

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E MEDIAÇÃO PENAL: UMA CONVIVÊNCIA POSSÍVEL?*

CLÁUDIA CRUZ SANTOS

Pretende-se com este estudo contribuir para a reflexão sobre a possibilidade e a conveniência da denominada “mediação penal de adultos” no âmbito da violência doméstica entre cônjuges, ex-cônjuges ou entre o agente e pessoa com quem aquele mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges. O legislador português optou por não admitir, nestes casos, a mediação penal como mecanismo de diversão processual mas veio a reconhecer a possibilidade de um “encontro restaurativo” entre o agente do crime de violência doméstica e a sua vítima — verificada a vontade de ambos —, em momento posterior à suspensão provisória do processo ou à condenação. Apreciar-se-ão criticamente estas opções e questionar-se-ão o *tempo*, os *pressupostos* e as *finalidades* desse encontro.

1. A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

A Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, que introduziu a mediação penal de adultos em Portugal, excluiu do seu âmbito material de aplicação os crimes de violência doméstica. Essa exclusão decorre, desde logo, do facto de se ter restringido a possibilidade de mediação penal aos crimes particulares em sentido amplo¹ — porventura com maior correcção, a *alguns crimes particulares em sentido amplo*².

Todavia, o novo regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas, constante da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, criou a possibilidade daquilo a que resolveu chamar-se um “encontro restaurativo”, o qual supõe “um encontro entre

* Este texto foi pensado para servir de base a conferência com o mesmo título proferida no âmbito das Jornadas de Direito Penal — Crimes no Seio da Família e sobre Menores, que tiveram lugar em Ponta Delgada a 7 e 8 de Maio de 2010, sendo também por isso intencionais os (esperados) despojamento e simplicidade do discurso. Devo o convite para participar nesse encontro a Pedro Soares de Albergaria, a quem muito agradeço.

¹ Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da Lei, “a mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular”.

² A conclusão de que a mediação penal de adultos só é admitida, entre nós, quanto a *alguns crimes particulares em sentido amplo* resulta, sem espaço para dúvidas, dos n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º da referida Lei.

o agente do crime e a vítima”, assim como “a presença de um mediador penal credenciado para o efeito”.

O objecto deste estudo pode ser resumido sob a forma de duas interrogações principais: (I) existe alguma incompatibilidade de princípio entre a mediação penal e os crimes de violência doméstica que nos permita afirmar a inadequação daquele instrumento face a esta criminalidade?; (II) se essa incompatibilidade não existir, terá sido acertada a opção legislativa de, para a violência doméstica, excluir a mediação penal como mecanismo de diversão e admitir apenas uma “espécie de mediação” pós-sentencial ou pós-suspensão provisória do processo?

Justifica-se, ainda antes de se adentrar a reflexão, um esclarecimento inicial. A designação “violência doméstica” é, como se sabe, tecto para realidades muito diversas. E para realidades que são diversas a vários níveis, desde as próprias modalidades da conduta e os bens jurídicos lesados até às características das vítimas e aos “laços de domesticidade” que as ligam aos agressores³. O arquétipo de que se parte para as considerações que se seguirão é, porém, *apenas o da violência doméstica contra cônjuge, ex-cônjuge ou contra pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação*.

Várias razões podem justificar esta opção restritiva: diga-se, porém e em sua defesa, apenas que esta é a forma de violência doméstica mais largamente representada — e muito mais largamente representada — nos números oficiais de que dispomos. De facto, segundo o Relatório Anual de Segurança Interna, durante o ano de 2009 as forças de segurança registaram um total de 30 543 participações de violência doméstica, sendo que 23 259 dessas participações foram por violência doméstica contra cônjuge/análogos⁴.

³ Em rigor, deve até reconhecer-se a existência de divergências quanto à opção terminológica. O conceito de “violência doméstica” pode revestir-se de uma certa inexactidão na medida em que se incriminam condutas entre pessoas que não têm uma relação de coabitação — pessoas, portanto, que não partilham a mesma casa. Porém, o uso alternativo do conceito de “violência familiar” também se não afigura despido de dificuldades, desde logo porque as normas incriminadoras vêm abrangendo ofensas entre pessoas que têm relações de proximidade existencial não cobertas pelos vínculos que o ordenamento jurídico tradicionalmente cunha como familiares. Optou-se pelo emprego da denominação “violência doméstica” por razões várias, mas também para se não introduzirem mais factores de irritação entre a escolha feita pelo legislador e este tratamento doutrinal: a verdade é que quer no actual artigo 152.º do CP, quer no regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas (constante da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro), o conceito plasmado é, precisamente, o de “violência doméstica”. Sobre a questão, *cfr.* Teresa Beleza, (“Violência Doméstica”, *Revista do CEJ, Número especial sobre a Revisão do Código Penal*, 8, 2008), que reflecte ainda sobre “questão diversa, e essa sim bem interessante, [que] é a das relações, linguísticas e fenomenológicas, entre a violência doméstica, a violência dita de género e a violência contra as mulheres”.

