

MEDIAÇÃO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO ESPANHOL: QUESTÕES RELATIVAS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

CRISTINA ALONSO SALGADO*

Muitas foram as objecções que boa parte da doutrina verteu sobre a possibilidade de introduzir a mediação no processo penal. A de maior contundência paira em torno à ideia de uma eventual afetação dos direitos fundamentais do vitimário durante o processo mediador. No texto, analisa-se a problemática sugerida em relação ao ordenamento jurídico espanhol.

A incorporação da mediação ao vigente processo penal implica, necessariamente, submeter dita introdução a uma monitorização reflexiva acerca dos possíveis envolvimento que se puderam gerar¹.

O certo é que muitos foram os reparos, críticas e objecções que boa parte da doutrina verteu sobre a possibilidade de introduzir a mediação no processo penal. O de maior contundência paira em torno à ideia duma eventual afetação dos direitos fundamentais do vitimário durante o processo mediador.

* Doutoranda Direito Processual. Universidade de Santiago de Compostela. Bolsa de Estudo FPI. Tradução da Autora.

¹ “No processo judicial tradicional, os principais atingidos pelo crime, isto é, vítima, comunidade e ofensor, não têm participado ativamente do processo em si e, muitas vezes, o ofensor não compreende as consequências do ato criminoso, a comunidade não participa do processo de restauração dos envolvidos e a vítima tem se sentido ignorada e ainda mais frustrada pelo Poder Judiciário.

Estas carências do processo de justiça criminal hodierno instigam o estudo de procedimentos que suplementem o processo judicial, ou seja, que focalizem mais nas necessidades daqueles realmente afetados pelo crime (...)

No estudo da criminologia atual, pode-se dizer que há duas correntes principais que guiam a ciência do direito penal, a saber: a justiça criminal retributiva e justiça criminal restaurativa.

Podemos entender justiça restaurativa como um conjunto de valores que destacam a importância de uma assistência maior e mais ativa às vítimas de crimes, responsabilizando diretamente os ofensores pelos danos causados à comunidade e às pessoas individualmente”.

É um novo paradigma que entende ser o indivíduo o principal atingido pelo crime, e não o Estado. O crime é compreendido em aspectos mais amplos do que apenas a conduta individual do ofensor contra o Estado e a justiça é vista pelos olhos da vítima, da comunidade vitimada e do próprio ofensor.

A justiça restaurativa enfatiza a necessidade daqueles diretamente afetados pelo crime terem oportunidades de se envolverem mais diretamente com o processo de compreensão do impacto causado pelo crime e na recuperação das vítimas”, em Sandy, Tatiana., “Implementação da Justiça Restaurativa por meio da mediação penal”, consulta feita em 2012, (<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iv-doutrina-artigos-dos-pesquisadores/implementacao-da-justica-restaurativa-por-meio-da-mediacao-penal/>)

FERREIRO BAAMONDE sinala que *“O processo de conciliação identifica-se por possuir elevadas quotas de informalidade, ao não se manter a rigidez ritual do processo penal. O conceito de conflito, como substituição à noção de delito na mediação, provoca uma fuga dos princípios penais ordinários, que se misturam com enfoques puramente civilísticos, o que supõe que a matéria delituosa seja tratada dum modo diferente a como se realiza no âmbito jurisdicional. Isso suporá, também, a desapareição ou, quando menos, flexibilização dos direitos do imputado no processo penal. Deste modo, esguelham-se certas garantias como o direito a não declarar contra si próprio, ou a presunção de inocência, por quanto a participação na conciliação implica certo reconhecimento dos feitos por parte do autor, em virtude da necessidade de chegar realmente as partes”*².

É evidente que, tanto partidários como detractores, convieram no propósito de acatar uma implementação da mediação respeitosa com as garantias individuais derivadas dos princípios do processo (igualdade de partes, proporcionalidade...), assim como os direitos da parte acusada³ recolhidos no artigo 24 da Constituição Espanhola, singularmente, o direito à presunção de inocência⁴.

