



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

ESPECIALIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**MEDIAÇÃO PENAL EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONJUGAL: FORMA DE  
PROTEÇÃO (IN)SUFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VÍTIMA**

**Fabiana Oliveira da Silva Kist**

Dissertação orientada pelo Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Outubro de 2020

## **Agradecimentos**

Tenho obrigação de fazer menção ao Senhor Professor Doutor Augusto Silva Dias, que nos Seminários em Criminologia por ele ministrados despertou-me para o tema que venho a tratar nesta dissertação. A ampla sabedoria que era seu apanágio, a generosidade com a qual a transmitia aos seus alunos, os desafios que fazia mover na mente dos seus ouvintes e a paz instigante que aflorava do seu ser foram experiências marcantes e inesquecíveis na minha trajetória como académica da clássica e honrosa Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, bem assim a profunda tristeza de ter que conviver com a sua prematura partida, deixando órfãos os muitos alunos a quem, como eu, orientava. De onde está, receba meus sinceros e profundos agradecimentos pelo seu legado como professor e ser humano, para mim impactante e transformador.

Também sou imensamente grata ao Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes que, com a bondade que lhe é peculiar, mesmo sem me conhecer como académica, aceitou orientar-me na fase de elaboração da dissertação; suas argutas ponderações sobre o texto, feitas com a máxima presteza e atenção, representaram estímulo e caminho seguro para a conclusão do texto.

## **Resumo**

A presente dissertação de mestrado versa sobre a mediação penal para as infrações penais praticadas no âmbito de relação conjugal. A violência que se manifesta nesse contexto é, no geral, uma violência de gênero - a vítima a sofre em virtude do gênero a que pertence e, em termos fenomênicos, há mais vítimas mulheres, e esta violência produz inúmeros efeitos, dentre os quais destacamos a possível assimetria de poder no interior da relação conjugal. Por outro lado, a mediação enquanto mecanismo de resolução de conflitos tem por pressuposto de eficácia uma certa igualdade entre as pessoas que a ela se lançam, e nisso se situa o desafio teórico e pragmático em com ela compatibilizar a violência conjugal. Uma perspectiva válida para o tema é a análise da aptidão do procedimento da mediação penal em resguardar os direitos fundamentais das vítimas desta violência, servindo de base, nesse propósito, os princípios constitucionais da igualdade, da tutela judicial efetiva e da proporcionalidade, por ofertarem os recursos necessários para concluir pela compatibilidade, ou não, entre mediação penal e violência conjugal.

## **Palavras-chave**

Violência conjugal, mediação penal, direitos fundamentais.

## **Abstract**

This master's thesis deals with criminal mediation for criminal offenses committed in the context of marital relationship against women.

The violence that manifests itself in this context is, in general, gender-based violence - the victim suffers it due to the gender to which it belongs and, in phenomenal terms, there are more female victims and this violence produces numerous effects, among which we highlight the possible asymmetry of power within the marital relationship.

On the other hand, mediation as a conflict resolution mechanism has as its presupposition of effectiveness a certain equality between the people who launch it, and this is the theoretical and pragmatic challenge in making it compatible with conjugal violence.

The valid perspective for the theme is the analysis of the aptitude of the criminal mediation procedure to safeguard the fundamental rights of the victims of this violence, serving as a basis in this purpose, the constitutional principles of equality, effective judicial protection and proportionality, for offering the necessary resources to conclude the compatibility, or not, between criminal mediation and conjugal violence.

## **Key words**

Conjugal violence, criminal mediation, fundamental rights.

## Índice

<b>Introdução</b> .....	10
<b>1. Violência de gênero e conjugal</b> .....	14
1.1. Delimitações conceituais .....	14
1.2. Explicações sobre causas da violência conjugal .....	18
1.2.1. A violência conjugal na perspectiva de gênero .....	21
1.2.1.1. Uma perspectiva temporal para a perspectiva do gênero .....	27
1.2.1.2. Críticas à perspectiva de gênero .....	30
1.3. Peculiaridades da violência conjugal .....	32
1.4. Formas ou modalidades de violência conjugal .....	34
1.5. Ciclos da violência conjugal .....	36
1.6. Consequências da violência conjugal .....	38
1.7. Violência conjugal e vulnerabilidade .....	41
1.8. Razões para a permanência na relação violenta .....	45
1.8.1. Teorias centradas no processo de tomada de decisões .....	46
1.8.2. Teorias relacionadas à dependência emocional e às repercussões psicopatológicas do maltrato .....	48
1.8.3. Fatores que contribuem para a manutenção da relação violenta .....	49
<b>2. A mediação no contexto da autocomposição de conflitos</b> .....	53
2.1. Os sistemas da heterocomposição e da autocomposição .....	53
2.2. Os métodos do sistema autocompositivo .....	57
2.2.1. Negociação .....	57
2.2.2. Conciliação .....	59
2.2.3. Mediação .....	60
2.2.3.1. Sobre os fundamentos teóricos para a mediação - breve panorama .....	61
2.2.3.1.1. Modelo Harvard .....	62
2.2.3.1.2. Modelo transformativo .....	65
2.2.3.1.3. Modelo circular-narrativo .....	67
2.2.3.2. Concepções para a mediação .....	71
2.2.4. Semelhanças e notas distintivas .....	75
2.2.5. Uma caracterização geral para a mediação sob a ótica jurídica .....	81
<b>3. A mediação penal</b> .....	85

3.1. Uma aproximação inicial .....	85
3.2. Relações entre mediação penal e justiça restaurativa .....	85
3.2.1. Noções introdutórias .....	85
3.2.2. Justiça restaurativa .....	86
3.2.2.1. O surgimento do Movimento Restaurativo .....	87
3.2.2.2. As fontes criminológicas da justiça restaurativa .....	88
3.2.2.3. Fontes históricas da justiça restaurativa e publicização do processo penal .....	91
3.2.3. Sobre a conceituação da justiça restaurativa .....	100
3.2.4. Conclusões sobre as relações entre mediação penal e justiça restaurativa .....	101
3.3. Uma definição possível para a mediação penal .....	105
3.4. Qual mediação penal .....	108
3.4.1. Considerações iniciais .....	108
3.4.2. A propósito de modelos para a relação entre mediação e processo .....	108
3.4.2.1. Sistema complementar .....	109
3.4.2.2. Sistema alternativo ao processo/acusação .....	109
3.4.2.3. Sistema de medidas alheias à justiça penal .....	110
3.4.3. Mediação para quais crimes? .....	111
3.5. Princípios informadores da mediação penal .....	112
3.5.1. Voluntariedade .....	113
3.5.2. Flexibilidade ou informalidade .....	114
3.5.3. Confidencialidade .....	115
3.5.4. Imparcialidade .....	117
3.5.5. Neutralidade .....	118
3.5.6. Bilateralidade .....	119
3.5.7. Oficialidade .....	119
3.5.8. Complementariedade ou alternatividade .....	120
3.5.9. Caráter inclusivo .....	120
3.5.10. Gratuidade .....	121
3.6. Aspectos normativos da mediação penal, o regime legal em Portugal e o quadro legal vigente no Brasil .....	121
3.6.1. Considerações iniciais .....	121
3.6.2. Âmbito internacional .....	121
3.6.3. Âmbito regional europeu .....	122

3.6.3.1. Recomendação R(99)19 .....	123
3.6.3.2. Recomendação CM/REC (2018)8 .....	126
3.6.3.3. Diretiva 2012/29, do Parlamento Europeu .....	128
3.6.4. Âmbito da América Latina .....	129
3.6.5. O regime legal da mediação em Portugal .....	130
3.6.5.1. Cabimento da mediação penal .....	131
3.6.5.2. Remessa do processo para mediação .....	131
3.6.5.3. Procedimento da mediação .....	132
3.6.5.4. Regras sobre o acordo .....	134
3.6.5.5. Descumprimento do acordo .....	134
3.6.5.6. Outras regras .....	134
3.6.5.7. O mediador penal e sua atividade .....	135
3.6.6. Panorama normativo no Brasil .....	136
<b>4. Mediação penal em crimes de violência conjugal: uma interlocução com os princípios da igualdade, da tutela judicial efetiva e da proporcionalidade, nas vertentes da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente .....</b>	<b>139</b>
4.1. Aproximações iniciais .....	139
4.2. A mediação penal e o princípio da igualdade .....	140
4.2.1. A igualdade como princípio constitucional estruturante .....	141
4.2.2. A igualdade como direito fundamental .....	146
4.2.3. A ideia de igualdade e suas mutações .....	149
4.2.4. Os âmbitos de proteção do princípio da igualdade .....	155
4.2.5. Aproximações conceituais necessárias: discriminação, diferenciação permitida, diferenciação positiva e ação afirmativa .....	157
4.2.6. Vinculação dos poderes públicos .....	160
4.2.7. Igualdade de gênero e entre os sexos .....	160
4.2.7.1. Delimitações conceituais .....	160
4.2.7.2. O recorte constitucional da igualdade de gênero .....	165
4.2.8. O princípio da igualdade e a mediação penal .....	171
4.2.8.1. Considerações gerais .....	171
4.2.8.2. Violência conjugal como manifestação de desigualdade material e estrutural .....	172
4.2.8.3. Medidas de natureza penal e processual penal - vedação da mediação penal - como discriminação positiva .....	174

4.2.8.4. A igualdade como pressuposto para a mediação penal .....	178
4.2.8.4.1. O conteúdo da igualdade necessária para participar de mediação .....	181
4.2.8.4.2. Ato violento e relação violenta .....	182
4.2.8.4.3. A potencialidade da mediação para superar o desequilíbrio de poder entre as partes .....	192
4.3. A mediação penal e o princípio da tutela jurisdicional efetiva .....	197
4.3.1. Identificação do princípio e suas fontes normativas .....	197
4.3.2. Condições para compatibilizar a mediação penal com o direito à tutela jurisdicional efetiva .....	200
4.4. A mediação penal e o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso e como proibição da proteção deficiente/insuficiente .....	205
4.4.1. Dimensão negativa do princípio da proporcionalidade - proibição do excesso ...	205
4.4.1.1. A (in)compatibilidade da mediação penal com princípios penais de garantia..	211
4.4.1.1.1. Os princípios da oficialidade, da legalidade e da oportunidade .....	212
4.4.1.1.2. A mediação penal como manifestação do princípio da oportunidade .....	218
4.4.1.2. A preservação das garantias processuais - a presunção de inocência .....	220
4.4.1.2.1. Âmbito de proteção decorrente da presunção de inocência .....	224
4.4.1.2.2. Mediação penal e presunção de inocência .....	226
4.4.1.3. A preservação dos direitos de não autoincriminação e de silêncio .....	228
4.4.1.3.1. A vedação da autoincriminação e o direito ao silêncio na mediação penal ...	231
4.4.2. Dimensão positiva do princípio da proporcionalidade - proibição da proteção insuficiente/deficiente .....	234
4.4.3. Condições para que a mediação penal seja resposta suficiente para crimes praticados em contexto de violência conjugal .....	237
4.4.3.1. Delimitações necessárias .....	237
4.4.3.2. (In)compatibilidade entre violência conjugal e mediação penal .....	238
4.4.3.3. Modelo de mediação - relacionamento com a justiça penal estatal .....	242
4.4.3.4. Fundamentos teóricos para a mediação em crimes de violência conjugal .....	248
4.4.3.5. Titular do interesse a ser protegido na mediação .....	250
4.4.3.6. Necessidade de preservação das garantias processuais do agressor durante o procedimento da mediação .....	253
4.4.3.7. Preservação da segurança da vítima antes, durante e depois dos encontros .....	254
4.4.3.8. Casos para os quais a mediação é admitida e sua concreta seleção .....	255

4.4.3.9. Reconhecimento de implicação com os fatos e intervenção com o agressor ....	258
<b>Considerações conclusivas</b> .....	261
<b>Referências bibliográficas</b> .....	265

## **Introdução**

A presente investigação, inserida no campo do Direito Constitucional, especificamente na vertente dos direitos fundamentais que têm repercussão no âmbito penal e processual penal, objetiva saber se a mediação penal pode ser considerada uma resposta eficaz e efetiva para os conflitos nascidos de atos violentos e que constituem ilícitos penais praticados no seio de uma relação conjugal. O questionamento, formulado em termos genéricos, é se a mediação penal em casos de violência conjugal é forma de proteção suficiente dos direitos fundamentais da vítima dessa violência.

Na perspectiva de apresentar resposta satisfatória, dividimos a dissertação em quatro partes, cada uma dedicada a temas específicos, mas relacionados com o propósito acima anunciado.

A primeira parte será dedicada à violência de gênero e conjugal, com o intuito de compreender tais violências em termos fenomênicos e dos impactos que produzem para as vítimas. No ponto, apresentaremos as principais linhas teóricas que estudam a causalidade da violência conjugal, enfatizando a perspectiva que a caracteriza como violência de gênero, pela sua ampla difusão, indicando uma perspectiva temporal para essa abordagem e, tendo-a como norte, pesquisaremos sobre as peculiaridades da violência conjugal, modos de manifestação, suas consequências, mormente a vulnerabilidade vítima, do que nasce a possibilidade de classificá-la como vítima especialmente vulnerável. Para tanto, interessam os ciclos da violência doméstica e as possíveis razões para a permanência na relação violenta.

Com esses elementos definidos, a segunda parte do trabalho versará sobre a mediação no contexto da autocomposição de conflitos, para identificar este instituto em termos conceituais e de natureza jurídica. Depois de definir os sistemas da heterocomposição e da autocomposição, situaremos a mediação dentre os métodos do sistema autocompositivo, ao lado da negociação e da conciliação. Também apresentaremos os principais fundamentos teóricos para a mediação, desenvolvidos pelos Modelos de Harvard, transformativo e circular-narrativo e, com base em cada um deles, uma concepção para a mediação; para concluir este tópico, uma caracterização da mediação sob a ótica jurídica, com a consideração de tratar-se de instituto objeto de estudos em outras áreas do conhecimento.

Conhecido o instituto, na terceira parte trataremos da mediação penal. Desde logo, uma questão importante a definir é sobre as relações entre ela e justiça restaurativa, para o que identificaremos os elementos principais sobre o surgimento do movimento restaurativo, como suas fontes históricas e criminológicas; o tópico também tratará da conceituação da justiça

restaurativa e das suas relações com a mediação penal.

Na sequência, mas ainda na terceira parte, apresentaremos uma definição possível para a mediação penal e, a propósito das suas relações com a justiça penal estatal, assim como para indicar os modelos possíveis, mencionaremos os sistemas complementar, alternativo ao processo/acusação e de medidas alheias à justiça penal. Este tópico será concluído com a abordagem acerca dos crimes para os quais a mediação penal poderia ser aventada. Também indicaremos os princípios comumente citados como informadores da mediação penal.

No último tópico dessa terceira parte serão apresentados os principais aspectos normativos da mediação penal em Portugal e no Brasil. Para o efeito, indicaremos as principais fontes de âmbito internacional e regional, para depois referir, ainda que sucintamente, os elementos do regime legal da mediação em Portugal, a partir da análise da Lei nº 21/2007, de 12 de Julho, concluindo com o panorama normativo no Brasil.

A quarta parte da dissertação é dedicada à abordagem da mediação penal especificamente para crimes praticados em contexto de violência conjugal, e o faremos a partir de três princípios constitucionais diretamente relacionados com o tema, que são a igualdade, a tutela judicial efetiva e a proporcionalidade, este nas suas vertentes negativa e positiva, e isso na tentativa de responder ao questionamento que orienta a pesquisa.

Acerca do princípio da igualdade e os impactos que projeta sobre a mediação penal, depois de identificá-lo como princípio constitucional estruturante e como direito fundamental, indicaremos as mutações conceituais observadas ao longo do tempo na ideia de igualdade e os âmbitos de proteção que dela decorrem e, com isso, permitir definições sobre discriminação, diferenciação permitida, diferenciação positiva e ação afirmativa. Com esses esclarecimentos de ordem geral sobre a igualdade, ingressaremos em tema mais específico, que é a definição de igualdade de gênero e igualdade entre os sexos, para chegar a um recorte constitucional da igualdade de gênero.

Com essas bases, submeteremos a mediação penal para a criminalidade que é objeto da pesquisa ao princípio da igualdade e, nesse âmbito, enfrentaremos, de forma especial, três questões; a primeira é a violência conjugal tratada como manifestação de desigualdade material e estrutural entre agressor e vítima. O segundo tema nesse contexto é conceber medidas de natureza penal e processual penal - incremento da resposta penal e vedação da mediação penal, por exemplo -, como formas de discriminação positiva. O terceiro campo de discussão para coadunar a mediação penal com o princípio da igualdade é sobre um certo equilíbrio de poder que deve haver entre as pessoas que participam da mediação penal, e que, no geral, se afirma

não existir entre agressor e vítima de violência conjugal; nesse âmbito, procuraremos um conteúdo mínimo da igualdade necessária para participar de mediação, diferenciaremos ato violento de relação violenta e perguntaremos sobre a potencialidade da mediação para superar o desequilíbrio de poder entre as partes, se existente.

Em relação ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, buscaremos suas fontes normativo-constitucionais e, a partir delas, indicaremos condições para com ele compatibilizar a mediação penal.

Por fim, e relativamente ao princípio proporcionalidade, apresentaremos desde logo as duas vertentes que ele alberga - positiva e negativa; na perspectiva da primeira, ele é parâmetro para proibir o excesso nas medidas restritivas a direitos fundamentais e, neste particular, abordaremos as principais questões sobre a (in)compatibilidade da mediação penal com alguns relevantes princípios do Direito Penal e do Processual Penal. Tema de alta relevância no contexto da viabilidade constitucional desta forma de resolução de litígios, faremos o confronto com os princípios da oficialidade, da legalidade e da oportunidade, na tentativa de inserir a mediação no amplo espectro de manifestações jurídicas nascidas desses princípios. Além disso, ocupar-nos-emos do tema que trata da preservação das garantias processuais, de forma específica, a presunção de inocência e os direitos de não autoincriminação e de silêncio, na expectativa de indicar caminhos para uma possível convivência da mediação penal com esses fundamentos constitucionais.

A assim chamada vertente positiva do princípio da proporcionalidade é identificada na proibição da proteção insuficiente aos direitos fundamentais. Tendo-a como referente, procuraremos indicar as condições para que a mediação penal seja uma resposta suficiente para crimes praticados em contexto de violência conjugal. Em primeiro lugar, responderemos ao questionamento genérico sobre a (in)compatibilidade entre violência conjugal e mediação penal; pressupondo ser a resposta positiva, abordaremos o tema sobre um modelo de mediação, no tocante ao seu relacionamento com a justiça penal estatal. Na sequência, voltaremos aos fundamentos teóricos sobre a mediação para indicar qual deles não mostra adequação aos procedimentos que tratam de crimes de violência conjugal. Também definiremos quem é o titular do interesse a ser protegido na mediação, ao tempo em que afirmaremos como essencial a preservação das garantias processuais do agressor durante o procedimento da mediação, assim como a segurança da vítima antes, durante e depois dos encontros. Sugeriremos, ainda, casos para os quais a mediação penal poderia ser admitida e elementos para sua concreta seleção, assim como condições relacionadas ao agressor para que a mediação se mostre suficiente, como

o reconhecimento de sua implicação com os fatos e intervenções com ele, em especial para prevenção de novas violências.

Este é, em breves palavras, o panorama da pesquisa. Seguiremos o caminho traçado com a expectativa de fazer adequada abordagem dos vários temas e, ao final, apresentar respostas aceitáveis do ponto de vista jurídico e pragmático.

## 1. Violência de gênero e conjugal

### 1.1. Delimitações conceituais

Não há necessária sinonímia entre violência de gênero, violência doméstica e violência conjugal.

Conforme já enunciado a título introdutório, é de gênero a violência (criminosa) quando ela é por ele motivada, ou seja, alguém é autor ou vítima de violência por pertencer ao gênero (masculino ou feminino) e sê-lo em função dele.

Já a referência à violência doméstica normalmente diz respeito a um específico *locus* em que ela se desenvolve, que é o ambiente doméstico, lugar normal de (con)vivência e de (co)habitação das pessoas ligadas por laços familiares, podendo envolver, além dos cônjuges/companheiros, todas as pessoas que habitam no mesmo agregado familiar, como pais, avós, filhos, netos, enteados ou outros que se considerem aparentados.

Será conjugal quando a violência envolver conjugalidade. Esta é uma espécie singular de relação, manifestando-se quando duas pessoas se unem com o propósito de vida mútua em comum, distinta da vida social de cada um. A ligação entre as pessoas é do tipo *affectio maritalis*, que causa vontade de vivência, de forma prolongada e estável, com outra pessoa em razão de afeição especial e que induz as pessoas entre si ligadas por tal sentimento a fazerem projetos de vida em comum, a pretenderem permanência e continuidade na relação por meio da assunção de compromissos e deveres recíprocos e, em regra, há entre elas manifestações de intimidade inexistentes em outros tipos de relação<sup>1</sup>.

A forma tradicional de manifestação da relação conjugal é o matrimônio ou casamento entre pessoas de sexos diferentes. Contudo, as modificações sociais e culturais sobre o tema ensejaram a aparição e o reconhecimento jurídico a outros formatos ou tipos de relação, aí incluída aquela entre pessoas não casadas - união de fato, com ou sem coabitação - e pessoas

---

<sup>1</sup> Sobre as peculiaridades desta relação, cabe referência à Teoria Triangular do Amor, desenvolvida pelo psicólogo americano ROBERT STERNBERG (“A Triangular Theory of Love”. In *Psychological Review*, nº 93, 1986, pp. 119-135), para quem a relação conjugal é um relacionamento amoroso, ou seja, o diferencial para outras relações situa-se no amor, e que se manifesta em três qualidades principais: a intimidade, a paixão e o compromisso. A intimidade refere-se a uma sensação de proximidade ou de conexão entre duas pessoas, e tem por pressupostos a confiança, a amizade e o carinho. A paixão é o componente que fornece energia à relação, e diz respeito a emoções, atração física (sexual e/ou romântica), e desejo/necessidade de estar com a outra pessoa. Por fim, o compromisso traduz-se na decisão de continuar no relacionamento apesar de eventuais problemas que a relação produz, sendo, assim, responsável pela estabilidade da relação. ROBERT STERNBERG, ademais e de forma figurada, põe estes elementos nas pontas de uma pirâmide e, a depender da alocação de cada um deles, surgem tipos diferentes de relações, propondo que na conjugalidade, a intimidade deve estar no ponto de cima da pirâmide, e a paixão e o compromisso ocuparem cada um dos lados da sua base.

do mesmo sexo, mas ligadas entre si pela afetividade.

A violência conjugal, em consequência, é a que se manifesta entre pessoas cujo vínculo é assentado na conjugalidade, sendo este o fator determinante para a violência. E, considerando que, em geral, há regras normativas protetivas da vítima dessa violência<sup>2</sup>, o fator decisivo para atrair a incidência delas é a existência, entre as partes implicadas no conflito, desta espécie de relação.

Mas, o conceito de violência conjugal também é instrumental para ofertar proteção jurídica a pessoas em situações especiais. Uma delas diz respeito à violência que se manifesta entre as que mantiveram relação desta natureza e que foi rompida - ex-cônjuges/companheiros. Muitas vezes é a própria ruptura a causa de conflitos e violências, mormente quando decidida de forma unilateral, a revelar que aqueles sentimentos agregadores deixaram de existir para um dos integrantes da relação, e a ruptura, ao menos em regra, também é causa do término da convivência. Mesmo assim, e também em geral, a vítima não perde a especial proteção jurídico-legal, na exata medida em que a causa da violência se situa na conjugalidade, ainda que já extinta<sup>3</sup>.

Outra situação especial diz respeito à relação de namoro, situação que, em Portugal, pode atrair a incidência da Lei n.º 112/2009 e do art. 152.º do Código Penal<sup>4</sup>. Há dúvidas sobre uma adequada definição de relação de namoro para o efeito em estudo; no geral, o namoro é alocado como algo que vai além de uma simples amizade, mas não alcança a conjugalidade pela ausência, ainda, daqueles compromissos recíprocos e que se traduzem na vida em comum<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> A título de exemplo, em Portugal, vige a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, que “*Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas*”; em Espanha, trata-se da vige a Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que instituiu “*Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”; no Brasil, está em vigor a Lei n.º 11.340/2006, que “*Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ...*”.

<sup>3</sup> No âmbito jurídico português, a já citada Lei n.º 112/2009, no artigo 2.º, onde constam as “definições”, lê-se que “*Para efeitos de aplicação da presente lei, considera-se: a) ‘Vítima’ a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, diretamente causada por ação ou omissão, no âmbito do crime de violência doméstica previsto no artigo 152.º do Código Penal*”. E neste artigo 152.º do Código Penal, que tipifica os crimes de “violência doméstica”, observa-se que o crime ocorre quando o agente, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais a cônjuge ou ex-cônjuge, ou a pessoa com quem mantenha ou tenha mantido relação análoga à dos cônjuges, independentemente de coabitação. Ao abranger o ex-cônjuge e pessoa com que o agente tenha mantido relação conjugal revela que é a conjugalidade o fator relevante para a incidência da norma penal, não tendo importância o fato de ela já estar extinta, assim como o fato de não mais haver coabitação.

<sup>4</sup> Nos termos do art. 152.º, n.º 1, alínea “b”, o crime de violência doméstica se tipifica quando o agente pratica as condutas contra “*pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem ... mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação*” (grifado).

<sup>5</sup> Segundo MARGI LAIRD MCCUE, trata-se de ensaios e de prelúdio do casamento. (*Domestic Violence*. 2ª ed. ABC Clío: Califórnia, 2008, p. 51).

Trata-se, portanto, de relação amorosa entre duas pessoas, que partilham uma ligação emocional e romântica. A violência entre elas, que pode ser física, psicológica ou sexual, é praticada com objetivos vários, como a dominação, a subordinação, a infligência de medos e a desvalorização<sup>6</sup>.

No ponto, tem razão ANDRÉ LAMAS LEITE<sup>7</sup> quando afirma que meros namoros passageiros, ocasionais, fortuitos, flirts, relações de amizade não estão recobertas pelo âmbito incriminador do art. 152º, nº 1, al. b). Desse modo, para a incidência da norma incriminadora será necessário provar que entre agente e vítima há uma relação de confiança que, nas palavras do autor, é “*baseada em fundamentos relacionais mais ou menos sólidos, em que cada um deles é titular de uma “expectativa” em que o outro, por via desse laço, assume um dever acrescido de respeito e abstenção de condutas lesivas da integridade pessoal do parceiro(a)*”.

Sublinhe-se, outrossim, que a violência conjugal poderá ser, ao mesmo tempo, doméstica, nos casos, aliás comuns, de convivência entre cônjuges/companheiros na mesma habitação, havendo, portanto, coabitação. Ademais, a relação conjugal poderá existir entre pessoas do mesmo sexo, situação que não afasta, ao menos em Portugal, a norma incriminadora prevista no art. 152º do Código Penal, que é expresso no ponto - “*pessoa de outro ou do mesmo sexo*”<sup>8</sup>.

Observamos, assim, relação de continência entre as categorias conceituais em análise; a mais abrangente é a violência de gênero, que se especifica na violência conjugal, aquela que tem causa na relação de conjugalidade ou de namoro, e que pode ou não ser doméstica - assim será quando o lugar em que acontece é o ambiente doméstico. De resto, presente a relação conjugal ou de namoro, pouco importa a coabitação para a incidência das normas protetivas das vítimas, bem como a atualidade da relação, estendendo-se a episódios violentos que tenham na

---

<sup>6</sup> LOZANO, Maria Pilar Gonzáles, RIVAS, Marina J. Muñoz y GÓVES, José Luis Graña. “Violencia em las relaciones de pareja em Adolescentes y Jóvenes: una Revisión”. In *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, nº 3, 2003, pp. 23-39.

<sup>7</sup> LEITE, André Lamas. “A Violência Relacional Íntima: Reflexões Cruzadas Entre o Direito Penal e a Criminologia”. In *Revista Julgar*, nº 12 Especial, 2010, p. 52.

<sup>8</sup> É diferente o caso da legislação brasileira. A Lei nº 11.340/2006, que veiculou as medidas de prevenção, enfrentamento e punição da violência doméstica, é expressa, no art. 1º, que “*Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher...*”. De resto, e ao contrário de Portugal, não há um tipo penal único de “violência doméstica”, aplicando-se os tipos penais esparsos pela legislação penal quando contextualizados em violência doméstica, familiar ou conjugal. Modelo parecido, embora algo mais amplo, é o da Espanha, onde vige a Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que é expressa, quanto ao “*Objeto de la Ley*”, que “*I (...) tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.*”. (Grifos apostos).

conjugalidade já pretérita a sua causa.

Também cabe observar que os crimes praticados no âmbito de uma relação conjugal são tipicamente crimes relacionais, expressão que sugere a existência entre os envolvidos em episódio criminoso de uma relação prévia - ao crime -, o que afasta a aleatoriedade na vitimização, que ocorre nos demais casos<sup>9</sup>. Trata-se de conceito relevante, pois pode interferir de modo decisivo na punição do autor do crime, que sempre será uma demanda estatal, mas não necessariamente uma demanda social e da vítima<sup>10</sup>.

Na investigação que estamos a empreender, enfocaremos a violência conjugal, tal qual acima descrita, aquela que se manifesta entre pessoas - agente e vítima<sup>11</sup> - ligadas por uma relação de conjugalidade. Na expressão de ANDRÉ LAMAS LEITE<sup>12</sup>, trata-se da “*violência relacional íntima*”, que pressupõe um relacionamento amoroso entre pessoas do mesmo ou de diferente sexo, que podem coabitar ou não, e entre as quais existe “*uma proximidade existencial efectiva*”<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> PATRICIA HERNÁNDEZ HIDALGO, sobre o ponto, assevera que a violência conjugal é situação na qual existem, entre agente e vítima, “*complejos y profundos vínculos psicológicos y emocionales*”, e que podem, inclusive, ser a gênese de dinâmicas agressivas, nas quais “*el papel de víctima y ofensor es facilmente intercambiable y concurrente en ambos, de forma simultánea o ambivalente*”. (“Análise de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, p. 8).

<sup>10</sup> Sobre o ponto, é de algum modo impressivo o exemplo dado por RAQUEL BORGES BLÁSQUEZ, no sentido de que a vítima de um roubo, por exemplo, além de recuperar o bem que perdeu, quer a punição do autor do crime, preferencialmente com pena que importe o seu encarceramento; esta vítima “*no va a abrazarse llorando al ladrón en la puerta de los juzgados, no va a pedir al juez que le permita vivir con el ladrón, no va a llamar por teléfono al ladrón pidiéndole que vuelvan a intentarlo y asegurándole que va a confiar en que no vuelva a robarle ni pedirá el indulto para el ladrón en caso de que finalmente sea condenado. La víctima de un robo no hará nada de eso porque no quiere al ladrón,...*”. Acrescenta que “*la maquinaria policial y judicial diseñada por el legislador para combatir la violencia en el marco de una relación de afectividad (...) opera igual que la que opera para la persecución de un robo. Y, a diferencia de lo que ocurre en el robo (...), en materia de violencia en el marco de una relación de afectividad la víctima sí quiere a su agresor*”. (“Mediación penal y violencia em el marco de una relación de afectividade, uma asignatura pendiente”. In *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 26, 2018, p. 491-492).

<sup>11</sup> Há concepções diversas sobre a vítima, a depender do lugar de onde se faz a abordagem. No desenvolvimento do presente trabalho, vítima será vista nos moldes do nº 1 da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, da ONU, adotada em 29/11/85 (disponível <http://direitoshumanos.gddc.pt>), que adota a perspectiva da titularidade do bem jurídico lesado/exposto a perigo por meio da conduta criminosa. Essa noção corresponde, em Portugal, ao teor do art. 67-A, nº 1, alínea “a, i”, do Código de Processo Penal, de acordo com o qual “*Considera-se: a) ‘Vítima’: a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime*”. Na alínea “b” da mesma disposição legal, há uma especificação de vítima, a “vítima especialmente vulnerável”, acerca da qual faremos observações em outra passagem.

<sup>12</sup> “A Violência Relacional Íntima ...”, op. cit., p. 52.

<sup>13</sup> Abordagens amplas sobre a temática há em PETERSON, Diana Scharff and SCHROEDER, Julie A. *Domestic Violence in International Context*. Oxon: Routledge, 2017 e CONCEPCIÓN, Rosa Salvador. *La Violencia de Género em España, Francia, Reino Unido e Italia. Um concepto Global?* Madrid, Dykinson, 2015. Sobre as “respostas” em diversos países a essa violência, há referência em BUZAWA, Eve S. and BUZAWA, Carl G. (editors). *Global Responses to Domestic Violence*. Cham: Springer, 2017, MCCUE, Margi Laird. *Domestic*

## 1.2. Explicações sobre causas da violência conjugal

Terreno fértil de pesquisas é aquele que, principalmente nos campos da sociologia e da psicologia, se ocupa de identificar possíveis causas e, a partir delas, compreender e explicar a violência conjugal<sup>14</sup>. Há, nesse âmbito, inúmeras perspectivas e que fornecem os principais elementos sobre a sua fenomenologia, cabendo à ciência jurídica apenas a regulação.

Nas linhas que seguiremos faremos breve menção a essa temática, nos limites do necessário para contextualizar os principais fundamentos que têm sido explorados pelas várias teorias que se ocupam de dar explicações para o fenômeno, com uma atenção particular para a perspectiva de gênero, de matriz feminista, por ser ela uma das mais difundidas.

Em termos gerais, colhe-se na doutrina que as pesquisas sobre as causas da violência conjugal podem ser alocadas em três grupos<sup>15</sup>.

Um primeiro utiliza enfoques centrados no indivíduo e para ele tem relevância as condições intrapessoais; são explicações psicopatológicas, focadas nas características individuais das pessoas envolvidas na violência. Em relação ao agressor, há referências às perturbações psicológicas, ao consumo de drogas ilícitas, ao stress, à raiva, a frustrações, à baixa autoestima; no tocante à vítima, também são ressaltadas as perturbações psicológicas e é nesse contexto que se desenvolveu a teoria do masoquismo que, segundo ISABEL DIAS<sup>16</sup> tem inspiração freudiana e marcou os estudos nos anos de 1960, explicando a violência conjugal como uma anormalidade da psicologia feminina: a natureza inconsciente da mulher maltratada e o seu carácter masoquista seriam as principais causas da violência que é lhe infligida<sup>17</sup>.

---

*Violence*. 2ª ed. ABC Clío: Califórnia, 2008, pp. 77-108 e COCCHIARA, M. Antonella. *Violenza di Genere, Politica e Istituzione*. Milano: Guiuffrè Editore, 2014.

<sup>14</sup> Obra com conteúdo denso e abordagem multidisciplinar da violência de gênero que consultamos é GOMEZ, Yolanda Fontanil; ALCEDO, Mª Angela y ROBERTS, Janine. (Editoras). *Análisis Interdisciplinar de la Violencia de Género*. Oviedo: KRK Ediciones, 2013. Um dos textos que a compõem trata das raízes religiosas dessa violência: PEDREGAL, Amparo. “Mal/tratadas por los dioses: las raíces religiosas de la violencia contra las mujeres”, In *Análisis Interdisciplinar de la Violencia de Género*, op. cit., pp. 36-46. Também em linha multidisciplinar: VALLEJO, Pilar Rivas y BAUDOR, Guillermo L. Barrios - (Directores). *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*. 2ª. Ed., Navarra: Aranzadi, 2014;

<sup>15</sup> Nesse sentido: MCCUE, Margi Laird. *Domestic Violence*. 2ª ed. ABC Clío: Califórnia, 2008, p. 12-15 e PALACIOS, Pilar Menchón, SANCHEZ, Ana Isabel Artacho, MUÑOZ, Pablo Castellanos, MENCHÓN, Margarita Holgado, ROJAS, José Bellido y CLEMENTE, Nuria Muñoz. “Sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género”. Disponível em <http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

<sup>16</sup> Violência na Família: (In)Visibilidades de um Velho Problema Social. In *Revista CEJ*, Coleção Formação Contínua, 2018, p. 65.

<sup>17</sup> ANTONIO ESCUDERO NAFS, CRISTINA POLO USAOLA, MARISA LÓPEZ GIRONÉS e LOLA AGUILAR REDO explicam que se trata de teoria cuja origem é a mais longínqua, e explica a violência conjugal “en una condición masoquista de la mujer. La violencia ejercerá el papel de un mediador en el equilibrio, tanto de la relación de pareja, como de las necesidades individuales de sus miembros. Según autores como Snell, Rosenwall, y Robey (2), los periodos de conducta violenta «liberaban» al hombre de su angustia por su inoperancia como tal, al tiempo que permitían a la mujer obtener una satisfacción masoquista; esta última

Outra teoria sobre a causalidade da violência conjugal é a biológica, que percebe esta violência como parte da estrutura biológica do homem, que teria desenvolvido a agressividade para sobreviver; uma vertente específica com matriz biológica fixou a noção de que o homem violento contra a parceira padece de lesões no lóbulo frontal; também houve quem atribuísse a violência ao nível de testosterona. Essas explicações têm em comum a noção de que em todas as espécies de animais, os machos são mais agressivos que as fêmeas. A teoria biológica sofreu críticas contundentes, como a de não explicar a razão pela qual nem todos os homens, apesar de mais fortes fisicamente, serem violentos em relação à parceira, bem como a de desconsiderar os efeitos de outros fatores, como os sociais e culturais<sup>18</sup>. Mesmo assim, a perspectiva psicopatológica, e na percepção de MARGI LAIRD MCCUE<sup>19</sup>, recobrou importância na década de 1990 por conta de inúmeras pesquisas que investigaram as raízes psicológicas da violência doméstica/conjugal e constaram significativa incidência de psicopatologias e de transtornos de personalidade entre os agressores.

Um segundo grupo de teorias se assenta em enfoques centrados nas relações familiares, dando ênfase aos padrões de interação que se manifestam na família e entre o casal. Consideram que tanto agressor quanto vítima exercem papel relevante para que a violência se manifeste, preocupando-se menos com outros fatores, como os individuais e os socioculturais.

Integram esse grupo as teorias da aprendizagem social, perspectiva assentada na tese de que o ser humano aprende as condutas de seu meio e as repete como resultado da aprendizagem, imitação e repetição<sup>20</sup>. Uma das vertentes mais importantes dessa abordagem é a teoria geracional, linha teórica que busca explicar as razões pelas quais uma pessoa maltrata a parceira e outras, que se encontram em situação idêntica, não o fazem, e propõe que a resposta se situa na rejeição e violência que ela sofreu durante a infância, que, ao menos em tendência, repetirá na vida conjugal<sup>21</sup>.

---

«ayudaba» a la mujer a manejar «su culpa» derivada de su propia «hostilidad expresada en su conducta controladora y castradora». (La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género. In. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXV, nº 95, 2005, p. 86).

<sup>18</sup> Nesse sentido: CANTERA, Roberta de Alencar-Rodrigues Leonor. “Violencia de Género en la Pareja: una Revisión Teórica”. In *Revista Psico*, vol. 43, Porto Alegre, 2012, pp. 117.

<sup>19</sup> *Domestic Violence*, op. cit., p. 12.

<sup>20</sup> MCCUE, Margi Laird. *Domestic Violence*, op. cit., p. 13.

<sup>21</sup> CANTERA, Roberta de Alencar-Rodrigues Leonor. “Violencia de Género en la Pareja: una Revisión Teórica”. In *Revista Psico*, vol. 43, Porto Alegre, 2012, pp. 117.

Também merece menção no mesmo contexto a teoria do apego<sup>22</sup>, que considera que comportamentos de um dos membros do casal são determinados em função da interação com os do outro. O casal passa a ser um todo que, nas palavras de JAVIER GÓMEZ ZAPIAIN<sup>23</sup>, “*se alimenta de dos psicologías individuales, forjadas a partir de sus propias historias...*” e que cria uma dinâmica própria, na qual pode estar presente a violência<sup>24</sup>.

O terceiro grupo de teorias adota perspectivas socioculturais, pressupondo que o problema da violência se encontra na estrutura social, cultural, política e ideológica, fatores que prevalecem em especial sobre as características individuais das pessoas envolvidas na relação violenta.

A esse propósito, ISABEL DIAS<sup>25</sup> informa que, a partir dos anos de 1970, a pesquisa sociológica sobre as causas da violência entre casais passou a ter como referência a diversidade de fatores que podem estar na origem da violência contra as mulheres, como os elementos individuais, sociodemográficos, relacionais, estatuto socioeconômico, desemprego, entre outros.

Um dos modelos que tem essa característica é o ecológico<sup>26</sup>, que propõe ser necessário examinar os sistemas de interação social e cultural, fatores psicológicos e as características do entorno onde o comportamento violento ocorre, e avaliar a situação em planos diferentes. No plano individual, têm relevância características biológicas, cognitivas, emocionais e comportamentais, assim como as crenças apreendidas na família. No plano do microsistema, têm importância as características do conjunto familiar em relação à tomada de decisões, à divisão de trabalho, à formação e eventual consumo abusivo de álcool e outras drogas. No nível do exossistema, devem ser avaliadas as estruturas formais e informais nas quais as pessoas

---

<sup>22</sup> Referências sobre ela há em ZAPIAIN, Javier Gómez. “Violencia en la pareja desde la perspectiva de la teoría del apego”. Disponível em <https://www.cop.es/GT/JAVIER-GOMEZ.pdf>. e LOINAZ, Ismael y ECHEBURÚA, Enrique. “Apego Adulto en Agresores de Pareja”. In *Revista Acción Psicológica*, nº 9/1, 2012, pp. 33-46.

<sup>23</sup> “Violencia en la pareja desde la perspectiva de la teoría del apego”, op. cit., p. 01.

<sup>24</sup> Segundo MARGI LAIRD MCCUE, essa explicação sofreu críticas a partir da perspectiva feminista por responsabilizar, ainda que parcialmente, a própria vítima pela violência que sofre. (*Domestic Violence*, op. cit., p. 13.

<sup>25</sup> Violência na Família: (In)Visibilidades de um Velho Problema Social. In *Revista CEJ*, Coleção Formação Contínua, 2018, pp. 65. A autora acrescenta que “*Tais abordagens teóricas influenciaram os primeiros estudos sobre a violência contra as mulheres. É de destacar que estes estudos se centravam principalmente na violência doméstica entre parceiros íntimos. Durante os anos de 1980 e início dos anos de 1990, em particular a partir de 1996, os estudos passaram a incluir quer outros contextos onde a violência é igualmente praticada sobre as mulheres (e.g., espaço público, local de trabalho), quer outro tipo de agressores, para além dos cônjuges ou companheiros (e.g., outros familiares, conhecidos, empregadores, etc.) (Martinez e Schrottle, 2006)*”

<sup>26</sup> Referências há em HEISE, Lori L. “Violence against women: an integrated ecological framework”. In *Violence Against Women*, v. 4, 1998, p. 262-290, e VIVES-CASES, Carmen. “Un modelo ecológico integrado para comprender la violencia contra las Mujeres”. In *Feminismo/s*, v. 18, 2011, pp. 291-299.

vivem, como a vizinhança, o local de trabalho, as redes sociais, a escola, a igreja. Por fim, há o plano do macrosistema, que é constituído pelos valores culturais e ideológicos que permeiam a sociedade na qual as pessoas estão inseridas. Tanto o exossistema como o macrosistema podem funcionar como mecanismos de perpetuação ou de superação da situação de violência<sup>27</sup>.

A teoria sistêmica, que também adota a perspectiva sociocultural, se assenta na noção de que cada pessoa é parte de um sistema circular de ação e de reação e, por isso, a análise das situações de violência conjugal também é sistêmica, abrangendo aspectos cognitivos, emotivos e comportamentais. Considera, assim, que a violência é um fenômeno interacional, resultado da organização familiar, cujos membros apresentam dificuldades de comunicação e nas habilidades sociais; além disso, todas as pessoas que participam dessa interação que culmina na violência são por ela responsáveis.

### 1.2.1. A violência conjugal na perspectiva de gênero

Uma das perspectivas socioculturais, e com difusão relevante a partir da década de setenta do século XX, é a de gênero, e que nasceu no seio do feminismo da segunda onda<sup>28</sup>.

Em termos gerais, propugna que a violência conjugal deve ser contextualizada num específico modelo de família e dos papéis de gênero, que é o modelo patriarcal<sup>29</sup>. Surgido e desenvolvido em tempos que se perdem na história, ele é caracterizado por conferir

---

<sup>27</sup> CARMEN VIVES-CASES, a título de síntese, afirma que “*La aproximación ecológica al maltrato conceptualiza la violencia como un fenómeno polifacético basado en la interacción entre factores personales, situacionales y socioculturales*”. (“Un modelo ecológico integrado...”, op. cit, p. 291).

<sup>28</sup> SILVIA TUBERT explica que o conceito de “gênero”, inicialmente, foi usado no campo da medicina - Jonh Money, endocrinologista infantil, o teria introduzido no ano de 1955, para explicar como as pessoas que apresentam estados intersexuais, em especial os hermafroditas, constroem uma identidade sexual e que pode estar em contradição com o sexo corporal, sugerindo a expressão “papéis de gênero”; mais tarde o médico ampliou o conceito para com ele significar tudo o que uma pessoa faz ou diz para mostrar aos outros ou a si mesma em que medida é masculina, feminina ou andrógina. A autora acrescenta que nos anos de 1960, a expressão “papéis de gênero” adquiriu conotação política e social, sendo dissociada do sexo, e foi com essa conotação que, na década de 1970, o movimento feminista dela se apropriou, para afirmar que a subjugação feminina pelo masculino não era fruto da biologia, mas sim da sociedade patriarcal. (“La crisis del concepto de género”. In *Género, violencia y derecho*. Patricia Laurenzo e outras (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.89-90).

<sup>29</sup> Há relevante bibliografia nesse sentido; apenas a título de exemplo: TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é Violência contra a Mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 18; BRAGUINI, Lucélia. *Cenas Repetitivas de Violência Doméstica: um Impasse entre Eros e Tanatos*. Campinas: Editora Unicamp, 2000, p. 26; PANDJIARJIAN, Valéria. *Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação*. Campinas: Editora Unicamp, 2002, p. 75; CERVERA, Rosa Mª Peris. Patriarcado, ¿Organización ya superada? ¿Origen de la violencia machista? In *Crítica*, nº 960, Marzo-Abril 2009, p. 18; ACOSTA, Miguel Lorente. “El maltratador, la condición masculina y el maltrato a las mujeres”. In *Crítica*, nº 960, Marzo-Abril 2009, p. 44; WALKER, Lenore E. “Psychology and violence against women”. In *American Psychologist*, 1989, 44(4), 695-702. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1037/0003-066X.44.4.695>); KNIPPEL, Edson Luz e NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. *Violência Doméstica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010, p. 105.

proeminência, que se traduz em domínio, ao *pater* na família por ele constituída. Tal modelo familiar é hierárquico, e o *pater*, figurando no topo dessa hierarquia, tem sobre os demais integrantes poder de comando e de submissão, sendo legítimo o uso da violência no exercício desse poder e para mantê-lo. Além disso, ao *pater* são conferidos privilégios, de modo que, naturalmente, produzem-se relações familiares pautadas na desigualdade.

Nesse âmbito, a causalidade da violência conjugal se situa nos papéis de gênero estabelecidos de acordo com esse modelo familiar e social e que são transmitidos e adquiridos no processo de socialização e que, em essência, priorizam o masculino sobre o feminino<sup>30</sup>.

Assim explicada, a violência de gênero em sociedades do tipo patriarcal tem a função de construir, garantir e perpetuar essa forma social, que tem na dominação e subjugação do feminino pelo masculino uma de suas características; a violência, portanto, é o instrumento da autoridade, usada não como um fim em si mesmo, mas como ferramenta de controle e domínio<sup>31</sup>; a violência de gênero integra uma relação de poder, de dominação dos homens e de

---

<sup>30</sup> ROSA M<sup>a</sup> PERIS CERVERA assevera que, “*Según la ciencia antropológica, el patriarcado es un sistema de organización social en el que el poder está ostentado, mayoritariamente, por los varones, un sistema de dominación ejercida por los hombres que, históricamente, ha tenido, y tiene todavía, como principales perjudicadas a las mujeres*”. Patriarcado, ¿Organización ya superada? ¿Origen de la violencia machista? In *Crítica*, nº 960, Marzo-Abril 2009, p. 18. Prossegue afirmando que “*la sociedad patriarcal atribuye unas determinadas características a lo masculino: fuerza, independencia, seguridad, y otras a lo femenino: debilidad, sumisión, inseguridad, a partir de las cuales, se establece una distribución estereotipada de roles entre mujeres y hombres, en la que a éstos les corresponde el ámbito de lo público, y a las mujeres, el de lo privado. Este reparto de papeles supone una arraigada convicción de superioridad, en todos los aspectos, de lo masculino sobre lo femenino. Esta escala de valores patriarcales que aún existe en muchas sociedades, es la raíz de la violencia que se ejerce contra las mujeres y que se perpetra gracias a normas y tradiciones sociales y culturales que fortalecen las estructuras de poder dominadas por los hombres*”. O patriarcalismo (derivado de família do tipo patriarcal) ainda está presente nas sociedades atuais, não obstante muitas Constituições prevejam a igualdade entre homens e mulheres; por isso, é de interesse identificar os valores culturais que, na perspectiva de gênero, concretizam o código patriarcal de domínio masculino e de submissão feminina. Além de pré-disposições biológicas, a personalidade das pessoas é determinada pela tradição sócio-cultural em que vivem e da qual recebem influência; trata-se de valores, crenças e normas que são transmitidos de geração em geração e que constituem a base da estrutura social a que pertencem. A sociedade ocidental derivada da tradição judaico-cristã apresenta uma estrutura hierarquizada e patriarcal; a hierarquia é social e econômica e é dos homens sobre as mulheres, e gera um sistema de relações de poder do tipo dominação/subordinação e sedimentado na visão androcêntrica - prevalência e valorização positiva do modelo masculino. Este sistema patriarcal parte de duas ideias básicas: por um lado, apóia-se em uma organização social que cria e perpetua o poder e privilégios do homem frente à mulher; em segundo lugar, é sustentado por um conjunto de crenças e estereótipos de gênero, considerados naturais, rígidos e inalteráveis e que, amparados na afirmação da inferioridade biológica, moral e intelectual da mulher frente ao homem, legitimam e mantêm esta forma de poder. (ANDERSON, Kristin L. *Theorizing Gender in Intimate Partner Violence Research*. In *Sex Roles*, 52, 2005, 11/12, 853-865; FINA, Sanz Ramón. *Los vínculos amorosos: Amar desde la identidad en la terapia de reencuentro*. Barcelona: Ed. Kairos, 1995; MILLET, Kate. *Política Sexual*. Madrid: Ed. Cátedra. Col. Feminismos, 1995; ANDRÉS, Paloma Domínguez. *Violencia contra las mujeres, violencia de género*. En Ruiz-Jarabo y Blanco Prieto (org.) *La violencia contra las mujeres*. Madrid: Ed. Díaz de Santos, 2007; BOSCH, Esperanza, FERRER, Victoria y Alzamora, Alina. *El laberinto patriarcal. Reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres*. Barcelona: Anthropos, 2006).

<sup>31</sup> Sobre a função instrumental da violência, há uma referência em HANNAH ARENDT (*Sobre a Violência*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2014), cujo pensamento, embora manipule o problema do poder político (nas palavras da autora, “violência no mundo político”), tem plena aplicação à violência de

submissão das mulheres<sup>32</sup>.

Para a perspectiva em análise, é em torno desse modelo familiar que se desenvolveu e ainda se faz presente nas sociedades contemporâneas um estereótipo - constituído de valores, crenças e normas transmitidos pelas gerações e que constituíram e ainda constituem a base da estrutura familiar - de valorização do masculino em detrimento do feminino, e é por isso que se relaciona violência doméstica, familiar e conjugal com o gênero. Esse estereótipo, ainda presente no imaginário social e individual, confere ao masculino o poder de direção - unilateral, hierarquizado e privilegiado - do grupo familiar; a violência é instrumentalizada no contexto desse exercício de poder, e a mulher, que por muito tempo e até recentemente era considerada inferior biológica, moral e intelectualmente, é submetida ao jugo do homem, a quem deve servir e obedecer/não questionar.

E esse paradigma é responsável pela definição e transmissão, por meio da educação e da socialização, dos papéis/funções familiares e sociais do homem e da mulher, relacionados a habilidades que se presumem inatas em cada gênero. Assim, a socialização dos homens é assentada na agressividade, que tem na virilidade um valor social importante, exigindo e legitimando reações violentas, que lhe dão prestígio e reconhecimento; por ter força, compete-lhe sair de casa para trabalhar e prover o sustento do grupo familiar, função mais valorizada. Já a mulher é socializada para ser dócil, meiga e moderada, que são as “qualidades” típicas da feminilidade; presume-se sua fragilidade física, e por isso, são-lhe reservadas as tarefas do lar, menos importantes do que aquela de trabalhar fora de casa e compor o sustento da família; é uma socialização que induz a inferiorização e a subordinação da mulher<sup>33</sup>. E os costumes, a

---

gênero. Para ela, violência e poder normalmente andam combinados, a violência como pré-requisito do poder. A violência é, por sua própria natureza, instrumental, é um meio e, como qualquer meio, está sempre à procura de orientação e de justificativas pelo fim que busca concretizar. O poder, sim, é um fim em si mesmo, e a violência possibilita a um grupo de pessoas atingir e manter o poder (p. 39 e seguintes). Nesta linha: BONINO, Luis. *A violencia machista en a pareja. En cárcel de amor*. Disponível em <http://www.carceldeamor.net/vsc/textos/textolb.html>. Este autor afirma, textualmente: “*Hay un consenso internacional sobre su definición: la violencia masculina contra las mujeres es toda forma de coacción, control o imposición ilegítima por la que se intenta mantener la jerarquía impuesta por la cultura sexista, forzándolas a que hagan lo que no quieren, no hagan lo que quieren, o se convenzan de que lo que decide el hombre es lo que se debe hacer*”.

<sup>32</sup> ACOSTA, Miguel Lorente. El maltratador, la condición masculina y el maltrato a las mujeres. In *Crítica*, nº 960, Marzo-Abril 2009, p. 45. Para o autor, “... la violencia de género nace de la desigualdad, y la desigualdad ha sido construida sobre las referencias que la cultura ha establecido para hombres y mujeres”.

<sup>33</sup> “¿el maltratador nace o se hace?”. O questionamento é de MIGUEL LORENTE ACOSTA e, ao respondê-lo, afirma: “*La respuesta es clara y rotunda, la conducta violenta contra las mujeres depende de la voluntad de quienes la ejercen, y su justificación se construye sobre las referencias culturales que presentan la violencia como un instrumento adecuado para resolver conflictos dentro de las relaciones de pareja*”. ACOSTA, Miguel Lorente. El maltratador, la condición masculina y el maltrato a las mujeres. In *Crítica*, nº 960, Marzo-Abril 2009, p. 44. Lenore Walker afirma, na introdução de artigo publicado em 1989, que a disciplina da psicologia tem feito muitas contribuições para a compreensão do problema social da violência masculina contra as mulheres nos últimos 15

educação e os meios de comunicação ainda preservam esses estereótipos, que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade das mulheres<sup>34</sup>.

É com essa compreensão que, por exemplo, MIGUEL LORENTE ACOSTA<sup>35</sup> afirma que a violência doméstica é uma violência que domestica. E o substrato sociológico que subjaz na sua base causa dificuldades no seu enfrentamento: enquanto os crimes em geral são rechaçados pela comunidade por conta dos males que produzem, o que facilita a punição dos autores, a violência de gênero, no viés ora analisado, é estabelecida e legitimada pela própria estrutura social e cultural, sendo este um dos principais fatores que conduzem à sua perpetuação<sup>36</sup>. Essas mesmas características fazem com que a violência ainda seja relegada ao plano das relações privadas das famílias e, por isso mesmo, de pouca notificação e visibilidade<sup>37</sup>.

A perspectiva de gênero para explicar a violência conjugal também põe em relevo o fato de ser exercida por alguém com quem a vítima tem ligações afetivas, num contexto íntimo

---

anos, ao reformular o problema como um desvio de poder por homens que foram socializados para acreditar que têm o direito de controlar as mulheres, em suas vidas, mesmo que por meios violentos. (WALKER, Lenore E. *Psychology and violence against women*. In *American Psychologist*, 1989, 44(4), 695-702. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1037/0003-066X.44.4.695>).

<sup>34</sup> TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é Violência contra a Mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 18. Na mesma linha, ensina Luis Bonino que “*Los hombres que ejercen violencia sistemática contra sus parejas o ex parejas son aquellos en que ese modus vivendi es más integral y quienes están más rígidamente identificados con la posición de superioridad que promueve la socialización masculina. Estos hombres son caricaturas desmedidas de la masculinidad hegemónica y de los valores guerreros, explotadores y competitivos que aún imperan en nuestra cultura. Fundamentalistas de dicha masculinidad, funcionan a través de un esquema motivacional, emocional y conductual predominantemente patriarcal, machista, misógino y paternalista, que incluye un código moral autocomplaciente y autojustificador*”. *La violencia masculina en la pareja. (A violencia machista en a pareja. En cárcel de amor*. Disponível em <http://www.carceldeamor.net/vsc/textos/textolb.html>);. Também CERVERA, Rosa M<sup>a</sup> Peris: “*Pero hoy en día, cuando hablamos de violencia contra las mujeres, la denominamos violencia de género para, de esta forma, poder destacar la importancia que en ella tiene la cultura, para dejar claro que este tipo de violencia es una construcción social*”. (Op. cit., p. 18)

<sup>35</sup> *Mi marido me pega lo normal. Agresion a la mujer: realidades y mitos*. Barcelona: Crítica, 2003, p. 35.

<sup>36</sup> Sobre a aceitação da violência contra a mulher, há referência em GRACIA, Enrique; HERRERO, Juan. “Acceptability of domestic violence against women in the European Union: a multilevel analysis”. *Journal of Epidemiological and Community Health*, v. 60, 2006, p. 123-129.

<sup>37</sup> ACOSTA, Miguel Lorente. *Mi marido me pega ...*, op. cit., p. 46. Em linha idêntica, PATRICIA LAURENZO COPELLO, “*Mientras la violencia doméstica encuentra su explicación en las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar y puede afectar tanto a hombres como a mujeres; la violencia de género hunde sus raíces en la discriminación estructural del sexo femenino propia de la sociedad patriarcal y por eso sus víctimas siempre son las mujeres (lo que no significa que los efectos de la violencia de género no puedan alcanzar también a personas del sexo masculino, como de hecho sucede con los hijos de un maltratador en el ámbito de la pareja). Ciertamente es que una y otra forma de violencia están íntimamente ligadas entre sí y se entrecruzan con frecuencia, porque la relación de pareja es un ámbito particularmente propenso para el desarrollo de los roles de género culturalmente aprendidos y la privacidad del hogar facilita los abusos*”. (“¿Existe solución penal para la violencia de género? El ejemplo del derecho español”. In *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, p. 181).

e privado e, por isso, induz o surgimento de sentimentos complexos e ambivalentes em quem a padece<sup>38</sup>.

Estudos realizados com a premissa de gênero ainda revelam que a violência em relações íntimas ou praticada por parceiros íntimos é frequente<sup>39</sup> e disseminada ou transversal, no sentido de estar presente na generalidade dos países e afetar pessoas/mulheres integrantes de todas as classes sociais<sup>40</sup>.

Além desses dados sobre o desenvolvimento da violência conjugal, também são ressaltados elementos peculiares na sua dinâmica, como o fato de haver, entre os implicados, uma relação especial de proximidade física e existencial, que leva à partilha de afetos e de confiança - o que deveria induzir comportamentos de respeito e de não lesão da esfera jurídica da vítima<sup>41</sup>. Diferentemente do autor e da vítima de outros crimes, essa interdependência produz resultados muito mais danosos para a vítima, constrangida pela dualidade da agressão e do afeto, o que é acentuado pela circunstância corriqueira de se tratar de violência repetida, mas

---

<sup>38</sup> Dessas características nascem expressões como “violência de parceiro íntimo” e “violência conjugal íntima”, que inclui violência física e sexual, perseguição e agressão psicológica (inclusive táticas coercitivas) por parte de um parceiro íntimo atual ou antigo (ou seja, cônjuge, namorado/namorada, parceiro de namoro ou parceiro sexual em curso). Ademais, parceiro íntimo é pessoa com quem se tem uma relação pessoal próxima que pode ser caracterizada pela conexão emocional dos parceiros, contato regular, contato físico contínuo e comportamento sexual, identidade como um casal e familiaridade e conhecimento sobre a vida uns dos outros. O relacionamento não precisa envolver todas essas dimensões. (Informações constantes em estudo intitulado *Intimate partner violence surveillance uniform definitions and recommended data elements*, Version 2.0. Atlanta, Georgia, 2015, coordenado por Matthew J. Breiding, Kathleen C. Basile, Sharon G. Smith, Michele C. Black, e Reshma Mahendra, do Centers for Disease Control and Prevention National Center for Injury Prevention and Control Atlanta, Georgia, (disponível em <https://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/intimatepartnerviolence.pdf>) *Intimate partner violence surveillance uniform definitions and recommended data elements*, Version 2.0. Atlanta, Georgia, 2015, p. 11).

<sup>39</sup> Sobre a realidade norte-americana, consta no *Intimate partner ...*, p. 1, a seguinte passagem: “a violência conjugal íntima (IPV) é um importante problema de saúde pública. Os dados mais recentes, do Instituto Nacional Intimo (2011) e da Pesquisa de Violência Sexual (NISVS), indicam que mais de 10 milhões de mulheres e homens nos Estados Unidos experimentam violência física por ano por um parceiro íntimo atual ou antigo. Além disso, mais de 1 em cada 5 mulheres (22,3%) e quase 1 em cada 7 homens (14,0%) sofreram violência física grave por um parceiro íntimo em algum momento da vida, traduzindo para quase 29 milhões de mulheres dos EUA e quase 16 milhões de homens dos EUA. Os dados do NISVS também mostram que quase 1 em cada 11 mulheres (8,8%) foram estupradas por parceiro íntimo atual ou antigo em algum momento de suas vidas. Finalmente, cerca de 9,2% das mulheres e 2,5% dos homens foram perseguidos por um parceiro íntimo na vida”.. PEDRO AMOR, ISAURA A. BOHÓRQUEZ e ENRIQUE ECHEBURÚA, referindo-se à Espanha, afirmam que “según el Ministerio de Asuntos Sociales, hay más de 600.000 mujeres víctimas de maltrato habitual (el 4% de la población femenina adulta), pero, en total, son más de 2 millones (alrededor del 15%) las que confiesan haber sido víctimas de maltrato en algún momento de su vida”. In *¿Por qué y a qué coste físico y psicológico permanece la mujer junto a su pareja maltratadora? Acción psicológica*, junio 2006, vol. 4, n. 2, 129/154, p. 130.

<sup>40</sup> Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, do ano de 1994, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, na parte inicial, consta que “RECORDANDO a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, (...) e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases;”.

<sup>41</sup> LEITE, André Lamas A Violência Relacional Íntima: Reflexões Cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. In *Revista Julgar*. Nº 12, 2010. Coimbra: Coimbra Editora, p. 51.

imprevisível quanto ao momento em que tornará a ocorrer<sup>42</sup>.

Em síntese, e tal qual proposto por ROBERTA DE ALENCAR-RODRIGUES LEONOR CANTERA<sup>43</sup>, a compreensão da violência de gênero a partir da perspectiva do gênero é assentada nas seguintes premissas: a) os maus tratos na relação conjugal correspondem a condutas socialmente aprendidas a partir de padrões ideológicos e culturais<sup>44</sup> e, por isso, podem ser alterados, reduzidos e prevenidos; para que isso ocorra, é essencial que as mulheres que padecem da violência tenham capacidade de recuperar o controle de sua vida por meio de recursos pessoais e externos que lhes permitam romper com a relação abusiva; b) o homem que pratica a violência não apresenta nenhuma enfermidade que justifique suas condutas e, por isso, ele é responsável por elas<sup>45</sup>. Nessa medida, a perspectiva de gênero rechaça a corrente geracional, com base na qual “*se podría erróneamente desresponsabilizar al agresor al justificar su conducta. Por lo tanto, el maltrato no se hereda generacionalmente, sino por una transmisión de desigualdades de poder*”; c) a violência conjugal é um assunto público, político, social e moral; d) as vítimas dos maus tratos são sempre vítimas e sofrem os efeitos da violência nos planos econômico, físico, jurídico e moral. Desse modo, o “*proceso de victimización al cual están sometidas no es el destino preestablecido por sus características individuales*”; e) a perspectiva de gênero critica o enfoque sistêmico, pois a vitimização não é um problema familiar, mas manifestação de um sistema de dominação masculina que perdura ao longo da história; f) a violência conjugal é praticada por todo tipo de pessoas, de qualquer classe social, grupo étnico, nível cultural, nível econômico, área profissional, religião e nacionalidade; g) as

---

<sup>42</sup> CORTÉS, Neus Roca y SERRA, Julia Masip. *Intervención grupal en violencia sexista. Experiencia, investigación y evaluación*. Barcelona: Herder Editorial, 2011, p. 57. As autoras argumentam que essa não previsibilidade de quando vai ser praticada novamente gera estado grave de confusão para a vítima, em especial por ser praticada, como já assinalado, por quem, ao mesmo tempo, oferece afeto positivo. No ponto, e referindo-se à legislação espanhola, PATRICIA LAURENZO COPELLO afirma que “*Cuando el legislador español tomó la decisión de crear figuras específicas para contener los malos tratos hacia las mujeres, de inmediato dirigió la mirada hacia la intimidad de la vida doméstica. El razonamiento era sencillo: la institución familiar, por su propia naturaleza, favorece el desarrollo de relaciones de poder y subordinación entre sus integrantes que, en caso de abuso por parte de quienes ocupan las posiciones de dominio, pueden desembocar en agresiones hacia los miembros más débiles del grupo. Se impuso así el modelo de la violencia doméstica como base de una estrategia político-criminal que se plasmó en la formulación de un grupo de delitos específicos destinados a captar un conjunto de situaciones de vulnerabilidad asociadas a la relación de parentesco que une a la víctima con el autor*”. (“¿Existe solución penal para la violencia de género?...”, op. cit., p. 181).

<sup>43</sup> “Violencia de Género en la Pareja: una Revisión Teórica”. In *Revista Psico*, vol. 43, Porto Alegre, 2012, p. 120-121.

<sup>44</sup> Nas palavras textuais da autora, “... *la violencia en la pareja, por ser un subproducto de la historia de dominación de género, puede ser transformable si se actúa sobre las bases sociales y culturales que la sustentan*”. (“Violencia de Género en la Pareja ...”, op. cit., p. 121).

<sup>45</sup> Tendo como referência Ferrer y Bosch, a autora assinala que “*entre la población maltratadora no habrá significativamente más enfermos mentales que entre la población general, por lo que no se puede considerar que la causa del maltrato sea el trastorno mental*”. (“Violencia de Género en la Pareja ...”, op. cit., p. 121).

condutas violentas no âmbito conjugal são intencionais e têm o objetivo de controlar a vítima. Na conclusão da autora, a abordagem da violência conjugal a partir da perspectiva de gênero considera “*cuestiones estructurales de la sociedad que legitiman el uso de la violencia, como la socialización en género que atribuye valores diferentes al femenino y al masculino*”, assim como “*la distribución desigual de poder entre hombres y mujeres*”.

### **1.2.1.1. Uma perspectiva temporal para a perspectiva do gênero**

Esse molde explicativo da violência conjugal - na concepção patriarcal de família - é relativamente recente. Como mencionado, o uso da expressão violência de gênero para fazer referência ao fenômeno em estudo vem ocorrendo a partir do final da década de 70 do século XX, tanto nas abordagens teóricas como nas legislativas<sup>46</sup>, nas quais é ressaltada, também, a predominante vitimização feminina.

Uma das primeiras manifestações nesse sentido, em âmbito internacional, pode ser vista na Convenção das Nações Unidas de 1979, designada como “*Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*”<sup>47</sup>; em um dos *considerandos* prévios ao texto, consta que “*Reconhecendo que para alcançar a plena igualdade entre o homem e mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família ...*”.

Já na década de 90 do século XX foram editados importantes documentos internacionais sobre o tema.

Um deles foi a “*Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres*”, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução nº 48/104, de 20 de dezembro de 1993. O artigo 1º da Declaração esclarece um significado específico para a expressão “*violência contra as mulheres*”, qual seja, qualquer ato de violência do qual resulte, ainda que potencialmente, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, baseado no gênero<sup>48</sup>. Igualmente importante, no contexto da presente abordagem, é o teor do artigo 4º da Declaração, que exorta os Estados a condenarem a violência contra as mulheres e

---

<sup>46</sup> ABREU, Maria Luisa Maqueda. “La violencia de género - entre el concepto jurídico y la realidad social”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006, nº 02, p. 2.

<sup>47</sup> Em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher, sob duas perspectivas: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte.

<sup>48</sup> Literalmente: “*Para os fins da presente Declaração, a expressão “violência contra as mulheres” significa qualquer acto de violência baseado no género do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais actos, a coacção ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada*”.

não invocarem costumes, tradições ou considerações religiosas para a isso se furtarem<sup>49</sup>.

Outra referência necessária é à Conferência Mundial para os Direitos Humanos realizada pelas Nações Unidas em Viena, de 14 a 25 de junho de 1993, que resultou na “*Declaração e o Programa de Ação de Viena*”. Sobre o ponto em questão, vale ressaltar o item nº 18, de acordo com o qual os direitos humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. Ademais, violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas<sup>50</sup>.

Ainda merece menção a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, do ano de 1994, conhecida como “*Convenção de Belém do Pará*”; o artigo 1º delimita o conceito de violência contra a mulher como sendo “*qualquer ato ou conduta baseada no gênero*” e do qual decorra morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico<sup>51</sup>. E o artigo 6º estabelece que é direito de toda mulher ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação<sup>52</sup>.

Por fim, e ainda no mesmo âmbito internacional, tem importância a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que ocorreu em Pequim, em setembro de 1995, na qual foi produzida uma “*Declaração e Plataforma de Ação*”<sup>53</sup>. Há neste alguns tópicos que merecem consideração,

---

<sup>49</sup> Literalmente: “*Os Estados devem condenar a violência contra as mulheres e não devem invocar quaisquer costumes, tradições ou considerações religiosas para se furtar às suas obrigações quanto à eliminação da mesma. Os Estados devem prosseguir, através de todos os meios adequados e sem demora, uma política tendente à eliminação da violência contra as mulheres e, com este objetivo...*”.

<sup>50</sup> Literalmente: “*Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, (...) são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. (...)*”

<sup>51</sup> Literalmente: “*Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada*”. (Grifo apostro)

<sup>52</sup> Literalmente: “*O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros: (...); b) o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação*”.

<sup>53</sup> Para Maria Luiza Ribeiro Viotti, a Plataforma de Ação de Pequim consagrou três inovações dotadas de grande potencial transformador na luta pela promoção dos direitos da mulher: o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade. O conceito de gênero permitiu superar o elemento biológico na análise da situação da mulher, e fixá-la nas relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente e, portanto, passíveis de modificação. Como consequência, as relações de gênero, com seu substrato de poder, passam a constituir o centro das preocupações e a chave para a superação dos padrões de desigualdade. “*Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher* -

como o de nº 27, onde se lê que desde 1975 o conhecimento sobre a condição da mulher e do homem tem aumentado, o que contribui para a promoção da igualdade entre eles, o que se refletiu em mudanças nas relações, assim como as fronteiras da divisão do trabalho por gênero, entre as funções reprodutivas e produtivas, têm sido gradativamente eliminadas. Entretanto, em vários países, as diferenças entre as realizações e as atividades da mulher e do homem, ao invés de serem reconhecidas como consequência de funções socialmente estabelecidas para cada sexo, continuam sendo atribuídas a diferenças biológicas imutáveis<sup>54</sup>. O item de nº 113 repetiu ideia que, naquele momento, já estava consolidada, no sentido de que a expressão “violência contra a mulher” se refere a quaisquer atos de violência que tenham por base o gênero<sup>55</sup>. Por fim, o item 118 do documento em análise esclarece que a violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que têm causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra ela e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. Ou seja, que a violência contra a mulher deriva essencialmente de hábitos culturais, dos efeitos prejudiciais de algumas práticas tradicionais ou consuetudinárias, e ela é agravada por inúmeros fatores, como a vergonha de denunciá-la, a falta de acesso à informação, à assistência e à proteção jurídicas, a falta de empenho das autoridades públicas na difusão das leis vigentes e no seu cumprimento, a ausência de meios educacionais, entre outros<sup>56</sup>.

---

*Pequim, 1995*”. Disponível em [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf).

<sup>54</sup> Literalmente: “Desde 1975 o conhecimento sobre a condição da mulher e do homem tem aumentado, e isso contribui para a adoção de medidas voltadas para promover a igualdade entre ambos. Importantes mudanças nas relações entre mulheres e homens foram registradas em vários países, sobretudo naqueles onde ocorreram grandes avanços na educação da mulher e significativo aumento de sua participação na força de trabalho remunerada. As fronteiras da divisão do trabalho por gênero, entre as funções reprodutivas e produtivas, têm sido gradativamente eliminadas, na medida em que a mulher tem começado a participar das esferas de trabalho onde anteriormente predominavam os homens e, também, pelo fato de os homens terem começado a aceitar mais responsabilidades domésticas, inclusive o cuidado com os filhos. Entretanto, as mudanças registradas nas funções da mulher têm sido maiores e muito mais rápidas que nas dos homens. Em vários países, as diferenças entre as realizações e as atividades da mulher e do homem, ao invés de serem reconhecidas como consequência de funções socialmente estabelecidas para cada sexo, continuam sendo atribuídas a diferenças biológicas imutáveis;”

<sup>55</sup> Literalmente: “A expressão “violência contra a mulher” se refere a quaisquer atos de violência, inclusive ameaças, coerção ou outra privação arbitrária de liberdade, que tenham por base o gênero e que resultem ou possam resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, e que se produzam na vida pública ou privada. Por conseguinte, a violência contra a mulher pode assumir, entre outras, as seguintes formas: (...)”.

<sup>56</sup> Literalmente: “A violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que têm causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra ela e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. A violência contra a mulher ao longo do seu ciclo vital deriva essencialmente de hábitos culturais, em particular dos efeitos prejudiciais de algumas práticas tradicionais ou consuetudinárias (...). A violência contra a mulher é agravada por pressões sociais, como a vergonha de denunciar certos atos; pela falta de acesso da mulher à informação, à assistência e à proteção jurídicas; pela falta de leis que efetivamente proibam a violência contra a mulher; pelo fato de que não são devidamente

Tais documentos, como é perceptível, representaram a compreensão que passou a predominar sobre a violência contra a mulher praticada pelo homem e, particularmente, no contexto conjugal. Se antes ela era vista como manifestação de diferenças biológicas entre homem e mulher, ou manifestação de patologias, ela passou a ser percebida como efeito da socialização pautada na proeminência do gênero masculino. Em outros termos, a violência do homem contra a mulher não era mais vista como sendo determinada pela superioridade física dele, ou pautada nas diferenças físicas entre homem e mulher, mas como consequência da noção de discriminação de gênero que confere ao masculino posição de superioridade na relação conjugal; esta violência, portanto, passou a ser vista como manifestação sociocultural, e não mais como violência contra o sexo fisicamente mais frágil.

Em síntese, a expressão violência de gênero serviu para fixar a noção de que as desigualdades entre os integrantes dos sexos e que produzem a violência foram construídas historicamente pelo modelo patriarcal de família e sociedade. A violência contra a mulher, portanto, passou a ser vista como violência dirigida contra ela pelo fato de ser mulher, e não como consequência de diferenças biológicas entre ela e o homem.

#### **1.2.1.2. Críticas à perspectiva de gênero**

Conquanto muito disseminada, e tomada como base para um prevalente enquadramento jurídico, essa perspectiva explicativa não é imune a críticas e questionamentos, além do que há, como visto, outras teorias igualmente relevantes, mormente aquelas que põem em relevo a necessidade de conjugação de fatores para identificar a causalidade da violência conjugal.

Para os propósitos da presente pesquisa, merece destaque uma das premissas da teoria do gênero que afirma ser a violência conjugal exclusivamente unidirecional, do homem contra a mulher. Sobre o ponto, ISABEL DIAS<sup>57</sup> assevera que os sociólogos da família que estudam o tema da violência familiar e conjugal sempre consideraram que ela é igualmente infligida pela mulher sobre o homem e, ao afirmá-lo, “*criaram uma tensão (inultrapassável) com as teorias feministas que vêem a violência contra as mulheres como uma manifestação do sistema*

---

*emendadas as leis vigentes; pela falta de empenho das autoridades públicas na difusão das leis vigentes e no seu cumprimento; e pela ausência de meios educacionais e de outro tipo para combater as causas e as consequências da violência. As imagens de violência contra a mulher que aparecem nos meios de comunicação, em particular as representações de estupro ou de escravidão sexual, assim como a utilização de mulheres e meninas como objetos sexuais, inclusive a pornografia, são fatores que contribuem para a prevalência contínua dessa violência, prejudicial à comunidade em geral e, em particular, às crianças e aos jovens”.*

<sup>57</sup> Violência na Família: (In)Visibilidades de um Velho Problema Social. In *Revista CEJ*, Coleção Formação Contínua, 2018, p. 65;

*patriarcal*".

A perspectiva de gênero, portanto, toma em consideração exclusivamente a violência que os homens exercem sobre as mulheres, excluindo da fenomenologia a violência exclusiva da mulher contra o homem que, em consequência, não ingressa nos dados estatísticos. É, portanto, um modelo unidirecional que só avalia a violência sofrida pelas mulheres e considera que eventuais agressões femininas ocorrem sempre em contexto de legítima defesa.

Em que pese isso, e novamente de acordo com ISABEL DIAS<sup>58</sup>, "*esse modelo tem sido adotado por importantes instituições nacionais e internacionais para os seus estudos (e.g., OMS, países como Espanha, França e Alemanha)*, ao contrário do modelo bidirecional - que analisa tanto a violência exercida pelos homens sobre as mulheres, como o inverso - que não conta com significativa adesão, "*sobretudo nos países onde a análise e intervenção feminista tem maior influência no âmbito desta problemática*".

Sobre essa questão, PATRÍCIA HERNÁNDEZ HIDALGO<sup>59</sup> sustenta que a violência conjugal bidirecional é um fenômeno criminológico com altas cifras, mostrando-se insuficiente explicar sua gênese exclusivamente na concepção de patriarcado e no conceito de violência instrumental exercida apenas pelo homem contra a mulher com ânimo de dominar e subjugar<sup>60</sup>.

Há relevância no tema, na medida em que essa percepção unidirecional é utilizada para a instituição e execução de políticas públicas para o enfrentamento da violência conjugal que, naturalmente, terão este foco unívoco, e a mulher sempre figurará como vítima. Novamente nas palavras de ISABEL DIAS<sup>61</sup>, "*o modelo unidirecional falseará, por omissão, a realidade da violência doméstica, acabando por nos dar conta apenas de uma parte do problema - a feminina*". E, como resultado, "*as políticas sociais, as medidas legislativas e outras ações acabam por se sustentar mais em pressupostos ideológicos do que em critérios científicos comprovados empiricamente*".

Consignamos, por fim, que esse dado tem importância significativa para o presente trabalho, na medida em que a vedação da mediação penal para os casos de violência conjugal, nos sistemas jurídicos que assim dispõem, em regra é assentada na premissa de que entre

---

<sup>58</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>59</sup> HIDALGO, Patricia Hernández. "Análise de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático". In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, p. 01.

<sup>60</sup> Para corroborar a afirmação, a autora menciona uma série de pesquisas realizadas com esse propósito, das quais é possível observar que em cerca de metade dos casos a violência conjugal é bidireccional e recíproca, ao passo que a outra metade é dividida, de forma igual, entre os casos de violência exclusiva do homem contra a mulher e da mulher contra o homem. (Idem, *ibidem*, pp. 2-6).

<sup>61</sup> "Violência na Família:...", *op. cit.*, p. 66.

agressor e vítima há um desequilíbrio de poder que afeta a capacidade desta última em sustentar seus interesses no marco da negociação ínsita ao procedimento. Caso se reconheça a existência desses casos de violência bidirecional e daqueles em que ela é exclusiva da mulher contra o homem, há natural relativização da mencionada premissa, tema que será objeto de abordagem em outra passagem.

### **1.3. Peculiaridades da violência conjugal**

É comum associar a violência contra as mulheres a um padrão de comportamento que ocorre sob a forma física, emocional, psicológica, sexual e econômica e que é desenvolvido com vista a perpetuar a intimidação, o poder e o controle por parte do agressor<sup>62</sup>.

Para o presente efeito, é importante definir o termo violência. Etimologicamente, os dicionários informam que ela tem origem latina em *violentia*, conferindo-lhe significados como “força”, “ímpeto extraordinário”, “grande impulso” e “força feita por alguém contra o direito”; em outra linha, tratar-se-ia de “coação”, “constrangimento”, “abuso de força e de poder”, “infração” e “transgressão”; palavras próximas de violência são “violar” e “violentar”, derivadas da palavra também latina *vis*, a significar “força”, “poder”, “vigor”, “vontade”, “emprego de força”<sup>63</sup>.

Para a presente investigação, atentaremos para a conotação ética negativa que associa a palavra violência à “irracionalidade”, como fase/parcela da natureza humana não domesticada pela razão e, em consequência, à sua ilegalidade, que parece ser atributo ínsito às agressões físicas das quais as legislações penais no geral fazem derivar diversos resultados relevantes - lesões corporais, morte, constrangimento, violação, estupro, etc.

Com os pressupostos acima indicados, pode-se afirmar que há alguns aspectos que tornam a violência conjugal diferenciada de outras, peculiarizando-a.

O primeiro, e a se ter por parâmetro a perspectiva de gênero, é o fato de a ação violenta ter a função de estabelecer e/ou manter o poder masculino dentro da relação conjugal. As agressões, em especial as físicas e psicológicas, são menos direcionadas para a produção dos resultados que a legislação penal considera (lesão corporal, constrangimentos, violação, etc.), mas especialmente para dominar, controlar e subjugar a vítima no interior da relação. A

---

<sup>62</sup> Nesse sentido, DIAS, Isabel. Violência na Família: (In)Visibilidades de um Velho Problema Social. In *Revista CEJ*, Coleção Formação Contínua, 2018, p. 65.

<sup>63</sup> Elementos conceituais extraídos do dicionário *Priberan*, disponível em <https://dicionario.priberam.org>, verbete “violência”. Também em GARNEL, Maria Rita Lino. *Vítimas e Violências na Lisboa da I República*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007, p. 34.

violência, portanto, é um instrumento de dominação; o significado dela não é em si, mas em perspectiva - de manutenção de poder<sup>64</sup>. Assim, e na perspectiva do agressor, a violência se justifica como modo de corrigir transgressões à ordem familiar que lhe favorece e que procura, por esse mecanismo, manter e assim perpetuar uma ordem de valores estruturalmente discriminatório contra a mulher.

Interessa também o fato de a produção social/cultural das condições para o exercício da violência conjugal ser responsável por uma percepção de “normalidade” sobre ela. O resultado é uma chancela social ou, pelo menos, uma tolerância em relação a essa violência, ao contrário de outras, consideradas pelo meio social como intrinsecamente ilícitas e inaceitáveis; a doméstica não causa repugnância social, e muitas vezes sequer a vítima a percebe como ilegal e errada. E isso se reflete na baixa notificação/denúncia dos casos e na consequente pouca punição dos agressores<sup>65</sup>.

Há outra característica da violência conjugal, situada no fato de o autor (agressor) ter com a vítima ligações afetivas, próprias da conjugalidade; ao contrário das outras formas de violência, pelo menos as criminalizadas, em que é o crime que estabelece a relação entre autor e vítima, na conjugal esta relação preexiste e, como referido, é especial; além disso, o local em que comumente ocorre, a casa ou habitação, é um espaço privado próprio para o desenvolvimento e o afloramento da intimidade; esses dois elementos dinamizam os danos que essa violência produz.

Em síntese, e compreendida a violência conjugal como uma violência baseada no gênero, trata-se de ações que têm na suas base os valores patriarcais de domínio masculino que, por sua vez, causam assimetrias de poder no interior da relação conjugal, sendo a violência

---

<sup>64</sup> MARIA LUISA MAQUEDA ABREU esclarece que, nesse contexto, a violência é ferramenta para manter a posição hegemônica no grupo familiar e, nomeadamente, em relação à mulher; não se trata de manifestação de agressividade ambiental, ou decorrente da conflituosidade inerente à relação conjugal, ou de fatores ocasionais como a ingestão de drogas e álcool, “*sino que es un médio de valor inestimable para garantizar em esos y otros escenarios la relación de dominio por parte del hombre*”. Acrescenta que a submissão é o “*resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón para mantener suposición de poder*”. (“La violencia de género – entre el concepto jurídico y la realidad social”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006, nº 02, pp. 4 e 5).