⁴ Estes números mais recentes confirmam, deve sublinhar-se, uma tendência antiga: no *Relatório Penélope sobre Violência Doméstica no Sul da Europa* (que sistematiza os resultados de projecto decorrido entre 2002 e 2003 e orientado para a compreensão do estado da violência doméstica em Portugal, Espanha, França, Itália e Grécia), por referência a estudo publicado em 2003 e relativo a 2000 e intitulado *O contexto social da violência contra as mulhe-*

Deve, ainda, sublinhar-se que esta violência doméstica contra cônjuge/análogos aparece como o segundo crime contra as pessoas mais participado (a seguir à ofensa à integridade física voluntária simples), só sendo suplantada, para além deste, pelos crimes de furto. Registou-se em 2009, para além disso, um aumento das participações de violência doméstica contra cônjuge/ análogos de cerca de 14,1% (mais 2867 participações) por comparação com os números relativos ao ano anterior⁵.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A MEDIAÇÃO PENAL: UM JUÍZO DE ADEQUAÇÃO

Como já se afirmou entre nós, a violência doméstica é “exemplo paradigmático da controvérsia em redor da utilização ou não da mediação relativamente a determinados crimes”⁶. Duas das ideias mais recorrentemente afirmadas na “teoria da mediação penal” são a de que um dos seus pressupostos essenciais é o do idêntico “empoderamento”⁷ do conflito por parte da vítima e do agente do crime e a de que na violência doméstica a vítima não beneficiaria dele.

Parte-se do princípio de que para essa vítima fragilizada pela humilhação conjugal a mediação penal seria uma experiência penosa e causadora de vitimização secundária. Não estando ela em igualdade de circunstâncias com o seu algoz, porque intimidada, não lograria expor o seu ponto de vista.

Acrescenta-se — também como argumento forte contra a possibilidade de mediação penal como forma de reacção à violência doméstica — que a sua admissibilidade nestes contextos, associada à exclusão da resposta punitiva, favoreceria a percepção comunitária de que tais comportamentos afinal não são demasiado graves, tanto que nem sequer são punidos como crimes⁸.

res detectada nos institutos de medicina legal, pode ler-se que “a violência contra a(o) cônjuge ou companheira (o) é a mais frequente, constituindo 96,3% das denúncias” (cfr. p. 88 do Relatório).

⁵ Cfr. Relatório Anual de Segurança Interna 2009, pp. 37, 46, 71.

⁶ Cfr. Frederico MOYANO MARQUES e João LÁZARO “A mediação vítima-agressor e os direitos e interesses das vítimas”, *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Almedina: 2005, p. 31.

⁷ Escolha-se como exemplo o pensamento de Christa PELIKAN, para quem o “empowerment” está relacionado com o elemento central da mediação que é a participação. Considera-se que essa participação plena exige a capacidade quer da vítima quer do agente de defenderem livremente os seus próprios interesses e de serem capazes de concordar ou discordar (“General Principles of Restorative Justice”, *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*, Almedina: 2005, p. 23).

⁸ Adoptando uma argumentação próxima da referida e que de seguida se procurará refutar, ainda que a propósito da exclusão dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais do âmbito material da mediação penal, cfr. André LAMAS LEITE, *A mediação penal de adultos — Um novo “paradigma” de justiça*, Coimbra Editora: 2008, pp. 65-6. Nas palavras do Autor, “para além das óbvias dificuldades em conseguir uma mediação cara-a-cara (sabendo-se, contudo, que a mediação indirecta pode também ter efeitos positivos) e de manter o indispensável equilíbrio de forças em todo o processo, existem sempre assinaláveis riscos de múlti-

Este é um entendimento que, assumida-se desde o início, se rejeita por inteiro e que se julga só lograr ser compreendido se associado a manifestações de paternalismo penal vertidas em limitar a liberdade de actuação das pessoas, com o intuito de as proteger a si próprias e em hipóteses das quais não decorre qualquer dano directo para outros. Parte-se da premissa de que há pessoas que não são capazes de fazer as escolhas que lhes são mais convenientes. As vítimas de violência doméstica são aprisionadas nesse estereótipo de fragilidade e de incapacidade de decisão que faz sobrepor às efectivas características das vítimas concretas as notas definitórias associadas a essa vítima abstracta, por mais que aquelas de facto não correspondam a estas.

Já a trave-mestra em que a minha posição se sustenta é, em certa medida, a oposta. Se a mediação penal é um “quase direito”⁹ das vítimas de crimes — por essa mediação penal ser encarada como caminho para uma solução mais adequada aos seus interesses —, esse “quase direito” não pode ser retirado às vítimas de alguns crimes com base no argumento de que “assim é melhor para elas”, mas sem lhes perguntar aquilo que de facto acham que é o melhor para si próprias.

