por lei, a medida será considerada conforme ao critério da proporcionalidade, entendendo-se o processo tutelar como necessário para a educação do menor, dele não se podendo prescindir.

4.13 Princípio da intervenção mínima

Subjacente ao princípio da proporcionalidade, principalmente no que diz respeito ao critério da necessidade, encontra-se o princípio da subsidiariedade ou da intervenção mínima.

Qualquer intervenção estadual deve restringir-se ao mínimo possível, para que os direitos fundamentais dos cidadãos não sejam beliscados. No processo tutelar educativo e por todos os motivos que já foram apontados a situação não é diferente e, estando em causa a aplicação de uma medida tutelar que, em casos mais graves, pode privar o menor da sua liberdade e autodeterminação, a intervenção só deve existir como *ultima ratio*, e quando dela haja mesmo necessidade.

4.14 Princípio do superior interesse do menor

As medidas tutelares não visam a punição do jovem, mas sim a sua educação para o direito e a reinserção na vida em comunidade.

Quer a intervenção tutelar, quer as medidas aplicadas, são direcionadas no interesse do menor, na salvaguarda do seu “direito à realização de condições que lhe permitam desenvolver a sua personalidade de forma socialmente responsável”, sendo esta uma obrigação estadual⁹⁴.

⁹³ Cfr. Anabela Miranda RODRIGUES/António CARLOS DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, Pp. 73 e 74.

⁹⁴ Expressão retirada da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p. 5.

Daqui ressalta a ideia de que o jovem não carece de intervenção se no momento de aplicação da medida o seu comportamento for conforme ao dever-ser jurídico básico.

A Jurisprudência tem perfilado este entendimento enunciando que “sendo o objectivo educar o menor para o direito (artigo 2º da Lei Tutelar) e não a retribuição crime, só se aplicará medida tutelar se se concluir que aquele menor tem necessidade de ver corrigida a sua personalidade”⁹⁵. *A contrario*, não se vislumbrando motivo para que a intervenção prossiga ou para que seja aplicada uma medida o processo deve findar. Deste modo, caso não exista um comportamento merecedor de intervenção e mesmo assim ela existe, tal configura um abuso por parte do Estado.

A intervenção tutelar educativa é, desta forma, subsidiária em relação a qualquer outro tipo de “intervenção”. Nesta se englobam a intervenção dos progenitores, da restante família, da escola ou dos pares. Quando a solução para o problema seja encontrada fora do sistema de justiça, não deve haver intervenção estadual.

Neste mesmo sentido, escreve Anabela Miranda Rodrigues afirmando que o modelo de intervenção plasmado na Lei Tutelar Educativa, não se relaciona com “concepções punitivas ou repressivas” sendo o seu elemento-chave o princípio da necessidade. Por isso, o que se pretende é uma “actuação minimalista e excepcional na área educativa”, significando que, em casos de desnecessidade de “educação do menor para o direito”, e mesmo que tenha sido comprovada a prática do facto, “a resposta educativa não tem lugar, verificando-se tão-só a intervenção protectora, se se considerarem verificados os pressupostos desta intervenção”⁹⁶.

⁹⁵ *Cfr.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 1935/08.8TASXL.L1-5, de 26-05-2009, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/85721bf3daa50997802575e8004fdcf?OpenDocument>, consultado a 10-05-2016.

⁹⁶ Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 50.

Capítulo Segundo

A Justiça Restaurativa

Considerações Introdutórias

Após a tomada de consciência da insipiente tutela do Estado em relação aos bens jurídicos, têm surgido várias propostas e novos métodos que se apontam como possíveis soluções para a ineficácia do sistema de justiça formal.

Na base do despontar desta nova realidade encontra-se a crise que o Direito enfrenta, em geral, e o Direito Penal, em particular. Castanheira Neves sublinha, quanto a este aspeto, a existência de uma “imediate evidência da actual crise do direito no próprio universo jurídico”⁹⁷, referindo-se o autor a uma autêntica crise da juricidade, como incapacidade do Direito dar respostas aos conflitos sociais.

Desta forma, numa tentativa de solucionar as falhas apontadas, procuram-se mecanismos alternativos que respondam de forma rápida e eficaz aos conflitos que vão surgindo em sociedade, pugnando-se por uma justiça que integre todos os envolvidos na sua resolução.

A Justiça Restaurativa constitui um desses novos mecanismos, indo mais além, afirmando-se, mesmo, como um “novo paradigma” que visa dar resposta ao crime de forma mais eficaz e menos destrutiva, fora do sistema tradicional de justiça, contrariando, assim, a ideia enraizada de que a melhor resposta para quem pratica um crime é a sua submissão a julgamento num tribunal, e *in fine*, a sua punição⁹⁸.

Por conseguinte, adotando a denominação de Justiça Restaurativa, teve início a discussão sobre qual o verdadeiro fim do sistema penal, lançando-se as ideias de que a vítima também deve

⁹⁷ Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, “O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, p.5. Ver também a propósito da crise do Direito, Fernando FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 95-103. O autor indica como elementos desencadeadores desta crise a “inflação legislativa” e o “congestionamento processual”. Figueiredo Dias refere a propósito desta questão que “Quaisquer que sejam as razões mais fundas desta crise – objectivas e subjectivas, externas e internas, estruturais e funcionais, institucionais e pessoais -, uma verificação imediata a comprova: (...) o povo português perdeu a confiança no seu sistema de justiça (...), que se tem revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correcção e funcionalidade”. Acrescenta ainda o autor que “é o próprio Estado de Direito que se encontra abalado mesmo nos seus fundamentos”. Cfr. Jorge de Figueiredo DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011, p. 13.

⁹⁸ Ver neste sentido, Caetano DUARTE, “Justiça Restaurativa”, *Revista Sub Iudice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, pp. 47.

ocupar um lugar central nesse mesmo sistema⁹⁹. Neste surgimento revestiram especial importância as teses abolicionistas e vitimológicas, bem como movimentos de cariz religioso que constituíram a propedêutica para o início do debate um pouco por todo o mundo, tendo-se iniciado na América do Norte.

1. A debilidade do atual sistema de justiça – A Justiça Penal em particular: *algumas considerações*

Embora o objeto do nosso estudo seja, em larga medida, a Justiça de Menores, preconizada na Lei Tutelar Educativa, consideramos que o “Direito Penal de adultos” assume naquele âmbito inegável influência. Conforme já esmiuçado, e partindo de uma correta terminologia, os jovens não cometem crimes, mas praticam factos qualificados pela lei penal como crime. Contudo, ainda assim, a legislação penal é o ponto de partida para a qualificação de determinados comportamentos levados a cabo por jovens como crime. Por conseguinte, se se considera que o Direito se encontra em crise, aqui se incluindo o Direito Penal, esta refletir-se-á direta ou indiretamente no âmbito do Direito de Menores. O que tem falhado na aplicação da Lei Tutelar Educativa? Estará desadequada do contexto social atual? É necessária uma reforma na integralidade deste diploma legal?

As correntes de pensamento jurídico-criminal que se proponham a estudar e teorizar o fenómeno da criminalidade e as possibilidades de resposta a esse mesmo fenómeno têm na sua base uma questão de simples formulação, mas de resposta algo complexa: perante a prática de um crime como deve a sociedade reagir¹⁰⁰?

Em resposta a esta questão, é comumente aceite que a apaziguação social cabe ao Direito Penal, enquanto manifestação do poder estatal de prevenir e punir comportamentos desviantes. Neste sentido, cabe ao Direito Penal a árdua tarefa de prever um conjunto de comportamentos considerados ilícitos à luz dos valores e padrões de comportamento vigentes numa sociedade, determinando para os mesmos uma consequência.

⁹⁹ Cfr. Raúl ESTEVES, “A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n. °37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p. 53.

¹⁰⁰ Ver neste sentido, João COSTA, “A pluralidade de infrações e a mediação penal em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n. °4, Out-Dez, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p.570.

Como se sabe, o Direito Penal encontra-se ligado à proteção de valores tidos como essenciais para um determinado “viver comunitário histórico-socialmente enquadrado”, pelo que se encontra ligado à “regulação normativa dos mais variados aspectos desse viver comunitário”¹⁰¹.

Desta forma, cabe ao Estado a administração da justiça penal, através da aplicação do Direito, regulando os conflitos que surgem numa sociedade, assumindo-se aquele como garante dos direitos e dos valores que a orientam. Consequentemente, para o modelo tradicional de aplicação da justiça, o Direito Penal representa a aplicação de uma reação criminal em que ao mal do delito se responde através do mal da pena e o crime é visto como a violação da Lei¹⁰². Para este entendimento a vítima surge como um mero participante processual, em que a Justiça é vertical e aplicada por um órgão de supra-ordenação (o Tribunal) e a comunidade é afastada do conflito penal, operando o debate entre o Estado e o infrator, através de um processo formal, em que cada um desempenha um papel pré-definido¹⁰³.

Quanto à matéria que nos ocupa, isto é, no âmbito da justiça de menores, a sua administração também configura uma tarefa estadual, visando a intervenção tutelar educativa a educação do menor para o direito e a sua inserção na vida em comunidade.

Em ambos os casos, a última palavra será sempre dos tribunais a quem cabe dar resposta aos comportamentos infratores. Aliás, tem-se considerado que sem tribunais a decisão dos conflitos sociais, designadamente os penais, perderia toda a força de soberania dada pela própria Constituição. Ora, daqui se retira que ainda hoje prevalece a “ideia de justiça togada e de que só com ela se garante a segurança, a legalidade, o respeito das garantias e dos direitos fundamentais dos homens”¹⁰⁴.

Pese embora o anteriormente referido, questionamo-nos se este paradigma não estará paulatinamente a transformar-se... Não será a Justiça Restaurativa uma alternativa ou um complemento promissor à justiça tradicional?

No que aos sistemas de justiça penal diz respeito, os defensores do paradigma restaurativo têm defendido que se fundam no paradigma retributivo ou punitivo, que dá primazia à punição e intimidação de quem apresente uma conduta transgressional e desconforme aos valores considerados fundamentais pela ordem jurídica. Conforme refere Cláudia Cruz Santos,

¹⁰¹ *Cfr.* José de Faria COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.59.

¹⁰² *V.* neste sentido, André Lamas LEITE, “Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 11, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 11.

¹⁰³ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁴ *Cfr.* Eduardo CORREIA, “As grandes linhas da reforma penal”, *in Para uma nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983, pp.12 e 13.

tradicionalmente, entende-se que a “ideia central do pensamento retributivo no direito penal é a de que a aplicação da pena corresponde a um imperativo de justiça”. Neste sentido, “o mal manifestado na prática do crime, com culpa, deve ser expiado ou compensado com a sujeição ao mal da pena”¹⁰⁵. É esta a ideia que o paradigma restaurativo associa, em regra, à justiça penal. Portanto, nesta perspetiva, a prática de um crime tem como correlativo a aplicação de uma determinada consequência ou sanção¹⁰⁶.

Ora, as consequências jurídicas do crime no ordenamento jurídico-penal português reconduzem-se a um sistema bipartido ou sistema binário, onde surgem as penas e as medidas de segurança¹⁰⁷. Quanto ao sistema jurídico-penal português as penas servem apenas finalidades exclusivas de prevenção, geral ou especial, ou seja, revestem natureza exclusivamente preventiva e não natureza retributiva¹⁰⁸.

Já no âmbito do processo tutelar educativo não será aplicada uma pena, mas sim uma medida tutelar educativa, com o objetivo de consciencializar o jovem da negatividade da sua conduta. Exclui-se, assim, uma punição mais austera, em sede de justiça penal, o que tornaria ainda mais difícil a sua reinserção na sociedade. Aliás, a intervenção tutelar educativa do Estado relativamente aos jovens só se justifica quando o comportamento em causa demonstre uma clara “ruptura com os elementos nucleares da ordem jurídica”¹⁰⁹, pois somente nestes casos o Estado tem legitimidade para intervir.

A prática de um crime vem pôr em causa o equilíbrio que deve permanecer na sociedade, causando nos seus membros uma sensação de insegurança e medo, pelo que se torna necessário repor a harmonia perdida. Esta reposição da paz jurídica configura uma das finalidades das penas.

De igual forma, a intervenção tutelar educativa tem também como finalidade a reintegração do jovem na sociedade, para que este não volte a praticar factos qualificados como crime, bem

¹⁰⁵ V. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 325-326.

¹⁰⁶ Contudo, convém realçar que no pensamento penal contemporâneo prevalecem as denominadas teorias relativas, que entendem a pena como um instrumento de prevenção (geral ou especial).

¹⁰⁷ O que não invalida a existência de outras “reações jurídico-penais” com características próprias ou que se assemelhem mais a umas ou a outras. Cfr. Fernando Conde MONTEIRO, *“Consequências Jurídico-penais do Crime”*, Edição ELSA UMINHO, Braga, 2015, pp.11 e 12. Sobre esta questão ver também, Francesco CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano Editore, Napoli, 1960, pp. 14-17.

¹⁰⁸ O que decorre expressamente do nº1, do artigo 40º do Código Penal em que se enuncia que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Cfr. Jorge de Figueiredo DIAS, *“Direito Penal – Parte Geral, Tomo I- Questões fundamentais; A doutrina geral do crime”*, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 78-85; para um maior desenvolvimento sobre os modelos de intervenção jurídico penal ver, Fernando Conde MONTEIRO, *“Consequências Jurídico-penais do Crime”*, Edição ELSA UMINHO, Braga, 2015, pp.16-42.

¹⁰⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo: 2289/12.3TAVNG, de 22-05-2013, relator: Elsa Paixão, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/itrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ff19ffd58241274780257b8e004c6851?OpenDocument>, consultado a 22-07-2016.

como a dissuasão de possíveis comportamentos semelhantes, quer do próprio agente que praticou o facto ilícito, como se referiu, quer dos restantes membros da sociedade.

Assim sendo, através da punição de determinado agente, procura-se dar o exemplo aos restantes, dissuadindo-os da prática de qualquer facto qualificado pela lei penal como crime¹¹⁰.

A intervenção tutelar educativa tem igual desiderato quanto ao objetivo de ressocialização do agente: a inserção do jovem na comunidade e, uma vez que estão em causa jovens, esta inserção torna-se um ponto fulcral de toda intervenção, pois é imprescindível para o normal desenvolvimento da sua personalidade estar inserido na comunidade. A estigmatização de que o jovem pode ser alvo revela-se uma preocupação no seio da justiça de menores, devendo encontrar-se soluções que a evitem. Um jovem marginalizado pode revelar uma maior disposição para praticar novamente um facto ilícito, ao invés do jovem que se encontre inserido de forma digna e responsável em comunidade.

Para o sistema de justiça tradicional o crime é entendido como um conflito entre o agente e os valores essenciais de determinada comunidade, cabendo ao aparelho repressivo estadual a sua resolução. Sucede que, este sistema, alicerçado na punição, e aqui referindo-nos ao Direito Penal, tem-se revelado insuficiente para dar uma resposta ao fenómeno da criminalidade, demonstrando carências que se revelam preocupantes. Um eficaz funcionamento do sistema penal, ou em termos mais genéricos, do sistema de resolução de conflitos, é crucial para a sociedade hodierna, atento os valores que se visam salvaguardar, bem como as finalidades que lhe estão inerentes.

Estas carências não são exclusivas do Direito Penal aplicado a adultos, pois a própria Lei Tutelar Educativa, embora com uma tramitação mais flexível, com prazos diferentes, com ideais próprios as tem evidenciado e a intervenção tutelar, em determinados aspetos, tem fracassado. Questionamo-nos se o problema residirá na própria lei ou na aplicação que dela é feita. O recurso à mediação, que de seguida trataremos, é escassamente adotado¹¹¹ e este é um meio que pode frutificar neste campo. Parece-nos que faltam meios que deem efetivamente provimento ao que a

¹¹⁰ Ver neste sentido, Caetano DUARTE, “Justiça Restaurativa”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, pp. 48 e 49.

Sobre as finalidades de prevenção geral ver Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura e la teoría del delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña (director) et al, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 1997, pp. 85-93.

¹¹¹ Relativamente ao recurso à mediação apenas encontramos dados que se reportam a pedidos de apoio à Direção Geral de Reinserção e Serviços Sociais em casos de suspensão do processo com e sem mediação, não havendo precisão quanto aos casos em que, efetivamente, houve intervenção dos serviços de mediação.

Cfr. [file:///C:/Users/1/Downloads/Relat%C3%B3rio%20Estat%C3%ADstico%202015%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/1/Downloads/Relat%C3%B3rio%20Estat%C3%ADstico%202015%20(3).pdf), consultado a 25-10-2016.

lei consagra, e que possibilitem a sua aplicação, bem como dos mecanismos nela previstos na sua completude.

Existirá equilíbrio e paz social numa sociedade desprovida de um sistema penal eficaz? Ou, radicalizando o discurso, poderá uma sociedade coexistir pacificamente sem sistema penal instalado? E ainda, já não na senda dos penalistas, caberá apenas ao Estado a tutela de bens jurídicos¹¹²? O Estado deve ser a única instância com legitimidade para intervir e dirimir conflitos? Estas são questões que a Justiça Restaurativa vem levantar provocando um grande desassossego no seio do sistema de justiça tradicional.

Não se pode obliterar que a sociedade em geral para além de revelar uma desmedida falta de confiança no sistema de justiça tradicional considera-o ineficaz e demasiado lento. Estas críticas conduzem, inevitavelmente, ao surgimento de questões tais como as que apontamos, bem como a procura de métodos alternativos¹¹³.

No panorama jurídico atual, a vítima, em muitos casos não apresenta queixa ou não denuncia o facto ilícito de que foi alvo, por considerar que “não vale a pena”, ou porque, simplesmente, tal atitude consubstanciaria uma mera formalidade que “não levaria a lado nenhum”¹¹⁴. Para além disso, e mesmo nos casos em que há denúncia, as vítimas não encontram, findo o processo, resposta que as conforte ou que lhes devolva o sentimento de segurança e de confiança na justiça. Aliás, uma das principais críticas apontadas aos vários sistemas de justiça, não só ao sistema português, trata-se, precisamente, da fraca participação da vítima no processo.

Tal como sucede no processo penal, também no processo tutelar educativo existe, grande parte das vezes, uma vítima identificável, com vontade própria e com o desejo de que lhe sejam reparados os danos que sofreu. Mas terão as vítimas a atenção suficiente que lhes deve ser despendida no decurso de um processo judicial?

¹¹² Cfr. Francisco Amado FERREIRA, *“Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.13.

¹¹³ Sobre a temática da insatisfação da sociedade para com os sistemas judiciais e não só para com o sistema português, cfr. Bastien FRANÇOIS, “Une demande politique de justice - «Les Français et la Justice» Ou comment analyser une critique récurrent”, Mission de Recherche Droit et Justice, 1998, disponível em:

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004000475.pdf>, consultado a 14-09-2016 e ainda, Boaventura de Sousa SANTOS *et al*, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 1995, disponível em:

<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>, consultado a 14-09-2016.

¹¹⁴ Cfr. Francisco Amado FERREIRA, *“Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.11.

Como refere Eliana Gersão, o número de crimes que dão origem a processos e a decisões judiciais é bem distante da criminalidade real, referindo-se a autora às “cifras negras” da criminalidade. V., também Eliana GERSÃO, “Delinquência Juvenil e Tribunais de Menores: Reflexões à volta de alguns dados estatísticos”, *Separata da Revista «Povos e Culturas»*, n.º 3, Centro de Estudos dos Povos e Culturas de Expressão portuguesa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1988, p. 395.

Na verdade, a fraca participação da vítima, a acrescer a outros fatores, fomentou a procura de meios alternativos, que sejam igualmente capazes de dar resposta ao crime, encabeçando a Justiça Restaurativa¹¹⁵ as vozes críticas do atual sistema, no qual o método de mediação é enquadrável. A Justiça Restaurativa surgiu, precisamente, como uma alternativa aos sistemas de justiça penal com as características que acabamos de enunciar.

É, pois, de fácil perceção que, tal como ao sistema penal de adultos, também ao sistema de justiça menores sejam apontadas algumas carências e, embora socorrendo-se de métodos distintos e com finalidades próprias, ambos os sistemas precisam de alterações, que se adequem às necessidades de todos os intervenientes. Pugna-se por uma mudança que tem vindo a acontecer ainda que de forma muito discreta, marcada pela lentidão e, em nossa opinião, insuficiente.

Estas debilidades revelam-se mais preocupantes no sistema de justiça de menores, atendendo à vulnerabilidade dos sujeitos envolvidos, característica da sua juventude, e à necessidade de ser dada uma resposta ainda mais célere que permita acautelar, atempadamente, todos os interesses envolvidos.

Ora, pelo exposto, torna-se compreensível o esforço que tem vindo a ser desenvolvido no sentido de se encontrar uma nova forma de dar resposta à delinquência, nomeadamente, à delinquência juvenil, através da introdução de laivos restaurativos. Encontramos na Lei Tutelar Educativa alguns afloramentos deste novo paradigma, embora algo dúbios e com insipiente aplicação prática, como é o caso da mediação, que adiante trataremos. Almeja-se um sistema que não cause sequelas psicológicas e sociais tão profundas, como as que o processo judicial dito tradicional tem causado¹¹⁶, e acima de tudo, que se obtenham resultados positivos e isentos de críticas.

2. Uma aproximação ao conceito de Justiça Restaurativa

Este mecanismo¹¹⁷, denominado de Justiça Restaurativa, não se afigura de fácil conceptualização, proliferando vários conceitos que o pretendem caracterizar.

¹¹⁵ Embora se utilize com frequência o termo Justiça Restaurativa, a tradução literal para a língua portuguesa da expressão “Restorative Justice” é “Justiça Reconstituente”. Contudo, e seguindo de perto o termo utilizado pela maioria dos autores, também nós, ao longo da presente dissertação, utilizaremos o termo Justiça Restaurativa.

¹¹⁶ Cfr. Francisco Amado FERREIRA, “*Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.22.

¹¹⁷ As referências doutrinárias à Justiça Restaurativa identificam-na como um novo modelo, um novo mecanismo, um novo método ou um novo paradigma. Pese embora utilizarmos supra o termo mecanismo, em rigor, para designar a mediação, deve

De facto, não se pode obliterar que o debate existe e não se afigura possível definir o conceito em poucas palavras, uma vez que existem várias opiniões, correntes e alguns dissensos. Tal situação ocorre em virtude da Justiça Restaurativa, em sentido lato, ter surgido mediante diversas experiências junto de pequenas comunidades em vários pontos do globo, o que potenciou a diversidade de entendimentos. Acresce que, muitas vezes, o conceito de Justiça Restaurativa é elaborado por contraposição ao conceito de justiça penal o que também dificulta o conhecimento das suas verdadeiras características e objetivos¹¹⁸.

A Justiça Restaurativa veio reacender a discussão sobre qual será o verdadeiro fim do sistema penal, confrontando-se as teses clássicas com novos ideais e novos interesses a prosseguir¹¹⁹. Este novo movimento tem assumido especial importância na resolução de conflitos a nível penal, particularmente no domínio da vitimologia e da criminologia, quer na perspetiva do processo, quer na visão do resultado a alcançar¹²⁰.

Conforme referido, não existe um conceito unívoco de Justiça Restaurativa, quer pela sua juventude, quer pela diversidade de práticas que vão surgindo e que buscam enquadramento no seu seio. A título de exemplo, podemos enunciar a mediação, as conferências e os círculos, assumindo estas modalidades traços distintos¹²¹.

Ainda assim, podemos adiantar que a Justiça Restaurativa apresenta como traços distintos do sistema de justiça tradicional o objetivo de alcançar a paz social mediante a colaboração de todas

utilizar-se a denominação de método de resolução de conflitos, devendo, igualmente, evitar-se expressões como processo ou procedimento. Cfr. Cátia Marques CEBOLA, "A resolução extrajudicial de conflitos em Portugal no século XXI", in *Panorama do Direito no terceiro milénio*, Livro em homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, org. Daniel Freire e Almeida *et al*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 457.

¹¹⁸ V. entre outros, Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.153.

A questão é bastante complexa não sendo possível, atendendo às limitações inerentes a uma dissertação de Mestrado, proceder a uma análise exaustiva da temática. Ainda assim, procuraremos dar conta das questões pertinentes para o desenvolvimento do nosso objeto. Assim, para mais desenvolvimentos sobre a Justiça Restaurativa ver, entre outros, Dennis SULLIVAN/Larry TIFFT, *Handbook of Restorative Justice - A global perspective*, Routledge - Taylor&Francis Group, New York, 2006 e Adam CRAWFORD/Tim NEWBURN, *Youth Offending and Restorative Justice - Implementing reform in youth justice*, Willan Publishing, Devon, 2003.

¹¹⁹ Cfr. Raúl ESTEVES, "A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal", in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, n. °37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p. 53.

¹²⁰ Cfr. Renato BARROSO, "Editorial", in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, n. °37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p. 3.

¹²¹ Sobre a mediação dedicar-nos-emos posteriormente ao desenvolvimento, ainda que especificamente no âmbito da Lei Tutelar Educativa. Para mais desenvolvimentos sobre estas práticas ver Teresa L. Albuquerque e Sousa ROBALO, "Dois modelos de Justiça Restaurativa: A Mediação Penal (Adultos) e os Family Group Conferences (menores e jovens adultos)", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.°1, janeiro-março, Coimbra Editora, Coimbra, 2012; Kenneth MENZEL, Circle Sentencing as a shaming sanction, 2005, disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/menzel.pdf>, consultado a 21-03-2016 e ainda, para uma abordagem mais completa sobre estas práticas em várias ordens jurídicas, ver Allison MORRIS/Gabrielle MAXWELL, *Restorative Justice for juveniles - Conferencing, Mediation and Circles*, Institute of Criminology, Victoria University of Wellington, Hart Publishing, Oregon, 2001.

as partes envolvidas e ainda a primazia pela reparação dos danos causados em detrimento da sanção penal, procurando que de futuro não se repita o comportamento delincente.

Por forma a ultrapassar a crise da justiça tradicional tem-se desenvolvido meios complementares ou alternativos ao seu funcionamento e, até mesmo, à filosofia de base que a ilumina¹²². Neste âmbito são várias as ideias defendidas: a criação de um sistema totalmente novo, a inserção de um outro sistema no que já existe e com as consequências jurídicas que este admite ou a classificação dos novos métodos que vão surgindo como uma mera técnica de auxílio à justiça tradicional para tratamento de todo o tipo de crimes ou apenas de determinados delitos, dotados de um potencial de ofensividade pequeno ou médio¹²³. Resta-nos determinar em qual destas teses se insere a Justiça Restaurativa...

Por agora, quanto à noção de Justiça Restaurativa podemos começar por referir, a título provisório, alguns dos exemplos que nos são apresentadas pela Doutrina.

Apesar de não existir uma definição universal de Justiça Restaurativa, pois, como já se salientou, a mesmo varia de sistema para sistema, consoante o mecanismo adotado, podem destacar-se um conjunto de traços comuns, o que nos permite avançar com um conceito, ainda que aproximado.

Lode Walgrave veio afirmar que “a Justiça Restaurativa é um produto inacabado”, o que espelha, claramente, as dificuldades sentidas na teorização deste meio alternativo, pelo que concordamos inteiramente com as suas palavras¹²⁴.

As várias noções de Justiça Restaurativa apresentadas pela Doutrina podem ser enquadradas em dois grupos estruturantes: um conjunto de noções que enfatiza o processo e um outro que centra as suas atenções nos resultados¹²⁵.

Ainda assim, o conceito utilizado com maior frequência é o esboçado por Tony Marshall que entende a Justiça Restaurativa como o “processo através do qual todas as partes implicadas numa específica infracção se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e com as suas implicações no futuro”¹²⁶. A definição proposta por este autor apresenta-se como o

¹²² Cfr. André Lamas LEITE, “Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 11, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 10.

¹²³ *Idem, Ibidem*.

¹²⁴ Levantamos já a questão: será mesmo um meio alternativo?, V. Lode WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Willan Publishing, Devon, 2008, p.11.

¹²⁵ Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

¹²⁶ V. Tony MARSHALL, “The evolution of restorative justice in Britain?”, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4, 1996, p.37 *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp.162 e 163.

típico exemplo de noção que enfatiza o processo. Ou seja, mais importante do que os resultados obtidos é o encontro entre todos os sujeitos, num diálogo aberto e franco, em que se assumam responsabilidades pelo que foi feito; e mesmo que não seja alcançado um acordo, a mera reunião dos que se viram envolvidos numa infração já é um aspeto a valorizar (aqui se incluindo a comunidade).

Lode Walgrave e Gordon Bazemore, por outro lado, apresentam uma definição centrada nos resultados, em que a Justiça Restaurativa surge como “toda a ação que é primariamente orientada para a justiça, através da reparação do dano causado por um crime”¹²⁷. Os autores consideram que esta definição levanta as questões essenciais, incluindo as que respeitam aos conceitos de lesão, de vítimas ou ainda da forma de fazer justiça. Ademais, enunciam que para a compreensão deste mecanismo é necessário dar primazia aos danos que foram causados pela infração.¹²⁸ Nesta senda, o processo não deixa de ser importante, mas o foco encontra-se na restauração ou reparação dos danos causados pelo crime, muitas vezes acordada através do método de mediação, o que acaba por retratar a Justiça Restaurativa.

Já para Howard Zehr, por Justiça Restaurativa deve entender-se “o processo dirigido a envolver, na medida do possível, todos os que tenham um interesse numa particular ofensa, e a identificar e atender colectivamente aos danos, necessidades e obrigações decorrentes daquela ofensa, com o propósito de os sanar e remediar da melhor maneira possível”¹²⁹. Nesta última noção apresentada já não se coloca a tónica num ou noutro elemento, atribuindo-se importância quer ao processo, quer aos resultados.

Posto isto, pela análise das definições apresentadas, verifica-se a diversidade de entendimentos relativamente ao que será a Justiça Restaurativa, levantando-se mesmo um conjunto de questões e suscitando-se um conjunto ainda mais alargado de dúvidas. Do exposto constata-se que certos autores esboçam um conceito mais abrangente, enquanto que, para outros, a Justiça Restaurativa é definida de forma mais restritiva¹³⁰.