<sup>65</sup> A pouca perseguição criminal dos casos de violência conjugal também é determinada por outro fator, igualmente de ordem sociológica, que é a concepção de que divergências, conflitos e agressões conjugais refletem problema íntimo e privado daquele casal, e há norma social que recomenda a não intromissão de terceiros; o dito popular que representa essa ideia é que “em briga de marido e mulher, não se mete colher”. A consequência é, segundo MARIA LUISA MAQUEDA ABREU, que “*el problema del maltrato permanezca em la privacidad, como un secreto, um tabu que no debe salir del ámbito doméstico y el próprio grupo debe resolver sin la intervención de terceros ajenos al conflicto*”, e conclui que essa percepção do problema é importante obstáculo no enfrentamento da violência de gênero, “*que sigue siendo em la actualidad para muchos um delito invisible*”. (“La violencia de género – entre el concepto jurídico y la realidad social”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006, nº 02, p. 6).

ferramenta para manutenção do poder e das desigualdades, nomeadamente por meio do controle do comportamento da vítima.

#### **1.4. Formas ou modalidades de violência conjugal**

Os desenvolvimentos teóricos sobre a violência doméstica e conjugal permitiram a identificação de uma tipologia de violências, que considera as ações violentas em si e também os resultados ou efeitos que elas produzem (v.g., danos físicos, sexuais, emocionais). Com a apresentação desta tipologia, aqui, pretendemos instrumentalizar o enfoque subsequente, que é sobre as consequências para a vítima. Por isso, seguiremos, inicialmente, a linha tipológica proposta pela Organização Mundial da Saúde<sup>66</sup>, que acentua três modalidades: a física, a sexual e a psicológica, sempre praticada contra mulher em contexto de relação conjugal.

É física a violência consistente em atos como tapas, empurrões, puxões de cabelo, socos ou agressão com objetos que a poderiam ferir, chutes, espancamentos, arrastões, estrangulamentos, queimaduras e outras agressões com as mãos ou com o uso de objetos aptos a ferirem, como armas brancas e de fogo, e o arremesso de objetos com potencialidade lesiva. Por incidir sobre o corpo da vítima, são as que produzem danos físicos, lesões em qualquer de suas modalidades, como marcas, cortes, escoriações, mutilações, etc.

A violência sexual configura-se com comportamentos de subjugação e desrespeito da vontade da vítima quanto a atos de natureza sexual, como força-la a ter relações, ser coagida a praticar ou delas participar por medo de ações/reações do parceiro agressor, de ato que considera degradante ou humilhante, como imitar cenários, de atos sexuais com terceiros, de inserção de objetos no canal vaginal ou anal, e ainda os atos de traficar a sexualidade da vítima, como coagi-la a se prostituir. Além dessa tipologia de atos que se constituem em contatos e interações sexuais, também configuram violência sexual comentários ou insinuações sexistas degradantes, assim como as ameaças para ter ou deixar de determinado comportamento sexual.

A violência ainda pode ser psicológica que, também de acordo com a OMS, manifesta-se por atos ou insultos que façam a vítima sentir-se mal sobre si mesma; por ser humilhada diante dos outros; por ser intimidada ou assustada, com gritos ou ameaça de arremessar objetos; por ser ameaçada de sofrer danos físicos de forma direta, ou indireta mediante a ameaça de ferir alguém importante para a vítima<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> *Estudio Multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica*. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream>.

<sup>67</sup> Segundo o já citado estudo da OMS, as investigações qualitativas mostram de forma sistemática que as mulheres consideram o maltrato psíquico mais devastador que a violência física. (*Estudio Multipaís de la OMS sobre salud*

A referência a essas três formas de violência é comum, e também são no geral criminalizadas. Em Portugal, o legislador optou por incriminar a violência doméstica em um único dispositivo legal - o art. 152º do Código Penal. A fórmula utilizada foi a de tipificar os maus tratos, físicos (como o castigo corporal, a privação da liberdade e as ofensas sexuais) e psíquicos (como ameaças físicas e verbais, humilhações, provocações, insultos, comentários destrutivos, achincalhantes ou vexatórios, restrições arbitrárias à entrada e saída da habitação e ataques à honra), praticados contra o cônjuge ou ex-cônjuge, a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação. No Brasil, embora não haja um tipo penal específico, os atos de que se constituem essas formas de violência são objeto de tipificação por meio dos crimes contra a vida (feminicídio), a integridade física (lesões corporais), a honra (calúnia, injúria e difamação)<sup>68</sup>, a liberdade individual (constrangimento ilegal e ameaça) e a dignidade sexual, (estupro).

Mas, para além destas três, referem-se mais duas modalidades de violência conjugal, que são a econômica e a social<sup>69</sup>. A primeira manifesta-se por atos de inibição do acesso a recursos monetários, ou mesmo a bens de necessidade básica, como alimentação e vestuário; quando a vítima não tem renda própria, a consequente dependência econômica do agressor é forma contundente de dominação e subjugação; se a vítima tiver renda própria, a violência pode manifestar-se por meio de estratégias que impedem ou afetam a gestão autônoma dos recursos.

A violência social diz respeito aos relacionamentos e vínculos sociais da vítima, sendo utilizada para provocar o seu isolamento; o agressor induz o rompimento da vítima com sua rede social, bem como o afastamento da sua família (convencendo-a de que nela não é mais bem vinda); os atos comuns, nesse contexto, são a permanente e exclusiva companhia do agressor, a proibição de contato, por qualquer via, com outras pessoas e de a vítima sair sozinha de casa, o que pode envolver a proibição de trabalho e estudo. Como referido, o intento do agressor é o isolamento da vítima, o que em essência é estratégia de subjugação - isolada, ela é mais dependente e, assim, facilitado o controle<sup>70</sup>.

---

..., p. 8). Nesse mesmo sentido: GELLES, Richard J. *Intimate Violence in Families*. Third Edition. London: Sage Publications, 1997, p. 129.

<sup>68</sup> Essa violência a Lei brasileira nº 11.340/06 denomina de “violência moral”: qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

<sup>69</sup> PAULINO Mauro e RODRIGUES Miguel. *Violência Doméstica*. Estoril: Prime Books, 2016, p. 39/40.

<sup>70</sup> É possível discutir a autonomia desses conceitos, e optar, por exemplo, em enquadrar a violência econômica e social nas outras modalidades, mormente a psicológica; o que parece claro é que não há, em relação a elas, a segurança que se pode ter sobre o caráter típico-criminal da violência física, sexual e psicológica, com possível afetação da tutela penal; isso, contudo, não afasta o evidente caráter ilícito desses comportamentos e, ainda que se

### 1.5. Ciclos da violência conjugal

A dinâmica da violência (como ela se desencadeia e desenvolve) é tema que tem merecido atenção e estudos, tendo um deles, o desenvolvido por LENORE EDNA WALKER<sup>71</sup>, proposto um modelo teórico para explicar a violência nas relações de intimidade; o dado essencial do qual parte é o de que esta violência segue um padrão, que é faseado/tripartido e cíclico<sup>72</sup>, podendo acontecer e repetir-se muitas vezes durante um relacionamento. Cada fase pode durar um período de tempo diferente e ao longo do tempo o nível de violência pode aumentar, embora possa ocorrer que algum relacionamento conjugal violento não se encaixe nesse padrão, e também nem todas as experiências sejam iguais.

A primeira fase é constituída pela construção e acumulação de tensão, notadamente pela criação de um ambiente hostil e de culpabilização da vítima. Há uma escalada gradual da tensão, por meio de atos discretos e que causam atritos familiares, o que inclui nomes ou designações depreciativas, comentários intimidantes, mal-estar e abuso físico leve. O agressor expressa insatisfação e hostilidade por infrações imaginárias ou reais a regras e às suas expectativas, mas não de forma explosiva; a mulher tenta acalmar o agressor na esperança de agradá-lo e de evitar o agravamento da insatisfação; tentará não responder às ações hostis e muitas vezes é bem sucedida no início, o que só reforça sua crença de que pode controlar o agressor. À medida que a tensão aumenta, ela tem mais dificuldade em controlar a raiva do parceiro e, muitas vezes, se retira, temendo que ela inadvertidamente desencadeie comportamento explosivo; só que esta retirada pode ser o sinal para o homem se torne mais agressivo. O lapso de tempo desta fase varia muito, a depender do tipo de relacionamento; para alguns, podem ser dias ou semanas, para outros, pode haver anos de tensão antes de incidentes

---

entenda inviável a incidência do Direito Penal sobre elas, por certo haverá a tutela conferida por outros ramos jurídicos.

<sup>71</sup> LENORE EDNA WALKER, psicóloga americana, fez diversas pesquisas na área da violência doméstica, escrevendo em virtude delas e em 1979 o livro *The Battered Woman Syndrome*, resultado de entrevistas com 1.500 mulheres que haviam sido vítimas de violência doméstica e que, segundo ela, evidenciaram que a violência doméstica segue um padrão, e por isso desenvolveu a ideia de ciclo tripartido. Como consequência da exposição da vítima à violência doméstica, ela desenvolve uma síndrome, que a autora denominou “síndrome da mulher maltratada”; afirma, textualmente, que “*pesquisa realizada nos últimos 40 anos e relatada neste livro levou à conclusão de que viver em uma família com violência doméstica pode produzir efeitos psicológicos, chamados de síndrome da mulher maltratada (BWS). A equipe de pesquisa de professores e estudantes de pós-graduação que dirijo no Colégio de Psicologia da Nova Southeastern University vem analisando os dados que temos coletado para determinar se existe um grupo de sinais e sintomas psicológicos denominados "BWS". A resposta é "sim" A "BWS é identificada com sete fatores: 1. Reexperimentação de eventos traumáticos; 2. Altos níveis de excitação e ansiedade; 3. Altos níveis de evitação e entorpecimento de emoções; 4. Dificuldades cognitivas; 5. Interrupção nas relações interpessoais; 6. Problemas de saúde física e imagem corporal; 7. Problemas de sexualidade e intimidade*”. (Consultou-se a quarta edição, p. 20).

<sup>72</sup> A descrição destes ciclos encontra-se à p. 95 e seguintes.

mais agudos. À medida que a tensão se constrói, as habilidades da mulher para enfrentá-la podem tornar-se cada vez menos eficazes, frustrando a expectativa de diminuí-la e também de se proteger.

Na segunda fase há a descarga da tensão, externando-se a violência; qualquer coisa pode desencadear o ato hostil, seguindo-se uma descarga incontrolável de tensões acumuladas na fase anterior. O agressor ataca a vítima verbal e fisicamente, muitas vezes deixando-a ferida. É nesse ponto que, em defesa própria, a mulher pode ferir ou matar o agressor. O uso de álcool pode ser fator corresponsável pelo desencadeamento da hostilidade violenta. Nesta fase, a vítima perde o controle que tentava manter na anterior, externando-se o resultado inevitável de tensão e raiva crescentes. Os incidentes desta fase são agudos e mais intensos do que na fase anterior, havendo descarga da tensão, sem condições de previsão e de controle. Esta fase normalmente perdura por menos tempo do que a anterior - geralmente de 2 a 24 horas. Depois, da parte do agressor há negação da gravidade do incidente ou uma tentativa de minimizar ou negar a ocorrência, bem como de culpar a vítima por ele. Os efeitos para a vítima desta fase são altamente nefastos, gerando sentimentos de dualidade entre o amor que sente pelo agressor e a revolta pela vitimização, além de percepções de culpa induzidas.

Na terceira fase há o apaziguamento, a reconciliação ou não hostilidade, denominada por WALKER de “fase da lua de mel”. O agressor se desculpa profusamente, pede perdão, mostra-se amoroso e exhibe gentileza; pode mostrar bondade, dar presentes e fazer promessas de mudança e de buscar ajuda, assim como de nunca mais ser violento. Durante esta fase, a vítima começa a esperar que a relação possa ser salva e que a violência não se repita. Como muitos agressores parecem encantadores e são manipuladores, a vítima pode realmente acreditar que o problema passou. O objetivo imediato do agressor é impedir o término da relação, embora provavelmente continuará com outras formas de abuso, como coerção, abuso econômico ou emocional, a fim de manter o controle sobre a vítima mesmo durante esta fase. A promessa de mudança e de não repetição dos comportamentos violentos produzem na vítima a ilusão e a esperança de que esta terceira fase vai se perpetuar, dificultando uma decisão de rompimento com a relação violenta.

Como referido, as fases podem variar em tempo e intensidade; há casos em que os episódios violentos são cada vez mais intensos e frequentes, sem haver a fase da reconciliação, o que de algum modo afeta a concepção de ciclos, sendo mais próxima a de espiral ou escalada

de violência<sup>73</sup>, que pode se fazer cada vez mais perigosa e letal na medida em que o tempo passa. Ademais, e de acordo com o estudo em análise, a fase de arrependimento é apenas aparente, e tem a finalidade de manter o relacionamento, promovendo a ilusão e a esperança para a mulher de que seu projeto de vida com o agressor é viável, ou seja, de que pode desenvolver uma relação não violenta; contudo, esta fase integra o contexto global da violência, embora não seja composta de violência física<sup>74</sup>. E é exatamente nesta terceira fase em que normalmente se manifesta a tendência de a vítima ceder, o que faz com que a convivência persista e, depois de algum tempo, reinicia-se o ciclo da violência. E é ela a propícia para que a mulher que denunciou faça movimentos para estancar e extinguir o processo.

Sobre essa teoria do desamparo aprendido, ISABEL DIAS<sup>75</sup> explica que ela marcou os estudos sobre a causalidade da violência nas relações íntimas nos anos de 1970, tendo por parâmetro a ideia de que “... é nos contextos de socialização (violentos) que devem ser procuradas as causas da violência. Nestes, a vítima aprende a ser uma pessoa passiva e desprotegida”. Além disso, “... a violência repetida de que a mulher é vítima vai diminuindo a sua motivação para reagir”. A autora acrescenta que a teoria foi ultrapassada, nos anos 1980, pela perspectiva da mulher como “sobrevivente activa” à violência conjugal: “*trata-se, aqui, de demonstrar que a violência também pode gerar determinação para a acção e que as vítimas avaliam constantemente as alternativas a uma vida violenta*”.

## 1.6. Consequências da violência conjugal

Observamos nos estudos que se ocupam dos efeitos produzidos na vítima pela violência conjugal conclusões no sentido de uma afetação integral. É claro que haverá de depender de cada situação em particular, mas nos casos de violência cíclica e repetida, a vítima

---

<sup>73</sup> Parece ser esta a tendência da doutrina espanhola sobre o assunto. Nesse sentido: HURTADO, M<sup>a</sup> Salud Godoy y CARRILLO, M<sup>a</sup> Jesús Cala. La violencia hacia las mujeres: responsabilidad social y repercusión individual. In *La renuncia a continuar en el procedimiento judicial en mujeres víctimas de violencia de género: un estudio en la Comunidad Autónoma Andaluza*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer/Consejería de la Presidencia e Igualdade/Universidad de Sevilla: 2012, p. 36. Também ESTÉVEZ, Fernando Gállego. *SOS ... Mi chico me pega pero yo le quiero*. Madrid: Editorial Paidós, 2009 e ACOSTA, Miguel Lorente. *El Rompecabezas: Anatomía del Maltratador*. Barcelona: Ares y Mares, 2004.

<sup>74</sup> Um estudo feito em Washington, no ano de 2013, por ELIZABETH DRAKE, revelou que 44% dos condenados por crime de violência doméstica o foram no período de 36 meses depois de outro episódio violento doméstico haver sido reportado à polícia; além disso, que a taxa de reincidência nos delitos que envolvem violência doméstica é 18% maior do que na criminalidade não doméstica (*Recidivism Trends of Domestic Violence Offenders in Washington State*, 2013 p. 5, disponível em <http://www.wsipp.wa.gov/ReportFile/1541>).

<sup>75</sup> Violência na Família: (In)Visibilidades de um Velho Problema Social. In *Revista CEJ*, Coleção Formação Contínua, 2018, p. 65.

sofre prejuízos nos aspectos pessoal, familiar, social, laboral e afetivo<sup>76</sup>.

No âmbito pessoal, a maior afetação que a vítima sofre é na sua saúde<sup>77</sup>, tanto física quanto psíquica<sup>78</sup>, sendo vários os efeitos catalogados; os físicos ordinariamente constituem-se em lesões de variadas formas (cortes, escoriações, mutilações, etc.) e que, por sua vez, podem acarretar dificuldades para a execução de tarefas, demandar licenças no trabalho, ensejar a invalidez, etc.; também os “distúrbios funcionais” (geralmente não apresentam uma causa médica identificável), tais como síndrome de intestino irritável, fibromialgia, distúrbios gastrintestinais e diversas síndromes de dor crônica<sup>79</sup>; ou mesmo, no limite, a morte da vítima.

Também são citados diversos efeitos psíquicos da violência em questão, como o stress pós-traumático<sup>80</sup>, depressão<sup>81</sup>, raiva, autopunição, somatizações, disfunções sexuais, condutas aditivas, distorções de memória, de percepção e de cognição, inibição ou distorção da

---

<sup>76</sup> Exemplos de referências bibliográficas, além do estudo da OMS já referenciado, são: GELLES, Richard J. *Intimate Violence in Families*. Third Edition. London: Sage Publications, 1997, p. 129. AGUILAR, Rudy J. e NIGHTINGALE, Narina Nunez. The impact of specific battering experiences on the self-esteem of abused women. In *Journal of Family Violence*, vol. 9, nº 1, 1994, disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/BF01531967>; BLASCO-ROS, Concepción, SÁNCHEZ-LORENTE, Segunda e MARTINEZ, Manuela. *Recovery from depressive symptoms, state anxiety and post-traumatic stress disorder in women exposed to physical and psychological, but not to psychological intimate partner violence alone: A longitudinal study*. Disponível em <https://bmcpsychiatry.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-244X-10-98>, e MCCUE, Margi Laird. *Domestic Violence*, op. cit., p. 18-22.

<sup>77</sup> Doença, conceito invariavelmente associado à violência doméstica e conjugal, e definida como um processo anormal em que aspectos da condição e função social, física, emocional ou intelectual de uma pessoa são diminuídos ou prejudicados em comparação com a condição anterior dessa pessoa; tal situação pode ser de curto ou longo prazo. (*Intimate partner violence ...*, p. 16). No já citado Relatório da OMS lê-se que, além de “a violência poder ter consequências diretas na saúde, tais como lesões, ser uma vítima da violência também aumenta o risco de uma mulher vir a ter uma saúde precária no futuro”. (p. 103).

<sup>78</sup> Não é por outra razão que o tema tem merecido atenção da Organização Mundial da Saúde, merece destaque o “Relatório Mundial sobre Violência e Saúde” do ano de 2002, em especial o título “*violência perpetrada por parceiros íntimos*”, pp. 87/122; nas pp. 110/103 são abordadas as consequências desta violência, perspectivadas a partir do seu impacto na saúde da vítima, econômico e para sobre as crianças. Versão em português disponível em <https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>.

<sup>79</sup> “Relatório Mundial sobre Violência e Saúde” citado, p. 103.

<sup>80</sup> BLASCO-ROS, Concepción, SÁNCHEZ-LORENTE, Segunda e MARTINEZ, Manuela. *Recovery from depressive symptoms, state anxiety and post-traumatic stress disorder in women exposed to physical and psychological, but not to psychological intimate partner violence alone: A longitudinal study*. Disponível em <https://bmcpsychiatry.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-244X-10-98>. Segundo as autoras, a violência íntima exercida pelo parceiro masculino tem um alto impacto na saúde mental das mulheres. O estudo dos sintomas de transtorno de depressão, ansiedade e pós-traumático e comportamento suicida - feito durante três anos em mulheres vítimas violência conjugal -, revelou grandes dificuldades de recuperação da saúde mental nos casos em que elas haviam sido expostas a violência psicológica; além da alta probabilidade de exposição contínua ao mesmo tipo de violência, observou-se baixa possibilidade de recuperação.

<sup>81</sup> No estudo da Organização Mundial da Saúde, já mencionado, sob o título “a violência conjugal e a saúde mental”, consta que é comum que todas as mulheres vítimas tenham problemas de saúde mental, angústia emocional e comportamentos suicidas. A angústia emocional é identificada por meio de vários sintomas, como o pranto fácil, a incapacidade para desfrutar da vida, a fadiga e os pensamentos suicidas durante as quatro semanas anteriores à entrevista. (*Estudio Multipaís de la OMS sobre salud ...*, p. 19).

emotividade e expressividade e grave afetação da autoestima<sup>82</sup>, bem como a Síndrome de Estocolmo doméstico<sup>83</sup>.

Nos casos de violência social, o isolamento imposto pelo agressor gera sentimentos de solidão e vergonha, além de afetar a vítima na sua autoestima, com consequências várias, aí incluídos prejuízos laborais que, por sua vez, projetam-se em dependência econômica e subordinação acentuadas.

É esse conjunto de efeitos perniciosos que a violência doméstico-conjugal impõe à vítima que cria contexto e situação de vulnerabilidade, uma especial fragilidade que a torna submissa ao agressor e importa na ausência de autonomia quanto à direção e gestão da sua vida<sup>84</sup>. E são os efeitos psíquicos que, de modo especial, criam as condições para a persistência da submissão, pois afetam a capacidade de avaliação necessária para a superação da situação, ou mesmo a vontade exigida para tanto, sendo comum a percepção da vítima de que não tem opções, ou forças para concretizar aquelas que eventualmente represente<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Sobre os impactos da violência conjugal na auto-estima da vítima, há importante estudo intitulado *The impact of specific battering experiences on the self-esteem of abused women*, de autoria de RUDY J. AGUILAR e NARINA NUNEZ NIGHTINGALE, publicado no *Journal of Family Violence*, vol. 9, nº 1, 1994, e disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/BF01531967>.

<sup>83</sup> Nesse sentido: MCCUE, Margi Laird. *Domestic Violence*, op. cit., p. 20. Síndrome de Estocolmo é o nome dado ao estado psicológico de uma pessoa que, submetida à coação ou à intimidação por um algum tempo, passa a ter simpatia pelo seu agressor, podendo desenvolver sentimentos de amizade ou amor, a depender do tempo de exposição. O termo foi cunhado pelo criminólogo e psicólogo NILS BEJEROT, que auxiliou a polícia por ocasião do episódio que ensejou a cunhagem do termo: um roubo ao banco Kreditbanken na cidade de Estocolmo, que durou de 23 a 28 de agosto de 1973; durante os seis dias, os autores mantiveram como reféns quatro funcionários do banco, em um cofre, durante parte do tempo com explosivos presos ao corpo e em outros momentos com cordas em torno dos pescoços; quando policiais fizeram o procedimento para libertação das vítimas, elas não aceitaram a ajuda das autoridades e usaram seus próprios corpos para proteger a integridade física dos assaltantes, e atribuíram a culpa pela situação à polícia e não aos raptos; além disso, mantiveram comportamento reticente nos processos judiciais que se seguiram, havendo um dos reféns criado um fundo para custear a defesa judicial dos raptos. As condições indicadas pela Psicologia para o aparecimento da síndrome são: uma relação de severo desequilíbrio de poder na qual o algoz dita aquilo que a vítima/prisioneira pode e não pode fazer; ameaças de morte ou de danos físicos contra a vítima e um instinto de autopreservação desta. Nesse contexto de tensão, a vítima passa a se identificar emocionalmente com o agressor; pequenos gestos gentis que este tenha são amplificados porque o refém não consegue ter visão clara da realidade e do perigo; ademais, as tentativas de libertação são vistas como ameaça, e o complexo e dúbio comportamento de afetividade e ódio simultâneo que a vítima desenvolve pelo agressor é estratégia inconsciente de sobrevivência. Os principais fatos geradores do desenvolvimento da síndrome são os sequestros, cenários de guerra, campos de concentração, prisão domiciliar por familiares, bem como abusos pessoais, como mulheres e crianças submetidas à violência doméstica e familiar. Nesse último caso, é essa síndrome que explica o comportamento da mulher que, mesmo agredida pelo marido/companheiro, continua a amá-lo e defendê-lo como se as agressões fossem normais.

<sup>84</sup> Temos presente e em consideração, aqui, relevante lição oral proferida pelo Sr. Professor Dr. AUGUSTO SILVA DIAS, em Seminários de Criminologia da Universidade de Lisboa (anos 2016/2017), de que a vulnerabilidade da mulher na relação conjugal pode ser determinada por inúmeros fatores, do que decorre a possibilidade de apresentar-se mesmo quando inexistente violência conjugal; mas, a presença desta, muitas vezes aliada a outras concausas, é dado fortemente indutor desta subjugação e incapacidade de autodeterminação.

<sup>85</sup> Segundo o já citado estudo da OMS, as investigações qualitativas mostram de forma sistemática que as mulheres consideram o maltrato psíquico mais devastador que a violência física. (*Estudio Multipais de la OMS sobre salud*

Outro elemento que tem importância para gerar vulnerabilidade é a violência social, por causa do isolamento da vítima de sua família e de suas relações sociais; também tem relevo o ataque à sua identidade que, além do referido isolamento, destrói os vínculos com o passado - apagando o registro de experiências e outras relações -, e também o modo de ser que constitui a identidade atual - desvalorização e/ou repressão do desenvolvimento pessoal e das aspirações. O resultado desse processo é a sujeição e ausência de autonomia para a vítima.

Por fim, e caso se tenha em consideração a tese de que há casos de violência conjugal não episódica, repetida<sup>86</sup> e que segue uma dinâmica própria, tal qual proposto por LENORE EDNA WALKER, a repetição cíclica da violência tem como resultado o paulatino e progressivo enfraquecimento da vítima e o comprometimento da sua identidade e autonomia. Essa intermitência entre agressões e afetos é fator que causa intensa confusão mental para a vítima: na fase da “lua de mel” em regra convence-se de que seu projeto relacional sem violência é viável, e em seguida, experimenta o seu equívoco. A dor, a decepção e demais efeitos já referidos forjam as condições psicológicas que conduzem à dependência e à subordinação ao agressor.

### **1.7. Violência conjugal e vulnerabilidade**

Inicialmente, consigna-se que o termo vulnerabilidade, no contexto em estudo, tem sinonímia com fragilidade, condição que, ao menos potencialmente, torna alguém sujeito ou submisso a outrem. Assim, no âmbito da violência conjugal, a vulnerabilidade quer significar a propensão que há no sentido de o agressor submeter a vítima às suas vontades, caprichos e, para ela, consiste em falta de autonomia para determinar os rumos da sua própria vida.

O maltrato em que se constituem os atos de violência conjugal pode produzir vulnerabilidade na vítima. Não se quer dizer que a vulnerabilidade experimentada por muitas mulheres na sua relação conjugal seja sempre determinada pela violência, havendo, por certo, outras causas, podendo-se referir, a título de exemplo, valores recebidos com a educação, o ideal de um amor romântico e exacerbado<sup>87</sup>, a falta de condições culturais e de educação para

---

*de la mujer y violencia doméstica*, p. 10. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream>). Nesse mesmo sentido: GELLES, Richard J. *Intimate Violence in Families*. Third Edition. London: Sage Publications, 1997, p. 129.

<sup>86</sup> No já citado no relatório anual da APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima), consta que em 76% dos casos atendidos constatou-se uma “vitimização continuada” (p. 5 do Relatório).

<sup>87</sup> As questões referentes ao amor romântico e seu papel no campo da violência conjugal são comumente abordadas em estudos da psicologia. Referências há em SCHÄFER, Gabriela. Romantic love in heterosexual relationships: women's experiences. *Journal of Social Sciences*, v. 16, n. 3, 2008, pp. 187-197, YELA, Carlos. *El amor desde la psicología social. Ni tan libres ni tan racionales*. Madrid: Pirámide, 2000, YELA, Carlos. La otra cara del amor: mitos, paradojas y problemas. *Encuentros en Psicología Social*, v. 1, n. 2, 2003, pp. 263-267, TAVORA, Ana. “El amor de pareja en la construcción de la identidad de las mujeres”. In: *Congreso Estatal De las casas de acogida a los Centros de Atención Integral*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2007, pp. 80-94 e LUENGO, Tomasa y

prover a vida sozinha, a necessidade de cuidar de filhos, eventuais anomalias mentais, etc. Contudo, presente situação caracterizada como de violência conjugal, a capacidade de autodeterminação da vítima fica afetada<sup>88</sup>.

Aliás, muitas vítimas de violência conjugal podem sequer reconhecer desde logo a situação de abuso a que estão expostas, e outras tendem a minimizar o sentido negativo das agressões a que estão sujeitas, comprometendo deste modo, uma avaliação correta do risco que correm, facilitando a sua permanência inconsciente numa relação abusiva<sup>89</sup>. É que a interpretação que as pessoas fazem de acontecimentos violentos depende da forma como percebem o mundo e sua vida, envolve fatores diversos que passam pelas experiências próprias, a cultura vigente na sociedade, podendo determinada pessoa ter dificuldades em identificar como violenta determinada experiência vivida<sup>90</sup>. Nessas condições, não se perfaz uma condição inicial para eventual superação do estado de sujeição, que é o seu (re)conhecimento.

---

RODRÍGUEZ-SUMAZA, Carmen. “El mito de la ‘fusión romántica’ y sus efectos en el vínculo de la pareja”. In *Anuario de Sexología*, v. 11, p. 19-26, 2009, ESTEBAN, M. Luz; TAVORA, Ana. El amor romántico y la subordinación social de las mujeres: revisiones y propuestas. *Anuario de Psicología*, v. 39, n. 1, 2008, p. 59-73. Também MAITENA MONROY, que assinala que “*La educación emocional de las mujeres tiene un peso importante para generar y fortificar las relaciones de dominación. Así mismo, la construcción del ideal romántico es necesaria para mantener las relaciones de desigualdad. Este reforzamiento del ideal de amor romántico toma más peso en la medida que las mujeres hemos avanzados en nuestros derechos. Es una nueva estrategia del sistema, en un momento de crisis de la legitimidad machista, para devolver a las mujeres a una situación de subordinación. Esto conlleva, entre otras cosas, la búsqueda de la seguridad en el otro lo que condiciona una situación de dependencia y de falta de autonomía*”. In *Desmontando vulnerabilidades, construyendo autonomía. Experiencias en la lucha contra la violencia sexista*. (Disponível em <http://www.feministas.org/IMG/pdf/Monroy-vulnerabilidad.pdf>).

<sup>88</sup> Um estudo realizado por KARIN ÖRMON, MARIE TORSTENSSON-LEVANDER, CHARLOTTA SUNNQVIST e CHRISTEL BAHTSEVANI, intitulado *Vulnerable and without protection: Lifetime experiences of abuse and its influence on mental ill health*, publicado no *Open Journal of Nursing*, 2014, vol. 4, 2014, p. 34-41 (disponível em <http://dx.doi.org/10.4236/ojn.2014.41006>), retrata pesquisa feita na Suécia sobre mulheres que procuraram atendimento psiquiátrico e participaram de um estudo qualitativo sobre a influência dos abusos na saúde mental, em quatro dimensões diferentes: a) medo persistente, b) sensação de ser inútil, c) dúvidas sobre a identidade própria e d) desespero conjugado com esperança. As conclusões são no sentido de que, ser vulnerável e sem proteção é uma realidade espantosa que limita as possibilidades de viver e ser a pessoa que se deseja ser; a afetação da saúde mental manifesta-se como depressão, ansiedade e ideação suicida; o abuso também reduz a liberdade de ação e leva a sentimentos de insegurança, isolamento e desprezo pessoal.

<sup>89</sup> Nesse sentido: BURKE, Jessica G., GIELEN, Andrea Carlson, MCDONNELL, Karen A., O’CAMPO, Patricia, MAMAN, Suzanne. *The process of ending abuse in intimate relationships: A qualitative exploration of the transtheoretical model*. Disponível em <https://uncch.pure.elsevier.com/en/publications>. Este texto trata da mudança de comportamento de mulheres vítimas de abuso em suas relações íntimas, propondo que se trata de um processo composto por cinco estágios, dos quais o primeiro é o não reconhecimento ou precontemplação da situação de abuso. Numa linha de pesquisa semelhante: MARTIN, Andrea J., BERENSON, Kathy R., GRIFING, Sascha, SAGE, Robert E., MADRY, Lorraine, BINGHAM Lewis E., and PRIMM, Beny J. *The Process of Leaving an Abusive Relationship: The Role of Risk Assessments and Decision-Certainty*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/225838106>.

<sup>90</sup> DINIZ, Gláucia Ribeiro e PONDAAG, Miriam Cassia Mendonça. “A face oculta da violência contra a mulher: o silêncio como estratégia de sobrevivência”. In *Violência, Exclusão Social e Desenvolvimento Humano: Estudos em Representações Sociais*. Org. Zeidi Araujo Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2006, pp. 233-259.

Para além disso, e nos casos em que a violência conjugal não é episódica e, sim, um processo longo e complexo, variável na frequência e intensidade, diversificando-se entre agressões ligeiras pouco impactantes para a vítima, até agressões severas e crônicas, é natural que, como resultado, haverá um enfraquecimento progressivo, afetando, até o ponto de anular, a identidade dela<sup>91</sup>.

Aliás, o ataque à identidade da vítima causa intensa vulnerabilidade. Ele passa por dimensões diferentes: inicialmente, há um processo de isolamento dos entes queridos e de seu entorno imediato; depois vem o ataque aos vínculos com o passado, e o ataque à identidade atual (desvalorização e repressão do desenvolvimento pessoal)<sup>92</sup>. O resultado desse processo é, ao menos em tendência, causar sujeição e ausência de autonomia para a vítima.

Portanto, o maltrato de que se constitui a violência conjugal, a depender da intensidade e do tempo que perdurar, pode afetar a vítima de forma integral, nos aspectos social, laboral, afetivo, familiar e jurídico; isoladas pela ação do agressor, com a autoestima deteriorada e, em muitas ocasiões, com um sentimento de vergonha ocasionado pela pressão do entorno, elas desenvolvem condições psicológicas que conduzem à dependência e à subordinação ao agressor. Submeter a vítima à violência conjugal é, assim, uma forma de deixá-la vulnerável; é retirar dela poder<sup>93</sup> e controle, é aprisioná-la a um determinado contexto, criado pelo parceiro violento por meio da força física, sexual, econômica, psicológica e moral.

---

<sup>91</sup> ACOSTA, Miguel Lorente. *Mi marido me pega ...*, p. 54. Em outro escrito, o mesmo autor afirma que “*La violencia de género es un proceso que se va construyendo de manera paulatina, y como tal se caracteriza fundamentalmente por su continuidad, no se trata de una repetición de hechos aislados con más o menos frecuencia, o con mayor o menor intensidad, sino que es la propia permanencia en la violencia el elemento fundamental para conseguir los objetivos que pretende el maltratador*”. In *Derivadas e integrales de la violencia de género. La recuperación de las mujeres víctimas*. (Disponível em <http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/05.4>, p. 2).

<sup>92</sup> Há autores que se referem a esses comportamentos como “violência social”. Nesse sentido: PAULINO Mauro e RODRIGUES Miguel. *Violência Doméstica*. Estoril: Prime Books, 2016, p. 39/40. MIGUEL LORENTE ACOSTA, ao descrever essas fases, afirma: “*El abuso emocional suele seguir una estrategia que ataca tres aspectos básicos de la mujer. En primer lugar se produce un ataque social, tratando de romper con la familia, amistades, trabajo,... En segundo lugar el ataque se lleva contra las conexiones de identidad del pasado, cortando con todo lo que la une a sus recuerdos y con el tiempo anterior a la relación, y, finalmente, se produce un ataque hacia la identidad actual, criticando y recriminando, tanto en público como en privado, su conducta, aficiones, defectos, iniciativas, modos de hacer las cosas, forma de pensar,... Se consigue así un auténtico “lavado de cerebro” que la anula por completo, conduciendo a lo que nosotros hemos definido como “personalidad bonsái”*. La mujer queda empequeñecida al ser todas sus iniciativas cortadas por la persona de la que depende, como el bonsái que es podado por quien lo abona y riega. En definitiva, unas veces por los efectos del cariño mostrado tras la agresión, otras por los del abandono de sí misma como consecuencia del maltrato, hacen que la mujer sea incapaz de escapar. La indefensión estructural se ve agravada por una indefensión adquirida”. In *Derivadas e integrales de la violencia de género. La recuperación de las mujeres víctimas*. Disponível em <http://www.poderjudicial.es/stfls/poderjudicial/doctrina/fichero/05.4>, p. 9.

<sup>93</sup> É por isso que se insiste que a superação desse estado de submissão consiste num processo de empoderamento ou “empowerment”, ou seja, de emancipação da vítima desse contexto de dominação e subjugação, por meio de medidas que importem em acréscimos de poder. Voltaremos a esse tema em outra passagem do texto.

O resultado da vulnerabilidade para a vítima poder ser a indefensibilidade.

A esse propósito, e agora já no plano normativo, merece referência a legislação portuguesa; na Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, que “*Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas ...*”, dentre as “definições” previstas no art. 2º, consta a de “vítima especialmente vulnerável”, como sendo “*a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social*”; esse conceito veio repetido na Lei nº 130/2015, de 4 de setembro, conhecida como Estatuto da Vítima<sup>94</sup> e que adicionou ao Código de Processo Penal o art. 67-A, conceituando a “vítima especialmente vulnerável” como “*a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social*” - nº 1, alínea “a, ii”.

Há, portanto, uma categoria específica de vítimas, as indefesas por serem vulneráveis, condição que pode decorrer de inúmeros fatores, como a idade (criança/pessoa idosa), o sexo (no caso de violência contra mulher), gravidez, deficiências, doenças, condição de imigrante, pertencente a minoria étnica, à situação de família monoparental com filhos menores, à pertença à população LGBT; a mencionada condição também pode decorrer da conjugação de fatores, como mulheres idosas, entre outros exemplos<sup>95</sup>.

Dentre estas, merecem menção específica, no contexto da presente análise, as vítimas que tenham uma relação especial de dependência em face do agressor; é o caso das vítimas de terrorismo, de criminalidade organizada, de tráfico de seres humanos, da violência sexual, entre outras, como aquela baseada no gênero e a que se manifesta em relações de intimidade.

A identificação destas vítimas trouxe, no geral, uma repercussão no âmbito da

---

<sup>94</sup> O sumário deste diploma legal é “*Procede à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001*”.

<sup>95</sup> Nesse sentido: QUARESMA, Carina. “O lugar das vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal: reflexões acerca da aplicação do princípio da legalidade”. In *RDeS - Revista de Direito e Segurança*, nº 6, 2015, p. 101. Sobre esse tema no contexto normativo espanhol, há referência em LÓPEZ, María del Valle Sierra. “La expresión “persona especialmente vulnerable” en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada (artículos 148.5, 153.1 y 173.2 del Código Penal)”. In *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Elena Núñez Castaño (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 203-221.

incriminação de condutas: praticadas contra elas, há um presumido incremento da reprovabilidade, manifestado em sanções penais mais graves e/ou em diminuição de possíveis benefícios.

No caso da violência conjugal, a censurabilidade da ação praticada contra pessoa indefesa tem um desvalor acrescido em face do tipo de relação entre o agente e a vítima, a de natureza afetiva, mesmo que passada<sup>96</sup>. E a legislação penal portuguesa é bom exemplo das mudanças nessa temática; na versão original do Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, o artigo 152º tipificava “*Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge*”; com a Lei nº 65/98, de 02 de setembro, o nome do crime passou a ser “*Maus tratos e infracção de regras de segurança*”, *nomen iuris* que se manteve com a Lei nº 7/2000, de 27 de maio; foi com a Lei nº 59/2007, de 04 de setembro, que o art. 152º passou a ser denominado de “*violência doméstica*”, expressão mantida com as alterações da Lei nº 19/2013, de 21 de fevereiro. Ademais, ao longo do tempo, são perceptíveis alterações no sancionamento das condutas, em especial pela agregação de penas acessórias.

É a natureza afetiva da relação entre o agente e vítima, portanto, o fator considerado, e a mencionada legislação é evidência do reconhecimento, no plano legislativo, da potencialidade de a violência conjugal promover na vítima um estado de vulnerabilidade, que se traduz em indefensibilidade.

### **1.8. Razões para a permanência na relação violenta**

A pesquisa sobre as possíveis razões para que a vítima de violência conjugal mantenha-se na relação violenta passa por diversas questões e motivos<sup>97</sup>, e a sua abordagem também oferta explicação para o comportamento da vítima em não denunciar o seu agressor e,

---

<sup>96</sup> QUARESMA, Carina. “O lugar das vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal: reflexões acerca da aplicação do princípio da legalidade”. In *RDeS - Revista de Direito e Segurança*, nº 6, 2015, p. 108. A legislação penal portuguesa é bom exemplo das mudanças nessa temática; na versão original do Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, o artigo 152º tipificava “*Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge*”; com a Lei nº 65/98, de 02 de setembro, o nome do crime passou a ser “*Maus tratos e infracção de regras de segurança*”, *nomen iuris* que se manteve com a Lei nº 7/2000, de 27 de maio; foi com a Lei nº 59/2007, de 04 de setembro, que o art. 152º passou a ser denominado de “*violência doméstica*”, expressão mantida com as alterações da Lei nº 19/2013, de 21 de fevereiro. Ademais, ao longo do tempo, são perceptíveis alterações no sancionamento das condutas, em especial pela agregação de penas acessórias.

<sup>97</sup> Segundo PEDRO AMOR, ISaura A. BOHÓRQUEZ e ENRIQUE ECHEBURÚA, “*uno de los temas más controvertidos, y que ha suscitado un gran interés entre los científicos, es tratar de averiguar por qué una mujer maltratada permanece en convivencia con una persona que le agrede desde hace años. Esta cuestión también se podría formular a la inversa: ¿por qué un hombre que maltrata a su pareja se mantiene en convivencia con ella? Sin embargo, esta última pregunta no ha sido tan investigada como la primera. In ¿Por qué y a qué coste físico y psicológico permanece la mujer junto a su pareja maltratadora? In Acción psicológica*, junio 2006, vol. 4, n. 2, 129/154, p. 130.

quando o denuncia, explica os frequentes movimentos que faz no sentido de estancar o curso do procedimento punitivo.

A matéria é objeto de diversas pesquisas, que resultaram em teorias explicativas das razões para a permanência da vítima em uma relação violenta<sup>98</sup>. Estas teorias podem ser agrupadas em duas linhas diferentes: a primeira é centrada no processo pelo qual passa a mulher maltratada para tomar a decisão de deixar ou não o companheiro; a segunda é focada na relação de dependência emocional entre o agressor e a vítima, sem desprezar as repercussões psicopatológicas derivadas do maltrato e que interferem no processo de tomada de decisões<sup>99</sup>.

### **1.8.1. Teorias centradas no processo de tomada de decisões**

CHOICE e LAMKE<sup>100</sup> fornecem um modelo conceitual de acordo com o qual as mulheres maltratadas decidem continuar ou não na relação a partir da resposta a duas perguntas principais: estarei melhor fora da relação? Serei capaz de sair da relação com êxito? A resposta à primeira pergunta estaria condicionada por quatro fatores: a) o grau de satisfação com a relação conjugal; b) o “investimento” nela realizado; c) a qualidade das alternativas disponíveis e d) a pressão ambiental e familiar para persistir ou não na relação. Já a resposta à segunda pergunta toma em consideração aspectos psicológicos, como as expectativas de autossuficiência e de autocontrole, bem como aspectos objetivos, como o apoio comunitário no aspecto social, jurídico e econômico. Com a resposta negativa a qualquer destas perguntas, a tendência da mulher é manter-se na relação violenta. Segundo as referidas pesquisadoras, o modelo teórico propõe que as decisões das mulheres abusadas sobre a persistência ou a saída da relação ocorram de forma gradual; uma mulher pode querer deixar o relacionamento, mas ser impedida de fazê-lo porque não sente que tenha controle sobre as circunstâncias advindas da separação, assim como poderá uma mulher ter os recursos necessários para sair, mas desejar permanecer no relacionamento.

---

<sup>98</sup> O enfoque, nesse âmbito, é sobre a mulher vítima de violência conjugal.

<sup>99</sup> AMOR Pedro, BOHÓRQUEZ, Isaura A. e ECHEBURÚA, Enrique. ¿Por qué y a qué coste físico y psicológico permanece la mujer junto a su pareja maltratadora? In *Acción psicológica*, junio 2006, vol. 4, n. 2, 129/154, p. 130. Especificamente sobre a dependência emocional e sua relação com a violência conjugal, há importante referência em TELLO, Jesus Joel Aiquipa. “Dependencia emocional en mujeres víctimas de violencia de pareja”. In *Revista de Psicología*, vol. 33/2, 2015, pp. 411-437.

<sup>100</sup> CHOICE, Pamela e LAMKE, Leanne K. “A Conceptual Approach to Understanding Abused Women's Stay/Leave Decisions”. In *Journal of Family Issues*, vol. 18, 3: pp. 290-314. First Published May 1, 1997 (disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/019251397018003004>).

A teoria da inversão de RUSBULT<sup>101</sup>, baseada na teoria da interdependência<sup>102</sup>, enfatiza a relevância que têm as dinâmicas interpessoais para determinar a estabilidade das relações. Nessa lógica, é relevante o grau de compromisso que cada participante da relação conjugal tem para com ela; a mulher, por exemplo, que se sente muito satisfeita com sua relação, que considera que possui poucas alternativas e que nela muito investiu sente-se fortemente comprometida com ela e, em consequência, mais inclinada a persistir nela. Nesse modelo teórico, o compromisso com a relação está vinculado a três fatores: a) grau de satisfação, que é percebido pela comparação entre os custos e as recompensas que a relação conjugal oferece; b) alternativas existentes, ou seja, a projeção de custos e recompensas numa outra potencial relação; e c) inversão, que se refere ao número e à importância dos recursos materiais, como propriedades conjuntas, e psicológicos, como filhos em comum e o tempo da relação, que definem o que a pessoa perderia com a extinção da relação - há um foco, portanto, nas perdas impostas pela extinção da relação. Portanto, para esta teoria, ficar na relação ou sair dela depende do grau de satisfação, das alternativas existentes e da inversão, esta focada nas perdas com o término.

Outro modelo teórico centrado no processo de decisão da vítima do maltrato é a teoria do aprisionamento psicológico, formulada por MICHAEL J. STRUBE<sup>103</sup>, que se ocupa das mulheres maltratadas que não abandonam o agressor. Segundo a teoria, no início do maltrato, as mulheres fazem muitos esforços para que a relação conjugal seja harmoniosa; porém, ao perceberem que, apesar disso, os episódios de maltrato aumentam em frequência e intensidade, elas podem considerar o abandono da relação. Contudo, muitas delas continuam a crer na

---

<sup>101</sup> RUSBULT, Caryl E. A longitudinal test of the investment model: The development (and deterioration) of satisfaction and commitment in hetero sexual involvements. In *Journal of Personality and Social Psychology*, 1983, 45, pp. 101-117.

<sup>102</sup> Proposta por HAROLD KELLEY e JOHN THIBAUT em 1959 em livro intitulado *The Social Psychology of Groups* e reformulada em um segundo livro em 1978, *Interpersonal Relations: A Theory of Interdependence*, a teoria da interdependência propõe que qualquer relacionamento interpessoal é baseado na maximização dos ganhos e na minimização dos custos a ele associados, e que a diferença entre ganhos e custos, juntamente com as nossas expectativas em face da relação formam um nível de base a partir do qual se realizam comparações com (potenciais) relacionamentos alternativos. Quando o saldo entre custos e ganhos é positivo, ou seja, quando se obtém mais ganhos relativamente aos custos, a comparação com qualquer outra relação alternativa será negativa e, conseqüentemente, não haverá problemas para continuidade da relação atual; pelo contrário, quando se obtém poucos ganhos e se percebem elevados custos na manutenção da relação, existe maior tendência para experimentar estados afetivos negativos, pelo que a comparação com relações alternativas poderá levar ao questionamento da relação atual. Nesse sentido: LANGE Paul A. M. Van e BALLIET, Daniel. *Interdependence theory*; disponível em [https://amsterdamcooperationlabcom.files.wordpress.com/2015/11/van-lange\\_balliet-interdependence-theory-chapter.pdf](https://amsterdamcooperationlabcom.files.wordpress.com/2015/11/van-lange_balliet-interdependence-theory-chapter.pdf).

<sup>103</sup> STRUBE, Michael J. "The decision to leave an abusive relationship: Empirical evidence and theoretical issues". In *Psychological Bulletin*, 104(2), 1988, pp. 236-250. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3054996>.

possibilidade de a relação melhorar e, por isso, voltam a fazer esforços para lograr esse objetivo. Nessa lógica, quanto mais tempo e esforço investem para lograr uma relação harmoniosa, menor é a probabilidade de abandoná-la. A vítima, portanto, é tomada da esperança de que o maltrato cesse e, por isso, investe sempre mais na relação conjugal. Em síntese, para esta teoria, a mulher maltratada tem a esperança de que o maltrato cesse e crê que aumentando o esforço consiga uma relação harmoniosa<sup>104</sup>.

### **1.8.2. Teorias relacionadas à dependência emocional e às repercussões psicopatológicas do maltrato**

Na tentativa de explicar as razões de a mulher permanecer convivendo com a pessoa que a maltrata, estas teorias têm em comum a afirmação de que na relação conjugal violenta há uma intermitência entre o bom e o mau trato, e nisso residiria a causa da persistência. Duas são as principais: a teoria do castigo paradoxal e a teoria do desamparo aprendido<sup>105</sup>.

A teoria da punição ou do castigo paradoxal<sup>106</sup> afirma que a mulher permanece na situação de maltrato em virtude de um padrão cíclico de interação consolidado no tempo. Este padrão é constituído de cinco fases: formação da tensão, descarga da tensão por parte do agressor, escape da vítima, arrependimento por parte do agressor e, finalmente, volta da vítima à relação<sup>107</sup>. Assim, o incidente de violência converte-se em estímulo positivo, ou seja, depois de finalizado o episódio de maltrato, e uma vez que o agressor se arrepende perante a vítima e lhe oferece ternura, há para esta um reforço positivo da relação, e assim forma-se um padrão cíclico de comportamento que evolui e se sustenta. E o valor que a vítima dá ao amor e carinho oferecidos pelo agressor é de tamanho a atenuar o abuso sofrido para obtê-lo. Associado a isso está a circunstância de que o maltrato aumenta na mulher a necessidade de busca de amor e afeto que, paradoxal e circularmente, só encontra no seu parceiro, em especial por conta do isolamento em que se encontra e que foi por ele provocado.

---

<sup>104</sup> AMOR Pedro, BOHÓRQUEZ, Isaura A. e ECHEBURÚA, Enrique. Op. cit., p. 134.

<sup>105</sup> Faz-se referência, também, à teoria da união traumática, proposta por DONALD G. DUTTON e SUSAN PAINTER e que enfatiza o poder entre o homem agressor e a mulher vítima; o que explica o apego entre a vítima e o agressor é o carácter extremo do bom e o mau trato, e a justaposição temporal desses extremos. Ademais, quanto mais maltrato a mulher sofre, mais afetada fica sua auto-estima e, ao mesmo tempo, aumenta a sua necessidade do agressor, convertendo-se finalmente em interdependência. (The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. In *American Journal of Orthopsychiatry*, 64, 1993, 614-622).

<sup>106</sup> LONG, Grace M. e MCNAMARA, J. Regis. "Paradoxical punishment as it related to the battered women syndrome". In *Behavior modification*, 13, 1989, p. 192-205. Disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/01454455890132003>.

<sup>107</sup> De se notar que há uma semelhança com a teoria da violência cíclica de LENORE WALKER, mas avança no número das fases.

A teoria do desamparo apreendido<sup>108</sup> (*learned helplessness*) é a que fundamenta a síndrome da mulher maltratada, e centra-se na repercussão psicopatológica da violência conjugal; tal desamparo implica na inabilidade da vítima de reagir frente à violência do seu ofensor, na incapacidade psicológica de fugir quando está sendo atacada ou de abandonar o agressor. O desamparo apreendido: a) aparece quando a violência foi utilizada como meio de exercer controle e poder sobre a conduta de uma mulher sem levar em consideração seus direitos; b) com frequência conduz a traumas; c) os sintomas incluem a fraqueza aprendida, a depressão, os *flashbacks*, os problemas de sono e de alimentação, os sobressaltos exagerados e a vigilância frente a um sinal de perigo; d) o isolamento e a incapacidade de definir em quem confiar, o que restringe as opções percebidas pela vítima; e) ocasiona a perda da crença na capacidade de alteração da situação fática. Em síntese, as vítimas do desamparo apreendido sentem-se presas, sob um perigo constante, e impossibilitadas (mentalmente) de abandonar seu parceiro, de fugir, chamar a polícia, obter um divórcio ou pedir algum tipo de ajuda. A vítima, portanto, mantém-se imóvel na relação, sem esperança que a violência acabe e sem ver outras alternativas ao seu alcance.

O primeiro conjunto de teorias acima indicado (centradas no processo de tomada de decisões) fazem parecer que a decisão de manter ou romper a relação conjugal violenta é fruto de um cálculo aritmético entre os benefícios e os malefícios de cada uma das situações. Não descartamos haver casos assim, ou seja, mulheres vítimas de violência conjugal que, apesar disso, têm tirocínio e equilíbrio emocional suficiente para essa racionalização. Por outro lado, e considerando as características (repetição cíclica) e consequências (em especial na saúde mental) típicas dessa violência, acima apontadas, as teorias que consideram a dependência emocional e as repercussões psicopatológicas do maltrato têm aptidão para explicar o maior número de casos de não rompimento da relação violenta.

### **1.8.3. Fatores que contribuem para a manutenção da relação violenta**

Tendo por pressuposto as teorias acima indicadas, pode-se fazer um elenco de fatores que explicam a situação de persistência da vítima em relação permeada pela violência conjugal.

Um desses fatores, conforme se percebe a partir do segundo grupo de teorias indicadas, situa-se no âmbito emocional da vítima na forma de dependência afetiva, a necessidade de ter

---

<sup>108</sup> O desenvolvimento desta teoria é tributada a Martin Seligman que, em experiências com animais, constatou que a repetição de estímulos pode acionar no cérebro um mecanismo inibidor da reação; sua aplicação às mulheres maltratadas foi feita por LENORE WALKER, em *The Battered...*, p. 116 e seguintes.

alguém como “referência”, o medo da solidão e de enfrentar a vida sozinha, circunstâncias que conduzem à submissão e sujeição às agressões<sup>109</sup>; há razões que passam pela fragilidade e impotência decorrente da falta de autoestima, determinada pelo desamparo aprendido; também a compaixão pelo companheiro agressor, pois muitas mulheres apenas querem que a violência cesse.

Outras motivações passam pela valorização da família e da importância da “figura paterna” para a educação dos filhos e preocupação com estes, a idealização do amor e do casamento<sup>110</sup> e um tendência à manutenção da relação, associada à socialização feminina tradicional, que preconiza relações duradouras e para a vida toda; cita-se, ainda, a falta de apoio familiar e pressão desta para acomodação do conflito. Outro fator de relevo é o isolamento causado pelo agressor em proibir amizades e contato com familiares e cárcere privado, bem como as ameaças que a vítima sofre quando faz movimentos para a extinção do relacionamento conjugal. Estas ameaças podem ser de causar mal a si próprio (suicídio), contra filhos ou contra a própria vítima e familiares desta<sup>111</sup>.

Não há como desprezar a dependência econômica e a falta de capacitação profissional da vítima para sobreviver sozinha e sem o auxílio material do agressor<sup>112</sup>. Há referência ainda ao medo de perder a guarda dos filhos, ao constrangimento que a notícia das agressões e de eventual separação causa perante amigos e familiares, a culpa por não conseguir manter a relação e vergonha por não haver escolhido melhor parceiro. Também pela esperança de que o companheiro modifique seu comportamento, o que se manifesta e acentua notadamente na fase da “lua de mel”.

Há, portanto, uma série de motivações possíveis, muitas vezes mais de uma,

---

<sup>109</sup> As mulheres expostas apenas à violência psicológica apresentam maior probabilidade de permanência na relação conjugal violenta quando comparadas com mulheres expostas simultaneamente a violência psicológica e física. Nesse sentido: BLASCO-ROS, Concepción, SÁNCHEZ-LORENTE, Segunda e MARTINEZ, Manuela. Op. cit.

<sup>110</sup> As crenças determinadas por um amor romântico têm sido apontadas como um dos fatores que contribuem para que as mulheres vítimas de violência conjugal não interpretem os atos violentos a que são sujeitas. Nesse sentido: GELLES, Richard J. op. cit. p. 123 e seguintes.

<sup>111</sup> O rompimento ou tentativa de rompimento da relação violenta constitui fator de maior risco e que leva muitas vezes ao homicídio conjugal, pelo menos tentado.

<sup>112</sup> A dependência econômica não é confirmada em vários casos, nos quais a mulher vítima de agressões sustenta a si, aos filhos e inclusive o agressor. Não obstante, o estudo da OMS, acima referenciado, evidencia que em muitos entornos, quanto maior era o nível educativo e de formação, menor era o número de casos de violência. Em alguns locais, como no entorno urbano do Brasil, Namíbia, Perú, Tailândia e República da Tanzânia, observou-se um efeito protetor da educação, quando a mulher cursa estudos para além da escola secundária. As mulheres com um maior nível educativo tem mais possibilidades de escolha do companheiro, assim como a capacidade para escolher entre casar o não; ademais, observou-se um aumento da capacidade de obter maior autonomia e controle de recursos dentro do matrimônio. (*Estudio Multipaís de la OMS sobre salud...*, p. 10).

acarretando uma mescla de sentimentos, como o medo, a culpa, a compaixão, o amor, a vergonha e a insegurança. Trata-se de fenômeno revestido de complexidade, que aumenta de nível quanto maior for a influência do desamparo apreendido, o que terá reflexos na denúncia da violência e na manutenção do procedimento punitivo.

O seguinte quadro serve para sintetizar os fatores associados à permanência da mulher maltratada com o agressor<sup>113</sup>.

Características contextuais	Variáveis sócio-demográficas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dependência econômica</li> <li>• Isolamento familiar</li> <li>• Filhos pequenos</li> <li>• Influência de pessoas próximas sobre a conveniência de suportar a situação</li> </ul>
	Acesso a recursos comunitários	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ausência de alternativas reais sobre moradia, trabalho, bem como de serviços sociais e psicológicos de ajuda</li> <li>• Desconhecimento sobre recursos eventualmente existentes</li> </ul>
	Gravidade das condutas violentas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Moderada frequência e intensidade do maltrato.</li> <li>• Elevada gravidade do maltrato</li> </ul>
Características das mulheres maltratadas	Aspectos cognitivos e emocionais	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mulher enamorada e que quer apenas que a violência cesse</li> <li>• Dependência emocional, que gera o sentimento de que não consegue viver sem o agressor e medo extremo de abandoná-lo</li> <li>• Auto-atribuição de erros</li> <li>• Crenças culturais e religiosas de que é necessário manter a família unida a qualquer custo</li> </ul>
	Características de personalidade	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentimentos de baixa auto-estima</li> <li>• Sentimento de culpa pela existência e ocorrência da violência</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentimento de desamparo e de desesperança</li> </ul>

<sup>113</sup> AMOR Pedro, BOHÓRQUEZ, Isaura A. e ECHEBURÚA, Enrique. Op. cit., p. 132.

	Repercussões psicológicas na vítima	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ansiedade excessiva - medo, terror, tensão</li> <li>• Elevado grau de afetação da vida cotidiana pelo maltrato</li> </ul>
Características dos agressores	Características de personalidade e tipo de agressor	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dependência emocional - diz que não pode viver sem ela, que necessita dela</li> <li>• Características antissociais de personalidade</li> <li>• Agressor de alto risco - que provoca níveis graves de violência, profere ameaças de morte, possui histórico delitivo</li> </ul>
	Condutas específicas de manipulação e de maltrato	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pede perdão e jura que não voltará a maltratar a vítima;</li> <li>• Apresenta-se com um estado de ânimo deprimido e ameaça suicidar-se se abandonado;</li> <li>• Ameaça a vítima com graves consequências se ela o abandonar, como matá-la, retirar-lhe os filhos</li> </ul>

Concluimos, assim, esse breve estudo sobre a fenomenologia ínsita à violência conjugal, desde a sua caracterização, passando pelos efeitos e indicando fatores que podem ser os determinantes para a manutenção de relação violenta.

Como antes mencionamos, e expectativa com a abordagem é fornecer os elementos básicos para a compreensão de um contexto no qual estão inseridas determinadas infrações de natureza penal e, tendo em consideração as peculiaridades dessa violência criminalizada, discutir posteriormente o valor da mediação penal para o seu enfrentamento.

Antes, porém, é necessário identificar o instituto da mediação, inclusive a penal, tarefa que desenvolvemos nos próximos dois capítulos.

## 2. A mediação no contexto da autocomposição de conflitos

A mediação penal, em sentido amplo, é uma forma de resolução de conflitos, que integra um sistema conhecido como autocomposição.

Neste particular, e quando se pergunta acerca dos meios de tutela de direitos e interesses, são conhecidos três sistemas ou vias, entre si distintos, em essência, no elemento “quem resolve o conflito”<sup>114</sup>: na autotutela, há uma intervenção direta e unilateral, que culmina na imposição da solução de uma parte sobre a outra, sem intervenção de terceiros<sup>115</sup>; no sistema da heterocomposição, há a intervenção de um terceiro cuja incumbência é ditar a solução para o situação litigiosa; já na via autocompositiva esta solução é constituída e formatada pelas próprias partes afetadas pelo conflito.

Na sequência, e em virtude do enfoque da pesquisa, faremos as observações necessárias para a identificação dos sistemas da hetero e da autocomposição e dos mecanismos contemplados por cada um deles para a resolução do conflito, com enfoque maior na mediação, por ser o tema principal do presente estudo.

### 2.1. Os sistemas da heterocomposição e da autocomposição

A nota principal da via heterocompositiva situa-se no fato de um terceiro, não ligado às partes envolvidas no conflito, fornecer e estabelecer a solução para ele; no geral, esse sistema é taxado de adversarial<sup>116</sup>, porque nele há partes que litigam entre si e, ao final, uma delas resultará vencida pela outra, a vencedora. Aos que litigam cabe fazer as alegações que consideram adequadas e produzir as provas necessárias para a defesa e prevalência de suas

---

<sup>114</sup> Sobre a autodefesa, a autocomposição e o processo como “*las três posibles desembocaduras del litigio*” há uma referência já clássica em NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. Consultamos a 1ª reimp. da 3ª ed., México: Universidad Autónoma de México, 2000. Outra referência, que consultamos, é VILAR, Silvia Barona. “El Movimiento de las ADR em el Derecho Comparado”. In *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. Raquel Castillejo Manzanares (dirección). Madrid: Wolters Kluwer España, 2011, pp. 455-500; ainda: GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*. 6ª ed. (Kindle Edition). Aspen Casebook Series. Philadelphia: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

<sup>115</sup> Exatamente por importar na imposição de uma solução por meio da força (física, moral, econômica, política etc.) de uma das partes sobre a outra essa modalidade é comumente conhecida como justiça privada ou identificada com a expressão “fazer justiça com as próprias mãos”; e, como regra, é vedada pelos ordenamentos jurídicos, podendo chegar a configurar infração de natureza penal. As exceções também ordinariamente admitidas são, no campo cível, o desforço imediato para manutenção da posse e o direito de retenção de benfeitorias e, no âmbito penal, a legítima defesa. SILVIA BARONA VILAR acrescenta o caso da greve no âmbito laboral como manifestação de autotutela. (“El Movimiento de las ADR em el Derecho Comparado”, op. cit., 462).

<sup>116</sup> NURIA BELLOSO MARTIN afirma que “*El modelo conflictual se caracteriza por la oposición de intereses entre individuos iguales en derechos y por la actuación de un tercero encargado de declarar a quién pertenece el derecho*”. “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas”. In *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar en Castilla y León*. Junta de Castilla y León: Indipress, 2006, p. 55.

respectivas posições<sup>117</sup>.

Essa via ou modelo de solução de conflitos é método de substituição da vontade das partes envolvidas em controvérsia pela decisão de uma terceira pessoa alheia ao conflito de interesses gerador da discórdia, a quem cabe a responsabilidade de determinar o que aquelas devem fazer ou deixar de fazer<sup>118</sup>.

A heterocomposição desenvolve-se por dois métodos distintos, que são a jurisdição e a arbitragem e culminam, respectivamente, em sentença e laudo arbitral.

A jurisdição é compreendida como uma das funções típicas do Estado, que a exerce por meio de uma estrutura, composta por inúmeros órgãos e comumente designada como sistema de justiça, destinado a conhecer controvérsias entre indivíduos ou entre estes e pessoas jurídicas, inclusive de natureza pública, e fornecer uma solução para elas<sup>119</sup>, sem necessariamente promover a pacificação do conflito<sup>120</sup>. Depois de preparado o processo, que é público e segue uma lógica contraditória ou adversarial<sup>121</sup>, cabe ao julgador - juiz, magistrado - declarar as regras jurídicas aplicáveis ao caso em julgamento, proferindo uma sentença, que vinculará as partes do litígio e será de obediência obrigatória.

A arbitragem, por sua vez, é considerada um meio de solução de conflitos alternativo à jurisdição, no sentido de que, embora a decisão seja proferida por um terceiro alheio à controvérsia, este não é um agente público/estatal; assim como na jurisdição, há um terceiro

---

<sup>117</sup> Para HELENA NADAL SANCHEZ, “*La heterocomposición hace referencia a aquellos sistemas de solución de conflictos, sean de carácter público (jurisdicción) o sean de carácter privado (arbitraje), en los que un tercero da la solución a las partes, las cuales se limitan a realizar las alegaciones que consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones*”. E prossegue nestes termos: “*La vía heterocompositiva se caracteriza porque un tercero da la solución a las partes. También se denomina adversarial porque en ella las partes compiten y por tanto siempre hay un ganador y un perdedor. A ella pertenecen el Arbitraje y el Juicio*”. (“La mediación: una panorámica de sus fundamentos teóricos”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume V Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, 2010, p. 118).

<sup>118</sup> BÉRTOLI, Rubia Fiamoncini e BUSNELLO, Saul José. *Métodos heterocompositivos e autocompositivos de solução de conflitos: a mediação como meio de efetivar a obtenção da justiça*. Disponível em [https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/siteunidavi/revistaDireito/Artigo\\_Saul\\_R%C3%BABia.pdf](https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/siteunidavi/revistaDireito/Artigo_Saul_R%C3%BABia.pdf).

<sup>119</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

<sup>120</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional: Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45.

<sup>121</sup> Em que pese ser a adversarialidade uma nota característica do sistema heterocompositivo, importa consignar que o consenso no processo, inclusive penal, tem sido fortalecido nos últimos anos em vários sistemas jurídicos. Como corretamente apontado por NURIA BELLOSO MARTIN, “*Es una realidad que el modelo tradicional ha sido el conflictual, pero en los últimos años el modelo consensual pasa por un período de fortalecimiento y de recuperación ...*”. Op. cit, p. 56.

que decide o litígio, mas este não ostenta a qualidade de representante do Estado<sup>122</sup>. O procedimento, por outro lado, também é contraditório, havendo, ao final, a situação em que uma das partes é vencedora e outra vencida<sup>123</sup>.

JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS<sup>124</sup> assevera que os principais fatores que induzem o interesse pela arbitragem podem ser assim elencados: a) demora para a solução das controvérsias pela via da jurisdição, determinada pelo excesso de litígios/processos; b) crescente complexidade dos negócios, como reflexo da também complexidade das relações sociais, provocando problemas acerca da compreensão da matéria subjacente ao conflito, tanto para os magistrados como para os advogados; c) natureza do procedimento arbitral, que prima pela celeridade, neutralidade, especialização, confidencialidade e flexibilidade, além do seu baixo custo; d) crescente facilidade de execução das sentenças arbitrais.

Desse modo, havendo um conflito entre pessoas ou empresas, ao invés de levá-lo ao Poder Judicial/Judiciário, no ambiente estatal e público, podem as partes levá-lo à arbitragem, no ambiente privado, para produzir uma decisão arbitral que terá os mesmos efeitos de uma sentença judicial<sup>125</sup>.

Cabe acrescentar que a arbitragem é instituto com duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional<sup>126</sup>. Pelo contrato as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, sujeita, no entanto, a princípios de ordem pública, como os da independência, da imparcialidade, do livre convencimento do árbitro, do contraditório e da igualdade. A arbitragem, desse modo, pressupõe a livre opção das partes, com vontade autônoma, por meio de uma convenção de arbitragem - cláusula compromissória, firmada antes do surgimento de conflito, ou compromisso arbitral, quando já existente o conflito. Firmada a

---

<sup>122</sup> JOSÉ MARIA DA CUESTA SÁENZ considera que a arbitragem “*es una institución de carácter contractual, mediante la cual, los sujetos, sean personas físicas o jurídicas, someten, mediante un acuerdo de sus voluntades llamado convenio arbitral, las controversias surgidas entre ellos o que puedan surgir en lo sucesivo a la decisión de uno o varios árbitros, que previamente se comprometen a acatar. La decisión del árbitro o del colegio arbitral, que designarán por procedimiento establecido de común acuerdo, recibe el nombre de laudo arbitral, y puede basarse en derecho o equidad y tiene la misma eficacia que las sentencias pronunciadas por los jueces y tribunales, ya que tiene la eficacia de cosa juzgada y es susceptible de ejecutarse a través del mismo procedimiento previsto para la ejecución forzosa de las sentencias firmes. Contra el laudo arbitral sólo es posible entablar recurso de anulación por las causas tasadas en la Ley (...)*”. (“El laudo en el sistema arbitral del consumo”. In *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 25, 1999, p. 117-137).

<sup>123</sup> É comum haver legislação específica sobre a arbitragem; em Portugal, vige a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro e, no Brasil, a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>124</sup> *Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 183.

<sup>125</sup> GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 75.

<sup>126</sup> Sobre as teorias contratualista e jurisdicionalista para explicar a natureza da arbitragem: CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposición y autodefensa...* op., cit, p. 74.

convenção de arbitragem, as partes ficam irrevogavelmente vinculadas à jurisdição arbitral, consoante regulamento previamente aceito, podendo contar com o apoio de instituição arbitral especializada na administração desse procedimento<sup>127</sup>.

A outra via ou sistema de resolução de conflitos é denominada de autocompositiva, cuja nota essencial é a ausência do terceiro como responsável por ditar a solução para a controvérsia, que é, neste sistema, construída pelas partes que integram a situação litigiosa.

O responsável pela solução para a controvérsia, portanto, é o principal elemento distintivo entre as vias auto e heterocompositiva. No sistema de autocomposição há um protagonismo maior das próprias partes tocadas pelo conflito, que podem fazer-se assistidas ou não por terceiros, e a perspectiva é a construção de uma solução que tenha forma de acordo. Por essa razão, o procedimento não é contraditório ou adversarial<sup>128</sup>.

Não é o momento, ainda, de emitir juízo valorativo sobre qual dessas vias é melhor ou pior, o que faremos oportunamente e tendo como referência a solução de conflitos oriundos de relação conjugal. Por ora, concordamos com NURIA BELLOSO MARTIN<sup>129</sup> quando afirma que as formas heterocompositiva e autocompositiva apresentam vantagens e desvantagens; por isso, a questão central é saber como extrair o melhor uso de cada uma delas, levando em consideração variáveis como a natureza do conflito, o procedimento de gerenciamento, a autonomia e capacidade das partes para administrar seu próprio conflito, entre outros.

No geral, são referidas a negociação, a conciliação e a mediação como as principais modalidades de solução autocompositiva de conflitos; ademais, é comum a referência a elas como sendo métodos alternativos de solução<sup>130</sup>, pois não vinculados, como regra, à jurisdição e pautados em princípios e procedimentos diversos, essencialmente não contraditórios e não adversariais.

---

<sup>127</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 59.

<sup>128</sup> Para NURIA BELLOSO MARTIN, “*Las vías autocompositivas son aquéllas que se caracterizan porque son las propias partes, auxiliadas, ayudadas o motivadas o no por un tercero, las que protagonizan el acuerdo. No se someten a un tercero para que éste resuelva sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto, limitándose el tercero-mediador a aproximar a las partes en el acuerdo pero nunca hasta el punto de imponerles la solución*”. (“Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 54).

<sup>129</sup> “Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 51.

<sup>130</sup> A arbitragem, acima mencionada, também é de natureza alternativa à jurisdição, mas com esta comunga a circunstância de a solução para a controvérsia ser ditada por um terceiro, e nesse elemento se distingue da negociação, conciliação e mediação, nas quais a resolução do conflito é construída pelos seus titulares. Contudo, não é exato dizer que negociação, conciliação e mediação são necessariamente técnicas alternativas à jurisdição, pois podem, a depender do ordenamento jurídico incidente, ser integradas e relacionadas ao processo desenvolvido perante a jurisdição. Esse tema será melhor esclarecido em outra passagem do presente texto.

## **2.2. Os métodos do sistema autocompositivo**

Com essas primeiras aproximações, na sequência apresentamos algumas notas sobre negociação, conciliação e mediação que, como mencionado, são as espécies de métodos de resolução autocompositiva de conflitos, culminando com uma tentativa de distinção entre elas.

### **2.2.1. Negociação**

A convivência entre as pessoas depende, por natureza, de concessões, e elas são necessárias em todos os âmbitos - desde a relação entre o Estado e os indivíduos, como entre estes, nas suas mais diversas dimensões, como a vida privada, a profissional, a do lazer, etc. Em essência, trata-se de um processo de interação entre duas ou mais pessoas com o propósito de alcançar acordo sobre uma questão conflituosa, por meio de concessões recíprocas.

Como método de solução de conflitos, a negociação é vista como um procedimento que busca um acordo minimamente satisfatório para os afetados pela controvérsia; a ferramenta principal para alcançar a satisfação, no maior grau possível, é a comunicação na forma de diálogo, direcionado a um ponto de equilíbrio nascido de concessões acerca dos interesses contrapostos.

Uma das características da negociação é a não interferência de terceira pessoa, nem mesmo para auxiliar quem está negociando; os sujeitos ativos da negociação são os próprios participantes da relação conflituosa, permitindo-se, contudo, que sejam representados<sup>131</sup>.

Portanto, e em termos conceituais, podemos dizer que a negociação é um processo comunicacional estabelecido diretamente entre sujeitos afetados por uma relação conflituosa, sem intervenção de terceiros, e predispostos a superarem a controvérsia na forma de acordo<sup>132</sup>.

As três condições necessárias para a negociação são estas: a) as partes devem ter interesses comuns quanto ao resultado a alcançar por meio da negociação; b) as partes devem ter interesses em conflito ou contrapostos, do que decorre que, dentre os resultados desejados, alguns são melhores para uma das partes e outros são melhores para a outra; c) as partes devem ter a possibilidade de comunicar-se, isto é, ter a oportunidade de dizer à outra parte o que oferece

---

<sup>131</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 27.

<sup>132</sup> GABBAY, FALECK e TARTUCE conceituam a negociação como "... comunicação estabelecida diretamente entre as partes, com avanços e retrocessos, em busca de um acordo. É, por excelência, o mais fluido, básico e elementar meio de se resolver controvérsias; é também o menos custoso. As partes, elas mesmas, resolvem a disputa, sem a ajuda de terceiros e sem os gastos decorrentes da inclusão de tais terceiros". (GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*, op. Cit., p. 19).

e o que aceita<sup>133</sup>.

Por outro lado, as situações passíveis de negociação têm determinadas características<sup>134</sup>. A primeira é a existência de duas ou mais partes implicadas em determinada relação conflituosa; podem ser pessoas, grupos ou organizações, entre os quais é perceptível certo grau de interdependência. A segunda é a presença de um conflito de interesses, ou seja, uma situação de não coincidência, entre os participantes da relação, de desejos e necessidades. Também deve existir, para que a negociação seja minimamente promissora, uma certa relação de equilíbrio de poder entre as partes; de fato, se uma delas possui poder muito elevado sobre a outra, estará em condições de impor a sua posição e não precisará negociar. Ainda será necessária a vontade de solver o conflito por meio de um acordo, por conta da possibilidade de cada parte fazer determinadas concessões; ou seja, ao menos à partida, a opção pela negociação pressupõe certa margem para ceder. Outra nota peculiar da situação é o surgimento de um procedimento de ofertas e contraofertas, uma atividade de dar, receber e ceder, que importa na modificação da posição inicial de cada parte; ao menos em tendência, é por essa via que se alcança o acordo.

A negociação visa alcançar resultados tangíveis, como o acordo econômico obtido por meio dela, mas ela movimenta fatores intangíveis, como os aspectos psicológicos e sociais que determinam o comportamento das partes durante a negociação.

A estes dados sobre a negociação acrescentamos mais dois, seguindo a trilha teórica proposta por NURIA BELLOSO MARTIN<sup>135</sup>; de um lado, há variáveis que intervêm no processo de negociação, que são o poder, a informação e o tempo e, por outro, há tipos diferentes de negociação, que são a distributiva e a integrativa.

No âmbito das variáveis, o poder é fator importante para o êxito da negociação, e ele pode decorrer da legitimidade da oferta, da assunção de riscos, do conhecimento sobre a posição e necessidades da outra parte, de precedentes, assim como da capacidade persuasiva.

O tempo é outro dado que tem aptidão para interferir no processo da negociação e no resultado; a pressa de uma das partes, ditada pelo pouco tempo que tem para alcançar o resultado, em regra cria situação desvantajosa, na forma de redução de objetivos, de

---

<sup>133</sup> Nesse sentido: GESTOSO, Carlos Guillén; CLARES, J Mena; RUIZ, E. Ramos y SEVILHA, Sérgio Sánchez. “Aproximación genérica a la mediación”. In J. Sánchez Pérez coord., *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, p. 59-72.

<sup>134</sup> Nesse sentido: DÍAZ, Francisco José Medina y JACA, Lourdes Munduate. “La naturaleza de la negociación”, In *Gestión del conflicto, negociación y mediación* Coord. mesmos autores, Madrid: Pirámide, 2005, p. 120-121, e MARTIN, Nuria Belloso, op. cit., p. 65.

<sup>135</sup> “Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 66/67.

rebaixamento de exigências e de incremento das concessões.

Outra variável é a informação, de forma especial sobre as necessidades e desejos, os objetivos, o poder próprio e da outra parte; também sobre os efeitos de não se alcançar o acordo, sobre as possibilidades de cumprir o acordado, entre outros dados.

Por derradeiro, identifica-se dois tipos de negociação.

A negociação distributiva, conhecida como “de soma zero”, ocorre quando aquilo que uma das partes ganha é o correspondente ao que a outra perde; neste caso, o comportamento das partes, durante a negociação, tem natureza competitiva<sup>136</sup>, sendo um processo de ganho/perda.

Já na negociação integrativa os negociadores atuam de forma cooperativa e de acordo com os objetivos que cada um estabeleceu; a pretensão, nesse caso, é encontrar um ponto de equilíbrio e um acordo vantajoso para ambas as partes, sem que haja vencedor e vencido<sup>137</sup>.

### **2.2.2. Conciliação**

O termo conciliação também é utilizado em contextos diferentes, sendo natural que em cada um deles apresente determinado significado. Mas, em essência, trata-se de procedimento que envolve pessoas/partes em conflito e pretende conduzir a um entendimento ou a um consenso, necessários para a promoção de um acordo. Assim, na condição de meio de solucionar litígios, a conciliação é um procedimento destinado a harmonizar e a pacificar duas ou mais pessoas/partes sobre a controvérsia e, como consequência, produzir uma solução para ela.

Na abordagem que estamos fazendo, podemos inserir a conciliação dentre os métodos autocompositivos de conflitos, embora não seja em nada estranho que se promovam tentativas de conciliação no âmbito de processos heterocompositivos.

A nota essencial da conciliação é a presença de um terceiro, o conciliador, cuja tarefa é promover a mencionada pacificação das posições adversas, e nisso se distingue da negociação, levada a efeito apenas e diretamente pelos participantes da relação litigiosa.

---

<sup>136</sup> NURIA BELLOSO MÁRTIN assevera que “*La negociación distributiva es típica de las sociedades occidentales, donde la competencia tiene un valor primario como medio de superación productiva y de autorrealización, en un contexto de sistema de mercado*”. “Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 67.

<sup>137</sup> HELENA NADAL SANCHEZ afirma que a negociação é “... un proceso de interacción entre dos o más partes que tiene como fin llegar a un acuerdo satisfactorio para todos. Se puede negociar desde dos premisas: si se busca el máximo beneficio posible para cada parte renunciando a lo secundario se trata de una negociación competitiva y si se buscan los intereses comunes como base de la toma de acuerdos, entonces se trata de una negociación cooperativa”. (“La mediación:...”, op. cit., p. 120).

Este terceiro deve atuar com neutralidade e imparcialidade para administrar o conflito, e sua função é opinar e sugerir um possível acordo, por meio de proposições que considerem as vantagens e desvantagens para as partes. Observa-se, portanto, que a conciliação é válida quando as partes diretamente envolvidas no conflito não têm capacidade ou condições para a negociação, pois, se a tivessem, poderiam dispensar a presença e intervenção desse terceiro, o conciliador.

Nessa medida, o conciliador exerce papel ativo na gestão do conflito, emitindo juízo de valor acerca dele e externando suas percepções como elementos para superá-lo. Embora, ao final, seja das partes em litígio a decisão por fazer ou não o acordo e as responsáveis pelo seu conteúdo, o conciliador exerceu papel essencial para que elas tomassem a decisão, atuando de forma independente e imparcial; embora sem poderes para decidir, dá sugestões, recomenda soluções e alerta sobre vantagens e riscos da aceitação ou não de determinada proposta<sup>138</sup>. Seu papel, portanto, é de facilitador da comunicação entre as partes em conflito<sup>139</sup>.

Como mencionado, a conciliação pode ocorrer em procedimento autônomo com natureza autocompositiva, assim como pode ser promovida no âmbito de procedimento heterocompositivo, como uma de suas fases. Ela, portanto, é compatível com a jurisdição e a arbitragem<sup>140</sup> e, como veremos na sequência, uma mediação bem sucedida pressupõe, de algum modo, uma conciliação entre as partes.

### 2.2.3. Mediação

A mediação é outro método de solução de litígios, que não se confunde com a negociação, nem com a conciliação, embora comungue com esta a existência de um terceiro alheio às partes em conflito, denominado de mediador, ao mesmo tempo em que nela há uma etapa consistente em negociação.

Contudo, delimitar, com a necessária precisão, o instituto da mediação não é tarefa fácil. Com efeito, podemos observar na doutrina uma profusão de conceitos variáveis entre si,

---

<sup>138</sup> FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; JUNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. *Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 56.

<sup>139</sup> Segundo NURIA BELLOSO MÁRTIN, “*La conciliación hace referencia a la reunión de las partes en unas circunstancias y en un ambiente propicio para llegar a un acuerdo. El conciliador es un facilitador de la comunicación entre los elementos en conflicto*”. (Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 67).

<sup>140</sup> De acordo com HELENA NADAL SANCHEZ, “*La Conciliación puede ser de carácter extrajudicial si se lleva a cabo fuera de un juicio y el acuerdo al que se llega tiene un carácter transaccional y judicial cuando el acuerdo al que llegan las partes se ve legitimado por el juez y en ese caso el acuerdo adopta el carácter de sentencia*”. (“La mediación:...””, op. cit., p. 119). De resto, há nas legislações inúmeros casos em que são designadas, no âmbito de processo perante a jurisdição, de “audiências de conciliação”.

sendo difícil identificar, dentre os propostos, algum que inclua todas as nuances e perspectivas da mediação. Nessa senda, concordamos com HELENA NADAL SANCHEZ<sup>141</sup> quando sugere que se busque certas características que sempre são referidas na tentativa de conceituá-la, elencando estas: a) a mediação é um sistema de resolução de conflitos no qual são os envolvidos que procuram as soluções com a ajuda de um mediador; b) o mediador é um terceiro imparcial, devidamente qualificado, que lança as bases para que as partes opostas encontrem soluções consensuais e que o façam na perspectiva de “todos ganham” e que sua tarefa é alcançar dois objetivos: b.1) substituir a ideia de que o conflito é destrutivo pela ideia de que ele pode ser um processo construtivo e até positivo<sup>142</sup>; b.2) restabelecer a comunicação entre as partes, elemento que mais se deteriora em um conflito e, ao mesmo tempo, a única maneira de resolvê-lo.