Existem, para além disso, vários filtros de segurança que podem evitar as desvantagens da participação em sessões de mediação em circunstâncias em que esse não seja o caminho adequado no caso concreto. O primeiro prende-se com a exigência de voluntariedade¹⁰: uma vítima de violência doméstica que se sinta fragilizada face ao seu agressor e que não deseje o contacto inerente à mediação penal pode e deve manifestar a sua não vontade de participação. O segundo relaciona-se com o papel que, nesse contexto, deve ser desempenhado pelo mediador: nos contactos prévios e a sós com a vítima e com o agressor, deve assegurar-se da existência de condições de segurança para o encontro e de uma vontade real de participação quer da vítima, quer do agente. Exige-se, ainda, quanto a este último um reconhecimento de responsabilidade por pelo menos parte dos factos que lhe são atribuídos. O mediador deve, para além de tudo isto, ponderar a verificação, no caso concreto, dos requisitos indispensáveis para a formulação de um juízo de probabilidade quanto à existência de vantagens — para os intervenientes no conflito — associadas à participação naquela mediação penal. E compete ainda ao mediador fomentar o idêntico empoderamento do conflito pelos inter-

pla vitimização do ofendido (...), para já não falar nos movimentos que advertem para que uma solução negociada nestes tipos legais de delitos é apta a conduzir a uma percepção de que os comportamentos que encerram não são verdadeiros crimes”.

⁹ Para Frederico MOYANO MARQUES e João LÁZARO, “A mediação vítima-agressor e os direitos e interesses das vítimas” cit., p. 28, “hoje é inegável que a mediação tem que ser vista também como um direito das vítimas, como aliás decorre do art. 10.º da Decisão-Quadro do Conselho da união Europeia relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal”.

¹⁰ Com acerto, Francisco AMADO FERREIRA entende que “só o voluntarismo respeita a natureza da justiça restaurativa”, apesar de reconhecer a limitação que daí decorre, já que “não havendo predisposição das partes para discutirem, não haverá mediação penal” (in *Justiça Restaurativa — Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editora: 2006, p. 33).

venientes. Finalmente, quando se puderem afirmar os riscos do encontro “cara-a-cara”, resta a possibilidade da opção pela mediação indirecta.

O argumento mais relevante para fundar a admissibilidade da mediação penal em casos de violência doméstica prende-se, porém, com a *verificação inequívoca de que muitas das suas vítimas não querem a resposta que seria dada pela justiça penal*¹¹. Não pretendem a punição do agente do crime, mas sim uma oportunidade para condicionar uma alteração do seu padrão de comportamento. A pergunta que se deve fazer é, portanto, se é admissível retirar a possibilidade de mediação penal a essas vítimas que não desejam a condenação do agente, mas antes uma coisa diversa da resposta dada pela justiça penal. Julga-se que a resposta só pode ser negativa¹².

A partir daqui, a interrogação que ainda se tem de esboçar é se aquilo que essas vítimas querem é mais relevante do que aquilo que as instâncias formais de controlo consideram necessário. O que supõe uma avaliação, também, dos termos em que se deve fundar esse juízo de necessidade de intervenção penal: tratando-se a violência doméstica de um crime público, significará essa opção quanto à sua natureza que aquilo de que a comunidade precisa é mais preponderante do que aquilo que a vítima quer? Ou será antes o interesse da vítima o critério último? E esse interesse deve ser avaliado pela própria vítima ou trata-se antes do interesse que as instâncias de controlo *judgam* que é o da vítima?

*A resposta que de seguida se procurará justificar é uma resposta — cum-pre sublinhá-lo a traço muito grosso — que tem como destinatários apenas aqueles casos em que as vítimas da violência doméstica são pessoas maiores de 16 anos*¹³ *que manifestam o discernimento necessário para avaliar o sentido e as consequências da sua participação em processos de mediação*¹⁴. Vítimas

¹¹ São recorrentes, de resto, as afirmações de elevadíssimas cifras negras no âmbito desta criminalidade. E será também útil, a este propósito, a consulta, por exemplo, dos números dos relatórios da APAV que comprovam a significativa diferença entre as vítimas que solicitam auxílio e aquelas que de facto acabam por contribuir para a instauração de um processo penal contra o seu agressor.

¹² Esta é, de resto, a conclusão a que parecem chegar Frederico MOYANO MARQUES e João LÁZARO (“A mediação vítima-agressor e os direitos e interesses das vítimas”, cit., p. 31), ainda que não sem antes terem referido as dificuldades da mediação penal no contexto da violência doméstica. Acabam, porém, por afirmar que “a mediação pode afigurar-se adequada naqueles casos em que a violência doméstica foi um episódio fortuito ou não recorrente e em que como tal não há um enraizado desequilíbrio de poder, e também nas situações em que se denota na vítima uma clara atitude de mudança, de ruptura com o passado, atitude que a mediação pode potenciar e reforçar. O que não é de esperar é que a mediação, enquanto intervenção de curto prazo, possa ser o motor, o impulsionador de alterações profundas em infractores em que o padrão de violência está completamente instalado e em vítimas bloqueadas e conseqüentemente incapazes de dar início ao processo de mudança”.

¹³ Esta foi a barreira etária escolhida pelo legislador para admitir a denominada mediação penal de adultos e, ainda que tal opção não seja despida de engulhos, não se vê razão suficiente para neste contexto a enjeitar liminarmente.

¹⁴ Em 2009, as vítimas da violência doméstica *participada* foram, muito largamente, pessoas maiores. Nos termos do Relatório Anual de Segurança Interna de 2009 (p. 71), “cerca de 82,8% do total de vítimas possuía 25 ou mais anos de idade”.

com características diversas das enunciadas suscitam, a este propósito, questões diversas que terão de ser remetidas para outro espaço e outro tempo.