Já na enunciação original deste último direito, BECCARÍA afirmava que *“Um homem não pode ser considerado como culpável antes da sentença dum juiz (...) ante a lei é inocente até provar-se o delito...”*⁵

Atualmente, a presunção de inocência obriga o Juiz a não condenar sem prova de cargo; exige à acusação, desenvolver uma actividade probatória considerada como suficiente para acatar o convencimento lógico acerca da responsabilidade do imputado. O direito a não confessar-se

² Em Ferreiro Baamonde, Xúlio., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 2005, p. 474. Sobre este aspecto, Queralt Jiménez, Joan Josep, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de la Reparación” em *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, pp. 129 a 158.

³ Já seja imputada, processada, acusada... Em função da fase do processo na que se leve ao cabo a mediação e do tipo de procedimento em questão.

⁴ “A mediação é apresentada como um processo informal de regulação de conflitos, o que não impede que se assemelhe a um verdadeiro ritual, respeitando certo número de regras como a neutralidade, a confidencialidade, certo formalismo na organização dos encontros que marcam as diferentes fases na procura de uma solução”, em Pedroso, Joao, Trincão, Catarina, & Dias, Joao, *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, 2011, consulta feita em 2012 (<http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>)

⁵ BECCARÍA, C., *De los delitos y las penas*, consulta feita em 2012 (<http://iestudiospenales.com.ar/consulta-de-libros/751-cesar-beccaria.html>).

culpável, contemplado no texto constitucional, é o correlato dessa exigência probatória. Em qualquer caso, a confissão em si considerada, não constitui prova suficiente sem outras evidências⁶.

Profundando já na objeção anteriormente enunciada em relação à presunção de inocência, devemos situar em primeiro lugar a exigência do reconhecimento dos feitos por parte do autor, exigência esta, introduzida ao amparo da Recomendação nºR (99)19, de 15 de setembro de 1999, para a intervenção em programas de mediação⁷.

No referido a este aspecto, grande parte das reticências vêm marcadas porque, em palavras de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, “*o mero reconhecimento fático conatural à própria participação na mediação poderia fazer-se valer já como prova de reconhecimento, pelo autor, da sua responsabilidade penal nos feitos ajuizados*”⁸.

Com tudo, entendemos ao igual que GORDILLO SANTANA que “*Desde o nosso ponto de vista, a priori, tais opiniões não são acertadas. Isso por uma razão que parece passar despercebida aos críticos, o facto de que o vitimário esteja disposto a participar voluntariamente no processo de mediação penal sem pressão nem coação alguma, previa informação dos seus direitos e das consequências da eleição duma ou outra via. E, na medida em que as cargas que suporta o sujeito respondam à sua própria iniciativa, ainda que seja*

⁶ Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación e conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Editorial Comares, 1999, p. 381.

⁷ “*Na mediação penal é de registar a ausência de garantias similares às existentes no quadro do processo penal. Tudo se passa como se a mediação penal fosse um processo totalmente inocente, conduzido apenas para o bem das partes, não podendo nenhuma delas sair lesada.*

Quando as bases do processo penal moderno foram estabelecidas, quando a Convenção Europeia de salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi adoptada, diversos autores demonstraram desconfiança face aos procedimentos que poderiam ter consequências extremamente graves. É possível renunciar à mediação, mas poderá implicar um enorme risco trocar um mau acordo sobre as consequências civis da infracção por duas condenações, uma penal, a outra civil. A mediação é hoje utilizada para infracções particularmente ligeiras. O recurso à mediação para os factos mais graves, como preconizam os conselheiros de mediação, pode aumentar o constrangimento sobre o réu de um crime, pois pode reacear-se que este não esteja em posição de recorrer livremente a um Tribunal.