Mesmo assim, não se pode, ao menos à partida, dizer que tais elementos estejam ausentes em outros métodos de composição de litígios, em especial a conciliação, ou sejam incompatíveis com eles. A questão, portanto, é definir e identificar algo essencial na mediação que tanto a individualize como forma de solução de litígios, quanto eventualmente a recomende como melhor para casos determinados. E, nesse caminho, é imprescindível observar, ainda que apenas de passagem, o que se denomina de fundamentos teóricos para a mediação, em especial sob três perspectivas: uma noção para conflito, o procedimento adotado e os objetivos a serem alcançados.

### **2.2.3.1. Sobre os fundamentos teóricos para a mediação - breve panorama**

A mediação é método autocompositivo de resolução de conflitos, levada a efeito por meio de um procedimento variável e para alcançar objetivos também variáveis, tudo a depender do marco teórico que está na sua base. E, neste particular, são conhecidos e normalmente mencionados três modelos - o de Harvard, o transformativo e o circular-narrativo -, que

---

<sup>141</sup> “La mediación: ...”, op. cit., p. 118.

<sup>142</sup> Sobre a ideia negativa do conflito, HELENA NADAL SANCHEZ pondera que, no geral, o conflito é percebido por quem se encontra em relação litigiosa como decorrência de um erro, de um equívoco, e que as consequências dele sempre são destrutivas, em razão do que deve ser evitado a todo custo; também ocorre uma confusão entre a pessoa com quem se tem um conflito e o problema que o causou, sendo natural dirigir ataques à pessoa; isso dificulta a comunicação direta com a outra pessoa, e a ela se imputa a responsabilidade pelo sucedido e cada parte mantém a sua posição; cada parte tem por premissa que sua opinião sobre a controvérsia sempre é a mais correta; o sentimento predominante entre as partes é a desconfiança. Cria-se, portanto, um quadro de incômodo, e nele é difícil alcançar soluções amigáveis e consensuadas. Por isso, será papel do mediador substituir os elementos acima indicados por outros que tornem possível uma percepção positiva do conflito, partindo da premissa de que conflitos são inevitáveis entre seres humanos que convivem e que eles podem ser oportunidade para mudanças que repercutam no futuro; ele deve isolar a pessoa do problema que gerou o conflito, o que produz um tratamento mais respeitoso; deve criar condições para que as partes questionem suas opiniões e reconheçam a responsabilidade quanto ao problema, fazer com que as partes gerem confiança recíproca e, nesse clima, alcancem um acordo adequado e satisfatório para ambas. (“La mediación: ...”, op. cit., p. 118).

apresentaremos, de forma sintética, nas páginas que seguem, nomeadamente para perceber a particular compreensão sobre os três elementos recém mencionados - noção para conflito<sup>143</sup>, o procedimento adotado, em especial a via de negociação, e os objetivos a serem alcançados. Também interessa outro conceito, que é o de fator de coesão, compreendido como princípio básico sobre o qual se constrói e ordena determinada relação - matrimonial, familiar, laboral, comunitária ou outra; a ideia é identificar se, em linhas gerais, a relação tem sentido individualista, comunitário ou significativo.

#### 2.2.3.1.1. Modelo Harvard

Esse modelo de solução de conflitos foi proposto por ROGER FISHER, WILLIAM L. URY e BRUCE PATTON<sup>144</sup>. Além de harvardiano, recebe outras denominações como modelo diretivo<sup>145</sup>, tradicional linear<sup>146</sup> e mediação orientada pelo acordo<sup>147</sup>. Em termos sintéticos, ele nasceu de um projeto da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, conhecido como *Harvard Negotiation Project*<sup>148</sup>.

O modelo insere-se na perspectiva do assim chamado “movimento contemporâneo de mediação”, que se desenvolveu nos Estados Unidos da América nas décadas de 1970 e 1980<sup>149</sup>.

---

<sup>143</sup> Limitar-nos-emos a apresentar as mencionadas noções sobre o conflito, sem ignorar que se trata de tema de grande envergadura e que é objeto de estudo por inúmeros autores e no âmbito de várias áreas do conhecimento, nomeadamente a psicologia e a sociologia, onde são desenvolvidas teorias sobre a causalidade dos conflitos - em geral, sob os enfoques individual, social e estrutural. Nesse sentido, CONFORTI, Franco. *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*. Madrid: Tecnos, 2016, pp. 57-88. Para as ciências jurídicas, o interesse em torno da temática também é relevante, na medida em que a elas compete, com proeminência, definir modelos para a resolução dos conflitos concretamente observados.

<sup>144</sup> A obra de referência destes autores é “*Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In*”, na qual elaboram uma teoria sobre a negociação e a mediação, propondo, em linhas muito gerais, a mudança do foco de posição para interesses, a separação do problema das pessoas, a proposição de opções para ganho mútuo, a utilização de critérios objetivos, entre outros. (A obra foi traduzida para a língua portuguesa por Rachel Agavino, com o título *Como Chegar ao Sim*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

<sup>145</sup> Denominação utilizada por ROBERT A. BARUCH BUSH e JOSEPH P. FOLGER, na obra “*The Promise of Mediation - The Transformative Approach*”, publicada em 1996. Consultou-se a obra traduzida para o espanhol por Aníbal Leal: *La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Buenos Aires-Argentina: Granica, 2006.

<sup>146</sup> Utilizada por MARINÉS SUARES, in *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 2008.

<sup>147</sup> Proposta por LISA PARKINSON, em *Mediación Familiar Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

<sup>148</sup> O programa ainda está em execução sob a denominação de *Program on Negotiation*. Informações sobre ele estão disponíveis em <https://www.pon.harvard.edu/>.

<sup>149</sup> O enfoque principal dos autores americanos dessa fase foi a identificação das barreiras existentes para a resolução de disputas e propunham a aplicação de técnicas centradas no conhecimento dos interesses e necessidades das partes, na proposição de ganhos mútuos, na verificação de interdependência entre as partes em conflito, a conveniência de participação de facilitadores neutros, como os mediadores. (FALECK, Diego e TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em [www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora). Acesso em 12/04/20).

Uma das noções desenvolvidas nesse contexto é conhecida como “história da satisfação” que, com pauta individualista, vê na mediação uma ferramenta de solucionar disputas voltada para acordos que satisfaçam, na maior medida possível, todos os indivíduos implicados na relação litigiosa. Manifesta respeito absoluto pelo indivíduo e o conflito é visto como um problema que entorpece o desenvolvimento e a felicidade individuais<sup>150</sup>.

O fator de coesão para o modelo harvardiano é o contrato firmado entre iguais; ele tem, portanto, perspectiva individualista, coerente com a história da satisfação da qual deriva.

O conflito é visto como obstáculo para a satisfação dos interesses e necessidades das partes nele envolvidas e, por esta razão, prioriza o acordo como forma de superá-lo<sup>151</sup>.

O modelo de negociação ou de mediação que propõe é a colaboração das partes que estão em discórdia, forma de propiciar a cada uma delas porção de sua pretensão inicial, satisfação de, pelo menos, uma medida dos interesses, a maior possível; o acordo, desse modo, pretende evitar que, ao final, haja vencedores e vencidos.

Com estes pressupostos, e como acentuado por HELENA N. SANCHES<sup>152</sup>, quando o mediador dirige o processo de mediação com estes parâmetros, conduz as partes em conflito por um caminho que as leva a construir uma nova ordem dentro da estrutura que alicerça a relação entre elas; essa estrutura é identificada como a sociedade aberta, nascida das teorias contratualistas que vicejaram nos séculos XVII e XVIII, na qual o relacionamento entre seus membros é pautado pela noção de troca, havendo entre eles associações voluntárias, flexíveis e móveis; e, em percepção típica do liberalismo econômico, compreende que a liberdade individual é a condição natural do homem e que tudo o que a impede ou restringe deve ser eliminado. E a mediação é vista, com essa base, como meio para chegar a acordos úteis entre as partes em conflito para a maior felicidade possível a ambas.

A forma procedimental da mediação, segundo o modelo harvardiano, deve partir da identificação dos interesses das partes em conflito. O interesse corresponde aos desejos e às necessidades a serem satisfeitas, e representa a meta a ser alcançada pela parte; em regra, o interesse pode ser extraído das posições externadas, compreendidas como declarações acerca do resultado pretendido pela parte. Identificados os interesses de cada parte a partir das posições externadas, é tarefa do mediador descobrir os interesses mútuos e, sem retirar das partes o poder

---

<sup>150</sup> BUSH, Robert A. Baruch, FOLGER, Joseph P. *La promesa de la mediación...*, op. cit., p. 40-43.

<sup>151</sup> MUÑOZ, Helena Soletto e PARGA, Milagros Maria Otero. *Mediación y solución de conflictos. habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 25

<sup>152</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: ...”. Op. cit., p. 128.

de decisão, propor termos para o acordo, a partir de opções de benefício mútuo<sup>153</sup>.

O modelo em análise considera que em qualquer disputa estão presentes três elementos básicos: a) os interesses das partes; b) os padrões normativos que devem ser observados e, c) uma relação de poder entre as partes. Além disso, no processo da negociação, inerente à mediação, as partes podem focar sua atenção em uma de três esferas: a) reconciliar os interesses que permeiam a situação conflituosa, b) determinar quem está certo ou, c) determinar quem tem mais poder. O êxito em resolver a disputa depende da reconciliação de interesses, o que pressupõe abrandar posições enrijecidas e buscar soluções criativas, por meio de trocas e concessões. Negociações que visam determinar quem está certo - qual dos lados tem maior mérito -, ou aquelas focadas na demonstração de poder - pela troca de ameaças - dificilmente concretizam o que o modelo de Harvard propõe, que é um resultado satisfatório para ambas as partes em conflito<sup>154</sup>.

Importante é anotar que para este modelo interessam primordialmente os aspectos objetivos do conflito, ficando em segundo plano o contexto subjetivo, formado pelas emoções nele envolvidas e pelas interpretações que as partes fazem dos fatos. O mediador induz uma análise pragmática e objetiva acerca dos fatos que conduziram à discórdia, focado na resolução rápida do conflito. Para isso, afasta da negociação o componente interrelacional, o substrato emotivo que subjaz ao conflito - quem o causou/fomentou; essa opção é ditada, para o modelo em análise, na vantagem de afastar da discussão fatores que podem conduzir a uma competição destrutiva e a distorcer o pensamento lógico e racional, compreendido como essencial para o êxito da mediação<sup>155</sup>.

Merece consideração, ainda, que para o modelo harvardiano melhorar ou expandir a comunicação entre as partes em conflito não é um objetivo em si, mas instrumental para

---

<sup>153</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: ...”. Op. cit., p. 129.

<sup>154</sup> FALECK, Diego e TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em [www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora). Acesso em 12/04/20).

<sup>155</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: ...”. Op. cit., p. 129. Como linha geral, o modelo harvardiano considera que focar nas emoções requer muito trabalho e energia, e atrapalha o processo da negociação, que é uma atividade dinâmica durante a qual se manifesta, ao mesmo tempo, uma grande gama de fatores, como declarações, informações e estratégias, e o foco nas emoções pode distrair o negociador. Contudo, isso não implica no desprezo das emoções, que fazem parte de todas as negociações e exercem papel relevante no seu êxito e, além das partes, o próprio mediador também as tem. ROGER FICHER e DANIEL SHAPIRO, por exemplo, ligados ao *Harvard Negotiation Project*, no livro *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*. (London, Penguin Books, 2005), fazem abordagem específica sobre o papel das emoções nos processos de negociação e mediação, partindo dos pressupostos de que elas estão sempre presentes, são poderosas, de difícil abordagem e que ignorá-las pode ser fatal para alcançar um bom resultado. (Consultou-se a versão eBook Kindle).

alcançar um acordo satisfatório, marco para identificar o êxito do procedimento da mediação<sup>156</sup>.

Na síntese proposta por DIEGO FALECK e FERNANDA TARTUCE<sup>157</sup>, a teoria da negociação de Harvard está estruturada em décadas de pesquisas, estudos experimentais e aplicações em casos reais, oferecendo diretrizes práticas e prescritivas desenvolvidas a partir de uso repetitivo e constante refinamento. Faz uma distinção entre a negociação competitiva, designada como “perde/ganha”, na qual as partes pretendem “vencer” a negociação por meio da intimidação e querem captar para si todo o valor disponível na mesa de negociação, e negociação cooperativa, baseada em princípios e na qual os participantes buscam o “ganha-ganha”, por meio de soluções inovadoras e criativas e voltada para a criação de valor e à manutenção de relacionamentos. Naturalmente, opta por essa última perspectiva.

#### **2.2.3.1.2. Modelo transformativo**

O modelo transformativo, também chamado de mediação terapêutica, como decorre da própria denominação, propõe uma metodologia centrada na melhora ou transformação da relação entre das pessoas envolvidas no conflito<sup>158</sup>.

Esse modelo encerra uma crítica ao harvardiano e parte da constatação de que acordos obtidos pelo método tradicional de negociação não foram devidamente cumpridos pelas partes, ou posteriormente voltaram a conduzir-se da mesma maneira na interação com a outra; ou seja, não houve uma mudança na relação e, mantendo o padrão de conduta anterior, em tendência haverá a reiteração de conflitos<sup>159</sup>.

Com essa percepção, o modelo transformativo representou uma mudança do paradigma de mediação proposto pelo modelo de Harvard. Com efeito, ele compreende a mediação como procedimento que pretende mais que um simples acordo sobre os pontos relevantes do conflito, para induzir os participantes a se utilizarem dela como fonte de

---

<sup>156</sup> Abordagens específicas sobre o papel da confiança e da comunicação clara nos processos de mediação há em MNOOKIN, Robert H., PEPPE, Scott R., TULUMELLO, Andrew S. *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000 e SEBENIUS, James K. “Negotiation Analysis: A Characterization and Review”. In *Management Science*, Vol. 38, No. 1 (Jan., 1992), pp. 18-38.

<sup>157</sup> FALECK, Diego e TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em [www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora). Acesso em 12/04/20).

<sup>158</sup> A obra comumente referida como marco definidor desse modelo é “The promise of mediation”, de autoria de ROBERT A. BARUCH BUSH e JOSEPH P. FOLGER e publicada inicialmente em obra coletiva com o título *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, (Menkel-Meadow, Carrie J.; Love, Lela Porter; Schneider, Andrea Kupfer; Sternlight, Jean R.), em 1994 (Nova York: Aspen Publishers). Posteriormente, foi publicado como obra autônoma, com o título “The promise of mediation - The Transformative Approach”.

<sup>159</sup> Abordagem detida dessa questão há em SUARES, Marinés. *Mediación: ...op. cit.*, p. 59-60.

enriquecimento pessoal e oportunidade de desenvolvimento moral. Portanto, a perspectiva de satisfação individual como fruto da mediação do modelo de Harvard é substituída pela percepção de que a outra parte também busca, de forma legítima, a sua própria satisfação<sup>160</sup>.

No lugar da “história da satisfação”, é proposta a “história da transformação”: a mediação é forma especial de resolução de conflitos vocacionada ao crescimento moral dos participantes, tornando-os emocionalmente mais fortes e compreensivos e com capacidade de sentir empatia pelo outro, ou seja, aceitar que ele tem razões e necessidades igualmente válidas. Há uma perspectiva de empoderamento das partes, além de gerar o reconhecimento, sendo estes os objetivos maiores da mediação<sup>161</sup>. Como consequência natural, e ainda que a longo prazo, essa forma de compreender a mediação tem condições de criar sociedades mais pacíficas e harmoniosas<sup>162</sup>.

Esse entendimento sobre a mediação projeta efeitos no aspecto temporal nela envolvido: se na perspectiva harvardiana ela deve conduzir a um acordo no menor tempo possível, para que as partes voltem ao estágio de satisfação prévio ao conflito, para o modelo transformativo, como o objetivo da mediação não é apenas o acordo, mas o incremento nas condições morais dos participantes, considerado condição essencial para uma relação adequada entre eles, o processo não é premido por prazos curtos, pois se entende que a resolução do conflito pode ser consequência direta do processo de mediação, ou então, quando já cessado este, o crescimento moral das pessoas que integram a relação litigiosa e a aproximação entre elas disso decorrente o permita<sup>163</sup>.

Com tais parâmetros, nota-se que o fator de coesão nesse modelo é de natureza comunitária, de produção do bem comum. As soluções produzidas para os conflitos por meio

---

<sup>160</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: ...”. Op. cit., p. 131/132. Segundo SIMON ROBERTS e MICHAEL PALMER, os autores que preconizam o modelo transformativo pretendem que a mediação se preste para algo além de mera forma de “solução de problemas” e, com isso, alterar o paradigma da visão individualista para uma relacional; os conflitos não são problemas, mas oportunidades de crescimento moral e de transformação (*Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 177-178). E, de acordo com os próprios ROBERT BUSCH e JOSEPH FOLGER, a razão mais forte para acreditar que o modelo transformativo “*deve orientar a prática da mediação é a premissa segundo a qual o benefício da transformação do conflito - ou seja, alterar a qualidade na interação - é mais valioso do que os outros benefícios que a mediação pode produzir, mesmo que sejam importantes*”. (*La promesa de la mediación*, op. cit., p. 35)

<sup>161</sup> Segundo ROBERT BUSCH e JOSEPH FOLGER, o empoderamento se manifesta quando os envolvidos no conflito e no processo de negociação fortalecem a consciência sobre seu próprio valor e sobre sua habilidade de lidar com as dificuldades com que se deparam; o reconhecimento, por sua vez, nasce quando as partes desenvolvem a disposição e capacidade de compreensão das situações da outra. (*La promesa de la mediación*, op. cit., p. 40-41).

<sup>162</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: ...”. Op. cit., p. 122.

<sup>163</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: ...”. Op. cit., p. 132.

da mediação devem priorizar a perspectiva social e comunitária, ainda que impliquem em menor satisfação pessoal.

O conflito, para o modelo transformativo, não é um mero obstáculo para a felicidade individual; ele é visto como oportunidade de crescimento moral para as pessoas por ele ligadas e para resgatar valores relacionados ao sentimento de comunidade, como a solidariedade, o cuidado, a compreensão, e que impactam na ideia do bem comum. Ou seja, por meio da transformação individual, tem a capacidade de induzir progressiva transformação social.

Coerente com essa lógica, a via ou modelo de negociação é focado nas relações entre as partes - enfoque relacional; ao contrário da abordagem apenas objetiva acerca dos fatos que originaram o conflito, este modelo se interessa de modo especial pelos aspectos subjetivos existentes na base do conflito; pretende fazer com que as partes consigam reinterpretar os fatos e alterar suas percepções sobre eles, especialmente para compreender as razões da outra parte.

Desse modo, haverá êxito no processo da mediação quando as partes alcançarem esta condição e possibilidade, pois terão incrementado o padrão moral; este é, portanto, o marco de sucesso da mediação, ficando o acordo em segundo plano<sup>164</sup>.

Para alcançar esse resultado, o modelo transformativo demanda do mediador qualidades e habilidades especiais. A ele é destinada a tarefa de estimular a capacidade das partes de reconhecer a legitimidade da posição da outra, em patamar de igualdade com a própria, e ter essa identidade como vetor na proposição de soluções para o conflito. De forma especial, deve ter empatia, compreensão e capacidade para relacionar-se, experiência de vida para além dos conhecimentos formais, habilidade para responder às necessidades emocionais e de ordem prática, bem como um estilo pessoal e de trabalho flexível para variar e adaptar o ritmo do processo da mediação<sup>165</sup>.

### **2.2.3.1.3. Modelo circular-narrativo**

Este modelo, desenvolvido cronologicamente depois dos dois anteriores, é proposto por SARA COBB<sup>166</sup>, que o apresentou a partir de 1995 em artigos e cursos sobre negociação e

---

<sup>164</sup> Nas precisas palavras de MARINÉS SUARES, o objetivo da mediação, sob esse enfoque, é modificar a relação entre as partes, produzir uma transformação relacional, com ou sem a celebração um acordo (Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas, op. cit., p. 60).

<sup>165</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. "La mediación: ...". Op. cit., p. 135/136.

<sup>166</sup> Com formação em Comunicação, é Diretora o Instituto de Análise e Resolução de Conflitos (ICAR), da Universidade George Mason. Já atuou como Diretora Executiva do Programa de Negociação da *Harvard Law School*, assim como no Programa de Desenvolvimento Humano e Organizacional do *Institute Fielding de Santa Bárbara*, Califórnia. Trouxe contribuições para o estudo do discurso ou processo narrativo na mediação, na gestão

resolução de conflitos<sup>167</sup>. É comum situá-lo como um meio termo entre os dois anteriores, alocados nos extremos - o modelo harvardiano, centrado no acordo e, portanto, na ferramenta da negociação, e o transformativo, centrado na transformação das relações, o que lhe imprime características terapêuticas; entre os dois, o modelo circular-narrativo é voltado tanto para a modificação das relações, como para o acordo<sup>168</sup>.

O conflito, para essa perspectiva, decorre da particular interpretação de determinados fatos, que gera significados para as partes e que são traduzidos nas narrativas que elas externam. Ele representa uma ruptura na coerência narrativa dos envolvidos na controvérsia. Os processos de mediação, nesse contexto, pretendem qualificar os participantes da relação controversa a reinterpretarem os fatos e, em consequência, produzirem narrativas novas e diferentes. A ideia é a de perceber o conflito a partir de um ângulo diferente. A mediação pretende criar as condições para uma interação entre as partes, composta de questionamentos, por meio da qual elas possam modificar as percepções sobre o universo conflitivo e desenvolver novas narrativas coerentes com essas percepções; nessa perspectiva, resolver o conflito é criar uma coerência de narrativas, construídas em conjunto<sup>169</sup>.

As bases teóricas do modelo circular-narrativo, e seguindo a análise feita por PILAR MUNUERA GÓMEZ<sup>170</sup>, situam-se em pontos diferentes das ciências. Uma delas é a “psicologia do eu”, particularmente na formulação de ERIKSON e WHITE: modelo que

---

de conflitos e outros temas, aí incluída a violência de gênero. É a referência teórica do modelo circular-narrativo, exposto em inúmeros artigos e livros.

<sup>167</sup> Um dos livros de referência é “Speaking of Violence: The Politics and Poetics of Narrative in Conflict Resolution”, publicado em 2013, por Oxford University Press. Consultamos a versão Kindle, em formato “print replica”. Há tradução para a língua espanhola, feita por María Natalia Prunes e Cecília Sobron, publicada sob o título *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2016. Nesse livro, SARA COBB lança marcos teóricos para compreender o conflito como um processo narrativo, e propõe que a resolução dos conflitos se faça por meio da transformação das narrativas acerca dele.

<sup>168</sup> De acordo com PILAR MUNUERA GÓMEZ, desde o início da década de 1990 são discutidos três modelos teóricos para a mediação. O primeiro, hoje designado de “tradicional”, é aquele introduzido e desenvolvido em Harvard, focado na obtenção de acordo, sem se preocupar com mudanças no relacionamento entre as partes. Esta passou a ser a preocupação do segundo modelo, proposto por BUSH e FOLGER, centrado nos aspectos relacionais subjacentes ao conflito e focado na alteração do relacionamento por meio do empoderamento dos envolvidos para terem protagonismo na solução do litígio, além de alterarem padrões comportamentais para evitar o surgimento de novos conflitos; com essa tônica, esse modelo é denominado transformador. O terceiro é o circular-narrativo proposto por SARA COBB, centrado na mudança das narrativas acerca do conflito e da sua história como caminho para alcançar acordos. Embora concorde que os três modelos foram desenvolvidos nessa cronologia, PILAR MUNUERA GÓMEZ compreende que transformativo é o modelo intermediário entre os três propostos: “*Se le considera el modelo intermedio ... dado que recoge los preceptos de la comunicación humana a la vez que incorpora la circularidad. Su objetivo es modificar la relación entre las partes desde el empowerment, potenciando el protagonismo de las mismas. Se centra en la ‘transformación de las relaciones’*”. (“El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas”. In *Portularia*, Vol. VII, nº 1-2, 2007, p. 86).

<sup>169</sup> SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: ...”. Op. cit., p. 139.

<sup>170</sup> “El modelo circular narrativo...”, op. cit., p. 85-86.

pretende que o mediador reforce e facilite o aprendizado das funções do eu, liberando, estimulando e orientando a motivação da pessoa para mudar. O mediador deve induzir o participante a reduzir seus medos e a ansiedade, estimular sua esperança de melhoria, reduzir a tendência de recorrer a mecanismos de defesa inoperantes, aumentando, assim, a área do eu livre de conflitos. Também deve estimular a liberação das capacidades afetivas, cognitivas e ativas que auxiliam a pessoa resolver a dificuldade. Outro marco teórico para o modelo advém da “Pragmática da Comunicação Humana”<sup>171</sup> e na Teoria Geral dos Sistemas; a pessoa é inserida em um “sistema” e os membros desse sistema são interdependentes entre si, havendo foco nos processos de comunicação.

Também é essencial para o modelo em análise o conceito de causalidade circular nos padrões de interação. PILAR M. GÓMEZ<sup>172</sup> explica que no modelo clássico da ciência pura, a causalidade é considerada linear - em qualquer situação, somos ensinados a entender a causa de um efeito alterando as variáveis até isolar o fator que produziu o evento. A abordagem circular adota outra perspectiva: a construção de histórias, que contêm argumentos organizados em sequências temporais e lógicas, pode funcionar como simples descrição ou como interpretação de fatos e comportamentos, que ocorrem em determinados cenários ou contextos, com personagens que cumprem papéis, e são estes papéis a razão de determinados comportamentos, que servem para que a pessoa, de forma impulsiva, consolide o papel desempenhado. Essas histórias construídas são mais ou menos estáveis e, quanto mais o forem, mais vinculam e prendem as pessoas. E essa forma de construir histórias é a que, mesmo sem querer, prejudica as pessoas para resolver as disputas nas quais estão envolvidas. É dizer que o sentir, o pensar e o fazer são três características do ser humano, acrescentando-se uma quarta, que é a construção e a narração de histórias. Por esse motivo, o mediador direciona suas ações na construção de novas narrativas que desestabilizem as histórias que não permitem que as pessoas cresçam e, ao mesmo tempo, possibilitam a construção de novas histórias em que o protagonismo está na pessoa e não no contexto.

Observa-se, portanto, que o foco do procedimento da mediação, para o modelo circular-narrativo, é a desconstrução, pelos envolvidos no conflito, das narrativas iniciais sobre o evento que o gerou, por meio de perguntas que objetivam mudança de foco do problema e, com isso, permitir a geração de diferentes conotações e compreensões sobre as ocorrências

---

<sup>171</sup> Há uma referência sobre o tema em PAUL WATZLAWICK, JANET H. BEAVIN e DON D. JACKSON, em livro publicado com o título *Pragmatics of Human Communication*. (Hardcover, W. W. Norton & Company; 1st edition, 1967).

<sup>172</sup> “El modelo circular narrativo ...”, op. cit., p. 86-87.

vivenciadas; o resultado a alcançar é a construção de uma outra história. Os participantes da mediação, portanto, serão conduzidos para que possam desconstruir ou desestabilizar as narrativas iniciais. Ao mediador caberá escutar as narrativas e fazer perguntas de esclarecimento e de desestabilização, num procedimento de natureza circular.

Tendo por base tal concepção, a mediação deixa de ser um simples procedimento de negociação entre as partes, e passa a ser uma experiência narrativa voltada para a construção de um universo simbólico exclusivo dos participantes, e útil apenas a eles e, por essa via, a constituição de uma nova ordem.

As novas significações para as partes, nascidas da mediação, é o fator de coesão de acordo com essa abordagem<sup>173</sup>.

Nessa lógica, a via ou modelo de negociação se concentra em ajudar as pessoas em conflito a construir novas narrativas, que estejam de acordo com percepções mais estáveis e objetivas da história do conflito.

Quanto ao papel do mediador, o modelo em análise considera essencial a comunicação<sup>174</sup>, ferramenta com a qual será possível trabalhar com as emoções, os valores e as necessidades dos participantes; o mediador deve concentrar-se nos universos simbólicos e induzir as partes a transformarem os seus significados, a ponto de melhorarem a percepção da própria identidade e acerca das relações sociais de cada uma.

Com esses dados acerca de cada um dos modelos apresentados, é possível estabelecer o seguinte quadro-síntese:

MODELO	FATOR DE COESÃO	CONCEPÇÃO DE CONFLITO	VIA DE NEGOCIAÇÃO	OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO
HARVARD- DIANO	Contrato entre iguais	Problema que entorpece o desenvolvimento	Colaboração entre as partes em conflito	Acordo para a satisfação individual

<sup>173</sup> HELENA N. SANCHEZ acentua que “*El enfoque circular-narrativo hereda el interés por la interpretación de las narraciones sobretudo de la hermenéutica de DERRIDA y más concretamente de su teoría de la deconstrucción. La deconstrucción es un modo de escrutar un texto, una historia; comprender de un nuevo modo, dar un nuevo significado a los signos. Deconstruir los significados viejos es el paso previo a la reconstrucción de un significado nuevo más pleno y con más sentido*”. (“La mediación: ...”. Op. cit., p. 140).

<sup>174</sup> HELENA NADAL SANCHEZ afirma, neste particular, que o modelo parte da “*perspectiva del construccionismo social, que considera que la comunicación humana no representa el mundo sino que lo construye*”. (“La mediación: ...”, op. cit., p. 140).

		o individual		
TRANSFOR- MADOR	Ideia de comunidade, de bem comum	Oportunidade para resgate de valores sociais e de aprimoramento moral individual	Foco na relação entre as partes em conflito	Comunicação entre as partes, empoderamento e desenvolvimento moral
CIRCULAR- NARRA- TIVO	Construção de um universo simbólico exclusivo dos participantes do conflito	Particular interpretação dos fatos que estão na base do conflito	Indução das partes a construir novas narrativas sobre a história do conflito	Acordo e transformação das relações, por meio da reinterpretação de significados e criação de novas narrativas

### 2.2.3.2. Concepções para a mediação

Consideramos que a análise dos modelos teóricos para a mediação, ainda que de forma breve e sucinta como o fizemos, tem tripla importância.

De um lado, está claro que os modelos oferecem um referencial teórico orientador da prática profissional, tanto no aspecto metodológico quanto do rol de técnicas que consideram adequadas para atingir objetivos determinados; além disso, cada modelo é marcado por uma ideologia para análise e compreensão do conflito; ainda, os marcos teóricos oferecem a possibilidade de codificar e investigar os resultados e benefícios dos diferentes componentes de cada modelo para enriquecê-los na consecução de seus objetivos e, assim, descartar práticas inadequadas<sup>175</sup>.

O segundo ponto de relevância dos modelos teóricos situa-se no fato de permitirem rebater e afastar a ideia de que a mediação é uma prática sem regras, sustentada exclusivamente no voluntarismo do mediador e sem âncoras conceituais. A inserção dela em um desses modelos teóricos revela, pelo contrário, que se trata de procedimento estruturado no qual são dados

<sup>175</sup> Nessa linha: GÓMEZ, Pilar Munuera. “El modelo circular narrativo ...”, op. cit., p. 85-86.

protagonismo e liberdade aos participantes na tomada de decisões que, contudo, devem guardar relação com o ordenamento jurídico e os sistemas de negociação regulados internamente e que oferecem parâmetros de ação claros e consolidados para o mediador e os participantes<sup>176</sup>.

O terceiro elemento a ressaltar, possivelmente como principal, é que um conceito para a mediação vai depender, portanto, do modelo teórico adotado; ou seja, as premissas do modelo determinam o que vem a ser concebido para o processo da mediação, tanto em termos de natureza, de procedimento e de objetivos a alcançar.

Desse modo, considerar a mediação uma forma pacífica de resolução de conflitos, traduzida num acordo mutuamente aceito por satisfazer a ambos, representa um conceito compatível com o modelo de Harvard, e podemos encontrá-lo, por exemplo, em MEJÍAS GÓMEZ<sup>177</sup>.

Por outro lado, e na perspectiva propugnada pelo modelo transformador, são factíveis proposições no sentido de a essência da mediação situar-se na perspectiva de ir para além da solução de litígio, e transformar o contexto no qual ele surgiu. Nessa senda, a mediação constitui um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, e de melhora da relação entre as partes, por meio da intervenção de um terceiro por elas escolhido<sup>178</sup>. Para isso, a postura delas, durante o procedimento da mediação, deve ser cooperativa e prospectiva para o futuro, no qual, e se for necessário manterem o relacionamento, este seja minimamente pacífico<sup>179</sup>.

Nessa linha, e seguindo a trilha proposta por CARLOS GUILLÉN GESTOSO, J. MENA CLARES, RAMOS RUIZ e SÉRGIO SÁNCHEZ SEVILLA<sup>180</sup>, entre os objetivos traçados para o processo de mediação, para além da obtenção de um acordo entre as partes conflitantes, podem ser destacados estes: a) facilitar que se estabeleça uma nova relação entre

---

<sup>176</sup> Nesse sentido: SANCHEZ, Helena N. “La mediación: ...”, op. cit., p. 147.

<sup>177</sup> “Resolución alternativa de conflictos”, *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (Arbitraje, conciliación)*, Valencia: Generalitat Valenciana- Conselleria de Bienestar Social, 1998, p. 26. Para este autor, a mediação é “una forma pacífica de resolución de los conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado”. Em linha idêntica, GABBAY, FALECK e TARTUCE conceituam a mediação como “... meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. A mediação é o meio consensual que envolve a cooperação voluntária dos participantes. É essencial que eles demonstrem disposição e boa-fé para que possam se comunicar e buscar soluções conjuntamente”. (Op. cit., p. 45-46).

<sup>178</sup> FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. Op. cit., p. 58.

<sup>179</sup> NURIA BELLOSO MARTÍN afirma que “Se trata de lograr una mejor calidad de vida para las partes envueltas em el conflicto”. (“Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 70).

<sup>180</sup> GESTOSO, Carlos Guillén; CLARES, J Mena; RUIZ, E. Ramos y SEVILHA, Sérgio Sánchez. Op. cit., p. 59-72.

as partes em conflito, ou seja, modificar o marco da relação entre elas; b) aumentar o respeito e a confiança entre as partes, por meio do fomento, de um lado, de respeito mútuo e, de outro, a segurança, a confiança e a boa-fé como marcos da negociação; c) corrigir percepções e informações falsas sobre os eventos que subjazem ao conflito ou sobre a outra parte, no sentido de aclarar e retificar as ambiguidades que causaram o conflito; d) criar um marco que facilite a comunicação entre as partes e a transformação do conflito em disposição favorável para a sua superação. Nota-se, por conseguinte, que, para além de superar a situação conflituosa, a mediação pretende estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos<sup>181</sup>.

Para quem perfilha essa concepção, típica do modelo transformador, cresce em importância o papel do mediador, de quem requer especial aptidão. De fato, o êxito de um procedimento de mediação, no sentido de alcançar, além do acordo, a transformação já referida, depende muito das habilidades e qualificações do mediador, de quem se espera a capacidade de induzir uma abordagem qualificada das questões subjacentes ao conflito, por meio da comunicação das partes sobre elas. O êxito da mediação, por outro lado, também depende da voluntariedade, da boa-fé e da cooperação das partes em lidar com o conflito, e também estas qualidades devem ser incrementadas nas partes pelo mediador.

As habilidades comumente referidas que o mediador deve ter, e seguindo a proposição de NÚRIA BELLOSO MARTÍN<sup>182</sup>, podem ser assim elencadas: a) capacidade de respeitar as necessidades das partes; b) transformar problemas e possibilidades, por meio de respostas criativas às queixas; c) criar empatia, por meio de uma boa comunicação, no sentido de colocar-se no lugar do outro e fazer o outro sentir-se compreendido; d) ter bom senso, para atacar o problema e não as pessoas; e) poder cooperativo, no sentido de empoderar as partes; f) bom manejo sobre as emoções, como o medo, a dor, o desinteresse, a frustração; bem administradas, elas serão úteis para a obtenção de verdadeira mudança na forma de relacionamento; g) ter vontade e desejo genuínos de identificar e resolver os problemas, inclusive pessoais, que obstaculizam um bom resultado; h) mapear o conflito, identificando os fatores que vão interferir na obtenção do resultado e, desse modo, induzir uma visão comum e ampla dos problemas que levaram ao conflito; i) criar opções viáveis para ambas as partes, para concretizar o objetivo da

---

<sup>181</sup> MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Trad. MAGDA FRANÇA LOPES. 2ª ed., Porto Alegre: Artmed, 1998 p. 28.

<sup>182</sup> MARTÍN, Nuria Belloso. “Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 70.

mediação, que é um resultado favorável para todos; j) prospectar o problema de forma ampla e para o futuro, no sentido de superar as causas do conflito; l) a imparcialidade e neutralidade, pois, por meio da comunicação, deve persuadir e ajudar as partes a encontrarem solução para a controvérsia, sem se alinhar com a posição de nenhuma delas.

Com o manejo destas habilidades, o mediador ajuda as partes a compreenderem-se a si mesmas e a compreender os outros, construindo soluções para os problemas; as técnicas de comunicação fazem com que o mais importante do processo de mediação não seja a solução do conflito, mas a sua administração e seu controle; o objetivo não é somente solucionar o conflito, mas ajudar as partes a percebê-lo de forma diferente<sup>183</sup>.

Por fim, fazer da mediação um processo de conversação, organizado por um terceiro, para desestabilizar as narrativas acerca dos fatos subjacentes ao conflito e construir novas significações para eles e, por essa via, reconstruir as relações entre as partes<sup>184</sup> é a essência da mediação de acordo com o modelo circular-narrativo. Nessa perspectiva, o ponto central no procedimento da mediação é a elaboração de uma história alternativa àquela externada pelas partes no início e com a qual se identificavam e que, para elas, foi a causa do conflito.

Para obter êxito, o mediador, na condução do processo de mediação, deve facilitar o diálogo entre as partes, alternando as narrativas e escutas para que elas criem condições de recontextualizar os eventos que ensejaram a controvérsia, compreender as vivências a ela relacionadas, assim como migrar para a posição da outra parte com o intuito de entender a sua posição. Assim, embora o mediador não atue como juiz, pois não pode impor uma decisão, deve ajudar as partes para que consigam identificar os pontos de divergência e investigar as possíveis vias de solução, sublinhando as consequências de não chegarem a um acordo; portanto, deve facilitar a discussão em instar as partes para que conciliem seus interesses<sup>185</sup>.

Como ponto conclusivo até o momento, cabe acrescentar que a vida de pessoa envolta em litígio é por este transformada; em tendência, aumenta a agressividade e se enrijecem os mecanismos de defesa e, em tal estado anímico de oposição, é difícil chegar a uma solução consensual. Nesse contexto, e como ponto de partida para a mediação, e isso de acordo com todos os modelos acima mencionados, o mediador deve viabilizar a comunicação entre as partes, para que obtenham um nível equilibrado de informação sobre as causas da controvérsia e, assim, manejando o conflito, habilitá-las a tomar decisões.

---

<sup>183</sup> “Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 71.

<sup>184</sup> COBB, Sara. *Hablando de violencia ...*, op. cit., p. 197 e seguintes.

<sup>185</sup> MARTÍN, Nuria Belloso. “Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 69.

E, ainda que sem necessária adesão a algum dos modelos acima referidos, vemos a mediação como mecanismo disponível para que as partes envolvidas em situação litigiosa construam uma solução satisfatória para superá-la; pressupõe um procedimento, no qual haja uma etapa de negociação, induzida e assistida pelo mediador, cuja tarefa é estabelecer a comunicação entre as partes e desenvolver nelas um espírito de cooperação, e fazê-las compreender as vantagens de uma solução consensuada e da qual ambas se beneficiem em alguma medida.

#### **2.2.4. Semelhanças e notas distintivas**

Tendo em conta as considerações até agora feitas, fica claro que negociação, conciliação e mediação têm entre si características comuns, mas outras que lhes são próprias e que permitem distingui-las entre si. E, na condição de meios autocompositivos de solução de litígios, viável é distingui-las dos mecanismos próprios do sistema heterocompositivo.

Desde logo, importa destacar diferenças entre os métodos heterocompositivos e autocompositivos de resolução de conflitos, para o que seguiremos o quadro comparativo proposto por STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E. SANDER, NANCY H. ROGERS e SARAH RUDOLPH COLE<sup>186</sup>, no qual destacam sete critérios de diferenciação:

a) segundo o caráter voluntário: a jurisdição é involuntária, ou seja, a solução para o conflito é por ela determinado, sem que haja, ao menos necessariamente, um acordo entre as partes, e a própria opção por essa via é involuntária para o acionado;

b) segundo o caráter vinculante: tanto a sentença como o laudo arbitral têm caráter vinculante para as partes; o acordo obtido por meio da negociação, conciliação e mediação tem natureza contratual e, por isso, também é vinculante;

c) segundo as características do terceiro: na jurisdição, existe um terceiro não eleito pelas partes, podendo, também, não ser versado sobre o tema da disputa, o que tende a não acontecer na arbitragem; o conciliador e o mediador são eleitos pelas partes, não tem capacidade decisória e sua função é facilitar a construção de um acordo;

d) segundo o grau de formalidade: a jurisdição supõe um procedimento formal e estruturado a partir de regras rígidas e predeterminadas, o que é atenuado na arbitragem; a negociação, a conciliação e a mediação são estruturadas em procedimentos informais e flexíveis;

---

<sup>186</sup> GOLDBERG Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes.*, op. cit., p. 147-148.

e) segundo a natureza do procedimento: na jurisdição e na arbitragem, cada parte tem oportunidade e apresentar argumentos e provas, que serão consideradas para a sentença e laudo arbitral; na negociação, conciliação e mediação, é opcional a apresentação de provas e argumentos;

f) segundo o resultado: na jurisdição, haverá uma sentença motivada nos fatos discutidos e nas normas jurídicas aplicáveis; o dever de motivação é relativizado em relação ao laudo arbitral; já na negociação, conciliação e mediação busca-se um acordo mutuamente aceitável;

g) segundo o caráter público ou privado: a jurisdição tem caráter público, e a arbitragem caráter privado, embora haja hipóteses em que o laudo arbitral seja suscetível de revisão judicial; na negociação, conciliação e mediação têm caráter privado, exceto quando constituírem etapa do procedimento da jurisdição.

Também é viável fazer distinções entre os métodos autocompositivos. Embora nos três - negociação, conciliação e mediação -, as partes em conflito reúnem-se em circunstâncias e em ambiente propício para chegarem a um acordo para a resolução do conflito, apenas na negociação há a intervenção exclusivamente das partes, ou de seus representantes, pois na conciliação e na mediação há a participação de um terceiro, por elas eleito ou indicado de outro modo - conciliador, mediador, respectivamente, característica presente também na arbitragem, na qual o terceiro é o árbitro; mas, o conciliador e o mediador não têm poder decisório e, por isso, têm a função básica de facilitar a comunicação entre as partes para que estas construam a solução para o litígio; já o árbitro tem poder decisório e sua decisão, na forma de laudo arbitral, decidirá o conflito de modo vinculante para as partes.

Nota-se, portanto, que se as partes apresentam condições de construir uma solução para a controvérsia sem a intervenção de um terceiro, poderão optar pela negociação; ausentes as condições para a interlocução direta, haverão de recorrer à arbitragem, à conciliação ou à mediação<sup>187</sup>. Contudo, nestas últimas não deixará de haver negociação, que é uma etapa de interlocução entre as partes, de natureza instrumental para a solução da controvérsia, induzida

---

<sup>187</sup> Nesse sentido é a lição de NURIA BELLOSO MARTÍN: “*No siempre que surge un conflicto la negociación resulta útil para resolverlo. Cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones en las que el acuerdo no es posible a través de la negociación podemos utilizar el recurso de la mediación. Así, puede ocurrir que las partes o individuos implicados en un conflicto lleguen a un empate y se vean mermados o incapaces de solucionar sus problemas o diferencias mediante negociaciones directas. En estos casos, los bandos implicados en la negociación podrían acudir a una tercera parte para que les ayude a encontrar una solución satisfactoria para ambos*”. (“Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 68).

e assistida pelo terceiro<sup>188</sup>.

Sob a perspectiva do papel do terceiro interveniente, é clara a diferença entre, de um lado, a arbitragem e, de outro, a conciliação e a mediação, pois, naquela, é o árbitro que produz a solução para a controvérsia, e as partes ficam vinculadas a ela, no sentido de respeitarem-na como fator de resolução do litígio e cumprirem seus termos. Neste particular, e como já mencionamos, a arbitragem guarda semelhança com a jurisdição, distinguindo-se apenas na qualidade do terceiro - árbitro e não magistrado. Na conciliação e na mediação, e como também já referido, o terceiro não substitui as partes, funciona como auxiliar delas na interlocução para que consigam construir, elas próprias e de forma livre, a solução para o conflito, o que poderá não ocorrer ao final do procedimento<sup>189</sup>.

Restringindo a análise à conciliação e à mediação, não se apresenta como tarefa fácil apontar, com precisão, os elementos distintivos entre elas. Em que pese isso, segue uma tentativa.

Uma forma de visualizar a questão é conceber a conciliação como exclusivamente ligada a procedimentos judiciais, compondo uma fase deles, e as partes envolvidas no litígio são obrigadas a acudir a ela; a conciliação, nessa perspectiva, teria um caráter institucionalizado, o terceiro é alguém ligado à jurisdição, podendo ser o próprio juiz, e os atos praticados em seu âmbito teriam natureza de atividade judicial, pois levados a efeito no seio da jurisdição, embora não cheguem a ser atos jurisdicionais, sendo típicos, portanto, de atos de jurisdição voluntária. A mediação, ao contrário, teria um caráter mais espontâneo e voluntário, no sentido de ser efetivamente uma opção de pessoas em conflito<sup>190</sup>. E, neste particular, há uma diferença clara entre os casos para os quais as partes são chamadas a conciliar e os casos passíveis de mediação.

Um modo diferente de apontar distinções entre conciliação e mediação é observar a postura e a qualificação do terceiro - conciliador/mediador. Do mediador seriam exigidas

---

<sup>188</sup> “*La mediación eficaz se basa en los principios de la negociación. Por ello, la mediación, a pesar de ser un proceso aparte y distintivo, no deja de ser una negociación asistida*”. (MARTÍN, Nuria Beloso. “Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 69).

<sup>189</sup> Essa distinção, para alguns autores, projeta efeitos nas qualidades exigidas do terceiro. JUAN A. C. PARRA, por exemplo, assinala que a arbitragem pode ser eficaz para resolver conflitos de forma mais rápida do que se as partes acudissem à jurisdição, sendo especialmente indicada para disputas mercantis ou comerciais, mas pouco adequada para os casos em que “*el elemento emocional ejerce una acentuada influencia en el problema, para cuya resolución serán necesarios unos conocimientos y habilidades muy distintos de los que se esperan de alguien que va a limitarse a ejercer como árbitro*” (*La Mediación Penal. Problemática y soluciones*. Granada: autopublicacionlibros.com, 2013, p. 125).

<sup>190</sup> É a proposição de NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO. *Proceso, autcomposición y autodefensa...*, op. cit., p. 73.

qualificações especiais e específicas para que, por meio de técnicas próprias, logre êxito em conduzir as partes a encontrarem solução para o conflito. Já na conciliação, por ser utilizada nos casos determinados em lei e no seio da jurisdição, além de ser voltada para obter uma solução amigável para o conflito, não haveria exigência de qualificação especial do conciliador, de resto também ligado à jurisdição. E, nesse contexto, é assinalada uma maior passividade do conciliador em comparação com o mediador, cujo papel seria mais ativo, cabendo-lhe receber as opiniões das partes, mediar as controvérsias e propor soluções, embora sem caráter vinculante<sup>191</sup>. Contudo, não parece ser um critério distintivo objetivo e indicar uma distinção de essência entre conciliação e mediação, pois não há empecilho algum para que em ambas o terceiro exerça um papel ativo no sentido de viabilizar ou incrementar a comunicação entre as partes, efetue proposições, intervenha nas discussões e faça os esclarecimentos necessários para que elas consigam solucionar o conflito.

Por outro lado, e a se ter em conta a proposição de JUAN A. C. PARRA, a conciliação estaria vocacionada à reconciliação, que o autor compreende como o restabelecimento de uma relação pessoal deteriorada por meio da resolução de disputas que se arrastam ao longo do tempo<sup>192</sup>, ao passo que a mediação serviria apenas para dar solução a um conflito concreto, ou seja, a utilidade do procedimento da mediação seria a resolução de um conflito decorrente de uma concreta situação<sup>193</sup>.

Uma abordagem assim tem nas entrelinhas algumas questões relevantes.

A primeira: a conciliação somente teria lugar quando houvesse entre as partes em conflito uma relação pessoal prévia ao fato que o ensejou. De fato, se conciliar é uma atividade

---

<sup>191</sup> Esse aspecto relacionado com a postura do terceiro como apto a apontar distinções entre mediação e conciliação é assinalado por NURIA BELLOSO MARTÍN, para quem “*El conciliador y el mediador son únicamente agentes facilitadores de procesos y no intervienen directamente en la negociación, aunque el mediador pueda ejecutar un papel más activo que el conciliador; ... El papel del mediador es más activo, ya que tiene el poder de efectuar propuestas, intervenir en las discusiones y realizar sugerencias con vistas a llegar a un acuerdo*”. (“Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 67). Linha de pensamento idêntica é a de HELENA NADAL SANCHEZ: “*En la Mediación, el poder del tercero consiste en actuar como catalizador del acuerdo desde un papel más activo que el del conciliador*”. (“La mediación: ...”, op. cit., p. 119). No mesmo sentido: CANO, Isabel Gonzales. “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”. In *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. MUÑOZ, Helena Soletó (coord.). Madrid: M. Tecnos, 2007, p. 135 e PARDO, Guilherme Orozco. “Notas acerca de la mediación en el Derecho español”. In *Comentario a la ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la protección institucionalizada de los mediadores en los Estados Unidos*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Granada*, nº 5, 2002, p. 744.

<sup>192</sup> Textualmente, o autor afirma que “*el primordial objetivo de la conciliación es, como su nombre sugere, la reconciliación, es decir, el restablecimiento de una relación personal deteriorada el restablecimiento de una relación personal deteriorada mediante el arreglo de disparidades arrastradas tiempo atrás,...*”. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 127).

<sup>193</sup> Nas suas palavras, “*que la mediación, especialmente si la concebimos en el ámbito penal, trata de dar solución a un conflicto concreto, es decir, posee una vocación eminentemente utilitarista,...*”. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 127).

voltada à reconciliação, ela pressupõe uma relação rompida ou, pelo menos, afetada, cabendo às partes, com o auxílio do conciliador, e a depender da situação, restabelecer a relação rompida ou consertar a relação deteriorada, em típica atividade de restaurar algo que já existiu e nos moldes em que existia, de reconstituir e recriar para voltar, embora não no tempo, a ter algo perdido. A mediação, por seu turno, seria apta para as hipóteses de inexistência de relação anterior, entre pessoas que passaram a tê-la em virtude do fato - na mediação penal, seria o crime. Posta a questão nesses moldes, a existência e a inexistência de relação prévia ao fato é o critério para dar causa à conciliação e à mediação, respectivamente.

Outra questão que nasce do conceito em análise, e que é reflexo direto do recém dito, diz respeito aos objetivos a alcançar. Concebida a conciliação como mecanismo de reconciliação, é consequência que no respectivo procedimento se pretenda, para além de encontrar solução para os danos manifestados pelo fato que o ensejou, reconstruir a relação entre as partes - rompida com o fato, que também pode ter sido evidência da sua deterioração prolongada. Trata-se, portanto, de incidir sobre os padrões da relação e de, necessariamente, transformá-los, caminho único para a prevenção de novos conflitos. Neste particular, e se da mediação se espera apenas solução para um conflito concreto, sobressai um certo desinteresse em interferir na relação e, portanto, os objetivos da mediação seriam mais modestos que os da conciliação.

Contudo, essa abordagem das distinções entre conciliação e mediação gera novas perguntas; a mais evidente é sobre o cabimento da conciliação para casos em que inexistia uma relação prévia ao fato gerador do conflito entre as partes, e da mediação para casos em que havia essa relação; outra diz com os objetivos a alcançar, ou seja, se é factível esperar da mediação que ela transforme a relação, se existente previamente, ou condutas e comportamentos individuais, quando inexistente; ao mesmo tempo, se alcançar um acordo sobre o fato concreto poderia ser considerado resultado satisfatório para a conciliação.

Desde logo, entendemos que a existência, ou não, de relação prévia não pode ser erigida a fator determinante para a adoção de uma ou de outra dessas formas autocompositivas de solução de litígios, em especial a mediação quando não houver relacionamento anterior. De fato, parece não haver um fundamento de essência para impedir que a mediação seja utilizada para resolver casos conflituosos nascidos da relação de trabalho e das relações familiares; aliás, é exatamente a mediação familiar uma de suas formas que mais tem se desenvolvido em diferentes países. Ao mesmo tempo, não vemos empecilhos para que partes ligadas entre si exclusivamente pelo, e a partir do, fato que causou o conflito, se reconciliem, no sentido de

simplesmente recobrem o estado de paz que entre elas havia antes do fato.

Portanto, e como dito, a existência ou não de relação prévia entre as partes não funciona, ao menos a contento, como critério distintivo entre conciliação e mediação.

Também não o vemos no campo dos objetivos a alcançar com cada uma delas, pelo menos não na forma proposta por JUAN A. C. PARRA e acima indicada. A esse propósito, é necessário voltar mais uma vez aos fundamentos teóricos da mediação, já analisados em perspectiva de conceituá-la, porque também impactam neste aspecto particular que diz respeito aos seus objetivos.

Conforme explanado, o modelo de Harvard foca nas necessidades de cada parte e, identificadas, centra o procedimento na construção de soluções para elas, na forma de acordo. Pode-se dizer, assim, que transformar as pessoas envolvidas no conflito para que alterem seu padrão comportamental no futuro não é uma prioridade. O modelo transformativo, pelo contrário, foca o procedimento da mediação na comunicação entre as partes, e o percebe como ferramenta de empoderamento e desenvolvimento moral delas, o que deve ser privilegiado sobre a construção do acordo. Por fim, o modelo circular-narrativo se concentra nas narrativas que as partes fazem dos fatos que geraram o conflito, propondo-se auxiliá-las a reinterpretarem-nos e, criando novos significados para os fatos, externados em novas narrativas, obter um acordo em relação às consequências do mencionado fato e, ao mesmo tempo, transformar as relações entre elas.

Mas, também aqui não há nada de essência que retire da conciliação a capacidade de produzir os mencionados resultados, mormente o acordo, que é o resultado desejado para todos os modelos - ainda que não privilegiado no transformativo - e isso corrobora a assertiva acima posta no sentido de não ser definitivo alocar nos objetivos a alcançar o critério distintivo entre conciliação e mediação.

Há uma opção adicional, que diz respeito ao momento de se lançar mão de uma e de outra dessas vias de solução de conflitos, e dizer que a mediação haveria de ter lugar previamente ao processo desenvolvido perante a jurisdição, e com potencial de impedir a sua instauração, e que a conciliação teria por pressuposto a existência desse processo e funcionar como uma das suas fases. Contudo, é intuitivo que uma tal consideração também não tem capacidade de evidenciar uma essencial distinção entre os procedimentos.

E a mesma conclusão se impõe para o eventual caso de se considerar aspectos de lugar para cada uma como, por exemplo, dizer que a conciliação é própria para o interior de processos que tramitam perante a jurisdição e que a mediação é realizada em âmbito espacial e conjuntural

desligado da jurisdição.

Em síntese conclusiva deste tópico, ponderamos não encontrar distinção essencial, nem teórica, nem prática, entre conciliação e mediação; caberá ao ordenamento jurídico de cada País definir as hipóteses - tipos de conflitos - e as circunstâncias de manejo de cada uma delas, os procedimentos a serem seguidos e os resultados esperados. Deve-se ter presente que a submissão de alguém a um procedimento dessa natureza tem por pressuposto um fato concreto e do qual nasceu um conflito; é este fato, portanto, que oportuniza que as partes nele envolvidas sejam chamadas a participar do procedimento ou de conciliação, ou de mediação, em moldes propostos para cada um deles pela legislação de regência, que também haverá de, e tendo em consideração os objetivos a alcançar, dispor sobre as qualidades e aptidões exigidas do conciliador e do mediador<sup>194</sup>.

Aliás, e a esse propósito, é de FRANCO CONFORTI<sup>195</sup> importante ponderação: a mediação de conflitos ocorre em vários campos e a classificação desses campos ainda está em construção; também a linguagem técnica da mediação ainda está em gestação e, por isso, para referir-se a ela, são frequentemente usados termos como “aconselhamento”, “recomendação”, “intervenção”, “negociação”, “intermediação”, etc., e isso contribui para tornar ainda mais complexa a tarefa já difícil de definir as áreas de trabalho para a mediação<sup>196</sup>.

Apesar dessa consideração, não ignoramos que, sob a perspectiva de conflitos penais, isto é, nascidos da prática de crime, é flagrantemente mais disseminado o uso do instituto da mediação; com efeito, enquanto não há referências substanciais à “conciliação penal”, é de fácil percepção que em torno da “mediação penal” vem sendo constituído um considerável referencial principiológico, teórico, normativo e prático em inúmeros países. Por esse motivo, e a partir deste ponto, faremos uso apenas da expressão mediação penal que, aliás, é o enfoque deste trabalho.

---

<sup>194</sup> Nesse sentido, NURIA BELLOSO MARTÍN, para quem “*El conciliador y el mediador son únicamente agentes facilitadores de procesos y no intervienen directamente en la negociación, aunque el mediador pueda ejecutar un papel más activo que el conciliador; ... El papel del mediador es más activo, ya que tiene el poder de efectuar propuestas, intervenir en las discusiones y realizar sugerencias con vistas a llegar a un acuerdo*”. (“Sistemas de resolución ...”, op. cit., p. 67). Linha de pensamento idêntica é a de HELENA NADAL SANCHEZ: “*En la Mediación, el poder del tercero consiste en actuar como catalizador del acuerdo desde un papel más activo que el del conciliador*”. (“La mediación: ...”, op. cit., p. 119).

<sup>195</sup> “Mediación Electrónica de Conflictos en España”. In *Democracia Digital e Governo Eletrônico*. Florianópolis, n° 10, 2014, p. 287.

<sup>196</sup> Tradução livre de “*La mediación de conflictos se desarrolla en diversos ámbitos y la clasificación de dichos ámbitos aún está en construcción. El lenguaje técnico de la mediación se encuentra en período de gestación por ello se suelen emplear términos como «asesorar», «recomendación», «intervención», «negociación», «intermediación», «actuaciones», etc., y ello colabora a hacer aún más compleja la ya difícil labor de definir los ámbitos de trabajo*”.

### 2.2.5. Uma caracterização geral para a mediação sob a ótica jurídica

A se consultar dicionários, a palavra mediação normalmente vem associada a “ato ou efeito de mediar”, a “intervenção”, a “ficar no meio”, a “interceder”, entre outras noções<sup>197</sup>.

Nenhuma delas, contudo, exprime, com a necessária precisão e sob a ótica das ciências jurídicas, o procedimento desenvolvido a título de mediação, aí incluída a de natureza penal<sup>198</sup>; portanto, não é nos dicionários que há resposta satisfatória para o que vem a ser mediação para o Direito; mas, fora deles as dificuldades se mantêm.

Para superá-las, uma primeira aproximação que se faz necessária é perceber que a mediação, compreendida como mecanismo de resolução de conflitos, não é objeto de investigação apenas no campo jurídico; pelo contrário, ela integra o âmbito de estudos e práticas da sociologia, da ciência política, do serviço social, da psicologia, entre outras, sendo natural que a definição apresentada para ela guarde relação e congruência com a compreensão ditada pelos métodos e parâmetros de atuação em cada uma dessas ciências. Por outro lado, e para além disso, no âmbito de cada uma delas tem-se verificado que as definições mudam ao longo do tempo<sup>199</sup>.

O fato de a mediação ser objeto de teorias e práticas no âmbito de ciências diversas gera uma heterogeneidade de abordagens; embora já seja perceptível um certo grau de formação específica dos profissionais que atuam em mediação de conflitos, ainda há uma significativa confusão em relação às práticas, em sentido amplo, que sejam próprias da mediação, e quais

---

<sup>197</sup> Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, disponível em <https://dicionario.priberam.org/media%C3%A7%C3%A3o> [consultado em 22-04-2020]. No Dicionário da Real Academia Espanhola também há referência a “*acção y efecto de mediar*” e, em “Direito”, mediação consiste em “*actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el objetivo de evitar o finalizar el litigio*”. A definição para “mediar”, neste mesmo dicionário, é “*actuar entre dos o más partes para ponerlas de acuerdo en un pleito o negocio*” Disponível em <https://dle.rae.es>, edição tricentenária, 2019, consultado em 22-4.2020. Sobre os inúmeros usos e em distintos contextos da palavra mediação, JUAN A. C. PARRA refere que a figura do mediador aparece ligado à noção de “corretor”, como ocorre no âmbito do comércio de seguros; de “negociador”, como no caso em que a Polícia intervém em sequestros, etc. *Mediación Penal*, op. cit, p. 113/114.

<sup>198</sup> Segundo JUAN A. C. PARRA, a mediação, como instituto jurídico, foi referida pela primeira vez na Convenção de Haia, de 1907, pois tratada como mecanismo de solução pacífica de controvérsias internacionais; no campo teórico, refere ter sido um artigo publicado em 1906 por ROSCOE POUND, professor na Escola de Direito da Universidade de Harvard, sob o título “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, (A.B.A. Rep., pt. I, 395-417, 1906) como sendo o germe dos diversos meios alternativos de resolução de conflitos (ADR) que se desenvolveram nos Estados Unidos da América nos anos seguintes. (*Mediación Penal*, op. cit, p. 118). O autor acrescenta que um grande impulso para as *Alternative Dispute Resolution* (ADR) naquele país ocorreu a partir da *Pound Conference*, que ocorreu em 1976 em Mineápolis, que culminou, no início da década de 1980, na edição de leis pelo Congresso sobre esses mecanismos; o primeiro deles foi o *Administrative Dispute Resolution Act - ADRA*, em 1980. (*Mediación Penal*, op. cit, p. 129).

<sup>199</sup> Nesse sentido: CONFORTI, Franco. *Mediación Electrónica de Conflictos en España*. In *Democracia Digital e Governo Eletrónico*, Florianópolis, nº 10, 2014, p. 286-287.

pertencem a outros campos ou métodos de trabalho.

Além disso, há outro fator importante que obstaculiza uma definição clara e consensuada para a mediação, que é a ainda curta e breve história dela; não houve tempo, assim, para consolidar teorias e práticas; pelo contrário, há uma grande gama de conceitos e abordagens, assim como constantes reformulações e reinterpretações por parte dos estudiosos e profissionais que a ela se dedicam<sup>200</sup>.

Diante dessas dificuldades, temos por certa a sugestão de FRANCO CONFORTI quando propõe que os temas atinentes à mediação sejam projetados para o âmbito da gestão de conflitos. Nesse contexto, o conflito é compreendido como a exteriorização de posições pessoais daqueles que percebem a incompatibilidade total ou parcial em seus objetivos<sup>201</sup>. Com esse pressuposto, há três planos possíveis de intervenção em um conflito, que são a prevenção, a gestão e a solução<sup>202</sup>.

A mediação é um mecanismo de gestão do conflito<sup>203</sup> e, com essa natureza, trata-se de um conjunto de diligências conducentes a que os envolvidos alcancem e concretizem desejos, quaisquer que sejam eles; o mediador, a quem cabe dirigir o procedimento, aplicará seus conhecimentos, suas competências e suas habilidades para auxiliar as partes, elas próprias, a resolverem o conflito de um modo que atenda às suas expectativas e necessidades<sup>204</sup>.

E, com tais pressupostos, FRANCO CONFORTI afirma que a mediação pode ser percebida em três níveis diferentes: como um processo, como um fazer/prática e como um ser do mediador; da conjugação de todos nasce a ideia de que a mediação é um processo de gestão de conflitos, mais ou menos estruturado, no qual intervém um terceiro que ajuda as partes a buscarem, por meio da coordenação e cooperação, satisfazer adequadamente suas expectativas e necessidades em relação ao conflito do qual estão tratando<sup>205</sup>.

Tem-se, pois, uma aproximação conceitual genérica para a mediação, que pode ser

---

<sup>200</sup> CONFORTI, Franco. “Mediación Electrónica de Conflictos en España”, op. cit., p. 286-287.

<sup>201</sup> Nas palavras do autor, “*Entendiendo al conflicto como la manifestación de una contraposición de posturas personales de quienes perciben la incompatibilidad total o parcial de sus objetivos (ENTELMAN, 2005)...*”. (“Mediación Electrónica de Conflictos en España”, op. cit., p. 287).

<sup>202</sup> Esta noção foi desenvolvida por RAÚL CALVO SOLER, in *Mapeo de conflictos. Técnica para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2014.

<sup>203</sup> Embora com a pretensão de solução do litígio, trata-se de gestão pois são as partes que constroem a solução, que não é imposta por terceiro, intervenção em litígios típica da jurisdição e da arbitragem.

<sup>204</sup> CONFORTI, Franco. “Mediación Electrónica de Conflictos en España”, op. cit., p. 287; o autor ressalta que não é o mediador que resolve o conflito, e sim, as partes, auxiliadas por ele.

<sup>205</sup> Textualmente, “*definiendo a la mediación de conflictos de acuerdo de la siguiente forma: es un proceso de gestión de conflicto, más o menos estructurado, en el que interviene un tercero que ayuda a las partes que buscan a través de la coordinación y cooperación satisfacer adecuadamente sus expectativas y necesidades en relación al conflicto del que se trate*. Mediación Electrónica de Conflictos en España”, op. cit., p. 287.

assim sintetizada: é um procedimento de aproximação e comunicação entre pessoas envolvidas em situação litigiosa, dirigido por um terceiro imparcial, por meio do qual elas pretendem alcançar solução consensuada para o conflito e que corresponda, minimamente, às expectativas de cada uma delas.

Dada a generalidade do conceito, ele traz consigo capacidade e aptidão para delimitar os elementos essenciais e necessários para se compreender a mediação do ponto de vista jurídico; e, embora ela ainda não se encontre consolidada, tanto em termos conceituais como no aspecto da definição de uma *praxis* para ela, é fato que a mediação tem sido utilizada em variados âmbitos afetados pelo Direito, sendo comum referir a mediação educacional, familiar, laboral, empresarial, administrativa, organizacional, diplomática, internacional, em relações de consumo e de vizinhança e, também, mediação penal, que pressupõe que o conflito tenha na sua base a prática de uma infração penal.

Para o presente trabalho interessa uma definição jurídico-penal para a mediação, direcionada para o objeto da pesquisa, que é a mediação penal no âmbito dos conflitos dessa natureza nascidos no contexto de relação conjugal. É essa a tarefa desenvolvida nas páginas que seguem, o que faremos tendo em consideração o que até aqui temos como consolidado, que é perceber como elementos constitutivos essenciais da mediação a) um procedimento estruturado, b) de aproximação das partes em conflito e de comunicação entre elas, c) dirigido por um terceiro imparcial, d) vocacionado à resolução do conflito e) de modo satisfatório para ambas.

### **3. A mediação penal**

#### **3.1. Uma aproximação inicial**

Partindo da premissa recém enunciada, no sentido de haver elementos constitutivos essenciais para identificar a mediação, bastaria acrescentar a natureza penal do conflito a ser mediado, ou seja, que uma das partes envolvidas no procedimento é quem praticou conduta prevista na lei penal como criminosa e a outra é a pessoa que sofreu os efeitos e impactos da mencionada conduta, para se ter noção exata da mediação penal.

Ainda que não haja maiores dificuldades para essa compreensão, são necessários aprofundamentos em alguns aspectos, e um deles diz respeito às relações - de semelhança e de distinção - que a mediação penal guarda com outros conceitos, como são o de justiça restaurativa e de outras formas denominadas “alternativas” de solução para conflitos penais<sup>206</sup>, mostrando-se necessário delinear cada um deles para compreendê-la e, com a máxima precisão, individualiza-la e, desse modo, permitir a análise que se propõe a fazer, que é a sua capacidade para solver conflitos nascidos de relação conjugal.

É o que faremos na sequência, dando atenção especial para a justiça restaurativa

#### **3.2. Relações entre mediação penal e justiça restaurativa**

##### **3.2.1. Noções introdutórias**

A temática que trata das formas de punição do autor de uma conduta desviada sempre se apresentou para a ciência jurídico-social e para a criminologia como uma das mais problemáticas. É possível afirmar que, no geral, a necessidade de punir o infrator é um dado culturalmente incorporado a todos os povos. O que não apresenta consenso é o tipo de punição - sanções necessárias e adequadas -, e a forma de promover o apenamento, envolvendo autoridade competente, participantes do processo, ritual e objetivos, fatores que refletem na legitimidade/aceitação da punição aplicada.

As sociedades modernas, no geral, convivem com o fenômeno do monopólio da administração da justiça penal nas mãos do Estado, para quem a punição do autor de crime é,

---

<sup>206</sup> Comumente designados por ADR - sigla para a expressão “*Alternative Dispute Resolution*”, cunhada nos Estados Unidos para agrupar uma série de instrumentos, técnicas e meios utilizados para resolver litígios nascidos das relações sociais com relevância jurídica e que têm em comum uma aspiração no sentido de substituir o paradigma da decisão judicial pelo acordo elaborado entre os envolvidos na situação litigiosa. Nesse sentido: PARRA, Juan Antonio Cruz, *La mediación Penal*, op. cit, p. 15 e PARDO, Guillermo Orozco, “Notas acerca de la mediación ...”, op. cit., p. 741.

ao mesmo tempo, um poder e um dever. Elementos essenciais nesse sistema são representados, no âmbito do Direito substantivo ou material, pelo princípio da legalidade ou da reserva legal, e no campo do Direito adjetivo/processual toma vulto a noção de devido processo legal, a significar que o Estado não pode punir sumariamente e que deve seguir um rito determinado em lei.

Sobre o sancionamento, a primazia tem sido dada à pena de prisão. O encarceramento dos condenados ensejou uma gama de problemas, que em determinados países, tomaram tamanho vulto que se apresentam, ao menos em aparência, insolúveis, sendo comum a afirmação de que o sistema carcerário se encontra em contundente estado de falência. Ao lado disso, há vozes que imputam ao Processo Penal formatado para conduzir a esse apenamento sérias deficiências, e uma delas estaria na falta de atenção dada para a vítima do crime. Critica-se, na realidade, o sistema estatal de justiça criminal, por ser punitivista, autoritário, puramente adversarial e incapaz de satisfazer as necessidades da vítima, do ofensor e da própria sociedade, encontrando-se em franca crise de legitimidade.

E é natural que, quando determinado sistema ou paradigma mostra-se incapaz de dar conta daquilo que dele se espera, pense-se em alternativas. E, no âmbito de discussão da presente investigação, interessam de modo especial duas perspectivas críticas que, por excelência, refletem as mazelas tributadas ao vigente sistema de justiça punitiva: de um lado, é posta em causa a aptidão da pena privativa de liberdade em concretizar os objetivos dela esperados (prevenção e/ou ressocialização) e de reparar os danos (em sentido amplo) que o crime causou; a outra linha por onde circulam importantes perguntas é aquela que trata do papel destinado à vítima no Processo Penal moderno, sendo nítida a insatisfação, exatamente porque a ela não é dada a atenção devida e merecida.

É este, e em linhas muito gerais, o panorama em que se insere um modelo de solução de conflitos de natureza penal que se pretende alternativo ao vigente sistema estatal, designado por seus defensores como justiça restaurativa. Na sequência, identificaremos esse modelo e o contexto de seu surgimento e desenvolvimento, tarefa desenvolvida de forma instrumental ao objetivo do trabalho, que é identificar e compreender o relacionamento entre a justiça restaurativa e a mediação penal, bem como um possível papel delas no enfrentamento da violência conjugal.

### **3.2.2. Justiça restaurativa**

O que se denomina de justiça restaurativa, como veremos na sequência, procura

apresentar-se como ferramenta ou método de administração e resolução de conflitos de ordem criminal alternativo ao sistema judicial/estatal de justiça, e com outras premissas ou, como afirmam os que a preconizam, a partir de outro paradigma. Como já referido, na sua base há um conjunto de críticas ao sistema punitivo estatal, além de proposições de um agir diferente.

As críticas, o movimento restaurativo captou da Criminologia, notadamente da Criminologia Crítica e dentro desta e de um modo especial da Criminologia Radical, bem como das formulações da Vitimologia. Para formatar as proposições, designadas de práticas restaurativas, dirigiu olhar para o passado, nomeadamente para sistemas de solução de conflitos que vigoravam e eram adotados antes da estatização da administração da justiça penal, bem como para experiências que, embora contemporâneas, são centradas na composição privada e têm um cunho comunitário<sup>207</sup>.

### 3.2.2.1. O surgimento do Movimento Restaurativo

Partindo da premissa de que o objetivo dos defensores da justiça restaurativa é construir “*um modelo radicalmente diferente de resolução de conflitos em relação ao sistema de justiça criminal tradicional*”<sup>208</sup>, o momento de seu surgimento é temporalmente localizado na década de 1970 e é constituído de práticas ou programas alternativos desenvolvidos em locais diversos, mas sobretudo no Canadá, na Nova Zelândia e em alguns Estados americanos<sup>209</sup>. Trata-se, por exemplo, de programas de reconciliação vítima-ofensor, como as havidas, desde 1974, em Kitchener, Ontário, Canadá; na década de 1990, na Nova Zelândia popularizaram-se conferências de grupos familiares, o que também se registrou em outros países, como Austrália, Cingapura, Reino Unido, Irlanda, África do Sul, Estados Unidos e Canadá que, nas palavras de JOHN BRAITHWAITE, acrescentaram “*uma nova vitalidade teórica ao pensamento da justiça restaurativa*”<sup>210</sup>. Há referência, também, ao ressurgimento dos círculos ou cerimônias de cura das primeiras nações canadenses<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> Além das referências citadas na sequência, há relevantes escritos sobre justiça restaurativa em BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford Press, 2002, BARTON, Charles K. B. *Restorative Justice – The Empowerment Model*. Marrickville: Hawkins Press, 2003; GAVRIELIDES, Theo. *Restorative Justice*. Burlington: Ashgate, 2015 e JOHNSTONE, Gerry. *A Restorative Justice Reader*. Oregon: Willan Publishing, 2003.

<sup>208</sup> ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e Abolicionismo Penal*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

<sup>209</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice...*, op. cit., p. 8.

<sup>210</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice...*, op. cit., p. 8.

<sup>211</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice...*, op. cit., p. 8. Este autor informa que em meados da década de 1990, havia pelo menos 300 desses programas na América do Norte e mais de 500 na Europa. Em 2000, no Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Crime e Tratamento de Delinquentes, a delegação canadense afirmou que havia 400 programas de justiça restaurativa só no Canadá. Optamos por não descrever, com minúcias,

Para além das práticas, são citados inúmeros autores que, na condição de ativistas, se encarregaram de fundamentar teoricamente e disseminar as noções sobre justiça restaurativa, como HOWARD ZEHR, MARK UMBREIT, KAY PRANIS, DANIEL VAN NESS, TONY MARSHALL e MARTIN WRIGHT. Profissionais dos sistemas de justiça criminal de diversos locais também são referidos, por haverem se empenhado em executar práticas consideradas restaurativas, como os juízes MICK BROWN e FRED MCELREA e os Policiais TERRY O'CONNELL, THAMES VALLEY'S e SIR CHARLES POLLARD na Nova Zelândia<sup>212</sup>. E, a partir de 1990, a justiça restaurativa tornou-se um movimento social emergente para a reforma da justiça criminal, alterando o modo de percepção e de resposta ao crime, com relevante impacto prático e acadêmico<sup>213</sup>.

### 3.2.2.2. As fontes criminológicas da justiça restaurativa

O paradigma restaurativo tem estreita relação com a Criminologia, pelo menos, com duas de suas muitas vertentes, que lhe ofertaram elementos teóricos com os quais estruturou as principais críticas ao sistema punitivo: a vitimologia e o abolicionismo penal<sup>214</sup>.

No que toca à vitimologia, a pretensão básica desse movimento foi o de afirmar e de resgatar a importância da vítima no contexto criminal<sup>215</sup>. E, desde que surgiu, trilhou um percurso que reflete preocupações diferentes, como o contributo da vítima para a ocorrência do

---

a dinâmica intrínseca a cada uma dessas práticas, por causa dos limites e objetivos desta investigação. Há, sobre cada uma delas, bibliografia específica; a título de exemplo, os programas de reconciliação vítima-ofensor são objeto de descrição em ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 149/150 e também em AZEVEDO, André Gomma de “O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal”, in *Justiça restaurativa*. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, pp. 135/162; em ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa ...*, p. 79/83 há a descrição das principais; também em SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça restaurativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 147/151, com ênfase para a pluralidade das práticas.

<sup>212</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice...*, op. cit., p. 8.

<sup>213</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice...*, op. cit., p. 8. Importante pontuar que essas práticas, representativas de um modelo de solução de conflitos em moldes mais comunitários e menos estatais, sequer eram denominadas, inicialmente, de “Justiça restaurativa”, locução que só mais tarde foi atribuída. Nesse sentido: DALLY, Kathleen e IMMARIGION, Russ. In *The Past, Present, and Future of Restorative Justice: some critical reflections*. *Contemporary Justice Review*, v. 1, n. 1, 1998, pp. 21-45.

<sup>214</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS afirma que a Justiça restaurativa é “herdeira espiritual” do movimento vitimológico (na sua preocupação com a reparação, em sentido amplo, dos danos que o crime causou à vítima) e abolicionista (com sua rejeição do sistema de justiça penal clássico ou tradicional como forma de solução do conflito penal, por ser prejudicial ao agente e para a comunidade). (*A Justiça restaurativa*, p. 46).

<sup>215</sup> Na literatura jurídica portuguesa, obra bibliográfica de citação obrigatória sobre o tema é de autoria de MANOEL DA COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, publicada, em 1980, como Separata do Vol. XXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

crime<sup>216</sup>, as causas e as consequências da vitimização criminal, os interesses dela a serem preservados na solução do conflito, e ainda a (in)adequação do sistema criminal para satisfazer as suas necessidades<sup>217</sup>. Adianta-se que a Justiça restaurativa não deu importância para os estudos vitimológicos ocupados com a concorrência da vítima na prática do crime; deles capturou a preocupação com as consequências que do crime resultam para ela, e denunciou a sua exclusão do processo de solução do conflito de que foi parte.

Isso significa que a perspectiva vitimológica, como fonte do paradigma restaurativo, situa-se essencialmente na definição de um estatuto para a vítima, e em dois sentidos: o primeiro foi o de preconizar a necessidade de ela ostentar a condição de sujeito processual; o segundo é o de postular uma solução reparadora dos danos que experimentou com o crime. Portanto, é certo dizer, como faz CLÁUDIA CRUZ SANTOS<sup>218</sup>, que sem o contributo e o crescente relevo do pensamento vitimológico, seria difícil afirmar que a centralidade da vítima está no coração de qualquer resposta dada pela justiça restaurativa.

A justiça restaurativa também incorporou ideias que são patrimônio do abolicionismo penal, tendência criminológica que se desenvolveu a partir da década de 1970 no seio da Criminologia Radical<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Esta teria sido a primeira fase dos estudos vitimológicos, centrada na interação entre vítima e agente do crime, ou seja, um possível papel da vítima no delito, assinalando que ela nem sempre é “inocente”, podendo, com atitudes ou modos de ser, induzir a prática do crime pelo agente, sendo, portanto, coadjuvante ou colaboradora; há divergências sobre as consequências desse reconhecimento; uma postura radical advoga o princípio da autoreponsabilidade (da vítima), que poderia conduzir à exclusão da responsabilidade do agente; mas, a noção mais aceita, e inclusive incorporada em legislações, como é a do Brasil, projeta a participação da vítima para o nível da responsabilidade do autor do crime, diminuindo-a quanto maior for a referida concorrência (no art. 59 do Código Penal). É comum a afirmação de que essa perspectiva vitimológica foi inaugurada, na década de 1940, por BENJAMIN MENDELSON, professor de Criminologia da Universidade Hebraica de Jerusalém, e retratada em especial na obra “*La Victimologie, Science Actuelle*”, publicada em 1957; destaque, na mesma linha, merece HANS VON HENTIG, com a sua obra “*The criminal and his victim*”, publicada em 1948, tratando das atitudes do sujeito passivo para colaborar com a ação do delinquente.

<sup>217</sup> Esse processo de descoberta da vítima teve significados diferentes para as diversas áreas que, em seu conjunto, formam o sistema de justiça criminal; para a Criminologia, na vertente da Vitimologia, a vítima é o seu objeto de estudo; para o Direito Penal interessa a vitimo-dogmática, com reflexos na teoria das consequências jurídicas do crime; o Direito Processual Penal ocupa-se da vítima como (possível) sujeito processual, definindo formas de participação no processo (o *status* dessa matéria no Direito Português é objeto de relevante estudo em DIAS, Augusto Silva. A Tutela do Ofendido e a posição do Assistente no Processo Penal Português. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 55/65); também a Política Criminal se ocupa da vítima, no sentido de criar mecanismos extraprocessuais de defesa dos seus interesses. Nesse sentido e de forma mais aprofundada: SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça restaurativa*, p. 58/59. A associação entre vitimologia e justiça restaurativa é clara na primeira e na última dessas áreas.

<sup>218</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça restaurativa*, p. 58.

<sup>219</sup> A Criminologia Radical integra a Criminologia Crítica, que surgiu e desenvolveu-se a partir do início da segunda metade do século XX, e com particular expressão nos Estados Unidos da América, assentada em discursos sobre os processos de criminalização (que é seu objeto), entendidos como realidades construídas, e não como dados ontológicos, e estudados de acordo com método interacionista ou de construção social do crime e da criminalidade (o foco migra do indivíduo para o sistema de justiça criminal). Engloba duas perspectivas, a

Em tentativa de sistematizar a perspectiva abolicionista, pode-se dizer que ela afirma com veemência a incapacidade do sistema punitivo “tradicional” para dar conta do fenômeno criminal. Um dos pressupostos de que partem seus adeptos é a negação da natureza ontológica do crime, ou seja, ele não existe enquanto “ser natural”, sendo produto de processos sociais e culturais: embora haja atos desvaliosos, a catalogação destes como crime é obra humana, não havendo conduta criminosa que o seja “por natureza”<sup>220</sup>.

O abolicionismo desenvolveu-se principalmente em países do norte da Europa e, dos vários expoentes, referências obrigatórias são o holandês LODEWIJK HENRI CHRISTIAAN (LOUK) HULSMAN<sup>221</sup>, o norueguês NILS CHRISTIE<sup>222</sup> e o também norueguês THOMAS MATHIESEN<sup>223</sup>. Desses três, é do primeiro que, no sentido geral, capta-se uma forma mais elaborada do ideário abolicionista, consistente essencialmente em críticas dirigidas ao sistema punitivo estatal e dentre as quais o movimento restaurativo incorporou especialmente estas: a) a rejeição do caráter ontológico do crime<sup>224</sup>; b) a afirmação da natureza cruel da pena de

---

individual do *labeling approach*, e a socioestrutural, onde se situa a Criminologia Radical: o objeto de estudo são as estruturas econômicas e as instituições jurídicas e políticas, e o método se fixa na dialética materialista (crime e criminalidade são construções sociais contextualizadas na contradição capital/trabalho assalariado, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas) - por isso é também designada de “Marxista”, pois essas categorias conceituais foram desenvolvidas por Karl Marx, principalmente em *O Capital*. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade*, disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/>; do mesmo autor: *A Criminologia Radical*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006). Sobre correntes em Criminologia, importantes estudos em: SANTOS, Cláudia Cruz. *O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, e LARRAURY, Helena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Consultou-se a 2ª Ed. Madrid: Siglo Vinteuno de España Editores, 1992. MANOEL DA COSTA ANDRADE elaborou estudo específico sobre a “Criminologia Socialista” (*Notas sobre a criminologia socialista*, publicada em Separata da *Revista de Direito e Economia*, nº 1, jan-jun de 1976, p. 59 e seg.), que definiu como “conjunto dos trabalhos de investigação criminológica dos países do Leste Europeu (...)”, voltados a analisar o fenômeno da criminalidade nas sociedades socialistas e “contribuir para a sua redução e completa eliminação na forma superior de vida que será a sociedade comunista” (p. 68).

<sup>220</sup> Um dos criminólogos que negou a natureza ontológica do crime foi NILS CHRISTIE (*A Suitable Amount Of Crime* - traduzido para o português, no Brasil, por André Nascimento e publicado em 2011 pela Editora Revan com o título “*Uma Razoável Quantidade de Crime*”).