¹²⁷ Cfr. Gordon BAZEMORE / Lode WALGRAVE, “Restorative juvenile justice: in search of fundamentals and an outline for systemic reform” in *Restorative Juvenile Justice: repairing the harm by youth crime*, Criminal Justice Press, Monsey, New York, 1999, p. 48.

¹²⁸ Cfr. Lode WALGRAVE, “La Justice Restaurative: à la recherche d’une théorie et d’un programme”, in *Criminologie*, vol.32, n. °1, 1999, p.9.

¹²⁹ V. Howard ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, Intercourse, Pennsylvania, 2002, p.37.

¹³⁰ Relativamente a esta questão Cláudia Cruz Santos faz uma distinção recorrendo às expressões de minimalismo e maximalismo, identificando as definições que colocam a ênfase no processo como as teorias minimalistas e as que enfatizam os resultados a obter como teorias maximalistas. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp.162-170. Ver também Mário Ferreira MONTE, “Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de Justiça Restaurativa”, in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Teresa Pizarro Beza, Pedro Caeiro et al (org.), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 103-110.

A título exemplificativo podemos, desde já, enunciar algumas questões que se podem suscitar à luz das noções apresentadas: para a Justiça Restaurativa apenas podem participar as partes envolvidas no litígio? Devem participar todos os sujeitos que tenham algum interesse na resolução do diferendo? Todo e qualquer interesse deverá ser considerado válido e atendível? Ao remediar da melhor maneira possível estará a atender-se ao interesse da vítima?

No entanto, e apesar da existência de tais interrogações, sempre se dirá, inequivocamente, que este novo modelo visa uma justiça mais equilibrada e de índole mais humanista, procurando repor o equilíbrio perdido com a prática do crime, bem como a restituição da paz perdida. É neste sentido que se inserem as necessidades de restabelecimento da situação da vítima, através de sanções que a compensem e que reparem os danos por ela sofridos¹³¹.

A justiça penal entende o crime como uma ofensa aos valores da comunidade e salvaguardados pelo Direito, não prestando a devida atenção ao facto de um crime infligir danos a uma vítima concreta, danos esses causados por um agente. Nas palavras de Howard Zehr, no sistema de justiça penal “o Estado é definido como vítima, não sendo surpreendente que as vítimas sejam tão consistentemente deixadas de fora do processo (...)”¹³². Contrariando esta tendência, os defensores da Justiça Restaurativa vêm expressar que as consequências de um crime não configuram um assunto que diga respeito apenas ao Estado, mas são também um problema dos próprios indivíduos.

Assim, e no seguimento do enunciado por Cláudia Cruz Santos, o crime pode ser entendido em duas vertentes: uma vertente subjetiva, em que se atende à situação que decorre para cada indivíduo da sua intervenção num conflito; e uma vertente intersubjetiva, que deriva do aspeto relacional que pode interceder entre os vários indivíduos¹³³. Tudo isto a significar, conforme já esboçado, que o crime ofende direitos de uma determinada vítima e o Estado não pode ser entendido como o principal ofendido pela prática de um crime, pois que existem outros interesses que relevam e aos quais não se tem atribuído a necessária consideração.

Com isto não se pretende afirmar que as necessidades da vítima são as únicas atendíveis. O agente do ilícito criminal também merece uma cuidada atenção, uma vez que o comportamento

¹³¹ Helena MORÃO, “Justiça Restaurativa e crimes patrimoniais na reforma penal de 2007”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 100, AD HONOREM – 5*, org. Manuel da Costa Andrade et al, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.527 e 528.

¹³² Howard ZEHR, *Changing Lenses – a new focus for crime and justice*, 3ª edição, Herald Press, Ontario, 2005, pp.80 a 82.

¹³³ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp.171.

criminoso pode estar associado a “padecimentos e a necessidades de um concreto agente”¹³⁴. Desta forma, é necessário proceder a uma análise exaustiva para perceber qual a melhor solução para aquele concreto agente, para que se vislumbre o porquê da prática do crime e a resposta adequada para que o mesmo não se volte a repetir. No entanto, pelo facto de ser prestada uma maior atenção e proteção à vítima, tal não significa que as necessidades do agente do ilícito também não sejam consideradas. Antes pelo contrário, a atenção que tem sido despendida com o infrator deve manter-se, não obstante o facto de a vítima vir, também ela, a ocupar um lugar de destaque no decurso do processo. As necessidades de ressocialização e reconversão do agente aos valores tutelados pelo Direito devem sempre guiar qualquer modelo de reação ao crime. Aliás, no que diz respeito ao processo tutelar educativo, não se pode esquecer que as finalidades da intervenção tutelar são a educação do jovem para o direito e a sua inserção digna e responsável na comunidade. Ora, se agora se passasse a atender unicamente à vítima estar-se-iam a contrariar todas as finalidades da intervenção tutelar.

Quanto à comunidade em geral, sob o prisma do paradigma restaurativo, esta também não poderá ficar excluída da intervenção e pode e deve participar na resolução do conflito que opôs o jovem infrator e a vítima.

Para os defensores do paradigma restaurativo, o crime é um conflito interpessoal e, portanto, a solução para o conflito deve ser encontrada entre todos aqueles que nele intervieram diretamente¹³⁵. Deste modo, devem participar ativamente quer a vítima, quer o agente do ilícito, quer a própria comunidade, que também se sente afetada com a prática da infração. Não se defende a sobrelevação de um destes intervenientes a interveniente principal e a condução dos restantes a meros auxiliares secundarizados, mas sim a participação de todos de forma equivalente, com as especificidades de cada caso concreto. O crime desestabiliza toda a estrutura social e não é um assunto apenas de alguns, mas sim de todos. Para levar a cabo estes desígnios exige-se um processo menos formal, uma justiça fundada no consenso, na negociação, no acordo e “em contrapartidas socialmente aceites em que os rituais da desculpa e do perdão desempenham um papel não despiciendo”¹³⁶.

¹³⁴ *Idem, ibidem.*

¹³⁵ *Cfr.* Cláudia Cruz SANTOS, “Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado), *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 3, Coimbra Editora, Coimbra, julho-setembro, 2007, p. 459.

¹³⁶ *Cfr.* André Lamas LEITE, “Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 11, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 11.

3. As bases da Justiça Restaurativa

3.1 A participação da vítima no processo

Tem-se apontado como crítica ao sistema de justiça tradicional o facto de a vítima se encontrar à margem do processo penal, aparecendo quase como um “convidado” no decurso daquele, e apenas quando lhe é permitida a intervenção.

Face a esta crescente necessidade de proteção da vítima e atendendo às alterações visíveis no panorama jurídico internacional foi, recentemente, aprovado no nosso ordenamento jurídico o Estatuto da Vítima. Com a aprovação deste diploma visa-se garantir a informação, o apoio e a proteção adequados às vítimas de crime em processo penal, bem como evitar possíveis represálias por parte do autor da infração, além da vitimização secundária¹³⁷.

Por vítima deve entender-se aquele que é diretamente objeto do comportamento criminoso bem como aqueles que, embora não tenham sofrido diretamente o dano, também por ele ficaram prejudicados¹³⁸. Deste modo, a vítima é a pessoa que sofreu o dano, nomeadamente, um atentado à sua integridade física ou psíquica, ou um dano de índole emocional ou moral, ou, ainda, um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime¹³⁹.

Tratando-se da pessoa que sofreu a prática de um crime é, nessa medida, e a par do infrator, a que melhor conhece os contornos do diferendo que os opõe¹⁴⁰. Por conseguinte, não se vislumbra fundamento para que se encontre arredada do processo em que se vai decidir a resolução do litígio que diretamente a envolve. De facto, a vítima é um elemento essencial para a perceção e compreensão dos traços do comportamento desviante, pelo que não vislumbramos motivo atendível para que não intervenha no processo de forma ativa.

Este “esquecimento” da vítima é perceptível na irrelevância a que é votada a sua vontade quer no decurso do processo, quer quanto à solução encontrada como forma de resposta ao ilícito criminal.

¹³⁷ Referimo-nos à aprovação do Estatuto da Vítima (EV), através da Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, pela transposição da Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

¹³⁸ Cfr. José Adriano Souto de MOURA, “As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 26, N.º 103, julho-setembro, Editorial Minerva, 2005, p. 11.

¹³⁹ Cfr. artigo 67º-A, aditado pela Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro, que procedeu a uma alteração ao Código de Processo Penal. Com esta alteração legislativa, a vítima passou a figurar no capítulo respeitante aos sujeitos processuais, pelo que se denota a preocupação do legislador português em reestruturar a sua posição no processo judicial. Ver sobre esta temática, Pedro Miguel VIEIRA, “A vítima enquanto sujeito processual e à luz das recentes alterações legislativas”, *Revista Julgar*, n.º 28, Coimbra Editora, Coimbra, janeiro-abril, 2016, pp. 186-187.

¹⁴⁰ Cfr. Sónia REIS, “A vítima na mediação penal em Portugal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, 2010, p. 581.

O Estado tem assumido a punição do agente como um seu poder-dever, ficando esta completamente afastada dos interesses da própria vítima, que não intervém na sua modelação. Aliás, é determinada e aplicada uma consequência ao agente como forma de responder às necessidades da comunidade e do Estado e não da própria vítima¹⁴¹! De tal forma que, e como bem se compreende, a sanção encontrada pode não satisfazer a vítima do crime, mas para o atual sistema penal esta situação não reveste qualquer importância, consubstanciando uma enorme debilidade, não sendo este o único exemplo.

Assim, só podemos concordar com as palavras de Ana Messuti, de que “a vítima, em particular, sofreu um despojamento por parte do sistema penal. Este tirou à verdadeira vítima tal qualidade, para investir a comunidade nessa qualidade. O sistema penal substituiu a vítima real e concreta por uma vítima simbólica e abstracta: a comunidade”¹⁴² e, acrescentamos nós, o Estado.

É ponto assente que a conceção tradicional de direito penal tem reservado às vítimas de crimes um papel secundário. Contudo, desde a segunda metade do século XX, este paradigma tem vindo a sofrer importantes alterações e a política criminal tem vindo a conferir, ainda que lentamente, uma atenção especial às vítimas e aos seus concretos interesses¹⁴³.

O objetivo não passa por colocar nas mãos da vítima a realização da justiça penal, nem se deseja a devolução da justiça àquela, tratando-se, somente, de a proteger atendendo às suas efetivas necessidades.

A consciencialização de que a vítima deve ser integrada no processo, de forma a que lhe seja dada uma voz ativa, levou ao surgimento de uma corrente criminológica, a qual tomou a designação de Vitimologia, que chamou para si a tarefa do estudo científico da vítima¹⁴⁴. No âmbito desta corrente encontra-se a reparação do dano sofrido pela vítima do ilícito criminal, dando-lhe o devido destaque, e nunca, em caso algum, olvidando a cooperação daquela no descortinar da melhor solução.

¹⁴¹ Cláudia Cruz SANTOS, “A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 100, AD HONOREM – 5*, org. Manuel da Costa Andrade et al, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.1134.

¹⁴² Ana MESSUTI, “O tempo como pena”, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.72, *apud* Cláudia Cruz SANTOS, “A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 100, AD HONOREM – 5*, org. Manuel da Costa Andrade et al, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.1134.

¹⁴³ Cfr. José Adriano Souto de MOURA, “As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 26, N.º 103, julho-setembro, Editorial Minerva, 2005, p. 8.

¹⁴⁴ Atribui-se a Benjamin Mendelshon o estatuto de pai da Vitimologia, porquanto, na década de 60, foi pioneiro na criação e teorização desta corrente, que defendia a intervenção da vítima enquanto sujeito passivo da infração penal. V. Laercio PELLEGRINO, *Vitimologia: O júri e a humanização da Justiça e outros escritos*, Editorial de Narciso Correia, Lisboa, 1974, pp. 3 e 4.

O modelo de Justiça Restaurativa já reflete as alterações que começam a despontar nesta matéria, enfatizando, precisamente, a necessidade de intervenção da vítima, para que esta possa exprimir as suas mágoas e angústias, de forma a que lhe seja possível ultrapassar aquela vivência negativa.

Quanto a esta questão, não nos parece que haja dissenso quanto ao afastamento a que a vítima de um crime é votada no decurso do processo judicial. Aliás, no centro do processo encontra-se o infrator, girando aquele à sua volta. Aos pensamentos, interesses e sentimentos da própria vítima não se tem prestado a devida atenção, não sendo alvo de grandes preocupações.

Por todos estes motivos é que, atualmente, se procura redescobrir a vítima, enquanto elemento essencial para o desenrolar do processo, designadamente, do processo penal. Trata-se, primordialmente, de a enquadrar no processo, atendendo aos seus específicos interesses, pugnando por uma solução que a satisfaça. Aliás, não era só o processo penal que conferia à vítima de um crime um papel secundário, dado que, em quase todos os ramos de Direito se assiste à exclusão daquela. Ora, no âmbito da justiça de menores a situação não é diferente e a vítima encontra-se apagada do processo.

Contrariamente, o modelo de Justiça Restaurativa procura, desde o início, tratar a questão envolvendo o agressor e a vítima “na busca do remédio para o que correu mal”¹⁴⁵. Trata-se de recordar o papel que outrora era conferido à vítima, visando que esta volte a encontrar um lugar de destaque ao lado do infrator.

Numa brevíssima análise histórica, facilmente se deteta que a vítima foi sendo progressivamente afastada do processo até ao seu completo desaparecimento. Recuando ao direito sancionatório dos hebreus, dos gregos ou dos romanos verifica-se que à vítima era garantida “uma intervenção decisiva na promoção e prossecução processual” e ainda, um relevante papel no momento da sanção¹⁴⁶, contrariamente ao que acontece na atualidade.

Portanto, parece-nos que o momento de voltar a inserir a vítima no processo e nas concretas decisões que a implicam ressurgiu... As razões para o seu reaparecimento prendem-se quer com as críticas crescentes aos sistemas de justiça tradicionais, incapazes de dar uma resposta célere e satisfatória, quer pela própria consciencialização e desejo de intervenção da própria pessoa que sofreu o dano e quer vê-lo reparado de forma adequada.

¹⁴⁵ Ivo AERSTSEN e Tony PETERS, “Mediação para reparação: a perspectiva da vítima”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 9.

¹⁴⁶ *Cfr.* Manuel da Costa ANDRADE, *A vítima e o problema criminal*, Livraria Petrony, Coimbra, 1980, pp. 50-58.

Atendendo ao panorama jurídico penal atual, podemos mesmo enunciar que uma sanção destinada a ressarcir os danos que o crime causou à vítima assume já um caráter de sanção preferencial, podendo mesmo defender-se que em determinado tipo de crimes é preferível a uma pena de prisão ou pena de multa¹⁴⁷.

De facto, e referindo-nos à intervenção tutelar educativa, a aplicação de uma medida de reparação ao ofendido¹⁴⁸ pode ser bastante mais profícua do que a aplicação de uma medida mais gravosa. Se o objetivo é procurar que o jovem infrator perceba e tenha consciência do mal que causou e dos danos que provocou, a reparação desses danos poderá ser a melhor sanção que lhe pode ser aplicada. Em termos comparativos e de forma abstrata, se para o mesmo crime existem duas sanções potencialmente aplicáveis, sendo uma delas a reparação, não nos parece, em regra, existir motivo para que se prefira a outra, a não ser que a vítima se oponha a essa reparação¹⁴⁹ ou que não cumpra as finalidades da intervenção tutelar educativa.

Seguindo de perto as palavras de Frederico da Costa Pinto, um processo penal que ignora as vítimas dos crimes não realiza de forma plena o objetivo da justiça penal, “nem no sentido ideal, nem na dimensão material do Estado de Direito”, que se funda no respeito e na dignidade das pessoas¹⁵⁰.

3.2 As teses abolicionistas

A acrescer à necessidade de intervenção e participação da vítima no processo foram surgindo, conforme já referido, preocupações inerentes aos próprios sistemas de justiça penal tradicionais.

Os custos associados a um processo, a desmedida falta de confiança da sociedade no sistema de justiça, a sua ineficácia e lentidão foram levantando um conjunto de interrogações o que potenciou a procura de meios alternativos que dessem de facto resposta ao problema, cumprindo o objetivo de restituição da paz social e de conversão do delinquente aos valores tutelados pelo Direito.

¹⁴⁷ *Cfr.* neste sentido, Arménio SOTTOMAYOR, “A voz da vítima”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, org. Jorge de Figueiredo Dias *et al*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.841.

¹⁴⁸ Sobre o recurso à medida de reparação ao ofendido ver: [file:///C:/Users/1/Downloads/Relat%C3%B3rio%20Estat%C3%ADstico%202015%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/1/Downloads/Relat%C3%B3rio%20Estat%C3%ADstico%202015%20(4).pdf), consultado 03-09-2016.

¹⁴⁹ Quando o seu consentimento é tido em conta.

¹⁵⁰ V. Francisco de Lacerda da Costa PINTO, “O estatuto do lesado no processo penal”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, org. Jorge de Figueiredo Dias *et al*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.687.

Os penalistas, criminólogos, entre outros, começaram então a questionar se cabe apenas ao Estado a tutela dos bens jurídicos, aparecendo quem defendesse um comportamento abstencionista por parte daquele em relação a determinados comportamentos.

Numa perspetiva ainda mais radical alguns autores abolicionistas chegam mesmo a defender a substituição do sistema penal por “algo melhor”¹⁵¹. No entanto, uma total substituição do sistema penal, com as suas atuais especificidades, ou seja, vantagens e desvantagens, por um outro modelo, suscita-nos algumas questões quando à sua viabilidade, já que nem tudo no modelo atual é negativo.

Assim, o movimento abolicionista defendeu a renovação do sistema penal, em que se dê primazia à criação de penas alternativas ou substitutivas da pena de prisão, chegando mesmo a defender a sua abolição. A pena de prisão era vista como extremamente negativa e causadora de grande sofrimento, promovendo a estigmatização do autor do crime, o que potenciava a sua reincidência.

Nas palavras de Michel Foucault, “[a] detenção provoca a reincidência (...) os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos. (...) vamos admitir que a lei se destina a definir infracções, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento dessa repressão; temos então que passar um atestado de fracasso”¹⁵².

A pena de prisão caracterizada pela reclusão do indivíduo em nada potencia a consciencialização das consequências do ato que praticou e do impacto negativo que estas tiveram na vida da vítima, da mesma forma que também não facilita a assunção de responsabilidades para com essa mesma vítima. A associação prisão-expição muito mais do que favorecer o encontro do infrator com os seus atos impele aquele a olhar para o futuro e a esquecer o passado, em esquecer o crime e a focar-se na sua reinserção¹⁵³. Neste prisma, a prisão funciona como uma forma de proteger o infrator de si próprio e do ato que praticou. Não se pode criticar o facto de se impelir o delinquente a pensar na sua reintegração social. No entanto, também não se pode esquecer o facto ilícito praticado e a necessidade de assunção de responsabilidades. Mais do que promover o esquecimento do ato, qualquer que seja a sanção aplicada, esta deve influenciar o infrator a repensar o seu comportamento por forma a que interiorize o desvalor da sua conduta, dissuadindo-o da prática de ilícitos futuros, bem como a assunção de responsabilidades. A solução

¹⁵¹ RADBRUCH, *apud* André Lamas LEITE, *A Mediação Penal de Adultos, um novo «Paradigma» de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p.11.

¹⁵² *Cfr.* Michel FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Edições 70, Lisboa, 2013, pp. 221 e 226.

¹⁵³ *Cfr.* Cândido da AGRA/Joséfina CASTRO, “Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 103.

não passa por esquecer, mas sim por interiorizar o sofrimento e o mal provocado, acentuando-se o assumir de responsabilidades, que levará a uma rápida e pacífica reinserção social. Um indivíduo que praticou um crime verá a sua reinserção social facilitada se demonstrar que se encontra verdadeiramente arrependido do ilícito praticado, assumindo as consequências dos seus atos e reparando-os.

As teses abolicionistas defenderam, assim, a implementação de uma justiça que repare o dano e que potencie a ressocialização/reintegração do agente na sociedade.

Estes ideais foram prontamente assumidos pela Justiça Restaurativa, sem esquecer que, atualmente, dá-se preferência à substituição da pena de prisão por uma outra sanção sempre que tal se mostre possível.

Todas as preocupações assumidas e ideias apresentadas redundaram na consciencialização de que é imperativo procurar alternativas e soluções distintas do modelo atual, soluções essas que se devem pautar por uma menor intervenção do aparelho estadual, potencializando respostas ao crime alicerçadas no consenso de todos os intervenientes.

Neste âmbito, destaca-se o papel dos aplicadores do direito, como os juizes ou os funcionários dos serviços de reinserção social, uma vez que, pela sua proximidade aos casos, foram os primeiros a aperceberem-se das fragilidades e incapacidades do sistema em dar resposta aos litígios e em cumprir as finalidades a que se propõe. Assim, a iniciativa de reforma partiu dos agentes do próprio sistema formal, que desejam, em primeira linha, encontrar novas formas de trabalhar com o delinquente promovendo a sua reinserção¹⁵⁴.

4. Características específicas do modelo restaurativo

As ideias fundamentais em que assenta o mecanismo de Justiça Restaurativa são descritas por Howard Zehr da seguinte forma: o crime configura uma violação aos direitos de uma pessoa e às relações interpessoais; essa violação cria obrigações; a principal obrigação é corrigir o errado¹⁵⁵. Destarte, reparar o dano e restaurar as perdas, permitir que o infrator tenha consciência

¹⁵⁴ Cf. Cândido da AGRA/ Josefina CASTRO, "Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 105.

¹⁵⁵ Quanto a este último aspeto, e mesmo tendo optado pela tradução, cumpre-nos fazer referência à célebre expressão de Zehr, "put right the wrongs". De facto, esta expressão é comumente citada pela Doutrina, pela simplicidade com que descreve aquele que deve ser uma das finalidades do Direito. V. Howard ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, Intercourse, Pennsylvania, 2003, p.17.

do mal que causou e assuma a responsabilidade pela sua ação e, ainda, garantir que a vítima seja compensada por todo o mal que sofreu constituem as bases deste novo mecanismo¹⁵⁶.

A Justiça Restaurativa defende uma justiça “face a face”, o que significa a recondução da problemática da sanção penal a uma nova dimensão¹⁵⁷, visando que esta obtenha a adesão da vítima e que o delinquente se arrependa verdadeiramente do seu comportamento.

Para Christa Pelikan, a Justiça Restaurativa apresenta três elementos centrais: o elemento social, o elemento participativo e democrático e, por último, o elemento reparador¹⁵⁸. De acordo com estes três pontos fundamentais, a Justiça Restaurativa percebe o crime como uma interrupção ou perturbação das relações humanas, de pessoas que vivem juntas, devendo dar-se especial atenção à vítima, sendo que todos devem participar de forma voluntária na resolução do conflito e na reparação dos danos causados.

Para cumprir os objetivos a que se propõe, a Justiça Restaurativa orienta-se por princípios que se podem reconduzir ao voluntarismo, consensualidade, complementaridade, confidencialidade, celeridade, economia de custos, mediação e, por último, disciplina. Não nos dedicaremos, por agora, ao estudo destes princípios, já que serão tratados aquando do estudo sobre a mediação, uma vez que, *grosso modo*, se equiparam. No entanto, não podemos deixar de referir que os princípios enunciados são distintos dos princípios que norteiam a justiça tradicional e, por conseguinte, são fundamentais para que se perceba o alcance e o conteúdo deste novo paradigma.

Como se depreende das ideias acima referidas, ainda que de forma muito breve, a Justiça Restaurativa e a justiça penal surgem como paradigmas distintos, verificando-se algumas contradições entre ambos os sistemas, sendo muitas vezes apresentados por contraposição. Mas será que não existem pontos de contacto entre ambos? São verdadeiramente alternativos? É esta a questão a que nos debruçaremos de seguida.

¹⁵⁶ Mark S. UMBREIT, Betty VOS, Robert B. Coates, and Elizabeth Lightfoot, *Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls*, 89 MARQ. L. REV. 251, 2005, p.255, disponível em: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol89/iss2/3>, consultado a 27-08-2016.

¹⁵⁷ Cfr. Raúl ESTEVES, “A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p. 57.

¹⁵⁸ V. Christa PELIKAN, “General principles of Restorative Justice”, in *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio de 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005, p. 16.

5. Justiça Restaurativa por oposição à Justiça Penal?

Os programas de Justiça Restaurativa e as suas políticas estão a proliferar a uma velocidade notável por todo o mundo. Ora, este crescimento sugere que este novo paradigma irá desempenhar, cada vez mais, um importante papel no seio da justiça e, igualmente, no campo da justiça de menores¹⁵⁹.

A Justiça Restaurativa, conforme já enunciado, apresenta-se como uma nova forma de resposta ao crime, distinguindo-se da justiça penal quer por força do seu fundamento específico, das finalidades que visa prosseguir, bem como pelo seu distinto modo de atuação¹⁶⁰. No entanto, a principal diferença reside na forma como uma e outra olham para o crime, embora, à partida, ambas visem uma ideia de paz.

As diferenças são notórias e, como se disse, discute-se se existirão pontos comuns entre ambos os sistemas ou, se pelo contrário, são completamente antagónicos.

Com este novo paradigma retira-se o foco da punição do agente e da revalidação da norma jurídica violada para o colocar na reparação da vítima e na reintegração do agente na sociedade. Portanto, na esfera das finalidades, a Justiça Restaurativa difere da justiça penal, acentuando-se a ideia de que a primeira olha para o futuro enquanto a segunda se ocupa apenas do passado¹⁶¹. Simplificando, à justiça penal eram acometidos traços punitivos, enquanto que, a Justiça Restaurativa emergiu como uma justiça reparadora, marcada pela rejeição de quaisquer pensamentos retributivos. Ainda hoje se apontam aos sistemas jurídico-penais, à revelia da evolução registada, ideias de punição ou de expiação, que há muito deixaram de integrar as finalidades da intervenção penal. A Justiça Restaurativa propõe uma mudança de paradigma e a rejeição de sistemas em que a aplicação da lei e as prisões constituem, indiscutivelmente, a regra para resolver um conflito, a par de ideias de autocontrolo, de sacrifício e de reconciliação¹⁶².

Pese embora o referido, não é correto afirmar que a Justiça Restaurativa surge em completa oposição ao sistema penal, em regime de total incompatibilidade. Apesar de se apresentarem

¹⁵⁹ V. Daniel W. Van NESS, "A Restorative Future for Juvenile Justice?", Paper presented at Leuven, Belgium, October 24, p. 4, disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness12.pdf>, consultado a 12-09-2016.

¹⁶⁰ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp.171.

¹⁶¹ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 313.

¹⁶² V. Daniel W. Van NESS, "A Restorative Future for Juvenile Justice?", Paper presented at Leuven, Belgium, October 24, p. 9, disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness12.pdf>, consultado a 01-09-2016.

como “campeões rivais”¹⁶³, defendendo ideais aparentemente polarizados, na verdade a reparação pode ser conciliável com a retribuição.

A Justiça Restaurativa tem como desiderato a participação de todos aqueles que sofrem com a prática de um crime, destacando-se a figura da vítima, que passa a assumir um papel conformador nas consequências do ilícito. No entanto, sempre se dirá que partilha com a justiça penal a finalidade de reintegração do agente na sociedade. Ora, quanto a este aspeto, em particular, não se pode afirmar que subsistam grandes diferenças em relação ao sistema de justiça penal. Como salienta Daniel Van Ness, “é preciso reconhecer que todos os sistemas são híbridos; até o mais retributivo ou reabilitador sistema são suscetíveis de incorporar elementos restaurativos e até mesmo o mais restaurativo dos sistemas terá alguns elementos de retribuição ou de reabilitação. Isso ocorre porque os sistemas existem numa realidade política, jurídica e económica e, portanto, incorporam sempre valores, programas, até mesmo hábitos incompatíveis com um único conceito de justiça”¹⁶⁴.

Desta forma, tudo parece apontar para a existência de algumas similitudes entre os dois sistemas, pese embora percecionem o crime de forma distinta. Nas palavras de Cláudia Cruz Santos, os defensores do pensamento penal e os defensores do paradigma restaurativo chegam a conclusões radicalmente distintas porque não refletem sobre o mesmo objeto, “porque não olham para o crime sob a mesma perspetiva”¹⁶⁵. Enquanto que os penalistas entendem o crime como um conflito entre o agente e os valores essenciais de uma comunidade, os defensores do paradigma restaurativo percecionam o crime como um conflito entre um agente e a vítima.

No entanto, na abordagem do fenómeno criminal não deixam de fazer sentido necessidades de complementaridade entre os dois sistemas¹⁶⁶. Até porque, apontam-se possíveis situações em que se reconhece que só o sistema criminal, constituído pelo Estado e pelo seu aparelho coercivo, as poderá resolver, uma vez que ultrapassam a capacidade conformadora do método

¹⁶³ Cfr. Lucia ZEDNER, “Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?”, *The Modern Law Review*, Vol. 57, n.º 2, Blackwell Publishing, Março de 1994, p. 228. A autora recorre à expressão “rival champions” para se referir à batalha entre os dois paradigmas, sendo que cada um deles aponta insuficiências e inconvenientes ao outro. Sobre esta questão ver também Chris CUNNEEN/Carolyn HOYLE, *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2010, pp. 40-72. Neste mesmo sentido, V. João COSTA, “A pluralidade de infrações e a mediação penal em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 4, out-dez, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p.576.

¹⁶⁴ Cfr. Daniel W. Van NESS, “A Restorative Future for Juvenile Justice?”, Paper presented at Leuven, Belgium, October 24, p. 10, disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness12.pdf>, consultado a 01-09-2016.

¹⁶⁵ Cfr. Cláudia Cruz Santos, “Um crime, dois conflitos (E a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 3, Jul-Set, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.461.

¹⁶⁶ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 313.