A participação na mediação não é tão voluntária como se poderia desejar, daí deverem ser previstas garantias mais alargadas do que as que existem hoje e que se resumem principalmente ao recurso ao Tribunal. Após a mediação ter terminado, o Ministério Público pode exigir do autor da infracção uma transacção penal ou trabalho a favor da comunidade”, em Pedroso (nota 4).

⁸ Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando, “Presunción de inocencia, mediación y conformidad. Algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos” em Cuerda Arnau, María Luisa, *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, p. 1957.

*estimulada pelas instâncias judiciais, não pode afirmar-se que o sujeito é tratado como culpável, impondo-se-lhe uma série de exigências devidas à sua actuação, ainda quando não existe uma declaração de culpabilidade, a pessoa vem assumir a sua responsabilidade nas consequências lesivas do feito, o que não coincide com o reconhecimento da responsabilidade jurídico-penal”.*⁹

Quer dizer, frente a quem expõe a hipótese de que ante o oferecimento de derivar o caso a mediação, a simples aceitação de participar faz ensombrar a presunção de inocência, entendendo-se deste modo tal atitude como um indício de participação na falta ou delito em questão¹⁰, consideramos que isso não implica assunção de responsabilidade no marco do processo penal de nenhum tipo.

Além disso, seguindo a CASTILLEJO MANZANARES, achamos que “*O oferecimento que realize o órgão jurisdicional para participar no processo de mediação não trazia causa da flagrância do delito, ou do reconhecimento de feitos, senão da natureza e circunstâncias do feito criminal e da possibilidade de reparação*”¹¹.

Uma segunda objeção a analisar, vem constituída pela necessidade de garantir a absoluta confidencialidade¹² do material informativo manifestado durante a mediação. Entendemos que se devia garantir a confidencialidade das informações de ambas partes, porque se se cingisse apenas a protecção ao vitimário, poderia-se condicionar a atitude da vítima e o posterior processo.

E é que dificilmente se poderia gerar um espaço de diálogo sincero entre vítima e vitimário, se todo o declarado durante o processo mediador pudesse ser empregado no futuro.

⁹ Gordillo Santana, Luis, “*Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*”, extraído da Tese, *La mediación en el ámbito penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia*, acceso em 2012 (<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero4/gordillo.pdf>).

¹⁰ “*A decisão de participar em uma mediação pode ser um indício de intervenção no feito delitivo suscetível, em princípio, de valoração judicial*” em Ríos Martín, Juan Carlos, Pascual Rodríguez, Esther, Bibiano Guillén, Alfonso & Segovia Bernabé, José Luis, *La mediación penal y penitenciaria : experiencias de diálogo en sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, Colex, 2ª Edición, 2008, p. 103.

¹¹ Castillejo Manzanares, Raquel, *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 194 e 195.

¹² Uma das características básicas da mediação é a confidencialidade. Assim, Manzanares Samaniego, José Luís, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Granada, Comares, 2007, p. 49; Magro Servet, Vicente, Cuéllar Otón, Pablo & Hernández Ramos, Carmelo “*La experiencia en la mediación penal en la audiencia provincial de Alicante*” em González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Mediación: un método de? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, p. 116; Guillermo Portela, Jorge, “*Características de la mediación*”, em Soletto Muñoz, Helena

Deixar aberta esta possibilidade, implicaria relegar a mediação a mais um episódio dentro da estratégia processual das distintas partes, muito afastada pois, dos cometidos que a definem.

O modo em que se impliquem as partes no dever de sigilo será através do documento de consentimento informado rubricado com a assinatura ao começo das sessões da mediação.

Resulta especialmente clarificador o apartado II do Apêndice da Recomendação nº R (99) 19, de 15 de setembro de 1999, que ampara uma doutrina garantista para com a tutela dos direitos das partes, nomeadamente os relativos ao vitimário. Deste modo, a confidencialidade¹³ deveria afectar a toda a mediação, excepto no referido à ata¹⁴ de reconciliação.