<sup>221</sup> Uma de suas obras principais foi traduzida para o português, no Brasil, por Maria Lúcia Karan, e publicada sob o título *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

<sup>222</sup> Tem especial relevo para a justiça restaurativa um artigo publicado por NILS CHRISTIE no *The British Journal of Criminology*, em 1977, com o título *Conflicts as Property*. A tese que desenvolve, em síntese, é a de que o Estado, de forma indevida, faz do conflito entre as pessoas uma propriedade sua, sustentando que se há um conflito, este precisa ser resolvido entre as pessoas envolvidas; o conflito é uma propriedade que somente a elas pertence. E o movimento restaurativo vai adotar como princípio básico a necessidade de permitir que as pessoas que figuram como expoentes do conflito participem da sua solução, notadamente para alcançar consenso e acordo acerca da reparação.

<sup>223</sup> Uma linha dos estudos de MATHIESEN concentra-se no fracasso do sistema carcerário, com o que justifica a sua proposição de abolição da pena de prisão. O livro sobre esse tema é *Prision on Trail*, publicado em Winchester por Waterside Press, a 3ª edição em 2006.

<sup>224</sup> Sob o título “Relatividade”. (*Penas Perdidas...*, op. cit., p. 63/64).

prisão<sup>225</sup>; c) o equívoco histórico consistente no “roubo” do conflito às pessoas nele diretamente envolvidas<sup>226</sup>. Como nota conclusiva do ponto, ressaltamos que os defensores da justiça restaurativa apropriaram-se dessas críticas de forma instrumental, isto é, para também eles, a exemplo dos abolicionistas, deslegitimarem o paradigma estatal punitivo e, no seu lugar, proporem-na como alternativa<sup>227</sup>.

A outra linha de pensamento inspiradora da justiça restaurativa situa-se no pensamento feminista no campo da criminologia, voltado, em apertada síntese, a denunciar a histórica inferiorização a que a mulher foi submetida e a propugnar uma equiparação com o homem nos campos político, econômico, social e jurídico. Aliado a isso, há uma diretriz no pensamento feminista relacionado especificamente com o sistema de justiça, centrada na suposta capacidade feminina de viabilizar um ideário pacificador e restaurativo de resposta ao crime, acentuando as especiais competências de conciliação, de pacificação, de assistência, de atenção e de cuidado<sup>228</sup>.

### **3.2.2.3. Fontes históricas da justiça restaurativa e publicização do processo penal**

Na pesquisa sobre o momento de surgimento da justiça restaurativa, conforme acima consignamos, não se precisa ir longe no tempo, havendo certa conformidade entre os que disso se ocupam que as práticas caracterizadas como restaurativas iniciaram na década de 1970 e, na década de 90 do século XX, ela tornou-se um movimento social.

Entretanto, nota-se uma tendência nas formulações teóricas justificadoras do paradigma restaurativo de afirmar que ele, em verdade, seria milenar e teria sido dominante

---

<sup>225</sup> HULSMAN descreve a prisão sob o título “Olhando de Dentro”. (*Penas Perdidas...*, op. cit., p. 61).

<sup>226</sup> Essa temática HULSMAN aborda com o título “À Margem do Assunto”, diagnosticando, desde logo, que “o sistema penal rouba o conflito das partes diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram”. (*Penas Perdidas...*, op. cit., p. 73).

<sup>227</sup> Mas isso não permite confundir as duas linhas, o que poderia ser induzido pela circunstância de a justiça restaurativa apresentar-se como método alternativo (ao sistema penal) de solução de conflitos, o que poderia implicar na extinção deste, bandeira específica do abolicionismo. CLÁUDIA CRUZ SANTOS ressalta que a justiça restaurativa, não obstante tenha se apoderado de algumas das críticas abolicionistas dirigidas ao sistema punitivo penal, acabou por trilhar caminho próprio, “muito pelo reconhecimento das limitações do abolicionismo”. (*A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 62).

<sup>228</sup> É de CLÁUDIA CRUZ SANTOS importante alerta para a inadequação de se conceber um modelo “feminino” de justiça (de cuidado com o outro, baseado no diálogo para solucionar o conflito e voltado para a pacificação) e contrapô-lo a um modelo “masculino” (por excelência, punitivo, autoritário ou paternal e racional), sob o argumento principal de que seria paradoxal que o pensamento feminista, depois de conseguir fazer superar a crença de que diferenças biológicas e/ou intelectuais poderiam ser justificativas para considerar a mulher “menor”, pretendesse agora, com base nas mesmas diferenças, ser capaz de inspirar um modelo também “melhor” de reação ao crime. (*A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 82).

outrora, antes da estatização e centralização da justiça penal<sup>229</sup>; há também uma linha de pensamento que fixa na Alta Idade Média o auge da vigência de modelo de solução de conflitos baseado na intervenção direta do ofensor, da vítima, de pessoas próximas a ambos e da comunidade em que inseridos<sup>230</sup>, de modo que as atuais práticas restaurativas seriam resgate de uma forma de justiça antes e alhures vigente. Ademais, há a assertiva segundo a qual ainda hoje, em determinados locais e sobretudo em “sociedades primitivas” da África, da Ásia e da América, elas seriam predominantes<sup>231</sup>.

Mais do que isso, a descrição que fazem desses modos de solução de conflitos - nos quais ressaltam a composição privada ou comunitária - é carregada de notável otimismo e de um juízo de mérito favorável, compreendendo-as “melhores” do que a forma estatal de solução de conflitos penais. Curiosamente, já no âmbito da ciência penal, cultiva-se um juízo negativo sobre as formas privadas e/ou comunitárias de justiça, caracterizadas como irracionais e desproporcionais e assentadas na vingança<sup>232</sup>, e que o período durante o qual vigoraram foi de violência e de desordem, razão pela qual a publicização da justiça penal teria representado clara evolução nessa temática<sup>233</sup>.

Sobre essa questão, concordamos com CLÁUDIA CRUZ SANTOS<sup>234</sup> quando afirma que a radical cisão de percepção das duas linhas de pensamento sobre o mesmo fenômeno decorre de “diferentes motivações e metodologias adotadas” para a análise, e que há uma propensão (indevida) de “*olhar para o passado como forma de encontrar esteio para as concepções de vida e de mundo (...) para o presente e/ou futuro*”. E, acrescentamos, por certo aquele modelo apresentava qualidades, mas também defeitos, observação também cabível para

---

<sup>229</sup> Um exemplo dessa formulação há em BRAITHWAITE, John. in *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Op. cit., p. 3, sob o título “*O declínio histórico da justiça restaurativa*”.

<sup>230</sup> Nesse sentido e com descrição do modelo de solução de conflitos, ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes...*, op. cit., pp. 93/103.

<sup>231</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 97.

<sup>232</sup> Um exemplo de perspectiva pessimista sobre o Direito desse período há em RENE DAVID; sob o título “*Declínio da ideia de direito*”, explica que “*Nas trevas da Alta Idade Média, a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as «rachim-bourgs» francas, as «laghman» escandinavas, as «eôsagari» islandesas, as «brehons» irlandesas, as «whitan» anglo-sdaxônicas, e até mesmo o simples facto da redacção de leis bárbaras tende a convencer-nos disso. Mas o reinado do direito cessou. Entre particulares como entre grupos sociais os litígios são resolvidos pela lei do mais forte, ou pela autoridade arbitrária dum chefe. Mais importante que o direito é sem dúvida a arbitragem, que visa menos dar a cada um o qu lhe pertence, segundo a justiça e como o direito exige, do que manter a solidariedade do grupo, assegurar a coexistência pacífica entre grupos rivais e fazer reinar a paz*”. (*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª ed., Lisboa: Editora Meridiano, 1987, p. 58 e 59).

<sup>233</sup> Descrição detalhada das divergências entre as duas perspectivas - a restaurativa e a penalista - encontra-se em SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 112/117.

<sup>234</sup> *A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 118.

o modelo estatal e centralizado de justiça penal.

Independentemente disso, e agora sem preocupações com os (de)méritos de cada um dos dois modelos, há a necessidade de referir, ainda que de forma sucinta, os principais elementos que levaram ao surgimento e à afirmação histórica do paradigma estatal punitivo. E, dentre as inúmeras opções bibliográficas para tanto disponíveis, seguiremos o fio do relato de HOWARD ZEHR<sup>235</sup>, notadamente pela objetividade com a qual se desincumbe da sempre difícil tarefa de recuperar a história de um fenômeno complexo e que veio se desenhando desde o século XII como modelo de justiça penal para, somente no século XIX, tornar-se dominante.

ZEHR inicia esse retrato afirmando que o sistema penal que conhecemos hoje não existiu na Europa medieval, pelo menos na Alta Idade Média<sup>236</sup>; não havia legislação que indicasse um rol de comportamentos indesejados e essa definição era feita de acordo com normas e práticas consuetudinárias<sup>237</sup>; os processos não eram conduzidos por profissionais jurídicos; embora existissem o que denomina de Cortes, os particulares raramente a elas recorriam e, quando isso acontecia, estas decidiam o conflito nos mesmos moldes e com os parâmetros da justiça comunitária. Essa realidade era generalizada nos séculos V a X<sup>238</sup>.

A partir dos séculos XI e XII, houve uma série de mudanças sociais e que se refletiram no modo de solucionar litígios interpessoais<sup>239</sup>. Uma delas consistiu na prática, adotada por

---

<sup>235</sup> Em *Trocando as Lentas...*, op. cit., pp. 103/117, sob o título “A revolução jurídica”.

<sup>236</sup> “Idade Média” é a denominação dada ao período compreendido entre os séculos V (queda do Império Romano do Ocidente) e XV (conquista de Constantinopla pelos turcos otomanos). A expressão foi criada no século XVI pelos renascentistas para delimitar um intervalo de tempo entre a brilhante cultura clássica (especialmente a dos gregos) e o seu renascimento. Faz-se, ainda, uma divisão deste período em Alta Idade Média (século V ao XI) e Baixa Idade Média (séculos XII a XV). (MORAES, José Geraldo Vinci de. *História Geral*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992, p. 96).

<sup>237</sup> A concepção até então reinante compreendia o “crime” como causa de um dano para a vítima, que poderia ser de ordem física, moral ou mesmo patrimonial, e esse dano deveria ser reparado em sentido amplo (retribuição, restituição, etc.). HOWARD ZEHR esclarece, ademais, que até a Idade Moderna, o crime era visto num contexto interpessoal, como um mal cometido contra uma pessoa e que criava obrigações e dívidas que de alguma forma tinham que ser cumpridas e saldadas. (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 95).

<sup>238</sup> Essa afirmação demanda cuidados para evitar interpretação equívoca: ao dizer que nesse período prevaleceu um modelo privado e comunitário de solução de conflitos não quer dizer que nunca tenha existido uma “justiça estatal”; ao contrário do que afirmam alguns proponentes do modelo restaurativo, há evidências de que muito antes e cedo houve momentos e espaços em que a justiça foi aplicada por um poder central; ZEHR mesmo afirma que alguns elementos da justiça estatal “*podem ser detectados no código de Hamurábi ou nas reformas jurídicas de Sólon na Grécia Antiga*” (*Trocando as Lentas...*, p. 109); portanto, o período indicado (séculos V a X) provavelmente tenha sido aquele de manifestação mais generalizada e genuína de uma justiça não estatal, o que por certo foi determinado pela inexistência de entes estatais com poder centralizado nos moldes surgidos a partir do século XV; e isso coincide com a pretensão dos restaurativos em localizar nesse período os “tempos de ouro” da justiça comunitária.

<sup>239</sup> Esse período histórico tem extrema relevância, pois nele se situa o ponto de partida do lento, mas implacável fenômeno da apropriação/confisco, pelo Estado, do conflito decorrente da prática de ato danoso, que até então era dimensionado e solucionado pelos agentes nele envolvidos, com participação comunitária. Veremos na sequência que esse confisco foi um dos principais fatores que permitiram a consolidação do modelo estatal punitivo.

autoridades políticas de vários locais, de editarem leis novas, derogando práticas antigas, fazendo-o por meio de códigos formais e escritos; novos argumentos e procedimentos passaram a justificar e prever a intervenção e a iniciativa dessas autoridades em certos processos; surgiu a figura do “procurador” do Estado como substituto da vítima<sup>240</sup>, e aumentou o número de casos que deveriam ser submetido às cortes, e estas, com o tempo, passaram a ter iniciativa para instaurar processos e recolher evidências para provar fatos. O procedimento que adotavam tornou-se cada vez mais inquisitório<sup>241</sup>, em detrimento de um sistema antes vigente com características acusatórias, podendo o responsável iniciar acusações, compilar evidências e determinar o resultado, o que frequentemente era feito em segredo, tendo a tortura relevante papel para a “descoberta” da verdade, ou mesmo como forma de castigo. Nesse caminho, os acordos passaram a ser substituídos por punição, e as multas, recolhidas aos cofres do senhor feudal ou da Coroa<sup>242</sup>, passaram a ter preferência sobre a indenização à vítima<sup>243</sup>. Em síntese, os interesses da vítima foram, aos poucos, perdendo importância no processo de solução do litígio.

ZEHR ressalta que esse movimento feito por autoridades públicas não ocorreu de forma súbita; ao contrário, elas “*foram se insinuando gradualmente no processo*”; começando como investigador, o Estado aos poucos tornou-se acusador e também juiz. Aliás, uma das ferramentas principais para essa intromissão foi estabelecer o poder de iniciativa dos processos que, nos procedimentos acusatórios anteriores, era exclusivo da vítima<sup>244</sup>.

Além disso, esse processo de apropriação dos litígios ocorreu em atmosfera de intensa

---

<sup>240</sup> Isso implicou na perda do protagonismo das partes em conflito e da comunidade a que pertenciam; estes agentes foram substituídos pelo Rei e por seus juristas especializados na matéria de investigação, acusação e julgamento.

<sup>241</sup> ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 42-43. A referência à natureza inquisitiva do procedimento quer significar que ele era desenvolvido de acordo com um conjunto de características que permitem alocar essa forma de proceder em oposição ao sistema acusatório.

<sup>242</sup> Sobre a “questão econômica” (traduzida no interesse de arrecadar recursos com o crime) subjacente ao processo de estatização da punição criminal, há importante referência em COSTA, Afonso. *Commentário ao Código Penal Português, I - Introdução, Escolas e Princípios de Criminologia Moderna*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895, p. 23/24, trazida por CLÁUDIA CRUZ SANTOS, nota de rodapé nº 177 de *A Justiça Restaurativa*, op. cit., p. 117.

<sup>243</sup> HEATHER STRANG refere que o dano foi relegado a segundo plano, passando a ter importância a infração à lei do soberano, e que a consequência foi a de que o autor da infração agora deveria prestar contas ao Estado - a reparação do dano à vítima foi substituída por uma restituição ao monarca sob a forma de multas. Como a vítima não mais tem direito à reparação do dano, também não há mais interesse que ela ocupe qualquer posição relevante no processo de apuração. (*Repair or Revenge: victims and restorative justice*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 4).

<sup>244</sup> *Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 104. O autor faz referência a uma lei francesa de 1498 que reconhecia que o rei, ou o seu procurador, era parte em todas as ações: “*alegando inicialmente ter o direito de participar dos processos, o Estado por fim reivindicou a propriedade sobre o mesmo*”. Em outra passagem, refere que por volta do século XIV, já havia uma série de casos e hipóteses em que as cortes poderiam agir de ofício. (*Idem*, p. 105).

luta por poder, envolvendo estruturas religiosas e seculares, que buscavam hegemonia interna e em relação à outra. É esse contexto em que tem acentuada importância a lei canônica: a Igreja, nos primeiros séculos de hegemonia religiosa do cristianismo, era descentralizada, com vários centros de poder e que competiam entre si, além do que havia graves problemas de disciplina interna, o que levou o papado, durante o período medieval, a esforçar-se para consolidar um poder religioso central, assim como também disputava poder com as autoridades seculares, que faziam os mesmos movimentos de acumulação e centralização de poder. E, na busca de novas ferramentas para a consolidação do poder, leis passaram a ter importância fundamental<sup>245</sup>.

A esse propósito, deve-se lembrar que uma das características da Alta Idade Média era exatamente a ausência de poder central<sup>246</sup> e, portanto, de um corpo de leis aplicável genericamente. E, no contexto recém citado de luta por poder entre pelo menos duas grandes estruturas, o caminho foi buscar referências no passado, e a escolha óbvia foi Roma. ZEHR lembra, a esse propósito, que ao tempo da República Romana, o “crime” em regra era questão privada e comunitária; contudo, com a formação do Império, e inclusive como instrumento para consolidá-lo, muitos crimes passaram a ser públicos, com considerável expansão do papel estatal na administração da justiça. E, antes da queda do Império no ocidente, Justiniano I havia mandado compilar as leis vigentes e aplicadas, surgindo entre os anos 529 e 534 o assim conhecido *Corpus Juris Civilis*. Estas leis, contudo, tinham sido perdidas e esquecidas durante a Idade Média Alta, sendo redescobertas no final do século XI<sup>247</sup>. E, no citado contexto de busca e afirmação de poder, o *Corpus* passou a ser de extrema utilidade tanto para a Igreja, quanto para as autoridades seculares. No que toca à matéria em exame, lembre-se que foram compiladas as leis romanas do tempo do Império, no qual havia intensa ingerência estatal na questão criminal, e foi essa a tônica que se estabeleceu nas legislações que foram se proliferando durante a Baixa Idade Média, de forma especial na lei canônica, mas seus contornos também foram adotados pelo poder secular em toda a Europa continental.

A opção pelo direito romano, segundo ZEHR, foi “*um desvio radical em relação às práticas consuetudinárias*”<sup>248</sup>; além de advir de uma civilização temporal e culturalmente distante, era formal, racional e codificado, em tudo oposto a um direito manifestado pelas tradições e costumes; serviu perfeitamente para as instituições que procuravam afirmar sua

---

<sup>245</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes...*, op. cit., p. 105.

<sup>246</sup> Sobre esse tema, há relevante estudo em: NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 16 e seg.

<sup>247</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 41ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 366.

<sup>248</sup> *Trocando as Lentes...*, op. cit., p. 106.

hegemonia e solidificar um poder central<sup>249</sup>, e também permitia que fosse ensinado e estudado<sup>250</sup>, fator decisivo para a sua universalização (pelo menos na Europa continental)<sup>251</sup>. E, na fase da emergência das nações-Estados, esse direito codificado ofereceu técnicas e conceitos fundamentais para a consolidação das posições das autoridades políticas.

Em que pese essa tendência, e que foi cada vez mais concreta, ZEHR supõe que durante esse longo período que engloba os séculos XI a XV, houve uma “convivência” entre a justiça comunitária e a estatal<sup>252</sup>, com um inicial predomínio daquela e que se inverteu com o passar do tempo. Mas, no final do século XVI, “*as pedras angulares da justiça estatal já estavam posicionadas na Europa*”<sup>253</sup>; códigos de leis ampliaram a dimensão pública de várias ofensas e alargaram o papel do Estado em França, Alemanha e Inglaterra; proliferaram leis que descreviam transgressões e severas penas, como a morte e a tortura, além de sanções econômicas<sup>254</sup>. E o período que se seguiu até a Revolução Francesa, e que coincidiu com o

---

<sup>249</sup> Inspirada no Direito Romano, a Igreja elaborou a lei canônica, que foi a principal ferramenta que o papado usou na luta pela supremacia, tanto dentro da Igreja, como em relação ao poder das autoridades civis; e uma das contundentes manifestações de poder foi a Inquisição, por meio da qual, e de acordo com ZEHR, “*representantes do papa caçavam hereges e os torturavam para obter provas e acertar contas*”; Na Inquisição, a vítima não era mais o indivíduo, mas “*toda uma ordem moral, e a autoridade central a sua guardiã. Os males cometidos não eram mais simples danos que precisavam ser indenizados. Tornaram-se pecados*”. (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 107).

<sup>250</sup> O *Corpus Iuris Civilis* foi adaptado para a vida europeia pelos Glosadores em torno das Universidades surgidas a partir do século XII - Bolonha em 1088, Paris em 1150 e Oxford em 1167. Os Glosadores formaram a primeira Escola, e seu trabalho foi reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas. IRNÉRIO foi o primeiro deles, um erudito em gramática, que fazia comentários nas entrelinhas dos textos romanos, e por isso, suas glosas foram chamadas *interlineares*. Mais tarde, faziam os comentários à margem dos textos, e por isso, *glosa marginal*. O ápice da obra dos Glosadores ocorreu em meados do século XIII, com a *Grande Glosa de ACÚRIO*, de 96.000 glosas. Os *Pós-glosadores*, já no século XIV, faziam um trabalho diferente: novas matérias foram tratadas (direito comercial, direito internacional privado, etc.), e houve uma primeira sistematização quanto à apresentação, superando o casuísmo e empirismo dos jurisconsultos romanos. Resulta um direito romano profundamente deformado, especialmente por causa das influências do direito canônico. (DAVID, René. (*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª ed., Lisboa: Editora Meridiano, 1987, p. 64 e 65). O passo seguinte foi o surgimento das grandes “Ordenações” e, mais tarde, as Codificações de cariz racionalista do século XIX.

<sup>251</sup> Ainda se referindo à lei canônica, ZEHR afirma que ela significou um conceito totalmente novo de crime e de justiça; a justiça tornou-se uma questão de aplicação de regras, de estabelecimento de culpa e fixação de penalidades; ao contrário das práticas do cristianismo primitivo - que acentuavam a aceitação e perdão dos males cometidos e a necessidade de reconciliação -, o direito canônico concebeu o crime como um mal coletivo contra uma ordem moral ou metafísica; um pecado, não contra uma pessoa, mas contra Deus, e a Igreja tinha o dever de purgar o mundo dessa transgressão. Além disso, os teólogos foram responsáveis por formatar conceitos sobre livre arbítrio e responsabilidade pessoal, essenciais para sedimentar a lógica punitiva. E foi sob os auspícios desse Direito que se concebeu o aprisionamento como forma de punir; inicialmente aplicado aos monges rebeldes, tornou-se a regra de punição a partir dos séculos XVII e XIX. (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 107/108).

<sup>252</sup> Nas palavras do autor, “*talvez a mistura, a relação simbiótica entre elas, tenha permitido o bom funcionamento da justiça comunitária. Pode ser que a ameaça de justiça estatal tenha azeitado as engrenagens da justiça comunitária*” (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 110).

<sup>253</sup> *Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 110.

<sup>254</sup> ZEHR afirma que essa tendência de exasperação punitiva de algum modo foi induzida e chancelada pela Reforma Protestante, e também pelo Calvinismo, pois ambas figuravam um Deus severo e punitivo. (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 111).

surgimento das Monarquias Absolutas<sup>255</sup>, foi de um punitivo estatal intenso, rigoroso, arbitrário e abusivo, características em muito associadas à falta de segurança jurídica: as Coroas declaravam-se acima da lei, e esta era, nas palavras de ZEHR, “*um labirinto insano de costumes e princípios, lógica e arbitrariedade, interesses particulares e imperativos públicos*”<sup>256</sup>.

Esse estado de coisas, como se sabe, foi objeto da reforma iluminista, um movimento amplo e que, no que toca ao tema em estudo, representou reação ao modelo punitivo próprio das Monarquias Absolutas: gerando um ambiente gradualmente secularizado pela superação das referências à ordem divina, culminou na Revolução Francesa no final do século XVIII. Os reformadores, com bases fincadas em vetores racionais e partindo de um suposto e implícito contrato social, propugnavam que a lei deveria estar acima dos governos, e estes deveriam concretizar seus comandos para o bem geral da sociedade. No âmbito penal, afirmavam que somente a lei poderia estabelecer o que se considera crime, e a pena deveria ser proporcional ao gravame causado, em clara reação aos abusos cometidos ao tempo do *ancien régime*<sup>257</sup>.

Sobre o modelo de justiça penal, ZEHR afirma que as formulações iluministas, e que foram vitoriosas contra o antigo regime, ofereceram “*renovada legitimação*” ao Estado central<sup>258</sup>, que veio traduzida nos códigos penais editados na Europa e em outros continentes na sequência. Os principais instrumentos ofertados ao poder central foram a legitimidade ampla

---

<sup>255</sup> DANIEL ACHUTTI, a esse propósito, afirma que “*a transformação do crime como um dano a um particular em uma ofensa grave ao rei foi um ponto chave no programa monárquico de dominação de seus povos*”. (*Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53). Terá sido esse período, com efeito, o mais decisivo para esse que é um dos muitos aspectos referidos pelos restaurativos: a alteração na concepção do crime (como dano à vítima, passou aos poucos a ser considerado ofensa pública), o que se manifestou de modo especial por meio do alargamento dos crimes de lesa-majestade. Interessa, no ponto, por causa das origens portuguesas do Direito brasileiro, que em Portugal, esse movimento teria ocorrido de forma acentuada durante o governo do Marquês de Pombal (1750/1777) e, no contexto, tem importância um fato conhecido como “os motins do Porto de 1775”, descrito, de forma contextualizada, por FRANCISCO RIBEIRO DA SILVA, em *Absolutismo esclarecido e intervenção popular. Os motins do Porto de 1757*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990.

<sup>256</sup> *Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 111.

<sup>257</sup> No âmbito penal, a obra referencial no contexto é a de CESARE BONESANA DE BECCARIA ou Marquês de Beccaria, publicada em 1764 sob o título, em português, “*Dos Delitos e das Penas*”, e que teve uma difusão extraordinária, imprimindo marcas nas legislações penais posteriores (em especial as editadas no início do século XIX) e ao Direito Penal como um todo. Os principais elementos teóricos expostos revelam que o direito de punir decorre do pacto social, resulta de uma renúncia de parte da liberdade dos cidadãos a favor do Estado, tendo em vista a manutenção da sociedade; o crime é uma ofensa a esta, e deve ser punido na medida ou na proporção do mal a ela causado; a finalidade da punição é a prevenção geral negativa; também vê como essencial o respeito ao princípio da legalidade dos crimes e das penas. Em Portugal, as ideias de BECCARIA e, em geral do Iluminismo, encontraram eco em PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE: professor na Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra, elaborou manuais (*Historia Juris Civilis Lusitani, Institutiones Juris Civilis Lusitanis, cum Publici tum Privati e Institutiones Juris Criminalis*) que muito influenciaram o ensino jurídico em Coimbra. Nesse sentido: MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. “*A Codificação Penal Portuguesa no Século XIX*”. In *Julgar Online*, março de 2016. Acessível em <http://julgar.pt>. Coimbra, como sabido, foi o local em que se formaram os primeiros juristas brasileiros, antes do surgimento de faculdades de Direito no Brasil.

<sup>258</sup> *Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 112.

para a iniciativa de processos e, pela importância dada à lei, houve reforço da ideia (não nova) de que o crime é a sua violação, enfatizando com isso uma “esfera pública” no âmbito criminal, em detrimento da perspectiva privada da vítima. Também consolidou-se a noção (que também não era nova) de que ao crime deve seguir-se uma punição, em detrimento de outras medidas, notadamente reparatórias; a novidade ficou por conta da forma de punição, que passou a centrar-se na prisão/encarceramento<sup>259</sup>.

Foi com esses novos padrões de justificação que a justiça penal estatal se consolidou durante o século XIX, e junto com ela profissões jurídicas e uma organização judiciária complexa e burocratizada necessárias para operá-la, bem como os estabelecimentos penitenciários para alocar os condenados<sup>260</sup>. Em um importante acréscimo: a administração da justiça, isto é, a solução de litígios de natureza penal, tal qual concebida nos Estados Contemporâneos, é feita em regime de monopólio estatal, proibindo-se a assim chamada justiça privada<sup>261</sup>. Enfim, e nos termos da metáfora que ZEHR atribui a JEROLD AUERBACH, “*a lei é a nossa religião nacional, os advogados são os sacerdotes e o tribunal é a catedral onde o teatro das paixões contemporâneas é encenado*”<sup>262</sup>.

Sobre os impactos ou implicações do processo de estatização da justiça penal, ainda

---

<sup>259</sup> Sobre a prisão, ZEHR faz importantes observações; de um lado, o Iluminismo não questionou a ideia de que a punição deveria consistir em dor: o sofrimento físico público havia caracterizado o período anterior; os regimes absolutistas usaram deste recurso - punições públicas e brutais - para, provocando temor e terror, afirmarem o seu poder por meio da demonstração das consequências de a ele se opor. Esse formato agora é dispensável, pois os novos governos, como representantes da vontade geral, não tinham essa necessidade de legitimação (que é pressuposta), e as pessoas já “*não se sentiam mais tão à vontade com a dor e a morte*” alheia; nesse contexto, “*as prisões ofereciam uma forma de administrar a dor a portas fechadas*”. Por outro lado, a “*parte atraente*” da prisão era o fato de permitir graduar a pena no tempo, de acordo com a gravidade da ofensa. (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 114).

<sup>260</sup> Não se pode supor que esse processo tenha sido linear e isento de críticas. Importante estudo, a esse propósito, consta em *Vigiar e Punir - Nascimento da Prisão*, do francês MICHEL FOUCAULT (consultou-se a versão em português editada por Edições 70, Lisboa, 2016 e traduzida por Pedro Elói Duarte), em especial o capítulo 4, que tem por objeto a “*prisão*” (p. 261 e seguintes), em que destaca e critica a declarada pretensão dela (ao ser instituída como pena principal) em, pelo isolamento, pela meditação e a reaprendizagem do trabalho ou outra socialidade, regenerar o condenado. Sobre os estabelecimentos penais construídos, por inspiração de J. BENTHAM, na forma de panóptico, FOUCAULT afirma que a individualização e vigilância prisionais pretendiam a transformação dos corpos, dos hábitos e dos gestos, pois o medo e o receio advindo de não saberem se estão a ser observados leva-os a adotar o comportamento desejado pelo vigilante. Outra ideia que perpassa a obra é a de que o Estado tomou para si o exercício da violência, e o fez por meio da lei/norma e dos mecanismos policial e judicial-penal de controle social.

<sup>261</sup> No Brasil há inclusive um tipo penal para essa situação, consistente no “*exercício arbitrário das próprias razões*” (art. 345 do CP). Contudo, esse conceito de justiça privada não necessariamente se confunde com um modelo que deixa às partes envolvidas em conflito a sua solução, que é uma das tônicas do paradigma restaurativo. O que se veda é que o ofendido promova, por si, a punição do seu agressor, devendo recorrer às instâncias estaduais para obter esse resultado.

<sup>262</sup> *Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 115.

de HOWARD ZEHR colhem-se algumas importantes observações<sup>263</sup>. A primeira: a mudança em questão foi uma verdadeira “revolução jurídica” que importou no trânsito de um sistema de justiça privada ou comunitária para um de justiça pública: tudo começou com a permissão de denúncia por parte do Estado no lugar da vítima, passou pela fase em que o Estado colocou-se como parceiro dela para, mais tarde, apropriar-se totalmente do conflito, até culminar no monopólio da administração da justiça penal. Durante essas etapas, houve redefinição de quem é a vítima (do indivíduo como vítima física, chegou-se no Estado como vítima de direito), o que implicou um processo de marginalização (no sentido de sair do centro e ir para as margens) do indivíduo que sofre as consequências da ação criminosa.

Além disso, a lei formal, escrita, interpretada e gerenciada por profissionais, tomou o lugar e a importância que antes eram dos costumes, das tradições e das conveniências. Outro aspecto refere-se aos potenciais resultados em cada um dos modelos: no paradigma privado/comunitário, a vingança era um de vários resultados possíveis<sup>264</sup>; na justiça penal estatal, houve redução de opções, pois ela busca em essência a punição, deixando de lado outros objetivos, como resoluções amigáveis, acordos, reparação, etc.; além disso, elaboraram-se justificativas pragmáticas para a punição, como coibir novos e outros crimes, isolar, reabilitar, etc. Por fim, a alteração havida trouxe consigo novos conceitos para o crime: em vez de violação ou dano individual, fala-se em violações coletivas ou sociais.

Por último, e acerca das causas que ensejaram o domínio do paradigma estatal/central de justiça, há diversas referências. Uma delas seria a crescente complexidade das sociedades, determinada pelo aumento da população e da urbanização, que teria minado a base comunitária, condição para o êxito de um sistema de justiça também comunitário. Outra diretriz foca-se na turbulência social, ínsita a sociedades de classes/castas e nas quais há acentuada desigualdade (especialmente econômica) entre seus membros. A necessidade de controlar a vingança privada tem sido um argumento largamente utilizado, nomeadamente no âmbito da ciência penal, local onde a publicização da justiça é saudada como avanço civilizacional<sup>265</sup>. Por fim, o sistema de justiça penal teria sido instrumental no longo processo de afirmação do poder do Estado da era

---

<sup>263</sup> *Trocando as Lentas...*, op. cit., pp. 114/119.

<sup>264</sup> As descrições mais detalhadas do modelo comunitário, em especial nas formas pelas quais se manifestou na Alta Idade Média, ressaltam que o direito de vingança era uma espécie de *ultima ratio*, ou seja, a parte ofendida somente poderia a ela recorrer se infrutíferas as tentativas de obtenção de outros resultados, mormente a reparação (em sentido amplo).

<sup>265</sup> ZEHR lembra que essa tese de vingança generalizada tem sido contestada em estudos de acordo com os quais a vingança era uma e a última de várias opções para solver um conflito. (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 119).

moderna<sup>266</sup>.

Entendemos que dificilmente uma destas ou outra qualquer causa consiga, sozinha, oferecer explicação razoável para o fenômeno, sendo mais sensato ver no seu conjunto o caldo fático que culminou na afirmação da justiça penal estatal, exercida na forma de monopólio.

### 3.2.3. Sobre a conceituação da justiça restaurativa

Nas abordagens sobre uma definição para a justiça restaurativa ressaltam-se as dificuldades para essa tarefa, especialmente por causa da diversidade de práticas ou programas que se consideram restaurativos, assim como pelo fato de ainda não haver uma história suficientemente longa atrás delas<sup>267</sup>, fatores que impedem uma abordagem conceitual uniforme e consolidada.

Um dos caminhos para compreendê-la, e que temos por suficiente para a presente pesquisa, é identificar no que ela se distingue da justiça penal estatal, a partir do fundamento, de finalidades e do modo de atuação ou procedimento<sup>268</sup>.

O fundamento da proposta restaurativa é compreender que no crime estão envolvidos aspectos subjetivos de quem o sofre, e nisso se afasta da perspectiva punitiva, que o vê apenas como violação de uma lei que vitima o Estado.

A finalidade é a pacificação dos envolvidos no conflito, por meio da reparação dos danos sofridos pela vítima, que se constitui na responsabilidade do ofensor; assim, anda em direção diversa da justiça estatal, que se satisfaz em punir o agente.

Por fim, e no que diz respeito ao procedimento, não obstante a diversidade de práticas, a diretriz para qualquer delas é a autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, por meio da participação, que pode alcançar a modelação da solução<sup>269</sup>, diferentemente do modelo estatal, que se movimenta autonomamente, impondo àqueles postura passiva<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes...*, op. cit., p. 118/119.

<sup>267</sup> Este último aspecto é ressaltado por CLÁUDIA CRUZ SANTOS, que também elenca como causa dessa dificuldade o fato de a justiça restaurativa apresentar-se como movimento social com propósitos amplos e variados. (*A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 156/7).

<sup>268</sup> Esse critério é proposto por CLÁUDIA CRUZ SANTOS. (*A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 171 e seguintes).

<sup>269</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS sintetiza essa abordagem, afirmando que se trata de “forma de resposta à criminalidade orientada por objetivos curativos”: dos males sofridos pela vítima, do diminuído sentido de responsabilidade do infrator e da abalada relação existencial entre agente e vítima. (*A Justiça restaurativa*, op. cit., p. 173).

<sup>270</sup> HOWARD ZEHR não conceitua, mas descreve a justiça restaurativa, com a premissa de que, satisfazendo as necessidades da vítima e definindo as responsabilidades do ofensor para a reparação e pacificação, é um modo de solucionar conflitos de origem penal que: a) tem foco nos danos e nas consequentes necessidades (da vítima, mas também do ofensor e da comunidade); b) trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor, da comunidade e da sociedade); c) utiliza processos inclusivos e cooperativos; d) envolve todos os que têm um

Entendemos que um dos relevantes apanágios da justiça restaurativa como modelo pode ser identificada, para além da postura crítica em relação à justiça penal, no ato de fincar bandeira em torno da reparação dos danos causados à vítima, entendida de forma ampla (indenização de danos, recomposição da segurança e do senso de controle; superação do medo, compreensão dos motivos do crime, etc.) a que corresponde a responsabilidade essencial do agente e da comunidade; também ressalta a busca do consenso entre os envolvidos no conflito criminal, aí incluída a comunidade, como método preferível para a sua solução, e isso implica em dar-lhes protagonismo no procedimento, norteado para a pacificação.

Portanto, e numa tentativa de síntese, a justiça restaurativa pode ser vista como forma de resolução de conflitos, distinta daquela preconizada de acordo com o modelo de justiça penal estatal, que é assentado no processo penal e na imposição de penas; é orientada por princípios também distintos, e propõe efetiva participação da vítima e do agressor na resolução do conflito, objetivando a reparação, material ou simbólica, mas justa, do dano decorrente do delito e a responsabilização do agressor de uma forma que não gere estigmas. É um modelo alocado, em termos amplos, em campo no qual há perspectivas de transformação dos sujeitos envolvidos em conflitos: da parte do autor da infração penal, pretende um sincero arrependimento e a assunção da responsabilidade pelos danos causados e, da parte da vítima, um sincero perdão, meios para solver a situação litigiosa e de prevenir novos conflitos<sup>271</sup>.

### **3.2.4. Conclusões sobre as relações entre mediação penal e justiça restaurativa**

Posto, assim, o que julgamos ser o essencial para a identificação da justiça restaurativa, ainda está por definir eventual relação entre ela e a mediação penal e outras modalidades alternativas de resolução de litígios.

E, nesse âmbito, é comum afirmar que a mediação penal é uma modalidade, dentre muitas, de justiça restaurativa<sup>272</sup>; ou seja, a ideia de justiça restaurativa engloba a de mediação,

---

interesse na situação (vítimas, ofensores, comunidade e sociedade); e) busca corrigir os males. (*Trocando as Lentas...*, op. cit., p. 257).

<sup>271</sup> A esse propósito, JUAN A. C. PARRA, com base em SILVA SÁNCHEZ, chama a atenção para “*una dimensión cuasi ético-religiosa*” da justiça restaurativa, da qual deriva, para seus proponentes, uma pretensão de superioridade moral, de difícil compatibilização com os paradigmas de um Direito Penal moderno, dentre os quais o da separação com a moral; o Direito, ao contrário da moral, não pretende responder a nenhuma verdade absoluta, e sim aos interesses predominantes em cada momento, manifestados por uma certa vontade geral expressa na lei. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 123).

<sup>272</sup> No anexo da Recomendação CM/Rec (2018)8, do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre Questões de Justiça Restaurativa Criminal, adotado pelo Comitê de Ministros em 3 de outubro de 2018, no item nº 5 Lê-se que “*Dependiendo del país en el que se emplee y de la manera de administrarse, se puede hacer referencia a la justicia restaurativa como mediación entre la víctima y el ofensor, mediación penal, conferencias restaurativas, conferencias de grupo familiar, círculos de sentencia o círculos de pacificación, entre otros*”.

que configura instrumento ou modo de manifestação daquela; a justiça restaurativa seria um gênero, do qual a mediação figura uma espécie<sup>273</sup>. É isso que fomenta definições para a mediação penal que a identificam como um instrumento ou ferramenta da justiça restaurativa, na forma de um procedimento no qual um terceiro neutro organiza e promove comunicação entre vítima e autor de um crime, para que eles acordem uma solução justa para o conflito nascido do crime<sup>274</sup>. É pressuposto, nesse conceito, que a mediação é vista como mecanismo autocompositivo de solução de conflitos, pois o terceiro neutro não está vinculado à jurisdição.

Assim posta a questão da relação entre a mediação e a justiça restaurativa, é decorrência lógica que ambas comunguem da mesma natureza e características. Nisso, contudo, há cuidados a tomar, pois, em que pese o acerto daquela asserção - de que a mediação, incluindo a penal, é uma espécie de justiça restaurativa -, há uma questão de fundo a discutir e que reflete notas distintivas entre elas.

Com efeito, tomada a justiça restaurativa como um todo, e não apenas sob a perspectiva dos seus instrumentos/programas, ela se apresenta como um modelo alternativo ao sistema penal estatal; aliás, e como já consignado, os autores mais entusiastas que dela se ocupam pretendem substituir, com ela, o sistema estatal de jurisdição penal - substituir no sentido de extinguir e de se colocar no lugar. Portanto, e nessa perspectiva, mais presente em sistemas jurídicos de matriz anglo-americana, a mediação, inclusive a penal, é concebida como um procedimento autônomo, como qualquer outro daqueles reunidos sob o signo de justiça restaurativa, por meio do qual se busca a resolução consensual do litígio fora do âmbito do processo penal.

Contudo, essa noção de mediação penal encontra sérias resistências em alguns sistemas jurídicos europeus que, assentados no caráter público do Direito Penal e Processual Penal, não admitem que litígios de natureza penal encontrem solução em procedimentos de

---

<sup>273</sup> Nesse sentido: SAMANIEGO, José Luis Manzanares. *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 17 e PARRA, Juan A. C., *Mediación Penal*, op. cit., p. 122. Também MARIA AUXILIADORA GARCÍA FERNÁNDEZ, para quem “*La Justicia Restaurativa nace con el movimiento político-criminal a favor de la víctima y la recuperación del papel de la misma en el proceso penal, suponiendo el punto de arranque de una nueva concepción de la justicia aplicable en un determinado país, y teniendo como principal instrumento de intervención la figura de la mediación*”. (“La Mediación Penal y el Nuevo Modelo de Justicia Restaurativa”, In *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Almería, Vol. 15, maio de 2017, p. 2). TERESA ARMENTA DEU afirma que a mediação penal é o “máximo exponente” da justiça restaurativa. (“Justicia Restaurativa, Mediación Penal Y Víctima: Vinculación Europea Y Análisis Crítico”. In *Revista General de Derecho Europeo*, nº 44, 2018, p. 205).

<sup>274</sup> Nesse sentido, MIGUEL PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO afirma que “*La mediación, como instrumento de la Justicia Restaurativa, puede definirse como un procedimiento en el que un tercero neutral intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes, que éstas acuerden una solución al conflicto que les enfrenta*”. (*Mediación penal: marco conceptual y referentes*. Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, 2013, p. 25).

natureza privada e desvinculados do processo penal<sup>275</sup>. Isso não quer significar, todavia, que a mediação penal seja rechaçada nesses sistemas, mas compreendida em perspectiva de conciliação com a jurisdição e aplicada como uma fase, prévia ou contemporânea, do processo penal desenvolvido perante os órgãos da justiça criminal e que tem por objeto o litígio nascido da infração penal.

Portanto, nos sistemas jurídicos que inserem ou vinculam a mediação penal a um processo desenvolvido perante órgãos estatais encarregados de investigar e julgar atos criminosos, ela não pode ser confundida com a justiça restaurativa, ao menos no aspecto de ser ferramenta substitutiva da atuação da jurisdição penal<sup>276</sup>.

Outro tanto a perquirir é sobre os objetivos a serem alcançados, campo no qual a questão a responder é se da mediação penal é exigível chegar aos mesmos resultados almejados pela justiça restaurativa. Lembre-se, sobre o ponto, que esta se pretende transformadora das pessoas envolvidas no conflito, que é visto como oportunidade para a mencionada transformação.

É intuitivo que a resposta para a questão posta remete para os já analisados

---

<sup>275</sup> Partidário dessa ideia, JUAN A. C. PARRA afirma que a mediação não pode apresentar-se como alternativa ao processo, e sim, incorporar-se nele e, para isso, deverá assumir sua natureza técnica e princípios práticos; essa é a ideia de mediação que melhor se adapta à noção de lei do sistema europeu continental. Tradução livre de “*la mediación no puede presentarse a sí misma como alternativa al proceso, sino que ha de incorporarse al mismo, y para ello tendrá que asumir su carácter técnico y sus principios prácticos; esta es la idea de mediación que mejor conviene a la noción del Derecho del sistema europeo continental*”. (*Mediación Penal*, op. cit, p. 123). O autor pondera, ainda que “*la tradición jurídica anglo-americana, más permeable a la desjudicialización (diversión) de las respuestas penales, admite soluciones de justicia comunitaria que en nuestro modelo sería muy difícil acomodar sin merma de determinados principios com jerarquía constitucional*”. (Idem, ididem).

<sup>276</sup> A bem da verdade, no âmbito europeu, e a se ter em conta, por exemplo, as diretivas elaboradas pelo Comitê de Ministros dos Estados Membros, a justiça restaurativa como um todo não é vista como modelo alternativo ao sistema penal e, sim, como procedimento ligado ao processo penal; evidência clara disso nasce da Recomendação CM/Rec (2018)8, cujo objeto diz com “questões de justiça restaurativa criminal”, e adotado na reunião de 3 de outubro de 2018; no item 6 do seu anexo lê-se que “*La justicia restaurativa puede emplearse en cualquier fase del proceso de justicia penal. Por ejemplo, puede asociarse a la suspensión del arresto, los cargos o el enjuiciamiento, puede utilizarse junto con una medida policial o judicial, puede aplicarse antes o paralelamente al enjuiciamiento, puede tener lugar entre la condena y la sentencia, puede constituir parte de una sentencia o puede aplicarse después de dictar o completar una sentencia. Las remisiones a la justicia restaurativa pueden ser realizadas por organismos de justicia penal y autoridades judiciales o pueden ser solicitadas por las mismas partes*”. Está patente, portanto, uma compreensão de justiça restaurativa que dialoga diretamente com o processo, longe da perspectiva substitutiva. E o item 7 do mesmo anexo é igualmente relevante para corroborar a noção: “*La necesidad de una supervisión judicial es mayor si la justicia restaurativa va a afectar a las decisiones judiciales, como cuando la interrupción del enjuiciamiento depende de una conformidad, o cuando el acuerdo restaurativo se eleva al tribunal como orden o resolución recomendadas*”. Por fim, o item 19 do anexo também tem pertinência ao que se propõe: “*Los servicios de justicia restaurativa deben estar disponibles en todas las fases del proceso de justicia penal. Las autoridades y profesionales del Derecho pertinentes deben facilitar a las víctimas y los ofensores suficiente información para que puedan determinar si desean o no participar. Las autoridades judiciales u organismos de justicia penal pueden realizar remisiones en cualquier momento del proceso de justicia penal y ello no excluye la posible oferta de auto-remisión a un servicio de justicia restaurativa*”. Este tema é objeto de abordagem específica no tópico “Qual mediação”, abaixo.

fundamentos teóricos para a mediação, âmbito no qual são identificadas três tendências principais, preconizadas pelos modelos Harvard, transformativo e circular-narrativo, e cada um deles tributa à mediação determinadas finalidades. E, com tais parâmetros, é possível dizer que, adotada a perspectiva de mediação proposta pelo modelo transformativo, ela em muito se aproxima, quanto aos objetivos, à justiça restaurativa, vale dizer, não se nega à mediação a pretensão de alcançar resultados tipicamente restaurativos, como o protagonismo das partes, a reparação ampla dos danos e a responsabilização do agressor.

Mas, não é esta a única possibilidade, havendo quem exija menos da mediação, em especial a penal. JUAN A. C. PARRA, no ponto, afirma que sinceridade do arrependimento do agressor e do perdão da vítima - que poderiam refletir a referida transformação - não são passíveis de demonstração, nem exigíveis para o Direito; ou seja, que não cabe impor a quem participa da mediação a adoção de novos valores ou a modificação daqueles que tinha antes; não é possível, em sociedade democrática, pretender a transformação para melhor de uma pessoa sob ameaça de coação<sup>277</sup>. Mas, nada impede e, pelo contrário, tudo recomenda que no percurso do procedimento que a jurisdição desenvolve para conhecer e resolver o conflito, sejam abertos espaços para a comunicação entre os sujeitos com o objetivo de obter a melhor solução possível para eles em relação à controvérsia<sup>278</sup>.

Do que se disse acima fica claro que a justiça restaurativa pretende uma verdadeira transformação nas pessoas envolvidas em conflitos, com um sincero arrependimento por parte do agressor e a concessão, também sincera, de perdão por parte do ofendido, sentimentos a se projetarem sobre os resultados obtidos - responsabilização, reparação e melhoras na relação, se ela se mantiver. Não é esse tanto que se exige ou espera dos ADRs, dos quais a mediação faz parte, que se contentam em oferecer espaços de comunicação entre os envolvidos no litígio para que alcancem a solução para ele, na forma de um acordo minimamente satisfatório para todos<sup>279</sup>.

Com esse pressuposto, com o qual estamos de acordo, reconhecemos na mediação

---

<sup>277</sup> *Mediación Penal*, op. cit., p. 124. Esta última frase o autor tomou de PÉREZ SANZBERRO.

<sup>278</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>279</sup> JUAN A. C. PARRA, com base em BRAITHWAITE, afirma que não há como confundir as ADRs com a justiça restaurativa, pois aqueles “*se conciben pura e lisamente como instrumento para llegar a una solución pactada de forma rápida y eficaz, mientras que el interés de la JR es, como su nombre indica, alcanzar una solución justa*”. Com esse pressuposto, prossegue afirmando que a mediação penal se encontra a meio caminho entre o modelo restaurativo e os ADRs, porque goza, por um lado, da essência da *justiça restaurativa ao aspirar, como esta, o alcance de uma solução justa. Mas, por outro lado, sua principal pretensão como ADR é restabelecer um status quo concreto, apartando-se, nesse sentido, da perspectiva comunitária (restabelecimento da paz social, melhora da convivência) da JR.*” (*Mediación Penal*, op. cit., p. 122).

penal uma típica ADR<sup>280</sup>: um mecanismo de resolução de conflitos assentado na voluntariedade das partes, orientado por um mediador, destinado a obter o melhor resultado possível para elas, inscrito em um acordo que, contudo, há de ser considerado no âmbito da jurisdição; se obtido sem a instauração de processo perante esta, haveria de ser homologado; no curso da ação penal, haveria de ser permitido o encontro e a comunicação entre as partes, esta mediada e, obtendo acordo, os seus termos considerados no deslinde da causa. O mencionado encontro também haveria de ser viabilizado na fase da execução da pena.

Assim concebida, afasta-se da mediação penal a exigência posta por quem preconiza o modelo restaurativo no sentido de que o procedimento deve ser necessariamente fora do âmbito da jurisdição. E essa fórmula é a maneira existente para compatibilizar e conciliar a mediação penal com a jurisdição nos sistemas jurídicos avessos a admiti-la como procedimento alheio e autônomo do processo judicial<sup>281</sup>.

### 3.3. Uma definição possível para a mediação penal

A abordagem recém feita sobre as relações entre a mediação penal e a justiça restaurativa evidencia, desde logo, que uma conceituação para aquela vai ser impregnada das percepções sobre a sua natureza e os objetivos dela esperados.

Assim, e a título de exemplo, MIGUEL P. R. HERRERO<sup>282</sup> afirma que a mediação, como instrumento da justiça restaurativa, é um procedimento no qual um terceiro neutro estabelece comunicação entre as partes para que elas acordem uma solução para o conflito que as toca. E, transposta a noção para o âmbito penal, a mediação se realiza entre a vítima e o autor da infração penal, fora do processo penal, e tem como finalidade a reparação material e psicológica, pelo autor do crime, do mal causado à vítima e a conseqüente satisfação dela - além da reparação que obtém, é outorgado protagonismo à sua vontade, deixando de ser uma mera testemunha; para o agressor, a mediação permite que sua conduta seja confrontada com as conseqüências que o crime gerou para a vítima, permitindo uma responsabilização pelos seus

---

<sup>280</sup> Nesse sentido: PARRA, Juan Antonio Cruz. *Mediación Penal*, op. cit., p. 15 e PARDO, Guillermo Orozco, “Notas acerca de la mediación...”, op. cit., p. 741.

<sup>281</sup> JUAN A. C. PARRA, a esse propósito, afirma que “*si concibiéramos la mediación exclusivamente como modelo restaurativo y no como ADR, deberíamos exigir para dar validez al acuerdo, aparte de la compensación, el sincero arrepentimiento del ofensor, el franco perdón del ofendido y hasta un futuro mejor para ambos. Pero esto no es así, no se puede pretender la sanidad espiritual del sujeto; debe bastar con una reparación voluntaria por el infractor, aceptada como solución por la víctima y ajustada a los parámetros que legalmente se establezcan. Por todo ello decimos, en fin, que el concepto de mediación penal está a caballo entre el de justicia restauradora y el de los ADR*”. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 124/125).

<sup>282</sup> “Mediación penal: marco conceptual y referentes”, op. cit., p 25.

atos. O autor prossegue dizendo que, nesses termos, a mediação permite restabelecer o tecido social rompido, equilibrando os interesses da vítima, do infrator e da comunidade, concluindo que ...

*“... la mediación supone un proceso en el que se produce un crecimiento personal tanto para el infractor, en cuanto asume la responsabilidad de sus actos, como para la víctima, al tener como consecuencia que pueda atenuarse la denominada victimización secundaria; todo ello mediante un proceso de comunicación entre las partes, que se materializa en un acuerdo consistente en un dar y recibir con mutuas concesiones. A través de este instrumento se viene a conseguir de forma más eficaz la función de la pena, es decir, la estabilización a largo plazo de la confianza de los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal (prevención general positiva): la víctima considera reparados sus intereses legítimos, el autor de la infracción se responsabiliza de sus actos y la sociedad observa cómo el sistema jurídico ha otorgado respuesta al conflicto planteado”.*

Como dito, esse conceito percebe a mediação penal como mecanismo de justiça restaurativa, e dela exige, como condição de êxito, a consecução das inúmeras finalidades elencadas, que vão desde a transformação das pessoas envolvidas no conflito até o cumprimento de finalidades sociais.

Por sua vez, e pela importância para o objeto da presente pesquisa, aludimos ao conceito proposto por JUAN A. C. PARRA<sup>283</sup>, que concebe a mediação penal como um procedimento específico, integrado ao processo penal, no qual a vítima e o infrator, auxiliados por um mediador oficial, têm oportunidade para decidir sobre o conteúdo de um acordo de reparação que, se efetivamente cumprido, paralisaria o progresso da ação penal.

Nessa mesma linha, merece citação a percepção de PAULO DE SOUSA MENDES<sup>284</sup> sobre a mediação penal, expressa nesse conceito:

*“... forma de diversão do processo e é normalmente aplicada em casos de menor gravidade. Nestes termos, a regulação da mediação e dos seus procedimentos cabe ao Estado e é definida por lei, tendo por objetivo garantir um sistema uniformizado. Neste modelo, o encaminhamento dos processos para a mediação é maioritariamente de responsabilidade dos magistrados do MP”.*

E, ainda segundo o mesmo autor, embora a mediação penal seja “*uma manifestação da ideia de justiça restaurativa*”, o modelo adotado em Portugal é “*integrado, em que a mediação funciona como alternativa ao procedimento criminal, que cessa em caso de*

---

<sup>283</sup> *Mediación Penal*, op. cit., p. 130

<sup>284</sup> *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 106

*acordo*”<sup>285</sup>.

É notável a diferença para o conceito anterior; desde logo, a mediação penal é projetada para dentro da jurisdição, refletindo-se nos objetivos da mediação, bem mais modestos, satisfazendo-se em oportunizar a comunicação entre as partes; se, por essa via, for obtido um acordo de reparação, e este for efetivamente cumprido, ele projetaria o efeito de interferir no progresso da ação penal pela infração penal.

De um modo geral, é essa a perspectiva que entendemos como sendo a adequada para a mediação penal, com alguns acréscimos; de fato, e nos termos já expostos, ela é de ser vista como um mecanismo de resolução de conflitos decorrentes de infração penal, assentado na voluntariedade das partes - no sentido de submeter-se ao procedimento e de nele manter-se - orientadas por um mediador e destinado a, tendo em consideração os interesses delas, obter o melhor resultado possível para ambas, inscrito em um acordo que, devidamente cumprido, há de ser considerado no âmbito da jurisdição: se obtido antes da instauração do processo, haverá de ser homologado e produzir efeitos impeditivos ou condicionantes do direito de propor a ação penal; se obtido no curso do processo, haverá de interferir no conteúdo da sentença, e também pode-se cogitar de mediação na fase da execução da pena, na qual o acordo de reparação poderia refletir-se nas circunstâncias do cumprimento - tempo, lugar, modo, etc.<sup>286</sup>.

Assim concebida, a mediação penal pode ser mecanismo de solução de conflitos alternativo ao processo, na hipótese de ser desenvolvida previamente a ele e o acordo implicar em óbice para a sua instauração, ou à sentença, quando, depois de iniciado o processo, o acordo a substituir; há, ainda, possibilidades de o acordo, ao invés de substituir, influenciar a sentença, assim como interferir no modo de execução da pena imposta ao autor do crime; nestes últimos casos, a mediação deixará de ter natureza alternativa para passar a integrar e complementar a jurisdição penal. Tudo dependerá do modelo formatado pelo poder de conformação normativa dado ao legislador no Estado de Direito Democrático.

De qualquer modo, caso se adote uma perspectiva integradora e complementar para a mediação penal, é consequência lógica a relativização do seu caráter alternativo, ao menos tal qual proposto pelos defensores da justiça restaurativa. E essa questão enseja outra discussão que, embora ainda circunscrita ao campo dos objetivos da mediação penal, refere-se à específica

---

<sup>285</sup> *Lições de Direito Processual Penal*, op. cit., p. 107. Sobre os mecanismos de diversão processual no direito português, referência teórica sobre há em COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?” In *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Separata do vol. LXI*, 1985, pp. 91-158.

<sup>286</sup> Esta temática será revisitada em outra passagem, ao se discutir a mediação penal em infrações penais contextualizadas em relação conjugal.

faceta dos impactos da mediação no processo, ou seja, ao que as partes e o próprio sistema jurídico pretendem, com ela, em relação ao processo. Essa matéria é objeto de aprofundamento no próximo tópico.

### **3.4. Qual mediação penal**

#### **3.4.1. Considerações iniciais**

Nas ponderações feitas anteriormente a propósito da justiça restaurativa, referimos as suas duas matrizes mais evidentes, uma sendo a vitimologia, que cobrou um papel mais ativo da vítima na solução do conflito nascido do crime e, a outra, consistente na absorção de muitas das críticas que o abolicionismo penal assacou contra o sistema penal ou de justiça criminal estatal. E, conforme vimos, seus defensores pretendem seja a justiça restaurativa um modelo de solução de litígios penais alternativo ao sistema penal estatal, no sentido de extingui-lo e de substituir-se a ele.

E se a mediação penal, como também já referimos, integra o rol dos métodos ou programas de justiça restaurativa, é imposição da lógica que também ela seja impregnada dessa característica, ou seja, de método alternativo ao estatal de solução de conflitos.

Contudo, essa equação não se apresenta tão retilínea, havendo orientações de matriz comunitária - em especial na Europa, sob forma de Recomendações e Directivas -, legislações e experiências que projetam a mediação para dentro do processo penal, no sentido de causar determinados efeitos nele ou em relação a ele. A questão a perquirir, portanto, é acerca da possível interação e integração da mediação penal, assim como de qualquer programa de justiça restaurativa, com o sistema penal estatal, ou seja, se é viável que uma mediação bem sucedida na forma de acordo entre as partes em conflito produza efeitos em relação ao processo, em especial, de ser fator impeditivo da sua instauração, o que pressupõe que ela seja realizada previamente, ou de conformar a resposta penal para o crime, se admitida depois de deduzida a acusação.

São questões que merecem abordagem e aprofundamento.

#### **3.4.2. A propósito de modelos para a relação entre mediação e processo**

Sobre as possibilidades de intercomunicação entre programas restaurativos, aí incluída a mediação, e o processo penal, e a se ter como referência a proposição de HELENA SOLETO

MUÑOZ<sup>287</sup>, identifica-se três modelos ou sistemas<sup>288</sup>.

#### 3.4.2.1. Sistema complementar

Um primeiro modelo propõe que os programas restaurativos sejam complementares ao sistema penal<sup>289</sup>, caso em que o acordo alcançado pelas partes projeta efeitos no processo na forma de vantagens processuais (redução ou substituição da pena, suspensão do processo ou benefícios na execução da pena)<sup>290</sup>.

A derivação do caso para a mediação pode ocorrer antes ou depois de deduzida a acusação e, se o for antes, o acordo não impede o processo, pois ele apenas produz reflexos na sentença, podendo, e a depender do sistema normativo, importar na redução temporal da pena, na substituição de uma pena por outra menos gravosa, ou mesmo em alterações na forma de execução da pena aplicada; poderá, também, ser causa da suspensão temporária e condicional do processo.

#### 3.4.2.2. Sistema alternativo ao processo/acusação

Um segundo modelo contempla programas restaurativos como alternativos ao processo; o caso penal é derivado para a mediação ou outra técnica antes de iniciar o processo, e o êxito das partes em alcançarem um acordo e seu efetivo cumprimento produz o efeito de impedir o processo pelo fato discutido; está implícito nisso que o fracasso da autocomposição ou o descumprimento do acordado permitem a instauração do processo penal<sup>291</sup>.

Assim como no modelo anterior, há uma integração da mediação com a atividade de

---

<sup>287</sup> MUÑOZ, Helena Soletó: “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”. In *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos - Cuadernos penales José María Lidón*, nº 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013, p. 83-84.

<sup>288</sup> Textualmente, “*Dependiendo de la relación del sistema de Justicia penal con los instrumentos de JR que se desarrollen en un Estado, podemos distinguir tres clases de sistemas: a) Sistemas complementarios a los Tribunales. b) Iniciativas ajenas a la Justicia. c) Sistemas alternativos al enjuiciamiento*”. (“Aportaciones ...”, op. cit., p. 83).

<sup>289</sup> A descrição inicial que HELENA SOLETO MUÑOZ faz é esta: “*Los sistemas que clasificamos como «complementarios» a los Tribunales se corresponden con los sistemas penales más tradicionales, que eligen ligar los instrumentos de JR a los Tribunales. Se califican como programas conectados con los Tribunales, y los programas pueden pertenecer al sistema administrativo de justicia o no*”. (“Aportaciones ...”, op. cit., p. 83).

<sup>290</sup> Com efeito, e segundo HELENA SOLETO MUÑOZ, “*En estos sistemas, el desarrollo de un procedimiento de JR culminado con acuerdo de reparación puede producir ventajas procesales para el imputado o acusado, que se traducirán normalmente en una reducción de la calificación, de la pena, o su suspensión o sustitución, e incluso beneficios penitenciarios*”. (“Aportaciones ...”, op. cit., p. 83).

<sup>291</sup> Por isso, HELENA SOLETO MUÑOZ a ele se refere como sistema “*alternativos al enjuiciamiento: Existen programas que, en su relación con la Justicia Penal, suponen un auténtico sistema alternativo al enjuiciamiento, lo que lo estructura como verdadera forma alternativa de solución de conflictos*”. (“Aportaciones ...”, op. cit., p. 84).

persecução criminal; contudo, o êxito da mediação na forma de acordo homologado impede a formulação da acusação, e nisso se situa uma diferença para o modelo acima descrito, no qual o acordo não impede a acusação. Além disso, a mediação será extraprocessual, executada quando o processo ainda não existir. Mesmo assim, e como dito, há uma comunicação com o sistema penal estatal, projetando efeitos no exercício do direito de instaurar a ação penal; de fato, uma mediação exitosa poderá ser causa, e novamente a depender da legislação, impeditiva daquele exercício<sup>292</sup>.

### 3.4.2.3. Sistema de medidas alheias à justiça penal

Por fim, um terceiro modelo preconiza a realização de práticas restaurativas alheias e desvinculadas ao processo e que com este, portanto, não se comunicam; são executadas em espaços privados ou comunitários, mas desvinculados do Estado; é neste sistema que a justiça restaurativa, concretizada por programas variados, incluindo a mediação, se apresenta como verdadeira alternativa ao processo e, no geral, é o ideal a alcançar segundo seus defensores.

Neste modelo, a mediação também será extraprocessual, mas, diversamente do anterior, não tem a pretensão de se comunicar com o processo<sup>293</sup>. Em consequência, ainda que exitosa, ela não afeta o exercício do direito de instaurá-lo, ou seja, e em consideração aos princípios da oficialidade e da legalidade que informam a promoção processual, o processo poderá ser promovido apesar do acordo. A questão problemática que nasce dessa circunstância é sobre a possibilidade de o acordo assim obtido ser valorado no bojo do processo, se este vier a ser instaurado; ou, em outra hipótese, se o acordo suceder à condenação, se ele tem relevância para a execução da pena<sup>294</sup>. Em nosso sentir, e desde logo, não há impeditivo de fundo quanto a isso, devendo o tema ser disciplinado em legislação.

De qualquer modo, pode-se identificar nos fenômenos descritos uma distinção entre mediação intraprocessual e extraprocessual, assentada no momento em que ela ocorre - antes ou depois do início do processo. Mas, há que se perceber outras circunstâncias relevantes, como

---

<sup>292</sup> Esse modelo é adotado em Portugal, o que será visto posteriormente.

<sup>293</sup> Casos para os quais este modelo poderia ser usado, segundo HELENA SOLETO MUÑOZ, seria aquele em que as pessoas envolvidas não desejam que o sistema de Justiça inicie um procedimento penal, como conflitos entre pais e filhos, quando estes forem os agressores, ou quando o crime tem pouca relevância processual, embora tenha causado danos emocionais e que podem ser reparados. (“Aportaciones ...”, op. cit., p. 84). FRANCO CONFORTI assinala que a mediação, com tal formato e características – método autocompositivo de resolução de conflitos -, se “*encaja muy bien dentro de la categoría de ‘defensa privada’ o ‘autotutela de los derechos subjetivos’*”. (*Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 151).

<sup>294</sup> HELENA SOLETO MUÑOZ pondera com o exemplo de “*el proceso restaurativo entre un agresor y un familiar de la víctima con el fin de pedir perdón por el daño causado*”, e que “*puede tener o no relevancia en la situación administrativa del preso*”. (“Aportaciones ...”, op. cit., p. 84).

a instância que a executa - organismo público ou privado, e o *locus* em que realizada - espaço público ou privado.

Sob essas perspectivas, há várias possibilidades, a depender do modelo - dentre os acima indicados ou outro - que vier a ser adotado; assim, a mediação extraprocessual que projeta efeitos para o processo pode ser realizada tanto por organismo público, em espaço público ou privado, quanto por organismo privado, em espaço público ou privado. A mediação intraprocessual pode ser promovida pelo juiz ou outro profissional designado para o efeito, no espaço público ou não. Como referido, são possibilidades, a serem regradas por legislação própria. A única mediação que, por imposição lógica, ocorre em espaço privado e perante organismo privado é aquela do terceiro modelo, que se pretende alternativa à atividade estatal de persecução penal e autônoma em relação a ela.

Questão a definir é sobre qual desses sistemas é o mais adequado para a hipótese de se admitir a mediação penal para crimes de violência conjugal, tarefa que cumpriremos em capítulo posterior do presente trabalho<sup>295</sup>. Por ora, adiantamos entendimento e compreensão no sentido de não visualizar incompatibilidade absoluta entre a mediação e os referidos crimes. Contudo, e dentre outras condições para que a medida seja adequada especialmente aos interesses da vítima, é inafastável que o formato a lhe ser dado é aquele que preconiza a sua conexão com o processo penal.

### **3.4.3. Mediação para quais crimes?**

Por fim, outra questão de relevo é definir se a mediação penal pode ser utilizada como forma de solução para qualquer conflito penal ou se ela deve ser reservada para determinadas infrações penais e, neste caso, quais.

Sobre o ponto, há uma variedade de opções, como a de reserva-la apenas para crimes menos graves ou, ao contrário, incluir os graves como passíveis de mediação; há também a possibilidade de utilizar como critério a natureza pública, semipública ou privada dos crimes, e limitá-la para estes últimos, o que, de forma concreta, reconduz a opção ao primeiro critério, pois os crimes privados são, no geral, de menor gravidade. Há outra possibilidade em permitir que a mediação para crimes menos graves ocorra antes do processo e como causa de não instauração deste, e reservar a mediação em crimes graves apenas para a fase processual, depois de deduzida a acusação e com efeitos restritos sobre a formatação da resposta penal.

---

<sup>295</sup> Trata-se do tópico 4.4.3.3. Modelo de mediação - relacionamento com a justiça penal estatal.

Essa definição, como todas a respeito da mediação penal, integra o poder de conformação dado ao legislador. Em Portugal, por exemplo, houve opção por alguns crimes, no geral, identificados pela sua menor potencialidade ofensiva: crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular e, sendo crime que dependa apenas de queixa, deve tratar-se de crime contra as pessoas ou de crime contra o patrimônio. De resto, há previsão de situações para as quais, independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal é vedada: a) o tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos; b) se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; c) se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência; d) o ofendido seja menor de 16 anos; e) seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo<sup>296</sup>.

A questão sobre quais crimes são passíveis de mediação penal é ampla e complexa. O que nos interessa no presente trabalho diz respeito aos crimes contextualizados em violência conjugal, e será objeto de análise no último capítulo do presente trabalho. Por ora, consignamos que, em Portugal, a vedação se fez pela via de afastar da mediação crimes públicos, categoria à qual pertence o crime previsto no art. 152º do Código Penal, que tipifica a violência doméstica.

### **3.5. Princípios informadores da mediação penal**

Na condição de forma autocompositiva de resolução de conflitos, a mediação é um procedimento informado e marcado por um conjunto de ideias, desenvolvidas para imprimir a ele um certo *status* e para que tenha aptidão de alcançar a missão esperada.

Tais ideias são apresentadas na forma de princípios informadores da mediação em geral e também a penal, ao mesmo tempo em que caracterizam o procedimento desenvolvido a esse título, e comumente são referidas a voluntariedade, a flexibilidade, a confidencialidade, a imparcialidade e a neutralidade, aplicáveis em geral; especificamente sobre a mediação penal, ainda merecem atenção, para além dos referidos, a oficialidade e a gratuidade<sup>297</sup>.

Na sequência, apresentaremos as noções básicas acerca de cada um desses princípios,

---

<sup>296</sup> Artigo 2º, n. 1 a 3, da Lei 21/2007.

<sup>297</sup> Este tema é abordado por diversos autores. Foram consultados, entre outros: PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 131-145; GUEVARA, Karen Lissette Echeverría. “La mediación familiar. Acuerdos de los progenitores en relación a su responsabilidad parental”. In *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 5, n. 10, p. 165-186, jul./dez. 2014; MUÑOZ, José Pascual Ortuño. “Mediación Familiar”. In GONZÁLEZ POVEDA, P. *Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales*. Madrid: Editorial Sepin, 2005, p. 1112; LECUMBERRI, Paz Francés. “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa”. In *Revista para el Análisis de Derecho*, nº 4, 2012, p. 16; HERRERO, Miguel Pasqual del Riquelme. *Mediación penal: marco conceptual y referentes*. Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), 2013; SAMANIEGO, Manzanares Jose Luis. *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*. Granada: Comares, 2007.

focando, na medida do necessário, na mediação penal.

### 3.5.1. Voluntariedade

A voluntariedade é um elemento do procedimento de mediação relacionado com a decisão de alguém em iniciar, participar e continuar nele<sup>298</sup>. É considerada um princípio fundamental, cuja essência determina que as partes tenham o direito de decidir não apenas submeter-se à mediação, mas também retirar-se do procedimento a qualquer momento sem que o abandono importe em prejuízos substanciais e procedimentais, assim como não serem obrigadas a reiniciá-lo<sup>299</sup>.

É essa nota da mediação que faz com que, se alcançada uma solução para o conflito por meio dela, o acordo seja caracterizado como sendo o resultado de uma atividade voluntária, não imposta por um terceiro ou alguma autoridade. Ademais, pondera-se que é exatamente a voluntariedade que oferta eficácia ou probabilidade de êxito à mediação, pois o resultado está assentado na vontade das partes, no sentido de sentirem-se envolvidas na construção da solução para o conflito.

Para que o princípio em questão concretize toda a sua potencialidade, é importante que as partes envolvidas estejam munidas da necessária informação, ajustada a sua capacidade técnica e linguística<sup>300</sup>, sobre seus direitos e obrigações vinculados à mediação, assim como compreender as questões de fato, a forma de desenvolvimento do procedimento, os custos e benefícios, tanto para quem causou o dano quanto para a vítima, e todas as questões relevantes que forem surgindo ao longo das sessões e que têm aptidão para interferir nas decisões. Somente quando as partes têm esse nível de conhecimento é que terão condições de autodeterminação,

---

<sup>298</sup> GUEVARA, Karen Lissette Echeverría. “La mediación familiar...”, op. cit., p. 166. Alguns autores acrescentam a eleição do mediador como outra decorrência da voluntariedade.

<sup>299</sup> MIGUEL P. R. HERRERO informa que todas as referências constantes em documentos internacionais “... coinciden unánimemente en señalar la voluntariedad y libre consentimiento previo de víctimas y ofensores para participar en un procedimiento de mediación como uno de los principios básicos e imprescindibles de esta modalidad de Justicia restaurativa”. Além disso, é necessário que as partes estejam habilitadas para retirarem o consentimento antes dado “en cualquier momento durante el procedimiento de mediación”. (*Mediación penal: marco...*, op. cit., p. 36). É o caso da Recomendação nº R(99)19, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre Mediação em Matéria Penal (Regras nº I, II.1 e V.4.31); do art. 7º da Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social da ONU sobre princípios básicos para a aplicação de programas de Justiça Restaurativa em matéria penal; do art. 12.1.a) e d), das Normas Mínimas sobre os Direitos, o Apoio e a Proteção das Vítimas de Delitos, aprovadas pela Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2012; e, Item III, nº 14, da Recomendação CM/Rec(2018)8, do Comitê de Ministros dos Estados Membros em Matéria de Justiça Restaurativa Penal.

<sup>300</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 131.

compreendida como capacidade de tomar decisões de forma livre e qualificada<sup>301</sup>.

Sobre o incidência do princípio da voluntariedade na mediação penal, embora ela não seja questionável, tem relevância a observação feita por MANZANARES SAMANIEGO<sup>302</sup> quando afirma que ela não é absoluta, “... *al tener pendiente sobre sí la espada de Damocles de la continuación del proceso penal*”; com efeito, eventual decisão de não se submeter à mediação poderá ser interpretada como obstinação ou tentativa de não ser responsabilizado, o que poderá causar-lhe prejuízos no processo, ao que pode ser acrescentada a existência de uma crença no sentido de os juízes, em geral, saudarem acordos, “... *aunque solo sea por disminuir la carga laboral*”<sup>303</sup>. Nessa medida, a voluntariedade quanto à mediação penal é de ser compreendida como sendo relativa ou minimamente exigível, mas suficiente para não desnaturar o procedimento, nem importar em ruptura com as garantias do imputado<sup>304</sup>.

Em síntese, o princípio da voluntariedade confere aos interessados na solução de litígios pela via da mediação liberdade ampla, para optar por ela, continuar nela, fazer ou não acordo, determinar o seu conteúdo, assim como aceitar ou não eventuais proposições feitas pelo mediador.

### **3.5.2. Flexibilidade ou informalidade**

A flexibilidade é relacionada ao procedimento da mediação, cuja nota essencial está na informalidade. Diz respeito com o número de sessões, conjuntas ou separadas, a sua duração, a dinâmica utilizada, entre outros elementos, todos caracterizados pela possibilidade de adaptação às peculiaridades de cada caso e das pessoas nele envolvidas.

No aspecto temporal, o procedimento da mediação deve ser flexível quanto aos prazos para realização das sessões e para a sua conclusão, ainda que não seja admissível uma extensão *ad eternum*; no plano ideal, deve ser concluído o mais breve possível e realizado número mínimo de sessões. Já no aspecto formal, a flexibilidade importa em ausência de rigidez

---

<sup>301</sup> HUGHES, Scott. H. “La protección institucionalizada de los mediadores en los Estados Unidos: una breve mirada a través de la acta uniforme de mediación”. In *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 05, 2002, p. 720.

<sup>302</sup> SAMANIEGO, José Luis Manzanares. *Mediación, reparación...*, op. cit., p. 48.

<sup>303</sup> SAMANIEGO, José Luis Manzanares. *Mediación, reparación ...* op. cit., p. 48.

<sup>304</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 130. Sobre este ponto, é interessante a ponderação de PAZ FRANCÉS LECUMBERRI, quando afirma que “*Es importante distinguir la voluntariedad de la motivación. La motivación es individual, concreta y personal, no interesa al mediador determinar lo que motiva la aceptación del proceso, cuestión que más tarde, iniciada la intervención, se trabajará dentro de los intereses y las posiciones de las partes. Lo que importa es que dicha motivación no implique presión u obligatoriedad*”. (“El principio de oportunidad ...”, op. cit., p. 16).

procedimental, admitindo-se adaptações necessárias para concluir com êxito as negociações inerentes ao processo de mediação<sup>305</sup>.

Por outro lado, e quando a mediação for sobre conflito nascido da prática de crime - mediação penal, o princípio em análise sofre evidente relativização, pelo menos no aspecto temporal. Com efeito, não há como admitir, nesse caso, uma postergação sem limites do procedimento da mediação, pois o exercício da pretensão punitiva do Estado é submetida a prazos, e também para não induzir um mau uso para a mediação, com dilações desnecessárias, que importaria, inclusive, em descrédito para ela<sup>306</sup>. A alternativa, nesse âmbito, e a depender da opção legislativa, seria fixar um prazo máximo para a conclusão do procedimento<sup>307</sup> e, fluído este, encaminhar o caso para o sistema estatal, sem prejuízo de tornar a tentar a mediação no curso de eventual processo judicial.

### 3.5.3. Confidencialidade

A confidencialidade acerca do que ocorre durante o procedimento é uma premissa fundamental da mediação, e preconiza que deve haver reserva absoluta do que se diz nas sessões que compreendem o procedimento, sobre os documentos que as partes venham a mostrar, bem como acerca da realidade fática que subjaz ao conflito, alcançando todos os participantes. O

---

<sup>305</sup> MIGUEL P. R. HERRERO projeta a flexibilidade para um âmbito mais amplo, como sendo característica de todos os procedimentos abarcado pelo conceito de justiça restaurativa, e afirma que ela “... *da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales*”. E acrescenta que essa é a base para “... *las posiciones contrarias a que los mecanismos y procedimientos de Justicia restaurativa y de mediación sean regulados a través de textos normativos estables, y que se considere por ello más adecuado la regulación de los mecanismos de Justicia restaurativa mediante instrumentos más versátiles, ágiles y adaptativos, como medidas y programas adaptados a las circunstancias y recursos específicos de cada ámbito. Para más detalles en este punto, ver apartado 3 de este documento*”. (*Mediación penal: marco ...*”, op. cit., p. 37).

<sup>306</sup> NURIA BELLOSO MARTÍN afirma, a esse propósito, que “*El proceso de mediación debe ser flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso. No obstante, se establecerán plazos temporales para la suspensión del proceso penal durante el desarrollo de la mediación, así como obligaciones del mediador para que informe periódicamente de su evolución. El proceso de mediación no puede paralizar excesivamente la instrucción: plazo máximo de 1 mes, ampliable a otro más a petición razonada del mediador. Además, habría que incorporar la mediación a la suspensión de los plazos para la preinscripción*”. E faz, no mesmo ensejo, importante alerta: “*De ninguna manera la determinación del contenido reparador exigido por la víctima podrá suponer una pena que exceda de las previsiones establecidas en el Código Penal*”. (“Anotaciones sobre Alternativas al Sistema Punitivo: La Mediación Penal”. In *Revista Electrónica de Direito Processual - REDP*. Vol. V, Rio de Janeiro, 2010, p. 162). Em linha idêntica, TERESA ARMENTA DEU assevera que “*Flexibilidad significa carácter poco formal pero no falta de reglas, menos aun cuando se refieren a los plazos, a la suspensión de la prescripción y del proceso penal u otros aspectos que configuran garantías*”. (“Justicia Restaurativa, Mediación Penal Y Víctima: Vinculación Europea Y Análisis Crítico” In *Revista General de Derecho Europeo*, nº 44, jan/2018, p. 236).

<sup>307</sup> É o que se passa na legislação de Portugal, que fixa um prazo de três meses, podendo o mediador solicitar uma prorrogação, até um máximo de dois meses, “*desde que se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo*” – art. 5º, nºs. 1 e 2 da Lei nº 21/2007, de 12 de junho.

único registro a ser feito é o acordo, quando alcançado<sup>308</sup>.

A confidencialidade é pressuposto da voluntariedade; com efeito, é a promessa ou a expectativa em torno dela que condiciona a liberdade de opção pela mediação; durante o procedimento, produz confiança recíproca entre as partes e em relação ao mediador, sendo ferramenta essencial para o aprofundamento das discussões e o próprio êxito da mediação.

Em regra, há a assunção formal do compromisso, mediante assinatura de documento, de não uso das informações recebidas durante o procedimento da mediação fora do seu âmbito.

O princípio em questão vincula de forma especial o mediador, interna e externamente ao procedimento. De fato, tem ele o dever de velar pela confidencialidade do que se passa ao longo das sessões, como não pode, sem autorização expressa de uma parte, divulgar para a outra informações que obteve em sessão privada. Já no âmbito externo, o mediador fica vinculado ao dever de sigilo e é protegido pelo segredo profissional acerca dos fatos e circunstâncias que lhe foram revelados, sendo passível de responsabilidade profissional, administrativa, civil e penal; e, por isso mesmo, ele não pode ser chamado a testemunhar em juízo sobre os fatos que foram objeto de mediação, caso eles venham a ser discutidos em demanda judicial, assim como não pode atuar como perito<sup>309</sup>.

Nessa mesma lógica, também as partes, por imposição do princípio da confidencialidade, não poderão utilizar, em eventual ação judicial posterior, os fatos reconhecidos no procedimento da mediação<sup>310</sup>. Essa asserção tem especial aplicação no âmbito processual penal: os fatos revelados e atos assumidos durante a mediação, caso infrutífera esta, não poderão ser usados em processo judicial posterior, pela evidente possibilidade de afetação negativa de direitos fundamentais, como o direito ao silêncio e a presunção de inocência.

Cabe observar que esta confidencialidade tem limites em matérias de ordem pública, não prevalecendo, por exemplo, em casos de risco à integridade física das pessoas, de interesses

---

<sup>308</sup> Segundo MIGUEL P. R. HERRERO, a confidencialidade também é mencionada em todos os referentes internacionais como diretriz dos processos de mediação, e relaciona-se a tudo que é “... *tratado durante las sesiones de mediación, de manera que tales datos no pueden ser utilizados fuera del ámbito estricto de la mediación*”, e conclui que “... *la confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de cualesquiera procedimientos de resolución alterna de conflictos, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento*”. (*Mediación penal: marco ...*, op. cit., p. 33).

<sup>309</sup> MUÑOZ, José Pascual Ortuño. “La Mediación Familiar”. In *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, 2005, p. 77. Sobre a responsabilidade do mediador, MIGUEL P. R. HERRERA cita a violação da obrigação de confidencialidade e a atuação em benefício de uma das partes como hipóteses de possível responsabilização do mediador. De qualquer modo, acrescenta, é conveniente que exista um regramento legal específico sobre o tema, uma espécie de código de condutas, com a descrição das condutas pelas quais o mediador é passível de ser responsabilizado. (*Mediación penal: marco...*, op. cit., p. 58).

<sup>310</sup> MUÑOZ, José Pascual Ortuño. “Mediación Familiar”, op. cit., p 78.

superiores de crianças e adolescentes e diante da investigação de fatos de natureza criminosa<sup>311</sup>.

Sobre esse ponto, MIGUEL P. R. HERRERA informa que são reconhecidas, no âmbito dos documentos internacionais, algumas exceções ao princípio da confidencialidade no contexto da mediação penal, e faz o seguinte elenco<sup>312</sup>: a) quando as próprias partes acordam no sentido de eliminar o carácter confidencial do procedimento; b) quando o mediador ou outra pessoa ligada ao processo, e no curso dele, recebe informações sobre a iminente prática de crime, ou sobre riscos potenciais de danos psíquicos ou físicos a um menor; nesses casos, há a obrigação de reportar as informações para as autoridades competentes, prevalecendo a noção de prevenção de crimes e danos; c) ocorrência de ameaças ou qualquer tipo de violência durante o processo da mediação; também nesse caso o mediador deve reportar a informação, prevalecendo o interesse geral de prevenção; d) quando se trate de informação de acesso público ou obtida durante sessões abertas ao público; e) quando a informação constitua prova em procedimentos de responsabilização do mediador ou outro profissional que tenha participado do procedimento da mediação; f) quando uma pessoa tenha utilizado a mediação, de forma intencional, para planejar, tentar ou executar um crime, ou para ocultar atividade criminosa pretérita.

Por fim, importa anotar que a confidencialidade, se intrínseca aos trâmites prévios e às sessões, não se aplica ao acordo eventualmente obtido por meio da mediação. Em consequência, e como refere MIGUEL P. R. HERRERA, seguindo a lógica inscrita nos documentos internacionais, “... *el acuerdo podrá, por tanto, ser revelado y utilizado por cualquiera de los interesados en cualesquiera procedimientos posteriores, tanto penales como de otro orden jurisdiccional*”, a não ser que legislação específica de determinado país disponha de modo diverso<sup>313</sup>.