Quando nos interrogamos sobre a possibilidade e a conveniência de se admitir a mediação penal como forma de reagir aos crimes de violência doméstica, devemos questionar-nos em primeiro lugar e isoladamente sobre aquilo que cada uma das figuras é. O que equivale a afirmar que, antes de nos pronunciarmos sobre uma possibilidade de união — ou de *convivência* — das duas, devemos elencar aqueles que se julga serem os principais “traços de personalidade” de cada uma.

Comece-se pela mediação penal. É inequívoco que esta se tornou, pelo menos nos países do nosso contexto cultural, o principal instrumento da justiça restaurativa. Isso supõe que através da mediação penal se perseguem as finalidades daquela proposta restaurativa: procurar uma solução para a *dimensão interpessoal* do conflito penal que seja a solução desejada pela vítima porque a acha reparadora e querida pelo agente que assume a responsabilidade de minimizar ou neutralizar os males que causou. A procura dessa solução — que é a solução do agente do crime e da sua vítima — deve resultar de um encontro das vontades de ambos, para o que se admite a participação auxiliar de um mediador de conflitos.

Ora, se a intervenção restaurativa tem como fundamento a pretensão de pacificar essa dimensão interpessoal do conflito¹⁵, parece uma evidência a afirmação de que ela será tanto mais necessária quanto mais relevante for, no crime, essa dimensão interpessoal. O que dificilmente ocorrerá com maior intensidade do que na violência doméstica, que supõe um contexto de proximidade existencial específico entre o agente do crime e a sua vítima¹⁶. Neste sentido, aliás, já há uma década, Maria João Antunes advogava quanto à violência doméstica uma “significativa mudança de atitudes, por o crime passar a ser visto fundamentalmente como um colapso das relações entre o

¹⁵ Sobre o assunto, *cfr.* Cláudia CRUZ SANTOS, «Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo” do conflito pelo Estado)», *RPCC*, ano 17, n.º 3, Julho-Setembro de 2007, p. 459 ss.

¹⁶ É certo, porém, que essa proximidade existencial pode já, em muitos casos, ter-se esvaído ou estar em vias de se esvaír. Convém não esquecer que são englobadas na violência doméstica agressões no seio de casais que o já não são, até por se abrangerem as ofensas a ex-cônjuges ou a pessoas com quem se manteve relação análoga à dos cônjuges. Não é propósito deste estudo questionar essa opção do legislador. Diga-se, porém, que por um lado se julga que terminada a relação se atenuam os deveres de respeito, solidariedade e cooperação que tornavam mais desvaliosa a agressão e justificavam a sua punição mais severa do que ofensas idênticas cometidas contra outras pessoas. Mas, por outro lado, também se pensa que permanece uma réstia, um resquício, de todos esses deveres perante pessoa com quem se partilhou a vida. E, por sobretudo, sabe-se que um número muito significativo destas agressões se associa ao facto de um dos cônjuges ou análogos ter terminado a relação contra a vontade do outro, que usa da intimidação para reaver o “objecto” perdido e ainda desejado. Ou seja: se para um a relação já não existe, para o outro ela é ainda presente ou, pelo menos, pretendidamente futura. Voltando, porém, àquele que é o objecto desta reflexão, talvez possa afirmar-se que a mediação penal será, em muitos casos, uma solução menos do interesse dos intervenientes no conflito se daquela proximidade existencial já não houver nada que pretendam salvar, nem sequer uma sua menos má memória.

agressor e a vítima e só secundariamente como uma ofensa contra o Estado e as suas leis. Com duas consequências: por um lado, o reconhecimento de uma relação de conflito mediável nas situações de violência doméstica; por outro, o repúdio de um direito penal que sirva o objectivo singelo de punir exemplarmente o agressor, de preferência com pena de prisão, para que fique claro que a violência doméstica é crime¹⁷.

Quando se compreende que a mediação penal consiste na oferta de uma possibilidade de encontro para se lidar com essa dimensão interpessoal do conflito, compreende-se também que ela *pode*, em alguns casos, resolver sozinha o conflito essencialmente interpessoal que existe num crime particular em sentido amplo. Se nos crimes particulares prepondera essa dimensão privada e é dominante a vontade da vítima quanto à existência de uma acção penal, aceita-se bem que as vontades da vítima e do agente possam ser de uma *coisa outra que não a justiça penal*. E, nesse caso, prescinde-se da acção penal e opta-se por essa outra via que é a desejada pelas “partes” naquele conflito com âmbito sobretudo privado.

Nos crimes públicos, essa dimensão interpessoal ou privada do conflito já não é a prevalente e, por isso, a vontade das “partes” de que não haja acção penal deixa de ser suficiente para a precluir. O “funcionamento total” da justiça penal dar-se-á ou não, antes, em função das finalidades preventivas que são as da justiça penal e que se associam à defesa da comunidade perante crimes futuros. A afirmação de que é assim não supõe, porém, a conclusão liminar da inadequação da mediação penal aos crimes públicos. Significa, antes, que, para estes crimes, a resposta dada pela justiça restaurativa pode não ser suficiente e pode ter de se juntar a uma resposta punitiva associada ao funcionamento “normal” da justiça penal.