Nesse mesmo sentido, “*A confidencialidade será a segunda garantia básica para o sucesso da actividade mediadora. Nada do ali tratado devera ser posto em conhecimento do juiz ou tribunal, ou do fiscal, chegue-se ou não a um acordo. Só este, se o houver, plasmara-se em ata para a sua apresentação onde corresponda. Sem esta premissa será impossível que a mediação se desenvolva livremente*”¹⁵.

É também digno de nota, “*(...) Deve-se garantir a confidencialidade no referente ao conteúdo e a informação que se obtenha no processo de mediação. Esta característica essencial do modelo de mediação penal constitui uma garantia do diálogo em que consiste a própria mediação e, ao mesmo tempo, um instrumento para garantir a presunção de inocência da pessoa imputada ou acusada.*

Dita confidencialidade entende-se pois, desde esta perspectiva, como instrumento ao serviço da preservação da presunção de inocência. E em tal sentido, o Juiz não terá conhecimento do conteúdo do processo mediador excepto o acordado no documento final (ata de acordos) e o que os mediados desejem expressar em dita ata ou no ato da vista oral, se é que a mediação terminar nesta fase processual”¹⁶.

& Otero Parga, Milagros, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007, p.305.

¹³ “Chegue ou não a mediação a bom porto, a vítima e o ofensor emitiram, pelo tanto, uma declaração acordada que poderia proporcionar-lhes a aqueles informação altamente empregável em contra do suposto responsável, no processo penal subsequente”, em Vázquez-Portomeñe Seijas (nota 8), p. 1957.

¹⁴ De acordos, de reparação...

¹⁵ Em Manzanares Samaniego (nota 12), p. 49.

¹⁶ Em González Cano, Isabel, “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación” em Sáez Rodríguez, Concepción (Coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Navarra, Thomson, 2008, pp. 326 e 327.

Por todo isso, se a mediação concluir com acordo entre as partes, dara-se traslado ao juiz da ata de reconciliação, não antes do juízo oral, para garantir assim o direito à presunção de inocência. Contudo, é necessário destacar que na citada ata não deve figurar o reconhecimento dos feitos por parte do vitimário, senão apenas o conteúdo da reparação, com o objeto de que não possa ser empregado no processo.

Se a mediação não tem sucesso, bem porque não se alcançou acordo, bem porque alguma das partes abandonasse, resulta evidente que não se poderá empregar no processo nada do até então manifestado na mediação, em primeiro lugar pela confidencialidade exigida à que antes fizemos referência, e em segundo lugar porque em palavras de CASTILLEJO MANZANARES, *“o Juiz em nenhum caso poderá basear a sentença condenatória noutra cousa que não seja uma prova, e a ata que o mediador remita ao julgado em nenhum caso poderá entender-se como tal. Em definitiva, o reconhecimento dos feitos durante o desenvolvimento da actividade mediadora não poderá ser trasladado ao processo penal se aquela acaba sem acordo, e de chegar-se a acordo, nos exclusivos termos deste”*.¹⁷

Em boa lógica o mediador¹⁸ não poderá ser chamado ao processo em qualidade de perito, nem tampouco de testemunha, protegido ante uma eventual responsabilidade penal pelo segredo profissional¹⁹.

¹⁷ Castillejo Manzanares (nota 11), p. 195.

¹⁸ “A mediação deve ser analisada atendendo, não apenas a critérios quantitativos, mas também recorrendo a métodos qualitativos, pois é, antes de mais, um processo comunicacional, difícil de apurar a partir de dados apenas quantitativos. Para avaliar a mediação como modo de gestão de conflitos, há que comparar as percentagens de sucesso mas atender também a outros critérios como o grau de satisfação das partes, a percentagem de reincidência em matéria penal ou razões económicas, como o custo da mediação. Num plano mais qualitativo, o fracasso do processo de mediação põe certos problemas, designadamente os da sua formalização.