¹⁶⁶ V. João COSTA, “A pluralidade de infrações e a mediação penal em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 4, out-dez, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p.576.

restaurativo¹⁶⁷. Como refere Howard Zehr, “alguns casos são demasiado difíceis ou horrendos para serem trabalhados por aqueles que têm uma participação direta na infração e, quanto a esses, devemos ter um processo que dê atenção às necessidades da sociedade e às obrigações que vão além das realizadas pelas partes imediatamente interessadas”¹⁶⁸. Quanto a estes casos, e na opinião do autor, a solução terá que ser dada pelo sistema penal. Ora, daqui se infere que o enxerto de novos mecanismos e de novos métodos no atual sistema de justiça pode ser uma opção, francamente plausível e que resulte em termos de melhoramento do sistema de justiça, eliminando os problemas que o desacreditam e potenciando os seus pontos fortes.

Na realidade, ambos os sistemas têm começado a demonstrar que não são estanques e podem sempre ser aperfeiçoados. Aliás, nem sempre a prática de um crime corresponde à necessidade de uma solução punitiva a cargo da justiça penal ou de uma solução de carácter reparador a cargo da Justiça Restaurativa, funcionando aquelas como sistemas autónomos direccionados apenas para uma dimensão do conflito¹⁶⁹. A Justiça Restaurativa e a justiça penal configuram duas repostas diversas para o mesmo conflito, no entanto, não nos parece incongruente ou irreal que possam funcionar em regime de complementaridade, sendo certo que pela combinação de elementos dos dois sistemas se possa alcançar um sistema que reúna consenso e que solucione os problemas com que agora se deparam quer os penalistas, quer os defensores da Justiça Restaurativa.

Não é só o paradigma restaurativo que privilegia espaços de oportunidade e de consenso, uma vez que no sistema penal tem-se expandido mecanismos apoiados no consenso e direccionados para a reparação. Por outro lado, também o pensamento restaurativo tem mostrado uma certa tendência para se abrir a espaços de coerção, admitindo finalidades preventivas como fins não só da justiça penal, mas também da sua conceção de justiça¹⁷⁰. Desta forma, podemos concluir que ambos os paradigmas não são imutáveis e podem ser reestruturados e reorganizados consoante as necessidades que vão surgindo. No entanto, não se pode esquecer que o surgimento da Justiça Restaurativa despontou como forma alternativa ao sistema de justiça tradicional, apontando sérias críticas a este sistema.

Quanto a este novo paradigma pode colocar-se uma relevante questão: se na Justiça Restaurativa são os participantes numa determinada infração que procuram encontrar uma

¹⁶⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁶⁸ V. Howard ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, Intercourse, Pennsylvania, 2002, p.60.

¹⁶⁹ *Cf.* Cláudia Cruz Santos, “Um crime, dois conflitos (E a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 3, jul-set, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.471.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem.*

solução para o conflito, para o problema surgido, mediante um processo de justiça negociada, podem suscitar-se ideias de privatização da resolução dos conflitos. Aliás, é de salientar que a relação entre a Justiça Restaurativa e a Lei, entre o Estado e a comunidade, é algo complexa, sendo estes pontos essenciais que qualificam cada um dos paradigmas¹⁷¹.

Desta forma, uma vez analisados os dois paradigmas ainda que de forma muito simplificada, podemos concluir que uma justiça totalmente reparadora parece-nos de difícil implementação, pelo menos num futuro próximo, atendendo a todas as alterações que têm sido levadas a cabo no seio do paradigma retributivo, que se tem mostrado recetivo quanto à introdução de mecanismos alternativos, fundados no acordo e na reparação.

¹⁷¹ Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão ver Chris CUNNEEN/Carolyn HOYLE, *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2010, pp. 161-183, e ainda, Cláudia Cruz SANTOS, “Um crime, dois conflitos (E a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado), in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 3, Coimbra Editora, Coimbra, julho-setembro, 2007, p.p. 459-474.

Capítulo Terceiro

A Mediação na Lei Tutelar Educativa

Considerações introdutórias

São já várias as legislações que têm começado a despontar para os benefícios da implementação de figuras e mecanismos fora do sistema de justiça dito tradicional¹⁷².

Neste sentido, a figura da mediação tem encontrado forte incentivo em vários instrumentos, desde logo, em diplomas emanados a nível internacional e a nível europeu, que incitam os Estados a adotar novos mecanismos de resolução de conflitos.

A mediação surgiu, precisamente, como um desses mecanismos alternativos que poderia solucionar alguns dos problemas apontados aos sistemas de justiça tradicionais e a justiça de menores revela-se como área preponderante de aplicação. Aliás, é no âmbito da delinquência juvenil que a Justiça Restaurativa, e conseqüentemente, a mediação, tem conhecido grande evolução, embora a sua aplicação prática no nosso ordenamento jurídico seja diminuta verificando-se um grande desconhecimento relativamente a este método¹⁷³.

Ao longo dos próximos apartados é nossa intenção analisar o método/mecanismo da mediação, no contexto da justiça de menores, nomeadamente, na Lei Tutelar Educativa. Este diploma, acolhendo várias orientações internacionais, abriu portas à introdução no ordenamento jurídico português da mediação.

Antes de iniciarmos o capítulo referente à mediação convém fazer, desde já, sem prejuízo do já mencionado, uma brevíssima distinção que facilitará o entendimento do tema e que se prende com a noção de mediação, no âmbito da Justiça Restaurativa.

¹⁷² São vários os métodos de resolução alternativa de litígios que têm sido implementados um pouco por todo o mundo. No continente europeu, o método de mediação vítima-agressor é aquele que predomina, encontrando-se instituído em países como o Reino Unido, a Irlanda, a França, a Bélgica, a Finlândia, a Noruega ou a Espanha. No entanto, é de salientar que existem grandes assimetrias a nível de desenvolvimento destes métodos alternativos: se por um lado encontramos países em que há já largos anos se implementam e se estudam os efeitos destes métodos, outros há em que o avanço é ainda pouco significativo, começando só agora a dar-se os primeiros passos nesta matéria. Ao longo dos próximos capítulos não dedicaremos um ponto exclusivo ao tratamento da mediação noutros ordenamentos jurídicos, no entanto, faremos várias referências em nota de rodapé dos aspetos que nos parecerem mais relevantes em termos comparatísticos.

¹⁷³ Sobre esta questão, designadamente, sobre a perspetiva de magistrados com experiência nesta área e o desconhecimento que impera em relação à mediação, bem como a sua escassa utilização, ver André Filipe Rodrigues da ROCHA, *Tomada de decisão por medidas restaurativas no âmbito tutelar educativo: percepção dos magistrados*, Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, julho de 2016.

A mediação constitui um mecanismo através do qual o modelo de Justiça Restaurativa tem aplicação prática¹⁷⁴. Portanto, não se deve confundir mediação com Justiça Restaurativa, ao mesmo tempo que não se deve considerar que a mediação constitui um novo paradigma ou que é uma alternativa, por si só, ao sistema de justiça penal tradicional ou formal.

1. A mediação

Dos tribunais tem sido reclamada a capacidade, independência e legitimidade necessárias para que atuem como garantes últimos de direitos, liberdades e garantias, bem como de instrumentos que operem uma mudança social¹⁷⁵. Em caso de insuficiência e descrédito na intervenção judicial não se afigura inusitado que comecem a proliferar novos e auspiciosos meios de resolução de conflitos sociais, mesmo que esses meios estejam fora do sistema de justiça formal. Atualmente, reconhece-se que o processo judicial não é o meio único e universal para a solução dos diferendos que a vida em sociedade ocasiona, alargando-se o recurso a formas não jurisdicionais para a composição de litígios¹⁷⁶.

Partindo da premissa de que o sistema penal, enquanto sistema de justiça tradicional, não se mostra suficiente para atender e dar resposta às necessidades da vítima, dos outros intervenientes processuais e da própria comunidade, começaram a surgir sistemas alternativos de resolução de litígios. A duração dos processos judiciais e os seus custos prováveis originam, desde início, nas partes em conflito, a vontade de recorrerem a outros mecanismos para resolverem o litígio¹⁷⁷. A litigância em tribunal surge, deste modo, apenas como um dos meios para a resolução de diferendos.

O direito de acesso à justiça, vertido no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, que garante o acesso ao direito e aos tribunais, aos cidadãos, para defesa dos seus direitos e

¹⁷⁴ Justiça Restaurativa e mediação penal não são sinónimos, sendo que a Justiça Restaurativa integra na sua prática um conjunto vasto de instrumentos, entre os quais se inclui a mediação. *Cfr.* a propósito, Sónia Isabel Teixeira COSTA, *Mediação Penal e Justiça Restaurativa. O Debate em Portugal*, ISCTE-IUL, 2009, p. 10.

¹⁷⁵ *Cfr.* Éilda LAURIS/Paula FERNANDO, “A dupla face de Janus: As reformas da justiça e a Lei Tutelar Educativa”, *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto 2010, Coimbra Editora, Coimbra, p.135; e ainda, Boaventura de Sousa SANTOS *et al*, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, n.º 65, novembro, 1995, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Consultado a 23-05-2016, disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>.

¹⁷⁶ *Cfr.* Assunção CRISTAS, Nota de abertura, *in A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio de 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005, p. 9.

¹⁷⁷ Para mais desenvolvimentos sobre este tema e ainda que centrado no processo civil ver Paula Costa e SILVA, “O custo da Justiça”, *Cadernos de Direito Privado*, I Seminário dos Cadernos de Direito Privado, n.º especial 01, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, dezembro de 2010, pp. 57- 75.

interesses legalmente protegidos, não parece sair beliscado pela introdução no nosso sistema jurídico de meios alternativos para resolução de litígios. De facto, a própria Constituição, no artigo 202.º, n.º 4, admite, sem qualquer reserva, a faculdade de a lei institucionalizar formas e instrumentos para a composição não jurisdicional de litígios. Do ponto de vista constitucional, parece-nos, desta forma, não existir qualquer entrave ou dificuldade na criação e proliferação destes mecanismos.

Nas palavras de Paula Costa e Silva, “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais”¹⁷⁸.

Os meios de resolução alternativa de litígios são entendidos como o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais¹⁷⁹, sendo esta uma noção muito abrangente, determinando-se apenas como nota comum a ausência de meios judiciais.

A mediação, a par de outras soluções extrajudiciais, como por exemplo, a arbitragem, a conciliação, a negociação ou os julgados de paz¹⁸⁰, perfila-se como um mecanismo novo que visa dar resposta aos conflitos que surjam, de uma forma mais célere, mais económica e acima de tudo com efeitos menos traumáticos para os intervenientes. Atualmente, e de forma cada vez mais incisiva, tenta-se incorporar os métodos alternativos de resolução de litígios no sistema formal de resolução de conflitos ou fora dele¹⁸¹.

Para que o recurso a estes métodos decorra sem contrapartidas e de forma ordenada é necessário que se estabeleçam regras e que se estude o impacto da introdução destes métodos, bem como os resultados alcançados.

Com a mediação não se pretende regressar aos primórdios do direito penal em que prevaleciam sistemas de justiça privada. Assim, apesar do regresso à *vindicta privata* não se perfilar como um dos objetivos do método de mediação, não pode deixar de se salientar que a

¹⁷⁸ V. Paula Costa e SILVA, *A nova face da Justiça – Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p.19. A Autora propõe a substituição da expressão meios de resolução alternativa de litígios pela expressão meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, por considerar que a expressão comumente utilizada não encontra enquadramento teórico e prático. Ainda assim, a primeira expressão não tem gerado grandes objeções, mantendo-se como denominação frequente.

¹⁷⁹ Cfr. Mariana França GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 15.

¹⁸⁰ Para uma distinção entre os vários métodos alternativos de resolução de litígios ver: Mariana França GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012; Francisco Amado FERREIRA, *Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 73-77; e ainda, para uma melhor compreensão dos julgados de paz ver J. O. Cardona FERREIRA, *Justiça de Paz – Julgados de Paz*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

¹⁸¹ Neste processo de implementação são várias as entidades que podem ter um papel ativo, desde logo, os advogados que devem apresentar a possibilidade de recorrer à mediação ou a outros meios aos seus clientes, preterindo o sistema de justiça formal.

intervenção estadual na prossecução da ação penal tem vindo, gradualmente, a diminuir, designadamente, através da expansão de mecanismos de oportunidade. A proliferação de mecanismos alternativos de resolução de litígios constitui um dos exemplos deste recuo da intervenção do Estado. Como refere Mariana França Gouveia, “falar de mediação entre juristas já não é exótico e a mediação é indiscutivelmente parte integrante de um sistema moderno de Justiça”¹⁸².

No nosso sistema jurídico encontram-se implementadas, designadamente, a mediação em matéria civil, como é o caso da mediação familiar, em matéria comercial, a mediação laboral ou ainda, a mediação penal.

A justiça de menores revela-se como um campo de eleição em matéria de soluções consensuais, e uma vez estando em causa jovens parece fazer todo o sentido que se encontrem meios e mecanismos novos que atendam às suas características específicas, ou seja, que se adaptem a esta faixa etária particularmente sensível.

De seguida analisaremos as origens da mediação, ainda que de forma sintética, o conceito de mediação em sentido lato, os instrumentos internacionais que a consagram, os princípios que a orientam, bem como as vantagens que lhe são apontadas, desde logo, para o jovem infrator, para a vítima, para a própria comunidade e, por último, para o próprio sistema de justiça. Posteriormente, procederemos ao estudo da mediação em sede tutelar educativa, quanto às fases processuais em que é admitida, quem a pode requerer e em que termos, para que se determine e se avalie se a mediação presente na lei aplicável aos menores configura uma verdadeira manifestação de Justiça Restaurativa, respeitando os princípios e ideais a esta inerentes ou, se, pelo menos, se encontra a caminho de corresponder a um modelo enquadrável neste novo paradigma.

2. As origens da mediação e o conceito de mediação

O processo judicial não constitui modelo único de resolução de conflitos e, nesse sentido, a ideia de recorrer a outros modelos não tardou a surgir, com especial ênfase após a consciencialização generalizada das fraquezas e debilidades do sistema judicial.

¹⁸² Cf. Mariana França GOUVEIA, “Mediação e processo civil”, *Cadernos de Direito Privado*, I Seminário dos Cadernos de Direito Privado, n.º especial 01, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, dezembro de 2010, p. 24. Neste artigo, a autora faz referência à mediação civil, no entanto, é expressão que também parece fazer todo o sentido quanto à mediação penal, embora esta última seja particularmente recente.

Aliás, muitas sociedades tradicionais recorriam, desde sempre, ao método de mediação para encontrar soluções para os conflitos, principalmente nas zonas rurais, em que o recurso ao tribunal era escasso. A função de mediador cabia, nestes casos, aos padres, a médicos ou a quaisquer cidadãos tidos como referência social. Encontramos referência a métodos que se assemelham ao método de mediação na Antiguidade e na Idade Média, o que nos garante que estes métodos não são uma novidade, mas foram votados ao esquecimento e só agora começam a ressurgir¹⁸³.

No entanto, a mediação propriamente dita e com parte dos contornos que hoje conhecemos foi introduzida nos Estados Unidos da América, nos anos 60¹⁸⁴, através da implementação do movimento *Alternative Dispute Resolution* (ADR) que visava solucionar os conflitos sobretudo na área do contencioso civil, embora também tenha sido utilizado no âmbito do direito penal¹⁸⁵. O sucesso deste movimento determinou a criação do *Victim Offender Reconciliation Program* (VORP), que visava a reunião do infrator e da vítima para, em conjunto, encontrarem uma solução para o conflito e, com o apoio de um terceiro, determinar a forma da reparação...¹⁸⁶ Posteriormente, já na década de 80, teve a sua aplicação na Europa, onde começaram a desenvolver-se projetos de justiça restaurativa sob a forma de mediação vítima-agressor, tendo sido pioneiros nesta matéria países como a Inglaterra, a Áustria, a Finlândia, ou ainda, a Noruega¹⁸⁷.

Tal como, aquando do estudo da Justiça Restaurativa se referiram as dificuldades em encontrar um conceito universal para este novo paradigma, também agora deparamo-nos com alguns obstáculos. Como referem Cândido da Agra e Josefina Castro “os termos mediação e justiça restaurativa constituem noções de tal modo vastas e vagas que é possível incluir nelas quase tudo e o seu contrário”¹⁸⁸. Ainda assim, a atual tarefa encontra-se mais simplificada uma vez que podemos lançar mão de conceitos inseridos em diplomas legais.

¹⁸³ Sobre esta questão ver Clara CALHEIROS, “Breves reflexões sobre os atuais discursos em torno da mediação”, in *Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Mário Ferreira Monte et al (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 149-150.

¹⁸⁴ Sobre a origem dos programas de mediação ver também Tomás ALISTE, “Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción”, in *La mediación en materia de familia y derecho penal*, Fernando MARTIN Diz (ed.), Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, p. 68. Ver também, para uma outra abordagem sobre os ADR, Michael HEISE, “Why ADR Programs aren’t more appealing: an empirical perspective”, *Cornell Law Faculty Publications, Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 7, Issue 1, 64–96, March 2010, p. 1, disponível em:

<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2464&context=facpub>, consultado a 14-09-2016.

¹⁸⁵ Cfr. João PEDROSO et al, *Percursos da informalização e da desjudicialização - por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Coimbra, novembro de 2001, consultado a 15-08-2016, p.153, disponível em:

http://opi.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_6.html.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ Ivo AERSTSEN e Tony PETERS, “As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p. 37.

¹⁸⁸ Cfr. Cândido da AGRA/Josefina CASTRO, “Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 104.

Neste sentido, a Lei dos Julgados de Paz define, no seu artigo 35.º, a mediação como “uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”¹⁸⁹. Já a lei relativa à mediação em matéria penal define este mecanismo como “um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”¹⁹⁰.

Assim, pode entender-se por mediação o processo mediante o qual um terceiro, neutro e imparcial, assiste as partes num conflito, tendo em vista o estabelecimento voluntário de uma solução consensual. É, em regra, um processo formal em que, pela organização de intercâmbios entre as partes, se visa permitir o confronto dos seus pontos de vista, procurando uma solução para o conflito que as opõe¹⁹¹.

O objetivo da mediação é, portanto, resolver a disputa através do acordo e do entendimento recíproco.

Embora possam ser esgrimidas várias definições para o termo mediação, os elementos essenciais encontram-se presentes na maioria das noções, apesar de poder ser dada uma maior ênfase a uma característica ou a outra. Deste modo, constituem elementos ponderosos da noção de mediação as ideias de processo, de terceiro, de solução consensual, de imparcialidade, de neutralidade, de voluntariedade e de participação¹⁹².

A mediação pode ser qualificada como direta, no caso em que as duas partes se encontram presentes ou como indireta, quando é dirigida separadamente com cada uma das partes, por exemplo, nos casos em que a vítima recusa reencontrar-se com o ofensor ou tenha morrido e vem, posteriormente, ser dada voz aos seus familiares e amigos para que a representem.

Finalmente, a mediação pode ser concretizada através de formas distintas: por negociação, conciliação, arbitragem, aconselhamento e orientação.¹⁹³ A mediação apresenta-se como uma forma de resolução de conflitos, ainda que com características muito próprias, como a

¹⁸⁹ V. Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.

¹⁹⁰ V. artigo 4º, da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

¹⁹¹ Cfr. António FARINHA, “A Mediação no Processo Tutelar Educativo”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra. 2002, p.149.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ Carlos Pinto de ABREU/ Inês Carvalho SA/ Vânia Costa RAMOS, *Proteção, Delinquência e Justiça de Menores*, 2010, Edições Silabo, Lisboa, p. 155.

reconciliação das partes em conflito ou a informalidade e simplicidade do processo, características essas que não se vislumbram nos processos judiciais.

Inversamente a uma justiça vertical, profundamente hierarquizada e delimitadora das atribuições e papéis de cada um dos intervenientes, a mediação pretende introduzir um conceito de justiça horizontal corresponsabilizador de todas os envolvidos, que apela à sua intervenção e participação ativa na busca da solução para o diferendo¹⁹⁴. Partilhando o entendimento de Carlota Pizarro de Almeida, com a mediação existe uma devolução do conflito aos particulares pelo Estado, que lhes permite encontrar uma solução consensual que contribua para a pacificação e restauração da paz social¹⁹⁵.

Desta forma, e nestes termos em que a mediação é encarada como uma alternativa ao sistema de justiça formal, o recurso a este mecanismo permite que se cumpram os objetivos de política criminal ao mesmo tempo que evita os efeitos dessocializador e estigmatizante da aplicação de uma pena, ou no caso dos jovens, de uma medida tutelar.

No âmbito da Lei Tutelar Educativa, o artigo 42.º institui a mediação como um dos princípios gerais do processo tutelar, sendo ainda feitas referências expressas a este mecanismo noutras disposições legais que adiante esmiuçaremos.

A inserção desta disposição legal pelo legislador português decorre de um conjunto de princípios e normas que vigoram na esfera jurídica internacional que dispõem em matérias relacionadas com a Justiça de Menores, tais como a Convenção sobre os Direitos da Criança, as Regras de Beijing¹⁹⁶, as Directrizes de Riade¹⁹⁷, as Regras de Tóquio¹⁹⁸, a Recomendação do Conselho da Europa n.º R (87) 20 sobre as Reacções Sociais à Delinquência Juvenil e por último, a Recomendação n.º R (99) 19 do Conselho da Europa sobre a Mediação em Matéria Penal, que de seguida estudaremos.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA, “A mediação perante os objectivos do Direito Penal”, in *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio de 29 de Junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005, p. 40.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁹⁶ Estas Regras foram adotadas em 1985, tendo como desiderato principal a proteção social dos jovens e a proporcionalidade das sanções a aplicar. Cfr. Helena SUSANO, “A Dinâmica do Processo na Lei Tutelar Educativa – Contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação”, *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto 2010, Coimbra Editora, Coimbra, p.110.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem*. Consubstanciam um aglomerado de diretrizes emanadas pelas Nações Unidas em 1990, tendo como fito a prevenção da delinquência juvenil.

¹⁹⁸ Igualmente adotadas em 1990 estabelecem regras sobre a privação da liberdade dos jovens. *Idem, ibidem*.

¹⁹⁹ Cfr. António FARINHA, “A Mediação no Processo Tutelar Educativo”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra. 2002 p. 147.

3. A mediação nos instrumentos jurídicos internacionais

A consagração do método de mediação na Lei Tutelar Educativa encontra-se em consonância com as normas e os princípios vigentes na esfera jurídica internacional quanto à administração da Justiça de Menores²⁰⁰. São vários os instrumentos jurídicos internacionais que apelam à prática e à introdução de métodos alternativos, tendo várias instituições adotado um papel proactivo em matéria de mediação vítima-infrator.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, diploma de grande importância que postula um acervo de direitos e princípios no âmbito da infância e juventude foi aceite quase pela totalidade dos Estados. O n.º 3 do artigo 40.º deste diploma dispõe que os Estados Parte, sempre que se mostre possível, devem adotar medidas relativas às crianças suspeitas de infringirem a lei penal sem recurso ao processo judicial. Por seu lado, o n.º 4 enuncia um amplo conjunto de situações alternativas às institucionais que devem ser criadas pelos Estados de forma a garantir às crianças um “tratamento adequado ao seu bem-estar e proporcionado à sua situação e à infração”.

Também as Regras de Pequim ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, na Regra 1.3 alertam para a necessidade de serem tomadas “medidas positivas que assegurem a mobilização completa de todos os recursos existentes incluindo a família, os voluntários e os outros grupos comunitários, assim como as escolas e outras instituições comunitárias, com o fim de promover o bem-estar do menor e reduzir a necessidade de intervenção da lei e tratar de forma eficaz, equitativa e humanitária o jovem em conflito com a lei”.

Desta forma, ambos os diplomas já referenciados apelam ao recurso a meios de resolução do litígio fora do sistema de justiça tradicional, ou seja, sem recurso a um processo judicial, com o objetivo de salvaguardar o menor de uma intervenção que cause cicatrizes ainda profundas e que, porventura, incite o menor à continuação de práticas criminosas.

Neste sentido apontam também as Diretrizes de Riad ou Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil que no seu n.º 58 apelam a que os agentes da administração da justiça sejam formados para responder às necessidades especiais dos jovens, usando, tanto quanto possível, programas alternativos que retirem os jovens do sistema judiciário.

²⁰⁰ Cfr. António FARINHA, “A Mediação no Processo Tutelar Educativo”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 147.

O Conselho da Europa também não ficou indiferente ao que surgia a nível internacional e são vários os diplomas emanados que impelem os Estados a adotarem medidas alternativas específicas para jovens.

É o caso da Recomendação n.º R (87) 20 Sobre as Reações Sociais à Delinquência Juvenil, que encoraja os Estados a desenvolverem processos de desjudicialização e mediação, que sejam mais facilmente aceites pelo menor, e obtenham a colaboração da família, sem descuidar os direitos e interesses da própria vítima.

No que à mediação diz respeito a sua regulação consta da Recomendação n.º R (99) 19, tratando esta, exclusivamente, a Mediação em Matéria Penal e que foi aprovada pelo Conselho da Europa a 15 de setembro de 1999. Incita-se o desenvolvimento e criação de mecanismos de mediação, encorajando-se os Estados Membros a incluí-la nas suas legislações, promovendo-a e efetivando-a.

O papel da vítima também não foi esquecido e foram aprovadas duas Recomendações n.ºs R (85)11, relativa à posição da vítima no quadro do direito penal e do processo penal, e a Recomendação R (87)21, respeitante à assistência às vítimas e à prevenção da vitimização.

Em 2010, as *Guidelines* do Comité de Ministros do Conselho da Europa para uma Justiça Amiga das Crianças, adotadas pelo Comité de Ministros a 17 de novembro de 2010, surgem com o desiderato principal de suplantarem todas as deficiências e lacunas das legislações nacionais, aproximando-as de denominadores comuns, fazendo com que as legislações nacionais avancem no respeito pelos direitos das crianças e jovens²⁰¹.

Na senda do que tem sido dito, também a União Europeia tem apelado à introdução de métodos alternativos no campo da justiça. Nestes últimos anos tem sido várias as iniciativas com especial relevo para o desenvolvimento e evolução da justiça restaurativa na Europa²⁰².

Assim, foram iniciados o projeto Grotius, no qual se enquadra a criação do *“European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice”* (1999-2000) ou o projeto de investigação *“Victim Offender Mediation: Organization and Practice in the Juvenile Justice Systems”* (2002-2003) e o projeto Dikê, relativo à *“Protecção e promoção dos direitos das vítimas no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao estatuto da vítima em processo penal”* (2002-2003), e que é coordenado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima.

²⁰¹ Cfr. neste sentido, Tomé d’Almeida RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e actualizada, Quid Juis Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 144.

²⁰² Cfr. Ivo AERSTSEN e Tony PETERS, *“As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa”*, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 40.

A Lei Quadro do Conselho de 15 de março de 2001²⁰³ relativa ao estatuto das vítimas no processo penal, vincula os estados membros ao respeito pelos direitos da vítima no âmbito de um processo, nos quais se inserem o respeito e o reconhecimento do papel de vítima, o direito de audição e de fornecimento de provas, o direito de proteção ou o direito de reparação, entre outros.

Ao longo do diploma legal encontram-se várias referências à mediação vítima agressor, sendo que a alínea e) do seu artigo 1.º define-a como “a tentativa de encontrar, antes ou durante o processo penal, uma solução negociada entre a vítima e o autor da infracção, mediada por uma pessoa competente”.

O Projeto Dikê, no qual Portugal tem assumido um papel preponderante, visa, precisamente, apoiar na aplicação desta decisão quadro, de forma a contribuir para um melhor conhecimento, entre os Estados-Membro, relativamente a temas de interesse comum, tais como, “a assistência judiciária, a protecção de testemunhas e a mediação penal, bem como a colaboração entre instituições e os mais diversos profissionais - técnicos, organizações e serviços de apoio à vítima, mediadores e organizações e serviços de mediação, formadores”²⁰⁴.

Deste acervo de diplomas retiram-se ideias comuns que foram mais ou menos aceites pelos Estados e transcritas para as suas legislações²⁰⁵, preconizando-se assim um novo modelo de justiça juvenil. Lançaram-se as bases de uma justiça alternativa que é a Justiça Restaurativa ou Reparadora.

Os pontos essenciais a atender, e que adiante desenvolveremos, passam pela participação ativa no processo penal, da vítima, do delincente e de todos os sujeitos afetadas pela prática do ilícito; pretende-se o envolvimento da comunidade no sistema de justiça; reconhece-se o interesse da vítima em ser ouvida, possivelmente até em comunicar com o delincente, que verá a sua reinserção na vida em comunidade facilitada; e, contribuindo-se, com tudo isto, para resultados mais construtivos e menos repressivos da justiça penal²⁰⁶.

²⁰³ Com as alterações introduzidas pela Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

²⁰⁴ *Promoção e protecção dos direitos das vítimas de crime na Europa – Seminário Internacional Dikê*, Nota de apresentação, Edição da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003, p. 6, disponível em: http://www.apav.pt/pdf/Dike_PT.pdf, consultado a 15-08-2016.

²⁰⁵ Por exemplo, em Portugal foi criado o Programa de Mediação e Reparação pelos Serviços de reinserção Social, tendo por base, além de outros instrumentos, a Recomendação sobre a Mediação em Matéria Penal; a Bélgica pelas Leis de 15 de maio e 13 de junho de 2006, veio proceder a alterações à sua legislação relativa aos jovens incluindo o modelo restaurador como um modelo de justiça juvenil.

²⁰⁶ *Cfr.* António FARINHA, “A Mediação no Processo Tutelar Educativo”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 147.

No âmbito da justiça de menores, embora com alguns ajustes, são estes os objetivos que igualmente se desejam com a introdução do mecanismo da mediação e, conseqüentemente, dos ideais de Justiça Restaurativa.

4. Os princípios orientadores da mediação

Relativamente à mediação civil e à mediação comercial existe um diploma legal que estabelece o seu regime jurídico, bem no caso da mediação penal, mas o mesmo não ocorre em relação à mediação tutelar educativa. No entanto, o diploma referente à mediação civil e comercial consagra os princípios gerais aplicáveis ao método de mediação²⁰⁷, qualquer que seja a natureza do litígio. Por conseguinte, este diploma funciona como a lei de enquadramento da mediação que se realiza em Portugal, reunindo as suas regras essenciais, os seus princípios, as regras aplicáveis aos mediadores, dispondo ainda em matéria de processo e de procedimento.