Quando se olha, de seguida, para a violência doméstica e se verifica a sua natureza de crime público pode cair-se, conseqüentemente, na tentação de afirmar que a mediação penal, *se for adequada às especificidades deste ilícito*, só poderá existir de forma cumulativa com a resposta penal. Dito da forma que se pretende mais simples: tratando-se de um crime público, a justiça penal que protege bens jurídicos ocupar-se-ia da punição em nome da defesa da comunidade; eventualmente, sendo querida pelas “partes”, a mediação penal poderia intervir, paralelamente, para fazer face à eventual dimensão interpessoal do conflito.

O problema, porém, reside em que esta compreensão quase geométrica da questão não “encaixa” nas peculiaridades da violência doméstica, que é um crime público apenas no sentido em que a promoção processual prescinde da queixa, mas que já o não é na afirmação da prevalência do interesse público na defesa da comunidade sobre o interesse privado da vítima.

¹⁷ Cfr. Maria João ANTUNES, “Legislação: da teoria à mudança de atitudes”, *Violência contra as Mulheres: Tolerância Zero. Actas da Conferência Europeia, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres*, 2000, p. 101 ss.

A violência doméstica é um crime público que tem uma dimensão essencialmente privada: apesar de não ser necessária a queixa para se instaurar o inquérito, essa desnecessidade não decorre da prevalência da protecção da comunidade sobre o interesse individual da vítima na existência ou não de resposta punitiva, mas antes de uma tentativa de proteger esse interesse individual contra formas de coerção. Uma prova incontornável da prevalência do interesse da vítima sobre o interesse da comunidade na punição é a que resulta do regime especial da suspensão provisória do processo para os crimes de violência doméstica não agravados pelo resultado: a manifestação de vontade livre e esclarecida da vítima determina a suspensão provisória do processo sem que seja possível às autoridades judiciais oporem-se a essa suspensão invocando “as exigências de prevenção que no caso se façam sentir”¹⁸.

Do que até aqui se afirmou resulta, portanto — continuando a procurar-se a formulação mais simples —, que *a natureza aparentemente pública da violência doméstica é, paradoxalmente, justificada pela necessidade de proteger a vontade real da vítima na existência de processo. Uma vítima de violência doméstica que de forma esclarecida e séria não deseje o julgamento penal do seu agressor não deve senti-lo como uma imposição*¹⁹.

A ser assim — como se julga que é —, a perplexidade que de seguida se suscita prende-se com a actual *impossibilidade*, entre nós, de que uma vítima de violência doméstica que deseje a mediação penal (e que não queira que o seu agressor seja julgado e condenado a uma pena) requeira a participação nessa mediação penal como forma de evitar aquele julgamento.

3. UM ENCONTRO ANTERIOR E/OU POSTERIOR À DECISÃO PENAL QUE SUSPENDE OU ENCERRA O PROCESSO?

No ordenamento jurídico português vigente, se não se aceita a mediação penal como *forma de diversão processual*²⁰ para a violência doméstica, já

¹⁸ É o que resulta da remissão feita no n.º 6 do artigo 281.º do CPP apenas para os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1, e não já para a alínea f), nos termos da qual a suspensão provisória do processo suporia o “ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir”. Esta suspensão provisória do processo para os crimes de violência doméstica não agravados pelo resultado, se tem como centro o requerimento livre e esclarecido da vítima, não prescinde da concordância do juiz de instrução e do arguido. Aquele não pode, porém, invocar as finalidades preventivas para fundar a sua oposição, na medida em que elas não constituem pressuposto deste caso especial de suspensão provisória do processo.

¹⁹ São conhecidos, para além disso, também argumentos de ordem prática para sustentar esta posição: a ausência de colaboração da vítima tornaria difícil a condenação por razões associadas à prova da culpabilidade do agente; a absolvição deste agente responsável pela violência doméstica fragilizaria a justiça e favoreceria o sentimento de impunidade; estes factores, em espiral, potenciariam a vitimização secundária.

²⁰ Um estudo que continua a ser uma referência no tratamento dos mecanismos de diversão processual penal é o de José de FARIA COSTA, «Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?», *Separata do vol. LXI do BFD*, 1985.

se prescreve que “durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena pode ser promovido, nos termos a regulamentar, um encontro entre o agente do crime e a vítima, obtido o consentimento expresso de ambos, com vista a restaurar a paz social, tendo em conta os legítimos interesses da vítima, garantidas que estejam as condições de segurança necessárias e a presença de um mediador penal credenciado para o efeito”²¹.

O surgimento recente desta norma — por mais críticas que lhe possam ser apontadas — tem, segundo se crê, alguns méritos que se devem sublinhar. Em primeiro lugar, contraria-se a ideia de que o encontro restaurativo entre a vítima do crime de violência doméstica e o seu agente é necessariamente desvalioso para a primeira. Abandona-se, assim, a imagem da vítima indefesa, aterrorizada e incapaz de tomar nas mãos o seu próprio destino que surgia recorrentemente como obstáculo à mediação penal na violência doméstica. O legislador, ao cunhar esta norma, pressupõe que há vítimas de violência doméstica que querem encontrar-se com o seu agressor porque acham que essa é uma solução boa para elas. E admite também, necessariamente, que essa pode ser *de facto* uma solução boa para elas.