A questão é saber se os mediadores devem indicar por escrito as razões do insucesso. A resposta permite a distinção entre “mediação aberta” e “mediação fechada”. Para os puristas, esta interrogação não é muito pertinente, visto o princípio da mediação residir na confidencialidade. Em mediação penal aconteceu já, no caso da mediação fracassar, os magistrados solicitarem um relatório ao mediador, não sobre as causas do fracasso da mediação, mas acerca da eventualidade do agente da infracção reincidir”, em Pedroso (nota 4).

¹⁹ Ríos Martín (nota 10), p. 105, quando sinala que “Não se pode aceitar a solicitude de prova testemunhal do mediador, que fica amparado pelo segredo profissional, nem de outras pessoas alheias ao processo penal que estiveram vinculadas ao conflito e que puderam participar na mediação. Também em González Cano (nota 16), p. 327, “De todo o anterior desprende-se que para quem rige o segredo em quanto ao conteúdo da mediação é para o mediador. Isso traz a impossibilidade processual de incorporar ao processo o conteúdo do procedimento mediador mediante a declaração do mediador como testemunha ou perito.

O conhecido pelo mediador fica coberto pelo segredo profissional, independentemente de que os implicados lhe dispensem o dever de sigilo”.

Neste sentido, resulta de interesse o parágrafo 32 da Recomendação (99) nº 19 quando dispõe que o mediador não deve revelar os conteúdos dos encontros nem expressar nenhum juízo sobre o comportamento das partes durante a mediação realizada.

A não utilização no processo também se faz extensível ao suposto em que fossem várias as pessoas encausadas e só uma acudisse à mediação, e assim evitar que o dito na mediação pudesse resultar prova de cargo contra outros atores do processo. É por isso, pelo que devera impedir-se a entrada no processo como prova testemunhal, à declaração do co-imputado que si acudiu à mediação.²⁰

Por tudo o assinalado, concluímos que o reconhecimento de feitos não implica assunção de responsabilidade no marco do processo penal de nenhum tipo, além disso, a garantia de confidencialidade como impossibilidade de participação do mediador no processo como perito ou testemunha e como impossibilidade de translação ao processo do material informativo achegado pelo vitimário quando não se chegasse a acordo na mediação, garantem satisfatoriamente o direito à presunção de inocência.

Bibliografía

- BECCARÍA, C., *De los delitos y las penas*, consulta feita em <http://iestudiospenales.com.ar/consulta-de-libros/751-cesar-beccaria.html>.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid 2010.
- FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid 2005.
- GONZÁLEZ CANO, I., “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación” em SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Thomson, Navarra 2008.

²⁰ Todo isso em Castillejo Manzanares (nota 11), pp. 195 e 196.

- GORDILLO SANTANA, L., “*Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*”, extraído da Tese, *La mediación en el ámbito penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia*, em <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero4/gordillo.pdf>.
- GUILLERMO PORTELA, J., “Características de la mediación”, em SOLETO MUÑOZ, H. & OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid 2007.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada 2007, página 49; MAGRO SERVET, V., CUÉLLAR OTÓN, P. & HERNÁNDEZ RAMOS, C. “La experiencia en la mediación penal en la audiencia provincial de Alicante” em GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Mediación: un método de? conflictos. Estudio interdisciplinar*. Colex, Madrid 2010.
- PEDROSO, J., TRINCÃO, C. & DIAS, J.P., *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, 2011, consulta feita em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>
- PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación e conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Editorial Comares, Granada 1999.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de la Reparación” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997.
- RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A. & SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La mediación penal y penitenciaria : experiencias de diálogo en sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano* , Colex, 2ª Edición, Madrid 2008.
- SANDY TIAGO, T., “Implementação da Justiça Restaurativa por meio da mediação penal”, consulta feita em, <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao->

[e-negociacao-vol4/parte-iv-doutrina-artigos-dos-pesquisadores/implementacao-da-justica-restaurativa-por-meio-da-mediacao-penal/](#).

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Presunción de inocencia, mediación y conformidad. Algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos” em CUERDA ARNAU, M.L. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Tomo II, Valencia 2009.