Portanto, os princípios a abordar configuram princípios gerais, que daremos conta tendo como horizonte a Lei Tutelar Educativa. Nestes termos, faremos uma abordagem sintética e geral dos princípios norteadores da mediação.

4.1 Princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade das partes é um dos princípios basilares da mediação, apresentando-se como uma condição indispensável ao seu sucesso.

Na senda deste princípio, nem o jovem autor da infração nem a vítima devem ser obrigados a participar ou a recorrer a este método. Em ordem a este princípio, e de igual forma, também deve ser respeitada a decisão de qualquer um dos intervenientes em não prosseguir com a mediação. Embora num primeiro momento tenha existido acordo quando à intervenção dos serviços de mediação, posteriormente, qualquer uma das partes poderá abandonar este método sem que daí resulte qualquer sanção. O mediador ou qualquer autoridade judiciária não podem, em circunstância alguma, impor o recurso à mediação ou impor uma solução concreta para um caso que resulte da sua própria convicção, sem que tenha sido obtida a concordância das partes.

²⁰⁷ Referimo-nos, em concreto, à Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que consagra os Princípios gerais aplicáveis à mediação civil e comercial.

A participação voluntária constitui um elemento essencial da mediação sendo garante de futuros resultados positivos. Por conseguinte, nem o jovem agressor, nem a vítima podem ser induzidos, coagidos ou obrigados a participar neste processo²⁰⁸.

Como refere Mariana França Gouveia, “os meios de resolução alternativa de litígios são, por regra, voluntários – dependem unicamente da vontade das partes de aderir ou não a um mecanismo alternativo”²⁰⁹.

Os intervenientes na mediação devem assumir um interesse sério e demonstrar uma vontade livre e esclarecida acerca dos seus direitos, da natureza do processo de mediação e das consequências que daí possam derivar²¹⁰.

Contrariamente à intervenção impositiva do sistema judicial, na mediação, a intervenção e participação das partes é completamente livre e deriva da sua vontade, o que tem revelado resultados positivos quanto à compreensão pelo infrator das consequências nefastas do seu comportamento, levando-o a responsabilizar-se pelas mesmas.

Por outro lado, e já na perspetiva da vítima, se a mediação lhe fosse imposta poderia causar ainda mais danos do que os causados pelo ilícito praticado, tendo o efeito de revitimização. Pense-se nos casos em que a vítima não quer reencontrar-se com o agressor, sendo que vários motivos são legítimos para essa recusa e não existindo predisposição das partes para dialogarem num processo de mediação, não há mediação.

4.2 Princípio da imparcialidade e da neutralidade

Analisando os princípios da imparcialidade e neutralidade concomitantemente, entende-se que sobre o mediador impende a obrigação de se manter imparcial e neutro em relação a todos os intervenientes, não podendo demonstrar, por qualquer forma, pendor para uma determinada solução ou qualquer favoritismo.

O mediador caracteriza-se por ser um terceiro neutro e imparcial, incumbido de promover o diálogo entre as partes para que estas encontrem uma solução para o conflito que as opõe²¹¹.

²⁰⁸ V. Susana CASTELA, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, in *Sub Judice*, Justiça Restaurativa, n.º 37, outubro-dezembro, Almedina, Coimbra, 2006, p.98.

²⁰⁹ Cfr. Mariana França GOUVEIA, Curso de resolução alternativa de litígios, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 18.

²¹⁰ Cfr. Francisco Amado FERREIRA, “Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.29.

²¹¹ Cfr. Cátia Marques CEBOLA, “A resolução extrajudicial de conflitos em Portugal no século XXI”, in *Panorama do Direito no terceiro milénio*, Livro em homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, org. Daniel Freire e Almeida *et al*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 460.

Portanto, cabe às partes encontrarem por si uma solução, não cabendo ao mediador exprimir ou ditar opiniões, devendo ainda abster-se de acusar, criticar ou emitir juízos de valor.

A atuação do mediador será, assim, imparcial, independente e isenta, considerando que, violadas estas regras, o mediador estará a infringir também as regras deontológicas inerentes ao exercício da sua profissão²¹².

4.3 Princípio da confidencialidade

A confidencialidade constitui, igualmente, um dos princípios estruturantes da mediação. Todas as conversas e declarações emitidas pelas partes no decurso da mediação devem permanecer sigilosas, sendo que é uma obrigação que recai sobre todos os intervenientes.

Assim, quanto ao mediador, este não pode fazer revelações do que ocorreu durante a mediação nem pode usar, posteriormente, as informações obtidas, salvo se as partes o requererem. Mesmo que o mediador esteja obrigado a revelar à autoridade judiciária os resultados da mediação, deve informar previamente as partes desta necessidade.

É importante que as partes se encontrem seguras e munidas de confiança para poderem expressar os seus sentimentos. Se as suas declarações forem utilizadas noutros contextos as partes sentir-se-ão coibidas em verbalizar os seus pensamentos.

4.4 Princípio da cooperação

O processo de mediação assenta no diálogo e na cooperação das partes, na busca de uma solução consensual e se chegarem a um consenso, ambas ficam a ganhar, pois, contrariamente ao resultado das decisões judiciais, não há uma parte vencida ou uma parte vencedora

O processo de mediação pode envolver a celebração de um contrato de mediação, onde as partes fixem as regras de conduta a respeitar durante o processo e mesmo após o seu término, bem como onde definem o conteúdo e o escopo da mediação, pressupondo vontade de celebrarem

²¹² Sobre esta questão ver Código Deontológico Europeu dos Mediadores, disponível em, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf, consultado a 02-06-2016. Também a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, conhecida como Lei da Mediação, já referenciada, dispõe de um capítulo relativo ao mediador de conflitos, *cfr.* arts 23.º a 29.º.

um acordo final. Existindo consenso e cooperação, o processo de mediação revela-se profícuo, daí se retirando benefícios para a vítima e para o ofensor²¹³.

4.5 Princípio da celeridade

O recurso aos meios judiciais tem-se revelado extremamente moroso, não sendo proferidas decisões em tempo útil, que salvaguardem os direitos e interesses protegidos dos cidadãos.

Pelo contrário, através dos processos de mediação as respostas são mais rápidas e mais eficazes, vendo, os que nela participam, satisfeitos os seus interesses atempadamente.

O princípio da celeridade tem implicações ao nível da simplicidade dos atos e das formas, evitando-se procedimentos e trâmites inúteis que mais não fazem do que prolongar o processo²¹⁴. Isto não quer dizer que na mediação não existam regras ou formalidades, mas sim que estas são reduzidas e revelam-se o mais simples possível.

5. As vantagens da mediação

A mediação, enquanto meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos, comporta vantagens para a vítima, para o infrator, para a comunidade e até para o próprio sistema de justiça. Atendendo ao *supra* exposto, não se torna difícil adiantar um conjunto de benefícios que são apontados a este método.

Desde logo, a mediação propicia uma mudança de estereótipos²¹⁵ tanto por parte da vítima como por parte do agressor, que tendem a alterar a forma como percebem o outro, o que favorece uma futura convivência sem rancores ou receios.

Quanto aos benefícios que a vítima retira do recurso ao método de mediação aponta-se, primeiramente, a possibilidade de conhecer o infrator, podendo confrontá-lo diretamente com o mal e o sofrimento que o crime por este perpetrado lhe causou. Assim, a vítima pode expressar os seus sentimentos e emoções de forma direta, obtendo também a reação do agressor de forma imediata, podendo obter respostas que só ele lhe poderá dar, como por exemplo, o porquê de ter praticado um crime ou o porquê de ter recaído sobre si esse comportamento. Na medida em que

²¹³ Cfr. Francisco Amado FERREIRA, "*Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos*", Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.34.

²¹⁴ *Idem, ibidem*.

²¹⁵ Cfr. Melinda SMITH, "Resolução de conflitos para crianças e jovens", in *Novos paradigmas em Mediação*, Dora Fried Schnitman/Stephen Littlejohn (org.), ARTMED Editora, Porto Alegre, 1999, p. 165.

a vítima confronta diretamente o agressor pode presenciar o arrependimento deste, afastando assim todos os receios que possa ter sobre uma nova agressão, da mesma forma que pode assistir a um pedido de desculpas ou de receber uma justa reparação pelos danos sofridos. Acresce que, através da mediação a vítima pode, igualmente, participar de forma mais ativa na resolução do caso, evitando a lentidão dos processos judiciais e o possível efeito revitimizador. Através do recurso à mediação pretende-se que a vítima, “encerre o assunto” o que lhe permitirá trazer a paz de espírito perdida no momento da infração²¹⁶.

Relativamente ao delincente, destaca-se a possibilidade de assumir a responsabilidade pelo ato que praticou, assimilando os prejuízos e a dor que causou à vítima, tendo a oportunidade de apresentar um pedido de desculpas ou explicar o porquê do comportamento passado. Através do contacto com a vítima, ao delincente é dada a possibilidade de “compreender a verdadeira dimensão humana das consequências do seu comportamento”²¹⁷, aumentando assim a hipótese de se arrepender verdadeiramente.

Outra vantagem igualmente importante prende-se com a oportunidade de o infrator participar ativamente na definição e na aceitação da reparação, o que facilita a sua reinserção social, evitando, de futuro, que venha a reincidir.

Por seu lado, quanto à comunidade depreende-se, imediatamente, a possibilidade de participar no sistema de justiça penal, aproximando os cidadãos da realização da Justiça, promovendo a paz social perdida com a prática da infração e desta forma cumprir as finalidades de prevenção geral e de prevenção especial. A comunidade passa a compreender melhor o fenómeno da criminalidade o que também facilita a promoção do apoio às vítimas e a reinserção dos delinquentes²¹⁸.

Por último, não se podem deixar de referir os benefícios para o sistema tradicional de justiça, de que são exemplo, a contribuição para a individualização das respostas que diferem de caso para caso ou a contribuição para melhorar a imagem da Justiça junto dos cidadãos. Não se pode esquecer que o número de pendências processuais assume, não raras vezes, valores bastante elevados, pelo que o recurso a métodos alternativos permite a redução do volume de processos no sistema de justiça dito tradicional, possibilitando a concentração de esforços em áreas em que

²¹⁶ Cfr. João LÁZARO e Frederico Moyano MARQUES, “Justiça Restaurativa e Mediação”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 65.

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ Cfr. António Farinha, “A Mediação no Processo Tutelar Educativo”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 150.

a criminalidade é mais exigente. Desta forma os litígios são resolvidos de forma célere, flexível e, acima de tudo, com a participação de todos os envolvidos²¹⁹.

A mediação caracteriza-se pela negociação contínua até que seja possível obter um acordo que satisfaça ambas as partes, portanto, pode afirmar-se que todos ficam a ganhar, contrariamente ao que ocorre nos processos judiciais, em que uma parte será a vencedora e a outra, inevitavelmente, a vencida.

Concluindo, a mediação permite o confronto direto e imediato entre a vítima e o autor da infração, com o fim último de alcançar uma solução participada para o conflito, o que traz benefícios para todos, quer direta, quer indiretamente.

6. A mediação como alternativa ou como complemento ao sistema de justiça tutelar?

Uma das principais dúvidas que se coloca em relação à mediação em geral e à mediação tutelar educativa em especial é se esta funciona como uma alternativa ao processo judicial ou deve antes assumir um papel complementar daquele sistema.

Relativamente à Lei Tutelar Educativa não existe nenhuma disposição legal concreta em que se dê resposta a esta questão. O artigo 42.º da Lei Tutelar no seu n.º 1 refere que “a autoridade judiciária pode determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação”. Ora, este artigo estabelece um regime extremamente permissivo não definindo os termos em que se pode recorrer à mediação. Na Lei Tutelar Educativa não existe qualquer disposição legal esclarecedora dos critérios a observar na remessa dos processos para mediação, da mesma forma que não faz qualquer referência à relação a estabelecer entre os vários intervenientes processuais – o Tribunal, o Ministério Público, os serviços de reinserção social e os serviços de mediação.

A lei faz apenas referência a uma ideia de “cooperação”, deixando ainda em aberto a forma de avaliar os resultados da mediação. O que sucede se não houver acordo? E, caso haja acordo, qual o seu valor? Esse acordo tem obrigatoriamente que ser aceite pela autoridade judiciária, já que se funda numa ideia de consensualidade? Estas são algumas das questões a que a lei não responde.

Uma análise da norma permite-nos observar que a lei deixa uma ampla margem de discricionariedade na utilização da mediação, o que se adequa aos princípios norteadores da

²¹⁹ Cfr. João LÁZARO e Frederico Moyano MARQUES, “Justiça Restaurativa e Mediação”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 65.

justiça de menores. No entanto, sendo a mediação um método novo, inovador e que rompe com os parâmetros anteriormente vigentes, deveria merecer uma maior atenção por parte do legislador. Se a justiça de menores se revela como um campo profícuo ao desenvolvimento de mecanismos alternativos, também é certo que nela vão participar menores, cuja personalidade ainda se encontra em desenvolvimento e que ficará para sempre marcada pelo conflito surgido.

Relativamente ao momento em que a mediação pode ser utilizada, esta pode ter lugar antes da instauração do processo judicial ou no decurso desse mesmo processo, como também pode ser complementar do processo judicial ou totalmente independente deste.

Na lei aplicável aos menores que praticaram factos qualificados pela lei penal como crime, optou-se pela intervenção dos serviços de mediação durante o processo judicial formal, ou seja, a mediação pode ter lugar ao mesmo tempo que o processo judicial, estando nele integrada²²⁰.

No entanto, em instrumento algum, quer internacional, quer nacional, se diz que a mediação deve ser entendida como um complemento ou como uma alternativa ao processo judicial. Neste aspeto, o legislador português deixou em aberto todas as hipóteses.

A Recomendação do Conselho da Europa sobre a Mediação em Matéria Penal entende que o método de mediação pode ser entendido quer como complemento, quer como alternativa ao processo judicial, corroborando a ideia de que a mediação em matéria penal permite obter resultados mais construtivos, mediante a participação ativa e pessoal da vítima e do delinvente na resolução do seu próprio conflito.

Ainda na esteira daquela recomendação e, pese embora admitir a complementaridade, a autonomia dos serviços de mediação é considerada extremamente importante para que possam atuar com flexibilidade e responsabilidade para com as partes, exercendo as suas funções numa gestão genuína dos conflitos. Assim, deve prevalecer uma autonomia suficiente em relação ao sistema de justiça, dispensando-se toda a regulamentação legal não estritamente necessária²²¹. Fundando-se numa ideia de reciprocidade e de esforço comum na resolução de uma determinada questão conflituosa, ainda assim os serviços de mediação devem ser suficientemente autónomos do sistema de justiça tradicional, na medida em que somente desta forma se preservarão e se cumprirão os seus princípios e formas de intervenção.

²²⁰ O que implica a suspensão do processo judicial durante o tempo necessário. Esta solução está consagrada no artigo 104.º da Lei Tutelar Educativa, em que se refere a possibilidade de recurso à mediação para obtenção de um consenso quanto à aplicação de uma medida tutelar não institucional. O juiz requerendo a intervenção dos serviços de mediação suspende a audiência por prazo não superior a 30 dias.

²²¹ *Cfr.* António Farinha, "A Mediação no Processo Tutelar Educativo", in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 155.

A permissividade do legislador neste campo, por um lado, não é criticável já que teve o intuito de incentivar o recurso à mediação, deixando em aberto todas as hipóteses. No entanto, por outro lado, e como já se referiu, a justiça de menores é uma área vulnerável que merece a maior das atenções e por esse motivo o legislador deveria ter o cuidado de evitar arbitrariedades e desigualdades de tratamento que possam surgir, em virtude da falta de regulamentação, instituindo critérios pré-fixados e a relação a estabelecer entre o sistema de justiça e as entidades públicas ou privadas de mediação.

O legislador devia ter esclarecido se a mediação se insere no processo judicial existente, ou, contrariamente, é independente daquele. Após a prática do delito podem as partes recorrer à mediação, deixando de lado o processo judicial? No decurso de um processo judicial decidindo as partes recorrer à mediação esta pode ocorrer de forma completamente independente daquele processo?

Estas questões não são de resposta fácil e certamente existem opiniões diversas. Em nossa opinião, julgamos que o legislador deveria ter optado por referir expressamente que a mediação deve ser incorporada no sistema de justiça tradicional, sem deixar margem para dúvida. Pensamos que, atualmente, não existem meios para que a mediação seja independente do processo judicial. Em primeiro lugar, não existem programas de mediação privados, já que a mediação em sede de intervenção tutelar é, face à letra da lei, realizada pelos serviços de reinserção social. Em segundo lugar, não existem garantias de que os direitos fundamentais das partes serão, integralmente, respeitados, caso se instituam serviços privados de mediação, isto porque é um método recente, não existindo sensibilidade na área, estando ainda agora a dar os primeiros passos.

Neste sentido, a mediação em sede de processo tutelar educativo deveria estar regulamentada, sendo esta a principal lacuna que podemos apontar e à qual faremos referência ao longo dos próximos apartados. Aliás, convém realçar, desde já, que a falta de regulamentação coloca entraves à sua utilização prática, impedindo, mesmo, o recurso a este método.

Aquando da primeira revisão da Lei Tutelar Educativa ocorrida recentemente através da Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, o legislador deveria ter encetado esforços no sentido de rever as questões atinentes à mediação, no entanto, nada foi alterado, ou melhor dizendo, nada foi regulamentado, permanecendo um vazio legal quanto a esta temática.

Tomando posição pela inserção da mediação no processo judicial, André Lamas Leite refere que “de facto, o princípio da legalidade como vector estruturante do ordenamento jurídico-criminal adjectivo português, a posição constitucional e as atribuições do Ministério Público, aliados à

prudência de caminhar através de passos seguros – mesmo que, *prima facie*, pareçam algo tímidos ou conservadores-, depõem no sentido de afivelar a mediação aos quadros tradicionais do tratamento processual de infracções penais”²²².

Julgamos que a complementaridade pode ser difícil de compatibilizar com a autonomia que deve caracterizar o método de mediação. No entanto, esta parece ser a opção mais viável a curto prazo. Poderão equacionar-se outras hipóteses, mas por agora, atendendo ao facto de a mediação ser algo recente, parece-nos que a melhor forma de proteger os jovens será através do seu enquadramento no decurso de um processo.

Do legislador clama-se a regulamentação do método de mediação, em sede tutelar educativa, para que se estabeleçam critérios a atender pela autoridade judiciária na seleção dos casos e dos factos a mediar, no estabelecimento de prazos para esse efeito, na valoração dos resultados obtidos, corporizados num acordo ou não, nas relações a estabelecer entre o sistema judiciário e os serviços de mediação, entre outros aspetos relevantes para o bom funcionamento da mediação. Mas quanto a esta questão teceremos maiores considerações no capítulo seguinte.

7. A mediação na Lei Tutelar Educativa

Como enunciado anteriormente, foram vários os instrumentos internacionais que encorajaram os Estados a adotarem nas suas legislações nacionais mecanismos específicos para crianças e jovens que praticam factos qualificados pela lei penal como crime, designadamente, a mediação.

A legislação portuguesa, não olvidando o consagrado naqueles diplomas, introduziu o ideário da justiça restaurativa no sistema de justiça de menores, com a entrada em vigor da Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, que aprovou a Lei Tutelar Educativa, através da consagração da mediação, de mecanismos de diversão e ainda, de medidas tutelares com finalidades reparadoras.

O artigo 42.º da Lei Tutelar Educativa introduzindo a figura, vem enunciar que a autoridade judiciária pode requerer a cooperação de entidades de mediação. Adiante, a Lei Tutelar prevê expressamente que a mesma pode ser requerida em duas fases processuais, na fase de inquérito, conforme decorre do artigo 84.º, ou na fase jurisdicional, como prevê o artigo 104.º. Ora, esta consagração expressa em relação a específicos momentos processuais impele-nos, desde já, a questionar se poderá ser um meio a utilizar noutras fases.

²²² Cfr. André Lamas LEITE, “A mediação penal de adultos: Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho”, *Maia Jurídica – Revista de Direito*, Ano IV, n.º 2, Julho – Dezembro 2006, Coimbra Editora, Coimbra, p. 111.

Sobre o conceito de mediação em sede de justiça de menores, pode dizer-se que é um modo de resolver a situação problema fora de procedimentos formais, ou seja, fora do sistema de controlo formal²²³. Trata-se de encontrar uma resposta para a querela que satisfaça os interesses de todos os participantes, mas que, ao mesmo tempo, salvaguarde o delinvente do processo judicial, com consequências muito mais atrozés.

A mediação assenta na ideia de que os sujeitos envolvidos num determinado litígio são aqueles que se encontram melhor posicionados para encontrar a solução para o diferendo que os opõe. O mediador, por seu lado, não pode assumir um papel impositivo, coagindo as partes a aceitar um acordo, mas deve, por outro lado, auxiliar e assistir, cabendo-lhe o papel de as ajudar a comunicar e a encontrarem uma solução que satisfaça todos os envolvidos.

O recurso ao método de mediação na Lei Tutelar Educativa tem como desiderato principal a devolução ao jovem delinvente e à vítima a dianteira na resolução do conflito, visando a assunção de responsabilidades do jovem delinvente pelas suas ações e uma reparação à vítima adequada e satisfatória. Tal como acontece no sistema penal de adultos também na Lei Tutelar Educativa a vítima é relegada para segundo plano, adotando, muitas vezes, uma posição secundária e sem grande participação processual.

Em sede de intervenção tutelar poder-se-á questionar se as necessidades de educação do jovem infrator para o direito não serão esquecidas em virtude de se passar a atender aos interesses da vítima e de esta passar a assumir um lugar de destaque ao longo do processo. A resposta será, inequivocamente, negativa. Conforme explicita a Exposição de Motivos da Proposta de Lei, o interesse do menor é o principal baluarte da intervenção tutelar e, em consequência, também o será da mediação. Aliás, “a sua função deve examinar-se mais como instrumento de educação e de inserção e menos como forma de pacificação em que a comunidade ficaria quite com o facto (...), sendo a mediação um modo de resolver a situação - problema sem recurso a procedimentos formais. Mas sempre tendo em vista o fundamento da intervenção tutelar educativa: a educação do menor para o direito. É este o sentido com que se recolhe a ideia de mediação”²²⁴. Por conseguinte, já na exposição de motivos se procuraram antecipar as dúvidas que, posteriormente, poderiam surgir, enunciando, de forma clara, que pelo facto de se centralizar o papel da vítima no processo, tal não poria em causa a finalidade de educação do jovem para o direito e a sua reinserção na vida em sociedade.

²²³ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.10.

²²⁴ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.10.

Apesar das boas intenções do legislador ao introduzir a mediação no sistema de justiça de menores, esta ainda não se encontra particularmente desenvolvida no nosso sistema jurídico, é de reduzida tradição e os seus suportes institucionais são muito ténues²²⁵. Mesmo assim, na Lei Tutelar Educativa, diploma pioneiro na consagração deste mecanismo, são encontradas várias referências a este método, que de seguida analisaremos.

7.1 A mediação em sede de princípios gerais do processo tutelar

A nova perspetiva com que tem sido encarada a legitimação da intervenção estadual e os seus fins tem repercussões a nível processual, designadamente quanto aos princípios estruturantes do processo e à sua própria tramitação²²⁶.

O artigo 42.º da Lei Tutelar Educativa insere a mediação em sede de princípios gerais do processo tutelar. Nos termos deste artigo, a autoridade judiciária pode determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação, para a realização das finalidades do processo. Com efeito, o objetivo da mediação consiste na realização das finalidades do processo. No n.º 2, por seu lado, refere-se que a mediação tem lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, dos seus pais, do representante legal, de quem tenha a sua guarda de facto ou de defensor.

Também na Exposição de Motivos da Proposta de Lei que deu origem à Lei Tutelar Educativa defende-se que a mediação começa a ser considerada como nova modalidade de resposta ao crime, revelando-se promissora no campo da justiça juvenil²²⁷. No seguimento destas afirmações mostra-se coerente a introdução da mediação na lei aplicável aos menores que praticam factos ilícitos. Através do método de mediação, alicerçado na autorresponsabilização, o menor pode tomar consciência do alcance e do valor dos danos provocados pelos seus atos e assumir responsabilidade pelos mesmos, participando ativa e diretamente na resolução do conflito.

Aliás, atendendo às finalidades que a Lei Tutelar Educativa preconiza, a mediação surge como um mecanismo que se adequa perfeitamente, na medida em que pretende a responsabilização dos jovens, não numa base de formalidades e coercividade, mas sim através de método alicerçado na liberdade e na autodeterminação. Cabe também ao jovem alvo de um processo tutelar educativo participar na reparação do mal causado à vítima e à sociedade, em sentido lato, uma

²²⁵ *Cfr.* Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 136.

²²⁶ *Idem*, p. 131.

²²⁷ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.10.

vez que este tem “uma palavra a dizer”, podendo conformar o rumo do processo e o seu desfecho. Desta forma, o jovem apreenderá de uma forma menos agressiva os valores essenciais da vida em comunidade e as regras indispensáveis a uma saudável e pacífica convivência social, garantindo-se, assim, as finalidades educativa e de socialização inerentes a um processo tutelar educativo.

Uma vez concluída a mediação, e cumpridas as finalidades da lei, deve formular-se um juízo sobre a necessidade ou não de aplicação de uma medida tutelar e, no caso de o ser, sobre a sua escolha ou ainda para obtenção de consenso quanto a uma medida já proposta.

Assim, com esta consagração, a Lei Tutelar Educativa tornou-se o primeiro diploma legal do sistema jurídico português a instituir o mecanismo da mediação, enquanto mecanismo distinto do processo judicial dito «normal». A introdução da mediação em sede de princípios gerais incita o recurso a soluções consensuais, que devem ser adotadas em detrimento do recurso ao processo judicial. Neste quadro legal, a possibilidade de recurso à mediação encontra-se expressamente prevista em duas fases processuais que cabe, agora, enunciar.

7.2 A mediação na fase de inquérito

O inquérito tutelar educativo, caso não seja arquivado liminarmente²²⁸, pode ser posteriormente arquivado se o Ministério Público concluir pela inexistência do facto, pela insuficiência de indícios da sua prática ou pela desnecessidade de aplicação de medida tutelar, se o facto qualificado como crime for punível com pena de prisão não superior a 3 anos²²⁹. Contudo, o Ministério Público pode também optar pela suspensão do processo, sendo esta a forma preferencial para o fim do inquérito tutelar educativo.

Ora, o artigo 84.º dispõe quanto à suspensão do processo, enunciando, que o Ministério Público, no caso em que se verifique a necessidade de medida tutelar e sendo o facto punível com pena de prisão de máximo não superior a cinco anos, pode decidir-se pela suspensão do processo. Para o efeito requer-se a apresentação de um plano de conduta, que o menor concorde com o plano proposto, que nunca tenha sido sujeito a uma medida tutelar e que evidencie estar disposto a evitar, no futuro, a prática de factos qualificados pela lei como crime. Para cumprimento do

²²⁸ Nos termos do art. 78.º da Lei Tutelar Educativa a fase de inquérito pode terminar com a suspensão provisória do processo, com o arquivamento ou com o requerimento para abertura da fase jurisdicional.

²²⁹ *Cfr.* art. 87.º da Lei Tutelar Educativa.

plano de conduta o Ministério Público pode solicitar a intervenção dos serviços de reinserção social e dos serviços de mediação.

Neste artigo encontra-se, ainda, um conjunto exemplificativo do que pode consistir o plano de conduta. Assim, entre outros, o menor pode apresentar um pedido de desculpas ao ofendido ou pode proceder ao ressarcimento, efetivo ou simbólico, total ou parcial, do dano que provocou, através de dispêndio de dinheiro de bolso ou com a prestação de tarefas a favor do ofendido. É de agradecer o carácter reparador que o legislador pretendeu inculcar àquilo que pode constituir o conteúdo do plano de conduta.

Parece-nos que o elenco plasmado neste artigo, ainda que a ele se possam juntar outras situações, inteiramente dependentes da imaginação e aceitação dos intervenientes, mostra-se adequado ao público a que é dirigido: os menores – crianças e adolescentes. Mesmo para os mais céticos, muitas situações existirão em que um pedido de desculpas sincero realizará quer as finalidades do processo – educação do menor para o direito e sua inserção, digna e responsável, em sociedade, quer as necessidades da vítima e da própria comunidade. A reparação do dano, por exemplo, no caso em que haja a destruição de um objeto e o menor se prontifique a reconstruí-lo ou repará-lo, mostra-se, igualmente, adequada. Neste caso, o menor interiorizará, de forma mais fácil, a negatividade associada ao seu comportamento e o mal que causou ao ofendido e que este teria que suportar, caso não o reparasse.

Todavia, é necessário ter atenção ao plano de conduta, já que este não pode consistir numa tarefa ou numa situação demasiado onerosa para o menor, sendo que se tal ocorrer, a aplicação de uma medida tutelar pode revelar-se mais favorável. Neste sentido, na esteira de Anabela Miranda Rodrigues é defensável que os limites previstos na lei para a aplicação de uma medida tutelar, como a salvaguarda dos direitos e interesses do menor, do seu normal e são desenvolvimento, se apliquem também na delimitação das condutas integradoras do plano de conduta²³⁰.

De salientar que os serviços de medição podem intervir não só na elaboração do plano de conduta, mas também na execução ou cumprimento do mesmo. O menor, os seus pais ou o seu representante legal podem solicitar a intervenção dos serviços de mediação para auxiliar no cumprimento do plano, para que este decorra sem qualquer obstáculo ou dificuldade. O papel

²³⁰ Cfr. Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 199.

destes serviços revela especial importância neste âmbito, por forma a que sejam respeitados todos os direitos e interesses dos participantes, não se frustrando as expectativas criadas.

O mecanismo da suspensão do processo pelo Ministério Público concretiza o princípio da mínima intervenção que enforma toda a intervenção tutelar, que dá preferência a soluções consensuais, a um processo célere e a uma menor estigmatização do menor²³¹. O Ministério Público, na fase de inquérito, tem um papel preponderante, enquanto “*gatekeeper* do processo de mediação”, uma vez que perante jovens indiciados pela prática de factos qualificados como crime, puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos, pode determinar o seu encaminhamento para a mediação e, em função dos resultados obtidos, decidir o seguimento do processo²³².