Por outro lado, esta norma tem o valor simbólico de abrir as portas, *em outros momentos do processo penal*, a soluções restaurativas. Doravante, já não existe apenas a mediação penal concebida como mecanismo de diversão processual e desencadeada na fase de inquérito.

Todavia, quando se olha para esta possibilidade de encontro restaurativo tão recentemente prevista no contexto do regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas, sobram várias interrogações.

Algumas são de índole essencialmente terminológica. Se se trata aqui de um encontro vítima-agressor na presença de um mediador penal, o que explica que se evite o recurso ao conceito de “mediação penal”, preferindo-se o conceito de “encontro restaurativo”? Na medida em que também este encontro tem na sua origem um conflito que é um *crime*, não se julga necessariamente imprestável o conceito de “mediação penal” apenas porque o encontro é posterior à solução dada pela justiça penal. No direito comparado são, de resto, recorrentes os projectos da denominada “mediação penal pós-sentencial”.

Em segundo lugar, podem apontar-se à norma objecções de índole mais substancial. A título de exemplo, diga-se que se não compreende a eleição, como finalidade que preside a este encontro, da restauração da paz social. Por um lado, as práticas restaurativas, por se fundarem na existência de uma dimensão interpessoal do crime, almejam pacificar essa relação concreta entre o agente e a vítima e não — pelo menos em primeira linha — aquela paz social. Por outro lado, se o que prepondera na violência doméstica é o interesse da vítima e não a punição em nome da defesa da comunidade, as

²¹ Cfr. artigo 39.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

finalidades devem relacionar-se primeiramente com aquele interesse na sua paz “individual e/ou familiar”.

Finalmente — e esta é a objecção estrutural — não se compreende porque é só este o tempo do encontro. Dito de outra forma: por que excluiu o legislador a possibilidade de um encontro em momento prévio ao do julgamento ou da suspensão provisória do processo? Não são concebíveis hipóteses em que seria do interesse da vítima evitar o julgamento e a condenação penal do seu agressor? E não são pensáveis casos em que seria preferível para a vítima participar numa mediação penal anterior à decisão de suspensão provisória do processo, para assim ser ela a condicionar o conteúdo do acordo, em vez de se limitar a receber como um dado a decisão de suspensão com injunções e regras de condutas determinadas por autoridade judiciária?

No fundo, o que se questiona é o facto de apenas se remeter para momento mais tardio essa possibilidade de encontro entre a vítima da violência doméstica e o seu agressor.

Não se vislumbra para tal opção outra justificação forte que não seja o receio de transmitir uma imagem de tolerância político-criminal face à violência doméstica. Para que assim não seja, erige-se como regra a de que tem de haver decisão da justiça penal, e só depois se aceita aquele encontro restaurativo. Sem se pensar que, em função das especificidades do caso, aquela solução penal pode prejudicar o encontro restaurativo. E, sobretudo, sem se reconhecer que a intolerância face à violência doméstica não decorre sobretudo dos símbolos a que a justiça recorre, mas antes da eficácia na pacificação efectiva do conflito nos moldes almejados pelos seus titulares.

4. UMA IDEIA ÚLTIMA (QUE TALVEZ DEVESSE TER SIDO A PRIMEIRA)

A violência doméstica tem uma história longa de muitos séculos e foi — e continua a ser — essencialmente uma forma de violência contra as mulheres²². Nos termos do Relatório Anual de Segurança Interna, “em 2009, seguindo a tendência verificada no ano transacto, 82,6% das vítimas identificadas nas participações policiais (28868) eram do sexo feminino”²³. Nas

²² Nas palavras de Eduardo GALEANO, “em épocas remotas, as mulheres sentavam-se na proa das canoas e os homens na popa. As mulheres caçavam e pescavam. Elas saíam das aldeias e voltavam quando podiam ou queriam. Os homens montavam as choças, preparavam a comida, mantinham acesas as fogueiras contra o frio, cuidavam dos filhos e curtiam as peles de abrigo. Assim era a vida entre os índios onas e yaganes, na Terra do Fogo, até que um dia os homens mataram todas as mulheres e puseram as máscaras que as mulheres tinham inventado para os aterrorizar. Somente as meninas recém-nascidas se salvaram do extermínio. Enquanto elas cresciam, os assassinos diziam-lhes e repetiam-lhes que servir os homens era o seu destino. Elas acreditaram. Também acreditaram as suas filhas e as filhas das suas filhas” (*Mulheres*, L&PM Pocket: 1997, p. 11).

²³ Cfr. Relatório Anual de Segurança Interna 2009, p. 71. Também no Relatório Penélope cit. se referia que “as vítimas são predominantemente femininas (86%), pertencentes maioritariamente ao escalão de idades superiores a 25 anos” (p. 89).

palavras de Teresa Belez, «a verdade é que, por razões de prevalência estatística mas também por visibilidade acrescida em função dos movimentos sociais e da investigação académica, a violência exercida pelos homens contra as “suas” mulheres é correctamente tomada como paradigmática da violência doméstica»²⁴.