#### **3.5.4. Imparcialidade**

A imparcialidade diz respeito ao mediador, e significa que este não deve tomar partido, nem se inclinar a favor de uma das partes; deve limitar-se a orientar e controlar a negociação, definindo as pautas e facilitando a comunicação e indicando as alternativas existentes para a resolução do conflito. Em outros termos, o mediador não se encontra ligado a nenhum dos participantes do procedimento, é um terceiro em relação aos integrantes da relação litigiosa, e

---

<sup>311</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 134.

<sup>312</sup> *Mediación penal: marco ...*, op. cit., p. 34-35.

<sup>313</sup> *Idem, ibidem*, p. 35.

de quem se espera que observe de forma objetiva as questões postas<sup>314</sup>.

Caso o mediador pendesse para um dos lados haveria a perda da imparcialidade, que é necessária para o exercício da sua função. É por isso que, se existir conflito de interesses entre as partes e o mediador, ou algum vínculo de parentesco, amizade íntima ou inimizade manifesta entre ele e algum participante, o mediador deve abster-se de atuar e remeter o caso para outro.

A imparcialidade tem especial importância na mediação penal; nesse âmbito, o mediador deve ter em consideração que uma das partes sofreu danos e a outra violou a lei para causá-los, e sua atuação há de ser no sentido de equilibrar essas forças. Mesmo pressupondo que as partes adentraram no processo da mediação de forma livre, o mediador deve velar para que, por meio de sua comunicação, haja um tratamento em plano de igualdade e equidade, para tanto considerando que nem todas as pessoas têm a mesma facilidade e ritmo para comunicar-se e, com sua atuação, eliminar as assimetrias comunicativas que existam entre as partes<sup>315</sup>.

### 3.5.5. Neutralidade

A neutralidade é outro dos atributos exigíveis do mediador; tendo ele atribuições de natureza colaborativa e cooperativa, e não decisória, nem impositiva, a neutralidade significa o poder/dever de neutralizar, no sentido de contrapor o efeito de uma causa com outro diferente ou oposto. É que o mediador não está do lado de nenhuma das partes, mas está a favor de que ambas satisfaçam suas necessidades e interesses. Embora não tenha poderes para ditar a solução para a controvérsia, o mediador deve ter postura ativa durante o procedimento, partindo da compreensão da situação e das razões de cada parte, conduzi-las por um caminho comunicativo que leve ao acordo, sem descuidar com a sua equidistância funcional<sup>316</sup>, compreendida como vedação de introduzir, nos assuntos mediados, opiniões, posições, ideologias e valores próprios e de fazer alianças com uma das partes<sup>317</sup>. Nas palavras de PAZ FRANCÉS LECUMBERRI, o mediador “... *no puede enjuiciar ni valorar las actitudes de las partes (tanto respecto a los intereses en el conflicto como a sus posiciones)*”<sup>318</sup>, residindo nessa postura a essência da

---

<sup>314</sup> GUEVARA, Karen Lissette Echeverría. “La mediación familiar...”, op. cit., p. 168.

<sup>315</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La mediación Penal*, op. cit., p. 150

<sup>316</sup> Conceito referido por PAZ FRANCÉS LECUMBERRI, em “El principio de oportunidad ...”, op. cit., p. 16.

<sup>317</sup> Percepção em algo diversa tem KAREN L. E. GUEVARA, para quem o mediador “*debe mantener a toda costa la objetividad y no mostrar su opinión en ningún caso, por lo que se abstendrá de aconsejar u ofrecer sugerencias, puesto que ello supondría la pérdida de confianza de las partes hacia el mediador, lo que traería como consecuencia la imposibilidad de ayudarles a que, por sí mismas, encuentren y asuman como propio el acuerdo*”. (“La mediación familiar...”, op. cit. p. 168).

<sup>318</sup> LECUMBERRI, Paz Francés. “El principio de oportunidad ...”, op. cit., p. 16.

neutralidade.

A neutralidade do mediador, por outro lado, exige determinadas qualidades pessoais, como a de ser uma pessoa reflexiva, respeitosa e tolerante com as ideias dos participantes, bem como com as emoções por elas expressadas, sem, contudo, deixar que interfiram negativamente no trabalho da mediação. Essas capacidades do mediador vão se imprimir no procedimento da mediação e na relação que o mediador estabelece com as partes, e refletem-se no grau de credibilidade que ele terá perante elas e no poder de conduzir a mediação a um bom termo<sup>319</sup>.

### **3.5.6. Bilateralidade**

Há duas noções inerentes a esse princípio<sup>320</sup>.

De um lado, significa que a mediação é um procedimento protagonizado pelas partes em conflito, do que não decorre a impossibilidade de, pontualmente, haver a intervenção de outras pessoas, como pais, tutores<sup>321</sup>.

A outra vertente da bilateralidade coaduna-se com a noção de que as partes devem participar do processo de mediação em plano de igualdade, condição para que tenham a necessária liberdade na tomada de decisões<sup>322</sup>. As condições para que as partes atuem na mediação em condições de igualdade são identificadas na estrutura psíquica mínima e também em capacidade intelectual e volitiva para a compreensão do processo. É decorrência que devem ser excluídos de programas de mediação os doentes mentais e os menores, a não ser que se evidencie que têm compreensão suficiente para o caso e estejam assistidos por representante legal<sup>323</sup>.

### **3.5.7. Oficialidade**

---

<sup>319</sup> As questões em torno da imparcialidade e da neutralidade, como atributos do mediador, tornam-se problemáticas naqueles casos de reconhecida desigualdade entre as partes, como na violência conjugal. O tema será abordado oportunamente.

<sup>320</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 139

<sup>321</sup> A participação de advogados das partes no processo da mediação tem características próprias; como regra geral, eles não podem participar dele, ao menos de forma ativa, já que não são partes na relação conflituosa; devem limitar-se a eventual assessoramento das partes quanto à opção pela mediação, bem como serem informados acerca do seu desenvolvimento para aportar conhecimentos técnicos que tornem as partes aptas a decidirem sobre a aceitação ou não do acordo. (PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 139/140).

<sup>322</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 141.

<sup>323</sup> É, no geral, essa a justificativa - ausência de igualdade - que é usada para excluir do procedimento da mediação penal conflitos contextualizados em violência de gênero, em especial na forma de violência conjugal, caracterizados pelo desequilíbrio emocional e pela submissão da vítima ao agressor, circunstâncias que colocam a vítima em posição de inferioridade no procedimento da negociação. Este tema é central na presente pesquisa, e será abordado posteriormente.

Aplicável apenas à mediação de natureza penal, a oficialidade significa que a decisão de encaminhar uma causa criminal para a mediação deve ser reservada às autoridades da justiça criminal, assim como a valoração dos resultados obtidos por essa via<sup>324</sup>. Nesse sentido, JUAN A. C. PARRA esclarece que a oficialidade está intimamente ligada ao caráter público do Direito Penal, de modo que a mediação penal deve desenvolver-se “... *a la sombra del proceso oficial*”<sup>325</sup>.

### 3.5.8. Complementariedade ou alternatividade

A ideia que subjaz a esse conceito é a de que a intervenção do sistema de justiça penal muitas vezes é insuficiente para reparar o prejuízo e os transtornos causados pelo crime, havendo a necessidade de organizar outros tipos de intervenção para ajudar as vítimas de infrações penais a terem suas necessidades satisfeitas de forma mais adequada, e a mediação entre vítima e agressor tem sido apontada como prática promissora nesse desiderato<sup>326</sup>.

Contudo, a mediação, como qualquer outra prática de justiça restaurativa, há de ser considerada como complemento ao procedimento desenvolvido pelos sistemas de justiça estabelecidos, e não como mecanismos destinados a substituí-los<sup>327</sup>.

### 3.5.9. Caráter inclusivo

Essa característica do procedimento da mediação diz respeito à medida e à maneira de representar e de integrar nele as opiniões e as necessidades das partes em conflito e de outros interessados. Nesse contexto, é certo que um procedimento inclusivo tem mais potencialidade de determinar e abordar as causas do conflito e de assegurar que se atendam às necessidades de todos os afetados. O caráter inclusivo do procedimento, por incluir todas as perspectivas do conflito, também incrementa a legitimidade do acordo e a sua execução.

---

<sup>324</sup> É o teor da Regra nº IV.9, da Recomendação Nº R (99) 19, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre Mediação em Matéria Penal.

<sup>325</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 136. Ainda segundo o autor, além de ser um freio aos extravios das partes durante a mediação, a oficialidade é o argumento para fazer frente às críticas dirigidas à mediação penal no sentido de ser ela um mecanismo de privatização do processo penal. E justifica: “*Por eso nos referimos a ella como “medio”, “técnica”, “mecanismo” o, en todo caso, como “procedimiento” (dentro del proceso), pero no como “proceso”, calificación muy habitual que a veces responde a un error conceptual*”.

<sup>326</sup> No âmbito da União Europeia, o Estatuto da Vítima, aprovado pela Decisão Marco 2001/220/JAI, insta aos Estados Membros que velem para que seja possível tomar em consideração todo acordo entre a vítima e o agressor que se tenha alcançado por meio da mediação da causa penal.

<sup>327</sup> Trata-se de temática ampla e complexa. Em relação ao tema da presente pesquisa, fizemos abordagem específica sobre ela no item 4.4.3.3. Modelo de mediação - relacionamento com a justiça penal estatal.

### **3.5.10. Gratuidade**

A gratuidade inerente ao procedimento da mediação penal é uma consequência direta do carácter público do Direito Penal; o Estado não pode deixar a persecução criminal em outras mãos que não as suas; garantir a paz social e a segurança dos cidadãos é função indeclinável do Estado e, por isso, o acesso à Justiça deve ser gratuito<sup>328</sup>.

Com esse pressuposto, e sendo a mediação um método de resolução de conflitos, quando este tiver natureza penal, ela representa meio de acesso à Justiça penal e, por isso, os procedimentos devem gozar da mesma gratuidade dos serviços judiciais penais; ou seja, qualquer pessoa, seja qual for sua condição, tem direito a optar em submeter-se ao procedimento da mediação sem custos.

Essa característica separa a mediação penal de outras modalidades, nas quais o mediador é um profissional liberal e que cobra dos que recorrem ao procedimento pelos seus serviços. Concebendo a mediação penal como uma fase do processo penal, com características intraprocessuais, os gastos com ela haverão de ser do Estado, e o mediador um profissional ligado à administração da Justiça, ainda que não necessariamente por meio de vínculo de funcionário, mas vinculado funcionalmente a algum programa de mediação.

## **3.6. Aspectos normativos da mediação penal, o regime legal em Portugal e o quadro legal vigente no Brasil**

### **3.6.1. Considerações iniciais**

É fato que a mediação penal vem sendo, já há alguns anos, mencionada e referenciada em documentos legislativos, tanto de nível internacional, regional e local. Interessa, assim, identificar os documentos de cariz supranacional, que foram e vêm sendo a fonte das legislações nacionais já existentes. Desde logo, percebe-se que há naqueles documentos algumas diretrizes, como a de induzir os Estados a desenvolverem mecanismos de resolução consensual de conflitos, que confirmam o máximo possível de protagonismo às partes neles envolvidas, sem descuidar dos princípios em função dos quais, ao longo da história, foi perceptível uma certa racionalização e humanização da atividade de resolução de conflitos e de repressão ao crime.

### **3.6.2. Âmbito internacional**

---

<sup>328</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op. cit., p. 135.

No âmbito internacional, merece destaque, como a primeira que tratou do tema, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 29 de novembro de 1985, cujo artigo 7º estabelece que “*Quando apropriado, mecanismos informais para a solução de controvérsias, incluindo mediação, arbitragem e práticas costumeiras ou de justiça indígena, serão usados para facilitar a conciliação e a reparação em favor das vítimas*”.

Em 28 de julho de 1999, o Conselho Econômico e Social da ONU publicou a Resolução 1999/26, sobre “*elaboração e aplicação de medidas de mediação e de justiça restaurativa em matéria de justiça penal*”; no item 2, vem sublinhado que medidas de mediação penal e de justiça restaurativa podem ser meio importante de resolver controvérsias ligadas a delitos leves, especialmente se desenvolvidas sob a supervisão de uma autoridade judiciária ou outra e nos quais seja facilitado um encontro entre vítima e infrator para a indenização dos danos sofridos ou a prestação de serviços à comunidade. No item 3 está consignado que tais medidas podem, se exitosas, satisfazer as vítimas e evitar futuras condutas ilícitas, bem como ser uma alternativa viável para a prisão de curta duração e multas; e, no item 5, faz um chamamento aos Estados para que considerem instituir, por meio de leis, procedimentos que representem uma alternativa frente ao processo ordinário de justiça penal, em especial políticas de mediação e de justiça restaurativa.

O mesmo Conselho Econômico publicou, em 27 de julho de 2000, a Resolução nº 2000/14, e no dia 24 de julho de 2002 a Resolução 2002/12, ambas sobre “*princípios básicos para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria penal*”. Nas duas, após uma série de considerandos, há uma anexo com referência a inúmeras locuções, como programa de justiça restaurativa, resultado restaurativo, processo restaurativo, partes e facilitador, e é apresentada a respectiva conceituação; também há recomendações sobre a utilização, o funcionamento e o desenvolvimento contínuo de programas de justiça restaurativa, bem como sobre o recrutamento e o papel dos facilitadores/mediadores. Embora não haja expressa referência, nessas Resoluções, à mediação penal, é nelas pressuposto que esta é compreendida como forma de justiça restaurativa, pois ambas incorporam os termos da Resolução 1999/26.

### **3.6.3. Âmbito regional europeu**

No contexto europeu, tem importância o trabalho do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que tratou da mediação penal e de programas de justiça restaurativa em diversas Recomendações, destacando-se a R(85)11, publicada em 28/06/1985, que trata da posição da

vítima no marco do Direito Penal e do Processo Penal; a R(87)21, publicada em 17/09/1987, que versa sobre assistências às vítimas e prevenção da vitimização; também e principalmente a R(99)19, publicada em 15/09/1999, específica sobre mediação penal. Também merece referência a Diretiva 2012/29 do Parlamento Europeu, publicada em 25/10/2012, na qual são estabelecidas normas mínimas sobre direitos, apoio e proteção das vítimas de delitos<sup>329</sup>.

### **3.6.3.1. Recomendação R(99)19**

Das mencionadas Recomendações, interessa de modo especial a R(99)19, por conta do seu conteúdo específico sobre mediação penal. E, do seu texto, merecem referência, dentre os considerandos, os seguintes pontos: a) a mediação penal tem sido desenvolvida nos diversos Estados membros como opção flexível e compreensiva para a resolução de conflitos, com a participação das partes, em procedimento complementar ou alternativo ao processo penal tradicional; b) há a necessidade de permitir participação pessoal e ativa da vítima, do autor da infração penal e outras pessoas eventualmente afetadas por ela, inclusive a comunidade, no procedimento penal; c) deve ser reconhecido que as vítimas têm legítimo interesse em ver consideradas, no procedimento de solução do litígio, as consequências da vitimização, em comunicação com o autor, bem como a obtenção de desculpas e de reparação; d) o autor da infração deve ser estimulado a aceitar a responsabilidade pelas consequências dela nascidas, além de lhe ofertar oportunidades para a reparação em moldes a facilitar a sua reabilitação e, e) a mediação penal pode concretizar esses interesses e, como consequência, incrementar o conhecimento sobre o papel do indivíduo e da comunidade na prevenção da delinquência e dos conflitos a ela associados, contribuindo para que a justiça penal tenha resultados mais construtivos e menos repressivos.

No anexo da Recomendação (99)19, e seguindo a lógica das anteriores, há a indicação de uma série diretrizes, dispostas em 34 (trinta e quatro) tópicos, das quais algumas merecem especial destaque.

Em primeiro, as diretrizes inscritas na Recomendação aplicam-se a qualquer processo que permita à vítima e ao autor do delito participarem ativamente, caso de forma livre assim o decidam, na resolução dos conflitos dele derivados, com o auxílio de uma terceira parte imparcial - mediador (I - Definição);

Sobre os princípios gerais aplicáveis ao procedimento da mediação, a Recomendação

---

<sup>329</sup> O texto dos documentos está disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

faz referência à: a) voluntariedade das partes em submeter-se a ele, na forma de consentimento para dele participar e na possibilidade de retratar-se da decisão anterior, a qualquer momento (número 1); b) confidencialidade quanto ao teor das discussões desenvolvidas durante o procedimento, que não pode ser divulgado e utilizado posteriormente, a não ser que haja consentimento quanto a isso (número 2); além disso, c) a mediação penal deve ser um serviço disponível em caráter geral, bem como em todas as fases do processo penal (números 3 e 4); por fim, d) os serviços de mediação devem gozar de autonomia dentro do sistema de justiça penal (número 5).

Relativamente aos fundamentos jurídicos para a mediação penal, consta na Recomendação que a legislação local deve: a) facilitar o seu uso (número 6); b) estabelecer diretrizes procedimentais, em especial, as condições para derivar o caso para a mediação e a sua integração ao processo penal (número 7); c) dispor sobre a aplicação, ao procedimento da mediação, as garantias fundamentais próprias do processo penal, como a assistência jurídica, tradução, interpretação, etc. (número 8).

Sobre o funcionamento da justiça penal e sua relação com a mediação, a Recomendação estabelece as seguintes diretrizes: a) a decisão de derivar um conflito de natureza penal para a mediação, bem como de valorar os seus resultados, devem ser reservadas à autoridade judiciária (número 9); b) quando o caso for derivado para a mediação, as partes envolvidas devem ser esclarecidas sobre seus direitos, a natureza do procedimento e as consequências possíveis da decisão de aceitar ou não de dele participar, não sendo admissível que sejam induzidas a aceitar a mediação por métodos injustos, e o uso dela quando qualquer das partes não seja capaz de compreender o seu significado (números 10 a 13); c) embora haja a necessidade de que as partes reconheçam os fatos que deram origem ao conflito, a participação no procedimento da mediação não pode ser utilizada como prova da admissão da culpa no processo penal (número 14); d) quando forem verificadas, de forma notória, diferenças significativas entre as partes no tocante à idade, à maturidade e capacidade intelectual, o caso não deverá ser derivado para a mediação (número 15); e) a derivação de um caso para a mediação penal deve vir acompanhada de um prazo razoável para a sua conclusão, e o andamento do procedimento deve ser informado à autoridade judiciária (número 16); f) quando e se obtido acordo no procedimento da mediação, este deve ter o mesmo peso de uma sentença e, resolvendo o conflito por essa via, não pode ser admitida persecução penal pelos mesmos fatos, sob pena de manifestar-se o *bis in idem* (número 17).

O anexo da Recomendação em análise ainda conta com diretrizes sobre o

“funcionamento dos serviços de mediação”, especificando os seguintes temas: “normas” (números 19 a 21), “qualificação e formação dos mediadores” (números 22 a 24), “tratamento de casos individuais” (números 25 a 30) e “resultado da mediação” (números 31 e 32). Sobre este último tópico, a Recomendação destaca que os acordos devem ser alcançados a partir da voluntariedade das partes e devem conter obrigações razoáveis e proporcionais; além disso, quando o mediador informa à autoridade do processo o resultado da mediação, não pode revelar o conteúdo das sessões, nem fazer referência ao comportamento das partes durante o procedimento.

Como acima mencionado, a Recomendação (99)19 expressa a compreensão prevalente em 1999, no âmbito europeu, sobre a mediação penal. Em linhas gerais, percebe-se que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa preconizava o incremento da prática, acentuava o protagonismo das partes envolvidas na situação litigiosa nascida de infração penal na construção da forma de sua resolução e, não obstante a referência à mediação penal como procedimento “complementar ou alternativo ao processo penal tradicional” (primeiro item dos considerandos), as diretrizes que constam no anexo da Recomendação denunciam preocupação especial com o relacionamento entre a mediação e o processo penal.

Dessas diretrizes por último citadas, decorrem duas asserções importantes para a presente pesquisa; em primeiro lugar, o conteúdo da Recomendação revela compreensão de que a mediação penal deve ser integrada ao processo penal, rechaçando-a como meio alternativo – à jurisdição penal - de resolução de litígios de natureza penal. Como já mencionado em outra passagem, é esse o entendimento que mais se compatibiliza com os sistemas jurídicos europeus, pouco afeitos a admitir que a solução para litígios nascidos da prática de crime seja outorgada a mecanismos não estatais e, portanto, de natureza privada.

A segunda asserção: a mediação era projetada para um conceito mais amplo, que é o de justiça restaurativa, pois a Recomendação a) ressalta a importância do protagonismo das partes para a solução do litígio de origem penal, b) acentua a importância de a vítima sentir-se reparada quanto aos danos que sofreu e, nesse âmbito, menciona de forma expressa o pedido de desculpas, c) faz constar a importância de o autor da infração aceitar a responsabilidade pelos danos que causou, d) afirma que a mediação penal, ao prevenir a delinquência e os conflitos a ela associados, projeta efeitos positivos para a comunidade e, e) prospecta resultados mais construtivos e menos repressivos para a justiça penal. Bem observadas, essas diretrizes coincidem, em seu teor, com os postulados da justiça restaurativa, ao pretender que o conflito seja considerado oportunidade para instaurar um procedimento vocacionado à transformação

das pessoas (como pedir e aceitar desculpas, admitir responsabilidades, reparar o dano de forma voluntária e não por imposição de uma sentença, etc.), das relações futuras e uma melhora para a própria comunidade.

### **3.6.3.2. Recomendação CM/REC (2018)8**

E, a propósito dessa segunda asserção, importa assinalar que o mesmo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, no ano de 2018, voltou a tratar da temática, por meio da Recomendação CM/REC (2018)8, adotada em 3 de outubro de 2018, por meio da qual estabeleceu diretrizes aos Estados membros “em matéria de justiça restaurativa penal”<sup>330</sup>.

Desde logo, consta que ela tem por base a Recomendação nº R(99)19 relativa à mediação em matéria penal, e recomenda aos governos dos Estados membros que tenham em conta os princípios estabelecidos no respectivo Anexo quando forem elaborar programas de justiça restaurativa, bem como disponibilizem a Recomendação aos organismos e autoridades nacionais, como juízes, membros do Ministério Público e das Polícias, aos profissionais que se ocupam dos serviços penitenciários e de liberdade condicional, bem como dos serviços de justiça juvenil, de apoio às vítimas e organismos de justiça restaurativa.

Importa, desde logo, mencionar o que consta nos considerandos da Recomendação CM/REC (2018)8, no sentido de o Comitê a) reconhecer as potenciais vantagens, em relação aos sistemas judiciais penais, de aplicar a justiça restaurativa, b) de observar avanços, nos Estados membros, no tocante à aplicação da justiça restaurativa como processo de resolução de litígios de forma flexível, receptiva e participativa e, c) de reconhecer que a justiça restaurativa pode complementar os processos penais tradicionais ou pode aplicar-se como alternativa a eles. No ponto, o Comitê manteve, agora para a justiça restaurativa, a mesma compreensão anteriormente externada quanto à mediação penal.

Do quanto consta no anexo da Recomendação, há alguns pontos a serem destacados.

No tópico das definições e princípios gerais de funcionamento, lê-se que a) por justiça restaurativa deve-se entender qualquer processo que permita que as pessoas atingidas pelo crime e os responsáveis por ele participem ativamente, se consentirem livremente, na resolução do conflito, com a ajuda de um terceiro independente e qualificado - facilitador/mediador, e que ela pretende permitir diálogo, direto ou indireto, entre a vítima e o agressor, podendo, eventualmente, envolver outras pessoas afetadas por um crime, ainda que indiretamente, como

---

<sup>330</sup> Acessada em 26/04/20, em <https://www.justizia.eus>

membros ou representantes das comunidades afetadas (números 3 e 4); b) a depender do país em que é aplicada e da forma como é administrada, a justiça restaurativa pode ser chamada de mediação vítima-agressor, mediação criminal, conferências restaurativas, conferências de grupos familiares, círculos ou círculos de sentenças de pacificação, entre outros (número 5); c) a justiça restaurativa pode ser usada em qualquer estágio ou evento do processo da justiça criminal; pode ser associada à suspensão de prisão, da acusação ou da própria ação penal; pode ser usada em conjunto com uma medida cautelar; pode ser aplicada antes da ação penal ou de forma concomitante, pode ocorrer entre o início da ação e da sentença, pode fazer parte desta ou pode ser aplicada após ela (número 6); d) a derivação do caso para a justiça restaurativa pode ser solicitada pelas partes ou feita por órgãos ligados à justiça criminal, assim como pelas autoridades judiciais (número 6); e) é necessária a supervisão judicial do procedimento restaurativo, e ela é maior se a justiça restaurativa afetar as decisões judiciais, como o não ajuizamento da ação penal, a interrupção do processo, etc. (número 7).

Acrescentamos que no Anexo da Recomendação há, ainda, o item III, que trata de “princípios básicos da justiça restaurativa”; o objeto do item IV é a “base jurídica da justiça restaurativa no marco do procedimento penal” (números 21 a 24), o item V dispõe sobre “o funcionamento da justiça penal com relação à justiça restaurativa” (números 25 a 35), o item VI cuida do “funcionamento dos serviços de justiça restaurativa” (números 36 a 53) e, por fim, o item VII cuida do “Desenvolvimento contínuo da justiça restaurativa” (números 54 a 67).

Desses temas, os de maior relevância são os tópicos III, sobre princípios gerais, e V, sobre o relacionamento entre as medidas de justiça restaurativa e a jurisdição penal.

Sobre os princípios básicos da justiça restaurativa, a Recomendação conta com as seguintes orientações: a) as partes devem poder participar ativamente da resolução do conflito, que deve ser destinado principalmente a tratar e reparar os danos que o crime causou a indivíduos, relacionamentos e à sociedade em geral (número 13). Além disso, devem ser observados, no procedimento, a voluntariedade, o diálogo deliberativo e respeitoso, a preocupação igual com as necessidades e os interesses de cada uma das partes envolvidas, equidade processual para evitar a dominação e acordo com base no consenso (número 14); b) o procedimento restaurativo deve ser um espaço neutro no qual as partes são incentivadas e apoiadas para expressar suas necessidades e interesses a serem satisfeitos, na medida do possível (número 15); c) a justiça restaurativa só deve ser aplicada se as partes consentirem livremente, depois de informadas sobre a natureza do processo e seus possíveis resultados e repercussões, como o impacto, se houver, em futuros procedimentos criminais; o consentimento

deve poder ser revogado a qualquer momento durante o processo (número 16); d) a justiça restaurativa deve ser desenvolvida de maneira confidencial; as discussões não podem ser usadas posteriormente, exceto se houver acordo quanto a isso (número 17); e) a justiça restaurativa deve ser um serviço de interesse geral; o tipo, a gravidade ou localização geográfica do crime não devem, por si só, e na ausência de outras considerações, impedir a prestação de justiça restaurativa às vítimas e infratores (número 18); f) os serviços de justiça restaurativa devem estar disponíveis em todas as etapas do processo de justiça criminal; g) os órgãos de justiça restaurativa devem ter autonomia suficiente em relação ao sistema de justiça criminal, para haver um equilíbrio entre a necessidade desses órgãos serem autônomos e a necessidade de garantir respeito por padrões mínimos nas práticas restaurativas (número 20).

Já sobre o funcionamento da justiça penal com relação à justiça restaurativa, a Recomendação afirma que a) as autoridades judiciais e órgãos da justiça criminal devem criar as condições, procedimentos e infraestrutura necessários para encaminhar os casos aos serviços de justiça restaurativa sempre que possível (número 28); b) o encaminhamento deve ser evitado se, em trabalhos preparatórios, constatar-se a presença de disparidades entre as partes em relação à idade, maturidade, capacidade intelectual ou outros fatores capazes de causar prejuízos a uma delas (número 28); c) os fatos básicos do caso devem ser aceitos pelas partes, mas a participação na justiça restaurativa não deve ser usada como prova da admissão de culpa em processos judiciais subsequentes (número 30); d) a decisão de derivar um caso já objeto de processo criminal à justiça restaurativa deve interrompê-lo, por um prazo razoável, durante o qual as autoridades judiciais devem ser informadas sobre o estado do processo de justiça restaurativa (número 31); e) se o caso for derivado para a justiça restaurativa antes da sentença, a decisão sobre como proceder depois que as partes chegarem a um acordo deve ser reservada às autoridades judiciais, assim como para o caso de não alcançarem o acordo (números 32 e 35).

Da análise do teor desta Recomendação é perceptível que o Comitê de Ministros preservou, em 2018, e projetou para a justiça restaurativa, as principais concepções que em 2009 havia exposto relativamente à mediação penal. Isso decorre da estreita e necessária relação entre ambas que, como já referido, pode ser identificada na relação gênero e espécie, ainda que seja possível flagrar distinções entre elas, conforme já demonstrado.

### **3.6.3.3. Diretiva 2012/29, do Parlamento Europeu**

Para concluir as referências de âmbito regional na Europa, é necessário mencionar a

Diretiva 2012/29, editada pelo Parlamento Europeu e publicada no dia 25 de outubro de 2012, por meio da qual foram estabelecidas “normas mínimas sobre direitos, apoio e proteção das vítimas de delitos”, e que também serviu para substituir a Decisão Marco 2001/220/JAI, do Conselho da Europa.

A mediação penal foi mencionada no item nº 46 do documento, de cujo teor destacamos a) os serviços de justiça restaurativa, nomeadamente a mediação entre a vítima e o autor do crime, conferências em grupo familiar e círculos de sentença, podem ser de grande benefício para as vítimas, mas exigem precauções para evitar a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação; b) por conseguinte, esses serviços deverão atribuir prioridade aos interesses e às necessidades da vítima, à reparação dos danos causados e à prevenção de novos danos; c) ao atribuir um processo aos serviços de justiça restaurativa, bem como durante a respetiva tramitação, devem ter-se em consideração fatores como a natureza e a gravidade do crime, o nível das consequências causadas, a violação repetida da integridade física, sexual ou psicológica da vítima, o desequilíbrio de forças e a idade, maturidade e capacidade intelectual da vítima, suscetíveis de limitar ou reduzir a sua capacidade de decidir com conhecimento de causa ou de comprometer um resultado positivo a favor da vítima; d) os processos de justiça restaurativa devem, em princípio, ser confidenciais, salvo acordo das partes em contrário ou imposição da legislação nacional por motivos de reconhecido interesse público; ademais, certos fatores, tais como ameaças proferidas ou atos de violência cometidos durante o processo, poderão ter de ser divulgados por motivos de interesse público.

#### **3.6.4. Âmbito da América Latina**

Ainda no contexto regional, merece referência que na América Latina também houve a edição de documentos, por organismos supraestatais, cujo objeto são procedimentos de justiça restaurativa, em especial no âmbito da justiça juvenil.

A título de exemplo, há a Declaração da Costa Rica sobre a Justiça Restaurativa na América Latina, adotada em setembro de 2005, por ocasião do Seminário “Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina”, promovido pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delincente, realizado nos dias 21 a 24 daquele mês e ano. Nesse documento, a mediação penal é referida na parte dos considerandos, especificamente no nº 4: “*Que os processos como assistência às vítimas,*

*mediação penal, câmaras restaurativas e outros buscam resultados restaurativos*<sup>331</sup>.

Em 2009, houve a Declaração de San Salvador, promulgada por ocasião do Segundo Foro Regional de Justiça Penal Juvenil, promovido pela Corte Centro-Americana de Justiça (CCJ) e que ocorreu na cidade de San Salvador nos dias 23 e 24 de novembro daquele ano; a temática deste documento é a justiça restaurativa e sua aplicação no âmbito de atos praticados por adolescentes em confronto com a lei penal<sup>332</sup>. E, na mesma linha, em 2014 foi adotada a Declaração Ibero-americana de Justiça Juvenil Restaurativa, adotada por ocasião do I Encontro Ibero-americano em Justiça Juvenil Restaurativa, que ocorreu em Cartagena das Índias/Colômbia - por isso, também é conhecida como “Declaração de Cartagena” -, nos dias 23 e 24 de abril daquele ano<sup>333</sup>. Esta Declaração subsidiou o Congresso Mundial de Justiça Juvenil realizado em janeiro de 2015 na cidade de Genebra-Suíça, e foi aprovada na XIX Assembleia Plenária da Conferência de Ministros de Justiça dos Países Ibero-Americanos (COMJIB), realizada em maio de 2015, na República Dominicana. Nenhuma delas trata, ao menos de forma específica, sobre a mediação no campo penal.

Observa-se, portanto, que o tema ainda não recebeu, no âmbito da América Latina, os desenvolvimentos que já experimentou na Europa, circunstância denunciada pela escassez de documentos supranacionais a seu respeito.

### **3.6.5. O regime legal da mediação em Portugal**

Portugal é um dos países que, na sequência do tratamento dado à mediação penal em nível supranacional, fez editar lei específica sobre ela. Trata-se da Lei n.º 21/2007, de 12 de abril e que “*Cria um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal*”<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> Texto disponível em <http://www.ilanud.or.cr/>

<sup>332</sup> Texto integral disponível em <http://portal.ccj.org.ni/ccj/>.

<sup>333</sup> Acessível em <http://tdhbrasil.org/noticias/312-declaracao-iberoamericana-orienta-a-adocao-da-justica-juvenil-restaurativa>.

<sup>334</sup> O mencionado art. 10º tem o seguinte teor: “*Mediação penal no âmbito do processo penal. 1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida. 2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais*”. TERESA PIZARRO BELEZA e HELENA PEREIRA DE MELO afirmam que “... um tipo de impulsos cuja influência foi fundamental para a adopção da lei em análise foi o dos impulsos supra-estaduais. Vários textos de natureza jurídica adoptados pelos órgãos competentes de organizações internacionais de que Portugalé membro preconizaram a adopção de diplomas que consagassem, ao nível do Direito interno de cada Estado, a possibilidade de recorrer-se à mediação penal”. Já no nível interno, as autoras ressaltam, como impulso legiferante decisivo, o compromisso assumidor pelo XVIII Governo Constitucionla no sentido de “... apostar nos

A Lei conta com 13 (treze) artigos sobre o mencionado regime, e estabeleceu, no art. 14, um “*Período experimental*”<sup>335</sup>, uma regra sobre a sua “*aplicação no tempo*”<sup>336</sup> e outra sobre a “*entrada em vigor*”<sup>337</sup>.

Na sequência, apresentaremos, de forma sintética, os principais pontos do regime da mediação penal em Portugal, tal qual consta na Lei nº 21/2007, de 12 de abril<sup>338</sup>.

### **3.6.5.1. Cabimento da mediação penal**

Inicialmente, consta na legislação que a mediação pode ser aplicada apenas nos casos em que o crime demande procedimento por queixa - desde que seja crime contra as pessoas ou contra o patrimônio - ou por acusação particular<sup>339</sup>. Ademais, há casos para os quais é expressamente vedada<sup>340</sup>, como quando o tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos, se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual, peculato, corrupção e tráfico de influência, quando o ofendido seja menor de 16 anos e quando for aplicável processo sumário ou sumaríssimo<sup>341</sup>.

### **3.6.5.2. Remessa do processo para mediação**

A derivação do processo para a mediação, nos casos em que cabível, pode ser feita a qualquer momento do inquérito, desde que tiverem sido recolhidos indícios da ocorrência do crime e de que o investigado/arguido foi o seu autor. Esta remessa é atribuição do Ministério

---

*meios alternativos de resolução de litígios enquanto forma especialmente vocacionada para uma justiça mais próxima do cidadão, exprimindo o propósito de desenvolver novas formas de mediação penal*”. *A Mediação Penal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 12-13.

<sup>335</sup> Artigo 14.º. “*Período experimental. 1 - A partir da entrada em vigor da presente lei e por um período de dois anos, a mediação penal funciona a título experimental nas circunscrições a designar por portaria do Ministro da Justiça, a qual define igualmente os demais termos da prestação do serviço de mediação penal nessas circunscrições. 2 - Durante o período experimental, o Ministério da Justiça adopta as medidas adequadas à monitorização e avaliação da mediação em processo penal. 3 - Decorrido o período experimental previsto no n.º 1, a extensão da mediação penal a outras circunscrições depende de portaria do Ministro da Justiça*”.

<sup>336</sup> Artigo 15.º. “*Aplicação no tempo. A presente lei aplica-se aos processos penais iniciados após a sua entrada em vigor*”.

<sup>337</sup> Artigo 16.º. “*Entrada em vigor. A presente lei entra em vigor no 30.º dia após a sua publicação*”.

<sup>338</sup> Referência bibliográfica sobre o tema há em BELEZA, Theresa Pizarro e MELO, Helena Pereira de. *Mediação Penal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>339</sup> É o que consta nos nºs 1 e 2 do Art. 2º: “*1 - A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular. 2 - A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o patrimônio*”.

<sup>340</sup> É o teor do art. 2º, nºs 1, 2 e 3.

<sup>341</sup> O regime do processo sumário consta no art. 381º, e o do sumaríssimo no 392º, ambos do Código de Processo Penal.

Público que, observando a presença das mencionadas condições, “*se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir*”. E, caso opte pela derivação, deve designar um mediador e fornecer a este a “*informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo*”<sup>342</sup>.

Mas, a mediação para o caso também pode ser requerida pelo ofendido e pelo arguido. Quando o fizerem, caberá ao Ministério Público verificar se o crime em questão se enquadra nas hipóteses de cabimento; na hipótese positiva, cabe-lhe designar o mediador, independentemente de verificar se há indícios da ocorrência do crime e de que o investigado/arguido foi o seu autor. Em ambos os casos - derivação de ofício ou a requerimento - o ofendido e o arguido devem ser cientificados de que o processo foi remetido para mediação<sup>343</sup>.

### **3.6.5.3. Procedimento da mediação**

Assim que receber as informações sobre a derivação do caso para a mediação, o mediador deve fazer contato com as partes para delas obter consentimento quanto à participação na mediação; a lei quer que o consentimento seja “livre e esclarecido”, para o que determina sejam ofendido e arguido informados sobre os direitos e deveres, bem como acerca da natureza, da finalidade, das regras aplicáveis ao processo da mediação e efeitos de eventual acordo<sup>344</sup>. Ademais, é do mediador a responsabilidade em verificar se as partes reúnem as necessárias condições para dele participar. Preenchidas as duas condições - consentimento e condições de participação - o mediador deve informá-lo ao Ministério Público e obter das partes a assinatura

---

<sup>342</sup> Regras constantes no n° 1 do artigo 3.º: “1 - Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, designa um mediador das listas previstas no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo”.

<sup>343</sup> Regras constantes nos n°s 2 e 3 do artigo 3.º: “2 - Se o ofendido e o arguido requererem a mediação, nos casos em que esta é admitida ao abrigo da presente lei, o Ministério Público designa um mediador nos termos do número anterior, independentemente da verificação dos requisitos aí previstos. 3 - Nos casos previstos nos números anteriores, o arguido e o ofendido são notificados de que o processo foi remetido para mediação, de acordo com modelo aprovado por portaria do Ministro da Justiça”.

<sup>344</sup> Sobre o ponto, os n°s 4 e 5 do art. 5º estabelecem as seguintes regras: “4 - ... a assinatura do acordo equivale à desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido, podendo o ofendido, caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito. 5 - “... o Ministério Público verifica se o acordo respeita o disposto no artigo 6.º e, em caso afirmativo, homologa a desistência de queixa ...”.

de termo de consentimento<sup>345</sup>.

Preenchidos esses requisitos, o mediador inicia o processo de mediação. Segundo a Lei em análise, trata-se de 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*”<sup>346</sup>. Em atenção ao princípio da voluntariedade, arguido e ofendido podem, em qualquer momento, revogar o consentimento antes dado para participar da mediação<sup>347</sup>. E, dando voz ao princípio da confidencialidade, a Lei estabelece que “*o teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em processo judicial*”<sup>348</sup>.

A Lei estabelece um prazo inicial de três meses para a mediação, ao cabo do qual prosseguirá o processo penal, cabendo ao mediador informar ao Ministério Público se as partes alcançaram, ou não, um acordo<sup>349</sup>. Poderá, também, solicitar, por uma vez, a prorrogação do prazo por mais dois meses, caso verifique “*uma forte probabilidade de se alcançar um acordo*”<sup>350</sup>.

Para a hipótese em que as partes alcançaram um acordo, este será reduzido a escrito e o documento, devidamente assinado, deve ser transmitido pelo mediador ao Ministério Público, para o efeito de homologar a desistência da queixa<sup>351</sup>. Contudo, caso observe que o acordo não respeita os requisitos que a Lei nº 21/2007, no art. 6º, prevê como intrínsecos a ele, “*devolve o processo ao mediador, para que este, no prazo de 30 dias, juntamente com o ofendido e o*

---

<sup>345</sup> É o que se lê nos nºs. 5, 6 e 7 do art. 3º: “5 - O mediador contacta o arguido e o ofendido para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação, e verifica se aqueles reúnem condições para participar no processo de mediação. 6 - Caso não obtenha consentimento ou verifique que o arguido ou o ofendido não reúne condições para a participação na mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal. 7 - Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação”.

<sup>346</sup> É o teor do nº 1 do art. 4º.

<sup>347</sup> É a norma prevista no nº 2 do art. 4º.

<sup>348</sup> É o que consta no nº 5 do art. 4º.

<sup>349</sup> Artigo 5.º. “Tramitação subsequente. 1 - Não resultando da mediação acordo entre arguido e ofendido ou não estando o processo de mediação concluído no prazo de três meses sobre a remessa do processo para mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal”.

<sup>350</sup> Art. 5º, nº 2. “O mediador pode solicitar ao Ministério Público uma prorrogação, até um máximo de dois meses, do prazo previsto no número anterior, desde que se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo”.

<sup>351</sup> Art. 5º, nºs. 4 e 5.

*arguido, sane a ilegalidade*”<sup>352</sup>.

#### **3.6.5.4. Regras sobre o acordo**

O artigo 6.º da Lei nº 21/2007<sup>353</sup> traz as disposições pertinentes ao acordo obtido como fruto da mediação penal. Desde logo, estabelece que seu conteúdo é determinado e fixado de forma livre pelos participantes; em que pese isso, há limites, pois não poderá ser acordada a imposição de sanções privativas da liberdade ou o cumprimento de deveres ofensivos à dignidade do arguido ou que se prolongue por mais de seis meses.

#### **3.6.5.5. Descumprimento do acordo**

O descumprimento do acordo - no seu conteúdo, no prazo e nas condições nele fixadas - confere ao ofendido o direito, a ser exercido no prazo de um mês, de renovar a queixa. Exercido este direito, é atribuição do Ministério Público verificar se efetivamente houve o descumprimento do acordo, reabrindo o inquérito na hipótese positiva.

#### **3.6.5.6. Outras regras**

A Lei em comento, na disciplina da mediação penal, ainda estabelece outras regras importantes. No artigo 7.º prevê a suspensão, a partir da derivação do caso para a mediação, do prazo de 10 dias para o Ministério Público deduzir a acusação<sup>354</sup> e dos prazos de duração máxima do inquérito<sup>355</sup>. Também ficam suspensos os prazos de prescrição do procedimento criminal, desde a remessa do caso para mediação até a devolução ao Ministério Público pelo mediador; nos casos em que a mediação resulta em acordo, a suspensão do prazo da prescrição perdura até a data fixada para o seu cumprimento.

No artigo 8.º, a Lei 21/2007 permite que o arguido e o ofendido, embora devam comparecer pessoalmente às sessões de mediação, podem fazer-se acompanhar de advogado. E, no artigo 9.º, prevê que no processo de mediação não há lugar ao pagamento de custas.

---

<sup>352</sup> É a regra do nº 8 do art. 5º.

<sup>353</sup> Art. 6º. “Acordo. “1 - O conteúdo do acordo é livremente fixado pelos sujeitos processuais participantes, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2 - No acordo não podem incluir-se sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses. 3 - Havendo renovação de queixa nos termos do n.º 4 do artigo 5.º, o Ministério Público verifica o incumprimento do acordo, podendo, para esse fim, recorrer aos serviços de reinserção social, a órgãos de polícia criminal e a outras entidades administrativas”.

<sup>354</sup> Regra constante no nº 1 art. 283.º do Código de Processo Penal.

<sup>355</sup> Estão previstos no artigo 276.º do Código de Processo Penal.

### 3.6.5.7. O mediador penal e sua atividade

É também a Lei 21/2007 que estabelece as condições para alguém ser mediador. À partida, deve satisfazer às seguintes condições<sup>356</sup>: a) ter mais de 25 anos de idade; b) estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; c) ter licenciatura ou experiência profissional adequadas; d) estar habilitado com curso de mediação penal reconhecido pelo Ministério da Justiça; e) ser pessoa idônea para o exercício da atividade de mediador penal<sup>357</sup> e, f) ter o domínio da língua portuguesa.

As pessoas que preencherem estes requisitos, poderão candidatar-se para integrarem as “listas de mediadores penais”, formadas mediante um procedimento de seleção<sup>358</sup>. Tais listas são organizadas pelo Ministério da Justiça “*no quadro dos serviços de mediação dos julgados de paz*”, e conterão o nome das pessoas habilitadas a exercer as funções de mediador penal<sup>359</sup>; mas, a inscrição em lista “*não investe o mediador penal na qualidade de agente nem garante o pagamento de qualquer remuneração fixa por parte do Estado*”<sup>360</sup>. Sobre a remuneração decorrente da prestação de serviços como mediador penal, o artigo 13.º da Lei 21/2007 estabelece que seu valor a) constará de tabela fixada por despacho do Ministro da Justiça, e b) será suportada por verbas inscritas no orçamento do organismo do Ministério da Justiça ao qual incumbe promover os meios de resolução alternativa de litígios.

Por fim, e sobre o efetivo exercício da atividade do mediador penal, o art. 10.º da Lei 21/2007 prevê as seguintes normas: a) ele deve observar, no desempenho das suas funções, os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência, além de guardar segredo profissional em relação ao teor das sessões de mediação; b) caso designado pelo Ministério Público e, por razões legais, éticas ou deontológicas, não tiver ou deixe de ter independência, imparcialidade e isenção, deve recusar ou interromper o processo de mediação e informar disso o Ministério Público, para ser substituído; c) o mediador penal fica vinculado ao segredo de justiça em relação à informação processual de que tiver conhecimento em virtude de participação no processo de mediação; d) caso haja procedimentos subsequentes à mediação, o mediador não poderá neles intervir, por qualquer forma, independentemente de ter havido acordo e ainda que tais procedimentos estejam apenas indiretamente relacionados com a

---

<sup>356</sup> Estão previstas no art. 12º, nº 1.

<sup>357</sup> Nos termos do art. 12º, nº 2, “*Entre outras circunstâncias, é indiciador de falta de idoneidade para inscrição nas listas oficiais o facto de o requerente ter sido condenado por sentença transitada em julgado pela prática de crime doloso*”.

<sup>358</sup> É a regra do art. 12º, nºs 1 e 3.

<sup>359</sup> Conforme o nº 1 do art. 11º.

<sup>360</sup> Norma do nº 3 do art. 11º.

mediação realizada.

### **3.6.6. Panorama normativo no Brasil**

O sistema jurídico brasileiro não contempla lei específica sobre a mediação de conflitos oriundos da prática de crimes. Não obstante, a mediação e a conciliação receberam nos últimos anos significativo impulso para conflitos no âmbito cível.

O marco normativo inicial para isso foi uma Resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a de nº 125, publicada em 29 de novembro de 2010, merecendo destaque, dentre os seus considerandos, os seguintes:

a) há interesse em se estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses não somente por meio dos serviços prestados nos processos judiciais, mas também mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

b) há interesse também em se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

c) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e sua apropriada disciplina tem condições de reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

d) há interesse em organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução; e,

e) a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos.

Dentre suas principais disposições, destaca-se a instituição da “*Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses*” (art. 1º), para assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. E, além da “*solução adjudicada mediante sentença*”, não de ser oferecidos “*outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação*”.

A Resolução também deter prevê como atribuição dos Tribunais a criação de “*Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos*”, “*compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores*” (art. 7º). Além desses núcleos, também há a previsão de instituir os “*Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*”, destinados a atender

aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários (art. 8º). Observa-se que não houve referência à competência penal.

Esta Resolução serviu para iniciar a prática da mediação por vários Tribunais. E, depois de 5 (cinco) anos, foi editada a Lei nº 13.140, de 26 de dezembro de 2015, para dispor “sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. O diploma legal conceitua a mediação como uma “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (Parágrafo único do art. 1º)<sup>361</sup>.

Interessa, para o âmbito deste estudo, o teor do art. 3º, que trata do âmbito de sua aplicação: “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Por outro lado, “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

Ou seja, apenas questões de ordem cível são passíveis de serem mediadas. A proteção que o Estado oferece aos cidadãos por meio do Direito Penal integra a categoria dos direitos absolutamente indisponíveis, não passível, portanto, de disposição e de transação<sup>362</sup>.

Ainda no âmbito normativo brasileiro, consigna-se que desde aquele mesmo ano de 2015 está em vigor o atual Código de Processo Civil, que também contemplou a mediação como forma de resolução de conflitos. Logo no art. 3º consta que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” para, na sequência, a Lei dizer que “É permitida a arbitragem, na forma da lei<sup>363</sup>” (§ 1º), que “O Estado promoverá, sempre que possível, a

---

<sup>361</sup> Destacamos os princípios orientadores da mediação, previstos no art. 2º como sendo a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé. Além disso, prevê que se “existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação”; mas “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

<sup>362</sup> Na doutrina brasileira, é Calmon de Passos que assevera a indisponibilidade absoluta de certos direitos, ao passo que em relação a outros, essa indisponibilidade é relativa. No primeiro caso, os direitos são sempre indissociáveis de seu titular e, portanto, não transacionáveis. No segundo caso, os direitos, ainda que indisponíveis, podem ser transacionados mediante o cumprimento dos requisitos impostos pela ordem pública, ou seja, mesmo havendo possibilidade concreta de disposição, esses direitos são relativamente indisponíveis porque o poder de dispor não é livre, ou seja, a manifestação de vontade do titular é ineficaz sem o controle obrigatório exercido pelo Estado. Ada Pellegrini, Antônio Cintra e Cândido Dinamarco indicam, ainda, a existência de direitos de extrema indisponibilidade, cuja proteção pelo Estado é bastante contundente, a exemplo da liberdade (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38).

<sup>363</sup> A Lei que disciplina a arbitragem está em vigor desde 23/09/2006 - Lei nº 9.307.

*solução consensual dos conflitos” (§ 2º) e que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (§ 3º).*

Depois, há norma no art. 165, determinado que “*Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição*”. E, quanto ao âmbito de aplicação, tratando-se de normas que integram o Código de Processo Civil, é intuitivo que não se aplicam à resolução de litígios de natureza penal.

Em síntese, não há previsão legal expressa de mediação penal no Brasil. Disso nasce questão relevante sobre sua eventual proibição; com efeito, não existindo norma genérica, como em Portugal e Espanha, que afasta da mediação penal todos os crimes de natureza pública, é imposição da lógica jurídica que ela pode ser aplicada e, de resto, a todo e qualquer crime, aí incluído, portanto, aquele contextualizado em violência doméstico-conjugal<sup>364</sup>. Nem sequer na legislação específica que trata prevenção e repressão da violência doméstica - Lei nº 11.340/2006 - há algo a esse propósito e, exatamente pela ausência de proibição, diversos programas restaurativos estão concretamente em execução em vários locais do país, regulamentados pelos Tribunais de Justiça estaduais, e vinculados, ao menos de modo prevalente, aos tribunais<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> Em relação ao conceito mais amplo de justiça restaurativa, há diretrizes no sentido de incentivar tais práticas; é o caso da Resolução nº 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, que traça “*Diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça restaurativa no Poder Judiciário*”. (Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos)). Também a Resolução nº 118/2014, que “*Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências*”. (Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas>). Os mecanismos de autocomposição previstos são a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

<sup>365</sup> A título de exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça vem executando um programa denominado “Justiça para o Século XXI”, que abrange a justiça restaurativa, inclusive no âmbito da violência doméstica. (Acessível em [www.tjrs.jus.br/projetos](http://www.tjrs.jus.br/projetos)). Programas semelhantes há em desenvolvimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Distrito Federal. Também há diversos programas em execução por meio de entidades privadas de caráter público, como Universidades. Uma visão ampla de tais programas há em: LARA, Caio Augusto Souza. “Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça”. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br>, acesso em 12/05/20.

#### **4. Mediação penal em crimes de violência conjugal: uma interlocução com os princípios da igualdade, da tutela judicial efetiva e da proporcionalidade, nas vertentes da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente**

##### **4.1. Aproximações iniciais**

Delineadas, até o momento, as noções necessárias para a compreensão do fenômeno da violência conjugal e do instituto da mediação penal, e na perspectiva de sindicar a adequação e a suficiência desta última para o enfrentamento e a resolução de conflitos nascidos daquela, no presente capítulo os dois temas serão relacionados com alguns princípios de matriz constitucional e que, por essa sua natureza, devem ser referentes no tratamento do tema.

Inicialmente, focaremos no princípio da igualdade; com *status* de princípio constitucional estruturante<sup>366</sup>, ele irradia inúmeros e contundentes efeitos para todo o ordenamento jurídico e, na questão objeto da presente pesquisa, ele provoca uma série de inquietudes.

Desde logo, surge a matéria da igualdade de gênero e/ou entre os sexos e que, por ter estatura constitucional, interfere na disciplina do tema. De um lado, há viabilidade na percepção que liga a violência conjugal, em termos fenomênicos, à manifestação de uma desigualdade material e estrutural entre homens e mulheres, um tipo de assimetria com justificação histórica no modelo patriarcal de família e de sociedade; a violência de gênero, portanto, e sob essa perspectiva, é manifestação de desigualdade material.

Tendo essa asserção como ponto de partida, cresce a importância de uma das dimensões do princípio da igualdade e que se relaciona com as chamadas discriminações positivas, operada por meio de ações positivas, ferramentas de enfrentamento da desigualdade material posta e, no ponto, a questão a ser respondida é se a proibição da mediação para conflitos nascidos na conjugalidade pode ser classificada como ação positiva, ou se, ao contrário, o incremento ou incentivo ao uso da mediação também poderia ser uma ação dessa natureza.

Outra questão relevante que o princípio em referência provoca diz com uma determinada igualdade que deve existir entre as partes que participam de procedimento de mediação penal; como já esclarecemos em outra passagem, esse equilíbrio de forças - capacidade para definir e sustentar posições - é condição para que a mediação não se torne mecanismo de injustiças e de incremento de situação fática de desigualdade. No ponto, há a

---

<sup>366</sup> Designação usada por JORGE REIS NOVAIS, em *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

necessidade de dar contornos a essa condição e definir se há possibilidades concretas de ela ser preenchida em casos de violência conjugal; nessa temática, há relevância em uma distinção que a doutrina faz entre ato violento e relação violenta; por outro lado, cobra atenção, também, uma tese que propugna que o procedimento da mediação, se bem conduzido, tem capacidade para enfrentar e superar o desequilíbrio de poder.

Outro princípio que toca a mediação penal em crimes de violência conjugal é o da tutela jurisdicional efetiva. Esta é compreendida como direito fundamental instrumental dos demais direitos fundamentais, por ser a ferramenta que os ordenamentos jurídicos em geral colocam à disposição dos cidadãos para defenderem e restaurarem direitos subjetivos ameaçados ou violados, por meio de processo, perante órgãos estatais, que têm a tarefa de resolver conflitos. A questão que este princípio projeta para o tema em análise é se o processo é o único modo de tutelar direitos e interesses legítimos, ou se a mediação também poderia sê-lo.

Por fim, há implicações da mediação para a criminalidade no âmbito conjugal sobre o princípio da proporcionalidade. Em contexto amplo, este princípio contempla uma vertente negativa a significar a proibição do excesso nas medidas estatais restritivas aos direitos fundamentais; nesse ponto, avaliaremos se a mediação penal pode ser compatibilizada com os já clássicos princípios informadores da persecução penal vista como meio de preservação dos direitos fundamentais do acusado da prática de crime. Além da referida vertente negativa, o mesmo princípio da proporcionalidade contempla uma vertente positiva, compreendida como proibição do déficit ou proibição de proteção insuficiente e, nesse âmbito, a pergunta simples a ser respondida é se a mediação penal para os crimes de violência conjugal é resposta suficiente, a partir dos valores constitucionais por ela implicados.

Este é o breve panorama sobre as essas questões e que serão desenvolvidas no presente capítulo.

#### **4.2. O princípio da igualdade**

Conforme mencionado, o primeiro dos princípios que informa e deve conformar o tema da mediação penal no âmbito da violência conjugal é o da igualdade.

Desde logo consignamos que é viável abordar a igualdade a partir de inúmeros pontos de vista, como os da filosofia, da sociologia, da ética, entre outros, como a do Direito; naturalmente, e por ser o campo no qual se insere o presente trabalho, o enfoque que daremos nas páginas que seguem é a perspectiva jurídica da igualdade, tratando-a como princípio que

informa a normatividade jurídico-legal.

#### 4.2.1. A igualdade como princípio constitucional estruturante

O advento do Renascimento, nos séculos XV e XVI, fez as questões que envolvem o Estado e sua justificação retomarem relevo<sup>367</sup>, o que foi determinado pela circunstância de, depois de um longo período em que ao indivíduo não era dada expressão, o citado movimento buscou localizar na pessoa humana, vista como um indivíduo perante a coletividade e o próprio Estado, o centro das atenções e a razão de ser da própria sociedade e, especialmente, deste último<sup>368</sup>.

É sabido que quem promoveu esta lenta mutação foi a burguesia, classe social emergente e que, enquanto enriquecia economicamente<sup>369</sup>, necessitava de instituições a si favoráveis e espaços para atuar. E, especialmente, de um Estado ausente, que concedesse e respeitasse a mais ampla liberdade para os indivíduos fazerem ou deixarem de fazer tudo de acordo com seu alvitre<sup>370</sup>. Estas concepções, obviamente, foram construídas e amadurecidas

---

<sup>367</sup> Segundo JORGE REIS NOVAIS, o sistema político baseado no poder estatal e a própria ideia de Estado, presentes na Cidade-Estado grega e no Império Romano, dissolveu-se na Idade Média, caracterizada pela existência de uma pluralidade de poderes particulares, de natureza territorial, religiosa ou social: feudos, burgos, senhorios e nos casos mais abrangentes os reinos. Trata-se, pois, de uma organização política e social multipolar, assentada em vínculos de hierarquia e dependência recíproca entre senhores e vassalos. (*Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 15).

<sup>368</sup> O Estado moderno, superando a disseminação de poder próprio da Idade Média, nasceu da centralização do poder político, com a eliminação dos intermediários entre o Monarca e os súditos. Novamente segundo JORGE REIS NOVAIS, o Estado moderno assenta-se nas ideias de Nação (a cada Nação deve corresponder um Estado), de secularização (separação entre o poder político e o religioso) e de soberania (o poder do Estado é supremo e independente). Ademais, entre a desagregação do sistema de poder medieval e a consolidação do Estado absoluto, e numa transição entre os dois momentos, é possível identificar o Estado estamental: não obstante a progressiva concentração do poder em mãos do Rei, havia assembleias representativas estamentais, nas quais as várias classes e setores sociais - estamentos - procuravam conservar os privilégios adquiridos durante o período medieval. O Estado absoluto, como primeira manifestação do Estado moderno e por sua vez, conheceu duas fases distintas; a primeira é denominada de fase patrimonial, pois a concepção era de que o Estado é um bem que integra o patrimônio do Príncipe, cujo poder tem justificação divina; na segunda fase, o poder tem justificação racional e o Monarca não é mais visto como proprietário do Estado, mas um servidor seu e vocacionado a prover o bem estar dos súditos; para tanto, ele dispunha do poder de polícia no sentido de poder intervir, em nome da Razão, em todos os domínios da vida política, social, econômica e privada, sempre para a consecução do bem comum; por esta fundamentação, esta segunda fase, que teve seu apogeu no século XVIII, é denominada de Estado de Polícia. (*Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 16/17).

<sup>369</sup> Curiosamente por impulso inicial do próprio Estado absoluto que, na sua primeira fase, destruiu os privilégios feudais, eliminou barreiras corporativas e de protecionismo típicas do modelo econômico medieval. (NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 18).

<sup>370</sup> Nessa toada, e mais uma vez tomando as lições de JORGE REIS NOVAIS, cabe a anotação de que o Estado de Polícia era um Estado acima do Direito; arbitrário, portanto, uma vez que, independentemente do tema, desde que o Monarca entendesse por intervir, os particulares não tinham garantias nem mecanismos para opor-se a essa intervenção, sendo forçados a submeter-se aos caprichos do Reis e de seus funcionários. Tal sistema ensejava muita insegurança e afetava de modo especial a burguesia comercial e industrial, cujo poderio econômico ainda não havia se traduzido em poder político, e essa configuração do Estado era um entrave ao pleno desenvolvimento da atividade empresarial. (*Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 17/18).

por longo tempo, e chegaram ao ápice na Revolução Francesa e na sua vertente jurídica, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>371</sup>. Com elas, surgiu uma nova concepção de Estado, de seus fins e de suas relações com os cidadãos, cuja essência situa-se na organização e limitação jurídicas para a proteção dos direitos dos cidadãos e de um Estado submetido à lei<sup>372</sup>.

Tais eventos significaram a ascensão ao poder político da classe burguesa, que demandava um Estado mínimo, pois ele era visto como inimigo do indivíduo burguês, necessitado de respeito à sua livre iniciativa. Nesse contexto e com tal inspiração, caracteriza-se o Estado como “liberal”<sup>373</sup> e desenvolveram-se e consagraram-se os direitos fundamentais de primeira geração/dimensão<sup>374</sup>, cuja essência reside na garantia do máximo de liberdade individual, e o Estado aparece como seu sujeito passivo<sup>375</sup>. Ademais, o respeito e a garantia de

---

<sup>371</sup> O projeto da burguesia era a “domesticação” do poder político por meio da regulação e controle da atividade da Administração, que deveria submeter-se à lei previamente editada; com isso, ela via-se protegida de quaisquer ingerências estatais não previstas e livre para o desenvolvimento da atividade econômica. (NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 18/19).

<sup>372</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 19. Na realidade, a Revolução Francesa, e também a Revolução Americana, demarcam a instauração de um modelo de Estado que se desenvolveu posteriormente, e que é designado de Estado de Direito. Mas, a variedade de contextos havidos durante os séculos XIX e XX impregnaram características próprias no Estado e fizeram com que a concepção liberal de Estado de Direito e que predominou até a primeira Guerra Mundial cedesse espaço, após esse evento, para o surgimento do Estado de Direito de natureza social e democrática.

<sup>373</sup> Resultado da perspectiva da classe burguesa que se afirmava social, econômica e politicamente, o Estado de Direito liberal surgiu da luta contra o Estado de Polícia, é inspirado ideologicamente no liberalismo e expressa as noções de racionalização do ente estatal e de limitação jurídica do poder; é um Estado limitado e organizado juridicamente para garantir novos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente a segurança, a liberdade e a propriedade. Na relação entre Estado e indivíduo, defende-se uma necessária separação entre Estado e economia: ele deveria limitar-se a garantir os referidos direitos e permitir que a vida econômica seguisse a sua própria lógica de autorregulação pelas leis do mercado livre; os agentes econômicos seriam comandados por uma *mão invisível* por meio da lei da oferta e da procura, e o bem estar coletivo seria resultado da livre concorrência entre produtores e consumidores. Numa palavra, o Estado não deveria intrometer-se no livre jogo do mercado que, sob determinados aspectos, era visto como um Estado natural, ou melhor, como uma sociedade civil, fundamentada em contratos entre particulares. Aceitava-se o Estado somente na figura de guardião, deixando total liberdade (*laissez faire, laissez passer*) na composição dos conflitos entre empregados e empregadores, ao poder contratual das partes; nos conflitos entre as diferentes empresas (no âmbito nacional assim como no supranacional), ao poder de superação da concorrência, que sempre recompensa o melhor. Nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais...*, p. 20/21 e BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 687 e seguintes, verbete “*Liberalismo*”.

<sup>374</sup> A classificação dos direitos fundamentais em gerações é precária, uma por induzir a falsa noção de que há uma sucessão ou substituição entre eles, e também porque não se ocupa da real distinção entre eles. Em que pese isso, é critério de classificação amplamente difundido. Na doutrina brasileira, há um marco em JOSÉ AFONSO DA SILVA, em especial *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros; a referência é à 19ª edição, de 2001.

<sup>375</sup> A concepção liberal de direitos fundamentais segue a lógica da separação entre Estado e sociedade e no ideal de Estado mínimo, abstencionista e respeitador da autonomia individual e da livre iniciativa, e os direitos fundamentais concebidos nesse contexto tem a função de preservar, sob o ponto de vista jurídico, essa autonomia individual perante o Estado. Os direitos fundamentais, portanto, são liberdades negativas, são posições jurídicas individuais que somente se realizam plenamente se o Estado se abster de qualquer intervenção, incluindo

tais direitos passaram a ser a condição de legitimidade do ente estatal. O Estado liberal, portanto, apresenta as seguintes características principais: não intervenção na economia, vigência do princípio da igualdade formal, adoção da teoria da divisão dos poderes<sup>376</sup>, supremacia da Constituição<sup>377</sup> como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais<sup>378</sup>.

Todavia, esta estrutura jurídica foi pensada sob os auspícios de uma determinada realidade fática. A ascensão burguesa conduziu à industrialização, e esta trouxe consigo, por necessidade inerente, o êxodo rural. As sociedades agrárias transformaram-se em urbanas. A urbanização e a baixa remuneração do trabalho nas indústrias geraram as mais intensas mazelas sociais e humanas, ressaltando-se a miséria econômica e seu principal consectário, o

---

eventual auxílio para a sua realização, ou seja, exige-se dele apenas abstenções. Ademais, nessa concepção de direitos fundamentais, são reconhecidos apenas aqueles direitos do homem isolado e abstratamente considerado, como são a liberdade de consciência, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, do sigilo da correspondência, da propriedade privada, etc. Nos termos da precisa advertência de Jorge Reis Novais, “... *por detrás desta concepção liberal dos direitos do homem encontravam-se os interesses de classe da burguesia e nomeadamente o receio que o alagamento da titularidade plena os direitos fundamentais, mormente os políticos, às camadas populares pudesse pôr em causa aquele que era considerado o direito supremo - o direito de propriedade*”. (*Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 24).

<sup>376</sup> A formulação teórica clássica da divisão dos Poderes e funções do Estado é de MONTESQUIEU, em sua obra “Do Espírito das Leis”. Para explicar a necessidade de dividir o poder estatal, assevera que para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra; envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último do poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (*Do Espírito das Leis*, p. 148-149. Consultou-se a versão traduzida para a língua portuguesa por Cristina Murachco e editada no Brasil pela editora Malheiros - 2ª Ed., 2ª tiragem, 2000).

<sup>377</sup> O conceito depende de se perceber o ordenamento jurídico de um Estado na forma de pirâmide e alocar, no seu topo e com superioridade, a Constituição. Ademais, é nela que vem definido quem pode fazer leis (competência legislativa), como devem ser feitas (processo legislativo) e os limites da lei. Disso decorre que é na Constituição que reside o fundamento de validade da lei, e a conseqüente controlabilidade, por meio dos mecanismos de aferição da sua constitucionalidade.

<sup>378</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA ensina que um dos pilares fundamentais da revolução constitucionalista foi a atribuição às pessoas de direitos fundamentais, numa lógica completamente inovadora para a época; de um lado, os direitos fundamentais tinham fundamento jusracionalista, que o Estado deveria apenas declarar e não criar, os quais se apresentavam como o produto da natureza humana; por outro, tratava-se de direitos fundamentais de feição negativa, na medida em que correspondiam a posições de distanciamento, de autonomia, de separação e de liberdade das pessoas contra o poder público. (“A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo”, p. 12. Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Conteudos/eadses01.pdf>; último acesso em 27/05/20).

aviltamento do ser humano, tudo às custas de um crescente enriquecimento da classe burguesa-industrial.

Este cenário gerou reações aos postulados estabelecidos com a Revolução Francesa. E a principal tônica das reclamações era no sentido de que a liberdade era, para a grande maioria das pessoas, apenas nominal, sendo real somente para a elite econômica e dirigente.

As reações àquele modelo resultaram, já no início do século XX, em profundas mudanças, com relevo para o surgimento de outra forma de Estado, agora denominado de “social”<sup>379</sup>. Nesse conceito, o Estado deveria deixar de ser um apático espectador da livre iniciativa dos cidadãos e da livre concorrência entre estes, para ser um agente ativo na realização de alguns mínimos para todos os indivíduos, até então excluídos das benesses sociais por causa da precariedade de sua condição social e econômica. Em síntese, o Estado deveria deixar de ser mínimo, para ser um agente ativo na consecução de uma justiça social<sup>380</sup>.

No entanto, embora assuma esses novos fins por meio da intervenção social e econômica, não se abandonou o quadro de limitação jurídica e de respeito pelos direitos e liberdades individuais construídos sob os auspícios do Estado de Direito liberal. Com efeito, o Estado social e democrático de Direito do século XX acolhe e dá continuidade ao legado fundamental do Estado de Direito liberal, fazendo-o no contexto de novas necessidades e adaptando-se a elas<sup>381</sup>.

Os direitos fundamentais próprios dessa formatação estatal são os direitos sociais, também ditos de segunda geração/dimensão, e denotam obrigações sociais por parte do Estado, visando sempre à realização de uma justiça social mínima. Assim, no plano dos direitos fundamentais, as alterações que o surgimento do Estado social provocou são, inicialmente, a fundamentalização dos direitos sociais, ou seja, ao lado dos direitos e liberdades clássicos,

---

<sup>379</sup> Novamente segundo JORGE REIS NOVAIS, a transição do século XIX para o XX, no domínio da formatação dos tipos históricos de Estado, é caracterizada pela crise dos pressupostos, dos valores e da ideologia do Estado liberal. Se experiências políticas como a revolução soviética, os fascismos e o nacional-socialismo tinham intrínsecas a perspectiva de eliminação do Estado de Direito, outra linha procurava manter e aprofundar a experiência liberal, mas tendo em consideração as novas condições do início do século XX, e são essas experiências que dão origem ao Estado social e democrático de Direito. Este modelo de Estado teve seus primeiros delineamentos traçados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 e, depois, foram inscritos nas Constituições de muitos países. A nota característica desse movimento foi a “*assunção da integralidade do ideal de limitação jurídica do Poder e da preservação das garantias individuais legado pelo Estado de Direito liberal num quadro de profunda reavaliação dos fins do Estado e de reconstrução das relações entre Estado e sociedade*”. (*Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 30).

<sup>380</sup> Nesse contexto, o Estado passa a agir no processo produtivo, na direção dos processos econômicos e na distribuição do produto social na perspectiva de realização de uma justiça material, sendo esta elevada a fim essencial do Estado.

<sup>381</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 31/32.

surgem como direitos fundamentais aqueles de carácter social e que demandam do Estado prestações positivas em favor do indivíduo. Contrariamente às liberdades clássicas, por essência negativas e que se realizavam mais com menos intervenção estatal, esses novos direitos requerem uma intervenção estatal positiva para conferir-lhes realidade e existência<sup>382</sup>.

Além dessa fundamentalização dos direitos sociais, há outro relevante movimento no âmbito dos direitos fundamentais, que consiste na reavaliação e reinterpretção dos direitos, liberdades e garantias típicos do Estado liberal à luz de uma perspectiva de socialidade, ou seja, o exercício desses direitos passou a ser condicionado por uma noção de integração comunitária e de vinculação social, o que resulta na possibilidade de restrição/limitação do conteúdo desses direitos clássicos com a expectativa de garantir uma igualdade material entre todos os cidadãos e superando, assim, a noção de mera igualdade jurídico-formal<sup>383</sup>.

Ainda podem ser anotadas, como notas especiais do processo de formatação desse modelo estatal, a generalização dos direitos políticos - antes muito ligados ao direito de propriedade -, em especial o direito ao voto, assim como a solidariedade geracional e universal, o que implicou na afirmação de direitos de determinadas categorias sociais, como crianças, mulheres, minorias sociais, étnicas e sexuais, assim como o direito do ambiente. Por fim, os direitos fundamentais passaram a ser concebidos como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade, repercutindo inclusive nas relações jurídicas privadas<sup>384</sup>.

É preciso acrescentar, por conta da relevância para o presente trabalho, que no Estado social e democrático de Direito a divisão dos poderes é concebida como uma distribuição racionalizada das várias funções estatais voltada para a limitação das possibilidades de exercício arbitrário do poder, bem como para criar condições de atuação eficiente<sup>385</sup>. Nesse panorama, e como consequência, há uma reavaliação das relações entre a política e a jurisdição, resultando na atribuição, ao poder judicial, do controle da constitucionalidade das leis, isto é, a análise da conformação dos atos legislativos aos delineamentos inscritos na Constituição, o que tem por pressuposto o carácter formalmente superior das normas constitucionais; esse controle é exercido pelos tribunais comuns e por tribunais especialmente criados para o efeito, os Tribunais

---

<sup>382</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 32/33.

<sup>383</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 33. Segundo este autor, é significativo que se passe a admitir a limitação de um dos direitos mais caros à era clássica, o direito de propriedade, que lhe emprestava carácter absoluto; na nova percepção, este direito, como os demais, pode ceder para a concretização de outros, cuja relevância nasce da ideia de igual dignidade humana de todos, sem consideração à riqueza ou posição social.

<sup>384</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 33/34.

<sup>385</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais ...*, op. it., p. 34.

Constitucionais, que realizam a ‘justiça constitucional’, percebida, nas palavras de JORGE REIS NOVAIS<sup>386</sup>, como “*espécie de coroamento do edifício de garantias do Estado de Direito e as preocupações com a institucionalização de mecanismos que garantam uma tutela plena e efetiva contra quaisquer agressões aos direitos fundamentais*”.

Estado de Direito, portanto, significa e exige a garantia e promoção dos direitos fundamentais, o que determina uma forma particular de relacionamento entre Estado e indivíduos, que tem por base a dignidade da pessoa humana e outros princípios estruturantes, como a igualdade, a proibição do excesso, a segurança jurídica e proteção da confiança, que servem para orientar toda a atividade estatal e também como parâmetros para avaliá-la na perspectiva qualitativa de sua conformação a eles, o que inclui o exame da constitucionalidade de leis e normas, nomeadamente as que se propõem a restringir direitos fundamentais.

E é nesse amplo contexto que a igualdade é identificada como um dos vários princípios constitucionais estruturantes.

#### **4.2.2. A igualdade como direito fundamental**

Ao mesmo tempo, o princípio da igualdade é um direito fundamental, categoria sabidamente particular de direitos. Com efeito, o conteúdo da norma de direito fundamental é a positivação de um direito, que pode ser considerado especial, ou especialmente relevante, pelo que ele representa para o seu titular e dos poderes que este pode dele extrair na sua relação com o Estado. No geral, a doutrina caracteriza tal direito como sendo fundamental, pois responde a necessidades fundamentais e constantes do ser humano e, por isso, define relações diferenciadas e qualificadas entre o indivíduo e o Estado; é universal, pois é titularizado por todas as pessoas por ele alcançadas; é permanente, pois convive com a pessoa e se extingue apenas com a morte desta ou quando suprimido por nova decisão Constituinte; é pessoal, sendo inseparável da vida e personalidade da pessoa; é não patrimonial, por se insuscetível de apreciação econômica e, por isso, intransmissível e inalienável; e, por fim, indisponível, não passível de disposição pelo Estado e pelo próprio titular<sup>387</sup>.

---

<sup>386</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais...*, p. 35/36.

<sup>387</sup> Nesse sentido e exemplificadamente: ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais - Introdução Geral*. 2ª Ed., Cascais/PT: Príncipe, Reimpressão de 2015, p. 24. FRANCO CONFORTI assinala que na atualidade, qualquer Estado de Direito dotado de Constituição deve nela incluir uma gama de direitos fundamentais, dotados de uma proteção especial, particularmente no que diz respeito à modificação no sentido da sua eliminação, que está fora do alcance da vontade democrática, no sentido de que “... *uma sociedade que se dota de tales derechos logra proteger sus intereses básicos sin caer en la tentación de modificarlos o eliminarlos en las ocasiones en que las cambiantes mayorías que gobiernan el Estado pueda perder el juicio reflexivo*”. Além disso, outro fundamento de justificação dos direitos fundamentais se encontra na proteção de minorias frente às maiorias que

JORGE REIS NOVAIS, em obra dedicada às restrições aos direitos fundamentais<sup>388</sup>, e em contexto de diferenciação entre direito fundamental e norma de direito fundamental, assevera que há elementos comuns a todas as normas de direitos fundamentais: em todas há a imposição ao Estado ou às entidades públicas de particulares deveres jurídicos de fazer, de não fazer ou de suportar. Além disso, “*de todas as normas de direitos fundamentais resultam para os particulares, enquanto titulares dos direitos fundamentais, directa, indirecta ou reflexamente, imediatamente ou de forma diferida, real ou potencialmente, situações de vantagem relacionadas com possibilidades de fruição de bens juridicamente protegidos por essas normas*”<sup>389</sup>.

Tendo em conta essa formulação sobre a norma que o veicula, é de ser visto no direito fundamental uma imposição ao Estado e às entidades públicas de abstenções, obrigações ou deveres, que concedem aos indivíduos/titulares posições vantajosas juridicamente tuteladas.

Ainda sobre a especialidade dos direitos fundamentais, cabe o registro de que diversas foram as tentativas, ao longo do tempo, na respectiva dogmática, de caracterizar e identificar tais direitos e as normas que os veiculam, havendo para tanto o manejo de metáforas<sup>390</sup>. Uma destas relaciona os direitos fundamentais a trunfos, no sentido de que, ter um direito fundamental no Estado de Direito, assemelha-se à situação de ter um trunfo num jogo de cartas; a carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; o trunfo, pela qualidade que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, supera o número apostado nas demais cartas. Aplicada ao sistema jurídico do Estado de Direito, e considerando que os jogadores são o indivíduo e o Estado, os direitos fundamentais são posições jurídicas em face do Estado<sup>391</sup>.

---

“... *de forma abusiva y/o irreflexiva pueden ir contra los que son o piensan de forma distinta*”. (*Tutela judicial efectiva* ..., op. cit., p. 147).

<sup>388</sup> *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>389</sup> *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 53-54.

<sup>390</sup> ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais* ..., p. 27.

<sup>391</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra/PT, Coimbra Editora, 2012, p. 37 e seguintes, e *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17 e seguintes. Esclarece o autor que a metáfora foi cunhada por Dworkin para significar “*que as posições jurídicas individuais assentes no direito moral a igual consideração e respeito, que o Estado deve reconhecer a cada indivíduo, funciona como trunfos contra preferências externas, designadamente contra pretensões estatais em impor ao indivíduo restrições da sua livre autodeterminação em nome de concepções de vida alheias e que, por razões utilitárias ou por beneficiarem de um apoio maioritário, o Estado considere como merecedores de superior consideração*” (*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, p. 37). Além disso, e após analisar os desenvolvimentos que foram dados à metáfora por outros autores, JORGE REIS NOVAIS a concebe com dois significados: a) como limite ou exigência imposta aos poderes públicos assentados na igual dignidade de toda pessoa humana e b) indisponibilidade, para os poderes públicos, de todos os direitos fundamentais, como consequência da qualidade destes de garantais jurídicas

Em termos históricos, a consagração e a exigência de respeito de direitos fundamentais foi obra do constitucionalismo, nomeadamente nas primeiras constituições escritas, como a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789 - o primeiro texto resultante da Revolução Francesa - e o *Bill of Rights*, de 1791 - fruto da aprovação das primeiras dez Emendas à Constituição americana de 1787. Em âmbito global, essa diretriz foi, mais tarde, colhida pela *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, construída depois da Segunda Guerra Mundial pela Organização das Nações Unidas - ONU e, por ela, a sua introdução em documentos de nível regional<sup>392</sup> e também nos ordenamentos jurídicos de um sem número de países, nestes como direitos fundamentais.

A concretização desses direitos teve no seu reconhecimento jurídico uma fase essencial, na qual também passaram a ser denominados de fundamentais, ao invés de humanos. A esse propósito, J. J. GOMES CANOTILHO<sup>393</sup>, depois de afirmar que se trata daqueles direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo, considera que o seu reconhecimento jurídico foi decisivo para que não ficassem limitados à simples ideia de direitos do Homem: embora os direitos fundamentais sejam subjacentes à própria natureza humana, a sua positivação significou a sua incorporação na ordem jurídica. Contudo, e nas exatas palavras do autor, “... não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhe a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”<sup>394</sup>.

E não se trata apenas de questão topográfica; a importância de os direitos fundamentais ocuparem lugar hierarquicamente superior dentre as normas jurídicas de um país importa, para além do mencionado reconhecimento, a garantia de que não estão à disposição da vontade do legislador ordinário, o que redundará em maior proteção destes direitos por meio, dentre outros instrumentos, do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos que com eles conflitam<sup>395</sup>.

Resulta, portanto e como afirmado, em uma categoria especial de direitos que, na

---

de natureza e força constitucionais. (*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, op. cit., p. 43 e *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria...*, op. cit., p. 17/67).

<sup>392</sup> É o caso, por exemplo, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem, de 1950, da Carta Social Europeia, de 1965, da Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 1969, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2001, entre outros.

<sup>393</sup> *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

<sup>394</sup> *Direito constitucional ...*, op. cit., p. 377.

<sup>395</sup> *Direito constitucional ...*, op. cit., p. 378.

percepção de VIEIRA DE ANDRADE<sup>396</sup>, podem ser definidos tendo em consideração três critérios: o seu radical subjetivo<sup>397</sup>, a sua função de proteção e garantia de certos bens jurídicos ou posições na sociedade, e a intenção específica de explicitar a ideia de Homem. De forma concreta, as normas consagradoras de direitos fundamentais têm aplicação direta, e vinculam o legislador ordinário e as entidades públicas em geral; além disso, há limites para a restrição a esses direitos, que não pode atingir o seu núcleo e a norma que veicula a restrição deve revestir-se de abstração e generalidade; por fim, trata-se de direitos passíveis de proteção judicial e ensejam um direito de resistência a comportamentos a eles lesivos<sup>398</sup>.

A igualdade é um destes direitos fundamentais, e nas linhas que seguem será identificada a trajetória por ele percorrida desde que apareceu.

### 4.2.3. A ideia de igualdade e suas mutações

A igualdade é tema que desde a antiguidade clássica é objeto de estudos e preocupações, em especial, nos campos da filosofia e das ciências jurídicas<sup>399</sup>. Mas, foi com o advento do constitucionalismo que ela assumiu feições de direito fundamental e se tornou princípio de natureza jurídica, a projetar efeitos normativos e, tendo em conta os recortes inerentes ao objeto da presente pesquisa, o enfoque será este último.

Outrossim, cumpre assinalar, desde logo que, assim como ocorreu com outros direitos fundamentais, o conteúdo inerente e afeto à igualdade não se manteve estanque e inalterado ao longo do tempo; pelo contrário, adaptou-se às exigências contemporâneas das sociedades. Assim, inicialmente reconhecida no período liberal, sofreu os influxos das modificações observadas na concepção de Estado e dos próprios direitos fundamentais desde então,

---

<sup>396</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 79-81.

<sup>397</sup> No sentido de posições jurídicas subjetivas individuais, universais e fundamentais. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...*, op. cit., p. 311).

<sup>398</sup> É o que resulta do art. 18º da CRP, que trata da “força jurídica” dos “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias”: “são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”; além disso, somente a lei pode operar restrições, que devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”; além disso, a mencionada lei “têm de revestir carácter geral e abstracto”, não poder ter “efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. Na mesma lógica, e na forma do art. 21º da Constituição, “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

<sup>399</sup> JORGE MIRANDA afirma que o tema da igualdade aparece imbricado com os grandes temas da Ciência e da Filosofia do Direito e do Estado, e que pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Marx e Rawls; trata-se de redefinir as relações entre pessoas e entre normas jurídicas e de indagar da lei e da generalidade da lei. (*Manual de Direito Constitucional - Tomo IV* (Direitos Fundamentais). 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 244).

amoldando-se às demandas legítimas reconhecidas posteriormente.

Nesse sentido, e a se ter como referência, por exemplo, a positivação que o princípio da igualdade recebeu na vigente Constituição da República Portuguesa (art. 13º), percebe-se que, de uma parte, “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*”; já de outra, “*Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual*”.