Ainda em sede de princípios, pode dizer-se que a suspensão provisória do processo corporiza o princípio da oportunidade, em detrimento do princípio da legalidade, segundo o qual o Ministério Público pode ou não suspender o processo em razão do juízo que formular sobre a sua conveniência²³³. O princípio da oportunidade tem permitido responder à pequena e média criminalidade de forma célere, através do recurso a soluções consensuais e de critérios de oportunidade e de meios de diversão. Conforme refere Júlio Barbosa e Silva, muitas das respostas dadas através da suspensão do processo são, na maioria dos casos, adequadas e suficientes para afastar o jovem, no futuro, da prática de factos qualificados como crime. Assim, coloca-se também a questão de racionalização de meios e de guardar os escassos recursos existentes para os casos e jovens verdadeiramente problemáticos, sérios, violentos e persistentes, que correm mais riscos de reincidir. Estes jovens carecem de maiores necessidades educativas e de abordagens mais intensas do que os restantes casos que podem “seguir a via abrangente, elástica e potencialmente criativa da suspensão do processo (...)”²³⁴.

A suspensão do processo é uma solução essencial para a resolução de uma percentagem enorme de inquéritos tutelares educativos, podendo assumir-se como regra num número infundável

²³¹ Cfr. neste sentido, Tomé d'Almeida RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e actualizada, Quid Juis Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 130.

²³² V. Susana CASTELA, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, in *Sub Judice*, Justiça Restaurativa, n.º 37, outubro-dezembro, Almedina, Coimbra, 2006, p.97.

²³³ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1970 p.150.

²³⁴ Júlio Barbosa e SILVA, *Lei Tutelar Educativa Comentada – No âmbito das principais orientações internacionais, da Jurisprudência Nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 286.

de casos. Contudo, ainda se continua a optar por submeter a medidas tutelares educativas jovens cujos casos poderiam ser contidos e resolvidos mediante adequadas condições/injunções²³⁵.

Resumidamente, em sede tutelar, verificados que estejam todos os pressupostos enumerados no artigo 84.º, o Ministério Público suspende o processo, não gozando de discricionariedade nesta decisão. A mediação tem lugar, mediante iniciativa do Ministério Público, com vista auxiliar a elaboração do plano de conduta e o seu cumprimento.

7.3 A mediação na fase jurisdicional

Já na fase jurisdicional, mais precisamente, na audiência preliminar, o tribunal pode socorrer-se da mediação para a obtenção de consenso quanto à medida tutelar a aplicar, desde que não seja a medida de internamento. A audiência preliminar tem lugar quando o Ministério Público requer a aplicação de uma medida tutelar não institucional e o juiz considerar que “a natureza e gravidade dos factos, a urgência do caso ou a medida proposta” justificam um processo encurtado²³⁶. Diz-nos o artigo 104.º, n.º 3, alínea b) que, não sendo obtido consenso, o juiz pode determinar a intervenção dos serviços de mediação.

Neste caso, a intervenção dos serviços de mediação tem como finalidade a busca de uma medida tutelar educativa não institucional que reúna o consenso de todos os sujeitos processuais. Exige-se que a medida tutelar aplicável reúna o consenso de todos os envolvidos, aqui se incluindo o ofendido. A audiência preliminar apresenta-se como um espaço de consenso, em que pela reunião de todos se visa encontrar a medida tutelar apropriada, sob proposta do Ministério Público. Se a proposta reunir consenso e não for considerada desproporcionada ou injusta, o juiz homologa-a. Não tendo sido obtido consenso entre o menor, os seus pais ou representante legal, o Ministério Público e a vítima, caso esteja presente, o juiz pode determinar a intervenção dos serviços de mediação.

Com esta solução procura-se evitar o prolongamento do contacto do menor com o sistema judicial e ainda confiar ao juiz a decisão sobre a justiça e proporcionalidade da decisão²³⁷. Tal como

²³⁵ Cfr. Júlio Barbosa e SILVA, “E se todo o mundo é composto de mudança...”: um primeiro comentário sobre as novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efectuadas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, *Revista do Ministério Público*, n.º 143, ano 39, Lisboa, julho-setembro 2015, p. 51.

²³⁶ Cfr. arts. 90.º, al. e) e 93.º, n.º 1, al. c) da Lei Tutelar Educativa.

²³⁷ Cfr. neste sentido, Tomé d’Almeida RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e atualizada, Quid Juis Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 152-153.

acontece em outras áreas, por exemplo, no direito penal, também aqui a última palavra caberá ao juiz.

Não havendo acordo sobre a medida tutelar proposta pelo Ministério Público, o juiz pode imediatamente tentar que seja obtido consenso quanto a outra medida que considere adequada, pode proferir decisão quando considere que o processo contém todos os elementos necessários, excluindo-se nestes dois casos a medida de internamento, ou determinar a intervenção dos serviços de mediação. Neste caso, a audiência é suspensa por um período não superior a 30 dias durante o qual os serviços de mediação vão intervir junto dos envolvidos para encontrar uma solução.

7.4 Possibilidade de recurso à mediação noutros momentos processuais?

O processo tutelar divide-se em dois momentos essenciais: o inquérito, orientado pelo Ministério Público, e a fase jurisdicional, dirigida pelo juiz.

Quanto a estes dois momentos encontramos, na Lei Tutelar Educativa, conforme *supra* enunciado, disposições legais concretas que admitem o recurso à mediação. Assim, questionamos se os intervenientes processuais podem socorrer-se da mediação noutras fases processuais.

A mediação surge, inicialmente, inserida em sede de princípios gerais do processo, o que nos indica que como qualquer outro dos princípios processuais, norteará todo o processo. Neste sentido, a nossa lei atribui uma ampla margem de discricionariedade na utilização deste mecanismo, valorizando, por esta via, a obtenção de soluções consensuais, em consonância com os princípios da necessidade, da subsidiariedade da intervenção judicial e da intervenção mínima²³⁸.

Aliás, a própria Exposição de Motivos faz referência ao facto de o diploma deixar uma margem de discricionariedade na sua utilização esperando poder frutificar com a “capacidade e imaginação de instituições públicas e privadas que venham a criar-se”²³⁹.

Assim, nada parece impedir os sujeitos processuais ou a autoridade judiciária de determinar a intervenção dos serviços de mediação, quer numa fase inicial, logo após a prática do ilícito, com vista ao arquivamento do processo, quer na fase de execução da medida tutelar, até para um

²³⁸ *Cfr.* Maria Clara ALBINO, “Justiça Restaurativa: Assimetrias de desenvolvimento na Europa; Primeiros passos”, *Promoção e protecção dos direitos das vítimas de crime na Europa – Seminário Internacional Diké*, [Em linha], Edição da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003, p. 62, disponível em: http://www.apav.pt/pdf/Dike_PT.pdf, consultado a 01-06-2016.

²³⁹ *Cfr.* Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à Lei Tutelar Educativa, p.10.

melhor acompanhamento do menor e do ofendido, no restabelecimento do diálogo e de uma relação tolerante entre ambos. Já na fase jurisdicional, a mediação também pode ser determinada, quando não tenha sido reunido consenso quanto à medida a aplicar. A procura de consenso diz respeito a uma das medidas tutelares não institucionais elencadas no artigo 4.º da Lei Tutelar Educativa.

Embora seja na fase de inquérito que o recurso à mediação assuma um especial destaque, procurando-se obter pela via consensual uma solução para o conflito, de forma a evitar um julgamento, não nos parece que possa ser coartado o recurso à mediação ou limitado a específicos momentos. Assim, qualquer que seja o momento processual, devem os interessados poder requerer a intervenção dos serviços de mediação, visando um desfecho célere, consensual e despido de procedimentos formais²⁴⁰.

Nada na letra da lei impede o recurso à mediação em qualquer fase do processo, aqui se incluindo a fase jurisdicional, pelo que a própria Lei Tutelar exorta a que o magistrado judicial, no momento em que escolhe a medida tutelar a aplicar, deva aplicar aquela que seja suscetível de obter uma maior adesão do menor. Surge, assim, um espaço de diálogo e de consenso em que também se deve integrar a vítima, na medida em que estando em causa uma medida de reparação ao ofendido, aquela também terá uma palavra a dizer.

Pode-se, mais uma vez, lançar mão da ideia de que a “reparação resultante de uma participação activa e consensual por parte dos verdadeiros protagonistas do conflito gerado pela acção delituosa tem maiores probabilidades de obter a adesão do menor e de ampliar o seu carácter pedagógico do que se for imposta”²⁴¹.

²⁴⁰ Cfr. Maria Clara ALBINO, “Justiça Restaurativa: Assimetrias de desenvolvimento na Europa; Primeiros passos”, *Promoção e protecção dos direitos das vítimas de crime na Europa – Seminário Internacional Diké*, Edição da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003, p. 62, disponível em: http://www.apav.pt/pdf/Dike_PT.pdf, consultado a 01-06-2016.

²⁴¹ V. Susana CASTELA, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, *in Sub Judice*, Justiça Restaurativa, n.º 37, outubro-dezembro, Almedina, Coimbra, 2006, p 102.

Capítulo Quarto

A mediação da Lei Tutelar Educativa: no ou a caminho da Justiça Restaurativa?

Breve enquadramento

Depois do breve estudo dedicado à Justiça Restaurativa e às problemáticas que consideramos essenciais para o desenvolvimento do objeto a que nos propusemos estudar e, após a análise das normas que consagram o método de mediação na Lei Tutelar Educativa, cumpre-nos averiguar se a mediação tutelar educativa consubstancia uma verdadeira manifestação de Justiça Restaurativa. Neste quadro, importa compreender em que termos a mediação prevista na Lei Tutelar se orienta pelos princípios que caracterizam o paradigma restaurativo, ou se, e em caso negativo, até que ponto os ideais restaurativos se encontram desvirtuados em sede mediação tutelar.

1. A mediação na Lei Tutelar Educativa - uma manifestação de Justiça Restaurativa?

Depois da análise dos conceitos enunciados de Justiça Restaurativa e de mediação, designadamente de mediação tutelar educativa, parece-nos que podemos enquadrar, ainda que aprioristicamente, esta última no seio da justiça restaurativa. À primeira vista, e atendendo às boas intenções do legislador, dir-se-á que a mediação tutelar pode ser inserida no movimento de Justiça Restaurativa, porquanto parece existir similitude de ideologias. A mediação tutelar rege-se por princípios que também compõem o núcleo da Justiça Restaurativa, partilhando com esta as ideias de justiça negociada, de participação, de envolvimento de todos os sujeitos afetados pelo delito e de consenso. Mas questionamo-nos se bastarão estes traços para que se possa concluir pela qualificação da mediação tutelar como uma forma de Justiça Restaurativa...

De seguida, analisaremos, pormenorizadamente, os vários artigos da Lei Tutelar Educativa que aludem a este método, de forma a dar resposta a esta questão, dando-se ainda conta do entendimento doutrinário sobre esta matéria, sublinhando-se, desde já, que a temática não é pacífica, até porque as lacunas são imensas e, em boa verdade, muito há a fazer nesta área, o

que justifica, em parte o fraco recurso ao método de mediação, principalmente, na fase jurisdicional do processo²⁴².

1.1 Análise do artigo 42.º da Lei Tutelar Educativa - a mediação em sede de princípios gerais do processo tutelar

O artigo 42.º da Lei Tutelar Educativa, como já se referiu, determina que a autoridade judiciária pode requerer a cooperação de entidades de mediação, com vista à realização das finalidades do processo.

Deste modo, à primeira vista, e como já analisamos, não nos parece existir qualquer limitação ao recurso ao método de mediação em qualquer momento processual. A inserção da mediação enquanto princípio geral do processo não suscita grandes querelas, pois mostra-se compatível com as finalidades da intervenção tutelar. Aliás, a introdução da mediação no campo da justiça de menores foi algo de inovador e uma iniciativa louvável por parte do legislador português e parece-nos que este pretendeu que o recurso à mediação não estivesse limitado a uma única fase processual, mas sim que fosse um método a ter em conta pela autoridade judiciária em qualquer momento, desde que se respeitassem as finalidades da intervenção tutelar.

Assim, o recurso à mediação no âmbito da justiça de menores deve, impreterivelmente, respeitar as finalidades propugnadas pela Lei Tutelar, porquanto também ela se desenvolve no decurso da intervenção tutelar. Ora, daqui parece resultar que a mediação surge demasiado centrada no jovem infrator, visando acima de tudo a sua educação para o direito e reinserção na vida em sociedade, mas retomaremos esta questão adiante...

Deste modo, pela análise deste artigo e acolhendo o carácter amplo com que a mediação foi introduzida, estabelecemos, de imediato, ligação à Justiça Restaurativa, na medida em que ambas parecem partilhar os mesmos ideais, perfilando-se aquela como um método a enquadrar no paradigma restaurativo. Destarte, pressupomos que foi intenção do legislador introduzir sinais de Justiça Restaurativa no campo da justiça de menores, ou, pelo menos, demonstrou propensão para incorporar novos conceitos e novas metodologias neste campo.

²⁴² V. Susana CASTELA, "Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo", in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p.105.

1.2 Análise do artigo 84.º da Lei Tutelar Educativa - a mediação na fase de inquérito

O artigo 84.º, n.º 1 da Lei Tutelar Educativa institui que, na fase de inquérito, o Ministério Público pode deliberar pela suspensão do processo quando se verificarem os requisitos aí enunciados: que o facto qualificado como crime seja punível com pena de prisão não superior a cinco anos; que se verifique a necessidade de aplicação de uma medida tutelar e por último, que o menor concorde com o plano proposto pelo Ministério Público, demonstrando que se encontra disposto a evitar, no futuro, a prática de factos qualificados pela lei penal como crime. O n.º 3, por seu lado, estipula que pode ser solicitada a cooperação dos serviços de mediação para preparar o plano de conduta²⁴³.

Portanto, nesta fase processual a intervenção dos serviços de mediação prende-se com o auxílio na elaboração do plano de conduta e pode ser requerida pelo Ministério Público. É este o entendimento que resulta da leitura da lei.

Pese embora tal não resultar de forma clara e expressa da letra da lei, defendemos que caso o jovem infrator deseje participar na elaboração do plano de conduta a autoridade judiciária deve aceitar essa participação e até incentivá-la. O empenho do menor na definição das cláusulas do plano propicia a sua maior adesão e favorece o seu cumprimento integral, pelo que não vislumbramos qualquer malefício na sua participação. De facto, ao permitir-se ao jovem delinquente assumir um papel ativo na elaboração do plano de conduta cumprir-se-ão mais facilmente as finalidades da intervenção tutelar. No entanto, não é isso que a lei sugere já que no atual quadro legal cabe ao Ministério Público a apresentação do plano de conduta²⁴⁴, e assim sendo, pode apresentar o plano sem que o menor tenha colaborado na sua elaboração.

Acresce que, e contrariamente à ideologia da Justiça Restaurativa, deparamo-nos, imediatamente, com a falta de atenção que é dada à vítima. Uma vez que o conteúdo do plano de conduta pode dizer-lhe diretamente respeito, principalmente quando inclua medidas de carácter reparador, parece-nos defensável que a vítima deva participar na elaboração desse mesmo plano.

²⁴³ Júlio Barbosa e Silva considera que o plano de conduta deve ser elaborado pelo Ministério Público no caso de entender que a suspensão é a melhor opção para o caso concreto, sendo posteriormente submetido à concordância do jovem. No caso de se prever que a conduta do jovem e as condições impostas servem de “tampão suficiente ou de ponto final em relação aos factos que determinaram a intervenção tutelar educativa”, sendo de presumir que o jovem se afaste de práticas que o encaminhem novamente para intervenções no âmbito da justiça juvenil, tem o Ministério Público o dever de suspender o processo. V. Júlio Barbosa e SILVA, “A suspensão do processo e o inquérito tutelar educativo: a diversão com intervenção como arquétipo da justiça juvenil, um caminho ainda incompreensivelmente incipiente, *Revista do Ministério Público*, n.º 130, ano 33, Lisboa, abril-junho, 2012, p.195.

²⁴⁴ Antes da alteração legislativa levada a cabo pela Lei n.º 4/2015 cabia ao menor a apresentação de um plano de conduta, no entanto, os n.ºs 1,2,3,4 e 7 do artigo 84.º foram reformulados, tendo sido aditado o n.º 7.

Ora, a disposição legal em causa apenas refere que são ouvidos sobre o plano de conduta os pais, o representante legal ou quem tiver a guarda de facto do menor. Em momento algum, caso o Ministério Público decida pela suspensão do processo, a vítima pode intervir, manifestando a sua opinião ou propondo uma injunção distinta a incluir no plano de conduta, sendo esta a interpretação que se retira da disposição legal em análise.

Quanto ao conteúdo do plano²⁴⁵ este pode consistir num pedido de desculpas ao ofendido, no “ressarcimento efectivo ou simbólico do dano com dispêndio de dinheiro de bolso”, na prestação de uma tarefa a favor do ofendido ou de prestações económicas a favor da comunidade. Parece-nos claro que se o plano de conduta consistir, designadamente, num pedido de desculpas à vítima ou numa tarefa que a afete diretamente esta deva participar na definição dos seus contornos, acordando os termos em que se realizará e, por fim, a aceitá-lo. Ressalta que o conteúdo do plano de conduta pode apresentar verosimilhanças com a medida tutelar de reparação ao ofendido. Sucede que, quanto a esta medida, a Lei Tutelar exige que a vítima dê o seu consentimento quando a medida de reparação consista na compensação económica do ofendido ou no exercício, pelo menor, de uma atividade que se relacione com o dano e que vise repará-lo²⁴⁶. Neste sentido, o legislador deveria ter adotado um critério único e instituir a necessidade de consentimento da vítima quanto ao plano de conduta.

Para Teresa Sousa Robalo, a mediação referida no n.º 3 do artigo 84.º não se trata de uma verdadeira mediação penal, mas apenas o recurso a entidades de mediação “para a realização das finalidades do processo”, como decorre do n.º 1, do artigo 42.º da Lei Tutelar Educativa²⁴⁷. Verifica-se, neste âmbito, na perspetiva da autora, uma ausência total da vítima no processo, sendo esta o alvo principal do plano de conduta, uma vez que, partindo do conjunto de comportamentos que podem ser incluídos no plano verifica-se que estes dizem maioritariamente respeito à vítima²⁴⁸.

Quanto a este aspeto de exclusão da vítima da feitura do plano de conduta concordamos inteiramente com a autora e defendemos que aquela deveria ser ouvida e participar ativamente na preparação do supramencionado plano. Se o envolvimento da vítima no processo constitui uma das bases fundamentais da mediação não nos parece configurável que esta se encontre afastada

²⁴⁵ Cfr. Art. 84.º, da Lei Tutelar Educativa, n.º 4, alíneas a) a e).

²⁴⁶ Exclui-se o consentimento da vítima quando a medida consista na apresentação de um pedido de desculpa. Cfr. art. 11º, nº6 da Lei Tutelar Educativa.

²⁴⁷ Cfr. Teresa L. Albuquerque e Sousa ROBALO, “Dois modelos de Justiça Restaurativa: A Mediação Penal e os Family Group Conferences (menores e jovens adultos)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, nº1, janeiro – março, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.118-119.

²⁴⁸ *Idem, ibidem.*

da elaboração do plano que contém diretrizes que a afetam diretamente. Aliás, entendemos que, mesmo que o plano de conduta não contenha injunções que afetem diretamente a vítima, esta deve participar na sua elaboração quando o mesmo é encaminhado para os serviços de mediação, isto porque, se a mediação assenta em princípios como a consensualidade e a cooperação não concebemos o porquê de a vítima estar afastada da elaboração do plano, tanto mais que o processo pode ser suspenso sem que aquela possa manifestar as suas pretensões.

Em sentido oposto, quanto ao assentimento e integração da vítima na elaboração do plano, Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca defendem que esta não deve participar, já que tal colocaria nas suas mãos a possibilidade de haver ou não suspensão do processo. Na opinião dos autores, se a vítima aceitasse o plano poderia haver suspensão do processo, se a vítima, inversamente, não o aceitasse não existiria suspensão e o processo prosseguiria. Em defesa da sua opinião invocam que o instituto da suspensão do processo foi criado no interesse do menor de forma a evitar-se a estigmatização que potencialmente poderia ocorrer caso fosse presente a tribunal. Concluindo, admitem que a mediação surge neste contexto como um modo extraprocessual de resolver o conflito, em que a participação das pessoas envolvidas se supõe voluntária e que partindo do conteúdo do plano de conduta ainda surge ligada a uma ideia de reparação²⁴⁹.

Discordamos desta linha de pensamento por vários motivos. Não colocando em causa a *ratio* da suspensão do processo e o facto de visar a proteção do jovem delinquente, podem, não raras vezes, levantar-se dúvidas quanto à genuína vontade do menor em aceitar e cumprir o plano de conduta. Na prática têm surgido nos serviços de reinserção social casos remetidos pelo Ministério Público para apoio à execução do plano de conduta, relativamente aos quais os menores revelam grande desinteresse e, pior ainda, desconhecimento em relação ao seu conteúdo, manifestando total desmotivação para cumprir os compromissos assumidos, no momento da subscrição do plano²⁵⁰. Este é um facto que não nos causa estranheza, uma vez que apresentada ao menor a possibilidade de suspensão do processo, desde que aceite o plano de conduta proposto pelo Ministério Público, este demonstre total disponibilidade para o cumprir, até porque, tudo leva a crer que será mais vantajoso do que prosseguir com o processo. Na hipótese de o menor se

²⁴⁹ V. Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp.137 e 199.

²⁵⁰ V. Susana CASTELA, "Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo", in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p.100.

mostrar reticente em aceitar o plano proposto certamente que será aconselhado a fazê-lo, pelos pais, pelo representante legal, pelos amigos ou pelo defensor.

Ora, após a alteração legislativa cabe não ao menor a apresentação do plano de conduta, mas sim ao Ministério Público, que é também a entidade responsável, nesta fase, por solicitar a intervenção dos serviços de mediação. Assim, o plano passou a ser elaborado pelo Ministério Público e os pais, o representante legal ou quem tiver a guarda de facto do menor são ouvidos sobre esse plano, que obtendo a concordância do menor determinará a suspensão do processo. E a vítima? Não deveria ser ouvida em relação ao plano proposto pelo Ministério Público? Aquando desta alteração legislativa não deveria ter sido feita uma referência expressa à participação da vítima na elaboração do plano?

Anteriormente a esta alteração legal pretendia-se que o plano de conduta fosse apresentado espontaneamente pelo menor, pois só através dessa espontaneidade é que se obteria o seu acordo e uma maior adesão. No entanto, eram várias as críticas que se apontavam a esta solução. Rui do Carmo, crítico daquela opção, defendia que fazer assentar o plano na pura espontaneidade do menor poderia mostrar-se incompatível com a intenção de fazer da suspensão provisória a forma preferencial de conclusão do processo, considerando ainda, que o Ministério Público deve assumir um papel ativo na criação de meios para a elaboração do plano, incentivando o menor e os seus pais ou representante a apresentá-lo quando considerar que este é o meio adequado para tratar o caso²⁵¹.

Relativamente a esta questão, não se critica o facto de o Ministério Público passar a assumir um papel preponderante na resolução do caso, sendo esta uma das suas incumbências. No entanto, do ponto de vista a que nos propusemos estudar esta questão colocam-se alguns problemas. Se é o Ministério Público que propõe ao menor um plano de conduta a espontaneidade fica completamente arredada, o mesmo podendo dizer-se da voluntariedade e livre participação que deveria caracterizar quer a elaboração do plano de conduta, quer a participação na mediação quando esta for requisitada. Assim, nos termos da lei, o menor aceita o plano que lhe for proposto e participa na mediação se o Ministério Público assim o entender. Nesta linha, certamente que o menor não levantará objeções quer ao conteúdo do plano, quer à participação na mediação, pois no final, existindo suspensão do processo, verá a questão resolvida. Ora, neste sentido, questiona-se o conteúdo reparador do plano de conduta, mostrando-se ainda patente que os princípios que

²⁵¹ Cfr. Rui do Carmo Moreira FERNANDO, "Lei Tutelar Educativa – Traços essenciais na perspectiva da intervenção do Ministério Público", in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 134 e 135.

caracterizam o método de mediação não são respeitados, obliterando-se completamente a posição da vítima, em total discordância com os ideais da Justiça Restaurativa.

Desta forma, e partindo da nossa interpretação da lei, o menor pode ser exortado a aceitar o plano, plano esse que afeta diretamente a vítima, e esta nada pode dizer sobre o mesmo. Não defendemos que a não aceitação da vítima do plano de conduta conduza, inevitavelmente, à não suspensão do processo. Parece-nos uma perspectiva demasiado radical, sendo que há soluções menos penalizantes para o jovem delincente. Neste ponto concordamos com Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca, uma vez que a decisão de suspensão do processo não deve colocar-se, unicamente, nas mãos da vítima, mas, mesmo assim, não significa que esta não deva participar na determinação do conteúdo do plano de conduta. Se o plano apresentado não obtiver a aprovação da vítima, isso não determina a não suspensão do processo tão-só. O plano pode ser reformulado, acrescentando-se os propósitos enunciados pela vítima, de forma a que se atendam às suas necessidades, até que seja obtida a sua anuência. Só assim, através de cedências mútuas e do diálogo pode ser alcançada uma solução que satisfaça todos os sujeitos.

O legislador deveria ter optado pela elaboração de um plano de conduta baseado na colaboração de todos os sujeitos processuais, não nos parecendo viável que seja o Ministério Público, unilateralmente, a decidir o conteúdo do plano, da mesma forma que não seria viável que o mesmo fosse feito somente pela vítima ou pelo menor e, em consequência, ocorresse suspensão ou não do processo. Não colocamos em causa o papel do Ministério Público na salvaguarda dos direitos da vítima e na sua proteção. No entanto, no que concerne à justiça de menores, julgamos que esta merecia um outro destaque, atendendo até aos apelos advindos do panorama jurídico internacional.

Defendemos que a participação do jovem na elaboração do plano de conduta deveria assentar no princípio da voluntariedade, nos termos do qual aquele participaria de forma livre, sem ser forçado e sem ter medo. No entanto, na prática, e agora com esta alteração legal, a voluntariedade pode ser questionável. A aceitação da mediação pelos jovens infratores comporta sempre o risco da participação não numa base de voluntariedade e de arrependimento genuíno, mas sim movidos pela perspectiva de verem o processo solucionado mais rapidamente.

Já no que concerne à mediação, o Ministério Público não deve recorrer a este método como forma de se “livrar” de alguns processos, diminuindo o seu trabalho. Deve centrar as suas atenções nas partes, esclarecendo todas as questões relativas à mediação, verificando se existem condições para que esta ocorra. Assume aqui quase uma função de pré-mediador, em que lhe

cabem as tarefas de seleccionar os casos, devendo fazê-lo com grande zelo e ponderação, o que pode revelar-se bastante complexo.

Pese embora a possibilidade de os compromissos assumidos pelo jovem com a aceitação do plano de conduta surgirem da sua própria iniciativa e livre vontade, por forma a demonstrar um arrependimento genuíno e evidenciar que, no futuro, não praticará mais factos qualificados pela lei como crime, parece-nos que o assentimento da vítima devia merecer uma maior consideração. Não se trata de esta impor um plano de conduta, mas sim participar na sua elaboração e execução. O recurso à mediação, neste momento processual, serviria como espaço de diálogo, até que se reunisse consenso quanto ao conteúdo do plano de conduta, tanto mais quando o conteúdo desse plano contivesse injunções que afetassem diretamente o ofendido. Se a vítima entendesse que o menor foi coagido a cumprir o plano e que as suas intenções não são verdadeiras, desejando apenas que o processo seja suspenso, há uma revitimização, sendo esta uma hipótese bem real.

Por outro lado, caso o menor seja “coagido” a aceitar o plano de conduta (pelos pais, pelo representante legal, pelo defensor) coloca-se uma outra questão que se prende com o carácter reparador, restaurativo ou educativo das injunções incluídas naquele documento, já que podem ser entendidas como “um castigo” que terá que cumprir, porque a tal foi induzido²⁵².

Com base na análise do artigo, e apontadas algumas das dúvidas que podem ser suscitadas, parece-nos que não estamos perante uma plena e verdadeira mediação, como manifestação de Justiça Restaurativa. Se é certo que se atende aos interesses do menor, já não é assim tão certo que o mesmo ocorra em relação aos interesses da vítima.

Ressalvamos, contudo, que o facto de se atribuir à vítima a possibilidade de aprovar o plano de conduta comporta, claramente, alguns riscos. Não podemos esquecer que esta pode ainda guardar sentimentos de rancor e raiva em relação ao jovem infrator, não aceitando o plano propositadamente para que não haja suspensão do processo, procurando obter desta forma a sua “vingança” ou considerando que só em julgamento se fará “justiça”. Como refere Júlio Barbosa e Silva, se a suspensão do processo não depende de qualquer audição ou anuência do ofendido, a sua discordância pode entravar determinadas condutas, o que porá em causa o sucesso da mediação e da própria suspensão.²⁵³ No entanto, não se pode desvalorizar que um dos pilares dos modelos de Justiça reparadora é a satisfação moral das vítimas.

²⁵² V. Susana CASTELA, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 100.

²⁵³ V. Júlio Barbosa e SILVA, “A suspensão do processo e o inquérito tutelar educativo: a diversão com intervenção como arquétipo da justiça juvenil, um caminho ainda incompreensivelmente incipiente”, *Revista do Ministério Público*, n.º 130, ano 33, Lisboa, abril-junho, 2012, p.200.

Exemplificando, se o plano de conduta consistir na apresentação de um pedido de desculpas ao ofendido, nada nos garante que este pedido seja verdadeiramente sincero e não apenas forjado pelo menor com o intuito de ver o processo suspenso. Nesta segunda hipótese pode verificar-se uma revitimização, o que em nada se coaduna com o caráter reparador que deveria existir. Daí que insistimos na defesa da participação ativa da vítima na elaboração do plano de conduta, até que seja encontrado consenso. Só desta forma se garante a satisfação das suas necessidades, evitando-se, ao mesmo tempo, que a decisão de suspensão do processo dependa da sua vontade. Se, apesar dos esforços, não for possível chegar a um acordo sobre o referido plano, caberá ao Ministério Público decidir se haverá suspensão ou não mesmo sem o acordo da vítima e aqui deverá guiar-se pelas finalidades da intervenção.