Sublinhe-se a traço grosso: *trata-se maioritariamente de crimes contra as mulheres e de crimes que constituem uma forma de violência de que ainda são agentes sobretudo homens*. Homens esses que, como escreveu Eduardo Galeano, talvez possam em alguns casos dizer: “não consigo dormir. Tenho uma mulher atravessada entre as minhas pálpebras. Se pudesse, dir-lhe-ia que se fosse embora; mas tenho uma mulher atravessada na minha garganta”²⁵.

Continuar a gizar modelos de reacção à violência doméstica a partir de uma pretensa severidade punitiva mesmo que essa não corresponda à vontade das vítimas é, de certo modo, *perpetuar o estereótipo da mulher incapaz de escolher* e da mulher limitada face à autoridade do *pater* que deve proteger aquele que ele *acha* que é o interesse dessa vítima fragilizada.

Houve um tempo em que se justificava — e se justificava *muito* — o empenho das correntes criminológicas feministas no endurecimento da reacção penal face à violência doméstica.

Por um lado, compreendia-se tal posição porque essa possibilidade de reacção penal a condutas de enorme desvalor e com resultados muitíssimo danosos raramente existia²⁶ e era, por isso, necessário torná-la viável. Hoje

²⁴ A Autora acrescenta que o artigo 152.º, “embora abranja, evidentemente, casos não coincidentes com esta descrição *prototípica*, está claramente pensado e foi claramente redigido (incluindo as sucessivas alterações) tendo como alvo privilegiado as mulheres vítimas de violência por parte dos seus maridos ou companheiros, actuais ou passados” (“Violência Doméstica”, *Revista do CEJ, Número especial sobre a Revisão do Código Penal*, 8, 2008).

²⁵ Cfr. Eduardo Galeano (*ob. cit.*, p. 27). O que não significa, naturalmente, qualquer aceitação de uma “atenuação automática” da sua responsabilidade imposta por tais circunstâncias. No Relatório Penélope cit., por referência a um estudo sobre *Homicídio Conjugal em Portugal* encetado por Elza Pais, afirma-se, a propósito dos homens agressores, que “a dificuldade de elaborar o sentimento de rejeição num quadro cultural onde a sua masculinidade pode ser posta em causa, leva-os à agressão até à morte do objecto amado-odiado” (p. 85). E, ainda naquele Relatório e fazendo apelo a um estudo sobre o *contexto social da violência contra as mulheres detectadas nos institutos de medicina legal*, dá-se conta de que “o ciúme aparece como a percepção da causa mais identificada (44%), seguindo-se o alcoolismo com 19,7%” (p. 86).

²⁶ É indispensável lembrar, a este propósito, a história recente de tolerância face à violência doméstica, mesmo no ordenamento jurídico português. Na síntese de Teresa Belez, «tradicionalmente, a violência física e sexual dos maridos sobre as mulheres foi expressa ou implicitamente considerada justificada. A atitude social dominante tinha também causa e reflexo no Direito, legislado ou dito no caso concreto pelos tribunais. O “poder de correcção doméstica” — do marido sobre a mulher e dos pais sobre os filhos — teve apoio em lei escrita, em escritos doutrinários e em decisões jurisprudenciais. No que diz respeito às mulheres, a aceitação legal da violência como parte do *poder marital* ia de par com outras normas desiguais e indignas, como as que estatuíam a quase impunidade do homicídio da mulher pelo marido em flagrante adultério, a legitimidade da violação da correspondência daquela por este ou ainda a circunstância de o crime de violação pressupor legalmente a inexistência de casamento (isto é, o marido que violasse a mulher não cometia, até ao Código

acrescentar-se-ia: essa reacção penal deve estar garantida sempre que a vítima a desejar, o que até há pouco tempo não sucedia e continua a não acontecer em muitos pontos do globo. Esta ideia deve ser associada a uma das reivindicações mais recorrentes — e mais justas — dos movimentos feministas: a abertura do espaço público à problematização e à reacção à violência doméstica, que se não mais deveria silenciar em nichos de privacidade — e particularmente ilustrativo desse silenciamento continua a ser o título da obra de referência de Erin Pizzey, *Scream quietly or the neighbours will hear*. Sobre a questão, em estudo também significativamente intitulado *The Violence of Privacy*, escreveu Tove Stang Dahl que “contrariamente à atenção quase histórica que é historicamente prestada à violência cometida em público, a violência na vida privada é mais ou menos negligenciada. Os diferentes níveis de atenção parecem interrelacionados, na medida em que as mesmas forças sociais que tornam visível a violência pública organizam-se com muita frequência para ocultar as atrocidades domésticas”²⁷.