Trata-se, como referem J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>400</sup>, de modos diferentes de densificação desse princípio, e a mencionada disposição constitucional conjuga dialeticamente as dimensões liberal, democrática e social inerentes ao conceito de Estado de Direito Democrático e Social. Por isso, e para um correto enquadramento conceitual, ainda segundo os autores referidos<sup>401</sup>, o princípio da igualdade realiza-se “*como direito subjectivo específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia de natureza defensiva, (...) positiva (...) e correctiva*”.

Mas, para chegar a esse ponto, a igualdade trilhou por um já longo caminho, e nessa trajetória foram sendo acrescidos e agregados significados, ou seja, o anterior não foi substituído<sup>402</sup>, resultando a igualdade, na atualidade, em categoria jurídica que funciona como direito fundamental e princípio estruturante de todo um sistema jurídico<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 333.

<sup>401</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., 337.

<sup>402</sup> LÚCIA AMARAL refere-se a esse fenómeno como “construção gradual por camadas”. (“O princípio da igualdade na Constituição portuguesa”. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 35). A esse propósito, JORGE BACELAR GOUVEIA ensina que, o fato de ser possível frisar, em duzentos anos de constitucionalismo, a existência de três períodos bem marcados na evolução dos direitos fundamentais, isso não pode significar que os direitos da geração anterior deixassem de obter reconhecimento; essa foi “*uma evolução tipicamente acumulativa e não alternativa, por cuja acção se adicionaram sempre novos direitos àqueles que já pertenciam ao catálogo dos direitos fundamentais previamente positivados nos textos constitucionais. Igualmente não se pode esconder que essa acumulação e sobreposição de direitos puderam exercer uma influência limitativa naqueles que já estavam previamente consagrados, evidenciando-se a passagem do período liberal ao período social*”. (“A afirmação dos direitos fundamentais ...”, op. cit., p. 11.

<sup>403</sup> Nesse sentido, e a respeito da ordem jurídica portuguesa, entre outros, NOVAIS, Jorge Reis, *Princípios Constitucionais...*, op. cit., pp. 101-160. Nas palavras introdutórias ao capítulo, o autor afirma que “*O princípio da igualdade é, porventura, dos princípios estruturantes do Estado de Direito, o de presença mais constante e mais antiga nos textos constitucionais, mas também é, mesmo em consequência dessa longevidade constitucional, o que tem experimentado uma evolução mais pronunciada e multifacetada. Entre a igualdade perante a lei dos primeiros tempos do constitucionalismo e a actual admissibilidade de políticas intencionalmente discriminatórias visando a produção de uma igualdade factiva há, sob a égide do mesmo princípio constitucional da igualdade, dois séculos de evolução e controvérsias doutrinárias que reflectem, acompanham e influenciam as transformações sofridas pelo Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado*”. (*Princípios Constitucionais...*, op. cit., pp. 101).

A primeira fase do princípio da igualdade coincidiu com a sua constitucionalização, no final do Século XVIII, no assim chamado período liberal ou do Estado Liberal<sup>404</sup>, momento em que ela, assim como outros direitos fundamentais, era concebida como posição jurídica frente ao Estado, de quem cobra abstenções e, por essa razão, tem natureza negativa e de defesa frente ao Estado-poder<sup>405</sup>.

Trata-se da dimensão liberal da igualdade, consistente na ideia de que todas as pessoas, independentemente do nascimento ou *status* social, são iguais perante a lei, e esta deve ser aplicada de modo indistinto a todos. Na base dessa concepção está a impessoalidade, que se concretiza quando as leis têm as características da generalidade e da abstração; quer-se uma isonomia no plano do direito, ou seja, a ideia iluminista e então revolucionária de pôr fim às desigualdades baseadas no nascimento da pessoa ou em seu estatuto jurídico, conforme se verificava no *ancien régime*.

Nesse contexto, a igualdade afirma-se como ferramenta de luta contra a discriminação e o arbítrio vindo dos poderes estatais, bem como regulador de toda a matéria dos direitos fundamentais<sup>406</sup>. Trata-se da igualdade de todos perante a lei e que importa, concretamente, em

---

<sup>404</sup> Tipo histórico de Estado já descrito acima. Cabe a consideração de que as Revoluções francesa e americana, no final do século XVIII, representaram o marco de nascimento do Estado de Direito, que experimentou desenvolvimento durante os séculos XIX e XX, inicialmente na forma de Estado de Direito Liberal, até a I Guerra Mundial e, depois desta, como Estado social e democrático de Direito. (NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 19). Em termos de caracterização, refere o mesmo autor que “direitos fundamentais e divisão de poderes (com império da lei e princípio da legalidade), surgem, pois, como elementos fundamentais do Estado de Direito liberal”. (Contributo para uma Teoria de Estado de Direito. Coimbra, Almedina, 2013, p. 75). Essa asserção reflete o teor do art. 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. ANTÔNIO WOLKMER fala em “revoluções liberais” em três núcleos: a) o econômico, ensejando a livre-iniciativa, a propriedade privada e a economia de mercado; b) político-jurídico, daí decorrendo o Estado de Direito, a soberania popular, a supremacia constitucional, a separação de poderes e os direitos civis e políticos; por fim, c) ético-filosófico, com a liberdade pessoal, a tolerância, o otimismo na vida e o individualismo. (WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 34).

<sup>405</sup> A concepção liberal dos direitos fundamentais tem por fundamento a separação entre Estado e sociedade e o ideal preconizado pelos liberais de um Estado mínimo, abstencionista e respeitador da autonomia e livre iniciativa dos indivíduos. Nesse contexto, os direitos fundamentais são vistos como instrumentos da autonomia individual frente ao Estado; representam liberdades negativas, no sentido de serem posições jurídicas individuais cuja plena realização exige uma postura abstencionista por parte do Estado. (NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais...*, p. 23). A propósito, é comum a designação desta forma ou concepção de direitos fundamentais como sendo de primeira geração ou dimensão para distingui-los daqueles de segunda geração ou dimensão: enquanto a nota característica daqueles é a imposição de abstenções ao Estado para permitir o desenvolvimento pleno da autonomia pessoal, uma atitude geral de respeito para que o indivíduo tenha a liberdade de conformar a seus interesses, sua personalidade e sua vida, os direitos fundamentais de segunda dimensão requerem uma posição do Estado exatamente inversa, ou seja, representam o direito a uma prestação estatal. Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 110.

<sup>406</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição ...*, op. cit., p. 55.

proibição de discriminação - igualdade na vertente da não discriminação arbitrária<sup>407</sup>.

É nesse âmbito, portanto, que a ideia de igualdade foi erigida a princípio jurídico, e com a força própria de um direito fundamental; foi o constitucionalismo moderno, inaugurado, principalmente, pela Constituição americana de 1787 e pela Constituição francesa de 1793, que fez da igualdade um princípio com força jurídica e nessa condição passou a figurar nas Constituições europeias continentais que surgiram na sequência, com o específico significado de igualdade perante a lei e com a pretensão de acabar com um regime de privilégios que existia na sociedade de então, assegurando uma igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei e, como consequência, que todos fossem sujeitos dos mesmos direitos e deveres<sup>408</sup>.

Em síntese, nessa primeira fase, vicejou uma concepção formal do princípio da igualdade, entendido como igualdade de todos perante a lei; esse momento coincidiu com a concepção liberal de Estado, e a esse princípio tributou-se a tarefa de romper com a situação anterior em que alguns eram beneficiados ou prejudicados por razões agora consideradas inaceitáveis, como, por exemplo, a origem social. Para se cumprir o princípio da igualdade era suficiente garantir que a lei fosse geral e abstrata, e aplicada de modo igual a todos; portanto, o conteúdo da lei, qualquer que fosse, deveria ser aplicado da mesma forma para todos, de modo que o momento da aplicação da lei é o mais relevante, que devia ser uniforme<sup>409</sup>.

Conforme percebido por MARIA GLÓRIA GARCIA<sup>410</sup>, por ser uma perspectiva meramente formal da igualdade, este princípio não tinha em consideração as diferenças reais ou materiais existentes entre os indivíduos. Naquele momento, o objetivo a ser alcançado era a igualdade perante a lei, a significar que ela, ou os preceitos que continha, deveriam ser aplicados uniformemente a todos. Contudo, essa concepção puramente formal de igualdade passou a ser

---

<sup>407</sup> Os documentos relevantes desse período são a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa de 1793 que, por sua vez, influenciou as constituições europeias continentais. Fórmula semelhante é retomada pela *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que no art. 1º estipula que “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

<sup>408</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ensinam que, nessa aceção, a igualdade erige-se em óbice a *privilégios e benefícios* no gozo de qualquer direito, assim como à isenção de qualquer dever; assim, e “em princípio, os direitos e vantagens devem beneficiar a todos; e os deveres e encargos devem impender sobre todos” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 338).

<sup>409</sup> PINTO, Maria da Glória Ferreira. “Princípio da Igualdade, Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”. In *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 358, 1986, p. 27. Nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS ensina que nesta primeira fase a igualdade é uma igualdade de todos perante a lei, independentemente de quaisquer condições económicas, sociais ou outras. A igualdade é entendida como um valor absoluto e neutro. Esse entendimento deixava de fora os que não cabiam na “concepção particular” de cidadão da altura e discriminava em função de categorias de pessoas, como mulheres, negros, entre outros (*Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 102).

<sup>410</sup> *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 35 e seguintes.

questionada diante da constatação de que ela, por si só, não se revelava suficiente para tornar acessíveis a todos as oportunidades sociais, de que se beneficiavam apenas indivíduos socialmente privilegiados<sup>411</sup>.

Nesse contexto, a segunda fase da igualdade enquanto princípio jurídico é denominado por MARIA GLÓRIA GARCIA<sup>412</sup> de “defensiva”: o princípio da igualdade é entendido “*como limite externo da actuação do poder público*”, traduzindo-se na proibição do arbítrio ou de discriminações não fundamentadas. Nessa fase, portanto, agrega-se ao princípio da igualdade a ideia de proibição de discriminações arbitrárias e não justificadas. Há um desenvolvimento da própria noção de igualdade, pesquisando-se o que ela vem a ser em casos concretos, para definir quando se está perante situações iguais e quando perante situações diferentes.

É nesse contexto que se insere a já corrente afirmação no sentido de que o princípio da igualdade determina conferir tratamento igual para o que é igual, e de forma diferente o que é diferente, na medida da própria diferença. E esta segunda dimensão do princípio da igualdade surgiu quando se percebeu que a igualdade universal do liberalismo não dava conta das desigualdades de fato entre pessoas integrantes da mesma sociedade. É a fase em que se percebe que a igualdade é uma realidade construída<sup>413</sup>, e a máxima de que todos são iguais perante a lei foi decomposta em duas vertentes de especificação: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exata da diferença<sup>414</sup>.

---

<sup>411</sup> No ponto, SÓNIA FERTUZINHOS assevera que foi essa percepção que alterou o significado da igualdade, determinando “*a construção que passou de um conceito de igualdade formal que convivia com a discriminação em função de certas categorias de pessoas - como as mulheres, os negros, os analfabetos ou com baixa instrução, os que professavam certas religiões - para um conceito de igualdade fática, que se obriga a ter em conta as diferenças entre as pessoas, tratando igual o que é igual, desigual o que é desigual, e que se preocupa com os resultados da lei*”. (“Fundamentos constitucionais da igualdade de género”. In *Sociologia, Problemas e Práticas*, número especial, 2016, p. 50.)

<sup>412</sup> *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 36.

<sup>413</sup> Sobre o ponto, MARIA GLÓRIA GARCIA assinala que uma das tônicas das Revoluções Liberais é considerar a igualdade em necessária conjugação com a liberdade, como elementos integrantes das sociedades, tidos como valores eminentemente humanos; se a liberdade é um valor natural, que não precisa ser construído, já a igualdade necessita dessa construção para que o elemento que gera essa uniformização - a razão humana - não seja destruído. O Homem, sendo livre para encetar um caminho de aprendizagem e de evolução, diferenciando-se dos demais, estagnaria na igualdade; e a igualdade vista somente como aplicação igual da lei geraria, ela mesma, desigualdades entre as pessoas. Por isso, e apesar da razão humana - elemento comum a todos os seres humanos -, a sua real situação exige tratamentos diferenciados: “*a igualdade que sustenta o princípio da igualdade deixa de ser compreendida como ‘natural’ e absoluta e passa a ser compreendida como ‘construída’, algo que se vai fazendo e que, mais do que ponto de partida, funciona, nas relações sociais, como ponto de chegada, como ideal a atingir. Neste enquadramento se entrelaça com a justiça e se volve em elemento estrutural da ordem jurídica*” (*Estudos sobre o princípio da igualdade*, op. cit., p. 8 e 12). Também JORGE MIRANDA aborda esse tema, afirmando que existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade: levado às últimas consequências, em um sentido radical, o princípio da liberdade pode impedir o da igualdade, assim como, um radicalismo do princípio igualitário pode impedir a autonomia pessoal. (*Manual de Direito Constitucional ...*, op. cit., p. 237)

<sup>414</sup> FERTUZINHOS, Sónia. “Fundamentos constitucionais da igualdade de género”, op. cit., p. 51 e GARCIA, Maria Glória. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 35.

A consequência mais simples dessa nova ideia de igualdade é que não se permite tratamento diferenciado ou desigual de situações iguais, sem um fundamento válido que o justifique. Nasce, assim, um dos significados relevantes para a igualdade enquanto princípio jurídico, que é a proibição da discriminação, ou seja, é vedado dar tratamento diferenciado arbitrário. Concretamente, é possível diferenciar um indivíduo do outro ou igualar dois ou mais indivíduos que estão em situações ou condições diferentes, desde que haja uma justificação objetiva e razoável. Disso decorre outro conceito relevante, que é o de discriminação proibida, que se manifesta quando há diferenciação arbitrária, sem justificação aceitável tendo como parâmetro os valores próprios do Estado de Direito democrático.

Na precisa lição de MARIA GLÓRIA GARCIA<sup>415</sup>, o princípio da igualdade assume, aqui, já uma dimensão material, informando se uma dada situação é igual ou diferente de outra e, acima de tudo, passa a exigir um fundamento que justifique o tratamento a ser dado a cada uma das situações. No entanto, ainda não há um critério específico que determine o que seja a igualdade; neste momento evolutivo, assegura-se apenas a proibição do arbítrio e não a realização da justiça enquanto objetivo do princípio da igualdade.

Se este segundo momento revela já uma abertura à ideia de justiça, será a terceira fase que vai desvendar e densificar o princípio da igualdade neste ponto. Por isso, o terceiro momento é denominado de “corretivo”<sup>416</sup>: o princípio da igualdade é visto como um limite interno da atuação dos poderes públicos, de acordo com o qual a igualdade representa, por si mesma, o resultado final que se pretende atingir, e não apenas o ponto de onde se parte.

Esta é uma nova fase na densificação do princípio da igualdade e que nasceu das críticas que foram surgindo em relação ao entendimento sobre a igualdade formal, e foi sendo agregado um novo significado, relacionado com uma ideia de igualdade material, o que veio a ocorrer com o reconhecimento do Estado de Direito Social<sup>417</sup> e, portanto, está intimamente relacionada com este conceito. No fundo, com o princípio da igualdade, pretende-se constituir uma situação de justiça, ainda que, para tal, seja necessário discriminar, para, em última análise, constituir uma situação de equilíbrio entre desiguais.

---

<sup>415</sup> *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 36.

<sup>416</sup> GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 63.

<sup>417</sup> Na lição já mencionada de JORGE REIS NOVAIS, este modelo de Estado teve seus primeiros delineamentos traçados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 e, depois, foram inscritos nas Constituições de muitos países. A nota característica desse movimento foi a “*assunção da integralidade do ideal de limitação jurídica do Poder e da preservação das garantias individuais legado pelo Estado de Direito liberal num quadro de profunda reavaliação dos fins do Estado e de reconstrução das relações entre Estado e sociedade*”. (*Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 30).

Nessa perspectiva, e como já dito, o princípio da igualdade tem natureza corretiva: surge como ferramenta para alcançar as ideias de igualdade social e justiça material e, portanto, é um limite que o próprio sistema jurídico impõe aos poderes públicos, um limite interno, portanto. Para J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>418</sup>, essa dimensão da igualdade realiza-se “... através de medidas de acção afirmativa (*affirmative action*) de modo a atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos ou na fruição de certos bens públicos”; e, nessa concepção, coaduna-se com a dimensão social do próprio Estado, e impõe aos poderes públicos a eliminação de desigualdades fáticas, de natureza econômica, social ou cultural, visando atingir uma igualdade material entre os cidadãos.

Portanto, e como antes mencionado, o modo como se compreende, interpreta e aplica o princípio da igualdade tem se alterado ao longo do tempo, por imposição das particularidades de cada época, culminando, na atualidade, em vasto âmbito de proteção que se projeta para várias dimensões<sup>419</sup>.

#### **4.2.4. Os âmbitos de proteção do princípio da igualdade**

Tendo em consideração as várias camadas conceituais inerentes à igualdade como direito fundamental e como princípio jurídico estruturante, a ela agregadas nos distintos momentos históricos antes mencionados, há um amplo campo de incidência, que pode ser especificado em três vertentes gerais: proibição do arbítrio, proibição de discriminação ilegítima e obrigação de diferenciação.

Na dimensão de proibição do arbítrio, o princípio da igualdade apregoa um tratamento igual às situações fáticas iguais e, por conseguinte, uma disciplina diversa às situações de fato diferentes. Tendo esta medida, ele impõe limites externos à liberdade de conformação e de decisão dos poderes públicos, funcionando como diretriz geral de controle, que pode ser enunciada, como fazem J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>420</sup>, de que “*nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é*

---

<sup>418</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 337. SONIA FERTUZINHOS considera que “... a questão já não é, nesta fase, a da “igualdade perante a lei”, mas a “igualdade da lei” e a sua capacidade para impor a igualdade material, no plano económico, social e cultural”. (“Fundamentos constitucionais da igualdade de género”, op. cit., p. 51).

<sup>419</sup> Na Constituição da República Portuguesa, para além do art. 13º, já mencionado, o princípio da igualdade encontra-se referenciado em diversos outros dispositivos; seguindo o levantamento feito por ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, trata-se dos artigos 9º, 47º, 58º, 73º, 74º, 76º, 81º, 93º, 104º, 109º e 226º, todos contendo algum grau de densificação. (“O princípio da igualdade no Estado de Direito” In *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, nºs 13/16, 2007, pp. 183-184).

<sup>420</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., 33.

*essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual”.*

Outra vertente da igualdade proíbe discriminações ilegítimas; nesse caso, há um elenco de fatores que não podem servir de fundamento para discriminações, sob pena de a lei ou a medida incorrer em inconstitucionalidade. Na Constituição de Portugal, trata-se da ascendência, do sexo, da raça, da língua, do território de origem, da religião, de convicções políticas ou ideológicas, da instrução, da situação econômica, da condição social e da orientação sexual - art. 13º, nº 2. Segundo posição minoritária, trata-se de elenco apenas exemplificativo, tendo a mesma natureza qualquer outro fator que importe em norma ou medida contrária à dignidade humana, ao princípio do Estado de Direito Democrático ou se mostre impertinente ou arbitrária<sup>421</sup>.

Portanto, nesta vertente, trata-se da igualdade enquanto proibição da discriminação com base em determinadas categorias. Não está ali pressuposto que não pode haver diferenciações, mas elas não podem ser justificadas em tais vetores. À luz da Constituição e dos princípios nela consagrados, um tratamento diferenciado deve ser fundado sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade, além de não se basear em qualquer motivo constitucionalmente impróprio<sup>422</sup>. *A contrario sensu*, podem ser tidas como legítimas as diferenciações de tratamento quando a) basearem-se em uma distinção objetiva de situações, b) não se fundarem em qualquer das causas elencadas, em Portugal, no art. 13º/2 da Constituição, c) possuam, segundo a ordem constitucional positiva, um fim legítimo e, d) se mostrem adequadas, necessárias e proporcionadas ao alcance do objetivo<sup>423</sup>.

Por fim, a outra função que o princípio da igualdade exerce no campo normativo/constitucional é uma obrigação de diferenciação; com esse significado, conecta-se diretamente com a sua função social, impondo deveres aos poderes públicos de eliminar ou minorar as desigualdades fáticas no campo social, econômico e cultural; quer, nesse contexto, servir de ferramenta para a igualdade material. É este o contexto das diferenciações positivas,

---

<sup>421</sup> JORGE MIRANDA ensina que o sentido primário do princípio da igualdade é negativo, cujo significado é a vedação de discriminações e privilégios; mas não se trata de apenas proibir discriminações, trata-se também de proteger as pessoas contra discriminações (como diz o art. 26º, nº 1, *in fine*, da Constituição portuguesa, que reproduz quase *ipsis verbis* o art. 7º, 2ª parte da Declaração Universal), de as proteger, se necessário por via penal e, eventualmente, com direito a reparação à face dos princípios gerais de responsabilidade. (*Manual de Direito Constitucional*, op. cit. p. 253-255).

<sup>422</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., 340.

<sup>423</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, no ponto, asseveram que “... quando houver um tratamento desigual impõe-se uma justificação material da desigualdade (...) o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material”. (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., 340-341).

verdadeiras obrigações de agir e que importam em proteção especial a determinados grupos ou segmentos<sup>424</sup>.

Portanto, o princípio da igualdade, tal qual formatado na atualidade, compreende objetivamente estas três dimensões: a) proibição de arbítrio (nº 1 do artigo 13º), b) proibição de discriminação (nº 2 do artigo 13º) e c) obrigação de diferenciação<sup>425</sup>. E, cumulando os significados de cada uma delas, resultam diversas naturezas ou funções para o princípio da igualdade, designadas de defensiva, positiva e corretiva. A natureza defensiva situa-se na ideia de proteção dos cidadãos contra um eventual tratamento desigual não fundamentado por parte das entidades no exercício de poderes públicos; a natureza positiva se revela no fato de a plena realização do princípio da igualdade implicar, por vezes, a execução de medidas, por parte do Estado, que auxiliem na obtenção da pretendida uniformidade entre todos, que é, no fundo, a efetivação do princípio da igualdade no aspecto real ou material; por fim, a natureza corretiva significa que, por vezes, é necessário implementar medidas de ação afirmativa, que visam corrigir desigualdades de fato<sup>426</sup>.

#### **4.2.5. Aproximações conceituais necessárias: discriminação, diferenciação permitida, diferenciação positiva e ação afirmativa**

Tudo o que dissemos até o momento sobre o princípio da igualdade pode ser percebido por meio do manejo das expressões discriminação, diferenciação permitida, diferenciação positiva e ação afirmativa. Em termos gerais, permitem-se diferenciações, mas há condicionantes para tanto, cuja inobservância pode importar em atividade ilícita, por proibida; no outro polo, flagra-se casos em que a diferenciação acaba por ser necessária e, do ponto de vista das entidades públicas, obrigatória. A questão central, portanto, passa a ser a definição

---

<sup>424</sup> Para J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, além da função social, essa dimensão do princípio da igualdade se liga com a função de proteção deste postulado, na perspectiva que a obrigação de discriminações positivas, e “*constitui inequivocamente uma imposição constitucional de igualdade de oportunidades, cujo não cumprimento justifica a inconstitucionalidade por omissão*”. (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., 342). Exemplos poder ser vistos em normas constitucionais que determinam especial proteção de grupos vulneráveis (jovem, idoso, mulher grávida, etc.), a que se referem, por exemplo, os artigos 59º/2/c, 70º/1 e 72º/1) da CRP.

<sup>425</sup> PINTO, Eduardo Cruz; ALBUQUERQUE, Martim Eduardo Corte Real de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 74.

<sup>426</sup> Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 337. JORGE MIRANDA, no ponto, ensina que uma adequada análise do princípio da igualdade é aquela assentada “em três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência”: o primeiro é de que igualdade não significa identidade, e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; o segundo é de que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; o terceiro é de que igualdade não é uma “ilha”, pois se encontra conexa com outros princípios, devendo ser compreendida no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material. (*Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 252).

sobre quando diferenciar é proibido, permitido ou obrigatório.

Em termos conceituais, por discriminação haverá de se compreender a diferenciação proibida, quando for dado tratamento diferenciado a situações objetivamente iguais, ou tratamento igual de situações não análogas, sem um fundamento válido que justifique esse tratamento; é a hipótese de ofensa ao princípio da igualdade na vertente de proibição geral do arbítrio. Tem razão MARIA LÚCIA AMARAL<sup>427</sup> quando afirma que “*discriminar significa estabelecer diferenças entre as pessoas com fundamento, não num juízo, mas num pré-juízo sobre aquilo que as distingue e sobre as características que formam a sua identidade*”.

Por outro lado, e como já assinalado, nem toda diferenciação importa em discriminação, pois pode haver justificação constitucional para ela, com o que deixará de ser manifestação de arbítrio; ou seja, estará permitida a diferenciação desde que haja fundamentos válidos para ela. Mas, ainda que permitida a diferenciação, e conforme alerta JORGE MIRANDA<sup>428</sup>, a situação desigual não pode ser criada ou mantida artificialmente pelo legislador, e nem se fundamentar em qualquer das categorias enunciadas (não taxativamente) no nº 2 do artigo 13º, apelidados de fatores suspeitos. As categorias que são enunciadas são as que, para a comunidade, são um indicador mais claro de discriminação e, por isso, onde não é tolerável qualquer diferenciação.

A diferenciação, por fim, poderá ser uma imposição. MARIA GLÓRIA GARCIA<sup>429</sup>, e tendo como referente a Constituição Portuguesa, afirma que há três casos expressos em que a obrigação de diferenciar se impõe: um deles é o tratamento preferencial a ser dado aos integrantes de grupos vulneráveis; outro consiste na obrigação de implementação de políticas económicas e fiscais destinadas a diminuir as desigualdades entre ricos e pobres que impedem a estes últimos o cabal gozo dos seus direitos fundamentais; o terceiro caso diz respeito às ações positivas que visam restabelecer igualdades que, ao longo do tempo e em regra por razões culturais, foram preteridas e que resultaram numa desigualdade de oportunidades, a exemplo da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens<sup>430</sup>.

Posta, portanto, a possibilidade e, para casos determinados, a obrigatoriedade de diferenciar, entram em cena expressões como diferenciação positiva e ação afirmativa. Já

---

<sup>427</sup> “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, op. cit., p. 41.

<sup>428</sup> *Manual de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 282-283.

<sup>429</sup> *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 21-24.

<sup>430</sup> Sobre este último aspecto, MARIA GLÓRIA GARCIA assevera que “... a função social do princípio da igualdade abre as portas a que, partindo de uma compreensão actual da igualdade relativa, se eliminem ou atenuem desigualdades que não são ‘naturais’ mas construídas, sequelas de defeituosas compreensões da igualdade relativa defendidas por gerações passadas”. (*Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 23).

mencionamos a dimensão corretiva inerente ao princípio da igualdade, no sentido de impor a adoção de medidas que têm por objetivo garantir uma igualdade efetiva entre os indivíduos. São os casos de diferenciação obrigatória, ou de diferenciação positiva<sup>431</sup>, que têm uma finalidade específica: igualar situações que atualmente são desiguais e que ferem as ideias de igualdade social e de justiça material.

O modo de implementação da diferenciação positiva são as chamadas ações afirmativas<sup>432</sup>, por meio das quais se concretizam políticas públicas que têm a justificativa e a finalidade de atingir uma justiça material, uma igualdade material ou substantiva. Haverá benefício de determinado grupo, materialmente sujeito a desvantagens ou a condições de desigualdade, e esta vertente do princípio da igualdade pretende promover situação de justiça, ainda que, para tanto, seja necessário discriminar<sup>433</sup>.

Com tal faceta, o princípio da igualdade funciona como ferramenta de concreção dos ideais de igualdade social e justiça material; para tanto, o próprio sistema jurídico impõe aos poderes públicos um limite interno, na forma de obrigações de agir. Na percepção de J. J. GOMES CANOTILHO, e nessa perspectiva, o princípio da igualdade “*pode e deve considerar-se um princípio de justiça social*”<sup>434</sup>: já não se trata apenas da igualdade perante a lei, mas de uma igualdade que se alcança por meio da própria lei, a lei como instrumento para alcançar uma ideia de justiça social que está para além dela mesma.

---

<sup>431</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA esclarece que esta categoria foi desenvolvida por impulso jurisprudencial nos Estados Unidos da América, a partir do caso *Swan versus Charlotte Mecklenburg Board of Education*, julgado pela Suprema Corte em 1971; em causa estava a constitucionalidade de ações governamentais instituídas para diminuir os efeitos da segregação racial nas escolas públicas. (*Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, op. cit., p. 24).

<sup>432</sup> Vedar a discriminação, por meio de legislação proibitiva, com base em determinados fatores, como faz a CRP no n.º 2 do art. 13.º, por si só, tem se mostrado medida insuficiente para a concretização efetiva da igualdade. Por isso, convém combinar a proibição da discriminação com políticas positivas e compensatórias que acelerem o processo da igualização, o que se faz por meio das ações afirmativas (da expressão inglesa *affirmative actions*), mecanismos de promoção de diferenciações positivas. Inicialmente utilizadas nos Estados Unidos da América para enfrentamento dos efeitos da discriminação racial, têm sido utilizadas para impulsionar o acesso aos benefícios sociais de minorias, grupos vulneráveis e categorias cultural e historicamente marginalizadas, aí incluídas as mulheres. Nesse sentido: FERTUZINHOS, Sónia. “Fundamentos constitucionais da igualdade de género”, op. cit., p. 57;

<sup>433</sup> No âmbito específico da discriminação racial, chama a atenção que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada em 1965 pela Assembleia das Nações Unidas, no art. 2.º, § 2.º, encoraja ações afirmativas para remediar situações consolidadas de desigualdade: “*Os Estados Membros tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas*”. Texto na língua portuguesa obtido em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html).

<sup>434</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit. p. 430.

#### **4.2.6. Vinculação dos poderes públicos**

O princípio da igualdade, como integrante da ordem objetiva de valores positivados na Constituição, vincula as manifestações do poder público no âmbito da legislação, da administração e da jurisdição<sup>435</sup>.

O legislador, desde logo, fica obrigado a observar a igualdade formal, tal qual concebida ao tempo do Estado Liberal - igualdade perante a lei -, não podendo instituir discriminações ilegítimas - arbítrio legislativo. Mas, para além disso, tem a obrigação de instituir imposições constitucionais vocacionadas à eliminação de desigualdades, promovendo, desse modo, a igualdade no campo material.

A administração também se encontra vinculada ao princípio da igualdade, em razão do que, a título de exemplo, não pode editar medidas administrativas portadoras de encargos e deveres desiguais na esfera jurídica dos cidadãos - a repartição de encargos e deveres deve observar a igualdade; deve observá-la também em benefícios e prestações que concede; no âmbito de poderes discricionários, a administração deve utilizar critérios idênticos para resolver casos semelhantes; tem obrigação de compensar sacrifícios especiais impostos aos cidadãos por razões de interesse público - outra decorrência do princípio da igualdade no âmbito dos encargos públicos<sup>436</sup>.

Por fim, e quanto à jurisdição, há três dimensões a salientar: a) igualdade de acesso à jurisdição, que se traduz na proibição de se negar tutela jurisdicional por insuficiência de recursos económicos; b) igualdade perante os tribunais, no aspecto da paridade de armas para as partes processuais; e c) igualdade na aplicação do direito, que se traduz no dever de o julgador observar o princípio da igualdade quando da resolução dos casos postos à sua apreciação<sup>437</sup>.

#### **4.2.7. Igualdade de gênero e entre os sexos**

##### **4.2.7.1. Delimitações conceituais**

Da atual configuração do princípio da igualdade, previamente delineada, é viável proceder a um recorte específico em relação à igualdade entre homens e mulheres, um tema ao qual foi dada destacada estatura pelos movimentos de índole feminista da segunda metade do

---

<sup>435</sup> A Constituição da República Portuguesa prevê a subordinação de todos os órgãos administrativos à Constituição e à lei, bem como o respeito por estes dos princípios da *igualdade*, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé - n.º 2 do artigo 266.º.

<sup>436</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p.348.

<sup>437</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p.349.

Século XX. Partindo da premissa de que, no geral, os benefícios sociais, econômicos e políticos eram destinados prioritariamente aos homens, em detrimento das mulheres, os referidos movimentos, além de denunciar a situação, postularam uma igualização, o que instaurou um processo nesse sentido e que ainda está em curso.

Essa temática tem relevância para a presente pesquisa, por dois motivos principais: de um lado, e conforme demonstramos no primeiro capítulo, o fenômeno da violência conjugal pode ser resultado de uma determinada concepção de relacionamento, ditada por padrões advindos do patriarcalismo; por outro lado, há uma necessária implicação dessa questão na resolução dos conflitos nascidos dessa espécie de relação - a conjugal; de forma específica, e no âmbito do presente trabalho, acerca da viabilidade do uso da mediação para esse efeito, pois a mencionada violência pode impactar na eficácia desse método.

Tendo isso como pressuposto, na sequência identificaremos os elementos essenciais necessários para descrever uma efetiva igualdade entre homens e mulheres, a partir do parâmetro positivado no nº 2 do art. 13º da Constituição Portuguesa, no sentido de ser vedada a discriminação com base no sexo, que integra as categorias suspeitas; posteriormente, serão pesquisados os reflexos possíveis dessa questão sobre a mediação penal.

Antes, porém, cabe um esclarecimento de matriz conceitual: é comum mobilizar, nesse âmbito de discussão, duas categorias, que são a discriminação em razão do sexo e igualdade de gênero. Não se pode, ao menos à partida, confundir sexo com gênero; enquanto o sexo determina diferenças biológicas e anatômicas entre homens e mulheres, o gênero tem por base uma concepção social construída a respeito dos papéis a serem desempenhados pelas pessoas integrantes dos diferentes sexos; ou seja, enquanto o sexo se refere às diferenças físicas no corpo, gênero diz respeito às diferenças, entre homens e mulheres, nas perspectivas social e cultural, a partir de um estereótipo assinalado às pessoas pertencentes aos diferentes sexos, das quais se demanda e espera o cumprimento, em caráter exclusivo, de determinados papéis<sup>438</sup>.

Com essa base, e tendo em consideração a diretriz constitucional acima indicada, a discriminação proibida é aquela que se assenta na diferença de sexo, este compreendido como características físico-biológicas e que define uma pessoa como homem, mulher ou com sexo

---

<sup>438</sup> Nesse sentido: NETO, Luísa. “O Direito e a igualdade de género”, op. cit., p. 161-2. Para a autora, a “*diferença de sexo*” é o “*resultado das características biológicas que distinguem os homens e as mulheres*”; já a “*diferença de género*” resulta do “*reconhecimento da existência de valores constitutivos da identidade feminina e da identidade masculina com igual valor que devem estar presentes e manifestar-se em igualdade em todas as esferas e dimensões da vida*”.

indeterminado<sup>439</sup>. E disso decorre que não se afasta a possibilidade de conferir e mesmo promover distinções entre homens e mulheres, desde que assentadas na concepção de gênero, em especial se elas forem ferramentas de concretização da efetiva igualdade entre as pessoas, promovendo a igualdade dos direitos das mulheres em todos os domínios.

A igualdade de gênero, portanto, e conforme precisa lição de LUÍSA NETO<sup>440</sup>, opera como um “conceito operacional”, e corresponde à ausência de assimetrias entre homens e mulheres “*em todos os indicadores relativos à organização social, ao exercício de direitos e de responsabilidades, à autonomia individual e ao bem estar*”; paralelamente, “*discriminação em função do sexo ou do gênero*” é o “*prejuízo de qualquer natureza decorrente de normas jurídicas, práticas sociais ou comportamentos individuais que é sofrido por uma pessoa em função do sexo ou em função do gênero*”.

A necessidade de promoção da igualdade de gênero tem sido destacada pelos movimentos sociais acima referidos, e paulatinamente angariou contornos normativos em nível internacional, regional e nos sistemas normativos dos Estados<sup>441</sup>.

De acordo com levantamento feito por LUÍSA NETO<sup>442</sup>, o “enquadramento internacional” para a matéria da igualdade de gênero decorre da “*Carta das Nações Unidas em 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os complementares Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Sociais, Económicos e Culturais, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979/1981) e seu Protocolo Opcional (1999), a Quarta Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher e a Plataforma de Acção saída da Conferência de Pequim (1995)*”. Também merecem referência “outros instrumentos sectoriais”, como a Convenção Contra a Discriminação na Educação adoptada pela UNESCO em 1960 (e que entrou em vigor em 1962), a Convenção sobre Consentimento para o Casamento, Idade Mínima para o Casamento e Registo dos Casamentos (1962), a Convenção sobre Discriminação no

---

<sup>439</sup> Isso não impede, contudo, que o sexo determine diferenças de tratamento; quando se pensa, por exemplo, em normas de natureza laboral direccionadas apenas às mulheres, e não aos homens - como as que protejam a mulher grávida ou em período de amamentação -, há uma efetiva diferenciação em razão do sexo. Mas, em casos assim, a condição sexual é a causa para o exercício de direitos previstos em tais normas - os homens não têm condições de preencher o suporte fático da norma.

<sup>440</sup> “O Direito e a igualdade de género”, op. cit., p. 162.

<sup>441</sup> Sobre a evolução constitucional e do quadro legislativo em geral relativo à igualdade entre mulheres e homens em Portugal como “*integração no projeto europeu e de influência de várias organizações internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Conselho da Europa e as Nações Unidas*”, há referência em FERTUZHINHOS, Sónia. “Fundamentos constitucionais da igualdade de género”. In *Sociologia, Problemas e Práticas*, número especial, 2016, pp. 49-70.

<sup>442</sup> “O Direito e a igualdade de género”, op. cit., p. 163.

Emprego e Ocupação (1958), a Convenção sobre a nacionalidade das mulheres casadas (1957), a Convenção sobre Direitos Políticos das Mulheres (1952), ou ainda, no âmbito mais restrito do mundo laboral, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, em especial e retrospectivamente, as n.º 183 - sobre protecção da maternidade (2000) -, n.º 177 - sobre trabalho no domicílio (1996) -, n.º 171 - sobre o Trabalho Nocturno (1990) -, n.º 156 - sobre a Igualdade de Oportunidades e Tratamento para os Trabalhadores de Ambos os Sexos: Trabalhadores com responsabilidades Familiares (1981) -, n.º 118 - sobre igualdade de tratamento (segurança social) (1962) - n.º 111 - sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958) -, n.º 103 - sobre a Protecção da Maternidade (1952) -, n.º 100 - sobre a Igualdade de Remuneração de Mulheres e Homens Trabalhadores para trabalho de valor igual (1951), n.º 89 - sobre Trabalho nocturno das Mulheres (1948) - e n.º 45 - sobre o Trabalho Subterrâneo das Mulheres (1935).

Já no âmbito regional, e ainda segundo LUÍSA NETO<sup>443</sup>, “*ao nível da União Europeia, os princípios fundamentais sobre a igualdade de género está nos artigos 2º e 3º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, depois no artigo 6º do Tratado da União Europeia, nos artigos 2º e 3º do Tratado de Amesterdão e finalmente nos artigos 21º e 23º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*”. Também tem relevância, segundo ela, a atuação do Conselho da Europa: “*por um lado, pelo enquadramento genérico providenciado pelas determinações da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Por outro lado, pelo envolvimento da Carta Social Europeia e em especial por um conjunto de recomendações dela decorrentes - Recomendação R (90) 4 sobre a eliminação do sexismo na linguagem (21 Fevereiro 1990), Recomendação R (96) 5 sobre conciliação do trabalho com a vida familiar (19 Junho 1996), Recomendação R (98) sobre integração da dimensão do género (gender mainstreaming) (7 Outubro 1998), Recomendação Rec (2002) 5 sobre protecção das mulheres contra a violência (30 Abril 2002), Recomendação Rec (2003) 3 sobre participação equilibrada de mulheres e de homens na tomada de decisão política e pública (12 Março 2003)*”. Ainda nesse âmbito comunitário, a autora menciona, “*... em termos ainda mais determinantes para a estrutura estadual, pela tomada de partido no sentido da assunção da igualdade de género como factor inequívoco de cidadania e democracia<sup>3</sup>, salientem-se a Declaração sobre a Igualdade das Mulheres e dos Homens adoptada pelo Comité de Ministros (16 Novembro 1988), a Declaração sobre democracia e igualdade entre as mulheres e os homens como*

---

<sup>443</sup> “O Direito e a igualdade de género”, op. cit., p. 165.

*critério fundamental de democracia, adoptada pela 4.ª Conferência Ministerial Europeia sobre igualdade entre mulheres e homens (Istambul, 1997), a Resolução sobre o papel das mulheres e dos homens na prevenção dos conflitos, na consolidação da paz e nos processos democráticos pós-conflitos - uma perspectiva de género, adoptada pela 5.ª Conferência Ministerial Europeia sobre a igualdade entre as mulheres e os homens (Skopje, 2003), a Declaração e Programa de Acção sobre igualdade de género: uma questão central nas sociedades em mutação, adoptados pela 5.ª Conferência Ministerial Europeia sobre a igualdade entre as mulheres e os homens (Skopje, 2003), a Resolução «Alcançar a Igualdade de género: um desafio para os Direitos Humanos e um pré-requisito para o desenvolvimento económico», adoptada pela 6.ª Conferência Ministerial Europeia sobre a igualdade entre as mulheres e os homens (Estocolmo, 2006), o Plano de Acção «Alcançar a Igualdade de Género em todas as esferas da Sociedade», adoptado pela 6.ª Conferência Ministerial Europeia sobre a igualdade entre as mulheres e os homens (Estocolmo, 2006), ou a realização com carácter de regularidade sistemática das Conferências de Ministros Europeus responsáveis pela Igualdade (desde 2000)». (“O Direito e a igualdade de género”, op. cit., p. 163-5). Também há para citar a Directiva 2011/99/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011 e “relativa à decisão europeia de protecção”; no nº 9 dos “considerandos” consta que “... É importante salientar que a presente directiva é aplicável a medidas de protecção que visam proteger todas as vítimas e não apenas as vítimas de violência de género, tendo em conta as especificidades de cada tipo de crime perpetrado”. Também a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 e que “estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho”<sup>444</sup>.*

---

<sup>444</sup> Neste documento, interessa de forma especial o “considerando” de nº 17: “A violência dirigida contra uma pessoa devido ao seu género, à sua identidade de género ou à sua expressão de género, ou que afete de forma desproporcionada pessoas de um género particular, é considerada violência baseada no género. Pode traduzir-se em danos físicos, sexuais, emocionais ou psicológicos, ou em prejuízos económicos para a vítima. A violência baseada no género é considerada uma forma de discriminação e uma violação das liberdades fundamentais da vítima, e inclui a violência nas relações de intimidade, a violência sexual (nomeadamente violação, agressão e assédio sexual), o tráfico de seres humanos, a escravatura e diferentes formas de práticas perniciosas, tais como os casamentos forçados, a mutilação genital feminina e os chamados «crimes de honra». As mulheres vítimas de violência baseada no género e os seus filhos necessitam muitas vezes de apoio e protecção especializados, devido ao elevado risco de vitimização secundária e repetida, de intimidação e de retaliação, ligado a esse tipo de violência”. Também o art. 26, que trata da “Cooperação e coordenação dos serviços”, onde se lê que “2. Os Estados-Membros tomam medidas adequadas, inclusive através da internet, destinadas a aumentar a sensibilização em relação aos direitos previstos na presente diretiva, a reduzir o risco de vitimização e a minimizar o impacto negativo do crime e os riscos de vitimização secundária e repetida, de intimidação e de retaliação, orientadas em especial para grupos de risco como as crianças, as vítimas de violência baseada no género e as vítimas de violência em relações de intimidade...”.

#### 4.2.7.2. O recorte constitucional da igualdade de gênero

Assim como o princípio da igualdade, em perspectiva genérica, tem assento constitucional, sendo mesmo um dos princípios estruturantes dos sistemas jurídicos modernos, a igualdade de gênero também angariou *status* de preocupação central no contexto constitucional, podendo-se observar duas vertentes específicas; de um lado, há uma efetiva preocupação com a promoção ampla da igualdade entre homens e mulheres, reconhecendo-se que ainda persistem arraigados no contexto social e cultural fatores que induzem à desigualdade; por outro lado, e muito para concretizar essa primeira perspectiva, reclama-se a adoção de medidas positivas<sup>445</sup>.

De fato, e a se ter como ponto de partida a Constituição da República Portuguesa<sup>446</sup>, há inúmeras normas referentes à igualdade de gênero, podendo-se falar em “fundamentos constitucionais da igualdade de gênero”, como faz SÓNIA FERTUZINHOS<sup>447</sup>, para quem estes fundamentos podem ser extraídos dos “artigos 9º, alínea h (“Tarefas fundamentais do Estado”), 13º (“Princípio da igualdade”), 36º, nº 3 (“Família, casamento e filiação”), 47º (“Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública”), 48º (“Participação na vida pública”), 49º (“Direito de sufrágio”), 58º, nº 2, alínea b (“Direito ao trabalho”), 59º, nº 1, alíneas a e b (“Direitos dos trabalhadores”), 67º, nº 2, alíneas b, d e h (“Família”), 68º (“Paternidade e maternidade”) e 109º (“Participação política dos cidadãos”)”<sup>448</sup>.

Desde logo, aparece a “promoção da igualdade entre homens e mulheres como tarefa fundamental do Estado” - artigo 9º, nº 1, alínea h<sup>449</sup>. O sentido desta norma é o de habilitar

---

<sup>445</sup> Nesse sentido: NETO, Luísa. (“O Direito e a igualdade de género”, op. cit., p. 162). A tônica da abordagem constitucional da igualdade de gênero é descrita pela autora desse modo: “*Está em causa hodiernamente uma abordagem dupla da igualdade de géneros, que por um lado assenta na promoção da igualdade entre homens e mulheres em todas as políticas e actividades (gender mainstreaming), mas que por outro lado reclama a adopção de medidas específicas positivas. Entendida em termos correctos, mais do que uma verdadeira igualdade de géneros, seria porventura conveniente adoptar antes a expressão “equidade entre géneros”, assim se realçando uma forma de justiça no tratamento entre homens e mulheres*”.

<sup>446</sup> Cabe menção, também, à Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, que “*Aprova a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011*”. Ainda há os Planos Nacionais ou Estratégias para a promoção da igualdade e a não-discriminação; no momento, está em vigor a “Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030”, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018. No plano da legislação infraconstitucional, vigora a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, “*Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas*” - no momento, já com oito alterações, a última por meio da Lei n.º 2/2020, de 31/03.

<sup>447</sup> “Fundamentos constitucionais da igualdade de género”, op. cit., p. 53.

<sup>448</sup> Sobre a “*evolução da chamada ‘condição feminina’ em Portugal*”, ao longo “*dos séculos XIX e XX ... e que culmina nos efeitos radiantes da aprovação do novo quadro constitucional em 1976*”, há levantamento em NETO, Luísa. “O Direito e a igualdade de género”, op. cit., p. 167-170.

<sup>449</sup> Esta norma foi aprovada na VII revisão constitucional em 1997, por influência do Tratado de Amsterdã. Sobre esse ponto, há referência relevante em RÊGO, Maria do Céu da Cunha. “Políticas de igualdade de género na União

constitucionalmente os poderes públicos para adotarem medidas de discriminação positiva, com o objetivo da concretização da igualdade entre mulheres e homens<sup>450</sup>. O reconhecimento da igualdade em geral, e da igualdade entre mulheres e homens em particular, como uma realidade construída<sup>451</sup>, impõe ao Estado a promoção da igualdade fática, para além da igualdade formal; trata-se de fundamento constitucional para que o legislador, a administração e o poder judicial adotem medidas para compensar materialmente as desigualdades fáticas entre mulheres e homens.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>452</sup> consideram que desta norma decorrem duas dimensões; de um lado, e enquanto fim principal dos poderes públicos, impõe constitucionalmente a eliminação das desigualdades materiais e formais através da ação explícita do Estado; por outro lado, constitui um limite negativo à atuação dos poderes públicos, dependendo a validade dos seus atos da conformidade com o objetivo de promoção da igualdade entre mulheres e homens.

O artigo 36º trata da família, casamento e filiação. O princípio da igualdade dos cônjuges, declarado no respectivo nº 3<sup>453</sup>, assume, na dicção de MARIA LEONOR BELEZA<sup>454</sup> uma “expressão qualificada” do princípio da igualdade de direitos e deveres entre mulheres e homens: os cônjuges são iguais, sendo proibida qualquer discriminação jurídica na sua relação. O princípio da igualdade abrange assim, não apenas os direitos civis e políticos, mas também a família e as relações familiares. A família tem um valor constitucional próprio, mas não se sobrepõe ao direito à igualdade, liberdade, personalidade e dignidade de cada um dos seus membros<sup>455</sup>. A adoção do princípio da igualdade dos cônjuges impõe a direção conjunta da

---

Europeia e em Portugal: Influências e incoerências”. In *Revista Ex Aequo* (Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres) nº 25, 2012, pp. 29-44.

<sup>450</sup> VITAL MOREIRA assevera que esta disposição constitucional supera os problemas e dúvidas de fundamentação legal das medidas de discriminação positiva. (“A IV revisão constitucional e igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos (Notas sobre o artigo 109.º da CRP)”. In *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXIV, Universidade de Coimbra, p. 417).

<sup>451</sup> MOREIRA, Vital. *Idem*, *ibidem*.

<sup>452</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 229.

<sup>453</sup> “Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”.

<sup>454</sup> “O estatuto da mulher na Constituição”. In *Estudos sobre a Constituição*, coord. JORGE MIRANDA, 1º vol., Lisboa: Livraria Petrony, 1977, p. 63.

<sup>455</sup> Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 231 e MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 178.

família e rompe com a discriminação das mulheres na esfera familiar<sup>456</sup>.

O art. 47º disciplina a liberdade de escolha da profissão e acesso à função pública<sup>457</sup>. O direito constitucional de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho é uma vertente do princípio da igualdade e que se traduz na proibição de discriminações no acesso às diferentes profissões. Na base, e segundo J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>458</sup>, há a noção de que não há nenhuma razão que fundamente a restrição no acesso às profissões e à função pública em função do sexo. Os autores também sustentam que este direito assume duas dimensões e implica várias liberdades; uma dimensão negativa que, enquanto direito de defesa, significa não ser forçado a escolher e exercer uma determinada profissão, nem ser impedido de escolher e exercer qualquer profissão para a qual se esteja habilitado, e uma dimensão positiva que implica, na relação deste direito com o direito ao trabalho e ao ensino, o direito à obtenção das condições legalmente exigidas para o exercício da profissão pretendida, e o direito de garantia de igualdade nas condições de acesso a cada profissão.

A liberdade de escolha da profissão implica ainda diferentes liberdades: a aprender para obter as habilitações literárias necessárias ao exercício da profissão pretendida (artigo 43º), a de deslocação e residência no território nacional (artigo 44º, nº 1), a de emigração (artigo 44º, nº 2), a de escolha do local de trabalho e a de exercício associado da profissão (artigo 46º)<sup>459</sup>.

O direito de sufrágio, disciplinado no artigo 49º da Constituição portuguesa<sup>460</sup>, também tem relevância no âmbito em discussão. Tal qual formatado, é universal para todos os

---

<sup>456</sup> Sobre o ponto, IRENE PIMENTEL informa que na Constituição de 1933, assim como na legislação do Estado Novo, havia uma diretriz no sentido de educar as mulheres para a sua função imprescindível de educadoras e de serem suporte para a vida familiar; o papel das mulheres era prover o bem estar da família. (“A assistência social e familiar do Estado Novo nos anos 30 e 40”. In *Análise Social*, XXXIV, 1999, p. 488. SÓNIA FERTUZINHOS acrescenta que a consagração deste princípio produziu “*profundas alterações dos grandes códigos, como o Código Civil de 1966, de uma extensa legislação avulsa e a caducidade do maior número de normas do direito ordinário que consagravam, por exemplo, a figura do chefe de família, a impossibilidade de as mulheres casadas trabalharem ou saírem do país sem autorização do marido, o direito do marido de administrar não apenas os bens do casal, mas os da propriedade exclusiva das mulheres e até a possibilidade de perda da nacionalidade portuguesa, dependendo da nacionalidade do homem com quem as mulheres casassem...*”. (“Fundamentos constitucionais da igualdade de género”. In *Sociologia, Problemas e Práticas*, número especial, 2016, p. 57). MARIA LEONOR BELEZA afirma que, nesse contexto, as mulheres eram vistas como “fadas do lar”, e tinham responsabilidade exclusiva pelo bem estar do casamento e da família e, em consequência, ficavam afastadas e excluídas do mercado de trabalho (“O estatuto da mulher na Constituição”, op. cit., p. 67).

<sup>457</sup> “1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade. 2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”.

<sup>458</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 233.

<sup>459</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...*, op. cit., p. 234.

<sup>460</sup> “1. Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. 2. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico”.

cidadãos maiores de 18 anos, traduzindo a concretização dos princípios da generalidade e da igualdade (artigos 12º e 13º). O sufrágio universal, realidade presente na atualidade, superou o sufrágio restrito a certos cidadãos, de acordo com critérios com base no sexo, etnia, religião, habilitações, condição económica, entre outros<sup>461</sup>. No âmbito da igualdade de género, o direito de sufrágio importa na prerrogativa de as mulheres se elegerem e serem eleitas em absoluta igualdade relativamente aos homens<sup>462</sup>.

No que toca aos direitos dos trabalhadores - artigo 59º, nº 1, alíneas a e b<sup>463</sup>, e nº 2, alínea c<sup>464</sup> -, a disposição constitucional reafirma o princípio fundamental da igualdade, rejeitando discriminações entre os trabalhadores em função da “idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas”.

A norma inscrita no nº 1 do artigo 59º fixa um conjunto de direitos dos trabalhadores destinados à promoção da igualdade de género no mercado de trabalho; de modo específico, trata-se do princípio de que para trabalho igual o salário deve ser igual, e o direito à organização do trabalho que permita a conciliação da vida profissional e familiar. O nº 2 enumera um conjunto de incumbências ao Estado para criar condições de concretização destes direitos, ressaltando-se a fixação do salário mínimo e a proteção especial das mulheres grávidas, por meio de diferenciação positiva e tratamento mais favorável.

O princípio da conciliação da atividade profissional com a vida familiar surge pela constatação das várias discriminações das mulheres no mercado de trabalho, no acesso ao emprego, na remuneração, na estabilidade contratual, como consequência da dupla jornada de trabalho. O gradativo aumento da inserção das mulheres no mercado de trabalho implicou a acumulação das responsabilidades domésticas e do cuidar dos filhos com as profissionais. O princípio em questão, desenvolvido nos anos 80 e 90 em nível de direito comunitário<sup>465</sup>, parte

---

<sup>461</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...*, op.cit., p. 235.

<sup>462</sup> SÓNIA FERTUZINHOS informa que em Portugal as primeiras eleições por sufrágio universal foram as eleições para a Assembleia Constituinte em 1975. (“Fundamentos constitucionais da igualdade de género”, op. cit., p. 58).

<sup>463</sup> “1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna; b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar”.

<sup>464</sup> “2. Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: (...) c) A especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas”.

<sup>465</sup> Para SÓNIA FERTUZINHOS, a consagração da promoção da igualdade entre mulheres e homens no Tratado de Amsterdão (artigo 26.º, n.º 3) influenciou a adoção deste objetivo como incumbência do Estado na Constituição

da premissa de que a igualdade entre mulheres e homens no mercado de trabalho não é possível sem uma maior partilha, na família e na sociedade, das responsabilidades familiares, desde logo no cuidar dos filhos. Os principais instrumentos para a concretização deste princípio são a flexibilização de horários, o recurso a tempo parcial, o investimento em estruturas de apoio às famílias, as licenças parentais que promovam a partilha do cuidar dos filhos entre as mães e os pais<sup>466</sup>.

Relativamente à família - artigo 67<sup>o</sup><sup>467</sup>, n.º 2, alíneas b, d e h<sup>468</sup> - a Constituição reconhece ao mesmo nível a família enquanto instituição com direito à proteção do Estado e da sociedade, e a família enquanto instituição que existe para a realização pessoal e individual dos seus membros<sup>469</sup>. As notas principais deste comando normativo situam-se no fato de a família deixar de se sobrepor aos seus membros, deixa de haver uma definição constitucional da família legítima e ilegítima, são reconhecidas todas as formas de organização familiar para além do casamento, as mulheres assumem um estatuto de igualdade, não estando os seus direitos e estatuto condicionados “em função da sua natureza e do seu papel na família”, e cessa a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos<sup>470</sup>.

O n.º 2 do artigo 67<sup>o</sup> exemplifica algumas das responsabilidades e incumbências do Estado na proteção da família, sendo as alíneas b, d e h bases importantes para as políticas públicas com o objetivo de promover a igualdade de gênero.

A alínea *b* estabelece como responsabilidade do estado “promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos de apoio à família, bem como uma política para a terceira idade”; a alínea *d* trata da incumbência do Estado de assegurar o direito ao planeamento familiar e à promoção do exercício da maternidade e paternidade

---

Portuguesa (artigo 9.º, alínea *h*), e acrescenta que o “*Conselho da Europa e as Nações Unidas, a Conferência de Pequim, a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres ou a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem, para dar alguns exemplos, são recorrentemente citados pelos legisladores e legisladoras, quer na Constituinte, quer nas diferentes revisões constitucionais*”. (“Fundamentos constitucionais da igualdade de género, op. cit., p. 67/68)

<sup>466</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...*, op. cit., p. 240.

<sup>467</sup> A redação atual foi aprovada na revisão constitucional de 1982.

<sup>468</sup> “2. *Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: (...) b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; (...) d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; (...) h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar*”.

<sup>469</sup> MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 214.

<sup>470</sup> FERTUZHINHOS, Sonia. “Fundamentos constitucionais da igualdade de género”, op. cit., p. 60.

responsáveis, no respeito pela liberdade individual; a alínea *h*<sup>471</sup> assume duas dimensões: por um lado, impõe a articulação de diferentes políticas setoriais com o objetivo de promover a conciliação da vida profissional e familiar; por outro, legitima a possibilidade de discriminações positivas a favor da família.

Também tem relevo no presente estudo a disciplina que a Constituição traz sobre “paternidade e maternidade” - artigo 68<sup>o472</sup>. A igualdade dos pais e das mães prevista nesta norma constitucional é outra consequência direta do princípio da igualdade entre mulheres e homens, e traduz uma evolução significativa na igual valorização constitucional e social da paternidade e da maternidade, e não apenas da maternidade<sup>473</sup>. É consequência dele o dever do Estado e da sociedade de proteger de igual modo as mães e os pais na sua relação com os filhos, seja qual for a forma de organização e o vínculo familiar, sem que sejam prejudicados por essa razão na sua realização profissional e participação cívica<sup>474</sup>.

O n.º 3 do artigo 68º contém dois objetivos entre si diferenciados; o primeiro refere-se ao direito à proteção especial de todas as mulheres durante a gravidez e após o parto; o segundo dirige-se exclusivamente às mulheres trabalhadoras que acumulam o direito à dispensa de trabalho por período adequado, sem perda de remuneração e regalias<sup>475</sup>.

Por fim, cabe menção à “Participação política dos cidadãos”, tal qual delineada no artigo 109<sup>o476</sup>. O dispositivo explicita a cidadania como sendo a das mulheres e dos homens, cidadãs e cidadãos, e coloca lado a lado o duplo dever de imposição da promoção da participação das mulheres e dos homens no exercício dos direitos políticos e cívicos<sup>477</sup>, e da não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos. A norma é claramente

---

<sup>471</sup> Introduzida na revisão constitucional de 2004.

<sup>472</sup> “1. Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país. 2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes. 3. As mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias”. Os n.ºs. 1 e 2 são fruto da revisão constitucional de 1982 e o n.º 3 da revisão de 1997.

<sup>473</sup> FERTUZINHOS, Sonia. “Fundamentos constitucionais da igualdade de género, op. cit., p. 62.

<sup>474</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...*, op. cit., p. 249.

<sup>475</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...*, op. cit., p. 250.

<sup>476</sup> “A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos”. Texto decorrente da revisão constitucional de 1997 – o artigo 109.º substituiu o artigo 112.º.

<sup>477</sup> Para SONIA FERTUZINHOS, a “inclusão do conceito inovador de direitos cívicos, a par dos direitos políticos, traduz-se no alargamento do âmbito do artigo 109.º e na possibilidade de fundamentação de medidas de discriminação positiva”. (“Fundamentos constitucionais da igualdade de género”, op. cit., p. 64).

dimensionada para a promoção da igualdade efetiva das mulheres e homens na participação cívica e política, embora não defina em concreto as medidas positivas a adotar, sendo essa uma responsabilidade e opção do legislador<sup>478</sup>. As medidas positivas devem promover condições de partida que permitam a concretização da igualdade entre mulheres e homens, e se centram nos resultados alcançáveis e a alcançar nessa mesma concretização, como é o caso das quotas<sup>479</sup>.

Esta sucinta abordagem acerca dos fundamentos constitucionais da igualdade de gênero permite constatar que, desde logo, ela é enquadrada no princípio geral da igualdade; além disso, e tratando-se de normas de índole constitucional, tem aptidão de induzir efetiva promoção da igualdade de gênero por meio de políticas públicas específicas, centradas na construção da igualdade real, em caminho paralelo ao da diminuição da distância entre a igualdade formal e a igualdade material.

#### **4.2.8. O princípio da igualdade e a mediação penal**

##### **4.2.8.1. Considerações gerais**

Apresentados os principais elementos conceituais e teóricos sobre a igualdade como princípio normativo e jurídico, inclusive no âmbito das relações de gênero, importa, para a sequência do presente trabalho, relacionar com ela a mediação, projetada para o campo dos ilícitos penais que ocorrem em contexto de violência conjugal.

Nesse caminho, há várias questões de relevo para enfrentar. Desde logo, e como já afirmamos no início deste capítulo, tem trânsito a percepção que explica a violência conjugal, em termos fenomênicos, como manifestação de uma desigualdade material e estrutural entre homens e mulheres, uma assimetria com justificação histórica no modelo patriarcal de família e de sociedade. A violência de gênero, portanto, aparecer como manifestação de desigualdade material.

Contudo, é voz corrente entre os que se ocupam de estudar este fenómeno que nem toda ocorrência violenta no âmbito conjugal pode ser integrada no estereótipo definido como relação conjugal violenta, vindo a ser importante distinguir ato violento e relação violenta.

Por outro lado, há países cuja legislação proíbe o manejo da mediação para crimes contextualizados em violência conjugal, como é o caso de Portugal e Espanha, vedação que não se projeta em termos genéricos para outras modalidades criminosas; para situações assim,

---

<sup>478</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...*, op. cit., p. 256.

<sup>479</sup> BELEZA, Maria Leonor. “O estatuto da mulher na Constituição”, op. cit., p. 69.

convém identificar uma justificação para a proibição, e nesse tema o princípio da igualdade oferece algumas ferramentas, nomeadamente na vertente que permite a diferenciação positiva. O caso, portanto, é definir se a proibição em questão pode ser classificada como uma discriminação permitida.

Outrossim, e agora no campo de estudos dos meios de resolução de litígios, é por todos dito que a mediação, em especial a penal, tem um pressuposto lógico e inafastável, que é a igualdade entre as pessoas que se lançam em tal programa; exige-se que entre elas haja uma igualdade que não seja meramente formal, um equilíbrio de forças que guarneça os participantes de capacidade para definir e sustentar posições. Este tema cresce em relevância no campo da violência conjugal, em especial quando ela é concebida como reflexo de uma desigualdade inerente aos integrantes da relação conjugal; se essa premissa funciona como pilastra a sustentar a vedação do uso da mediação para tratar dessa criminalidade, a questão que surge é se em todos os episódios de violência conjugal essa desigualdade e desequilíbrio de poder são manifestos e, a se concluir que não, se a proibição pode ser vista como ofensiva à igualdade.

Este é o breve panorama das linhas que seguem.

#### **4.2.8.2. Violência conjugal como manifestação de desigualdade material e estrutural**

No limiar do presente trabalho identificamos a violência conjugal<sup>480</sup> integrada no conceito mais amplo de violência de gênero - determinada pelo fato de autor e vítima pertencerem ao gênero masculino ou feminino. Outrossim, e para esta categorização, é essencial a referência ao modelo patriarcal de família e sociedade que, em termos sintéticos, confere proeminência ao gênero masculino em detrimento do feminino, criando relações intrinsecamente hierárquicas e desiguais, pautadas no domínio e na subjugação do homem sobre a mulher, e a violência é ferramenta ou instrumento para estabelecer ou manter relações dessa natureza e com tais características.

É esse o contexto que serve de base para afirmar que a violência conjugal, quando inserida nessa percepção, é manifestação clara da desigualdade entre homens e mulheres; a violência, portanto, é empregada em função da compreensão de um dos integrantes da relação conjugal, normalmente o homem, de que tem proeminência e ascendência sobre o outro, que vê e coloca em plano de inferioridade e, assim, passível de domínio e subjugação; e a violência

---

<sup>480</sup> Recorde-se o conceito de conjugalidade, descrito na nota nº 1.

é empregada para a constituir ou manter as estruturas dessa forma de relacionamento.

Trata-se de fenômeno ainda presente na atualidade, em que pese se preconize, ao menos em termos jurídicos, a igualdade formal entre homens e mulheres. Há casos de uma desigualdade material e estrutural, que se manifesta em termos reais no cotidiano das pessoas e, dentre muitos reflexos, produz a violência conjugal, assentada na percepção do agressor de que ostenta uma superioridade sobre a vítima e quando esta posição é ameaçada ou questionada usa da violência para mantê-la. Esse fato é amplamente reconhecido, tanto em nível da doutrina específica quanto em termos normativos; é a desigualdade estrutural entre homens e mulheres, ditada em especial por razões históricas, que está na base da violência conjugal<sup>481</sup>.

Sobre o ponto, observa-se que naquelas declarações de direitos das mulheres de nível internacional produzidos nas últimas décadas do Século XX há uma tônica comum: elas padecem nas mãos do cônjuge/parceiro por razões de gênero, por integrar o gênero feminino, historicamente inferiorizado<sup>482</sup>. Com essa noção, superou-se a compreensão até então vigente de que a subjugação feminina era manifestação de diferenças biológicas entre homem e mulher, e passou-se a percebê-la como efeito de uma socialização pautada na proeminência do gênero masculino. Dito de outro modo, abandonou-se a visão de que a violência do homem contra a mulher era determinada pela superioridade física dele, ou pautada nas diferenças físicas entre eles, e adotou-se a noção de que ela é forma de discriminação de gênero - o masculino ostenta posição de superioridade na relação conjugal<sup>483</sup>.

Mas, trata-se apenas de modificar a justificção para a violência, que passou das

---

<sup>481</sup> MARIA CATARINA LA BERBERA assinada que “*La violencia de género es la manifestación mas grave de la desigualdad entre mujeres y hombres. Esta es el resultado de un entramado complejo que incluye la socialización y la educación, los medios de comunicación, el lenguaje, la representación política, los puesto de dirección, las jornadas laborales y los permisos parentales. Las medidas penales son un instrumento que permite llegar solo a la punta del iceberg, castigar conductas individuales y proteger a las víctimas*”. E prossegue dizendo que “*La violencia contra las mujeres es la manifestación extrema de la desigualdad y del sometimiento en el que viven las mujeres en el mundo. Constituye un atentado contra el derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad, y la dignidad de las mujeres y por lo tanto, un obstáculo para el desarrollo de una sociedad democrática*”. (“Violencia de género y las causas estructurales de la desigualdad”. Disponível em <https://theconversation.com/violencia-de-genero-y-las-causas-estructurales-de-la-desigualdad-107409>. Acesso em 09/06/20).

<sup>482</sup> Conforme já mencionamos anteriormente, é o caso da Convenção das Nações Unidas de 1979, designada como “*Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*”, da “*Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres*”, de 1993, da “*Declaração e o Programa de Ação de Viena*”, também de 1993, da “*Convenção de Belém do Pará*” de 1994 e da “*Declaração e Plataforma de Ação*” de Pequim, de 1995.

<sup>483</sup> Sobre o tema, há referências em HERRERA, María Marta. “La categoría de Género y la violencia contra las mujeres”. In. *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, pp. 55-75 e SÁNCHEZ, Elida Aponte. “El paradigma de género para el análisis y comprensión de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”. In. *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, pp. 141-174.

diferenças biológicas para a percepção de gênero - a violência de gênero é fruto das desigualdades entre homem e mulher construídas historicamente pelo modelo patriarcal de família e sociedade. Certo é que, por uma ou por outra das percepções, reconhece-se a existência de uma desigualdade estrutural entre homens e mulheres e é ela que se encontra na base de justificação do manejo da violência no âmbito da relação conjugal.

E a violência de gênero é um claro obstáculo no caminho para estabelecer uma igualdade material e real entre homens e mulheres, pois ela as afeta física e psicologicamente, diminui a autoconfiança e autoestima, limita a participação na vida pública, restringe oportunidades e, em geral, impede o pleno desenvolvimento da autonomia das mulheres, fazendo-as ou mantendo-as dependentes.

Esta é, portanto, uma primeira premissa a fixar no âmbito da presente abordagem: a violência conjugal, quando unidirecional, é manifestação clara de desigualdade entre o homem e a mulher que formam a relação conjugal. E, não obstante os esforços empreendidos para superar essas manifestações violentas, inclusive no âmbito jurídico, é fato que elas ainda se fazem presentes em praticamente todos os países.

#### **4.2.8.3. Medidas de natureza penal e processual penal - vedação da mediação penal - como discriminação positiva**

Já assinalamos em outra passagem que uma das decorrências do princípio da igualdade no campo normativo/constitucional consiste em obrigações de diferenciação, impondo aos poderes públicos deveres de eliminar ou minorar as desigualdades fáticas existentes no campo social, econômico e cultural. É o contexto das diferenciações positivas, verdadeiras obrigações de agir e que importam em proteção especial a determinados grupos ou segmentos, vocacionadas a criar ou restabelecer igualdades que, ao longo do tempo e em regra por razões culturais, foram preteridas e que resultaram numa desigualdade de oportunidades<sup>484</sup>.

A desigualdade entre mulheres e homens é uma destas hipóteses. De fato, e conforme já referido por várias vezes, é amplamente reconhecido que ainda subsistem, nas sociedades em geral, determinados fatores indutores de uma desigualdade material entre os integrantes dos gêneros masculino e feminino, ao tempo em que também há concepções generalizadas no sentido de ser necessário superá-las, e é este o fundamento de planos, estratégias, políticas públicas e medidas, inclusive legais, concretamente vocacionados para incrementar em poder

---

<sup>484</sup> Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa ...*, op. cit., 342.

as mulheres e, por essa via, construir e estabelecer a efetiva igualdade<sup>485</sup>.

A violência de gênero e, de forma especial, aquela que se manifesta entre pessoas ligadas por laços de afetividade, é uma das manifestações de desigualdade, de modo que enfrentá-la é caminho para, juntamente com outras medidas, concretizar a igualdade material prospectada. As medidas de intervenção que as instâncias estatais devem promover para construir a igualdade material são destinadas à transformação de estruturas sociais consolidadas, em razão do que seus efeitos não são imediatos<sup>486</sup>.

A questão problemática que se põe é se medidas de natureza penal e processual penal encontram legitimidade constitucional como ferramentas para construir essa igualdade; ou seja, e concretamente, se é viável utilizar-se de mecanismos penais como instrumentos de diferenciação positiva que, por essência, importam em tratamentos diferenciados entre pessoas e/ou situações<sup>487</sup>.

No ponto, observa-se que há diversos países que editaram nas últimas décadas leis

---

<sup>485</sup> Para ANA MARÍA OVEJERO PUENTE, o caso da mulher vítima de violência afetivo-conjugal é um exemplo paradigmático para receber esse tipo de intervenção; essa violência é manifestação de discriminação arraigada, antiga e persistente no tempo e que se manifesta em ambiente privado; o contexto sociocultural é determinado pelo patriarcalismo, que tem na desigualdade entre homem e mulher uma nota essencial e inerente: a superioridade masculina, que permite ao homem discriminar e até mesmo subjugar a mulher. É, assim, plenamente justificada, sob a perspectiva do princípio da igualdade na dimensão material, a intervenção estatal para transformar a estrutura social que legitima a violência em questão. (“Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la Ley Integral contra la violencia de género y la Ley de Igualdad a debate”. In *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009, p. 188).

<sup>486</sup> Nesse sentido: PUENTE, Ana María Ovejero. “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la Ley Integral contra la violencia de género y la Ley de Igualdad a debate”. In *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009, p. 188. A autora esclarece que, para poder catalogar uma ação como “positiva” na construção da igualdade material, ela deve apresentar os seguintes elementos: a) ter caráter normativo; b) estabelecer tratamento favorável a um coletivo desfavorecido, constitucionalmente protegido por uma cláusula específica de não discriminação - as categorías sospeitas -, vocacionado ao alcance da igualdade material com outro grupo; c) ser instrumento de compensação, no sentido de neutralizar as desvantagens iniciais de grupo favorecido. Ademais, e ainda segundo a autora, as normas que instituem ações positivas são especiais, no sentido de não serem de aplicação geral, aplicando-se a um grupo de pessoas definidas; além disso, permitem uma “*actuación diferenciadora*” sobre o que, de acordo com considerações jurídicas e sociais, não é igual: “*la acción positiva levanta el velo de lo aparentemente igual y actúa sobre la desigualdad*”. (Idem, p. 191). Também JUAN LUIS GÓMES COLOMER, e tendo em conta a *Ley Integral* espanhola, assume a necessidade de medidas de ação positiva “*con el objetivo de acabar con las consecuencias de las vulneraciones y compensar la desigualdad y discriminación que se han producido contra la mujer*”, detacando que o objetivo da mencionada lei “*es la protección de la mujer maltratada; protección que solamente es posible adoptando medidas que contrarresten el mal producido por el hombre y favorezcan la situación jurídica de la mujer, aunque para ello quede vulnerado el principio de igualdad*”. Portanto, “*para poder alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres es necesario primero favorecer a la persona que se encuentra en desigualdad, en este caso la mujer*”. (*Violencia de género y proceso*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2007, p. 117).

<sup>487</sup> ANA MARÍA OVEJERO PUENTE formula o problema desse modo: “*La doctrina se cuestiona la viabilidad constitucional de las acciones positivas en el ámbito penal por la importancia de los bienes afectados y porque, al final, es un uso diferenciador de la ultima ratio para el cumplimiento de la Ley*”. (“Nuevos planteamientos...”, op. cit., p. 198). O tema também é abordado por JUAN LUIS GÓMES COLOMER, in *Violencia de género...*, op. cit.

destinadas a enfrentar a violência de gênero e conjugal. Normalmente designadas de “lei integral”<sup>488</sup>, pretendem ser o marco normativo necessário tanto para instituir políticas públicas de prevenção da violência, de assistência geral para as vítimas, assim como de medidas destinadas a puni-la de um modo diferenciado, e nesse contexto há hipóteses de a) alteração qualitativa da infração penal - de mera falta, contraordenação ou contravenção passa a ser crime, b) incremento da pena em abstrato, c) instituição de causas especiais de agravação da pena<sup>489</sup>, d) alteração do rito processual, e) exclusão de benefícios processuais, f) normas restritivas para suspensão da execução da pena, g) normas especiais sobre detenção em flagrante e medidas de coação, g) técnicas diferenciadas para controle à distância, entre outros, como h) a vedação de submeter casos de violência de gênero/conjugal à mediação como mecanismo de resolução do litígio assim nascido<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> A título de exemplos, em Portugal trata-se da Lei nº 112/2009, de 16 de Setembro, que “*Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas...*”; em Espanha, está em vigor a Ley Orgánica nº 1/2004, cujo “artículo 1” anuncia que “*La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”; no Brasil, vige a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que “*Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal*”.

<sup>489</sup> Especificamente sobre a instituição de novos tipos penais em perspectiva de discriminação positiva, há relevantes referências em MURILLO, Victorio de Elena. “La Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales. In *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 01, 2006, pp. 1479-1492 e PINO, Ana Prieto del. “La incidencia de la ley integral en el derecho penal sustantivo español”. In. *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, pp. 205-238. Sobre as opções feitas pelo legislador espanhol, e em sentido crítico a elas, PATRICIA LAURENZO COPELLO afirma que “*Lo paradójico es que el sistema acabó por volverse en contra de la víctima a la que pretendía tutelar, dejándola atrapada en sus redes hasta el punto de imponerle su protección bajo amenaza de sanción penal (Cid Moliné, 2004: 227). Eso sucede en la práctica con quienes deciden reanudar o sencillamente no interrumpir la convivencia con el agresor sobre el que pende una pena de alejamiento, una situación que produce el efecto perverso de convertir a la propia víctima en partícipe del delito de quebrantamiento de condena. Y aún peor se pondrán las cosas si prospera la demanda de cierto sector del feminismo de obligar a las mujeres, bajo amenaza de incurrir en delito de desobediencia grave, a declarar en el juicio contra su agresor con el fin de reducir el alto índice de absoluciones debidas a la retractación o falta de colaboración de la víctima que priva a la acusación de la principal prueba de cargo. Un estudio reciente indica que el 64% de las mujeres no colaboran con la justicia en los procesos contra sus parejas sentimentales, sea por acogerse a la excepción del secreto familiar o por la vía de retractarse de su declaración para exculpar al acusado (Sáez Valcárcel, 2007: 14)*”. (“El paradigma de género para el análisis y comprensión de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”. In. *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, p. 183).

<sup>490</sup> Na lei de Espanha, há proibição expressa: no “Artículo 44. Competencia”, nº 5, consta que “*En todos estos casos está vedada la mediación*”. Em Portugal, a natureza pública do crime previsto no art. 152º do Código Penal o afasta do âmbito de incidência da já mencionada Lei nº Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, que disciplina a mediação penal, sendo relevante acrescentar que, inicialmente, a Lei nº 112/2009, no art. 39.º, previa a realização de um

Embora seja tema de conformação legislativa e que, portanto, pode receber tratamento específico em cada país, como linha geral nota-se que a pena prevista para os crimes de violência de gênero é maior do que para outras violências, assim como quando praticados por homem contra mulher do que por mulher contra o homem, impactando claramente no princípio da igualdade<sup>491</sup>.

Contudo, e ainda que sejam modalidades diferentes de ação positiva, essas leis, aí incluídas as suas normas de natureza penal<sup>492</sup>, têm sido avaliadas como instrumentos de construção da igualdade material. Com efeito, o princípio da igualdade tem conteúdo variável e dinâmico, e o legislador, na condição de criador ordinário de normas legais, deve estar atento aos significados novos que vão surgindo e sendo legitimados socialmente, além de traduzi-los em comandos normativos. Nesse contexto, as leis de proteção da mulher vítima de violência de gênero, em especial na modalidade afetivo-conjugal, ainda que promovam um tratamento diferenciado, têm sido reconhecidas como ferramentas de transformação social e cultural, assim como de realização da igualdade em sentido material<sup>493</sup>.

Tendo em linha de conta tais fundamentos, podemos afirmar que há justificação jurídico-constitucional para as legislações que afastam do âmbito da mediação penal os crimes praticados em contexto de violência conjugal. Trata-se de medida que, apesar de integrar o campo das ciências penais, no qual são tutelados os bens jurídicos fundamentais das pessoas, encontra sustentação em perspectiva maior e prevalente, que é a superação da criminalidade no âmbito das relações de afeto/conjugais.

---

*“encontro restaurativo”*: “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 expreso 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”; contudo, a Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, que operou a “Terceira alteração à Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, ...”, revogou o mencionado art. 39º.

<sup>491</sup> Na Espanha, informa a doutrina que várias normas da *Ley Integral* foram debatidas sob a perspectiva da constitucionalidade por, em tese, afetarem o princípio da igualdade; contudo, o Tribunal Constitucional decidiu em sentido de não serem inconstitucionais; as principais sentenças citadas são a STC 59/2008 e 45/2009. Para aprofundamento: PUENTE, Ana María Ovejero. “Nuevos planteamientos...”, op. cit., p. 201 e seguintes.

<sup>492</sup> Para ANA MARÍA OVEJERO PUENTE, as legislações que instauram novos direitos no campo da violência de gênero, assim como as que reformam tipos penais “... son formas nuevas de intervención positiva para consecución de la igualdad material, porque no encajan estrictamente em las categorías que definen las acciones positivas, aunque permiten nuevas formas de actuar legislativamente”. E o tratamento penal desigual “queda justificado en la lucha contra la desigualdad material que sufren las mujeres y que es reflejo de un modelo de sociedad desigualitaria. En el otro extremo de la comparación, el hombre que sufre violencia doméstica o en el seno de relaciones afectivas no concurre este factor estructural. El reconocimiento de esta diferencia esencial permite el trato desigual y, por tanto, ya no arbitrario”. (“Nuevos planteamientos ...”, op. cit., p. 198 e 200).

<sup>493</sup> Nesse sentido: PUENTE, Ana María Ovejero. “Nuevos planteamientos ...”, op. cit., p. 185. A autora considera tais leis como “*políticas de igualdad*”, ao reconhecer novos direitos subjetivos, estabelecer novos serviços públicos e permitir a utilização de instrumentos de natureza jurídica para uma “*intervención transformadora de la realidad*”.

A questão que fica em aberto, e que será objeto de avaliação em outra passagem, é a necessidade e a adequação de essa proibição alcançar todo e qualquer caso de violência conjugal.

#### **4.2.8.4. A igualdade como pressuposto para a mediação penal**

Admitir, ou não, o uso da mediação para fatos contextualizados em violência de gênero/conjugal é tema em torno do qual há intensa controvérsia na doutrina, na qual podem ser identificados dois setores: de uma lado, há autores que descartam, *a priori* e de modo definitivo, a implantação da mediação, assim como de outras técnicas restaurativas no âmbito desta criminalidade, sustentando que elas são defeituosas e potencialmente perigosas para as vítimas, pois sempre haverá casos de desequilíbrio de poder fundado no gênero e que subjaz aos episódios desta violência. Em outro setor há os autores que, embora reconheçam a pertinência desses argumentos para determinados casos de violência conjugal, sustentam que nem todos são iguais, podendo-se cogitar de situações em que a mediação poderia ser útil e, identificadas estas, seria caso de indicar parâmetros que a mediação e demais técnicas deveriam satisfazer para serem utilizadas no enfrentamento da violência de gênero

Como manifestação da linha de pensamento que prevalece no primeiro setor, merece menção MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL que, em texto com o sugestivo título “*?Mediación Penal em Violencia de Género? No, Gracias*”<sup>494</sup>, elenca uma série de obstáculos que, na sua percepção, inviabilizam por completo a mediação penal para casos de violência de gênero/conjugal. Trata-se, em síntese: a) da ausência de demanda social por esse mecanismo de solução de litígios; b) de uma necessária e inconveniente quebra do princípio da legalidade - caráter necessário do processo penal como única via para a determinação, por órgãos com jurisdição penal, de sanção por delito; c) de um possível retrocesso na luta contra a violência de gênero, pela identificação da mediação com crimes de pouca gravidade; d) da desigualdade existente entre vítima e agressor e que impede um procedimento frutífero para a vítima; e) a perda de direitos e garantias do imputado, f) o tratamento diferenciado que a mediação viabilizaria para situações idênticas, pois, se são as partes que decidem o conteúdo da solução, cada caso poderá receber uma diferenciada de outra; g) os inconvenientes econômicos decorrentes da perspectiva indenizatória inerente à mediação, que a tornaria uma justiça própria apenas para os agressores que ostentam boas condições econômicas.

---

<sup>494</sup> In *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 23, 2014, pp. 177-198.

Para sintetizar os argumentos comumente usados para sustentar a inadequação da mediação para estes casos PATRICIA ESQUINAS VALVERDE<sup>495</sup> faz este elenco: a) a mediação implica em riscos à integridade física das vítimas, pois ela não consegue impedir a ocorrência de novos episódios de violência; b) a mulher, em função de características que lhe são peculiares, expõe-se a ocupar posição de inferioridade no marco das negociações; c) recorrer à mediação importa em perda do efeito simbólico inerente ao Direito Penal, produzindo efeitos negativos no âmbito da prevenção geral; d) um simples encontro de mediação não é suficiente para modificar a conduta violenta do agressor; e) a comunidade referência dos envolvidos na violência nem sempre reprova e censura o comportamento violento do agressor; f) a mediação é ineficaz para a vítima quando há desequilíbrio de poder entre ela e o agressor, situação inerente à violência de gênero/conjugal<sup>496</sup>.

Noutro setor há os autores que, conforme dito acima, embora reconheçam a pertinência desses argumentos para determinados casos de violência conjugal, assumem que nem todos são iguais, e que se poderia cogitar de situações em que a mediação seria útil e, identificadas estas, estabelecer os requisitos e parâmetros a serem observados e atingidos<sup>497</sup>.