Relativamente a uma outra questão e analisando esta norma sob o prisma dos princípios norteadores do método de mediação e da Justiça Restaurativa denota-se que existe uma expressa violação do princípio da voluntariedade. A mediação pode ser requerida pelo Ministério Público, ou seja, não são as partes que decidem optar por aquela via, mas são impelidas a tal. Assim sendo, existe também o incumprimento de um dos princípios fundamentais do paradigma restaurativo e que consiste na livre disponibilidade das partes em requerer a intervenção dos serviços de mediação. E se o Ministério Público requer a intervenção dos serviços de mediação e o menor recusa-se a participar? Que consequências derivam para o processo?

Não pode deixar de se referir um outro problema com que autoridade judiciária se depara e que se refere à seleção dos casos para mediação. Não existem quaisquer parâmetros ou diretrizes legais que comportem critérios a serem tidos em consideração pelo Ministério Público na seleção dos processos a remeter aos serviços de mediação. Ora, a falta de diretrizes legais pode originar desigualdades e injustiças na seleção dos casos, ficando estes, muitas vezes, dependentes da boa vontade do procurador e do seu conhecimento relativo a estes serviços.

Após este breve percurso sobre as questões que nos acercam, cumpre-nos encetar uma resposta para a questão inicial – a mediação prevista na Lei Tutelar Educativa é, efetivamente, uma manifestação de Justiça Restaurativa? Ora, no específico caso da mediação prevista no artigo 84.º consideramos que esta surge num contexto de diversão, para efeitos de elaboração e execução de um plano de conduta que embora tendo em vista a conciliação ou reparação, foca-se na suspensão do processo²⁵⁴.

²⁵⁴ Neste mesmo sentido, V. Susana CASTELA, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p.95.

A diversão procura soluções alternativas ao sistema de justiça tradicional para dar resposta a determinados comportamentos ilícitos. Conforme refere Faria Costa, trata-se de “fomentar medidas alternativas”, nas quais se insere a diversão, em que a infração é solucionada “diversamente” ou “divertidamente”, sem se recorrer a um processo judicial²⁵⁵.

Embora na diversão haja uma tentativa de solucionar o conflito fora do processo judicial normal, esta não se confunde com mediação, tendo algumas especificidades.

Pese embora o anteriormente referido, Teresa Sousa Robalo defende que, quanto à suspensão do processo prevista no artigo 84.º, n.º 3, se o Ministério Público optar por esta via, tendo por base o plano de conduta aceite pelo menor, isso significa que a consequência que venha a ser aplicada ao menor foi decidida numa instância extrajudicial. Ora, ainda assim, tal configura uma característica da maioria dos processos de Justiça Restaurativa²⁵⁶. No entanto, esta não se mostra suficiente para que se considere que a mediação prevista na norma do artigo 84.º da Lei Tutelar Educativa configure um mecanismo de Justiça Restaurativa.

Em nossa opinião, uma das respostas a dar à questão relaciona-se, necessariamente, com a forma como se encara o processo, se numa perspetiva de proteção da vítima, ou se numa perspetiva de proteção de quem pratica o facto. Ambas as conceções comportam um enorme carácter subjetivo e, como facilmente se depreende, os dois interesses em causa (da vítima e do menor infrator) são de difícil compatibilização. Se, por um lado, se exigir o consentimento da vítima, uns considerarão que se está a desproteger o jovem, se não se exigir, por outro lado, dirão outros que se estão a descurar os interesses daquela²⁵⁷. É necessário encontrar um ponto de equilíbrio que beneficie todos os sujeitos envolvidos, sem que prevaleçam interesses de uns em detrimento de interesses de outros.

Como refere Júlio Barbosa e Silva, se suspensão do processo não depende de qualquer audiência ou anuência do ofendido, a sua discordância pode entravar determinadas condutas, o que porá em causa o sucesso da mediação e da própria suspensão²⁵⁸.

²⁵⁵ Cfr. José de Faria COSTA, “Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Separata do Vol. LXI, Coimbra, 1986, p. 13. Para este autor diversão e desjudiciarização são conceitos equivalentes. Sobre a diversão ver também Fernando FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 133-164. Como referem Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, num breve apontamento relativamente a este tema, “procuram-se novos caminhos de política criminal também para a delinquência juvenil”. Cfr. Jorge de Figueiredo DIAS e Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia – O homem delincente e a sociedade criminógena*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 431.

²⁵⁶ *Idem*, p.121.

²⁵⁷ Contrariamente, como já referimos ver Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.137 e 199.

²⁵⁸ V. Júlio Barbosa e SILVA, “A suspensão do processo e o inquérito tutelar educativo: a diversão com intervenção como arquétipo da justiça juvenil, um caminho ainda incompreensivelmente incipiente”, *Revista do Ministério Público*, n.º 130, ano 33, Lisboa, abril-junho, 2012, p. 200.

No entanto, em ambas as hipóteses não se podem esquecer as finalidades da intervenção tutelar.

Em suma, parece-nos quanto a este artigo que não estamos perante a mediação tutelar educativa, como uma plena manifestação de Justiça Restaurativa, embora possamos encontrar alguns traços que nos levam a crer que, de futuro, a situação será alterada e este é um campo a explorar.

1.3 Análise do artigo 104.º da Lei Tutelar Educativa – a mediação na fase jurisdicional

Quanto à fase jurisdicional o artigo 104.º da Lei Tutelar Educativa estipula que o juiz pode determinar a intervenção dos serviços de mediação, tendo em vista a obtenção de consenso quanto à medida tutelar a aplicar²⁵⁹. Neste caso, a reparação ao ofendido pode não ser o foco de atuação, uma vez que pode estar em causa a aplicação de uma qualquer medida tutelar não institucional, incluindo as que não possuem carácter reparador. Deste modo, os serviços de mediação são chamados a intervir para auxiliarem os sujeitos a chegarem a um entendimento quanto à medida tutelar não institucional proposta pelo Ministério Público, e caso não tenha sido aceite.

Também neste caso temos muitas dúvidas quanto à verificação do princípio da voluntariedade das partes no recurso à mediação, que como já referimos anteriormente, é uma característica imprescindível para que pudéssemos afirmar estar perante um verdadeiro modelo de Justiça Restaurativa. Não se vislumbra esta voluntariedade já que é o juiz que a força, não sendo as partes que de livre vontade decidem recorrer aos serviços de mediação. Estes serviços intervêm num contexto de coatividade, em sede de audiência preliminar, já no âmbito do processo judicial. Assim, é claramente questionável que a participação seja voluntária. Quanto a este aspeto concreto, parece-nos existir, também, a concordância de Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca, não deixando, contudo, de subsistir, na opinião dos autores, uma ideia de reparação.²⁶⁰

Ora, admitindo-se a intervenção dos serviços de mediação neste contexto de coatividade não nos parece que possa existir um diálogo profícuo, que origine consenso relativamente a uma

²⁵⁹ Terminada a mediação, se as partes envolvidas chegarem a um consenso quanto à medida a ser aplicada ao menor, esta decisão é comunicada ao juiz que a irá aplicar, nos termos do n.º 4, do art.104.º, da Lei Tutelar Educativa.

²⁶⁰ *Cfr.* Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.137.

decisão. Esta imposição da mediação pelo juiz atenta, claramente, ao princípio da voluntariedade, segundo o qual a mediação assenta na vontade e na disponibilidade das partes em nela participarem.

Consideramos, na senda de Teresa Sousa Robalo, que não estamos perante um verdadeiro modelo de Justiça Restaurativa, já que faltam requisitos essenciais à sua qualificação como tal (ausência da vítima no processo e inexistência de voluntariedade das partes no recurso à mediação, que é determinada pelo juiz).

Não se pode esquecer que a mediação, no atual quadro legal, é orientada pelo interesse do menor, ou seja, os interesses da vítima e a eventual vitimização secundária não configuram preocupações emergentes, existindo um risco sério de que esta venha novamente a sofrer, já que toda a intervenção se foca na reeducação do jovem delincente. Ora, nestes termos, os princípios da mediação e da Justiça Restaurativa são, desmesuradamente, afetados. A vitimização é uma hipótese que não se pode ignorar, tanto mais que a vítima pode ser muito jovem e, tal como o agressor, também pode ser coagida a participar na mediação. Julgamos, assim, que cabe à autoridade judiciária proceder à filtragem dos casos para mediação, evitando a participação de jovens que apenas pretendem escapar ao normal prosseguimento do processo e, ainda, de vítimas frágeis e que possam ter sido impelidas a participar, impedindo uma vitimização secundária.

Como já se referiu anteriormente quanto à mediação na fase de inquérito, este é um problema de grande relevância e que merece uma cuidada atenção.

Na opinião da referida autora, tal como sucedia na mediação em fase inquérito, também agora estamos perante um modelo que permite a diversão do processo para instâncias extrajudiciais em que se procurará a consequência a ser aplicada ao menor (na forma de plano de conduta ou de proposta de medida tutelar)²⁶¹. Desta forma, não se trata de um verdadeiro modelo restaurativo, apesar de comportar alguns elementos característicos deste sistema.

Síntese conclusiva

Analisados os artigos constantes da Lei Tutelar cumpre-nos, agora, concluir se a mediação no processo tutelar educativo configura ou não um modelo de Justiça Restaurativa.

²⁶¹ *Cfr.* Teresa L. Albuquerque e Sousa ROBALO, “Dois modelos de Justiça Restaurativa A Mediação Penal e os Family Group Conferences (menores e jovens adultos)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.º1, janeiro – março, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.120.

Defendemos que a mediação tutelar educativa comporta traços dos modelos de Justiça Restaurativa, não podendo, contudo, afirmar-se que configura um verdadeiro modelo de Justiça Restaurativa, no sentido em que comporta as características essenciais para que reúna consenso doutrinário. Depois de analisados os princípios que devem nortear o método de mediação não podemos afirmar que a mediação prevista da Lei Tutelar Educativa configura uma efetiva manifestação de Justiça Restaurativa. Neste âmbito, muitas alterações podem ser levadas a cabo e acima de tudo, o legislador deve clarificar, através da regulamentação há muito reclamada, os pontos obscuros da lei, em que há vários entendimentos.

O ordenamento jurídico português tem demonstrado propensão para incluir novos métodos de resolução de conflitos e, como já referimos, o princípio da oportunidade tem inspirado soluções já preconizadas na lei, de que são exemplo o arquivamento liminar ou a suspensão do processo. Como refere Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte-Fonseca o princípio da oportunidade surge no contexto da intervenção tutelar educativa como “elemento de uma estratégia diferenciada de política criminal que rompe com a rigidez de um princípio de legalidade irrestrito, baseada em critérios de socialização do menor”²⁶².

2. Perspetivas de concretização da Justiça Restaurativa na Lei Tutelar Educativa

É de louvar a introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português, mormente na Lei Tutelar Educativa. No entanto este método requer uma maior densificação legislativa, devendo ser regulamentada de forma mais específica e completa, sendo muitas as lacunas que se podem apontar²⁶³. Aliás, a falta de regulamentação está na base de muitas das questões que colocaremos de seguida e que configuram alguns dos nós problemáticos que o legislador deve ter em conta, aquando do futuro desenvolvimento legislativo nesta área. Parece-nos que estão lançadas as bases para a instituição da mediação enquanto fator de

²⁶² V. Anabela Miranda RODRIGUES/António Carlos DUARTE-FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 132.

²⁶³ Conforme refere Celso Manata, “no que se reporta à mediação as boas intenções do legislador estão por cumprir, existindo um desafio que carece de alterações legislativas, mas sobretudo de uma atitude diversa dos tribunais”, sendo que, “resulta evidente a importância de se dar corpo a um projecto de relançamento da mediação, instrumento conforme a tudo o que são orientações internacionais, muito ajustado aos factos que usualmente nos chegam aos Tribunais e que, seguramente, nos libertaria para casos bem mais graves e evitaria a estigmatização que sempre resulta de uma deslocação ao Tribunal”. Celso MANATA, “Lei Tutelar Educativa – desafios da sua aplicação prática. Breves notas de trabalho”, in *Intervenção Tutelar Educativa*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, abril de 2015, p. 414, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao_Tutelar_Educativa.pdf, consultado a 20-10-2016.

desenvolvimento e de abertura a novos ideais na Lei Tutelar Educativa. Faltam, contudo, elementos essenciais que permitam a sua frutificação.

Para que os objetivos da mediação, bem como as finalidades da intervenção tutelar sejam cumpridos é necessário definir os termos do seu funcionamento, de forma clara e concreta, sem margem para que sejam suscitadas dúvidas. Contudo, na Lei Tutelar Educativa muitas destas questões foram deixadas ao acaso e muitas outras encontram-se parcamente reguladas... De seguida, esboçaremos um conjunto de reflexões e de questões a que pretendemos dar uma resposta ou pelo menos, propor uma solução. Inicialmente, daremos conta daquilo que já foi feito no campo da mediação tutelar educativa.

2.1. A mediação no campo da Justiça de Menores: o caminho já percorrido

Em sede de mediação tutelar educativa não existem entidades privadas que se ocupem desta tarefa, isto é, não foram instituídos ainda quaisquer serviços de mediação privados. Por conseguinte, no âmbito de um processo tutelar educativo a entidade responsável pela realização deste método é a Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), que integra o Ministério da Justiça²⁶⁴.

Este órgão coadjuva na administração da justiça e tem como objetivos a reintegração social de delinquentes, a prevenção da delinquência, o acompanhamento na execução das medidas tutelares e o apoio à jurisdição de menores. Neste sentido, e reconhecendo as potencialidades da utilização da mediação no contexto das finalidades propugnadas pela Lei Tutelar Educativa e no facto de esta ser um meio de resolução de conflitos que melhor materializa o princípio da intervenção mínima - um dos princípios orientadores da intervenção tutelar educativa -, a DGRS decidiu, na ausência de outras entidades públicas ou privadas de mediação, criar em 2002 o *Programa de Implementação da Mediação em Processo Tutelar Educativo*. Este programa destinava-se a criar e a fomentar melhores condições técnicas e logísticas para a execução de decisões das autoridades judiciárias que determinem processos de mediação, a nível nacional²⁶⁵.

²⁶⁴ A DGRSP foi criada pelo DL n.º 215/2012, de 28 de setembro, que veio extinguir a DGRS (Direção Geral de Reinserção Social), entidade anteriormente responsável pela realização da mediação.

²⁶⁵ Informação consultada a 06/09/2016 e disponibilizada em http://www.apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/mediacao-vitima-infractor-em-portugal. Ver também a este propósito, Susana CASTELA, "Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo", in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 96.

Em concreto, e para progredir em matéria de mediação vítima-jovem infrator os serviços de reinserção social desenvolveram o Programa de Mediação e Reparação (PMR), que tem em vista a conciliação e/ou reparação da vítima²⁶⁶. No decurso deste programa foram selecionados técnicos do Instituto de Reinserção Social que receberam formação adequada à prática da mediação. Essa formação foi ministrada por mediadores do Departamento de Justiça do Governo Autónomo da Catalunha²⁶⁷ e foram ainda realizadas ações de formação a cargo da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. Foi ainda elaborado um folheto explicativo com informações acerca dos objetivos e das vantagens da mediação, da estrutura e do alcance do programa, com o objetivo de sensibilizar os operadores judiciais²⁶⁸.

Projetava-se a participação no programa de mediação da comunidade, das vítimas e dos ofensores, sendo que estes ao aceitarem a mediação participam também no processo de escolha das soluções, reparadoras ou outras, o que incrementa o seu sentido de responsabilidade e o seu envolvimento genuíno nos compromissos a assumir. É este um dos desideratos da Justiça Restaurativa e que se pretendeu pôr em prática na mediação tutelar educativa.

Quanto ao Programa de Mediação e Reparação, este pode ter lugar na fase de inquérito através da mediação vítima - jovem infrator tendo em vista a conciliação ou reparação, no apoio para elaboração do plano de conduta ou ainda, para execução do acordo de mediação ou do plano de conduta, ou na fase jurisdicional para apoio à obtenção de consenso para aplicação de medida tutelar educativa não institucional e na mediação vítima-jovem com vista à aplicação de uma medida tutelar de reparação ao ofendido.

Assim, e simplificando, na fase de inquérito, o Ministério Público pode encaminhar o caso para mediação com o objetivo da conciliação das partes, que caso ocorra terá implicações no processo, ou ainda, para que os serviços de mediação auxiliem na execução do plano de conduta.

²⁶⁶ Mais recentemente, a DGRS apresentou à Comissão Europeia o Projecto VALERE no âmbito do Prevention of and Fight against Crime - 2007 sob o título "Juvenil Justice: Evaluation and Intervention Qualification" que foi aprovado e formalizado em dezembro de 2008, destinado a promover a formação pessoal e a integração do menor com o envolvimento de toda a comunidade.

²⁶⁷ Sobre a mediação penal em Espanha, *Cfr.* Adán CARRIZO González-Castell, "La mediación penal en España", in *La mediación en materia de familia y derecho penal, Estudios y análisis*, Fernando Martín Diz (coord.), Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 233 – 253, e ainda, Jaume MARTÍN Barberan, "Juvenile penal mediation in Spain: the experience in Catalonia", in *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe An Overview and Comparison of 15 Countries*, Ana Mestitz/Simona Ghetti (ed.), Springer, Netherlands, 2005, pp. 347 – 371.

²⁶⁸ O mesmo verificou-se na República Checa que elaborou um folheto informativo, aquando da introdução da mediação, intitulado "Guia da vítima do crime. Integração do ofensor, Participação da vítima, Proteção comunitária". Este panfleto inclui todas as informações relevantes em matéria de mediação vítima infrator e encontra-se disponível em: https://www.pmscr.cz/images/clanky/PMS_letak_OBETI_en.pdf, consultado a 08-09-2016. De igual forma, e no sentido de dar a conhecer as potencialidades deste método a Dinamarca criou um site dedicado mediação vítima-infrator onde esclarece os requisitos de acesso. No site encontram-se respostas a questões como: o que é a mediação vítima-infrator? Quem pode participar? Que tipo de ofensa pode fazer parte de um programa de mediação vítima-infrator? Onde tem lugar? O que acontece depois do processo de mediação? entre outras questões. *V.* <http://www.offerraadgivning.dk/om/english.html>, consultado a 08-09-2016.

Posteriormente, se a autoridade judiciária determinar, efetivamente, a suspensão do processo, os Serviços de Reinserção Social devem acompanhar o jovem na sua reintegração social e familiar e não só na execução do plano de conduta. Cabe àqueles serviços o diagnóstico de possíveis disfunções, das razões que determinaram o comportamento desviante, a avaliação da dinâmica familiar detetando a existência de carências materiais ou emocionais ou a avaliação da intervenção judicial, que porventura, poderá trazer efeitos ainda mais negativos para o jovem. Como refere Paulo Guerra “serão os olhos da DGRS a dizerem-nos quão desnecessária e nefasta” pode ser a intervenção dos tribunais “em casa alheia”, em cumprimento do princípio da intervenção mínima²⁶⁹.

No entanto, a implementação deste programa deparou-se com alguns constrangimentos que se foram colocando na prática. Entre outras levantaram-se questões relacionadas com os “direitos e garantias legais e processuais do jovem infrator, como o direito a um tratamento justo e equitativo, perante a lei”²⁷⁰, suscitando-se também questões ao nível dos direitos da vítima, secundarizados por este quadro legal, e que, contrariamente, não deviam ser ignorados, sob pena de ocorrer uma revitimização, o que desvirtuaria os objetivos da mediação e da verdadeira Justiça Restaurativa.

De seguida exporemos um conjunto de questões e de problemas a que o atual quadro legal não dá resposta carecendo estas matérias de regulamentação e de densificação.

2.2 Perspetiva crítica: problemas e prospetivas

Da investigação levada a cabo é possível destacar um conjunto de problemáticas que constituem os principais constrangimentos com que se deparam os técnicos dos serviços de reinserção, os juizes, os procuradores e todos aqueles que trabalham nesta área. Certamente que outras questões poderão ser colocadas pelo que, sem intenção de esgotar a temática, importa dar conta das principais interrogações com as quais nos fomos deparando, à luz da praxis.

²⁶⁹ Cfr. Paulo GUERRA, “A Lei Tutelar Educativa – para onde vais?”, *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.101.

²⁷⁰ V. Susana CASTELA, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p. 96.

2.2.1 A (in)compatibilização da mediação com os princípios estruturantes do processo tutelar educativo

Na reta final desta dissertação cumpre-nos, retomando algumas ideias e questões que fomos deixando em aberto, fazer referência à compatibilização ou não da mediação com os princípios basilares do processo tutelar educativo. Como tratamos, num primeiro momento, existe um corpo principiológico que orienta toda a intervenção tutelar. A mediação rege-se por princípios próprios e pretendemos determinar se a sua metodologia não colide com os princípios do processo tutelar. Neste momento, cumpre-nos refletir sobre esta questão, que, porventura, estará na mente daqueles que não avistam potencialidades no método de mediação.

Sob o prisma do princípio da intervenção mínima e do superior interesse do menor, cremos que não subsistem problemas de maior. A mediação e as suas técnicas mostram-se perfeitamente adequadas para resolver o dissenso que opõe todos os interessados, protegendo todos aqueles que se veem envolvidos numa disputa. Aliás, a mediação tem efeitos muito menos agressivos do que o processo judicial, pautando-se pela simplicidade e consensualidade o que se compadece com a intervenção mínima. Quanto ao princípio do superior interesse do menor poder-se-ia indagar se não sai beliscado pelo facto de a vítima também assumir um papel de relevo no decurso do processo, querendo ela própria ver as suas pretensões satisfeitas, que podem ser incompatíveis com o interesse do menor ou aquilo que ele deseja. Sem embargo, não se pode esquecer que a mediação assenta no diálogo, no restabelecimento da comunicação, no reatar de laços e na procura, em conjunto, do melhor desfecho para um determinado caso. Assim sendo, não nos parece que a vítima venha interferir no espaço do menor, pois, e pese embora o facto dos seus interesses também serem atendidos, certamente que nenhuma medida será decidida e nenhum acordo será concluído se contender com o superior interesse do menor, pois, nesse caso, as próprias finalidades da intervenção tutelar sairiam beliscadas. Isto posto, quanto a estes dois princípios entendemos que se mostram harmonizáveis com a mediação.

Por seu lado, no que diz respeito ao princípio da obtenção da verdade material e da investigação já nos acercam algumas inquietações. Até que ponto o mediador assumirá o papel de investigador? A verdade material está completamente arredada das finalidades da mediação? E das finalidades do processo tutelar? Quanto a estas questões cumpre dizer, em primeiro lugar, que a função do mediador não é investigar, mas sim auxiliar as partes no entendimento, da mesma forma que a obtenção da verdade material pode não ser o ponto fulcral do processo de mediação. Queremos com isto dizer, e em nossa opinião, que a descoberta dos pormenores e dos factos

exatamente como ocorreram não configura a trave mestra do processo de mediação. Mais do que investigar pormenorizadamente o que aconteceu privilegia-se a comunicação e o diálogo entre os envolvidos, o empenho na resolução da questão e a assunção de responsabilidades pelo que ocorreu. A verdade material não pode ser descurada. No entanto, e do sob o ponto de vista da vítima, mais do que ouvir o jovem infrator referir que praticou aquele delito, deseja que este se mostre arrependido e deseja presenciar esse arrependimento e a manifestação de vontade em reparar o mal que causou. Da perspetiva do menor também pode suceder que este não esteja disposto ou não demonstre vontade em confessar os factos, pretendendo apenas dialogar com a vítima sobre a reparação do dano e perceber a situação provocada pelo comportamento que teve e os prejuízos causados. Como refere André Lamas Leite, referindo-se à mediação penal, “mais do que a centralidade da aferição da culpa do agente, o que está em causa é uma ideia de *accountability*, que significa responsabilidade”, entre outros, ou seja, o que importa é que o agente, neste caso, o jovem infrator, compreenda as consequências do seu comportamento e se esforce ao máximo por repará-las²⁷¹.

Quanto ao princípio da legalidade e da oficialidade, contrariamente ao que tem sido dito, já se perspectivam sérias questões, conforme a mediação venha a ser entendida e conforme os termos em que venha a ser executada, o que passamos a explicitar.

Sabemos que o Ministério Público é o titular da ação educativa e que não tem prerrogativa de escolha em relação aos factos que vão ser alvo de inquérito, a não ser que o ofendido se oponha ao prosseguimento do processo. Se assim é, e se o Ministério Público está obrigado a iniciar um inquérito quando tenha conhecimento de que um jovem praticou um facto qualificado pela lei penal como crime, podem os sujeitos decidir, de *per sí*, que a questão será tratada através do recurso aos serviços de mediação? Podem os sujeitos envolvidos numa infração rejeitar, à partida, a intervenção do sistema de justiça formal? Esta, para já, é uma mera suposição, já que o sistema jurídico português não contempla esta possibilidade e a mediação surge enquadrada no decurso de um processo. No entanto, trata-se de uma questão pertinente e que nos merece algumas considerações²⁷².

²⁷¹ Cf. André Lamas LEITE, “Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 11, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 10.

²⁷² Esta questão prende-se com a criação de serviços de mediação privados e totalmente independentes do sistema de justiça formal, o que suscita questões a nível da privatização da justiça a que já fizemos alguns aforamentos em ponto anterior. Esta é uma temática complexa e a qual não queremos desenvolver, no entanto, não podemos deixar de fazer esta pequena referência.

No anterior quadro legal era necessário fazer a distinção entre crimes particulares, semipúblicos e crimes públicos. Naqueles dois, para que o Ministério Público iniciasse o processo constituía requisito essencial a apresentação de queixa por parte do ofendido. Nesse caso, poderia equacionar-se a hipótese de o ofendido não apresentar queixa e recorrer à mediação, se a vontade do menor pendesse, igualmente, nesse sentido.

Atualmente, prescinde-se da apresentação de queixa pelo ofendido quer os factos qualificados como crime revistam natureza pública, semipública ou particular. Neste sentido, há intervenção tutelar sempre que qualquer pessoa denunciar a prática de um facto qualificado pela lei como crime ao Ministério Público ou a órgão de polícia criminal, independentemente da vontade do ofendido. No entanto, em caso de crime semipúblico ou particular, o artigo 87º, n.º2, permite que o Ministério Público archive o inquérito quando o ofendido manifeste oposição ao seu prosseguimento. Ora, pode questionar-se se o ofendido, e uma vez obtido o consentimento do menor, pode opor-se ao prosseguimento do processo, invocando que pretende recorrer a serviços de mediação privada. Este pode constituir um “fundamento especialmente relevante” para que o Ministério Público determine o arquivamento do inquérito, à luz da letra da lei? De momento, esta é uma questão que não se coloca, pois, como referimos, não existem serviços de mediação privados. Contudo, se, futuramente, vierem a ser criados pode surgir uma incompatibilidade com estes princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa. Aliás, com a dispensa de queixa parece-nos que o legislador pretendeu fazer vincar, de forma ainda mais clara, a ideia de que deve existir intervenção tutelar educativa, independentemente da vontade do ofendido, uma vez que a falta de queixa não significa que não haja necessidade de educação do menor para o direito²⁷³. Parece-nos, deste modo, difícil de equacionar a hipótese de o Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito para que os sujeitos recorram a serviços de mediação privada completamente independentes do sistema judicial, pese embora a vontade daqueles pender nesse sentido.

No segundo caso, quanto aos crimes públicos, e não se prevendo a hipótese de o ofendido se opor ao prosseguimento do processo, essa hipótese parece-nos ainda mais difícil, já que o Ministério Público está obrigado a iniciar inquérito e a escolha da mediação pelos sujeitos, rejeitando o processo judicial coloca sérios problemas. Imaginemos que o Ministério Público tem

²⁷³ Cfr. Amélia Sineiro ANDRADE/Margarida SANTOS, “A Lei n.º 4/2015, de 15/01, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 339, setembro/dezembro, Livraria Cruz, Braga, 2015, p. 341.

conhecimento de uma infração ou recebe uma denúncia e inicia inquérito; contudo as partes decidem recorrer aos serviços de mediação logo após a prática da infração e sem terem ainda conhecimento do processo judicial; o que sucederia a esse inquérito? Não há nenhum critério legal que nos auxilie nesta resposta...

Poderia haver quem defendesse que quanto aos crimes particulares e semipúblicos o princípio da legalidade e da oficialidade deveriam ser deixados de parte em detrimento da liberdade de escolha dos sujeitos. Ora, esta situação causaria grandes constrangimentos, na medida em que o Estado é o detentor do *ius puniendi*, que se veria arredado dessa função. No segundo caso, quanto aos crimes públicos haveria uma clara sobreposição de intervenções: por um lado o Ministério Público realizaria uma das suas atribuições e por outro lado, os sujeitos não queriam aquele processo, mas queriam recorrer a serviços de mediação externos e independentes do sistema de justiça formal. Atualmente, dada a nova redação da lei, parece-nos que só em casos muito excepcionais é que o Ministério Público determinará o arquivamento do inquérito, tendo como fundamento a vontade das partes em recorrer a serviços de mediação privados (caso venham a ser criados). Parece-nos que, com esta alteração legislativa, o legislador pretendeu realçar a ideia de que se encontra na dependência estadual e é sua atribuição, a educação para o direito dos menores que praticam factos ilícitos, tendo em mente a ideia do superior interesse do menor.

Ora, instituindo-se sistemas de mediação privados completamente independentes do sistema de justiça formal denota-se uma clara colisão de interesses e de funções e parece-nos que o arquivamento do inquérito, com fundamento no recurso à mediação privada, não se mostra uma hipótese plausível. A opção mais benéfica seria a suspensão do processo e a sua remessa para mediação? Ou, pode o Ministério Público ordenar o prosseguimento do processo mesmo contra a vontade dos sujeitos? Quanto a esta questão refletiremos se seguida.

Por último, e muito brevemente, devemos chamar à colação o princípio da igualdade, segundo o qual não devem existir disparidades na seleção dos casos para mediação e no seu tratamento. Este também é um princípio que reveste grande importância no processo de mediação e cujo cumprimento depende de processo para processo, de quem avalia e de quem remete os casos para mediação.