Sob este prisma, entende-se portanto bem a relutância com que algumas correntes do pensamento feminista tendem a encarar a aplicação da mediação penal à violência doméstica: quando ainda não está inteiramente ganha — em alguns contextos, só na *praxis*; em outros, também na lei — a batalha da exigência por uma resposta punitiva pública face a condutas que se pretendiam manter privadas, não será perigoso — e, em certa medida, até um sinal de retrocesso — admitir-se agora a “reprivatização” desse conflito? A interrogação é pertinente, reconhece-se. Se bem se vê o problema, devem porém considerar-se dois aspectos que talvez não sejam despiciendos. Em primeiro lugar, há uma diferença substancial entre manter o conflito numa esfera de privacidade que não conhece alternativa e que é, por isso, uma forma de limitação da vontade e da autonomia *ou, pelo contrário*, tratar do conflito em uma outra esfera de privacidade que resulta de uma escolha livre e que pressupõe, por sobretudo, uma hipótese real de arrear caminho e exigir uma resposta penal, afirmando-se assim precisamente a vontade e a autonomia. Em segundo lugar, a admissibilidade da mediação penal como forma de reagir ao conflito não significa uma privatização absoluta da resposta ao mesmo, na medida em que essa mediação suponha o funcionamento de um sistema público, regulado pelo Estado e por ele administrado.

Por outro lado, aquela linha de pensamento defensora da severidade da punição e do encarceramento como regra nutria-se da ideia do “uso alternativo do poder punitivo” que, nas palavras de Nilo Baptista, se faria “incidir não sobre os suspeitos de sempre, mas, enquanto estratégia de transformação política, sobre aqueles actores que, da gestão dos grandes laboratórios

Penal de 1982 entrar em vigor, qualquer crime)». Cfr. “Violência Doméstica”, *Revista do CEJ, Número especial sobre a Revisão do Código Penal*, 8, 2008.

²⁷ Cfr. Tove Stang DAHL, “The Violence of Privacy”, *Acta Sociologica*, vol. 18, n.º 2/3 (1975), Sage Publications, p. 269.

à insalubridade industrial, afectaram a saúde dos trabalhadores ou devastaram a natureza”²⁸.

Sobretudo por recurso a estas duas linhas de argumentação, procurava sustentar-se o que já parecia paradoxal²⁹: se os anos sessenta nos trouxeram, graças à criminologia crítica, o objectivo da menor intervenção e a partir de então não pararam de crescer as reivindicações por um direito penal mais de *ultima ratio*, como justificar para a violência doméstica uma evolução de sinal oposto?

A reivindicação por esse funcionamento *insubstituível* da justiça penal fez sentido, segundo se julga, enquanto ele não esteve garantido a todas as vítimas que o merecessem e o desejassem. A partir do momento em que o esteja, deve dar-se o passo seguinte: reconhecer a autodeterminação e a *maioridade* dessas vítimas cujos interesses se querem proteger é reconhecer-lhes a possibilidade de recorrerem a essa resposta punitiva dada pela justiça penal *se a pretenderem*. Mas é também reconhecer-lhes a possibilidade de optarem por uma outra forma de resposta — a restaurativa — se for essa aquela que de facto desejam³⁰.

Como enfaticamente sublinha Nilo Baptista, “a bela história das lutas feministas não pode, na sua frente político-criminal, paralisar-se porque algum sector insiste em sustentar que nada mudou, que o sistema penal de hoje é o mesmo de há meio século e que as estratégias devem ser mantidas”. Segundo creio, pode acrescentar-se que nem sequer parece coerente que o pensamento feminista, que tanto pugnou pela abertura dessa porta — a da justiça penal — às vítimas da violência doméstica, seja hoje utilizado como obstáculo à abertura de outras portas que as mesmas vítimas desejem adentrar. Sob pena de, como também enfatiza Nilo Baptista fazendo apelo à música de Chico Buarque, podermos afirmar que “o tempo passou na janela, e só Carolina não viu”³¹.

Trata-se, agora, em certa medida também de se reconhecer essa liberdade de escolha na condução da sua própria vida que a mulher (e a mulher *vítima de violência doméstica*) durante tanto tempo lhe viu ser negada. E trata-se de garantir a possibilidade do exercício dessa liberdade.

²⁸ Cfr. Nilo BAPTISTA, «“Só Carolina não viu” — Violência doméstica e políticas criminais no Brasil», *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, Lumen Juris Editora, 2.^a ed, 2009, Rio de Janeiro, p. x.

²⁹ Atento a este paradoxo, Alessandro BARATTA sublinha o facto de, não obstante a sua contemporaneidade, a criminologia crítica e a criminologia feminista terem aproveitado pouco das “descobertas” recíprocas (in *Criminologia e Feminismo*, Porto Alegre: 1999, Sulina, p. 43). Sobre o assunto, cfr. também Maria Lúcia KARAM, “Violência de Género: o Paradoxal Entusiasmo pelo Rigor Penal”, *Boletim do IBCCRIM*, ano 14, n.º 168, Novembro de 2006.

³⁰ Sobre o assunto, já há longa data afirmava Maria João ANTUNES (*ob. cit.*, p. 101 ss.) a conveniência da diversificação das respostas à violência doméstica e as possíveis vantagens de uma intervenção restauradora, que considerava “duplamente orientada: para a satisfação integral dos interesses da vítima e para a auto-responsabilização do agressor”.

³¹ Cfr. Nilo BAPTISTA; *ob. cit.*, p. xxiii.