Nesse contexto, o problema mais significativo e impactante é a desigualdade entre os integrantes da relação conjugal e que importa em desequilíbrio de poder, em razão do que merece uma abordagem especial, no contexto da análise do princípio da igualdade. De fato, quando se trata dos princípios informadores da mediação penal<sup>498</sup>, há uma referência necessária à bilateralidade, com dois significados: de um lado, indica que a mediação é um procedimento protagonizado pelas partes em conflito e, por outro, que elas devem dele participar em plano de igualdade, condição para que tenham a necessária liberdade na tomada de decisões.

E conforme já consignamos em outra passagem, é a presumida ausência de

---

<sup>495</sup> *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 57-84. Abordagem crítica de alguns desse argumentos há em GÓMEZ, Bernardino J. Varela. “Mediación Penal y Violencia de Género”. In *Justicia Restaurativa y Violencia de Género – más allá de la Ley Orgánica 1/2004*. Raquel Castillejo Manzanares (dirección). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 391-407.

<sup>496</sup> Também LAURA SERRAMIÀ BALAGUER assevera que “*La igualdad entre las partes implicadas en un proceso restaurativo es una de las cuestiones más sensibles y controvertidas del mismo, de forma que constituye una de las críticas más feroces a su aplicación por parte de un sector de la doctrina, particularmente en los delitos graves y en la violencia de género. Se arguye que la justicia restaurativa desatendería la protección de la víctima, puesto que un reencuentro con el delincuente podría revictimizarla, al tiempo que se podría repetir la desigualdad de poder existente entre ambos (desequilibrio de fuerza). Si eso fuera así, la mediación penal no haría sino aumentar los efectos negativos derivados del delito, al confrontarse con el autor desde una posición de debilidad*”. (“Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa em el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: especial incidencia en la violencia de género”. In *Revista Direito*, vol. 26, n° 2, 2017, p. 16).

<sup>497</sup> Nesse sentido: VALVERDE, Patricia Esquinas. *Mediación entre víctima y agresor ...*, op. cit., p. 19.

<sup>498</sup> Fizemos isso no item n° 3.5.

igualdade entre vítima e agressor de violência de gênero a justificativa usada, inclusive no plano legislativo em alguns países, para excluir do procedimento da mediação penal conflitos nela contextualizados, em especial na forma de violência conjugal, tendente a gerar a submissão da vítima ao agressor, circunstância que a coloca em posição de inferioridade na fase da negociação dos termos do acordo.

O fundamento para se exigir um equilíbrio de poder entre os participantes da mediação se situa no fato de ser ele a condição para alcançar soluções justas e equânimes no sentido da compensação e reparação dos danos advindos da violência. E, na violência de gênero, há sempre o perigo ou a possibilidade de haver um desnível entre o poder do agressor e o da vítima, afetando a capacidade desta em formular opiniões e externar necessidades, em especial se estiver na presença daquele, e de incorporar no acordo medidas aptas a satisfazê-las; poderá, portanto, conformar-se com um acordo insatisfatório para si e vantajoso apenas para o agressor<sup>499</sup>.

Além disso, aponta-se para os riscos de que o agressor exerça coação psicológica sobre a vítima nas próprias sessões de mediação, intimidando-a e impondo sua vontade no marco das negociações, de modo a direcionar o resultado do procedimento para benefício próprio. Em circunstâncias tais, as sessões de mediação serão instrumentais para aprofundar a subjugação já existente, pois as experiências e sensações vividas tanto pelo agressor quanto pela vítima nessas sessões podem estar fortemente condicionadas pelas relações de vitimização associadas ao gênero, que têm lugar no contexto social no qual se desenvolve a vida cotidiana dos envolvidos. E, sobre o ponto, pondera-se que a superioridade do poder do agressor, bem como suas habilidades para exercitar a violência sobre a vítima, podem ser tão intensas a ponto de influenciar terceiros intervenientes nas sessões, aí incluído o próprio mediador<sup>500</sup>.

A consequência, assim, é que o agressor sempre teria, à partida, vantagens com a mediação e uma posição de domínio e supremacia sobre a vítima que, por estar inserida em uma relação hierárquica e de dependência em relação ao agressor, não encontraria, no

---

<sup>499</sup> LAURA SERRAMIÀ BALAGUER, sobre o ponto, afirma que “... la mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones ya que, entre otros motivos, conseguir la igualdad entre partes es complicado, afirmándose en algunos casos que la mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor. Por lo tanto, la razón de tan tajante prescripción legal viene dada por el reconocimiento de la situación de precariedad física y emocional de la víctima, ubicada en el círculo de la violencia”. (“Nuevas oportunidades ...”, op. cit., p. 6-7).

<sup>500</sup> VALVERDE, Patricia Esquinas. *Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 71 e 74. A autora afirma que esse fato é reconhecido pelos próprios defensores dos mecanismos de justiça restaurativa.

procedimento da mediação, condições favoráveis para manifestações de vontade livres<sup>501</sup>, afetando, assim, a condição básica para obter resultados justos e satisfatórios.

Acrescenta-se que a questão da (des)igualdade entre agressor e vítima cobra especial atenção quando se trata de casos de violência que perduram por longo tempo e representam demonstração de domínio de quem a exerce e é meio de subjugação, pois neles é mais provável a afetação da capacidade da vítima em participar em condições de paridade do procedimento da mediação.

No geral não há maiores dificuldades em aceitar esse diagnóstico.

Mas, para os efeitos da presente pesquisa, há três questões de relevo que se põem: a primeira é identificar um conteúdo para a igualdade que se supõe necessário para participar de um procedimento de mediação; a segunda consiste em saber se o diagnóstico recém citado é compatível com todos os casos de violência conjugal, e a terceira é se existem medidas ou providências relacionadas e inerentes à mediação que tenham aptidão para superar o desequilíbrio de poder eventualmente constatado e, por essa via, obter a necessária igualdade entre as partes - agressor e vítima.

#### **4.2.8.4.1. O conteúdo da igualdade necessária para participar de mediação**

Definir o que se entende por igualdade é tão complexo como essencial para que os processos de mediação não produzam efeitos contraproducentes para a vítima de violência conjugal. E, nesse âmbito, conforme alerta MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO<sup>502</sup>, não se pode ser ingênuo, pois há uma situação de desigualdade na experiência (da vitimização e da subjugação), bem como na posição jurídica do agressor e da vítima constituída historicamente. Por outro lado, e muito em decorrência dessa assertiva, há um certo acordo na doutrina de que não se pode pretender uma igualdade aritmética e exata, sendo relevante uma condição mínima de autonomia no e perante o procedimento de mediação.

A desigualdade de que se trata nesse terreno pode ser fruto de inúmeros fatores, como a idade, a maturidade, a capacidade intelectual, bem como raciais, étnicos e culturais que, isolados ou conjugados, podem causar desequilíbrios de poder mais ou menos graves. O tipo de relação também interfere: um relacionamento pautado em ameaças, explícitas ou implícitas,

---

<sup>501</sup> Neste ponto, há uma estreita relação do tema com outro dos princípios da mediação, que é a voluntariedade. De resto, liga-se com fenômenos comumente constatados em procedimentos perante a jurisdição penal, como a retirada da denúncia, a negativa em declarar contra o agressor, comportamentos que podem ter como motivação o temor de represálias.

<sup>502</sup> “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”. In *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, p. 25.

ou no qual sejam manifestas formas de dependência, como a econômica ou a emocional, potenciam a desigualdade e o desequilíbrio, e são relevantes para decidir se o caso recomenda ou desaconselha o uso da mediação, na hipótese de não ser vedada em termos genéricos.

Definida em sentido positivo, a igualdade como pressuposto de mediação frutífera em casos de violência conjugal, importa em capacidade das partes em defender seus direitos e interesses, de expressar suas opiniões, de aceitar ou rechaçar propostas<sup>503</sup>, de compreender o procedimento e de interferir na determinação do conteúdo da solução que por meio dela se constrói.

Portanto, é nesse âmbito de compreensão que se insere a noção geral de igualdade, necessária para que a mediação não se torne um procedimento contraproducente, em especial para a vítima. É exigível que ela ostente condições de maturidade e psicológicas, bem como de conhecimento e informações, suficientes de compreender sua condição de vítima, a natureza do procedimento de mediação e as possibilidades diferentes de enfrentamento do caso. Em tal estado, poderá decidir de forma minimamente livre e informada e, desse modo, beneficiar-se do procedimento da mediação.

Por outro lado, e como já mencionado, para desaconselhar a mediação, a desigualdade entre agressor e vítima há de ser relevante, no sentido de efetivamente ser causa de desequilíbrio significativo de poder entre eles<sup>504</sup>. Essa afirmação, constantemente encontrada na doutrina, traz consigo e em sua base outra premissa: a de que pode haver uma variação no desequilíbrio de poder, indo de um extremo em que ele é manifesto para outro em que ele não existe, passando por situações intermédias, em que ele é diminuto ou relativo.

Esse elemento exige um certo aprofundamento, o que é feito por meio da distinção entre ato violento e relação violenta.

#### **4.2.8.4.2. Ato violento e relação violenta**

Para os casos em que, pela via legislativa, é instituída uma proibição quanto ao uso da mediação penal para tratar da violência doméstico-conjugal, há na doutrina manifestações no sentido de que uma tal opção tem na sua base a percepção de um estereótipo de vítima, identificada como uma mulher fragilizada pelo tempo a que está exposta a esse tipo de violência e, em tal condição, incapaz de cuidar dos seus interesses no geral e, portanto, também no âmbito

---

<sup>503</sup> LAGO, Maria Jesús Guardiola. “La víctima de violencia ...”, op. cit., p. 26.

<sup>504</sup> A expressão constante na já mencionada R(99), do Conselho da Europa, é “disparidades evidentes de poder” - item 15.

do procedimento da mediação, que serviria de palco para novas manifestações de domínio do agressor, aprofundando a subjugação já existente<sup>505</sup>.

A questão que essa premissa levanta é se, em termos fenomenológicos, todas as ocorrências violentas no âmbito conjugal podem ser integradas no estereótipo definido como relação conjugal violenta e produtora da vítima recém descrita, o que tem na sua base uma percepção em sentido negativo, ou seja, que podem ocorrer atos violentos no âmbito de uma relação conjugal, mas que esta não é necessariamente uma relação violenta, além do que nem todas as vítimas de violência conjugal tornam-se fragilizadas e vulneráveis a ponto de se enquadrar no referido estereótipo.

Como consequência necessária, haverá níveis distintos de subjugação, ou mesmo casos de ausência dela, o que produzirá efeitos óbvios sobre o desequilíbrio de poder que, em geral, é o pressuposto para a não admissão da mediação penal para esta criminalidade.

Neste particular, RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES<sup>506</sup> refere que se deve ter cautela para não estigmatizar a mulher vítima de violência como necessariamente um sujeito vulnerável, pois isso apenas serve para confirmar um dos piores estereótipos de gênero. E o primeiro passo para tanto é “*clarificar la diferencia entre el acto violento y las relaciones violentas*”<sup>507</sup>, explicando que se deve entender por ato violento qualquer atentado à integridade física e/ou psíquica das pessoas e que lhes causa sentimentos de coerção ou de perigo; já as relações violentas estão sustentadas em uma trama relacional histórica, organizada de acordo com determinadas regras e que causam e conferem sustentação aos atos violentos, que se repetem constantemente, de tal modo que se integram nas regras estáveis da relação. Esta distinção, ainda segundo a autora, permite ver no ato violento um caráter pontual, ao passo que as relações violentas obedecem a uma forma de comportar-se e de interagir, que se prolonga no tempo, e os atos violentos são o núcleo central nessa forma de relação<sup>508</sup>.

E, com esse pressuposto, RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES assevera que na relação conjugal, a violência se apresenta distinta em quatro tipos<sup>509</sup>. Um primeiro é a violência-agressão como forma de relação violenta, mas simétrica e igualitária, pois os dois membros do casal se sentem na mesma posição de poder, sem que um domine o outro; nesse caso, a violência

---

<sup>505</sup> Nesse sentido, e por muitos: MANZANARES, Raquel Castillejo. “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación penal em supuestos de violencia de género”. In *Diario de la Ley*, nº 8882, Sección Tribuna, 15 de diciembre de 2016, pp. 1-14.

<sup>506</sup> “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 7.

<sup>507</sup> “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 8.

<sup>508</sup> “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 8.

<sup>509</sup> “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 9.

é recíproca e bidirecional, e nenhuma das partes tem prejudicadas por ela sua identidade e sua estima, e também não se importam que essa forma de comportamento seja pública.

Um segundo tipo de violência é a episódica ou reativa, caracterizada por atos agressivos pontuais, e que não caracterizam a relação do casal; trata-se de episódios violentos que ocorrem na sequência e como reação a situações pontuais envoltas em significativa carga emocional e que conduzem aos atos violentos.

O terceiro tipo de violência é aquela vocacionada ao castigo, e que ocorre no âmbito de uma relação desigual e complementar, marcada pela dominação de um dos seus integrantes sobre o outro; ela se manifesta em atos violentos de natureza física, psicológica e/ou sexual; normalmente, é o homem que a exerce sobre a mulher, em uma relação de dominação, porque o agressor se outorga uma condição superior e se sente no direito de causar sofrimento à mulher e, em situação extrema, pode chegar a anular completamente a vítima ou mesmo matá-la; quem exerce a violência nesse contexto está convencido de que é o que precisa fazer, crendo que a outra pessoa fez algo de errado e que deve pagar por isso.

Por fim, o quarto tipo de violência também é na perspectiva de castigo, tal qual descrito no terceiro tipo, mas entre os integrantes do casal há simetria, ou seja, a pessoa que ocupa a posição inferior não aceita a dinâmica da relação, nem a sua situação de subordinação em relação ao outro, e em determinados momentos e ocasiões demonstra a sua contrariedade e discordância, aproveitadas pelo agressor para, por meio de atos violentos, tentar manter a sua superioridade.

A conclusão a que a autora chega, e com a qual concordamos, é que as formas diversas de se manifestar a violência nas relações conjugais implica que não se pode estabelecer regras gerais acerca da intervenção, pelo que se mostra inadequada a proibição taxativa do uso da mediação penal<sup>510</sup>. Com efeito, e tendo como parâmetro as quatro situações descritas, somente na terceira é que se poderia, ao menos à partida, sustentar uma total inadequação da mediação penal, pois evidente e significativo o desequilíbrio de poder entre vítima e agressor. Contudo, nos demais casos, ele será relativo ou mesmo não existente.

Em sentido parecido, MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO<sup>511</sup>, e tendo por referente a legislação espanhola que proíbe o uso da mediação penal para tratar de casos de violência conjugal, afirma que ela pressupõe uma determinada “*concepción de víctima*”: mulher

---

<sup>510</sup> “La diversidad de relaciones violentas conlleva que no se puedan establecer reglas generales sobre la intervención con la mediación en cada caso”. Idem, *ibidem*, p. 9.

<sup>511</sup> “La víctima de violencia de género ...”, *op. cit.*, pp. 1-41.

desamparada, incapaz de administrar seus interesses e que pouco ou nada pode decidir, nem sequer opinar; desse modo, o único caminho possível para enfrentar a violência que a atinge é a denúncia, e qualquer outra alternativa é interpretada como confirmação da sua incapacidade de tomar decisões adequadas para fazer frente ao maltrato. Em verdade, segundo a autora, o legislador espanhol percebe qualquer vítima de violência conjugal como submetida, de forma permanente, à síndrome da mulher maltratada<sup>512</sup>, e utiliza o poder punitivo de Estado para dar a resposta que entende adequada para esta forma de violência<sup>513</sup>, sendo este o contexto para proibir o uso da mediação. Portanto, o legislador espanhol presumiu que em todos os casos de violência conjugal fazem-se presente indicativos de que a mulher que a sofre padece da referida síndrome - dependência emocional, sentimento de culpa e desamparo aprendido -, optando, por questões de lógica, por uma política criminal repressiva, no contexto da qual proibiu a mediação para tais casos.

A consequência, ainda segundo a autora, é que a legislação despojou a mulher de qualquer possibilidade de tomar decisões e de emitir opiniões sobre a persecução penal, a sanção a ser imposta ao agressor e sobre a possibilidade de voltar a contatar com ele; o Estado, por meio de seu aparato punitivo, assume o controle do episódio violento e se substitui na vítima na decisão pela punição do agressor, na medida desta e na forma de sua execução<sup>514</sup>.

Contudo, e eis o alerta de MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO, esta visão ignora por completo um dado que é a chave para superar esta perspectiva unívoca e, em consequência, simplista da mulher vítima de violência de gênero: como indicam os estudos sobre a síndrome da mulher maltratada - sempre utilizados para incrementar o poder punitivo e para despojar a vítima de qualquer controle -, na violência de gênero existem diversos graus de severidade e

---

<sup>512</sup> Caracterizada, segundo a autora em referência, por sintomas de ansiedade extrema, depressão, sentimentos de baixa autoestima e de culpa, sensação de desamparo e impotência, provocados por parte de quem exerce a violência de forma repetida, circular e cíclica, tal qual definido por Walker. A violência exercida sobre a mulher seria instrumental para alcançar a submissão daquela que se mostra reticente quanto à subjugação, e é comum nos casos de dependência emocional e econômica, ou quando a vítima é tomada de temor de represálias em caso de abandono da relação - novas agressões, perda da custódia de filhos pequenos, entre outras. (“La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 7). Tratamos do tema no item 1.5.

<sup>513</sup> Para MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO, por encontrar-se a vítima de violência de gênero presa à síndrome da mulher maltratada, para protegê-la, houve a opção pelo endurecimento da resposta punitiva, privando a vítima de qualquer controle na intervenção penal em questões que a afetam diretamente em seu cotidiano e pela substituição da sua vontade pela do juiz ou tribunal que vai se ocupar do assunto. (“La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 6-7).

<sup>514</sup> Embora mostre, no geral, discordância com essa opção, a autora reconhece que esta medida tem capacidade para evitar que a vítima seja submetida a pressões por seu agressor. (“La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 7).

cronicidade<sup>515</sup>. E justifica: em primeiro lugar, a síndrome da mulher maltratada não se produz com a primeira manifestação de violência física ou psíquica, mas por meio da sua repetição no tempo; em segundo lugar, a violência exercida pode afetar de maneira diferente a vítima, dependendo da confluência de diversos fatores de risco, não se podendo reduzir todos eles ao fato de ela ser mulher. Em terceiro lugar, deve ser enfatizado que, mesmo que a síndrome exista, os seus efeitos são, em qualquer caso, transitórios: a passagem do tempo, a ajuda psicossocial e a separação ou desvinculação do agressor podem determinar o desaparecimento dos referidos efeitos. Em conclusão, a “*síndrome de la mujer maltratada no se da en todos los casos ni supone que sea permanente a lo largo del tiempo*”<sup>516</sup>.

Portanto, também na visão desta autora, o desequilíbrio de poder não será uniforme, nem necessariamente presente em todas as situações de violência conjugal.

Outra voz que merece referência no sentido da presente abordagem é a de ELENA LARRAURI<sup>517</sup>. Ao comentar a proibição da mediação penal para fatos contextualizados em violência conjugal pela legislação de Espanha, afirma que a medida, a pretexto de proteger a vítima, torna a mulher incapaz de decidir sobre ordens de proteção, a retirada da denúncia e a renúncia a uma ordem de afastamento, o que, na percepção da autora, a par de negar-lhe toda a autonomia, substitui o poder do agressor pelo poder do Estado e acaba por representar um aumento de riscos para a mulher<sup>518</sup>. A lei, desse modo, opera com uma única imagem de mulher maltratada, o que não é conveniente, pois, embora existam casos em que efetivamente a mediação pode mostrar-se inadequada e desaconselhada, “*el universo de las mujeres maltratadas no es un bloque monolítico y es erróneo legislar e imponer una única visión al resto de casos de mujeres maltratadas*”<sup>519</sup>; a legislação, portanto, descuidou daqueles casos em que as mulheres, embora queiram a superação da situação de violência, não estão dispostas a denunciar, nem a separar-se. Além disso, deveria considerar a diferente gravidade inerente aos

---

<sup>515</sup> Em termos literais, “*Esta visión, ignora por completo un dato que a mi juicio es clave para superar esta visión unívoca y, en consecuencia, simplista, de la mujer víctima de la violencia de género. Como indican los estudios sobre el síndrome de la mujer maltratada, tan utilizados para reformar a la alza el arsenal de penas y desposeer a la víctima de cualquier control, en la violencia de género existen diversos grados de severidad y cronicidad*”. (“La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 8).

<sup>516</sup> “La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 8.

<sup>517</sup> “Justicia Restauradora y Violencia Doméstica”. In *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Coord. Adela Asua Batarrita, Enara Garro Carrera. Universidad País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2009, pp. 125-144.

<sup>518</sup> “Justicia Restauradora y Violencia Doméstica”, op. cit., p. 126. Outro efeito apontado pela autora é o de frear as investigações empíricas e científicas sobre vantagens e inconvenientes da mediação, assim como de outros mecanismos restaurativos, para os casos de violência conjugal.

<sup>519</sup> “Justicia Restauradora y Violencia Doméstica”, op. cit., p. 137.

fatos, “*pues evidentemente no presenta la misma problemática una violencia habitual que un conflicto puntual como un maltrato, aun cuando ambos tengan la categoría de delito*”<sup>520</sup>. E conclui dizendo que, em geral, a proibição inscrita na legislação de Espanha não é acertada: ela impossibilita qualquer tipo de investigação e adota um marcado tom de dogma sobre o tema, ao invés de permitir um exame cauteloso sobre as medidas que funcionam e aquelas que não funcionam; também por assumir que toda violência doméstica é de uma mesma natureza, ignorando que há diversas escalas de gravidade e diferentes necessidades nos distintos grupos de mulheres; por fim, em presumir que toda mediação é prejudicial para a vítima, ignorando que pode haver casos em que ela lhe seja vantajosa e representar meio de impor encargos reais para o agressor<sup>521</sup>.

Nessa mesma toada, cabe menção ao que propugna RAQUEL BORGES BLÁSQUEZ<sup>522</sup>, ao afirmar que a maioria das mulheres que acudem a um tribunal denunciando fatos de violência por parte de seu parceiro íntimo “*no desean una respuesta judicial, buscan una solución a un problema de falta de aptitudes para la convivencia*”. E acrescenta que para estas mulheres soam estranhos termos como indenização, prisão, ordem de afastamento e proibição de comunicar-se, “*y son éstos los únicos pronunciamientos que la justicia puede manifestar. No es eso lo que buscan, solo quieren que el agresor se responsabilice del daño causado y la situación de maltrato finalice*”<sup>523</sup>.

Estamos em acordo com essas posições, que preconizam não haver um tipo único de violência conjugal, assim como não há um tipo único de vítima e a violência não produz os mesmos efeitos em todas elas<sup>524</sup>. Em outros termos, ainda que abrangidas pelo signo violência

---

<sup>520</sup> “Justicia Restauradora y Violencia Doméstica”, op. cit., p. 137.

<sup>521</sup> Textualmente: “... *esta prohibición imposibilita cualquier tipo de investigación y adopta un marcado tono de dogma en vez de examen cauteloso de qué funciona; asume que toda la violencia doméstica es del mismo signo, ignorando que hay diversas escalas de gravedad y diversas necesidades en distintos grupos de mujeres; parece presumir que toda mediación es una cesión de la víctima, desconociendo, en algunos casos, las cargas reales que representa para el agresor y los beneficios que puede conllevar para la víctima*”. (“Justicia Restauradora y Violencia Doméstica”, op. cit., p. 139).

<sup>522</sup> “Mediación penal y violencia em el marco de una relación de afectividad, una asignatura pendiente”. In *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 26, 2018, pp. 488-499.

<sup>523</sup> A autora acrescenta que “... *la solución real al conflicto no llegará hasta que dejemos de concebirlo únicamente en términos repressivos*”, transcrevendo afirmação de J. C. ORGA LARRES: “*si no arreglamos el problema – de fondo - la inercia del sistema acabará con los dos en la cárcel, acusados de múltiples delitos de maltrato y quebrantamiento de medida cautelar, mientras ellos siguen repitiendo que se quieren, pero que cuando discuten se pegan*”. (“Mediación penal y violencia em el marco de una relación de afectividad...”, op. cit., p. 491).

<sup>524</sup> A necessidade de diferenciar os casos de violência conjugal é preconizada por outros autores, como MARIA SOLORES PÉREZ JARABA (“Derechos fundamentales y mediación em violencia de género”. In *AFD*, nº XXXV, 2019, pp. 155-179), IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI (“La igualdad y la violencia de género em el orden jurisdiccional penal”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 12-05, 2010, pp. 04-24), LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ (“La mediación penal y su prohibición em supuestos de violencia de género:

conjugal, há situações fáticas entre si claramente desiguais.

Com esse pressuposto, é viável identificar na postura legislativa que veda a mediação para todo e qualquer caso que envolva violência conjugal uma quebra do princípio da igualdade, na perspectiva de conferir um tratamento unívoco a situações que são, em termos fenomênicos, desiguais. Com efeito, já assinalamos em outra oportunidade que uma das projeções do princípio da igualdade é a imposição de tratamento igual às situações fáticas iguais e, por conseguinte, uma disciplina diversa para as situações de fato diferentes; trata-se da dimensão de proibição do arbítrio, que funciona como limite externo à liberdade de conformação e de decisão dos poderes públicos<sup>525</sup>.

No caso em exame, há notáveis distinções de fato entre os casos em que se está diante de uma relação conjugal violenta e em que há apenas episódios de violência, que não são a nota característica da relação; há casos em que a violência é recíproca e nos quais não há subjugação de um dos integrantes do casal; há casos em que, embora se possa diagnosticar um certo nível de subjugação, esta não importa em relevante desequilíbrio de poder entre eles; assim como há os casos em que a subjugação e o desequilíbrio de poder são notáveis.

Portanto, e na linha do que vem sendo preconizado por parcela significativa da doutrina, não há como afirmar que todos os casos de violência conjugal são iguais; pelo contrário, pode-se flagrar diferenças entre eles, de modo que tratar, no âmbito legislativo, todos como sendo iguais afeta o princípio da igualdade quando determina tratamento igual para situações claramente desiguais.

Nessa perspectiva, RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES<sup>526</sup>, e na sequência da diferenciação que fez sobre os quatro tipos de manifestação da violência conjugal, propugna que a mediação penal é viável para aqueles casos em que não se manifesta uma subjugação crônica, indicando as seguintes condições para que sejam respeitados os interesses da vítima em procedimento de mediação: a) consentimento livre e informado, tanto sobre a participação como nas soluções adotadas a título de acordo<sup>527</sup>; b) assunção de responsabilidade pelo

---

modelo español". In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, nº2, 2019, pp. 1075-1106) e PATRICIA HERNÁNDEZ HIDLAGO ("Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático". In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 17-05, 2015, pp. 01-34); esta autora afirma que a violência recíproca ou bidireccional chega à metade dos casos (p. 03).

<sup>525</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., 33.

<sup>526</sup> "Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...", op. cit., p. 10-11.

<sup>527</sup> A autora esclarece que as posições críticas acerca da mediação questionam se a vítima de maltrato consegue consentir livremente, considerando a relação de subjugação que pode existir no casal e também convenções sociais, que poderiam conduzir a vítima a aceitar acordo claramente prejudicial, além de minimizar a experiência do maltrato e, por fim, leva-la a reatar a convivência com o agressor, facilitando um nova espiral de violência. Da parte do agressor, o questionamento é acerca da dimensão do consentimento, já que a não aceitação da mediação

agressor, por meio de autêntico reconhecimento dos fatos<sup>528</sup>; c) a segurança da vítima, durante as sessões e depois do procedimento da mediação; d) a imparcialidade do mediador<sup>529</sup>; e, e) equilíbrio de poder entre as partes.

Sobre esta última condição, a autora reconhece que se trata de uma das questões mais sensíveis e mais discutidas no campo da mediação penal para delitos de violência de gênero, e nos delitos graves de violência física, ou reiterados atos de violência psicológica que causa o desamparo apreendido efetivamente haverá um desequilíbrio de poder que projeta dificuldades para a vítima no âmbito do procedimento da mediação. E, em casos assim, a vítima não se encontra em posição de igualdade, sendo inviável um diálogo equilibrado com o agressor, e esse desnível, constatado no caso concreto, deve ser causa para afastar o caso da mediação<sup>530</sup>.

Na mesma linha, MARIA DOLORES PÉREZ JARABA<sup>531</sup> considera a mediação penal viável para “*delitos menos graves de violencia de género*”. Segundo a autora, as questões que subjazem aos conflitos conjugais são de índole pessoal e pertencem à intimidade da família<sup>532</sup>; além disso, nem sempre é possível uma rápida e taxativa ruptura da relação, mormente quando persistem sentimentos e há filhos menores a cuidar, situações em que há um natural e necessário prolongamento da relação ou, pelo menos, da comunicação entre os membros da relação. Para casos assim, a mediação pode produzir uma diminuição nos níveis de conflitualidade e de tensão entre eles, além de capacitar as partes a resolverem, por si e

---

redundará em processo penal contra ele, circunstância que pode induzi-lo a participar apenas para evitar as consequências de uma condenação criminal. (“Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 10).

<sup>528</sup> A questão que a autora aponta sobre essa assunção de responsabilidade diz respeito à sinceridade e autenticidade, considerando a dinâmica própria do maltrato; com efeito, experiências e pesquisas indicariam que o pedido de desculpas e a promessa de não repetir episódios de violência representam a pauta comum seguida pelos agressores. Por isso, a autora considera, no ponto, que a derivação do caso para a mediação deveria ficar na dependência de o agressor participar, previamente, de programas destinados a tratar a problemática da violência sobre a mulher. (“Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 10).

<sup>529</sup> A autora considera que, para mediar casos de violência de gênero, o mediador precisa de formação específica nessa área, para que tenha a) capacitação para manejar ferramentas de detecção e avaliação dessa violência e compreender os seus efeitos sobre a vítima, b) domínio das sessões de entrevistas e reuniões, c) habilidades e o manejo de estratégias e táticas para equilibrar o poder entre as partes e d) saber lidar com situações emocionalmente complexas. Essas habilidades serviriam para equilibrar o poder entre vítima e agressor, ajudando a pessoa com menos recursos – quase sempre a vítima –, para que desenvolva o seu potencial. Contudo, as posições críticas à mediação colocam em dúvida a imparcialidade do mediador nesses casos; a autora pondera que se o mediador percebe que uma parte domina a outra e não atua, a pretexto de conservar essa imparcialidade que se lhe exige, “... *lo que está haciendo con su pasividad es potenciar el desequilibrio*”. (“Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 11.)

<sup>530</sup> “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 11.

<sup>531</sup> “Derechos fundamentales y mediación em violencia de género”. In AFD, nº XXXV, 2019, pp. 155-179.

<sup>532</sup> A autora acrescenta que a via jurisdicional nem sempre se mostra a mais adequada para resolver conflitos que ocorrem no seio das famílias, pois faz uma abordagem apenas parcial - a jurídica - sendo necessário acudir a metodologias propostas por outras disciplinas sociais, como a psicologia, a sociologia, o serviço social, entre outras, campos nos quais também há estudos sobre a mediação. (“Derechos fundamentales ...”, op. cit., p. 173).

dentro de um marco minimamente pacífico, as diferenças que forem surgindo; é esse o contexto em que a mediação pode mostrar-se como recurso recomendável para tratar dos conflitos familiares, inclusive aqueles que culminem em violência episódica e que configuram delitos, aí considerada a sua natureza pacificadora: ela pode constituir-se em método idôneo para facilitar o diálogo e criar um clima mais pacífico<sup>533</sup>.

Contudo, sustenta a autora que quando o conflito derivar para violências, a expectativa desse procedimento é que a pessoa que a causou se responsabilize por ela, e desde que se trate de delitos menos graves. Com esses pressupostos, a mediação pode ser instrumento facilitador de acordos idôneos e produtivos para ambas as partes<sup>534</sup>; como corolário lógico, a autora não admite como possível a mediação para casos graves ou repetidos de violência, em que a vítima se encontra em clara situação de desamparo. A conclusão é de que “*la mediación puede servir como medio de resolución específico de ciertos casos menos graves de violencia de género*”, optando-se pela via da jurisdição penal sempre “*que la víctima no quiera entrar en mediación*”<sup>535</sup>.

Há outras referências parecidas. MARÍA ELENA TORRES FERNANDEZ<sup>536</sup>, partindo do pressuposto de que nem todas as vítimas de maltrato pelo cônjuge/parceiro são igualmente vulneráveis a seus efeitos, afirma que não cabe uma imagem uniforme dela como “*mujer desvalida, incapaz de defender por sí misma sus intereses*”, cabendo a mediação quando ela não se enquadrar nessa condição. Mas, quando o maltrato se revista de notável gravidade, ou seja, daqueles reiterados e consolidados no tempo, “*... resulta difícil no partir, prima facie, de una presunción de situación de vulnerabilidad de la mujer*”, desaconselhando a mediação para casos assim<sup>537</sup>.

Em sentido idêntico, JIMENEZ MUÑOZ considera cabível a mediação sempre que se possa averiguar que a vítima está em condições de negociar dignamente<sup>538</sup>. MARÍA PAZ

---

<sup>533</sup> “Derechos fundamentales ...”, op. cit., p. 173.

<sup>534</sup> A autora explica que “*... la mediación, pues, podría introducirse en algunos casos menos graves de violencia de género, siempre desde el respeto a los derechos fundamentales y la idea del pacto y del libre acuerdo entre las partes, se observen con determinadas garantías. El valor de los pactos y su validez, procedería del hecho de que son expresión del ejercicio de la autonomía de los sujetos que participan, pues un pacto no voluntario sería una imposición, quedando la mediación fuera de los límites de los derechos fundamentales*”. (“Derechos fundamentales ...”, op. cit., p. 174).

<sup>535</sup> “Derechos fundamentales ...”, op. cit., p. 179.

<sup>536</sup> “¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?” In *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*. Coord. por Rocío López San Luis, 2011, pp. 133-152.

<sup>537</sup> “¿Cabe la mediación familiar ...”, op. cit., p. 150.

<sup>538</sup> “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”. In *Revista de Derecho de Familia*, nº 39, 2008, p. 32.

GARCÍA-LONGORIA Y SERRANO<sup>539</sup> faz referência aos casos de violência conjugal nos quais não há um desequilíbrio relevante de poder entre as partes, considerando que neles os delitos são menos graves e para eles a mediação poderia ser considerada “*como uma alternativa en familias que han atravesado episodios de violencia de género*”, desde que se observem todas as precauções e adaptações para que o procedimento efetivamente seja benéfico para as partes, e que o método seja “*complementário al proceso jurisdiccional*”<sup>540</sup>.

Em linha parecida é a abordagem de MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO<sup>541</sup>, que considera necessário estudar caso por caso e levar em conta o tipo de violência manifestado, examinando se é caso de uma violência simétrica, bidirecional, recíproca e pública; em situação com tais características, é possível constatar uma igualdade aproximada entre os integrantes da relação conjugal e na qual a identidade e a estima dos envolvidos mantêm-se preservados. Situação diversa é aquela em que a violência é assimétrica, na qual um dos integrantes da relação - normalmente o homem - se posiciona em condição de superioridade, sentindo-se no direito de infligir sofrimento para manter a posição; em casos assim, a violência tem conotação de domínio, é instrumental para a subjugação, é manifestação de discriminação e denota clara desigualdade entre agressor e vítima. E, na percepção da autora, em hipóteses tais, “*la practica de mediación puede estar vedada com razón*”. Contudo, nos demais casos, “*em los que se haya producido algún tipo de violencia, pero no se puede encuadrar em este concepto de dominación masculina*”, haveria de ser possível cogitar do uso da mediação<sup>542</sup>.

Tendo com consideração essas ponderações, e concretamente com relação às vítimas de violência conjugal que não se enquadram no estereótipo acima descrito, o efeito da proibição é o de retirar delas o poder de opção pela mediação e privá-las de potenciais benefícios que do seu manejo poderiam advir e que, na perspectiva de AMALIA FUSTERO BERNAD<sup>543</sup>, podem ser identificados de várias formas: a) cada pessoa deve ter a liberdade de decidir se concede ou não o perdão ao autor de um delito contra si cometido e se é ou não suficiente receber e aceitar o arrependimento e o reconhecimento por parte do infrator; b) o Estado não necessariamente toma melhores decisões do que a vítima nesse âmbito; c) o procedimento penal tem por foco

---

<sup>539</sup> “Actualidad de la mediación familiar en España y México”. In *Estado del arte de la mediación*. Coord. Francisco J. Gorjón Gómez y Antonio López Peláez. Navarr: Editorial Aranzadi, 2013, pp. 77-98.

<sup>540</sup> “Actualidad de la mediación familiar ...”, op. cit., p. 94.

<sup>541</sup> “La víctima de violencia de género ...”, op. cit., pp. 01-41.

<sup>542</sup> “La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 30.

<sup>543</sup> “La mediación em los delitos de violencia de género”. In *Revista Internacional de Mediación*, nº 01, 2014, pp. 8-23.

exclusivo reabilitar o delinquente, sem preocupações com a vítima, cujo único papel será o de servir como testemunha dos fatos; além disso, o agressor, para não ser punido, apresenta versões mentirosas, culpando a vítima pelo acontecido; a mediação, pelo contrário, ocupa-se em responsabilizar o agressor e ofertar protagonismo à vítima para que ela seja efetivamente reparada; d) o procedimento penal gera a vitimização secundária; e) a proibição da mediação infantiliza a vítima de violência de gênero, impedindo que ela cresça, se desenvolva e se torne capaz de gerir por si a situação de violência na qual está inserida.

A vedação genérica de uso da mediação para casos de violência conjugal é, portanto, medida que afeta negativamente o princípio da igualdade, na perspectiva da proibição do arbítrio - tratar de forma igual casos que são essencialmente desiguais. Conforme já referido, há relevantes posições doutrinárias contra essa solução, sob o argumento de que a vítima de delito de violência de gênero não necessariamente encontra-se submetida à síndrome da mulher maltratada e, mesmo que esteja, ela não é eterna, podendo ser superada por meio de assistência adequada, em razão do que, e conforme ressalta MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO<sup>544</sup>, “*a conveniencia de realizar o no una mediación debe analizarse de manera particular, como particular resulta la experiencia de la victimización*”. No mesmo sentido é a posição de JOSEP MARIA TAMARIT SUMALLA<sup>545</sup>, que fala da inconveniência de se determinar em abstrato casos para os quais a mediação é vedada, como o caso da “*violencia de pareja, o que se deberá descender al caso concreto*”.

#### **4.2.8.4.3. A potencialidade da mediação para superar o desequilíbrio de poder entre as partes**

Ainda no âmbito de discussão sobre as implicações do princípio da igualdade sobre a mediação penal para casos de violência conjugal, há outro tema que merece abordagem e que diz respeito ao procedimento da mediação como canal e ferramenta para enfrentar e superar a desigualdade eventualmente constatada entre agressor e vítima. A questão é, no ponto, sobre as características inerentes ao procedimento e que podem ter capacidade para propiciar um equilíbrio de poder entre as partes que a ele se submetem e, desse modo, superar o já mencionado argumento que desaconselha essa forma de solução em virtude da subjugação da

---

<sup>544</sup> “La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 27.

<sup>545</sup> “La justicia reparadora y su articulación con el sistema penal”. In *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Coord. Josep María Tamarit Sumalla, Carolina Villacampa Estiarte. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. cit., 306. Também PATRÍCIA ESQUINAS VALVERDE sustenta necessidade de diferenciação concreta dos casos. (*Mediación entre víctima y agresor ...*, op. cit., p. 23).

vítima, a projetar efeitos, inclusive, para o interior do procedimento e se apresentar nas sessões como causa de aprofundamento da desigualdade. O ponto, portanto, diz respeito às possibilidades de o procedimento da mediação ser ferramenta para superar o desequilíbrio de poder existente entre as partes.

A esse propósito, MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO<sup>546</sup> ressalta que o próprio Conselho da Europa reconhece que “*el mediador puede en algunos casos remediar las disparidades en materia de poder y aptitudes y reestablecer el equilibrio a favor de las partes desventajadas*”. A perspectiva, portanto, é que a mediação possa reduzir os efeitos do *stress* pós-traumático para as vítimas que dele padecem em função da violência, em especial nos casos em que ele não é grave e, em tais situações, não se apresenta uma situação de desvantagem invalidante de qualquer tipo de diálogo<sup>547</sup>. Disso surge a necessidade de distinguir, entre os casos, aqueles em que o mediador poderia potencializar o equilíbrio de poder, o que se mostra incompatível com sistemas em que a mediação é vedada em função de determinados critérios, como a gravidade do delito<sup>548</sup>, ou o tipo de delito<sup>549</sup>.

É intuitivo que essa matéria diz respeito, em especial, ao mediador: de um lado, à sua formação e, de outro, ao princípio da imparcialidade que, conforme já visto, deve informar a sua atuação.

Com efeito, para que o processo da mediação instrumentalize em especial a vítima para tratar de forma adequada a violência, é decisivo que o mediador tenha condições de conhecer e compreender a vítima e a experiência de vitimização, bem como a dinâmica geral da violência de gênero e daquela própria do caso concreto. Conforme corretamente aponta MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO<sup>550</sup>, isso demanda uma atenção especial para a extensa e continuada formação dos mediadores, para que estes percebam se “*una mediación puede tener efectos positivos para la víctima o, por el contrario, si puede resultar contraproducente para la misma*”. E conclui que “*...en el caso de que la mediación sea posible, les compete estimular a las partes más débiles, la creación de un contexto seguro y de una atmósfera franca y respetuosa, donde sea respetada la dignidad de todos los intervinientes*”.

É que o requisito da igualdade entre as partes há de ser compreendido como condições

---

<sup>546</sup> “La víctima de violencia de género”, op. cit., p. 26.

<sup>547</sup> LAGO, Maria Jesús Guardiola. “La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 25.

<sup>548</sup> É o caso de Portugal, nos termos da Lei n° 21/2007, de 12 de abril.

<sup>549</sup> Que é o caso da legislação espanhola, que afasta da mediação todos os casos de violência de gênero, presumindo *juris et de jure* que ela resulta em prejuízos para a vítima.

<sup>550</sup> “La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 28.

mínimas de igualdade, observadas pela viabilidade de diálogo entre as partes e pela capacidade de cada uma de expor seus pontos de vista e de aceitar ou rechaçar determinadas posições ou acordos. E, com essa base, é possível ver dois extremos: se uma parte, em especial a vítima, não ostenta condições para adotar nenhuma dessas atitudes, a mediação será inviável e claramente desaconselhada, ainda que eventualmente haja manifestação de vontade no sentido de participar do procedimento<sup>551</sup>; por outro lado, se ambas as têm em decorrência de uma posição de igualdade e equilíbrio de poder, nada haveria para afastar o caso da mediação. E, entre os dois, pode-se cogitar da hipótese em que há uma (des)igualdade relativa - o desequilíbrio de poder não é grave - na qual caberia ao mediador tentar potencializar o poder da parte mais fraca, com procedimentos de empoderamento (*empowerment*), ficando a construção de um acordo na dependência do êxito em alcançar a igualdade mínima.

Nessa linha, RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES<sup>552</sup> considera que, para mediar casos de violência de gênero, o mediador precisa de formação específica nessa área, para que tenha a) capacitação para manejar ferramentas de detecção e avaliação dessa violência e compreender os seus efeitos sobre a vítima, b) domínio das sessões de entrevistas e reuniões, c) habilidades e o manejo de estratégias e táticas para equilibrar o poder entre as partes e d) saber lidar com situações emocionalmente complexas. Essas habilidades serviriam para equilibrar o poder entre vítima e agressor, ajudando a pessoa com menos recursos – quase sempre a vítima -, para que desenvolva o seu potencial.

Portanto, e relativamente à formação do mediador, aqui compreendida como capacitação, sugere-se que quanto maior e mais aprofundada e diversificada for, melhores condições terá para, por meio da sua atuação, detectar eventual desequilíbrio de poder existente entre as partes e evitar que ele se projete para os marcos da negociação. Em síntese, uma das condições para que o procedimento da mediação seja ferramenta para superar eventual desequilíbrio de poder entre as partes é a capacidade do mediador em, inicialmente, perceber a sua existência e, depois, dar-lhe o devido encaminhamento, evitando que ele se projete para a fase da negociação dos termos do acordo.

---

<sup>551</sup> É o que propugna MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO: “...*aun cuando el autor o la víctima de un delito de violencia de género deseen participar en un proceso restaurativo, el mediador debe negar su realización si la diferencia de poder existente entre los intervinientes es impeditiva de un diálogo y un acuerdo reparador libre*”. E acrescenta que nestes casos, em como medida alternativa, a vontade das partes na mediação poderia ser conduzida à participação em “*programas terapéuticos o psicológicos, tanto para el autor como para la víctima del delito o cursos de sensibilización para los maltratados, los cuales pueden contribuir a paliar la desigualdad existente y abrir el camino a una futura mediación*”. (“La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 29).

<sup>552</sup> “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 11

Essa linha de pensamento está interligada com a postura esperada do mediador que, nesse caso, deve ser ativa o suficiente para evitar que a desigualdade entre as partes projete reflexos para o procedimento. Mas, é necessário tem em conta que, dentre os princípios que regem a sua atuação, há o da imparcialidade, que significa que ele não deve tomar partido, nem se inclinar a favor de uma das partes, e o da neutralidade, a significar que o mediador não está do lado de nenhuma das partes. Trata-se de atributos do mediador e características da sua atuação e, se não há maiores dificuldades em compreendê-lo em termos gerais, esse tema assume conotação problemática quando se admite o uso da mediação para casos de violência conjugal e nos quais se percebe uma desigualdade entre as partes. Concretamente, a se exigir do mediador uma postura ativa para abrandar e minimizar ao máximo o desequilíbrio de poder por ele constatado, haverá afetação da imparcialidade e da neutralidade.

Esse é um argumento comumente utilizado, dentre os demais, pelos críticos da mediação para casos de violência de gênero: ao mediador não caberia esse tipo de intervenção ativa, exatamente porque ela importa em quebra da imparcialidade e da neutralidade inerentes a qualquer procedimento heterocompositivo de solução de litígios, incluindo, portanto, a mediação penal.

Contudo, não se trata de algo decisivo e definitivo. Os mencionados atributos - imparcialidade e neutralidade - devem ser projetados para um contexto maior, que visualiza na mediação penal para determinados conflitos decorrentes de crimes em relação conjugal uma ferramenta apta a dar conta, com eficiência, das questões subjacentes a eles. Nesse contexto, mostra-se aceitável um certo nível de intervenção do mediador em favor da parte cujo poder é inferior, exatamente na perspectiva de criar o necessário equilíbrio. Aliás, e como corretamente apontado por RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES<sup>553</sup>, se o mediador percebe que uma parte domina a outra e não atua, a pretexto de conservar essa imparcialidade que se lhe exige, “... *lo que está haciendo con su pasividad es potenciar el desequilibrio*”.

Ainda nesse campo das providências destinadas a superarem a condição de inferioridade da vítima no marco das negociações, e considerando que a mediação pressupõe uma capacidade de negociação e uma mútua vontade de ceder em determinadas posições iniciais, uma alternativa, tendente a impedir que a dominação e a manipulação psicológica se projetem para o procedimento, é evitar o contato pessoal e direto entre os mediandos. Trata-se da assim chamada mediação indireta, na qual o mediador promove encontros apenas com uma

---

<sup>553</sup> “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 11.

das partes na fase da negociação, e avalia o momento e se é o caso de reunir ambas<sup>554</sup>.

Outra medida que se aponta como necessária e prévia é a garantia de que a vítima esteja em condições psicológicas para optar pela mediação e participar ativamente das sessões e colaborar na regulação conflito. Nesse contexto, há quem propugna que a vítima deva ser submetida a uma prévia intervenção no âmbito da psicologia<sup>555</sup>, apontando-se, também, para a importância de ela ser devidamente informada acerca do procedimento, das dinâmicas que lhe são inerentes e os objetivos a alcançar.

Por fim, há uma questão adicional sobre a matéria da igualdade entre agressor e vítima de violência conjugal no contexto da mediação, que foi proposta por CHRISTA PELIKAN; em texto dedicado às pesquisas qualitativas nessa área<sup>556</sup>, afirma que a análise das informações obtidas com mulheres agredidas tornou evidente que o elemento decisivo na avaliação da viabilidade e adequação da mediação não reside na posição de poder e no comportamento do parceiro violento, mas na situação e disposição - interna e externa - da mulher, no sentido de reunir recursos e condições para libertar-se do relacionamento opressivo ou alterá-lo. Acrescenta que há casos em que essas condições se apresentam mesmo depois de uma longa história de violência e que, quando a posição da mulher é forte dentro do relacionamento, ela apresenta maior capacidade e é menos relutante para tomar medidas concretas de combate e superação da violência, incluindo a mobilização do Direito Penal, acionando a polícia<sup>557</sup>.

A se ter em conta essa ponderação, fica relativizado o valor da desigualdade entre as partes no conflito para a mediação. Com efeito, se há dúvidas sobre a conveniência de submeter o caso à mediação é porque ele foi reportado aos órgãos estatais, o que reflete, em alguma

---

<sup>554</sup> Em VALVERDE, Patricia Esquinas. *Mediación entre víctima y agresor ...*, op. cit., p. 75-78, há abordagem sobre as relações de natureza psicológica que se estabelecem e manifestam nas sessões de mediação entre vítima, agressor e mediador, e a pertinência, em casos determinados, de optar pela mediação indireta.

<sup>555</sup> É o caso de MARIA JESÚS GUARDIOLA LAGO (“La víctima de violencia de género ...”, op. cit., p. 29) e RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES (“Hipótesis de partida acerca de la posibilidad ...”, op. cit., p. 13).

<sup>556</sup> PELIKAN, Christa. “Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence Cases. A Comparison of the Effects of Criminal Law Intervention: the Penal Process and Mediation. Doing Qualitative Research”. In *Forum Qualitative Social Research*, Volume 3, nº 1, January, 2002, texto sem paginação, disponível em <https://www.researchgate.net>.

<sup>557</sup> A passagem em referência é esta: “*Particularly, the analysis of the clients’ talks, especially those with battered women provided us with new insights into the meaning and importance of relational power structures, the role of violence and the dynamics of change. These insights led us to modify earlier perceptions that were built exclusively on the reports of the mediators (that constituted the material of the accompanying research on the pilot project “VOM in General Criminal Law”). It became evident that the decisive element in assessing the feasibility and suitability of mediation lies not with the power position and the behaviour of the violent partner, but rather the - inner and outer - situation and disposition of the woman and whether she can muster resources to break free from an oppressive relationship or alter it fundamentally. Sometimes this happens even after a long time and a long history of violence. But women whose position inside the relationship is a strong one, are readier and less reluctant to take concrete steps to counteract violence, including the mobilisation of the criminal law, i.e. as a first step, calling the police.*”.

medida, uma postura ativa da vítima, sintomática da insatisfação com sua situação e de que terá condições de enfrentar o agressor no procedimento da mediação. Outrossim, essa perspectiva corrobora a inadequação das posturas, inclusive de natureza legislativa, que proíbem de forma geral o seu uso para os casos de violência conjugal.

### **4.3. A mediação penal e o princípio da tutela jurisdicional efetiva**

#### **4.3.1. Identificação do princípio e suas fontes normativas**

Outro tema de interesse acerca da mediação de conflitos nascidos de crimes contextualizados em violência conjugal é a possível afetação do direito fundamental designado como tutela jurisdicional efetiva. Nas linhas que seguem, identificaremos a fonte normativo-constitucional desse direito e analisaremos as condições para sua preservação no contexto da mediação penal para os mencionados crimes.

Em termos teóricos, a tutela judicial efetiva é um direito fundamental instrumental dos demais direitos fundamentais, pois é a ferramenta que os ordenamentos jurídicos em geral colocam à disposição dos cidadãos para defenderem e restaurarem direitos subjetivos ameaçados ou violados. O seu desenvolvimento histórico guarda relação com a abolição da justiça privada e a consequente assunção, pelo Estado, da tarefa de dirimir conflitos, e passou a corresponder a uma função estatal, a administração da Justiça, executada na forma de exclusividade ou de monopólio<sup>558</sup>. Para tanto, criaram-se estruturas orgânicas e instituições para a prestação desse serviço público, sendo o Poder Judicial ou Judiciário o mais proeminente, encarregado, junto com outras instituições essenciais, de aplicar as normas jurídicas aos casos concretos por meio de sentenças e de prover a execução destas.

É comum a afirmação, no contexto em análise, de que não basta a previsão, no corpo do texto constitucional, de uma gama de direitos fundamentais, sendo necessário acrescentar garantias de efetivação desses direitos, mecanismos para a sua concreção, e o direito à tutela jurisdicional efetiva tem essa exata função<sup>559</sup>. Portanto, não se mostra suficiente a consagração de direitos na Lei Fundamental, sendo essencial, também, que eles possam ser assegurados e

---

<sup>558</sup> No ponto, FRANCO CONFORTI observa que toda vez em que o cidadão não pode tutelar-se a si próprio, já que tem vedado o uso da coerção sobre outras pessoas, e havendo o Estado assumido, em nome do interesse coletivo e em forma de monopólio, a administração da justiça, o lógico é pensar em um direito do cidadão em obter do Estado essa tutela, e de forma efetiva. (*Tutela judicial efectiva y mediación ...*, op.cit., p. 162-163).

<sup>559</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, “*Manual de Direito Constitucional*”. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1111,

efetivados nos casos em que forem objeto de lesão<sup>560</sup>. Elemento essencial para a administração da Justiça é o processo, ferramenta disponível para o cidadão buscar e obter a tutela de direitos e interesses legítimos violados.

Quanto ao conteúdo do direito à tutela jurisdicional efetiva, é comum afirmar-se que ele compreende três dimensões, que são o acesso a juízes e tribunais, o direito de obter destes um pronunciamento sobre a questão controvertida e o direito de ver cumprida/executada a decisão proferida<sup>561</sup>. Mais concretamente, a tutela efetiva pressupõe uma série de condições, como o direito a um juiz ordinário e predeterminado por lei, o direito à assistência jurídica técnica, o direito a um processo público, que se desenvolve sem dilações indevidas e com todas as garantias previstas em lei, o direito de utilização de todos os meios de prova permitidos em lei para a defesa da posição e, em especial no âmbito penal, os direitos de informação quanto ao conteúdo da acusação, de não declarar contra si, de não declarar-se culpado e da presunção de inocência<sup>562</sup>.

No âmbito normativo português, merece referência, desde logo, o artigo 20º da Constituição da República, cuja epígrafe é “*Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*”. Integrando a Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título I (Princípios gerais), a disposição constitucional prevê que “*1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”, o que se denomina de direito de acesso ao tribunal ou direito de ação. No nº 2 consta que “*Todos têm direito (...) à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade*”, o chamado direito ao patrocínio judiciário. Interessa também o teor do nº 4: “*Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*” - direitos a um processo equitativo efetivado em prazo razoável. Por fim, e na dicção do nº 5 do artigo 20º, “*Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*”.

Do mencionado artigo 20º da Constituição decorrem inúmeros corolários, também

---

<sup>560</sup> Na sempre pertinente observação de JORGE MIRANDA, “*o eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica*”. (*Manual de Direito Constitucional*, op.cit., p. 354).

<sup>561</sup> Nesse sentido: CONFORTI, Franco. *Tutela judicial efectiva y ...*, op. cit., p. 149.

<sup>562</sup> CONFORTI, Franco. *Tutela judicial efectiva y ...*, op. cit., p. 152-153.

positivados no texto constitucional, projetando efeitos em múltiplos âmbitos<sup>563</sup>. Podem ser destacados, já na condição de manifestações especiais de tutela jurisdicional efetiva<sup>564</sup>, e desde logo, os princípios do contraditório<sup>565</sup>, do juiz natural ou legal<sup>566</sup> e da independência dos tribunais e juízes<sup>567</sup>; também a revisão de sentenças criminais injustas<sup>568</sup>, o *habeas corpus* contra abusos no campo da liberdade de locomoção<sup>569</sup>; o direito de impugnar as normas administrativas lesivas a direitos ou interesses legalmente protegidos<sup>570</sup>, assim como o recurso de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas jurídicas<sup>571</sup>.

Por outro lado, e conforme já mencionado, decorre do direito fundamental à tutela judicial efetiva a existência de tribunais para defesa das posições jurídicas subjetivas das pessoas lesadas, cabendo aos juízes e tribunais o controle da violação da juridicidade e dirimir os conflitos de interesses<sup>572</sup>. Destaca-se, ainda, que o acesso aos tribunais não poderá ser obstado pela carência de meios econômicos, o que inclui tanto o aspecto das custas judiciais, como o patrocínio judiciário - artigo 20º, nº 2, da CRP. A efetividade da tutela jurisdicional pressupõe, também, que exista uma decisão sobre a causa em prazo razoável - nº 4 do art. 20º, incluindo medidas cautelares dotadas de celeridade e prioridade<sup>573</sup>. Cabe acrescentar, por fim, que o princípio em questão consagra a estabilidade das decisões judiciais, no sentido de não

---

<sup>563</sup> JORGE MIRANDA afirma que se trata de novos direitos fundamentais em múltiplas áreas. (*Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 354).

<sup>564</sup> OTERO, Paulo. *“Direito Constitucional Português. Vol. I - Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 94.

<sup>565</sup> Art. 32º, nº 5: *“O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”*.

<sup>566</sup> Art. 32º, nº 9: *“Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior”*.

<sup>567</sup> Art. 203º: *“Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”* e art. 216º, nº 1: *Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei”*.

<sup>568</sup> Art. 29º, nº 6: *“Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos”*.

<sup>569</sup> Art. 31º, nº 1: *“Haverá habeas corpus contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente”*.

<sup>570</sup> Art. 268º, nº 5: *“Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”*.

<sup>571</sup> Art. 280º: *“1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo”*.

<sup>572</sup> Art. 202º, nº 2: *“Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”*.

<sup>573</sup> Art. 268º, nº 4: *“É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”*.

serem passíveis de modificação depois do trânsito em julgado, e sua autoridade e prevalência sobre comandos de outras autoridades<sup>574</sup>.

Nota-se, desse modo, que o princípio da tutela jurisdicional efetiva pretende dotar os cidadãos de mecanismos para que às suas posições jurídicas subjetivas corresponda uma ação ou um meio processual de garantia junto aos tribunais<sup>575</sup>. Com essa essência - direito de acesso aos tribunais - decorre imediatamente da ideia de Estado de Direito e encerra uma dimensão prestacional sob o encargo do Estado<sup>576</sup>.

E, concretamente, ele se manifesta na forma de várias prerrogativas individuais, como o direito à informação e consulta jurídicas, o patrocínio judiciário e a assistência de advogado, o direito de obter solução judicial para litígios, em processo equitativo e de duração razoável, assim como a execução das decisões judiciais, entre outros e que, no seu conjunto, formatam um direito geral à proteção jurídica. Na síntese proposta por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>577</sup>, o direito de acesso aos tribunais positivado no nº 1 do artigo 20º da CRP, inclui quatro subdireitos ou dimensões garantísticas: o direito de ação ou direito de acesso aos tribunais, o direito ao processo perante tribunais, o direito à decisão da causa pelos tribunais e o direito à execução das decisões dos tribunais.

#### **4.3.2. Condições para compatibilizar a mediação penal com o direito à tutela jurisdicional efetiva**

A questão que se põe quando se relaciona o direito à tutela jurisdicional efetiva com a mediação em geral e também à de natureza penal é se o processo é o único modo de tutelar direitos e interesses legítimos quando lesados. O problema foi formulado, de forma precisa, por FERNANDO MARTÍN DIZ<sup>578</sup> nesses termos: “... *el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho a un único tipo de tutela (la jurisdiccional)?*”.

E a resposta a esse questionamento é, em geral, em sentido negativo. FRANCO

---

<sup>574</sup> Art. 205º, nº 2: “*As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades*”.

<sup>575</sup> OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*, op. cit., p. 94.

<sup>576</sup> Nesse sentido: FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. *Processo Temporalmente Justo e Urgência - Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 258. FRANCO CONFORTI afirma que o direito de receber a tutela judicial efetiva por parte dos órgãos responsáveis pela administração da justiça “*se há divididod em três derechos subjetivos públicos: a) ele derecho de acceso a los tribunales, b) el derecho al proceso, c) el derecho a la acción*”. (*Tutela judicial efectiva ...*, op. cit., p. 162).

<sup>577</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 409.

<sup>578</sup> “*Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia*”. In *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 23, 2014, p. 162.

CONFORTI, por exemplo, afirma que sem dúvida alguma o processo é o meio mais importante de realização coativa do direito, “... *pero no es el único médio*”<sup>579</sup>. E, em relação à possibilidade de uso da mediação para o efeito de solver conflitos, afirma que já não há discussão sobre isso, pois a mediação é instituição com natureza jurídica vocacionada para esse efeito, de modo que agora “*toca analizar el impacto de la implementación de la mediación de conflictos em el ámbito jurisdiccional, es decir, como y em qué medida se ve afectada la tutela judicial efectiva*”<sup>580</sup>.

MARIA PÉREZ-UGENA COROMINA<sup>581</sup>, analisando o tema a partir da Constituição espanhola, assevera que o direito à tutela judicial efetiva tem um correspondente mandato dirigido ao poder público para que este garanta que as pessoas, no exercício de seus direitos e interesses legítimos, obtenham dos juízes e tribunais adequada tutela quando estes forem violados. Contudo, é fato cada vez mais evidente a existência de “*sistemas alternativos de resolución de conflictos al margen del procedimiento ordinario de actuación de Jueces y Tribunales*”, acrescentando ser legítimo que as partes envolvidas em um conflito decidam, voluntariamente, no uso da sua liberdade, renunciar ao direito de submeter a controvérsia que as afeta à atividade jurisdiccional de juízes e tribunais; a ressalva, neste caso, é que “*esta renuncia no debe conllevar a una situación real de indefensión*”, ou seja, a opção por um meio alternativo à jurisdição não pode implicar em sacrifício relevante de direitos<sup>582</sup>.

No âmbito da doutrina portuguesa, PAULA COSTA E SILVA<sup>583</sup> assevera que o

---

<sup>579</sup> *Tutela judicial efectiva* ..., op. cit., p. 159.

<sup>580</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 165.

<sup>581</sup> “Garantía del Derecho a la Tutela Judicial efectiva em los Sistemas Principales de Resolución de Conflictos Alternativos: Arbitraje y Mediación”. In *Estudios de Deusto*, vol. 62/1, 2014, p. 159.

<sup>582</sup> Também FERNANDO MARTÍN DIZ aponta destaca a crescente importância que os sistemas alternativos de resolução de litígios vêm recebendo na legislação de diversos países, apontando uma confluência de fatores: “*El cambio silencioso, (...) pero ciertamente constatable, es sin duda resultado de la confluencia de diversos factores; (...) desde la recurrida alusión a la ‘crisis de la justicia’, que encierra problemas (...) como la dilación temporal de los procesos judiciales o el coste económico de los mismos, hasta el cambio social, cultural y económico de la sociedad em que vivimos, que tiende hacia formas electivas y disponibles para las personas, sencillas, no confrontativas, flexibles y ágiles de resolución del conflicto y de protección de los derechos e intereses particulares*”. Acrescenta que há um fator de ordem subjetiva que impulsiona esse movimento: “*Por encima de todas las posibles causas lógicamente destaca el apreciable, y deseado, protagonismo que todo ciudadano quiere ostentar em la resolución de sus conflictos y em la tutela de sus derechos e intereses. El ciudadano quiere ahora tener poder directo de decisión, quiere ser participe y protagonista. Ya sea eligiendo la forma de resolución del conflicto, o ya sea resolviéndolo por sí mismo. En definitiva su propósito siempre será el de acceder a la defensa y protección de sus derechos e intereses, cuando los entienda em peligro o lesionados, a través de la Justicia*”. E conclui dizendo que o fenômeno não pode ser interpretado como uma privatização da justiça: “*lo que se está produciendo es, quizá, una reintegración de la Justicia a los propios ciudadanos, que anteriormente la delegaban em el poder público y ahora quieren ir recuperando ese espacio y ese poder*”. (“Del derecho a la tutela judicial ...”, op. cit., p. 162).

<sup>583</sup> *A Nova Face da Justiça - Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 19.

direito à tutela judicial efetiva, na sua vertente de direito de acesso aos órgãos jurisdicionais e, com ele, o acesso ao direito e à justiça, encaminha-se por um novo rumo para transformar-se, paralelamente a mudanças no modelo de Justiça, em um direito de acesso à tutela jurídica de direitos e interesses em sentido amplo, sem que isso implique necessariamente que o cidadão deva acudir exclusivamente aos órgãos jurisdicionais para obter Justiça. Portanto, a tutela jurisdicional efetiva, como direito fundamental, há de expandir-se para as demais variantes que vão se integrando na administração da justiça.

Posta a questão em outros termos, podemos afirmar que a exclusividade da atuação jurisdicional implica em uma reserva de jurisdição, no sentido de que nenhuma outra autoridade, para além dos juízes e tribunais, tem o poder de solucionar conflitos com potestade e de forma definitiva. Isso, entretanto, não implica que determinadas controvérsias entre as pessoas possam ser, por opção destas, enfrentadas e solvidas por meios diferentes do processo e perante organismos não jurisdicionais, e é nesse âmbito que clamam por atenção os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, dentre os quais releva a mediação<sup>584</sup>.

Tendo isso por pressuposto, e na perspectiva de conciliar esses mecanismos com o direito à tutela judicial efetiva, o problema a ser resolvido diz com a delimitação da atuação dos juízes e tribunais nos casos em que as partes, no exercício dos direitos da liberdade e da autonomia da vontade, decidem recorrer à mediação para enfrentar e solucionar o conflito, posto que o mediador não é investido de função jurisdicional e, portanto, não tem poder soberano de decisão<sup>585</sup>. Ou seja, e de forma concreta, se juízes e tribunais poderiam fazer derivar um caso a eles apresentado para a mediação e/ou, diante da decisão das partes em optarem por ela, se lhes seria dado sindicarem o procedimento adotado e o conteúdo de eventual acordo, dando-lhe ou negando-lhe cumprimento e execução.

---

<sup>584</sup> MARIA PÉREZ-UGENA COROMINA, depois de afirmar que na atualidade já não há setor na doutrina que sustente a ilegalidade dos sistemas alternativos de resolução de conflitos, sustenta que não há “*contradicción entre un procedimiento de solución extrajudicial de conflictos y el derecho a la tutela judicial efectiva junto oc el carácter exclusivo de la función jurisdiccional de jueces y tribunales, de lamiesma forma que no se oponen un proceso público de realización de justicia com un procedimiento que tenga su base em el derecho a la libre disposición de las partes*”. (“Garantía del Derecho a la Tutela Judicial efectiva em los Sistemas Principales de Resolución de Conflictos Alternativos: Arbitraje y Mediación”. In *Estudios de Deusto*, vol. 62/1, 2014, p. 160). FERNANDO MARTÍN DÍZ assevera que “*La Administración de la Justicia debe ser integradora, puede perfectamente continuar asentada sobre la piedra angular del proceso judicial, pero se puede reforzar y fortalecer con otras opciones que la complementen, hacia las cuales se puedan derivar con total garantía y seguridad jurídica determinados conflictos*”. (“Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”. In *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 23, 2014, p. 167).

<sup>585</sup> Para MARIA PÉREZ-UGENA COROMINA “*el tema capital ... reside em delimitar que tipo de actuación corresponde a los juices y tribunales cuando los particulares han decidido la utilización de um ADR em la solución de sus conflictos...*”. (“Garantía del Derecho a la Tutela Judicial efectiva em los Sistemas Principales de Resolución de Conflictos Alternativos: Arbitraje y Mediación”. In *Estudios de Deusto*, vol. 62/1, 2014, p. 160).

A questão, no fundo, diz respeito ao princípio da voluntariedade, basilar da mediação, importando em liberdade para optar por ela e, durante o respectivo procedimento, decidir em nele permanecer e também no poder de tomar decisões quanto aos temas a serem tratados, a aceitação ou não de proposições e, fundamentalmente, sobre o conteúdo do acordo, quando a isso o procedimento conduzir. Dada a ampla liberdade das partes quanto a todas essas questões, surge e tem importância a pergunta sobre a possibilidade de ser tanto o procedimento quanto o conteúdo do acordo submetido aos canais oficiais da jurisdição e neles serem objeto de controle e sindicância.

Desde logo, seria totalmente ofensiva ao princípio da tutela jurisdicional efetiva uma asserção no sentido de o procedimento da mediação e o conteúdo do acordo serem imunes ao mencionado controle. Há ampla clareza para todos os que se ocupam do tema que a liberdade das partes que optam pela mediação é uma liberdade regrada, não absoluta, que somente pode ser exercida no interior do quadro posto pela normatividade jurídica.

Por isso e como consequência, cabe ao Estado, por meio dos órgãos responsáveis pela administração da justiça, e como parte integrante do exercício do poder judicial, garantir a preservação dos direitos fundamentais das pessoas que se submeteram ao procedimento de mediação; disso decorre que este é passível de análise e sindicância por parte do poder público, negando-lhe validade caso constate que foram preteridos, de forma relevante, direitos que seriam preservados se o conflito fosse submetido à atuação jurisdicional.

A mesma asserção é válida para o conteúdo de eventual acordo, que não há de ser homologado e cumprido caso importe em obrigações ilegais ou excessivamente gravosas para uma das partes.

Em síntese, as condições para que a mediação penal não afete o direito à tutela judicial efetiva podem ser enunciadas desse modo: a) no respectivo procedimento devem ser preservados os direitos fundamentais típicos e próprios do processo judicial, para todos os intervenientes; b) a opção pela mediação não poderá importar em vedação de submeter o conflito ao poder judicial e, c) deve ser permitido que o poder público avalie o procedimento e o conteúdo do acordo, pois a mediação, ainda que na sua forma extrajudicial, não é imune a controles por parte do Estado. Conforme corretamente aponta MARIA PÉREZ-UGENA COROMINA<sup>586</sup>, a função do Estado não é só oferecer um sistema de justiça que permita uma tutela efetiva de direitos, devendo também promover a liberdade de forma real e efetiva, o que,

---

<sup>586</sup> “Garantía del Derecho a la Tutela Judicial...”, op. cit., p. 161.

no âmbito da resolução de conflitos, “*supone permitir y favorecer que de la propira sociedade emerjan instituciones alternativas que ... permitan una conexión entre ámbitos público y privado en la capacidad de resolver conflictos, siempre que cumplan las garantías constitucionales*”<sup>587</sup>. E toda vez que houver opção pela mediação, deve haver mecanismos de controle estatal do procedimento adotado nesse âmbito.

Aliás, tendo por alicerce tal compreensão, FERNANDO MARTÍN DIZ<sup>588</sup> propõe que o direito à tutela jurisdicional efetiva seja compreendido como um direito à tutela efetiva da justiça: “*un derecho fundamental constitucional, con carácter de derecho prestacional, de configuración legal*”, e que seja assentando em um sistema público de “*Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos em cuanto realización de la justicia*”. Ou seja, o âmbito de incidência do princípio abrangência não apenas a tutela jurisdicional, mas a tutela de direitos e interesses por qualquer meio de resolução de conflitos contemplado na legislação.

Portanto, podemos afirmar que o controle das atividades realizadas a título de resolução alternativa (ao processo) de conflitos integra o conteúdo essencial do direito à tutela judicial efetiva, sem que isso afete a liberdade e a vontade das partes, uma das características da mediação; a preservação dos direitos da igualdade das partes, da audiência, ao contraditório e defesa, entre tantos outros, deve ser comum a qualquer procedimento de solução de controvérsias, jurisdicional ou não e, neste último caso, é dos juízes e tribunais a função de controle e sindicância sobre o procedimento e o conteúdo do acordo, tutelando, ainda que *a posteriori*, de forma efetiva os direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

E na relação entre a mediação penal e o princípio em análise, mostra total pertinência a lição de PABLO SÁNCHEZ MARTÍN<sup>589</sup> quando afirma que o procedimento de mediação e

---

<sup>587</sup> Em linha idêntica, FERNANDO MARTÍN DIZ afirma que “*La Administración de la Justicia, en sistemas democráticos y constitucionales, (...) ha de ser, y debe seguir siendo, un servicio ofrecido desde la estructura del poder público, expresión del ejercicio de los poderes del Estado, pero ha de transitar hacia una concepción amplia e integradora de las nuevas formas de solución de conflictos que se van asentando legalmente. La Administración de la Justicia no puede sostenerse de forma casi única y prácticamente exclusiva sobre el proceso judicial, sino que como servicio público ha de ser eficiente, y a día de hoy todo ello pasa, entre otras condiciones, por dar cabida a las alternativas que también ofrecen vías de solución pacífica y legal de disputas a los ciudadanos*”. E conclui: “*Al fin y al cabo el resultado final debe ser el mismo: hacer Justicia, esto es, dar o reconocer a cada uno lo que legalmente le corresponde*”. (“Del derecho a la tutela judicial ...”, op. cit., p. 168).

<sup>588</sup> “Del derecho a la tutela judicial ...”, op. cit., p. 169.

<sup>589</sup> “La mediación en la mente del legislador”. In *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, p. 12. Literalmente: “*No cabe duda de que procedimiento de mediación y proceso judicial han de ser absolutamente compatibles, en el sentido de que no puede obligarse a nadie que acuda a la mediación para solventar sus controversias, pero tampoco pueden ponerse trabas a quien decida acudir a los tribunales para obtener un pronunciamiento judicial*,

o processo judicial devem ser compatíveis entre si, no sentido de que ninguém pode ser obrigado a acudir à mediação para resolver suas controvérsias, assim como não pode haver obstáculos para quem quer acudir aos tribunais e obter um pronunciamento judicial, pois isso atentaria contra a tutela judicial efetiva. E, ainda segundo o autor, deve-se levar em consideração que procedimento judicial e mediação são dois sistemas de resolução de conflitos perfeitamente válidos, mas muito diferentes entre si, e as partes devem ter a liberdade de optar por uma ou por outra dessas vias.

Em conclusão do tópico: não há incompatibilidades entre a mediação penal e o princípio da tutela judicial efetiva, desde que, concretamente, sejam observadas as condições antes enunciadas e, de forma especial, que o procedimento e o conteúdo do acordo sejam passíveis de controle estatal.

#### **4.4. A mediação penal e o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso e como proibição da proteção deficiente/insuficiente**

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, apresenta duas dimensões claramente definidas, uma negativa e outra positiva, que identificaremos brevemente a seguir. Desde logo, consignamos que, para a presente pesquisa, a relevância desta temática situa-se em dois pontos principais; de um lado, e quanto à vertente negativa, interessa saber se a mediação penal guarda compatibilidade com os princípios e garantias processuais e às condições para que ela não importe em restrição indevida a esses postulados. Por outro lado, e na sua dimensão positiva, importa definir parâmetros para que a mediação penal configure uma resposta suficiente para a proteção estatal das vítimas de violência conjugal. É o que faremos nas linhas que seguem.

##### **4.4.1. Dimensão negativa do princípio da proporcionalidade - proibição do excesso**

Inicialmente, faz-se necessário delimitar um significado mínimo para as locuções proporcionalidade em sentido amplo e proibição do excesso, pois ambas são encontradas na doutrina com aparente similitude de acepções. Sobre isso, JORGE REIS NOVAIS<sup>590</sup> esclarece haver oscilação entre a terminologia ‘proibição do excesso’ e ‘proporcionalidade’ e que,

---

*pues ello atentaría contra la tutela judicial efectiva. No puede olvidarse que procedimiento judicial y mediación son dos sistemas de resolución de conflictos perfectamente válidos, pero muy diferentes entre sí, y que han de ser totalmente compatibles, en el sentido de que las partes puedan optar libremente por acudir a una u otra vía”.*

<sup>590</sup> *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 161 e seguintes.

inclusive, a mais vulgarizada é esta última, nas suas várias dimensões. Textualmente, diz que

*“a designação mais utilizada quando se trata de encontrar uma denominação abrangente da generalidade dos controlos e parâmetros constitucionais relacionados com a adequação substancial de uma medida restritiva da liberdade não é, aqui, a da proibição do excesso, mas antes a da proporcionalidade”.*

A aparente confusão parece advir da circunstância de que um dos elementos ou subprincípios da proporcionalidade é a ‘proporcionalidade em sentido estrito’; esta, efetivamente, não poder ser confundida com a proibição do excesso, havendo uma relação de gênero e espécie - a proibição do excesso é o gênero e a proporcionalidade em sentido estrito a espécie. É por isso que JORGE REIS NOVAIS<sup>591</sup> faz opção pela expressão “proibição do excesso”, pois “... pensamos ser mais feliz a proposta, originária de LERCHE, de tomar o princípio da proibição do excesso como o princípio mais abrangente onde se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade”. Por isso, “preferimos considerar a proibição do excesso (...) como princípio-base em que se integram os diferentes elementos constitutivos...”, quais sejam, a idoneidade ou da aptidão, a indispensabilidade ou meio menos restritivo, a proporcionalidade, a razoabilidade e a determinabilidade<sup>592</sup>. Para além dessa proposição, a outra refere-se ao conteúdo que a seguir indicaremos com o signo de proporcionalidade em sentido amplo, segmentado em três subprincípios, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Feito esse esclarecimento inicial, consignamos que a ideia de proporcionalidade, na sua acepção jurídica, diz respeito a um paradigma relacionado ao controle de medidas restritivas de direitos fundamentais e, associada à metodologia da ponderação de bens<sup>593</sup>, constitui

---

<sup>591</sup> *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 163 e seguintes.

<sup>592</sup> Segundo o autor, ainda, esta decomposição do princípio oferta a vantagem de permitir “um escalonamento dos controlos num processo de filtragem sucessiva que vai eliminando, nas suas primeiras fases, os candidatos relativamente aos quais o apuramento de eventual excesso ou desproporcionalidade é mais imediata e objectivamente determinável, seleccionando para a última fase só os candidatos que já passaram os testes da idoneidade e indispensabilidade”. Por fim, “a distinção terminológica entre proibição do excesso, como conceito mais abrangente, e princípio da proporcionalidade, como um de seus elementos, permite separar, com mais clareza, as diferentes fases do controlo em função da sua natureza”. (*Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 164, 165 e 166)

<sup>593</sup> É tema com significativa extensão e refoge ao âmbito da presente pesquisa. Em perspectiva sintética: pode ocorrer, em determinada situação concreta, colisão entre direitos fundamentais, no sentido de não haver condições de fazer incidir ambos ao caso, e a aplicação de ambos conduziria a resultados contraditórios, como quando algo é proibido por um princípio e permitido por outro. Em hipóteses assim, é necessário fazer um deles ceder, sem declará-lo inválido, apenas com menor força para o caso. Portanto, quando considerados isoladamente os princípios conduzem a uma contradição, é típico caso de colisão, e a solução preconizada, por meio da ponderação dos valores que subjazem à situação, é estabelecer uma relação de precedência entre eles, a partir das circunstâncias concretas do caso; por essa via, os princípios, que em abstrato estão no mesmo nível, podem ter pesos diferentes em relação ao caso e um deles ter preferência. Uma das referências doutrinárias mais importantes sobre o tema é

referência fundamental para a análise da adequação constitucional da atuação geral dos poderes públicos. Este princípio, portanto, e com esse significado, oferta instrumentos essenciais para a aferição da constitucionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais, configurando-se, pois, numa ferramenta indispensável para essa avaliação, o que, por sua vez, é determinado pela relevância que os direitos fundamentais ostentam no Estado de Direito, bem como pela particular configuração que nele têm as relações entre Estado e indivíduos<sup>594</sup>.

O desenvolvimento histórico dessa noção de proporcionalidade é paralelo ao caminhar das preocupações com a defesa dos direitos, garantias liberdades em face do arbítrio estatal. Mais concretamente, pode-se situar a fonte do instituto no movimento de superação do Estado Absolutista, patrocinado pela classe burguesa e centrado na preocupação de limitar e controlar o poder de coação do Monarca que, naquele modelo de Estado, não conhecia limites, nem era baseado em parâmetros de justiça e proporcionalidade<sup>595</sup>. Nessa linha de pensamento, o nascimento da proporcionalidade enquanto princípio jurídico é correlacionado com a noção de garantir a liberdade individual em face dos interesses da Administração e, com tal característica, liga-se, ontologicamente, ao jusnaturalismo que vicejou na Europa Continental nos séculos XVI a XVIII<sup>596</sup>.

---

ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Consultamos a 2ª ed. brasileira, trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

<sup>594</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 164.

<sup>595</sup> GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 28.

<sup>596</sup> O jusnaturalismo é doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um “direito natural”, isto é, um sistema de normas de conduta diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural teria validade em si, seria anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deveria prevalecer. O Jusnaturalismo é, por isso, uma doutrina antitética à do “positivismo jurídico”, segundo a qual só há um direito, o estabelecido pelo Estado, cuja validade independe de qualquer referência a valores éticos. Na realidade, há diversos jusnaturalismos, e a distinção entre as várias linhas de pensamento diz respeito ao fundamento do direito natural; na Grécia antiga havia a referência ao “justo por natureza” em contraposição ao “justo por lei” (essa distinção é clara em “Antígona”, de Sófocles); os Estóicos, também na Grécia, faziam referência a uma lei universal, racional e imanente, e que governava toda a natureza; Cícero, por influência dos Estóicos, falava de uma lei “verdadeira”, conforme à razão humana, gravada na alma humana, imutável e eterna e que não muda com os países e com os tempos, precede toda lei escrita e a Constituição de qualquer Estado e que o homem não pode violar esta lei sem renegar a própria natureza humana; no âmbito da Doutrina da Igreja, Santo Agostinho identificou na razão e inteligência humana o ponto de contato do Homem com Deus e fazendo residir nisso a dignidade humana, e Santo Isidro de Sevilha, considerado a ponte entre a cultura clássica grega e romana e a Idade Média, há a ideia de que a razão humana é a fonte da lei; a Idade Média desenvolveu a doutrina de um direito natural que se identificava com a lei revelada por Deus a Moisés e com o Evangelho, ideia difundida sobretudo por Graciano (século XII) e seus comentaristas; outro pensador essencial na doutrina da Igreja, Santo Tomás de Aquino (século XIII) entendeu como “lei natural” aquela fração da ordem imposta pela mente de Deus, governador do universo, que se acha presente na razão do homem: uma norma, portanto, racional; a consequência que ele extraía dessa “lei natural”, e que já estava presente em Santo Agostinho, é a de que uma lei positiva, diversa do direito natural e, por isso, injusta, não é uma verdadeira lei e não obriga. Ainda no âmbito do pensamento teológico, na tardia Idade Média, as percepções de Tomás de Aquino foram impugnadas pelas correntes voluntaristas, que tiveram seu maior expoente em Guilherme de Occam (século XIV); para estas correntes, o direito natural é, sem dúvida, ditado pela razão, mas a razão não é senão o meio que notifica ao homem a vontade

Portanto, a proporcionalidade foi desenvolvida como ferramenta argumentativa para enfrentar a ilimitação do Poder Monárquico e veio lastreada na percepção ideológica e filosófica que advogava a existência de uma ordem de valores imanescentes ao ser humano, e que garante uma esfera de liberdade individual intangível e oponível ao soberano<sup>597</sup>.

Com essa marca de nascença, a proporcionalidade trilhou caminhos diferentes nos diversos países e assumiu significados também diversos; mas, no geral, percebe-se que inicialmente impunha limites à atuação da Administração Pública e, nesse contexto, experimentou forte desenvolvimento no Direito Administrativo<sup>598</sup> para, posteriormente, migrar

---

de Deus, que pode, por conseguinte, modificar o direito natural a seu arbítrio. O que se denomina de “jusnaturalismo moderno” é aquele que, principalmente no século XVIII, assumiu características acentuadamente laicas e, no campo político, liberais, e procede, em grande parte, da doutrina estoíco-ciceroniana do direito natural. A obra usualmente indicada como marco do nascimento do Jusnaturalismo moderno é a do holandês Huig de Groot (Grócio), “*De iure belli ac pacis*” de 1625. Nesta obra, ao pôr o direito natural como fundamento de um direito que pudesse ser reconhecido como válido por todos os povos, Grócio afirmou que tal direito é ditado pela razão, sendo independente não só da vontade de Deus como também da sua própria existência, expressão precursora da cultura laica e anti-teológica que se afirmaria mais tarde. Embora, no essencial, repetisse noções que já haviam vicejado no passado, é certo que com base nelas difundiu-se a ideia de um “direito natural” como não sendo “sobrenatural”, um direito que tinha a sua fonte exclusiva de validade na sua conformidade com a razão humana. Esse conceito de direito natural influiu na difusão da ideia da necessidade de se adequar o direito positivo e a Constituição política dos Estados, bem como a da legitimidade da desobediência e resistência a Constituições que não se lhe adaptassem. Com tal base, o jusnaturalismo moderno pode ser descrito, sem pretensão de esgotamento, com as seguintes características: a) ressalta o aspecto subjetivo do direito, o que se traduz na concepção de direitos inatos do Homem que lhe são atribuídos pela razão; b) como consequência, consegue moldar as doutrinas políticas de tendência individualista e liberal, acentuando a necessidade do respeito por parte da autoridade política daqueles que são declarados direitos inatos do indivíduo; c) o Estado é visto como obra voluntária dos indivíduos (formado por um contrato social por meio do qual abandonam o estado de natureza e fazem surgir o Estado dotado de autoridade, especialmente para tutelar e garantir os seus direitos naturais/inatos). Portanto, razão, direitos inatos, estado de natureza (caracterizado de modo diverso pelos autores) e contrato social são os conceitos básicos do jusnaturalismo moderno. As teorizações foram feitas no interior do que posteriormente se chamou de “Escola Clássica do Direito Natural”, podendo-se citar, entre outros e além de Grócio, Locke, Milton, Pufendorf, Cumberland, Tomás, Barbeyrac, Wolff, Burlamaqui, Vattel, Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Kant como os principais expoentes. (OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I, 2ª Reimpressão da Edição de 2007, Coimbra: Almedina, 2016, p. 90/91; BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, op. cit., p. 655 e seguintes, verbete “Jusnaturalismo”).