2.2.2 A autonomia/dependência da mediação em relação ao processo judicial

A mediação tutelar educativa não é uma alternativa ao processo judicial, como já explicitámos. A mediação, tal como está prevista na Lei Tutelar Educativa, ocorre em sede de processo tutelar estando nele inserida, funcionando apenas como um meio de diversão. Seria uma verdadeira alternativa se, por exemplo, logo após a prática do delito ambos os sujeitos decidissem recorrer imediatamente à mediação (com a problemática *supra* referida), em detrimento do processo judicial ou se no decurso do processo judicial as partes decidissem recorrer à mediação, sem que a autoridade judiciária pudesse colocar qualquer entrave e se essa correspondesse à sua livre vontade. A autoridade judiciária pode determinar a cooperação dos serviços de mediação desde que tal cumpra as finalidades da intervenção, ou seja, sempre no decurso de um processo judicial. Contudo, não há qualquer informação quanto aos moldes em que funciona e com que consequências.

Tem-se considerado, no entanto, que essa possibilidade contende com o princípio da legalidade e da oficialidade, enquanto princípios basilares do sistema jurídico português. Desta forma, e no quadro jurídico atual, a mediação encontra-se inserida no processo formal e os resultados obtidos através daquele método têm impacto no processo judicial²⁷⁴. Neste sentido, o Ministério Público pode determinar a intervenção dos serviços de mediação, suspendendo o processo, contudo, mesmo em casos de intervenção de serviços de mediação privados, essa mediação nunca seria verdadeiramente independente do processo judicial, uma vez que este ficaria suspenso até o processo de mediação findar²⁷⁵.

Portanto, consubstanciaria uma verdadeira alternativa se rejeitasse inteiramente a intervenção judicial, e dessa forma, a solução para o diferendo estaria somente na dependência das partes, que de livre vontade decidiram participar no processo de mediação. Não se descurando todo os interesses envolvidos (da vítima, do menor infrator e da comunidade) esta mediação poderia ser

²⁷⁴ Numa perspetiva comparada, o mesmo ocorre em França em que uma das garantias legais é, precisamente, que o processo de mediação decorra sob controlo judicial, embora seja implementado por um serviço independente treinado para esse propósito. Sobre esta questão ver

http://www.apav.pt/ivor/images/ivor/PDFs/Practice_sheets_on_Restorative_Justice.pdf, consultado a 08-09-2016. Para um breve resumo sobre a mediação em França ver também: Frieder Dünkel/ Philip Horsfield Andrea Păroşanu, European Research on Restorative Justice, Volume I, Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States, International Juvenile Justice Observatory, Brussels, 2015, pp. 71-75, disponível em:

http://www.ejjc.org/sites/default/files/volume_i_-_snapshots_from_28_eu_member_states.pdf, consultado a 08-08-2016.

²⁷⁵ A única hipótese, neste âmbito, para que a mediação revestisse carácter independente do sistema judicial formal seria através do arquivamento do inquérito. No entanto, conforme se referiu *supra* esta não é uma opção. *Cfr. supra* pp. 109-110.

enquadrada na Justiça Restaurativa, na medida em que integra todos os apanágios deste novo paradigma.

2.2.3 A entidade competente para propor a mediação

Como vimos, na Lei Tutelar Educativa refere-se expressamente que a mediação é proposta pela autoridade judiciária, aqui se incluindo o Ministério Público ou o Juiz. Por conseguinte, a autoridade judiciária pode requerer a cooperação de entidades de mediação, com vista à realização das finalidades do processo, sempre que assim o entender. Na fase de inquérito, o Ministério Público pode deliberar pela suspensão do processo e determinar a intervenção dos serviços de mediação para auxiliar na elaboração e execução do plano de conduta. Por último, já na fase jurisdicional, o juiz pode determinar que os serviços de mediação intervenham, tendo em vista a obtenção de consenso quanto à medida tutelar a aplicar. Desta forma, o processo será remetido para os serviços de mediação se o Ministério Público ou o Juiz assim o entenderem²⁷⁶.

Ora, se não restam dúvidas quanto à entidade que pode propor a mediação, o mesmo não ocorre quanto aos critérios que aquela deve ter em conta para selecionar os casos. Deparámo-nos, quanto a este aspeto, com um vazio legal, na medida em que não existem critérios que auxiliem a autoridade judiciária a selecionar os casos suscetíveis de mediação. Tudo dependerá da sua livre iniciativa e até do conhecimento que detêm daqueles serviços, bem como de anteriores resultados positivos ou negativos. Neste sentido, se o Ministério Público ou o Juiz recorrerem aos serviços de mediação num determinado caso e os resultados obtidos não forem satisfatórios, tal situação poderá dissuadi-los de recorrer novamente a estes serviços num outro caso.

No entanto, ainda relacionada com a temática da entidade competente para determinar o recurso à mediação, surge-nos uma questão: e se for o menor, os seus pais, o representante legal ou a vítima a solicitar à autoridade judiciária a intervenção dos serviços de mediação? Nestes

²⁷⁶ Na Bélgica a mediação também é proposta pelos Procuradores do Ministério Público, que sugerem aos ofensores a possibilidade de repararem o dano causado pela ofensa e evidenciarem que estão verdadeiramente dispostos a repará-lo. Sobre esta questão ver

http://www.apav.pt/ivor/images/ivor/PDFs/Practice_sheets_on_Restorative_Justice.pdf, consultado a 08-09-2016.

À semelhança do que sucede no ordenamento jurídico português também no ordenamento jurídico belga surgiram dificuldades relacionados com a seleção dos casos para mediação. Este problema foi solucionado através de instruções claras e explícitas ao procurador geral; pela introdução de uma forma de seleção proactiva e pela introdução de um magistrado de seleção. Os trabalhadores dos serviços sociais também desempenham um importante papel na receção das vítimas e no seu acompanhamento. Cfr. Ivo AERSTSEN e Tony PETERS, "Mediação para reparação: a perspectiva da vítima", in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 12. Para um breve resumo sobre a mediação belga ver Luc DEMEYERE, "The Belgian law on mediation: na early overview", *Dispute Resolution Journal*, 61, ABI/INFORM Collection, nov. 2006 – jan. 2007.

casos, o Ministério Público pode ou deve remeter o processo? Uma vez que é essa a vontade dos sujeitos e existe acordo entre eles para participarem na mediação deve a autoridade judiciária remeter o processo sem mais? Ou, pelo contrário, se considerar que aqueles sujeitos não reúnem condições para participar na mediação pode negar a remessa do processo? Quanto a este problema podemos avançar com uma resposta e ainda com uma outra questão fulcral. Em nosso entender, e uma vez que a lei no artigo 42.º deixou uma larga margem de discricionariedade aos aplicadores do Direito para determinarem a intervenção dos serviços de mediação, não deve a autoridade judiciária suscitar objeções àquela intervenção. No entanto, o legislador deveria ter enunciado um conjunto de critérios que permitissem à autoridade judiciária avaliar esses pedidos. Como não existem requisitos, nem sequer se prevê a possibilidade de a autoridade judiciária dissuadir ou rejeitar os pedidos de participação na mediação, este é um problema que merece uma resposta célere por parte do legislador, tendo-se perdido a oportunidade aquando da primeira revisão à Lei Tutelar Educativa. Não defendemos a determinação, por parte da lei, de critérios rígidos e inflexíveis, mas sim de critérios que, pelo menos, auxiliem a autoridade judiciária na avaliação e seleção dos casos. A mediação é uma prática recente, pelo que a falta de critérios que auxiliem a autoridade judiciária em nada potencia a sua utilização, transparecendo a ideia de que não é um método prático ou que apenas vai prolongar o processo.

E, agora supondo que estão previstos os requisitos para remeter um caso para mediação, e que os mesmos se verificam, a autoridade judiciária não goza de qualquer margem de discricionariedade nessa remessa? Se a autoridade judiciária, por qualquer motivo, depreender que aqueles sujeitos não devem participar na mediação pode barrar a intervenção dos mediadores? Esta questão é bastante sensível e merece particular atenção.

Na ausência de auxílio por parte da legislação em vigor, a entidade responsável pela mediação reuniu um conjunto de requisitos básicos a que atende para verificar se um caso é ou não mediável, sendo que essa verificação é realizada através de entrevistas individuais ao menor e à vítima. No decorrer da entrevista são avaliados aspetos tais como: o reconhecimento por parte do menor na participação dos factos que lhe são indicados e a responsabilidade pelos danos provocados; a capacidade e vontade em reconciliar-se ou em procurar soluções que reparem o dano causado e, ainda, a vontade de participar na mediação e de cumprir os compromissos que aí forem assumidos. Quanto à vítima, os critérios a ter em conta prendem-se com a avaliação dos danos sofridos e do grau de vitimação; com a capacidade e interesse em se reconciliar com o

menor infrator e em aceitar a reparação, bem como a vontade de participar na mediação²⁷⁷. Deve ainda ter-se em conta a idade e a maturidade e capacidade intelectual de ambos, que constituem fatores essenciais para que se avalie se o jovem infrator ou a vítima conseguem entender o sentido do processo de mediação.

Estes requisitos funcionam como guia para a entidade que irá realizar a mediação e não como guia para a autoridade judiciária responsável por selecionar e remeter os casos, o Ministério Público, quanto à fase de inquérito. Portanto, para que sejam realizadas estas entrevistas individuais é preciso que alguém, anteriormente, selecione os casos e os encaminhe para a mediação. Certamente, que o Ministério Público não remeterá todos os processos para os serviços de mediação para que sejam efetuadas estas entrevistas, mas sim, realizará a triagem de processos.

Pelas questões *supra* apontadas denota-se a extrema necessidade de se regular quanto a esta questão e de serem fornecidas diretrizes aos aplicadores do Direito. Poder-se-á intuir que o fraco recurso ao método de mediação derive desta ausência de concretização, que em nada facilita o trabalho daqueles que querem solucionar os casos através do meio mais adequado, sendo que o recurso à mediação pode ser bastante benéfico na área da justiça de menores, como reiteradamente se referiu ao longo da dissertação.

No seguimento do que vem dito pode equacionar-se a criação de uma entidade autónoma e independente cuja competência seja a filtragem de processos ou, contrariamente, essa seleção continuará a ser realizada pela autoridade judiciária. No primeiro caso, as partes que decidissem recorrer à mediação dirigiriam um requerimento a uma entidade privada que estaria encarregue de selecionar os casos. Contudo, esta opção não está instituída no nosso ordenamento jurídico, tanto mais que não existem serviços privados que realizem a mediação vítima-infrator, e, em jeito de auspício, não nos parece que venham a ser criadas, pelo menos no imediato.

Parece-nos que a hipótese mais viável e mais coerente com o papel do Ministério Público é a de que este continue a ser a entidade responsável pela seleção de casos e pela promoção da mediação, pelo menos na fase de inquérito²⁷⁸. Tudo isto sem prejuízo de os interessados solicitarem ao Ministério Público a intervenção dos serviços de mediação, manifestando interesse e vontade em participar. Também nos parece viável a hipótese de se atribuir a um juiz ou a um

²⁷⁷ Informação disponibilizada em http://www.apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/mediacao-vitima-infractor-em-portugal, consultada a 23-09-2016.

²⁷⁸ Na mediação penal de adultos, também cabe ao Ministério Público a remessa do processo de inquérito para mediação, embora esta possa ser requerida pelo ofendido ou pelo arguido.

procurador do Ministério Público a tarefa de, em cada tribunal, apreciar e selecionar os casos suscetíveis de mediar. Esta entidade gozaria de independência em relação às demais, focando-se apenas nas questões relativas à mediação. Contudo, esta hipótese não seria, certamente, isenta de críticas, e desde logo poder-se-ia imputar a esta entidade o desconhecimento do processo e a falta de contacto com os sujeitos. Nenhuma solução é a solução ideal, pois esta só se alcançaria através da experimentação e do estudo dos resultados atingidos.

2.2.4 Os momentos processuais para recurso à mediação

Na prática, as interpretações da lei nesta matéria têm sido várias e a diversidade de entendimentos foi observada entre tribunais e mesmo entre magistrados do mesmo tribunal²⁷⁹.

Como já referimos, o artigo 42.º da Lei Tutelar insere a mediação em sede de princípios gerais do processo e pela leitura deste artigo depreende-se que o legislador quis que o recurso à mediação não estivesse limitado a um único momento processual.

Assim, parece-nos evidente que a entidade judiciária pode requerer a cooperação dos serviços de mediação sempre que assim o entender (pese embora adiante existirem disposições legais em que se refere, expressamente, o momento e em que circunstâncias se pode recorrer à mediação). E o que sucede se uma das partes, num determinado momento processual, manifesta vontade de participar num processo de mediação, mas não quer encontrar-se diretamente com o agressor? Pode ser admissível a mediação indireta no âmbito da Lei Tutelar?

Em nosso entender e, mais uma vez, a lei não fornece qualquer resposta, a mediação direta é preferível à mediação indireta, sem prejuízo de em determinados casos, a mediação indireta comportar benefícios. Um dos objetivos da mediação é, nada mais nada menos, do que o encontro das partes envolvidas num diferendo e, como tal, só através do confronto direto é que a mediação realmente será vantajosa.

No entanto, vislumbram-se alguns casos em que nos parece de admitir o recurso à mediação de forma indireta, designadamente, quando a vítima não queira encontrar e encarar o delinquente, pese embora, só a mediação direta permitir “usufruir de todas as potencialidades desse método”²⁸⁰.

²⁷⁹ V. Susana CASTELA, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p. 97.

²⁸⁰ V. Carlota Pizarro de ALMEIDA, “A mediação perante os objetivos do Direito Penal”, in *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio de 29 de Junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005, p. 50.

Na mediação indireta, o contacto entre o menor e a vítima é efetuado através do mediador, que assume o papel de intermediário e transmite as mensagens de cada um dos sujeitos a outro. Este tipo de mediação tem sido recorrente, pois surgem muitos casos em que a vítima e/ou o infrator, embora desejem participar na mediação, não pretendem encontrar-se diretamente um com o outro. Nestas situações, e atendendo aos princípios da autonomia e da voluntariedade a mediação indireta é aceite pela entidade responsável²⁸¹.

Aliás, um dos direitos da vítima presentes na Declaração Relativa ao Estatuto da Vítima no Processo de Mediação é o direito de escolher entre encontrar-se com o infrator ou comunicar com ele através de mediador²⁸². Portanto, parece-nos que a mediação indireta deve ser aceite e até pode revelar-se profícua ao entendimento e à resolução do diferendo.

2.2.5 Os tipos de crime passíveis de mediação

Atendendo aos resultados obtidos das experiências de mediação noutros países, a gravidade dos factos e a reincidência não são, em determinados casos, obstáculos à utilização da mediação²⁸³. Neste sentido, parece-nos que a fixação de um critério único, que integre ou exclua determinados tipos de crime da mediação, não configura a opção mais correta. Entendemos que essa avaliação deve ficar a cargo da autoridade judiciária (aqui referindo-nos à entidade que selecionará os casos mediáveis) que, munida de todos os elementos processuais e feita a avaliação dos sujeitos, estará em condições de determinar se a mediação poderá solucionar ou pelo menos, tentar solucionar aquele caso. Quando se equacione o recurso à mediação os potenciais riscos e benefícios devem ser ponderados, sendo que não se deve adotar um padrão único para determinar os casos a remeter para mediação. É preciso estudar e avaliar quer a posição do menor, quer da vítima por forma a potenciar os efeitos positivos da mediação para ambas as partes e a minimizar

²⁸¹ Informação disponibilizada em: http://www.apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/principais-modelos, consultado a 23-09-2016.

²⁸² *Cfr.* Direitos das vítimas de crimes na Europa, Projecto ASTREIA - Formação sobre Vítimas de Crime e Justiça, APAV, disponível em: http://www.apav.pt/pdf/astreia_pt.pdf, consultado a 23-09-2016. Esta declaração surgiu do Fórum Europeu dos Serviços de Apoio à Vítima, que ao depararem-se com o crescimento de práticas enquadráveis na Justiça Restaurativa, que incentivam a vítima a encontrar-se com o autor do crime, sentiu necessidade de estipular um vasto conjunto de direitos das vítimas que devem ser protegidos. O objetivo desta declaração é chamar a atenção para aspetos que não estão contemplados de forma adequada nos documentos já existentes.

²⁸³ V. Susana CASTELA, "Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo", in *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006, p. 98. Em termos comparativos, a mediação penal de adultos só tem lugar relativamente a alguns crimes particulares ou semi-públicos, cuja pena não seja superior a 5 anos de prisão. Nos crimes semi-públicos há ainda uma limitação aos crimes contra as pessoas e contra o património. A mediação penal também não é possível em crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, peculato, corrupção ou tráfico de influência. *Cfr.* art. 2º, da Lei nº21/2007.

os riscos associados a um processo de negociação em que pelo menos uma das partes pode estar numa posição de especial vulnerabilidade.

2.2.6 A entidade responsável pela realização da mediação

A mediação assenta na liberdade, no diálogo e no esforço conjunto dos mediados em regularem o conflito que os opôs, sendo que nesse processo de responsabilização e de partilha de opiniões e posições têm o apoio do mediador.

O sucesso da mediação também depende do trabalho do mediador pois só um mediador capaz pode cativar a confiança das partes, fundamental ao seu trabalho e à credibilidade da mediação²⁸⁴.

O mediador assume, assim, um papel de “agente de mudança”²⁸⁵ auxiliando as partes a chegarem a um acordo e, para tanto, deve privilegiar o restabelecimento da comunicação entre eles, incentivando-as a resolverem o conflito através de cedências mútuas e de um acordo final que não deixe nenhuma delas em desvantagem. O próprio processo de mediação parte do princípio de que as partes têm capacidade e responsabilidade necessárias para determinar, de forma consensual, o que é melhor para elas²⁸⁶.

O mediador não pode negociar com as partes ou impor a sua visão sobre o conflito e a sua posição de como deverá ser solucionado. Em consequência, o mediador deve adotar uma postura neutral, pelo que não lhe cabe fazer juízos de valor em relação àquilo que as partes vão negociando ou às suas opções, uma vez que todos os interesses relevam. A decisão parte dos mediados e o mediador deve respeitá-la, abstendo-se de propor outra que lhe pareça mais satisfatória.

O mediador não intervém na condenação do infrator, cabendo-lhe, somente, a pacificação pessoal e interpessoal dos intervenientes no crime²⁸⁷.

No exercício da atividade de mediação, aquele que a orienta não pode deixar de respeitar alguns deveres éticos que lhe são impostos, como o dever de independência em relação às partes a mediar e em relação ao conflito, ao qual não deve ter qualquer ligação, bem como o dever de

²⁸⁴ Cfr. Mariana França GOUVEIA, Curso de resolução alternativa de litígios, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 50.

No exercício da sua profissão, o mediador está adstrito ao cumprimento de várias regras deontológicas que se encontram diversos diplomas legais, como a Lei dos Julgados de Paz, a Lei da Mediação Penal, o Regulamento do Sistema de Mediação Penal, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril ou o Código Europeu de Conduta para Mediadores, entre outros.

²⁸⁵ Luís Melo CAMPOS, “Mediação de conflitos: enquadramentos institucionais e posturas epistemológicas”, in *Mediation In Action - A Mediação em Acção*, José Vasconcelos-Sousa (coord), MEDIARCOM/Minerva Coimbra, 2008, p. 185.

²⁸⁶ Lúcia Fátima VARGAS, *Julgados de Paz e Mediação. Uma nova fase da Justiça*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 47.

²⁸⁷ Cláudia Cruz SANTOS, “Os novos atores da justiça penal (“O futuro é uma astronave que tentamos pilotar”)”, in *Os novos atores da Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 14.

independência face à entidade ou instituição que determinou a intervenção dos serviços de mediação. Ao mediador cabe o controlo do desenrolar do processo e não a conformação da decisão final que apenas está na disponibilidade das partes.

A título de exemplo, o artigo 4.º da Lei de Mediação Penal enuncia que “a mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”. Pela análise desta disposição legal já conseguimos detetar quais as incumbências do mediador, bem como uma das regras essenciais a que este se encontra adstrito: a imparcialidade. Por seu lado, o artigo 10.º vem dizer que no desempenho das suas funções o mediador penal deve observar o dever de imparcialidade, já referido, o dever de independência, de confidencialidade e de diligência, da mesma forma que tem o dever de guardar segredo profissional em relação ao teor das sessões de mediação.

Por seu lado, o artigo 14.º, n.º 2 do Regulamento do Sistema de Mediação que fixa os direitos e os deveres dos mediadores, estabelece que “o mediador penal não pode sugerir ou impor aos mediados os termos do acordo, devendo auxiliá-los a comunicar entre si, a reflectir sobre as questões em conflito, bem como a equacionar opções que proporcionem um acordo justo, equitativo e duradouro que traduza o livre exercício da sua vontade e responsabilidade”.

Depois de analisados os deveres a que o mediador está vinculado no exercício da mediação cabe-nos também fazer uma breve referência às competências que deve deter.

A Lei n.º 21/2007, que estabelece o regime da mediação penal, enuncia no artigo 12.º os requisitos fundamentais para o exercício das funções de mediador penal. Assim, as listas de mediadores penais são preenchidas mediante um procedimento de seleção em que só pode concorrer quem tiver mais de 25 anos de idade, estiver no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, tiver licenciatura ou experiência profissional adequadas, estiver habilitado com um curso de mediação penal reconhecido pelo Ministério da Justiça, for pessoa idónea para o exercício da atividade e tiver o domínio da língua portuguesa.

Os requisitos *supra* referidos não levantam grandes dissensos, pelo que se reportam de adequados. Através do requisito da idade pretende-se que quem exerça a profissão de mediador já possua a maturidade necessária para desempenhar o papel com respeito pelos deveres deontológicos e com a neutralidade e imparcialidade exigidas.

Como se percebe, o exercício da mediação exige competências específicas por isso os mediadores devem receber formação inicial adequada e prática supervisionada, em virtude da gravidade e vulnerabilidade das questões a tratar e dos fins a alcançar²⁸⁸.

Para tanto, o mediador deve deter alguns conhecimentos jurídicos, designadamente, quanto à organização do sistema judicial e à tramitação processual, e ainda quanto à legislação aplicável a menores. Aos conhecimentos jurídicos devem juntar-se conhecimentos nas áreas da psicologia e da sociologia, que lhe permitem adquirir ferramentas para o trabalho com vítimas e ofensores.

Em breves palavras, o mediador é um terceiro independente que não age como o “vértice da pirâmide, mas antes como uma linha que une dois pontos separados (as partes em conflito)”²⁸⁹.

Quanto a este ponto questionamo-nos se a mediação deve ser realizada apenas por licenciados em Direito, advogados, não advogados, pelo juiz, pelo Ministério Público²⁹⁰. Defendemos que os responsáveis pela mediação devem ter formação na área das ciências sociais, ou seja, podem ser juristas, psicólogos, sociólogos, desde que tenham formação específica, que lhes permita obter as técnicas necessárias ao exercício desta atividade²⁹¹. Não se pode esquecer que o papel do mediador é fundamental para a que a mediação decorra de forma ordeira e sem quaisquer contratempos.

Quanto à seleção de mediadores já há alguns desenvolvimentos, designadamente, com os julgados de paz ou com a mediação familiar, que podem funcionar como fonte de inspiração e como exemplo para a mediação penal, mais propriamente, para a mediação tutelar educativa. Aliás, com as necessárias e adequadas alterações podem funcionar como ponto de partida para o desenvolvimento da mediação nesta área.

Mariana França Gouveia refere que a credibilidade da mediação depende do trabalho do mediador e que só um mediador capaz pode cativar a confiança das partes, elemento essencial do seu trabalho²⁹².

²⁸⁸ Na esteira da Recomendação n.º R (99) 19 do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

²⁸⁹ V. Clara CALHEIROS, “Breves reflexões sobre os atuais discursos em torno da mediação”, in *Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Mário Ferreira Monte *et al*(org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 150.

²⁹⁰ De salientar que noutros ordenamentos jurídicos a realização da mediação está barrada a juizes que ainda exerçam essa atividade, a procuradores do Ministério Público, assistentes ou estagiários dessas profissões. É o que ocorre na Polónia, em que o processo de mediação não pode durar mais de um mês (excluindo as fases iniciais de preparação) e os mediadores não podem ser testemunhas no processo judicial. Sobre esta questão ver:

http://www.apav.pt/ivor/images/ivor/PDFs/Practice_sheets_on_Restorative_Justice.pdf, consultado a 08-09-2016.

²⁹¹ Posição igualmente defendida quanto à mediação em matéria penal por Antero LUIS, em “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, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005, pp.

²⁹² *Cfr.* Mariana França GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 50.

2.2.7 O acordo de mediação

Um dos princípios basilares da Justiça Restaurativa e da mediação é a livre participação das partes do processo, pelo que, de igual forma, também está na sua disponibilidade decidir se querem continuar nas negociações e se querem ou não firmar um acordo. Aliás, o próprio acordo também depende, inteiramente, da sua vontade e dos seus interesses. O mediador, como se referiu, está impedido de formular ou de impor determinadas injunções, cabendo-lhe tão-só o auxílio das partes, pese embora poder dar algumas sugestões por forma a ultrapassar dificuldades que vão surgindo.

A solução consensual obtida pelas partes no fim do processo de mediação (a verificar-se) pode consistir em imposições variadas, tais como, a apresentação de um pedido de desculpas ao ofendido, a compensação económica pelo dano patrimonial sofrido, o exercício de uma atividade em benefício do ofendido e que se conexe com o mal infligido²⁹³.

Neste âmbito, suscita-se a questão de saber se, após o processo de mediação e uma vez chegados a um consenso²⁹⁴, pode o Ministério Público decidir prosseguir com o processo judicial por entender que o acordo atingido pelas partes não se coaduna com as finalidades da intervenção tutelar. E se após a reparação do ofendido o Ministério Público, ainda assim, considerar que o processo deve prosseguir para que seja aplicada uma medida tutelar? Na verdade, nada na Lei Tutelar parece obstar a que o processo prossiga... No entanto, parece-nos que, nestes casos, não deve ser a autoridade judiciária a criar entraves à reparação e à efetivação de uma medida consensual, apenas devendo fazê-lo em casos em os direitos das partes saíam beliscados ou quando, posteriormente, a solução alcançada não obtivesse uma aplicação prática positiva. Pese embora o acordo partir das próprias partes e de todos se mostrarem satisfeitos com a solução consensual obtida, ainda assim pode a autoridade judiciária fazer um juízo de prognose em relação à sua concreta aplicação prática. Como já se disse anteriormente, nada garante que a participação no processo de mediação é voluntária e que o menor agressor está arrependido. À cautela, e não defendemos aqui posições arbitrárias por parte da autoridade judiciária, esta deve analisar os termos do acordo fixado e em casos extremos poderá rejeitá-lo. Salientamos que esta deve

²⁹³ O acordo de mediação pode, neste sentido, e em nossa opinião consistir numa medida de reparação ao ofendido semelhante à que poderia vir a ser aplicada pelo juiz, desde que não seja demasiado onerosa para o menor e cumpra as finalidades da intervenção. *Cfr.* art. 11.º da Lei Tutelar Educativa.

²⁹⁴ Na mediação penal havendo acordo, este é enviado ao Ministério Público que verifica a sua legalidade, e nele não podem ser incluídas sanções privativas da liberdade ou ainda, deveres que ofendam a dignidade do arguido. *Cfr.* arts. 5º, nºs 5 e 8 e 6º da Lei nº21/2007.

configurar uma solução excepcional já que, se as partes recorreram à mediação de forma livre e esclarecida e se o acordo foi alcançado da mesma forma, a autoridade judiciária deve respeitar essa decisão.

Mais uma vez se deteta a imprescindibilidade de se avaliar previamente e com seriedade o jovem e a vítima, antes de se determinar a intervenção dos serviços de mediação, para que o recurso a este método não constitua um expediente dilatório ou numa forma de fugir à intervenção judiciária.

A este respeito outras questões se podem colocar: e caso não seja obtido um acordo de mediação por motivos imputáveis ao menor? Ou, contrariamente, porque a vítima inviabilizou qualquer possibilidade de se obter uma solução consensual? Que impacto terão ambas as situações no processo?

Quanto a estas questões, e mais uma vez, não encontramos qualquer resposta na Lei Tutelar Educativa ou em qualquer outro diploma legal aplicável a menores infratores. Não existem regras ou diretrizes que auxiliem a autoridade judiciária a resolver e a dar seguimento a estas situações e, mais uma vez, cabe à autoridade judiciária decidir o que sucederá. Como se depreende a margem de discricionariedade é enorme e a mesma situação pode ser decidida de forma distinta.

Consideramos que se o menor demonstrar vontade em reconciliar-se com a vítima e em reparar os danos que causou, mas não foi possível obter um acordo, essa predisposição não deve ser ignorada no processo, podendo ser determinada uma medida que assente na reparação, mas que não seja direccionada para a vítima. Pode, nestas situações, equacionar-se uma medida de reparação à comunidade, como a prestação de tarefas.

Ambas as situações *supra* referidas devem ter reflexos no processo, sendo que no segundo caso o menor não deverá sair prejudicado pelo facto de o acordo se ter frustrado ou de a vítima não aceitar soluções reparadoras.

2.2.8 O local e o prazo para conclusão do processo

O local onde a mediação irá decorrer é imprescindível para garantir resultados satisfatórios para ambas as partes, pelo que deve ser um espaço seguro que propicie o diálogo entre os

participantes. Deve, igualmente, ser um local neutro em que nenhuma das partes tenha uma forte identificação emocional ou controlo físico do espaço²⁹⁵.

A mediação pode ter lugar no edifício do tribunal ou pode desenrolar-se fora dele. No primeiro caso, dir-se-á que a mediação é institucionalizada porque funciona dentro do tribunal, enquanto instituição formal. Neste caso, parece-nos que a mediação será realizada num clima de coatividade, uma vez que será difícil para os participantes esquecer que estão no edifício do próprio tribunal com a forte carga negativa que lhe está cometida.

Acresce que, e atendendo a experiências e estudos já realizados noutros ordenamentos jurídicos, quando a mediação funciona no próprio tribunal o tempo é muito limitado e, por esse motivo muitas pessoas preferem que a mediação decorra fora do tribunal, em serviços exteriores, de forma mais prolongada no tempo e a um ritmo mais calmo²⁹⁶.

Se a mediação for realizada fora do tribunal (e em regime de completa independência em relação ao sistema judicial²⁹⁷) é necessário regular esta hipótese e aquilo que acontecerá ao processo judicial. Também neste caso deve ter-se especial atenção à certificação dos mediadores, por forma, a salvaguardar os direitos dos cidadãos.

O sucesso da mediação depende, em parte, da possibilidade das partes usufruírem de um espaço de encontro que proporcione uma comunicação aberta e honesta sobre os factos que originaram a desavença²⁹⁸.

Uma outra questão que surge no recurso à mediação prende-se com o prazo para findar o processo e em estabelecer o acordo de mediação final.

²⁹⁵ V., Christopher W, MOORE, *O processo de mediação – Estratégias práticas para a resolução de conflitos*, 2ª edição, Artmed, Porto Alegre, 1998. P. 135.

²⁹⁶ Situação que ocorre, designadamente, no Canadá, em que há vários serviços de mediação disponíveis por todo o país. Os chamados escritórios de mediação fornecem um leque muito alargado de serviços. Sobre esta questão ver José VASCONCELOS-SOUSA, *O que é a Mediação*, Quimera Editores, Lisboa, 2002, pp. 121-123. Para uma abordagem mais aprofundada sobre a mediação no Canadá ver também: Pierre ALLARD, *A little manual of Restorative Justice*, Just.Equipping, Public Safety Canada, Ontario, 2008, disponível em:

http://publications.gc.ca/collections/collection_2009/sp-ps/PS4-63-2008E.pdf, consultado a 07/09/2016, e ainda, Robert B. CORMIER, *Restorative Justice: Directions and Principles – Developments in Canada*, Public Works and Government Services Canada, 2002, disponível em:

<http://publications.gc.ca/collections/Collection/JS42-107-2002E.pdf>, consultado a 07/09/2016.

²⁹⁷ A título de exemplo comparativo, na Austrália, foram criados serviços de mediação privados, que não estão sujeitos a regulamentação governamental quando são fornecidos fora do âmbito dos tribunais. No entanto, estas entidades que prestam serviços focam-se, essencialmente, nas áreas da mediação de negócios e cobram honorários como qualquer entidade privada. Atualmente, quase todos os tribunais da Austrália aceitam a mediação ou exigem-na em determinado momento do processo. A mediação que ocorre dentro dos tribunais é regulada por estatuto do qual consta a responsabilidade do mediador, a obrigação de manter segredo profissional, bem como as qualificações necessárias para exercer esta atividade. V., José VASCONCELOS-SOUSA, *O que é a Mediação*, Quimera Editores, Lisboa, 2002, pp. 84-85.

²⁹⁸ V. Susana Castela, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº37, Almedina, Coimbra, out-dez, 2006, p.102.

Ora, excepcionando o caso específico da alínea b), do n.º3, do artigo 104.º que estabelece que não sendo obtido consenso quanto à medida tutelar a aplicar, o juiz pode determinar a intervenção de serviços de mediação e suspender a audiência por prazo não superior a 30 dias, não se encontra pré-estabelecido qualquer outro prazo para obtenção de uma solução negociada. Para suprir esta lacuna é necessário ter em conta que o prazo para conclusão do inquérito é de 3 meses, salvo em casos de especial complexidade em que pode ser prorrogado por mais três meses²⁹⁹.

Atendendo a um critério de celeridade que caracteriza todo o processo tutelar educativo, motivado pelas características especiais dos jovens, que não se coadunam com processos morosos e excessivamente formalizados, o prazo para conclusão da mediação também não deve exceder o estritamente necessário. Assim, defendemos que o prazo máximo para a definição de um acordo de mediação não deve ultrapassar o prazo estabelecido para findar o inquérito. Entretanto, o prazo de inquérito ficará suspenso a aguardar a decisão que emergirá do processo de mediação.

Síntese conclusiva

Conforme se salientou por diversas vezes ao longo do presente capítulo, a falta de regulamentação da mediação em sede de intervenção tutelar mostra-se patente, pelo que urge uma resposta célere por parte do legislador.

Ainda assim, e quanto ao objeto da presente dissertação, convém fazer um breve apontamento agregador das ideias que se foram tecendo. Conforme se referiu, na Lei Tutelar Educativa vislumbra-se uma abertura do legislador para a integração de traços restaurativos, de que são exemplo, a mediação ou a medida de reparação ao ofendido. Contudo, estes não são suficientes para que se conclua pela inserção da mediação tutelar educativa no seio na Justiça Restaurativa. Ora, e antevendo eventuais dúvidas que poderiam pairar em virtude da nossa exposição, cabe-nos salientar o seguinte: a regulamentação da mediação tutelar não opera, imediatamente e por si só, a sua integração no âmbito da Justiça Restaurativa. Queremos com isto dizer que não é pelo facto de o legislador concretizar, expressamente, os termos de recurso a este método que a mediação será uma verdadeira manifestação de Justiça Restaurativa. Assim sendo, e pese embora os constrangimentos e as dificuldades sentidas em virtude da falta de diretrizes legais, que importa

²⁹⁹ *Cfr.* Art. 75.º, n.º3 da Lei Tutelar Educativa.

clarificar, tal poderá não ser suficiente para que a nossa resposta ao título desta dissertação seja, indubitavelmente, positiva.

Conclusões

- I. A intervenção tutelar ocorre quando estejam verificados um conjunto de pressupostos, sendo necessário, desde logo, que exista uma ofensa a bens jurídicos protegidos, traduzida na prática de um facto qualificado como crime; que prevaleça a necessidade do menor ser educado para o direito e, por último, que o menor tenha idade compreendida entre os 12 e os 16 anos.
- II. As finalidades que norteiam o processo tutelar educativo prendem-se com a educação do menor para o direito e a sua inserção, digna e responsável, na vida em comunidade, nas quais se centra toda a intervenção.
- III. Contudo, os sistemas de justiça tradicionais, no qual se inclui a intervenção tutelar educativa, têm evidenciado dificuldades na resolução dos problemas que vão surgindo em sociedade, apontando-se-lhes uma insipiente tutela dos bens jurídicos, denotando-se, assim, uma crise do direito e de todo o universo jurídico.
- IV. Em paralelo, têm surgido mecanismos alternativos, complementares ou desjudicializantes que visam responder de forma mais rápida e mais eficaz aos conflitos, introduzindo uma nova ideologia que, desde logo, procura integrar todos os envolvidos no diferendo.
- V. A Justiça Restaurativa constitui um desses mecanismos e afirma-se como um “novo paradigma” de resposta ao crime, alicerçada no consenso, na voluntariedade, na integração e na participação da vítima no processo.
- VI. Na Lei Tutelar Educativa encontramos alguns afloramentos de Justiça Restaurativa, como é o caso da mediação, que constitui um método restaurativo.
- VII. Este método, a par de outras soluções extrajudiciais, pretende dar resposta aos conflitos sociais de forma mais célere, mais económica e acima de tudo, com efeitos menos traumáticos e estigmatizantes para os intervenientes.
- VIII. Assim, o campo de justiça de menores revela-se profícuo à aplicação e desenvolvimento destes métodos, porquanto a faixa etária de aplicação apresenta características muito particulares.
- IX. No entanto, pese embora os progressos que se têm registado a nível europeu, dos incentivos e do esforço de divulgação e formação nesta área, ainda não se encontra, definitivamente, implementada no âmbito da intervenção tutelar educativa.
- X. Na Lei Tutelar consagra-se o recurso à mediação que pode ter lugar na fase de inquérito e na fase jurisdicional, pese embora, se encontrar, também, prevista em sede de princípios gerais do processo, denotando-se, aqui, uma clara abertura e uma ampla margem de discricionariedade para a sua utilização.

- XI. O desiderato principal do recurso à mediação na Lei Tutelar prende-se com a devolução ao jovem delincente e à vítima a primazia na resolução do conflito, visando a assunção de responsabilidades por parte do jovem pelas suas ações e uma reparação adequada à vítima, que lhe permita ultrapassar o trauma causado pelo facto ilícito.
- XII. Atento o disposto no artigo 42º da Lei Tutelar, a autoridade judiciária pode determinar a intervenção de entidades públicas ou privadas de mediação, para a realização das finalidades do processo e pode ter lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, dos seus pais, do representante legal, de quem tenha a sua guarda de facto ou de defensor.
- XIII. Quanto à fase de inquérito, o artigo 84º permite que o Ministério Público solicite a intervenção dos serviços de reinserção social e dos serviços de mediação para acompanhamento da execução do plano de conduta e das injunções nele vertidas.
- XIV. Já na fase jurisdicional, o artigo 104º permite que o juiz determine a intervenção dos serviços de mediação, por forma a ser alcançado consenso quanto à medida tutelar a aplicar.
- XV. Apesar de a mediação apresentar-se como um método a enquadrar na Justiça Restaurativa, em sede de Lei Tutelar tem-se questionado se este método cumpre, efetivamente, os princípios e a ideologia inerente a este novo paradigma.
- XVI. A mediação rege-se por princípios que compõem o núcleo da Justiça Restaurativa, partilhando com esta a ideia de justiça negociada, de participação, de voluntariedade, de consensualidade, de envolvimento de todos os sujeitos afetados pelo delito.
- XVII. No entanto, estas semelhanças podem não ser suficientes para que se qualifique a mediação tutelar como uma verdadeira manifestação de Justiça Restaurativa.
- XVIII. Na fase de inquérito, a intervenção dos serviços de mediação depende do assentimento do Ministério Público e prende-se com o auxílio no cumprimento do plano de conduta, elaborado por aquela autoridade judiciária.
- XIX. Neste sentido, deparámo-nos com uma total ausência da vítima que não participa na elaboração do plano e pode, ademais, ser coagida a participar na mediação, tal como o menor pode participar tendo em vista apenas a suspensão do processo, o que provocará uma clara revitimização.
- XX. Já na fase jurisdicional, a intervenção dos serviços de mediação depende, igualmente, da aquiescência da autoridade judiciária em preterição da ideia de participação livre e voluntária.
- XXI. Ainda assim, e quanto a este aspeto, defendemos que as partes podem requerer a intervenção dos serviços de mediação, quer ao juiz, quer ao Ministério Público, devendo estes fazer a seleção dos casos mediáveis.

- XXII. Neste processo de seleção surgem as principais dúvidas e os principais constrangimentos com que se deparam os operadores judiciais e clama-se, portanto, a regulamentação da mediação no campo da justiça de menores.
- XXIII. Na Lei Tutelar, a mediação encontra-se integrada no processo judicial formal e, como tal, os resultados obtidos têm implicação naquele.
- XXIV. Pese embora o legislador já ter lançado as bases para a sua introdução e ter revelado predisposição para a inserção de novas ideologias, a mediação carece de densificação legislativa.
- XXV. Mais do que nunca prevalece a necessidade de se instituírem meios alternativos ou complementares aos sistemas de justiça tradicionais, já que o atual contexto histórico, social e jurídico clama novas soluções.
- XXVI. No entanto, em sede de Lei Tutelar Educativa, parece-nos que faltam meios que deem efetivamente provimento ao que a lei consagra, e que possibilitem a sua aplicação prática, em consequência da falta de regulamentação.
- XXVII. Importa determinar um conjunto de diretrizes legais relativamente a várias temáticas, designadamente, os critérios a seguir pela autoridade judiciária para selecionar os casos alvo de intervenção dos serviços de mediação, a relação (de dependência ou de autonomia) da mediação em relação ao processo judicial, os momentos processuais em que pode ser requerida, os factos ilícitos passíveis de mediação, a entidade responsável pela sua realização, os efeitos no processo da obtenção ou não de acordo ou ainda, o local e o prazo para a conclusão do processo de mediação.
- XXVIII. Sublinhámos que estes são pontos essenciais que carecem de regulamentação.
- XXIX. Contudo, e quanto ao objeto da presente dissertação, apesar da mediação constante da Lei Tutelar Educativa comportar ou pretender comportar alguns traços restaurativos, ainda assim não constitui uma verdadeira manifestação de Justiça Restaurativa, nos termos em que se encontra definida.
- XXX. Desde logo, o princípio da voluntariedade das partes em recorrer à mediação encontra-se, fortemente, afetado, bem como a participação da vítima, que se revela secundarizada.
- XXXI. A tão almejada regulamentação ajudará, certamente, na proliferação e no desenvolvimento da mediação para que esta constitua uma verdadeira hipótese a equacionar e para que lhe seja dada uma real oportunidade. No entanto, é necessário que se aperfeiçoe o seu quadro legal.
- XXXII. Ainda assim, não é pelo facto de a mediação (eventualmente) passar a estar pormenorizadamente regulada que a mesma passará a ser enquadrada no âmbito da Justiça Restaurativa, convém ressaltar.

- XXXIII. No entanto, em matéria de mediação tutelar educativa todos os campos estão em aberto e, como tal, não podemos antever o que sucederá após a sua regulamentação...
- XXXIV. Por agora, cumpre-nos concluir que o caminho a percorrer ainda é longo e a mudança de paradigma no campo da justiça de menores deve pautar-se pela experimentação e avaliação de resultados.
- XXXV. Contudo, o vazio legislativo que prevalece em nada contribui para essa mudança...

Bibliografia Citada

- ABREU, Carlos Pinto de / SÁ, Inês Carvalho / RAMOS, Vânia Costa, *Proteção, Delinquência e Justiça de Menores*, 2010, Edições Sílabo, Lisboa.
- AERSTSEN, Ivo/ PETERS, Tony, “As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n°37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006.
- , “Mediação para reparação: a perspectiva da vítima”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n°37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006.
- AGRA, Cândido da / CASTRO, Josefina, “Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- ALBINO, Maria Clara, “Justiça Restaurativa: Assimetrias de desenvolvimento na Europa: primeiros passos”, *Promoção e protecção dos direitos das vítimas de crime na Europa – Seminário Internacional Diké*, Edição da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003.
- ALISTE, Tomás, “Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción”, in *La mediación en matéria de família y derecho penal*, Fernando MARTIN Díz (ed.), Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
- ALLARD, Pierre, *A little manual of Restorative Justice*, Just.Equipping, Public Safety Canada, Ontario, 2008.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “A mediação perante os objectivos do Direito Penal”, in *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio de 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005.
- , *Modelos de inimputabilidade – Da teoria à prática*, Almedina, Coimbra, 2000.
- ANDRADE, Amélia Sineiro / SANTOS, Margarida, “A Lei n°4/2015, de 15/01, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n° 339, setembro/dezembro, Livraria Cruz, Braga, 2015.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *A vítima e o problema criminal*, Livraria Petrony, Coimbra, 1980.
- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA, *Promoção e protecção dos direitos das vítimas de crime na Europa – Seminário Internacional Diké*, Nota de apresentação, Edição da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003.
- ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2016.

- BARROSO, Renato, “Editorial”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006.
- BAZEMORE, Gordon / WALGRAVE, Lode, “Restorative juvenile justice: in search of fundamentals and an outline for systemic reform” in *Restorative Juvenile Justice: repairing the harm by youth crime*, Criminal Justice Press, Monsey, New York, 1999.
- CAETANO, Marcello, *Lições de Direito Penal – Súmula das prelecções feitas ao curso do 4º ano jurídico do ano lectivo de 1938-39*, Jornal do Comércio e das Colónias, Lisboa, 1939.
- CALADO, António Marcos Ferreira, *Legalidade e oportunidade na investigação criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- CALHEIROS, Clara, “Breves reflexões sobre os atuais discursos em torno da mediação”, in *Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Mário Ferreira Monte et al (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- CAMPOS, Luís Melo, “Mediação de conflitos: enquadramentos institucionais e posturas epistemológicas”, in *Mediation In Action - A Mediação em Acção*, José Vasconcelos-Sousa (coord), MEDIARCOM/Minerva Coimbra, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CARRIZO, Adán González-Castell, “La mediación penal en España”, in *La mediación en materia de familia y derecho penal, Estudios y análisis*, Fernando Martín Diz (coord.), Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco, *Principi del processo penale*, Morano Editore, Napoli, 1960.
- CASTELA, Susana, “Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo”, *Sub Judice*, Justiça Restaurativa, nº37, outubro-dezembro, Almedina, Coimbra, 2006.
- CEBOLA, Cátia Marques, “A resolução extrajudicial de conflitos em Portugal no século XXI”, in *Panorama do Direito no terceiro milénio*, Livro em homenagem ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos, org. Daniel Freire e Almeida et al, Almedina, Coimbra, 2013.
- CHAVES, Sabrina Smith / FURTADO, Leonor, *As medidas socio-educativas e as medidas tutelares educativas na legislação brasileira e portuguesa*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2000.
- CORMIER Robert B., *Restorative Justice: Directions and Principles – Developments in Canada*, Public Works and Government Services Canada, 2002.

- CORREIA, Eduardo, “As grandes linhas da reforma penal”, *in Para uma nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983.
- COSTA, Américo de Campos, *Notas à Organização Tutelar de Menores*, Atlântida Editora, Coimbra, 1967.
- COSTA, João, “A pluralidade de infrações e a mediação penal em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, nº4, Out-Dez, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- , “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Separata do Vol. LXI, Coimbra, 1986.
- CRAWFORD, Adam / NEWBURN, Tim, *Youth Offending and Restorative Justice – Implementing reform in youth justice*, Willan Publishing, Devon, 2003.
- CRISTAS, Assunção, Nota de abertura, *in A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio de 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005.
- CUNNEEN, Chris / HOYLE, Carolyn, *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2010.
- DEMEYERE, Luc, “The Belgian law on mediation: an early overview”, *Dispute Resolution Journal*, 61, ABI/INFORM Collection, Nov. 2006 – Jan. 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia – O homem delinvente e a sociedade criminógena*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I- Questões fundamentais; A doutrina geral do crime*, 2ª edição, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.,
- , *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011
- , *Direito Penal Português – Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime*, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- , *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1970.
- DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de menores delinquentes: a lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

- , “Interactividade entre penas e medidas tutelares - contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, fasc. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, abril-junho 2001.
- DUARTE, Caetano, “Justiça Restaurativa”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006.
- DÜNKEL, Frieder / PĂROȘANU, Philip Horsfield Andrea, *European Research on Restorative Justice, Volume I, Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States*, International Juvenile Justice Observatory, Brussels, 2015.
- EPIFÂNIO, Rui M. L. / FARINHA, António H. L., *Organização Tutelar de Menores – Contributo para uma visão interdisciplinar do Direito de Menores e de Família*, Almedina, Coimbra, 1987.
- ESTEVES, Raúl, “A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006.
- FARINHA, António, “A Mediação no Processo Tutelar Educativo”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra. 2002.
- FERNANDES, Fernando, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Almedina, Coimbra, 2001.
- FERNANDO, Rui do Carmo Moreira, “Lei Tutelar Educativa – Traços essenciais na perspectiva da intervenção do Ministério Público”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- FERREIRA, Francisco Amado, *“Justiça Restaurativa – Natureza, Finalidades e Instrumentos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- FERREIRA, J. O. Cardona, *Justiça de Paz – Julgados de Paz*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982; II. Penas e medidas de segurança*, Almedina. Coimbra, 2010.
- FIGUEIROA, Filipa de, «Punição no limiar da idade adulta»: O regime penal especial para jovens adultos e, em especial, a interactividade entre penas e medidas tutelares educativas”, *Revista Julgar*, n.º 11, Coimbra Editora, Coimbra, maio- agosto, 2010.
- FONSECA, Carla, “A protecção das crianças e jovens: factores de legitimação e objectivos”, in *Direito Tutelar de Menores – O sistema em mudança*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

- FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Edições 70, Lisboa, 2013.
- FRANÇOIS, Bastien, “Une demande politique de justice - «Les Français et la Justice» Ou comment analyser une critique récurrent”, *Mission de Recherche Droit et Justice*, 1998.
- GERSÃO, Eliana, “Um século de Justiça de menores em Portugal (No centenário da Lei de Protecção à Infância), de 27 de Maio de 1911”, in *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa et al, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- , “Ainda a revisão da Organização Tutelar de Menores – Memória de um processo de reforma”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, Jorge de Figueiredo Dias, Irineu Cabral Barreto et al (org.) Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- , “Delinquência Juvenil e Tribunais de Menores: Reflexões à volta de alguns dados estatísticos”, *Separata da Revista «Povos e Culturas»*, n.º 3, Centro de Estudos dos Povos e Culturas de Expressão portuguesa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1988.
- GOFFMAN, Erving, *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, 4ª edição, Editora Guanabara, Rio de Janeiro, 1988.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- , “Mediação e processo civil”, *Cadernos de Direito Privado*, I Seminário dos Cadernos de Direito Privado, n.º especial 01, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, dezembro de 2010.
- GUERRA, Paulo, “A Lei Tutelar Educativa – para onde vais?”, *Revista Julgar*, n.º11, maio-agosto, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- HEISE, Michael, “Why ADR Programs aren’t more appealing: an empirical perspective”, *Cornell Law Faculty Publications, Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 7, Issue 1, 64–96, March 2010.
- HESPANHA, António Manuel, *O caleidoscópio do Direito – o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ª edição reelaborada, Almedina, Coimbra, 2014.
- LAURIS, Élida / FERNANDO, Paula, “A dupla face de Janus: As reformas da justiça e a Lei Tutelar Educativa”, *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto 2010, Coimbra Editora, Coimbra.
- LÁZARO, João / MARQUES, Frederico Moyano, “Justiça Restaurativa e Mediação”, *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º37, Almedina, Coimbra, Out-Dez, 2006.
- LEANDRO, Armando Gomes, “Protecção dos Direitos da criança em Portugal”, in *Direitos da Criança*, A. Reis. Monteiro et al (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- LEITE, André Lamas, “Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós sentencial”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 11, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- , “A mediação penal de adultos: Análise crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho”, *Maia Jurídica – Revista de Direito*, Ano IV, nº2, julho –dezembro 2006, Coimbra Editora, Coimbra.
- LUIŠ, Antero, em “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, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005.
- MANATA, Celso, “Lei Tutelar Educativa – desafios da sua aplicação prática. Breves notas de trabalho”, in *Intervenção Tutelar Educativa*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, abril de 2015.
- MARQUES, Adelino/ MOUTINHO, Manuel, *Lições do Dr. Beleza dos Santos – Lições de Direito Penal*, Livraria Neves, Coimbra, 1926.
- MARSHALL, Tony, “The evolution of restorative justice in Britain?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4, 1996.
- MARTÍN, Jaume Barberan, “Juvenile penal mediation in Spain: the experience in Catalonia”, in *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe An Overview and Comparison of 15 Countries*, Ana Mestitz/Simona Ghetti (ed.), Springer, Netherlands, 2005.
- MENZEL, Kenneth, *Circle Sentencing as a shaming sanction*, 2005, J.D. Wake Forest University School of Law, Affiliation – Associate, Pharr & Boynton, 2005.
- MESSUTI, Ana, *O tempo como pena*, Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MONTE, Mário Ferreira, “Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de Justiça Restaurativa”, in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Teresa Pizarro Beleza, Pedro Caeiro *et al* (org.), Almedina, Coimbra, 2014.
- MONTEIRO, Fernando Conde, “*Consequências Jurídicopenais do Crime*”, Edição ELSA UMINHO, Braga, 2015.
- MOORE, Christopher W., *O processo de mediação – Estratégias práticas para a resolução de conflitos*, 2ª edição, Artmed, Porto Alegre, 1998.

- MORÃO, Helena, “Justiça Restaurativa e crimes patrimoniais na reforma penal de 2007”, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 100, AD HONOREM – 5*, org. Manuel da Costa Andrade et al, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MORRIS, Allison / MAXWELL, Gabrielle, *Restorative Justice for juveniles – Conferencing, Mediation and Circles*, Institute of Criminology, Victoria University of Wellington, Hart Publishing, Oregon, 2001.
- MOTA, José Luís Lopes da, “A reforma do direito de menores: Síntese e linhas gerais”, *in Reforma do Direito de Menores*, Ministério da Justiça e Ministério do Trabalho e da Solidariedade, Lisboa, 1999.
- MOURA, José Adriano Souto de, “As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar”, *Revista do Ministério Público*, Ano 26, N° 103, julho-setembro, Editorial Minerva, 2005.
- , “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, *Revista do Ministério Público*, n°83, Editorial Minerva, Lisboa, julho-setembro, 2000.
- NESS, Daniel W. Van, “A Restorative Future for Juvenile Justice?”, Paper presented at Leuven, Belgium, October 24.
- NEVES, A. CASTANHEIRA, “O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIII, Coimbra, 2007.
- , *Sumários de Processo Criminal*, ed. Policopiada, Coimbra, 1967-1968.
- PEDROSO, João, *Percursos da informalização e da desjudicialização - por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Coimbra, novembro de 2001.
- , *A Reforma do “Direito de Menores”: A construção de um “direito social”? (A intervenção do Estado e da comunidade na promoção dos direitos das crianças)*, n.º 121, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 1998.
- 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, Faculdade de Direito da Universidade Do Porto, Almedina, Coimbra, 2005.
- PELLEGRINO, Laercio, *Vitimologia: O júri e a humanização da Justiça e outros escritos*, Editorial de Narciso Correia, Lisboa, 1974.

- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª edição, Reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2015.
- PINTO, Francisco de Lacerda da Costa, “O estatuto do lesado no processo penal”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, org. Jorge de Figueiredo Dias *et al*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- PERISTERIDOU, Christina, *The principle of legality in European criminal law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2015.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Lei Tutelar Educativa – anotada e comentada*, 2ª edição revista e actualizada, Quid Juis Sociedade Editora, Lisboa, 2007.
- REIS, Sónia, “A vítima na mediação penal em Portugal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, 2010.
- ROBALO, Teresa L. Albuquerque e Sousa, “Dois modelos de Justiça Restaurativa: A Mediação Penal (Adultos) e os Family Group Conferences (menores e jovens adultos)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, nº1, janeiro-março, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- ROCHA, André Filipe Rodrigues da, *Tomada de decisão por medidas restaurativas no âmbito tutelar educativo: percepção dos magistrados*, Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, julho de 2016.
- RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura e la teoría del delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña (director) *et al*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, nº65, Novembro, 1995, Centro de Estudos Sociais, Coimbra.
- SANTOS, Cláudia Cruz, “Os novos atores da justiça penal (“O futuro é uma astronave que tentamos pilotar”)”, in *Os novos atores da Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 2016.
- , *A Justiça Restaurativa - Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- , “A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da*

- Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 100, AD HONOREM – 5*, org. Manuel da Costa Andrade et al, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- , “Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado), *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, nº3, Coimbra Editora, Coimbra, julho-setembro, 2007.
- SANTOS, Gil Moreira dos “Princípios e prática processual penal”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- SANTOS, José Beleza dos, “Imputabilidade penal – Noções Jurídicas Sumárias”, *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano V, N°s 1 a 3, Coimbra, 1950.
- SILVA, Germano Marques da, “E se todo o mundo é composto de mudança...”: um primeiro comentário sobre as novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efectuadas pela Lei nº 4/2015, de 15 de janeiro, *Revista do Ministério Público*, nº143, ano 39, Lisboa, julho-setembro 2015.
- , *Direito Processual Penal Português – Noções gerais, sujeitos processuais e objeto*, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.
- , *Direito Penal Português, Introdução e teoria da lei penal*, Volume I, 3ª edição, Verbo Editora, Lisboa, 2010.
- , *A nova face da Justiça – Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- SILVA, Júlio Barbosa, *Lei Tutelar Educativa Comentada – No âmbito das principais orientações internacionais, da Jurisprudência Nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 2013.
- , “A suspensão do processo e o inquérito tutelar educativo: a diversão com intervenção como arquétipo da justiça juvenil, um caminho ainda incompreensivelmente incipiente, *Revista do Ministério Público*, nº 130, ano 33, Lisboa, abril-junho, 2012.
- SILVA, Paula Costa e, “O custo da Justiça”, *Cadernos de Direito Privado*, I Seminário dos Cadernos de Direito Privado, nº especial 01, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, dezembro de 2010.
- SILVEIRA, José dos Santos, *Da imputabilidade penal no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1960.
- SMITH, Melinda, “Resolução de conflitos para crianças e jovens”, *in Novos paradigmas em Mediação*, Dora Fried Schnitman/Stephen Littlejohn (org.), ARTMED Editora, Porto Alegre, 1999.

- SOTTOMAYOR, Arménio, “A voz da vítima”, *in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, org. Jorge de Figueiredo Dias et al, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- SULLIVAN, Dennis / TIFFT, Larry, *Handbook of Restorative Justice – A global perspective*, Routledge – Taylor&Francis Group, New York, 2006.
- SUSANO, Helena, “A Dinâmica do Processo na Lei Tutelar Educativa – Contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação”, *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto 2010, Coimbra Editora, Coimbra.
- TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penal*, 11ª edição, Giuffré Editore, Milano, 2010.
- UMBREIT, Mark S./ VOS, Betty / COATES, Robert B. / LIGHTFOOT, Elizabeth, *Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls*, 89 MARQ. L. REV. 251, 2005.
- VARGAS, Lúcia Fátima, *Julgados de Paz e Mediação. Uma nova fase da Justiça*, Almedina, Coimbra, 2006.
- VASCONCELOS-SOUSA, José, *O que é a Mediação*, Quimera Editores, Lisboa, 2002.
- VIEIRA, Pedro Miguel, “A vítima enquanto sujeito processual e à luz das recentes alterações legislativas”, *Revista Julgar*, n.º 28, Coimbra Editora, Coimbra, janeiro- abril, 2016.
- WALGRAVE, Lode, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Willan Publishing, Devon, 2008.
- , “La Justice Restaurative: à la recherche d`une théorie et d`un programme”, *in Criminologie*, vol.32, n.º1, 1999.
- ZEDNER, Lucia, “Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?”, *The Modern Law Review*, Vol. 57, n.º 2, Blackwell Publishing, março de 1994.
- ZEHR, Howard, *Changing Lenses – a new focus for crime and justice*, 3ª edição, Herald Press, Ontario, 2005.
- , *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, Intercourse, Pennsylvania, 2002.