<sup>597</sup> É claro que se trata da liberdade conveniente à classe burguesa: liberdade pessoal, liberdade de contratar e de comerciar, bem como a intangibilidade da propriedade privada.

<sup>598</sup> Apenas para exemplificar, em França desenvolveu-se um regime de forte fiança no legislador e, portanto, também na lei: esta, por ser obra do parlamento legitimado pelo povo, haveria de ser respeitada a qualquer custo, e isso em nome da segurança jurídica e estabilidade da vida pública. Essa ideia de legalidade absoluta foi traduzida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, no art. 5º, proclamava que “*A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena*”; no que interessa ao campo penal, o art. 7º da referida Declaração consignava que “*Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta escritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados...*”. Tais ditames foram repetidos na Constituição de 1791, estabelecendo-se verdadeiro dogma da superioridade da lei o que, também, representou uma hegemonia do Parlamento em relação aos juízes, vistos com muita desconfiança pela vinculação com o *ancien regime*; outra consequência direta disso foi que o controle do arbítrio do poder público desenvolveu-se no âmbito do Direito Administrativo, muito por obra do *Conséil D’Etat*, inicialmente e contraditoriamente vinculado ao Poder Executivo, mas que foi responsável pelo desenvolvimento de padrões teóricos voltados a frear o arbítrio administrativo, e nesse caminho as noções de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas foram a chave para impedir o arbítrio sob o manto da

para o âmbito do Direito Constitucional e tornar-se padrão de análise da atuação também do legislador que, embora dotado de liberdade de conformação da legislação, quando edita normas restritivas de direitos fundamentais não está ileso de questionamentos, que se fazem no campo da adequação da restrição ao sistema protetivo de direitos fundamentais insculpido na Constituição<sup>599</sup>.

Numa palavra, a proporcionalidade em sentido amplo oferta parâmetros para avaliar a atuação em geral dos poderes públicos e a constitucionalidade das leis, sendo que neste campo serve de instrumento de detecção de eventuais vícios substanciais em normas restritivas de direitos fundamentais, superando a perspectiva tradicional que analisa a compatibilidade constitucional de normas legais sob o ponto de vista meramente lógico-formal, e permite balizar, sob uma perspectiva material e finalística, as opções do legislador quando em causa estejam limitações a direitos fundamentais<sup>600</sup>.

Por fim, e como já mencionado, essa avaliação é feita a partir de três elementos, que são:

a) idoneidade, adequação ou aptidão, a significar que as medidas restritivas de direitos fundamentais devem ter a aptidão e idoneidade de concretizar o objetivo ou o fim perseguido e que as motivou; ou, pelo menos, contribuir de forma decisiva para essa efetivação<sup>601</sup>. Na base dessa asserção, há a ideia de que a medida restritiva é um meio para alcançar determinado fim, e para preencher esse requisito, deve haver nela utilidade para alcançar o desiderato que a determinou; caso não seja, há uma primeira barreira para se considerar legítima a intervenção no direito fundamental;

b) necessidade ou indispensabilidade, elemento cuja importância se acentua quando houver mais de um meio idôneo para alcançar o fim visado com a restrição, ou seja, esse

---

legalidade. (BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 37/40).

<sup>599</sup> Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, “O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do Estado o considera, já no século XVIII, como máxima supra-positiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no Direito Administrativo como princípio do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional”. (*Direito Constitucional ...*, op. cit., p. 259).

<sup>600</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 261/263.

<sup>601</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 167. Para SUZANA DE TOLEDO BARROS, a indagação que se faz para auscultar o preenchimento desse elemento pode ser formulada desse modo: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido? (*O princípio da proporcionalidade ...*, op. cit., p. 74).

elemento da proporcionalidade tem valor naqueles casos em que, para alcançar o fim almejado com a medida restritiva, cabe escalar mais de um meio igualmente idôneo. Compara-se, pois, meios igualmente eficazes, e o comando decorrente da presente máxima é a obrigação de optar pelo meio que produza efeitos menos restritivos, isto é, seja menos agressivo;

c) proporcionalidade em sentido estrito, máxima que diz respeito à justiça da medida ou relação de adequação entre os bens e interesses em colisão, ou ainda, à proporção entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela buscado. É um exercício de comparação entre dois bens, aquele que se pretende alcançar com a restrição a direito fundamental e aquele que se sacrifica ou afeta desvantajosamente.

Como já mencionado, JORGE REIS NOVAIS, sob o signo genérico de proibição do excesso, identifica os subprincípios da idoneidade ou da aptidão, da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, da proporcionalidade, da razoabilidade e da determinabilidade<sup>602</sup>. A descrição dos três primeiros coincide com o que, sucintamente, indicamos acima. A razoabilidade é ferramenta para analisar uma imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade “*na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afectado*”<sup>603</sup>. Por fim, a determinabilidade diz respeito ao carácter abstrato e geral das leis restritivas de direitos; mesmo que assim sejam elas, as medidas concretas por meio delas veiculadas devem ser precisas, claramente reconhecidas e previsíveis, tanto no conteúdo quanto nos seus efeitos, pois “*a determinabilidade das restrições e intervenções restritivas da liberdade é um pressuposto da existência de uma relação equilibrada entre Estado e cidadão*”, além de “*um factor de garantia da protecção da confiança e da segurança jurídica*”<sup>604</sup>.

Com estes pressupostos conceituais acerca desta vertente do princípio da proporcionalidade, nas linhas que seguiremos abordaremos a questão que diz com a compatibilidade, ou não, da mediação penal com os princípios penais de garantia e das garantais processuais, que representam os limites a serem observados na atuação estatal de persecução criminal, na exata medida em que correspondem aos direitos fundamentais do cidadão a quem

---

<sup>602</sup> *Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., pp. 162-193.

<sup>603</sup> *Idem*, ibidem, p. 187. O autor explica que uma restrição pode ser adequada ou, pelo menos, não desproporcional, mas e ao mesmo tempo “*constituir, por si só, uma afectação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjetividade. Basta, para tanto, que a medida em causa coloque os afectados, ou algum deles, numa situação quantitativa ou qualitativamente desrazoável à luz dos ditames da protecção da liberdade e autonomia individual e do relacionamento Estado/cidadão em Estado de Direito*”.

<sup>604</sup> *Os Princípios Constitucionais ...*, op. cit., p. 191.

se imputa a prática de infração penal. A questão que se põe é se e em qual medida o manejo da mediação pode importar em restrição a estas garantias e as condições que devem ser observadas para a legitimidade do procedimento.

#### **4.4.1.1. A (in)compatibilidade da mediação penal com princípios penais de garantia**

Questão das mais relevantes a discutir quando se estuda a mediação penal é sobre uma possível articulação desse instituto com os fundamentos clássicos que informam as ciências penais e os sistemas de justiça, bem como com as garantias processuais daquele que figura como autor de um crime e por ele é investigado ou processado. Na perspectiva da proporcionalidade compreendida como proibição do excesso, foram estas garantias que ao longo do tempo se estabeleceram como efetivos limites da atuação estatal no campo da restrição ao direito fundamental da liberdade em nome da repressão de crime e a consequente imposição de sanções penais.

A informalização do procedimento da mediação, o incremento do protagonismo da vítima, a possibilidade de disposição sobre o objeto do conflito nascido de um crime e a liberdade que as partes têm para definir o conteúdo da reparação são as questões principais que nesse contexto são mobilizadas.

No âmbito dos princípios que informam o início do processo ou a promoção processual, cobram especial atenção os da oficialidade, da legalidade e da oportunidade. É que a possibilidade de inserir a mediação penal no panorama do processo penal nasce da conjugação entre estes três princípios, surgindo questões que enfocam a harmonização possível da mediação, como mecanismo autocompositivo de resolução de conflitos, com o sistema penal assentado na necessidade do processo para construir uma resposta penal para o crime.

Já em outro campo, o tema objeto de discussão é a compatibilidade da mediação penal com as garantias processuais que os sistemas normativos ofertam ao arguido/acusado, na forma de direitos fundamentais individuais. Interessam, de forma especial, as possibilidades de preservação da presunção de inocência, da não autoincriminação [ou direito de não se declarar culpado] e o direito ao silêncio [ou de não ser obrigado a confessar], que serão objeto de abordagem específica na sequência<sup>605</sup>.

---

<sup>605</sup> Em Portugal, as garantias a serem resguardadas no processo criminal estão reunidas no art. 32º da Constituição da República; destaca-se que “1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. 3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser

Eis o panorama das páginas que seguem.

#### **4.4.1.1.1. Os princípios da oficialidade, da legalidade e da oportunidade**

Trata-se, como dissemos, de princípios que informam o início do processo, a promoção processual; embora com significados próprios e distintos entre si, são complementares e, por isso, autorizam abordagem que os relaciona.

Do princípio da oficialidade decorre o caráter público do Direito Penal, assim como do Processo Penal. Com efeito, e no geral dos Estados, são instituídos organismos públicos para o exercício das atividades de investigação de crimes, da formulação da acusação e do julgamento dos respectivos agentes/autores - como regra, órgãos de polícia criminal, Ministério Público e entidades judiciárias. Nas certas palavras de PAULO DE SOUSA MENDES,

*“a oficialidade significa que a promoção processual das infrações é tarefa estatal, a realizar oficiosamente e, portanto, em completa independência da vontade e da atuação de quaisquer particulares. O fundamento do princípio é a conceção do processo penal como assunto da comunidade jurídica, representada pelo Estado”<sup>606</sup>.*

Tratando-se, portanto, de uma atividade pública, a iniciativa para ela é destes organismos, particularmente o Ministério Público<sup>607</sup>, que atuam de forma oficiosa, sem e às vezes à margem da vontade dos particulares envolvidos na relação conflituosa nascida do crime - vítima/ofendido e autor; ou seja, atuam sem necessidade de participação ou de impulso por quem quer que seja, agindo de forma autônoma até determinar se o crime efetivamente ocorreu e por quem foi praticado; na fase seguinte, há a decisão de submeter ou não o agente a julgamento e, formulada a acusação, caminha-se para o processo e nele até um provimento final.

Em síntese, desde a notícia do crime até o julgamento, toda atividade necessária desenvolve-se oficiosamente, por órgãos ou entidades pertencentes ao Estado, detentor exclusivo do poder soberano de investigar, acusar e julgar. A promoção processual, portanto, é

---

*por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória. (...) 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. (...) 7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei. 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. 9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. (...)”.*

<sup>606</sup> Lições de Direito Processual Penal., op. cit., p. 277.

<sup>607</sup> PAULO DE SOUSA MENDES afirma que a violação do princípio da legalidade, “... designadamente a promoção do processo sem a participação do MP, acarreta como consequência a nulidade insanável...”. (Lições de Direito Processual Penal, op. cit., p. 277).

regida pelo princípio da oficialidade - exercida por órgãos oficiais do Estado, criados especialmente para esse fim - que reflete o carácter público dessa atividade.

Importa consignar que, no aspecto da iniciativa para a promoção processual, há algumas relativizações do princípio da oficialidade; é o que ocorre nos crimes particulares, em relação aos quais o particular - em regra o ofendido - deve tomar a iniciativa de dar deles conhecimento para a realização do inquérito e, constituir-se assistente e deduzir acusação, e eventual inércia é causa de arquivamento. Neste caso, a oficialidade é substituída pelo princípio da acusação privada<sup>608</sup>.

Nos crimes semipúblicos, o ofendido tem em mãos o poder de decidir se apresenta queixa; mas, quando e a partir do momento em que o faz, o Estado assume as rédeas do procedimento como se fosse um crime público, desde o inquérito até ao julgamento.

Já o princípio da legalidade, enquanto diretriz a orientar a iniciativa ou promoção processual<sup>609</sup>, traduz-se na obrigatoriedade de agir, que é direcionada aos organismos estatais antes referidos e, de forma especial, ao Ministério Público; ou seja, nomeadamente quando em causa crime público, aponta-se para um dever quanto à investigação<sup>610</sup> e, sendo o caso - indícios suficientes de se ter verificado o crime e quem foi o seu agente -, de dedução da acusação pelo Ministério Público<sup>611</sup>, que também deverá sustentá-la, no sentido de dela não poder desistir<sup>612</sup>. A legalidade ainda determina o impulso oficioso e sucessivo da causa, até o seu julgamento.

---

<sup>608</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*, op. cit., p. 277.

<sup>609</sup> O princípio da legalidade projeta efeitos importantes também para o Direito Penal; tal qual formatado nesse campo, dele decorre que somente as condutas humanas inscritas em lei como crimes podem ser assim consideradas, o que também vale para as sanções; crimes e penas, portanto, estão submetidos à reserva legal, e a locução latina que encerra este significado é *nullum crimen, nulla poena sine lege*; trata-se de norma voltada para submeter os Poderes do Estado ao império da lei e, de forma especial, uma garantia do indivíduo frente ao poder punitivo por ele exercido. Na já clássica formulação de CESARE BECCARIA, “... só as leis podem decretar as penas para os delitos. Esta autoridade não pode residir se não no legislador, que representa toda sociedade organizada por um contrato social”. (*Dos Delitos e das Penas*, trad. José de Faria da Costa, 4ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 36). Além da reserva legal, integra o conteúdo substancial do princípio da legalidade a determinação taxativa, significando que as leis penais devem ser claras, certas e precisas, comando dirigido ao legislador para que, na edição de leis penais incriminadoras, evite o uso de expressões ambíguas, equívocas e vagas, que possam demandar interpretações contrastantes. Por fim, também é corolário da do princípio da legalidade no âmbito substantivo a irretroatividade da lei penal, no sentido de que ela só pode alcançar atos cometidos depois do início da sua vigência, sendo inaplicável a fatos anteriores, a não ser que a lei nova seja benéfica ao agente. Em formulação sintética: ninguém pode ser condenado ou punido por ações ou omissões que, quando ocorreram, não se constituíam em delitos, de acordo com a legislação então vigente.

<sup>610</sup> No nº 2 do art. 262 do Código de Processo Penal português consta que “*Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito*”.

<sup>611</sup> O nº 1 do art. 282 do CPP português estabelece que “*Se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, deduz acusação contra aquele*”.

<sup>612</sup> Consta no art. 53º, nº 2, do Código de Processo Penal de Portugal que “*Compete em especial ao Ministério Público: (...) c) Deduzir acusação e sustentá-la efetivamente na instrução e no julgamento*”.

PAULO DE SOUSA MENDES explica que o princípio da legalidade, neste contexto, “... significa que a atividade investigatória se desenvolve sob o signo da estrita vinculação à lei e não segundo considerações de conveniência de qualquer ordem ...”.

Prossegue o Professor afirmando que ...

*“Em processo penal, o MP está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos factuais e jurídicos, substantivos e processuais, tenha tido conhecimento. Portanto, a promoção do processo penal é um dever para o MP”*. Além disso, *“o fundamento do princípio é a igualdade na aplicação da lei a todos os cidadãos, que é uma ideia estruturante do Estado de Direito”*<sup>613</sup>.

As consequências de ordem prática da legalidade traduzem-se em dever de investigação quando a ocorrência de crime é reportada ao órgão por ela responsável; presentes as condições para instaurar uma ação penal, o Órgão com competência para fazê-lo (no geral, o Ministério Público) não dispõe de discricionariedade ou liberdade de decisão acerca da conveniência ou oportunidade de propor a ação. Em causa está um interesse público de evitar a impunidade de quem praticou a infração penal<sup>614</sup>.

O princípio da legalidade, portanto, na sua feição processual, determina a obrigatoriedade da atuação estatal para a repressão ao crime; editada a necessária norma que prevê condutas como criminosas e as respectivas penas e, incorrendo alguém no comportamento agora proibido, surge para o Estado o poder/dever de promover um procedimento destinado a comprovar a ocorrência do fato criminoso e sua autoria, bem como a permitir o exercício da defesa por parte do arguido e, ao final, presentes determinadas condições, punir o autor do crime, nos limites também previstos na mencionada lei incriminadora.

Essa atividade, designada como de aplicação da lei penal, é um dever para os

---

<sup>613</sup> *Lições de Direito Processual Penal, op. cit.*, p. 280. Para além da igualdade, ou interligada com esta, há referências à segurança jurídica como um fundamento para a legalidade processual. CARLOS VAQUERO LÓPEZ, por exemplo, afirma que “... por medio de la restricción de los espacios de actuación discrecional de los órganos de persecución del Estado y com el fin de garantizar la igualdad de tratamiento entre los ciudadanos, se confiere a la seguridad jurídica status de valor absoluto y, por esta razón, innegociable. En definitiva, la seguridad jurídica se traduce en una exigencia imprescindible a la realización de la justicia material en el marco de los Estados democráticos de Derecho. A la seguridad jurídica se le atribuye un valor de garantía en los órdenes jurídicos democráticos”. (“Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria”. In *Revista de Mediación*. Ano 6, nº 11, 2012, p. 9-10.

<sup>614</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS, a esse propósito, ensina que a decisão do Ministério Público em promover ou não um processo não pode em caso algum ser comandada por uma discricionariedade livre, por convicções próprias ou por comandos de consciência ética. (“Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 17, 2007, p. 205).

organismos dela encarregados<sup>615</sup>. É que, e no geral, os sistemas jurídicos assumem a noção de que os delitos não podem ficar impunes<sup>616</sup>, sob pena de frustrar a pretensão de eficácia preventiva cobrada do Direito Penal; a impunidade, de fato, gera a perda da força intimidatória da lei penal. Nessa lógica, praticada infração penal, a sanção prevista em lei deve segui-la como certa<sup>617</sup>. Portanto, há um interesse público em punir as condutas catalogadas em lei como crime, em função da reprovação social inerente a elas, sinalizada pelo Poder Legislativo ao editar a mencionada lei<sup>618</sup>. Sob essa perspectiva, punir os infratores é acima de tudo uma necessidade.

E, na formatação dos sistemas prevalentes, pelo menos no Continente Europeu, a atividade destinada a apurar a prática da infração penal e punir os culpados é atribuição exclusiva do Estado e que a executa como expressão de um *jus puniendi*. Contudo, e na medida em que somente ele pode fazê-lo, torna-se, mais que um direito de punir, um verdadeiro dever de agir<sup>619</sup>, resultando que o processo, seu objeto, os atos que o conformam e a sentença não estão subordinados ao poder de disposição dos sujeitos jurídicos que operam o sistema<sup>620</sup>. Com essa feição, a legalidade/obrigatoriedade conjuga-se com o princípio da exclusividade: tratando-se de atividade exercida em forma de monopólio, há uma obrigação de agir.

Por fim, e interligadas com ambas - legalidade e exclusividade -, nascem a) a indisponibilidade da atividade persecutória, no sentido de ela não poder ser paralisada, mediante desistência de quem a promove - indesistibilidade<sup>621</sup>; b) a necessidade do processo, visto como instrumento exclusivo para o manejo da ação penal e de concretização do *jus puniendi* do Estado

---

<sup>615</sup> Nas exatas palavras de JULIO MUERZA ESPARZA, o princípio da legalidade “... significa que el proceso penal debe ser incoado tan pronto se tenga conocimiento de la existencia de un hecho con apariencia de delito, siguiendo lo previsto por el ordenamiento jurídico”. (“La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro”. In *Revista Electrónica del Departamento de Derecho* de la Universidad de La Rioja, nº 9, 2011, p. 192).

<sup>616</sup> A expressão latina que designa este princípio é *nec delicta maneant impunita*.

<sup>617</sup> Lê-se em BECCARIA que “... *Importa que nenhum delito conhecido fique impune; (...). Um crime já cometido, para o qual já não há remédio, só pode ser punido pela sociedade política para impedir que os outros homens cometam outros semelhantes pela esperança da impunidade*”. Em outra passagem, sentencia que “*Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, (...). A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade*”. (*Dos Delitos e das Penas*, op. cit., p. 48 e 67).

<sup>618</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *Mediación Penal*, op. cit., p. 156.

<sup>619</sup> Do princípio da legalidade não decorre um dever de castigar/punir, mas de agir, por meio do processo, de acordo com os padrões normativo a este aplicáveis.

<sup>620</sup> Nas palavras de JUAN A. C. PARRA, em um sistema processual regido pelo princípio da legalidade, quando presentes indícios suficientes da ocorrência de um crime, necessariamente deve ser iniciado e promovido um procedimento penal pelo Ministério Público; além disso, não há possibilidade de ser ele sobrestado enquanto presentes as condições que o determinaram. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 156).

<sup>621</sup> Os instrumentos ordinários da indisponibilidade são a previsão de prazos para a realização de parcelas dessa atividade persecutória e a vedação de desistência.

e c) a legalidade processual, no sentido de que a atividade desenvolvida no âmbito do processo é regulada em lei e, sob pena de nulidade, deve ser executada em acordo com ela<sup>622</sup>.

Por fim e sua vez, do princípio da oportunidade nasce um aporte de discricionariedade ou faculdades de agir para os organismos encarregados da promoção processual, nomeadamente o Ministério Público, para quem se abrem determinadas opções na conformação do caso penal - de não promover a acusação, de arquivar o inquérito, etc.<sup>623</sup>. Há, portanto, casos de disposição do processo, e neles relativiza-se o rigor do princípio da legalidade/obrigatoriedade<sup>624</sup>.

Em termos conceituais, o significado que se empresta à oportunidade como princípio regente da promoção processual é que dela decorre a prerrogativa para determinado agente público, empenhado por natureza na persecução penal, que dela prescindir, em que pese estar diante da notícia de um fato punível, e isso por razões de utilidade ou de política criminal. De forma mais concreta, a oportunidade confere ao titular do direito de ação a faculdade de dele dispor, permitindo, portanto, uma opção em não o exercer, ou de exercê-lo por determinado modo, quando pudesse fazê-lo por outro.

Naturalmente, não se está no campo da arbitrariedade, e sim no da discricionariedade regrada: ao agente público é concedida certa margem para adotar uma solução dentre várias possíveis, mas qualquer delas encontra-se num espectro de opções previamente ditadas e estabelecidas em lei<sup>625</sup>. As condições, portanto, para o exercício de um poder de forma discricionária são reguladas, e é isso que afasta a solução concretamente adotada do arbítrio e da ilegalidade; há uma oportunidade regrada, um campo objetivo no qual são admitidos juízos

---

<sup>622</sup> Conforme dito por JULIO MUERZA ESPARZA, “... *la ley es la única guía para tribunales y acusador público y, por tanto, también para el proceso: el Ministerio fiscal acusará o no, según la ley y el tribunal dictará sentencia según la ley*”. (“La autonomía de la voluntad en el proceso penal...”, op. cit. p. 194).

<sup>623</sup> Em Portugal, a regulação do arquivamento do inquérito consta nos artigos 277º a 280º do Código de Processo Penal.

<sup>624</sup> No Processo Penal português, e segundo PAULO DE SOUSA MENDES, os casos de manifestação do princípio da oportunidade são: a) crime praticado pelo Presidente da República (art. 130º da CRP), b) crime praticado por Deputado (art. 157º CRP), c) crime praticado por titular de cargo político (Lei nº 34/87, de 16 de julho), d) arquivamento do inquérito em caso de dispensa de pena (art. 280º CPP), e) suspensão provisória do processo (art. 281º CPP), f) processo sumaríssimo (art. 392º, nº1, do CPP) e, g) mediação penal (Lei nº 21/2007, de 12 de junho). (*Lições de Direito Processual Penal*, op. cit., p. 282/283) A abordagem das hipóteses mencionadas nas letras “d” a “g” o autor faz nas páginas 96 a 108, sob a rubrica “O âmbito do princípio da oportunidade”.

<sup>625</sup> PAULO DE SOUSA MENDES alerta, sobre o ponto, que “entre nós ninguém aceita o juízo de oportunidade do MP quanto à promoção do processo, mas sim como limitação ao princípio da legalidade, para certos domínios limitados”, e acrescenta que “mesmo no domínio dos crimes públicos, deve admitir-se uma certa discricionariedade MP”, como nos casos de pouca relevância ou de carência ou de dificuldades de prova. (*Lições de Direito Processual Penal*, op. cit., p. 282).

de oportunidade<sup>626</sup>.

O que efetivamente ocorre quando se está diante de casos ditados pela lei como albergados pelo princípio da oportunidade é uma afetação, no sentido de relativização, do princípio da legalidade na vertente da obrigatoriedade da promoção processual. JULIO MUERZA ESPARZA afirma que, com essa feição, o princípio da oportunidade convive com o da legalidade e, para determinados casos postos na legislação, no lugar dos ditados de agir, são colocados critérios de oportunidade e estes são os determinantes para “...una serie de importantes piezas y elementos del Derecho y de la Justicia penales: desde la iniciación o no del proceso hasta la imposición o no de la pena”<sup>627</sup>. Nessa mesma linha, JORGE FIGUEIREDO DIAS<sup>628</sup> afirma que, na atualidade, legalidade e oportunidade não são mais princípios que se excluem mutuamente, não se constituem em alternativas, e a oportunidade passou a representar uma forma mais ampla de realização da legalidade. Portanto, e em casos previamente determinados pela lei, a atuação do Ministério Público pode ser informada e ditada por uma discricionariedade vinculada.

Já dissemos que o princípio da legalidade, na sua feição substantiva e pertinente ao Direito Penal, significa que ninguém pode ser condenado ou punido por ações ou omissões que, quando ocorreram, não se constituíam em delitos, de acordo com a legislação então vigente. A questão que se põe é se essa sentença, de cariz negativo, deve ser conjugada com outra, de contornos positivos, no sentido de que todos os que cometem algum delito devem ser punidos com a sanção a ele correspondente. Conforme já assinalado, a se levar às últimas consequências o princípio da legalidade como diretriz da promoção processual, a resposta a esta segunda asserção seria positiva.

Mas, o exercício do poder punitivo deve guardar relação com as finalidades últimas que se espera cumpra o Direito Penal - prevenção geral e especial, positiva e negativa, ressocialização, ou uma mescla delas; tendo isso em conta, pode ocorrer que, em determinadas situações, a sanção penal, se aplicada, não cumpriria nenhum desses fins, justificando-se a adoção de medidas processuais, com contornos de política criminal, que importem em não promover a ação, em suspendê-la, em aplicar penas mais leves, em substituir penas por outras medidas, etc. Ou seja, permitir que agente público implicado no exercício do direito de punir

---

<sup>626</sup> Nas palavras exatas de JULIO MUERZA ESPARZA, “... la oportunidad reglada no esaquella que se somete a reglas - el juicio de oportunidad consiste em decidir lo que resulta oportuno – sino el ámbito objetivo em el que caben los juicios de oportunidad”. (“La autonomía de la voluntad en el proceso penal...”, op. cit., p. 194).

<sup>627</sup> “La autonomía de la voluntad en el proceso penal...”, op. cit., p. 194.

<sup>628</sup> “Autonomía do Ministério Público ...”, op. cit., p. 205.

opte por uma de várias soluções, quando presentes determinadas condições, ambas inscritas na lei; esta é a linha de raciocínio que, no geral, é feita para justificar a aplicação excepcional do princípio da oportunidade no âmbito processual-penal<sup>629</sup>.

#### **4.4.1.1.2. A mediação penal como manifestação do princípio da oportunidade**

Tendo tudo o que se disse até o momento como pressuposto, a questão que se põe é como inserir, conjugar e circunscrever uma opção pela mediação penal nos sistemas jurídico-penais assentados nas premissas ditadas pela oficialidade e legalidade. Com efeito, e quando se faz uma abordagem purista dos efeitos que delas nascem, é de algum modo difícil, ao menos à partida, compatibilizar uma forma de solução de conflitos de essência autocompositiva e, acima de tudo, alternativa ao processo.

O campo problemático que assim nasce pode ser povoado com duas asserções propositivas; uma opção seria relativizar o princípio da oficialidade e permitir que determinados crimes sejam submetidos à mediação perante instâncias não estatais e alheia ao âmbito do processo; nesse caso, concretar-se-ia o que tem sido chamado de privatização da justiça penal, pois viável a resolução de conflito com origem em injusto penal fora do campo processual e por instâncias privadas e desvinculadas do Estado.

A segunda opção seria relativizar o princípio da legalidade, na vertente da obrigatoriedade da promoção processual, e permitir que casos determinados por lei sejam derivados para a mediação, e considerar os resultados obtidos por essa via, nomeadamente se exitosa, no âmbito estatal, para autorizar a não instauração do processo ou para formatar e conformar a resposta penal, quando instaurado. Mantida, assim, a oficialidade, a mediação teria no princípio da oportunidade o seu garante.

Para seguir, obrigamo-nos a recobrar uma definição e opção já adotadas previamente, que é no sentido de descartar a viabilidade da mediação concebida na forma de mecanismo alternativo à persecução penal. A única opção válida é vê-la como alternativa ao processo e, tendo isso como pressuposto, é caso de optar pela segunda das assertivas recém descritas.

De fato, é perfeitamente compatível com o sistema jurídico-processual inserir nele a mediação penal, quando a percebemos como mecanismo que confere às partes em conflito uma oportunidade de comunicação direta e, por meio dele, possam promover e construir uma

---

<sup>629</sup> Há uma implicação da oportunidade, com o significado recém exposto, com o princípio da separação de poderes, na medida em que permite a determinadas autoridades decidirem acerca da não persecução de fatos designados como delitivos pela instância legislativa. Nesse sentido: GARCÍA, Elena Martínez. “Mediación en el proceso penal en España...”, op. cit., p. 123.

solução satisfatória para ambas, desde que tanto a derivação do caso quanto o resultado obtido sejam passíveis de controle, sindicância e consideração pela autoridade pública.

E o fundamento para tanto situa-se exatamente no princípio da oportunidade<sup>630</sup>. De fato, tratando-se de um dos aplicáveis ao processo penal em geral, ainda que por exceção<sup>631</sup>, é ele que permite uma opção legislativa pela mediação sem, portanto, abalar os pilares de um sistema jurídico-penal construído com base na oficialidade e legalidade.

Um acréscimo, todavia, se faz necessário, na forma de cuidado para que não se voe longe demais nas asas do princípio da oportunidade. É que há sistemas jurídico-processuais que o adotam como regra e outros nos quais funciona por exceção. E, naqueles, é exatamente por essa via, ou seja, pela força que a oportunidade projeta na atuação das instâncias ocupadas com a persecução penal, que se viabiliza conceber a mediação penal como sistema autocompositivo de resolução de conflitos penais com feições alternativas ao sistema processual penal<sup>632</sup>.

Como já referimos, esta perspectiva não se coaduna com os sistemas jurídico-penais da Europa continental, nos quais a oportunidade enquanto princípio da promoção processual funciona como exceção à regra da legalidade/obrigatoriedade.

Mas, repete-se, é por essa via que se permite a opção pela mediação.

E, no rigor, nisso não há grandes novidades, pelo menos quando se tem por referente o sistema jurídico português que, desde 1987, contempla os institutos do arquivamento do inquérito em casos de dispensa de pena, da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo como mecanismos de diversão processual, de cuja natureza a mediação penal

---

<sup>630</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, e referindo-se ao surgimento em Portugal da Lei nº 21/2007, afirma que "... de forma explícita, surgiu em 2007, no ordenamento processual penal português, um outro mecanismo de diversão - e, logo, um outro limite à vigência plena da legalidade da promoção processual penal -, que é a mediação penal de adultos. Nesta, abre-se uma nova possibilidade de a solução para o conflito criminal ser encontrada em primeira linha pelo arguido e pelo ofendido, com o auxílio, enquanto facilitador da comunicação, de um mediador de conflitos, excluindo-se a necessidade de intervenção de um juiz e cabendo ao ministério público uma função homologatória associada apenas ao controlo da legalidade do conteúdo do acordo. ("Decisão Penal Negociada". In *Revista JULGAR*, nº 25, 2015, p. 153).

<sup>631</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *Mediación Penal*, op. cit., p. 161/161.

<sup>632</sup> JUAN A. C. PARRA afirma que o exemplo paradigmático de sistema processual no qual o princípio da oportunidade é adotado como regra é o norte-americano, no qual, e em síntese, o exercício da ação penal constitui função executiva, regida pelos princípios do monopólio e da discricionariedade, não havendo obrigatoriedade no exercício da ação, mesmo que presentes as condições e, caso a promova, o acusador decide qual o crime vai imputar ao acusado; o procedimento, conhecido como *plea bargaining*, permite negociações que envolvem o objeto do processo e a confissão como admissão de culpa, com efeitos sobre a sanção. (*Mediación Penal*, p. 158). Especificamente sobre o *plea bargaining*, há vasta bibliografia, como FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Califórnia: Stanford University Press, 2004. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007; RAPOZA, Phillip. "A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra". Tradução de NUNO DE LEMOS JORGE. In *Revista JULGAR*, nº 19, 2013, pp. 207-229, e SILVA, Germano Marques da. "Plea Bargaining e Acordos Sobre Sentença". In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2018, pp. 97-120.

participa, todos assentados no princípio da oportunidade<sup>633</sup>, do qual são manifestação<sup>634</sup>.

Por conseguinte, e em conclusão do tópico, é pela via do princípio da oportunidade que temos a mediação penal, vinculada e relacionada com o processo, por plenamente compatível com um sistema jurídico-penal que tem na sua base de construção o princípio da legalidade/obrigatoriedade. Caberá, por certo, uma opção legislativa por ela para formatar e lhe conferir um marco jurídico e, quando e se feita essa opção, nenhuma anomalia sistêmica haveria para ser declarada.

#### **4.4.1.2. A preservação das garantias processuais - a presunção de inocência**

Na abordagem da mediação penal e de outras formas de resolução de conflitos nascidos de um injusto criminal é comum um alerta sobre uma possível afetação negativa das assim chamadas garantias processuais do arguido/acusado e que, assim como aquelas próprias do Direito Penal, também têm sede constitucional e revestem direitos fundamentais individuais. Argumenta-se que a condição da vítima/ofendido como sujeito processual ou protagonista no processo pode importar em retorno a uma forma de administração da justiça criminal identificada com a vingança privada e, por outro lado, que dificilmente haveria uma participação na mediação efetivamente voluntária, por conta da ameaça da punição inerente à prática do crime.

---

<sup>633</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS, e referindo-se ao arquivamento do inquérito em caso de dispensa de pena e à suspensão provisória do processo afirma que “... a atitude de legalidade persiste porém intocada ali, onde a lei permite ao Ministério Público omitir a acusação em casos e sob pressupostos legalmente determinados e em funções da realização das finalidades pré-estabelecidas, em homenagem às quais é justamente conferido”. (“Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”. In *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*. Coimbra, 1989, p. 25-26).

<sup>634</sup> Também em outros, como o da Espanha, por meio de institutos como o do “proceso abreviado para determinados delitos (...) e la conformidad”. (ESPARZA, Julio Muerza. “La autonomía de la voluntad en el proceso penal...”, op. cit., p. 194). Sobre estes institutos, e também como manifestações do princípio da oportunidade regrada, PARRA, Juan Antônio Cruz. *La mediación Penal*, op. cit., p. 162 e seg. No Brasil, desde 1990, quando foi editada a Lei de nº 9.099, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada é até 2 (dois) anos, ambas denominadas de “infrações penais de menor potencial ofensivo”, o autor do fato é chamado a uma audiência preliminar na qual lhe são ofertadas as possibilidades de composição civil dos danos e, infrutífera esta, de transação penal, que consiste na “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”; além disso, para todos os crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 (um) ano, o Ministério Público, juntamente com a denúncia (que equivale à formulação da acusação), pode propor a suspensão condicional do processo; os três institutos – a composição civil de danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo – quando o agente satisfaz as condições estabelecidas, importam em extinção da punibilidade pelo fato criminoso. Além disso, em janeiro de 2020 entrou em vigor outra Lei nº 13.964/19, que inseriu na legislação processual o Acordo de Não Persecução Penal, que pode ser formulado entre o Ministério Público e o autor do crime, nos casos de “infração penal [praticada] sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”; o cumprimento do acordo importa em extinção da punibilidade; este instituto se assemelha em muito com a *plea bargaining* do direito norte-americano. Sobre a inserção de mecanismos consensuais na legislação dos países da América Latina, e em perspectiva crítica: ANITUA. Gabriel Ignacio. “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense”, In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015, p. 43-65.

Nesse contexto, cobram especial atenção a presunção de inocência e os direitos de defesa em geral, sublinhando-se a não autoincriminação, a ausência de obrigação de confessar o delito e a defesa técnica ou letrada, e a sua possível vulneração quando da opção pela mediação.

Também aqui e desde logo reforçamos a opção já declarada anteriormente no sentido de admitir como viável apenas a mediação relacionada com o processo, o que, à partida, importa em transmitir ao respectivo procedimento os direitos e garantias do imputado próprios do processo penal, o que minimiza os riscos acima referidos. Mesmo assim, a questão merece abordagem.

Já mencionamos que o conteúdo da norma de direito fundamental é a positivação de um direito, que pode ser considerado especial, ou especialmente relevante, pelo que ele representa para o seu titular e dos poderes que este pode dele extrair na sua relação com o Estado<sup>635</sup>. No contexto da presente abordagem do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição do excesso, o direito fundamental funciona como uma imposição ao Estado e às entidades públicas de abstenções, obrigações ou deveres, que concedem aos indivíduos/titulares posições vantajosas juridicamente tuteladas.

A presunção de inocência é um direito fundamental. Em termos tipológicos, foi construída na perspectiva do Estado Liberal, que privilegia a liberdade em sentido amplo, ou seja, liberdade de a pessoa conformar sua personalidade e reger sua vida e interesses, e em sentido estrito, ligado à locomoção; com essa natureza, impõe abstenções ao Estado.

É sintomático, nesse contexto, que as principais questões teóricas e práticas suscitadas pela presunção de inocência tenham recebido a atenção de CESARE BECCARIA<sup>636</sup>, em seu

---

<sup>635</sup> JORGE REIS NOVAIS assevera que há elementos comuns a todas as normas de direitos fundamentais: em todas há a imposição ao Estado ou às entidades públicas de particulares deveres jurídicos de fazer, de não fazer ou de suportar. Além disso, “*de todas as normas de direitos fundamentais resultam para os particulares, enquanto titulares dos direitos fundamentais, directa, indirecta ou reflexamente, imediatamente ou de forma diferida, real ou potencialmente, situações de vantagem relacionadas com possibilidades de fruição de bens juridicamente protegidos por essas normas*”. (*As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 53/54).

<sup>636</sup> CESARE BONESANA, Marquês de BECCARIA, nascido em Milão em 1738, foi influenciado por autores como Rousseau, Montesquieu, Diderot, Buffon e Helvetius, voltando-se, posteriormente, ao estudo da filosofia, sendo um dos fundadores de uma sociedade literária em Milão ocupada em divulgar na Itália os princípios da Filosofia Francesa. Licenciado em Direito na Universidade de Parma, em 1791 participou de uma Junta encarregada de reformar o sistema penal italiano. As injustiças que ocorriam nos processos criminais da época e os complexos problemas que envolviam essa matéria foram, no campo penal, o objeto de seus estudos e preocupações, expostos no livro *Dei delitti e delle pene*; nele há uma contundente crítica às arbitrariedades praticadas pelos juízes em virtude de leis imprecisas e arcaicas, e um combate a má sorte dos desgraçados que sofriam as crueldades de uma legislação retrógrada servida por métodos punitivos bárbaros. A obra teve uma repercussão extraordinária em todo o mundo, sobretudo entre os filósofos franceses ligados ao movimento Iluminista e é a principal fonte de inspiração para a reformulação da legislação vigente da época e das legislações

clássico “*Dos Delitos e das Penas*”<sup>637</sup>, fonte inspiradora principal das reformas legislativas europeias (no campo penal) verificadas no final do século XVIII e início do século XIX. No capítulo reservado à tortura<sup>638</sup>, ponderou que um homem não pode ser tratado como culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade não lhe pode retirar a proteção pública antes da decisão definitiva de que violou os pactos pelos quais essa proteção lhe foi concedida. Ademais, só a força pode fundamentar e justificar a imposição de uma pena<sup>639</sup> a alguém enquanto se duvida que ele é culpado, podendo, pois, ser inocente. Acrescentou que não se deve torturar um inocente, pois é inocente o homem cujos delitos, segundo as leis dos homens, ainda não estão provados.

Nessas formulações do Marques de BECCARIA percebe-se os prenúncios dos principais contornos conceituais que, desde então e ainda hoje, são adjudicados à presunção de inocência, e foi com tais contornos que ela foi inscrita, inicialmente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que no artigo 9º e em fórmula sintética, estabeleceu que “*Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei*”<sup>640</sup>. Percebe-se a preocupação, para além de considerar a pessoa inocente até que seja declarado culpado, de que a prisão anterior a esse momento deve ser necessária ou indispensável. A partir daí, o direito ao estado de inocência encontra-se presente em todas as principais Declarações de Direitos promulgadas posteriormente<sup>641</sup>.

---

penais e processuais penais que foram editadas posteriormente, estabelecendo os conceitos fundamentais nelas adotados e ainda hoje aplicados.

<sup>637</sup> Trad. José de Faria da Costa. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

<sup>638</sup> *Dos Delitos e das Penas*, op. cit., pp. 92/99.

<sup>639</sup> BECCARIA refere-se à tortura enquanto método de obtenção de confissão do acusado.

<sup>640</sup> Versão traduzida para o português disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Importante acentuar que este momento não representa, propriamente, o nascimento deste direito fundamental. Com efeito, e sobre a sua trajetória, GERMANO MARQUES DA SILVA informa que a presunção de inocência “*remonta ao Direito Romano, mas foi subvertida na Idade Média, sendo então consagrado como presunção de culpa. Finalmente, foi consagrada em França, em 1789, na Declaração do Homem e do Cidadão e daí irradiou para todos os Estados desenvolvidos. Não obstante, no fim do século XIX e até meados do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelos regimes totalitários e fascistas.... Na actualidade, e mesmo nas grandes democracias se verificam freqüentes manifestações de desrespeito pelo princípio em nome da segurança e do combate ao crime organizado e a formas de criminalidade consideradas mais graves ou eticamente mas censuráveis*”. (*Direito Processual Penal Português*. 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 50/51).

<sup>641</sup> É o caso da Declaração Universal de Direitos Humanos, da ONU, em 1948, artigo 11; da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, que definiu a presunção de inocência em seu art. 6º, nº 2; do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que tratou a presunção da inocência como direito no seu art. 14, n. 2; no âmbito das Américas, em 1969 foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que também contempla a presunção de inocência, em seu artigo 8º, n. 2; por fim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional também inseriu o princípio em seu texto, fazendo-o no artigo 66, inserido no capítulo VI e que trata do “Julgamento”.

Assim, compulsando e conjugando os diversos documentos internacionais acima relacionados, a presunção de inocência, ostentando a qualidade de direito fundamental de qualquer pessoa, apresenta as seguintes características ou, na sua formulação mais completa, pode-se afirmar que dela decorrem as seguintes prerrogativas individuais: a) a pessoa, embora responda a processo criminal, mantém a condição e situação jurídica de inocente ou de não culpada, não importando o grau dos indícios da possível culpa; b) a pessoa deve ser tratada como inocente durante o processo; c) o ônus de prova sobre o fato criminoso e a autoria é da acusação; d) persistindo dúvida razoável sobre algum destes dados ao final do processo, impõe-se sentença absolutória; e) medidas coativas e cautelares durante a tramitação do processo são admitidas em caráter excepcional e devem ser devidamente justificadas.

O desenvolvimento moderno desse princípio, portanto, e como corretamente apontado por GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>642</sup>, foi uma reação contra os abusos do passado, sedimentados na então vigente presunção de culpa do acusado da prática de um crime; a presunção de culpa sustentava-se em teorias teológicas que consideravam a maldade como imanente ao homem, e a inocência um estado de pureza anterior ao pecado original de Adão, estado que jamais seria recuperado.

Por fim, acrescenta-se que, muito por efeito desse reconhecimento internacional da sua condição de direito fundamental, a presunção de inocência foi incorporada no texto constitucional dos países signatários daquelas Declarações, como é o caso de Portugal, prevendo o art. 32º, nº 2, da Constituição da República que *“Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”*; e do Brasil, em cuja Constituição Federal vigente ele está previsto no art. 5º, inciso LVII, nestes termos: *“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Importa acentuar que, no geral e nas duas Constituições mencionadas, os dispositivos situam-se em título reservado às liberdades e garantias individuais. É por isso que GERMANO MARQUES DA SILVA a ela se refere como um princípio geral do Direito que recebeu consagração nos textos internacionais sobre direitos fundamentais e nas modernas Constituições democráticas<sup>643</sup> e CASTANHEIRA NEVES, com notável acerto, afirma que a presunção de inocência é um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade

---

<sup>642</sup> *Direito Processual...*, op. cit., p. 51.

<sup>643</sup> *Direito Processual ...*, op. cit., p. 51.

livre<sup>644</sup>.

#### 4.4.1.2.1. Âmbito de proteção decorrente da presunção de inocência

No contexto da preocupação sobre a delimitação dos direitos fundamentais, questiona-se acerca do suporte fático ou do âmbito de proteção deles decorrentes. A perquirição diz com o que exatamente decorre do direito, ou quais as prerrogativas individuais que estão contempladas no conteúdo normativo do referido direito, ou ainda as consequências positivas ou vantajosas que ele oferece para o seu titular.

Sob essa perspectiva, e tendo em conta, em especial, a conformação da presunção de inocência dada pelas Declarações de Direitos acima mencionadas, analisa-se o âmbito de proteção dela decorrente, nas perspectivas de regra probatória e regra de tratamento.

Enquanto regra probatória, a presunção de inocência produz reflexos quanto ao ônus da prova dos elementos essenciais de uma causa penal, notadamente a autoria e a materialidade da infração. Nesse contexto, decorre da presunção de inocência que é incumbência da acusação demonstrar a existência dos fatos imputados ao acusado e a respectiva autoria.

Agrega-se a isso, por imposição lógica, que a produção da prova deve observar os estritos termos da lei, o que se conclui a partir de outros direitos estruturais também reconhecidos nas legislações constitucionais em geral em favor do arguido/acusado, como é o caso da vedação de valoração de provas obtidas ilicitamente, bem como os diversos obstáculos consagrados contra a utilização do arguido como meio de prova a favor da acusação, que vêm traduzidos em regras processuais que isentam este da obrigação de colaborar para a produção de provas, sendo uma das principais a que prevê e reconhece o direito ao silêncio, contextualizado no princípio da não autoinculpação.

Sendo do acusador a incumbência de produção das provas do fato e da autoria, da presunção de inocência também decorre que, persistindo dúvida razoável ao final do processo sobre qualquer desses elementos, é impositiva a absolvição do acusado, regra conhecida como *in dubio pro reo*. Nessa dimensão, a presunção de inocência manifesta-se como um direito do arguido no sentido de demandar do acusador a demonstração cabal, sem margem para dúvidas, da responsabilidade criminal; e, caso isso não aconteça por qualquer motivação, tem o indivíduo processado o direito de ser absolvido.

Como regra de tratamento, a presunção de inocência impede que o acusado receba

---

<sup>644</sup> NEVES, Castanheira. *Sumários de Processo Criminal*. Coimbra: datilografados por João Abrantes, 1968, p. 221.

tratamento que é destinado aos culpados antes da condenação, em especial quanto ao encarceramento. E, nesse âmbito, a principal proteção que dela decorre é a regra geral de que o arguido responda solto ao processo, sendo excepcional e subsidiária a prisão durante essa fase<sup>645</sup>.

Na essência, está-se diante do tratamento jurídico de situação muito frequente e concreta da vida em sociedade. O pano de fundo que vem disciplinado é aquele em que o Estado define e estabelece um rol de condutas individuais reprováveis e, por terem essa natureza, são catalogadas como crime em lei editada com essa finalidade. Com a edição da norma penal, tem-se a expectativa de que os indivíduos conformem suas condutas a ela, no sentido de absterem-se da prática dos comportamentos eleitos como criminosos. E é certo que, ainda que essa expectativa se realize em relação à maioria das pessoas, há as que não são intimidadas pela norma penal e, apesar da sua vigência com previsão de punições, afrontam-na, praticando as condutas previstas como ilícitas de natureza penal.

Já com a prática do crime, nasce para o Estado o poder/dever de punir o seu autor. É claro que não poderá fazê-lo de forma sumária, ainda que tenha relativa certeza sobre o fato e a autoria, como ocorre nas situações de prisão em flagrante delito; e nem de forma aleatória, estando ele próprio sujeito a uma constelação de normas que, no fundo, pretendem garantir ao acusado da prática do crime a preservação de direitos fundamentais, todos conducentes à noção de dignidade humana, com especial relevo para a preservação da liberdade, bem jurídico afetado ao final, pois a sanção de natureza penal caracteriza-se pela privação da liberdade de locomoção.

Portanto e em síntese, são dois os principais efeitos que o princípio da presunção de inocência produz: o primeiro relaciona-se à prova, significando ser ônus do acusador a comprovação da acusação e de que a dúvida deve favorecer o arguido/acusado, traduzindo-se no subprincípio do *in dubio pro reo*; o segundo significado diz com o tratamento a ser dispensado ao arguido durante a tramitação do processo, enfocando a restrição de direitos enquanto perdura a condição de inocente; neste campo, o estado de inocência determina a excepcionalidade destas medidas restritivas que, além de provisórias, devem ser suficientemente justificadas na sua necessidade. Há, pois, um sentido de dignidade do arguido, que deve ser preservado durante o decurso de todo o processo.

---

<sup>645</sup> No sistema jurídico-constitucional brasileiro essa situação vem referendada e reafirmada por outra norma também de natureza constitucional, aquela prevista no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, no mesmo contexto em que ela trata da presunção de inocência: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

#### 4.4.1.2.2. Mediação penal e presunção de inocência

Projetando o significado da presunção de inocência para o campo da mediação penal, a questão problemática que se apresenta diz respeito com a assunção de responsabilidades - de reparação, em sentido amplo - como seu resultado, em procedimento carente de atividade probatória.

Com efeito, e considerado o conteúdo mais denso da presunção de inocência, a ninguém pode ser imposta qualquer injunção como resposta a um crime antes de prova cabal, ao encargo de quem faz a acusação, de que é por ele culpado; e é inescapável que as obrigações que o imputado assume para com a vítima a título de acordo de reparação podem ser consideradas como sendo a mencionada resposta, nomeadamente quando o acordo - e seu efetivo cumprimento - é erigido à condição de causa impeditiva do processo penal.

O caminho para compatibilizar as injunções que forem inscritas no acordo promovido por meio da mediação com a presunção de inocência é afastá-las da natureza de pena, na sua acepção de sanção penal e com intrínseco caráter aflitivo, da qual a privação da liberdade é bom exemplo.

De fato, ainda que se possa exigir que a reparação nascida da mediação e inscrita como obrigação no acordo tenha por objetivo, além de satisfazer a vítima, os fins da pena<sup>646</sup>, de pena não se trata. E o principal argumento nesse sentido é considerar que a assunção das responsabilidades é ditada pela voluntariedade, pressuposto para o ingresso e manutenção no procedimento da mediação, ao passo que qualquer pena, como resposta estatal para o crime, vem imposta como uma das consequências coativas do processo penal<sup>647</sup>. Ou seja, e ao contrário da pena, a reparação que surge como resultado da mediação traz intrínseco o valor da voluntariedade, da opção que por ela faz o infrator, opção que pode ter na sua base o exato interesse de não sofrer uma pena pela via do processo.

Essas considerações, e de forma natural, projetam reflexos sobre o conteúdo do acordo, na forma de premissa básica: não podem ser convencionadas injunções que importem restrições típicas e reservadas às penas. Ou seja, há limites que devem ser observados, e o melhor exemplo para corroborar a tese, por certo, é a privação da liberdade, que não pode ser acordada em procedimento de mediação.

---

<sup>646</sup> No n.º 1 do art. 4.º da Lei portuguesa n.º 21/2007 o legislador consignou que a mediação é um processo informal e flexível, conduzido pelo mediador, que deve promover a aproximação entre o arguido e o ofendido e apoiá-los para que encontrem um acordo que “*permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social*”; este último objetivo é típico fim da pena.

<sup>647</sup> Assim como a obrigação de indenização fixada em ação civil *ex delicto* ou como consequência da condenação criminal.

Neste particular, cabe referência à legislação portuguesa que trata da mediação penal - Lei nº 21/2007; ao tempo em que reconhece aos sujeitos processuais participantes da mediação plena liberdade para determinar o conteúdo do acordo, proíbe que nele sejam incluídas “*sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses*” - nº 2 do art. 6º. Não há dúvidas de que uma injunção nascida da mediação que importasse em privar o imputado de sua liberdade de locomoção afrontaria, em tudo, o conteúdo derivado da garantia da presunção de inocência, da qual decorre a exigência, já mencionada, de uma declaração de culpa, por juiz, assentada em prova sob o encargo do acusador no bojo de um devido e regular processo.

Em acréscimo, cabe referir outro argumento: a mediação, ao contrário do processo penal, não tem por objeto a prova do fato criminoso e da concreta participação do imputado nele, destinando-se apenas à resolução do conflito<sup>648</sup>; além disso, presume-se que a assunção das responsabilidades pelo imputado tenha por base a voluntariedade, intrínseca à mediação como forma de resolução de conflitos e, com isso, afasta-se delas qualquer viés coativo.

Portanto, pode-se concluir haver duas condições para a compatibilização entre a assunção de obrigações por meio da mediação e a presunção de inocência.

A primeira é assegurar a real voluntariedade da participação no procedimento de mediação; neste particular, mostram toda a sua relevância as medidas voltadas ao integral esclarecimento acerca do procedimento, seus objetivos e consequências, para que a decisão em participar seja a mais qualificada possível, o que deve abranger a informação sobre a permissão de abandonar o procedimento a qualquer tempo sem que disso decorram gravames; é nesse contexto que também surge como fundamental a assistência de advogado, para um assessoramento técnico quanto à decisão de ingresso e permanência no procedimento e sobre o conteúdo do acordo<sup>649</sup>.

A segunda condição é respeitar os mencionados limites no acordo, não podendo serem convencionadas injunções que concretamente importem em privações ou restrições próprias das penas aflitivas.

Por conseguinte, e desde que respeitadas as mencionadas condições, a mediação penal convive pacificamente com a presunção de inocência, que se manterá mesmo que inexitoso o procedimento.

---

<sup>648</sup> PARRA, Juan Antonio Cruz. *La Mediación Penal*, op cit., 205.

<sup>649</sup> O art. 8.º da Lei portuguesa nº 21/2007, ao tratar da “*Presença de advogado nas sessões de mediação*”, informa que o arguido e o ofendido devem comparecer pessoalmente, “*podendo fazer-se acompanhar de advogado ou de advogado estagiário*”.

#### 4.4.1.3. A preservação dos direitos de não autoincriminação e de silêncio

As legislações em geral contemplam garantias em favor do arguido/acusado, incidentes de modo especial no campo probatório, e que o guardam de deveres de participação ativa na obtenção de meios de prova que conduzam ou corroborem a sua culpa. Com efeito, assim como a presunção de inocência, o direito ao silêncio é contextualizado nos assim chamados privilégios contra a autoincriminação, que atuam no âmbito da produção da prova e que trazem intrínseco um potencial de afetação da licitude da prova produzida.

Dito de outro modo, os efeitos que o princípio da presunção de inocência produz no âmbito da prova encontram melhor desenvolvimento sob a rubrica de privilégios contra a autoincriminação, dos quais dão conta as expressões latinas *nemo tenetur se ipsum accusare* e *nemo tenetur se detegere* (literalmente, ninguém é obrigado a se descobrir, de tirar a cobertura) e que inclui o direito ao silêncio<sup>650</sup>.

Em formulação sintética, tal privilégio significa que ninguém pode ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação ou estabelecer sua própria culpabilidade, e é aplicável a qualquer situação ou hipótese de cooperação com a Justiça daquele a quem se imputa a prática de crime. Por esse meio, pretende-se vedar a utilização do arguido, em especial de seu corpo, como meio de prova, ou seja, que o suspeito da prática de infração penal seja transformado em colaborador involuntário das entidades públicas com competências investigatórias e processuais<sup>651</sup>. Tem seu âmbito de vigência em qualquer procedimento ou processo sancionatório de natureza penal, sua base é a dignidade da pessoa humana e sedimenta-se no direito natural de autoproteção e sobrevivência, inato no ser humano. É por tudo isso uma

---

<sup>650</sup> Há variações, na doutrina, sobre o exato conteúdo do princípio *nemo tenetur*; há quem, numa perspectiva restritiva, confunde-o com o direito ao silêncio, de modo que abrangeria tão somente as provas que se produzem por meio de declarações do investigado/arguido/acusado; nessa linha, do *nemo tenetur* nasceria apenas o direito a não responder aos questionamentos cuja resposta pode conduzir à incriminação, bem como a proibição de valoração negativa do silêncio na decisão da causa penal; mas, há outra linha de pensamento, que amplia o espectro do *nemo tenetur* para contemplar todo e qualquer meio de prova que dependa do concurso do investigado/arguido/acusado, aí incluídos, portanto, atos como a participação em reprodução simulada dos fatos, oferta de padrões gráficos para exame grafotécnico, entrega de documentos que estejam em seu poder, bem como uma vasta gama de ingerências corporais por meio das quais as instâncias investigatórias podem alcançar elementos de prova (coleta de saliva, sangue, urina, ar expirados, etc.). Por outro lado, fazer derivar o *nemo tenetur* da presunção de inocência também não é a única maneira de abordar a relação entre os dois princípios; sobre o tema, há relevante desenvolvimento em: RAMOS, Vânia Costa. “Corpus Juris 2000 - imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*” In *Revista do Ministério Público*, ano 27, nº 108, 2007, pp. 125-149.

<sup>651</sup> Na feliz expressão utilizada por AUGUSTO SILVA DIAS e VANIA COSTA RAMOS, o princípio faz “barreira à transformação da pessoa, dentro e fora do processo penal, em objecto ou banco de prova ...”. (*O Direito à não-autoincriminação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 31).

barreira à atividade investigatória e probatória do Estado<sup>652</sup>.

As dimensões acima referidas e que decorrem do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* são melhor percebidas quando se perquire sobre a sua extensão. E a premissa de que se parte é a de que o princípio em questão contempla dois vetores, a saber, o privilégio contra a autoincriminação e o direito ao silêncio que, embora interligados, têm conteúdo específico e, por isso, apresentam certa autonomia. Este tema da extensão do princípio *nemo tenetur* é abordado na doutrina especializada com as rubricas minimalista e maximalista<sup>653</sup>.

A perspectiva minimalista afirma que o *nemo tenetur* incide apenas sobre as declarações do investigado/acusado acerca dos fatos que lhe são imputados - prova por declarações, de modo que essa linha de pensamento restringe a incidência do *nemo tenetur* aos atos processuais destinados à recolha das referidas declarações - o interrogatório e a acareação da qual o acusado seja instado a participar.

A tese maximalista sustenta que o *nemo tenetur*, para além das declarações, incide sobre todo e qualquer comportamento probatório do investigado/acusado, incluindo, assim, toda e qualquer ação ou abstenção da qual possa resultar prova da sua de sua culpabilidade; a título de exemplo, estaria abrangida pelo *nemo tenetur* a entrega de documentos, a participação em reprodução simulada de fatos, a oferta de autógrafos para permitir exames grafotécnicos, bem como as ingerências corporais destinadas a coletar material orgânico com a finalidade de proceder a exames.

É intuitivo que a adoção de uma ou de outra das perspectivas recém descritas fica na

---

<sup>652</sup> O *nemo tenetur se ipsum accusare* desenvolveu-se a partir do século XVII, no Reino Unido, sendo ordinariamente citado o célebre caso John Lilburn como um marco para a sua afirmação: os tribunais eclesiásticos tinham por prática inquirir pessoas sobre suas crenças e cultos religiosos, a despeito de não haver contra elas nenhum indício ou acusação formal de prática ilícita, impondo-lhes a obrigação de fazer um juramento de que responderiam a todas as inquirições e com honestidade (juramento *ex officio*), sob pena de serem severamente punidas; John Lilburn, em 1637 foi inquirido nesse contexto e recusou-se a fazer o juramento, o que motivou fosse punido; este fato ensejou uma sequência de protestos populares que se estenderam até 1641, ano em que o Parlamento Inglês aboliu o uso do referido juramento *ex officio* e estabeleceu o princípio contra a auto-incriminação, com o efeito de impedir que qualquer pessoa tivesse instaurado contra si um processo eclesiástico sem a existência de fundadas suspeitas da prática de ilícito. Em 1791 o princípio foi inserido no *Bill of Rights* dos EUA, difundindo-se posteriormente para outras legislações. Há importante referência bibliográfica sobre o tema, em especial o desenvolvimento do princípio no Reino Unido e nos EUA nos séculos XVIII e XIX e até o julgamento do célebre caso *Miranda v. Arizona*, incluindo a bibliografia citada, em: PINTO, Lara Sofia. “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido”. In *Prova Criminal e Direito de Defesa*. Coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. 6ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016, p. 100.

<sup>653</sup> Sobre o ponto, entre outros: DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa. *O Direito à não-autoincriminação*, op. cit., p. 22/33; PINTO, Lara Sofia. “Privilégio contra a auto-incriminação ...”, op. cit., pp. 91/116 e ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1ª Ed. reimpressa. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 117/132.

dependência da legislação em vigor em determinado país<sup>654</sup>, bem como do entendimento dos Tribunais a respeito. Mas, essa divisão oferta uma evidente vantagem, que é a de apurar o significado de cada um dos vetores do *nemo tenetur*: o privilégio contra a autoincriminação traduz-se no direito de não cooperar no fornecimento de quaisquer meios de prova que induzam evidências da culpabilidade; o direito ao silêncio, por sua vez, fica restrito à colaboração do suspeito/acusado por meio de declarações sobre os fatos que lhe são imputados, abrangendo apenas este meio de prova<sup>655</sup>.

Por fim, e de forma especial em relação a este último, deve-se observar que há um meio de obtenção de prova, presente nas legislações processuais em geral, que é a confissão, que pode ser integral e sem reservas, ou parcial ou com reservas; como o eixo central de qualquer causa penal é a prática, por alguém, de conduta inscrita em lei como crime e a sua autoria, a confissão pode abranger os fatos nos quais a referida conduta é contextualizada, na sua totalidade ou não, a responsabilidade, integral ou parcial, por eles e, por fim, todo e qualquer elemento ou circunstância que a lei penal considere relevante.

O direito ao silêncio, tal qual desenvolvido ao longo da sua história, é relacionado de forma especial à confissão, que é o meio de prova próprio e adequado para obter as declarações do arguido, e é nesse contexto que se insere a expressão “direito de não declarar contra si”; ademais, e no geral, as legislações preveem normas para resguardar a integridade física e moral do arguido, exatamente para que a confissão não seja obtida por meio de coação e, quando ele optar por confessar, o faça como manifestação de liberdade individual. É este o sentido da norma prevista no nº 8 do art. 32º da Constituição Portuguesa, quando determina serem nulas todas as provas “*obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da*

---

<sup>654</sup> A Constituição da República Portuguesa parece adotar uma perspectiva ampla compatível com a tese maximalista; no nº 8 do art. 32º, no qual estão elencadas as “Garantias de processo criminal”, lê-se que “*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”.

<sup>655</sup> Sobre o ponto, merece referência a lição de AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA RAMOS COSTA no sentido de que “*o princípio nemo tenetur ... desdobra-se numa série de corolários, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio. Quer por razões históricas, quer pelo amplo acolhimento legal de que beneficia, pode afirmar-se que este direito constitui o núcleo do nemo tenetur*”. E, depois de referirem a obrigação ordinariamente presente nas legislações no sentido de o direito ao silêncio não poder ser invocado relativamente aos questionamentos sobre a identificação pessoal, concluem que “*o direito ao silêncio constitui assim o núcleo quase absoluto do nemo tenetur. Segundo as concepções doutrinárias mais restritivas do princípio, este confunde-se com aquele. Sem negligenciar o eco que tais concepções encontram na doutrina portuguesa, esta vem crescentemente reconhecendo outras manifestações ou explicitações do princípio, como o direito de não entregar documentos, por exemplo, correspondência pessoal, diários íntimos, isto é, documentos sobre os quais não recai nenhum dever de apresentação ou entrega às autoridades judiciais e que estão cobertos pela reserva da vida privada. Expressão oral, escrita ou gestual são actos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a auto-incriminação*”. (*O Direito à não-autoincriminação ...*, op. cit., p. 19 e 21).

peessoa”, e do nº 1 do art. 334º do Código de Processo Penal, onde consta que, na hipótese de o arguido informar que “*pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção ...*”. Ou seja, há uma proibição geral de métodos coativos usados para obter a confissão, como ameaças, agressões físicas, tortura ou qualquer outros para obter declarações involuntárias.

#### **4.4.1.3.1. A vedação da autoincriminação e o direito ao silêncio na mediação penal**

Com estes esclarecimentos iniciais necessários, e supondo a essência que as mencionadas garantias significam, a pergunta a responder é se a participação do imputado em procedimento de mediação penal tem capacidade para vulnerar estas garantias, já que a condição para tanto é que ele admita, pelo menos, os fatos principais que deram causa ao conflito. Deve, portanto, dizer que se os admite e que se responsabilizada por eles e, assim, ao menos em potencial, são tocados ambos os mencionados princípios.

Inicialmente, e sobre esta condição, a de exigir que o imputado assuma e admita os fatos principais para participar na mediação, é intuitivo que se não o fizer não haverá nenhuma expectativa de êxito no procedimento quanto aos seus objetivos. Além disso, e como afirma JUAN A. C. PARRA com muito acerto, a mediação encontra fortes justificativas na sua potencialidade de concretizar uma solução satisfatória para a vítima, e dificilmente ela ficará satisfeita sem que o infrator reconheça os fatos, “... *pues pocas cosas pueden indignar más a quien lo há padecido que escuchar ao autor negar lo que ambos conocen*”<sup>656</sup>. É por isso mesmo que desde na Decisão-Quadro 2001/21/JAI, do Conselho da União Europeia, que inspirou legislações nacionais que admitem a mediação penal, vem consignado esse elemento, a admissão e responsabilidade pelos fatos principais, como pressuposto de qualquer procedimento de mediação<sup>657</sup>.

Tendo isso por pressuposto, podemos identificar dois perigos concretos para as garantias da não autoincriminação e de não declarar; o primeiro consiste em considerar essa admissão - dos fatos e de responsabilidade - como confissão de culpa, e tornar essa culpa o fundamento das obrigações que o imputado assume no acordo. O segundo perigo vem representado pela possibilidade de esse reconhecimento ser valorado como confissão em processo penal posterior, possível no caso em que não houver acordo durante a mediação e,

---

<sup>656</sup> *Mediación Penal*, op. cit., p. 197

<sup>657</sup> Decisão-Quadro 2001/21/JAI foi substituída pela Diretiva 2012/29 do Parlamento Europeu que, em seu art. 12.1, c) prevê a derivação do caso para a mediação desde que o infrator tenha reconhecido “os elementos fáticos básicos do caso”.

mesmo havendo, ele tenha sido descumprido.

O caminho para compatibilizar essa admissão dos fatos e de responsabilidade com as garantias em questão é responder de forma negativa a ambas as asserções recém indicadas sob a rubrica de perigos.

Com efeito, e desde logo, o reconhecimento exigível do imputado tem caráter genérico; não se trata de uma declaração de culpa ou de uma confissão formal sobre um fato determinado, que ocorreu em tal data, horário e circunstâncias e que foi causado dolosamente pelo imputado<sup>658</sup>. Não há dúvidas de que, caso se exigisse esse nível de reconhecimento, haveria vulneração, de forma clara, dos direitos de não confessar e de não se autoincriminar.

Portanto, a admissão - de fatos e de responsabilidade - da qual se cogita no âmbito da mediação penal é apenas um sinal externado pelo infrator de uma disposição interior em considerar como relevante o fato que foi a causa do conflito e de resolvê-lo de um modo satisfatório, para ele e para a vítima.

Em consequência, as obrigações que assume no acordo, como correspondentes à responsabilidade admitida, não estão assentadas na culpa; assim como o reconhecimento dos fatos não é confissão, as obrigações que assume não são reflexo de culpa, e sim, da vontade livre - voluntariedade - em prestá-las para a reparação dos danos advindos do fato reconhecido. Em outros termos, o cumprimento do acordado está assentado na vontade própria do imputado, e não na sua culpa em relação ao fato.

A segunda condição acima enunciada para a preservação das garantias em análise no procedimento da mediação é a vedação de valorar o reconhecimento dos fatos e da responsabilidade como confissão em processo penal eventualmente instaurado em virtude dos mencionados fatos.

Num âmbito um pouco mais alargado, a questão relevante diz respeito ao destino a ser dado às manifestações feitas durante as sessões de mediação e cujo conteúdo é incriminador, mormente quando as partes não logram chegar a um acordo, o que, em tendência, vai importar na existência de um processo posterior, o que também pode ocorrer quando o acordo não for cumprido. De forma mais específica, se a essas declarações pode ser outorgada eficácia probatória e, em consequência, se são passíveis de valoração para a decisão da causa pelo juiz e, de um modo especial, sustentarem um juízo de culpabilidade.

A resposta a essa questão é obrigatoriamente negativa. Com efeito, conferir valor de

---

<sup>658</sup> PARRA, Juan Antônio Cruz. *Medianción Penal*, op. cit., p. 198.

prova às declarações feitas durante o procedimento da mediação implicaria em ferir de morte as prerrogativas que nascem para o imputado das garantias em análise. E, para a devida preservação delas, devem ser observadas importantes condicionantes quanto às referidas declarações.

A primeira importa em cabal vedação de utilizar, admitir e valorar, com carga probatória, as manifestações feitas pelo imputado durante as sessões<sup>659</sup>; o recomendado mesmo seria considerar como prova ilícita, por ofensa ao princípio da confidencialidade, o manejo das mencionadas declarações do imputado<sup>660</sup>. A segunda medida consiste em revestir a atuação do mediador, e de outros terceiros que eventualmente tenham participado das sessões, de sigilo profissional, vedando que sejam chamados para declarar em juízo sobre os fatos que ensejaram a mediação em processos eventualmente com eles relacionados<sup>661</sup>.

Por fim, há uma questão adicional a cobrar atenção nesse tema, e que diz respeito à valoração da decisão do imputado em participar da mediação penal, como elemento de culpa, ainda que apenas indiciário. É JUAN A. C. PARRA que alerta para o fato de, por mais regras que se tenha na legislação no sentido de vedar essa valoração, é muito difícil imaginar que o juiz do processo futuro realmente ignore esse dado<sup>662</sup>. Talvez funcione aqui o que se passa com o arguido que opta por nada declarar: ainda que formalmente se reconheça que ele está exercitando um direito fundamental que lhe é outorgado pelo ordenamento jurídico-constitucional, e que, objetivamente, o silêncio não pode ser usado para fundamentar uma sentença de condenação, não se pode negar, nem impedir, que essa postura absenteísta projete efeitos para o âmbito da subjetividade igualmente presente na tomada de qualquer decisão jurídica.

Em que pese isso, não há solução para a questão que não passe pela instituição de regras jurídicas que vedem a valoração negativa da decisão do imputado em participar da

---

<sup>659</sup> JUAN A. C. PARRA supõe a situação em que a vítima declara em juízo que o acusado admitiu e reconheceu os fatos durante a mediação; tal declaração não poderia ser valorada como prova desse dado, e acrescenta que deve ser evitado, na forma mais eficaz possível, “... *todo influjo cognitivo em el juez de los conteúdos elaborados o adquiridos em el curso de la mediación*”. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 201)

<sup>660</sup> No art. 4º, nº 5, a Lei portuguesa nº 21/2007 determina que “*O teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em processo judicial*”.

<sup>661</sup> O art. 10º da Lei portuguesa nº 21/2007, no nº 4, determina que “*O mediador penal fica vinculado ao segredo de justiça em relação à informação processual de que tiver conhecimento em virtude de participação no processo de mediação*”, e no nº 5 consta que “*Não é permitido ao mediador penal intervir, por qualquer forma, nomeadamente como testemunha, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação, como o processo judicial ou o acompanhamento psicoterapêutico, quer se tenha aí obtido ou não um acordo e ainda que tais procedimentos estejam apenas indirectamente relacionados com a mediação realizada*”.

<sup>662</sup> Literalmente, “... *a fuerza de ser sinceros, resulta muy difícil imaginarse que realmente quepa imponer al juez la obligación de ignorar semejante dato*”. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 202).

mediação. Objetivamente, há necessidade de garantir, por meio de regras, que a referida decisão não seja considerada/valorada como confissão de culpa.

Circunscrita a admissão dos fatos e de responsabilidade a estes termos, afasta-se o risco de a participação em procedimento de mediação e a assunção de responsabilidades importarem em vulneração das garantias de não autoincriminação e de não ser obrigado a confessar.

#### **4.4.2. Dimensão positiva do princípio da proporcionalidade - proibição da proteção insuficiente/deficiente**

Se na sua dimensão negativa o princípio da proporcionalidade atua como diretriz de vedação do excesso e como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito, sob o manto dele é identificada uma outra faceta, uma dimensão positiva, da qual nascem, para o Estado, deveres de proteção, em razão do que se fala, com o mesmo significado, em proibição de proteção insuficiente, proibição da insuficiência ou proibição de deficiência ou do déficit.

O nascedouro dessa percepção de proibição do déficit situa-se no contexto de implementação do Estado Social e tem na sua essência a ideia de que, além do necessário respeito aos direitos fundamentais - tal qual concebido no contexto do Estado liberal -, cabe-lhe a concretização de tarefas e programas indutores de condições materiais básicas para todas as pessoas, o que ensejou o surgimento dos novos direitos fundamentais, com natureza prestacional.

Cabe lembrar, a esse propósito, a distinção entre uma dimensão negativa e outra positiva dos direitos fundamentais: como direitos de defesa, constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais; atuando na sua função de deveres de proteção ou imperativos de tutela<sup>663</sup>, os direitos fundamentais determinam atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir<sup>664</sup>,

---

<sup>663</sup> A expressão imperativos de tutela é utilizada por CLAUS-WILHELM CANARIS. (*Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 138/139). CANNARIS pode ser considerado referência na tentativa de estabelecer a autonomia dogmática da proibição de insuficiência, vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), numa perspectiva diferente daquela desenvolvida em torno da proibição do excesso. Para tanto, assevera, e em síntese, que na esfera de uma proibição de intervenção o que se procura controlar é a legitimidade constitucional da intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão estatal em proteger um bem fundamental, ou então de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção.

<sup>664</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência”. In *Revista Opinião Jurídica*, vol. 4, nº 7, 2006, pp. 160-208. De acordo

preventiva ou repressivamente, inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares.

É esse o contexto que permitiu o desenvolvimento da ideia de que o Estado, ao enunciar e reconhecer um direito fundamental, deve abster-se de violá-lo, fomentá-lo e protegê-lo da ameaça de ataques de terceiros<sup>665</sup>.

É precisamente desse dever de proteção que pode ser extraído o princípio da vedação da proteção insuficiente, com o potencial de acusar de inconstitucional a omissão estatal ou mesmo a insuficiência no cuidado com determinado direito. Portanto, acoplado ao princípio da proporcionalidade, é a outra face da proibição do excesso, alertando para a ação estatal insuficiente e defeituosa na proteção de direitos fundamentais.

Em síntese, pode-se dizer que a proporcionalidade abrange uma dimensão positiva, com o potencial de censurar o resguardo estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. É que, no contexto abordado, incumbe-lhe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também, e repete-se, contra agressões oriundas de particulares<sup>666</sup>.

Neste passo, deve-se afirmar a existência de normas definidoras de direitos fundamentais sociais que servem de paradigma para a esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a atuação estatal para a proteção de bens de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno da criminalização de condutas, bem como da instituição de medidas de

---

com o autor, “... os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”. (Idem, ibidem, p. 173).

<sup>665</sup> Sem pretensão de abordar esta matéria, pois apenas reflexamente vinculada ao tema em discussão, nesse ponto há uma ligação com o que se denomina de natureza objetiva dos direitos fundamentais. Esta dimensão está ligada à eficácia irradiante das normas constitucionais que os preveem, existindo um efeito externo dos direitos fundamentais e do qual resultaria uma força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos, seja através de ações estatais efetivas, por meio da Administração, seja por meio de espécies de comandos de normatização, ou imperativos de tutela. Segundo INGO SARLET, apesar de se encontrar já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido, e que foi no julgamento do caso “Lüth”, em 1958, que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, além da referência ao efeito irradiante dos direitos fundamentais, consignou que esses direitos não se limitam à função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Os direitos fundamentais, assim, passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais. (“Constituição e Proporcionalidade...”, op. cit., p. 181).

<sup>666</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade...”, op. cit., p. 187.

natureza processual.

Portanto, os direitos fundamentais, com sua nota de mais valia e fundamentalidade, servem como parâmetro para estabelecer deveres estatais no âmbito do Direito Penal, *locus* no qual, como em tantos outros, o Estado pode desempenhar a função de guardião dos direitos fundamentais - e não de principal inimigo, como era considerado na sua configuração liberal - e tal incumbência desemboca na obrigação de adotar medidas legislativas de natureza penal que veiculem proibições<sup>667</sup>, bem como formatar um sistema processual apto e capaz de viabilizar a punição dos criminosos, com o resguardo, é claro, de todos os direitos e garantias processuais vocacionadas para dar legitimidade à atuação estatal.

Aliás, é importante anotar que no campo do Direito Penal as consequências da proteção deficiente são de maior intensidade, o que é determinado pelo fato de o Estado ser o detentor, na forma de monopólio, da atividade de persecução penal (de punição dos autores de crimes), vedando que o particular valha-se da força para impedir, exceto em situação de defesa legítima e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares<sup>668</sup>. Trata-se, portanto, de elemento que denuncia a destacada dimensão que os deveres de proteção assumem na esfera jurídico-penal, o que é reforçado, também, pela circunstância de ser o Direito Penal um dos importantes meios pelos quais o Estado concretiza a proteção de direitos fundamentais<sup>669</sup>.

Assim, se a punição do autor de conduta ofensiva a bens jurídicos pessoais gera proteção aos direitos do atingido, o Estado frustra, nesse campo, os deveres de proteção ao não atuar ou ao atuar de forma insuficiente, ou seja, quando sua ação fica aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se representada por uma omissão, ainda que parcial, do poder público quanto ao cumprimento de um imperativo constitucional<sup>670</sup>, no caso do Direito Penal, de instituir um

---

<sup>667</sup> SARLET noticia que no âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente aos direitos fundamentais à vida e integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2, inc. II, da Lei Fundamental. No Brasil, e considerando o texto da Constituição Federal, deveres de proteção decorrem, por exemplo, do direito à segurança (art. 5º, “caput”), da proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII), que ensejou a edição de lei penal para cominar crimes contra as relações de consumo, da proteção do salário (do art. 7º, inc. X), que legitima a criminalização do trabalho escravo, etc. (“Constituição e Proporcionalidade...”, op. cit., p. 190).

<sup>668</sup> É sintomático, no ponto, que a justiça privada é, em geral, elevada à condição de crime; no Brasil, o art. 345 do Código Penal prevê o tipo penal conhecido como “exercício arbitrário das próprias razões”, que consiste exatamente em fazer justiça com as próprias mãos.

<sup>669</sup> Novamente segundo SARLET, na Alemanha foi justamente na seara jurídico-penal - por ocasião do debate em torno da proteção do direito à vida e da descriminalização do aborto - que a teoria dos deveres de proteção encontrou receptividade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, “Constituição e Proporcionalidade...”, op. cit., p. 191.

<sup>670</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional ...*, op. cit., p. 267.

sistema penal e de justiça criminal apto a proteger as pessoas em geral de criminosos e de efetivamente punir estes quando presentes as condições para tanto.

Considerando estes pressupostos, e projetando-os sobre o tema objeto deste estudo, a questão a responder é se a mediação pode ser considerada uma resposta penal e processual penal suficiente para o enfrentamento da violência conjugal, no sentido de concretizar os valores constitucionais mobilizados no âmbito da repressão dos crimes em geral e, de forma específica, as demandas nascidas da criminalidade contextualizada na violência conjugal.

Responder a esses questionamentos é o que faremos na sequência, cotejando a mediação penal com os parâmetros fornecidos pelo princípio da proporcionalidade na sua dimensão positiva e, ao final, indicar se a opção pela mediação para os mencionados crimes pode ser considerada como atuação estatal suficiente para o seu enfrentamento e repressão.

#### **4.4.3. Condições para que a mediação penal seja resposta suficiente para crimes praticados em contexto de violência conjugal**

##### **4.4.3.1. Delimitações necessárias**

Para responder ao questionamento recém formulado, há necessidade de uma definição prévia e que, embora já tratada em algumas passagens anteriores, demanda resposta objetiva, e que diz respeito a uma possível compatibilidade entre a violência de gênero/conjugal com a mediação penal.

No fundo, o tema diz com o tipo ou um rol de crimes para os quais a mediação é inviável, viável e/ou recomendada, e sobre ele ainda há intensas polêmicas no campo doutrinário e uma grande variedade de opções legislativas. Na presente abordagem, e sem vinculação com sistemas legislativos específicos, interessa analisar se há algo nos crimes contextualizados em violência conjugal que os torna especialmente compatíveis ou incompatíveis com o modelo de enfrentamento na forma de mediação.

A primeira questão a ser respondida, portanto, é sobre a admissibilidade ou não, em termos genéricos, de uso da mediação penal no âmbito da violência conjugal. Como referido, essa pesquisa tem por objeto flagrar alguma característica ou peculiaridade nessa violência que determine uma de três possibilidades: a) a total inadequação da mediação para seu enfrentamento; b) pelo contrário, torne este método de solução de litígios especialmente ajustado para o efeito; ou se, c) é caso de permitir o uso da mediação, mas de forma limitada e condicionada. Repete-se que se trata de questionamento genérico e, portanto, descolado da

legislação vigente em determinado local.

O segundo passo, e dado com o pressuposto de admitir-se o uso da mediação penal para determinados casos de violência conjugal, é tratar do relacionamento da mediação com a justiça penal estatal. Como já esclarecido em outra passagem, há diversos modelos sobre o ponto, que vão desde a percepção da mediação como mecanismo extraprocessual ou de diversão processual<sup>671</sup> - com a pretensão de solucionar conflitos de origem criminal fora do âmbito estatal -, veem nela uma fase prévia ao processo penal, ou mesmo como uma fase interna do processo. Neste ponto, é necessário indicar um modelo que consideramos adequado.

Um terceiro bloco de questões e que consideramos importante abordar refere-se aos potenciais riscos que a mediação penal pode gerar para a vítima, ensejando uma possível revitimização; admitindo-o, indicaremos algumas diretrizes que entendemos devam ser observadas, em especial para o efeito de excluir determinados casos da mediação.

Eis o panorama das linhas que seguem, e faremos a abordagem seguindo a ordem recém enunciada das questões.

#### **4.4.3.2. (In)compatibilidade entre violência conjugal e mediação penal**

É de MYLÈNE JACOUD<sup>672</sup> a observação de que um dos debates mais vibrantes “sobre vítimas e a justiça restaurativa diz respeito à aplicação das práticas restauradoras nos casos de crimes graves e nos crimes marcados por um forte desequilíbrio de poder (incesto, agressão sexual, ataque racista e, principalmente, a violência conjugal)”, acrescentando que são os movimentos de promoção dos direitos e dos interesses das vítimas que não aceitam que as situações que envolvam traumatismos graves e os crimes relacionais possam abrir-se para as soluções restaurativas<sup>673</sup>.

---

<sup>671</sup> Sem adentrar nas especificidades do conceito, usamos o termo diversão com o sentido que lhe dá José Faria da Costa: forma de solução de conflito jurídico-penal fora do processo normal desenvolvido pela justiça penal; identifica-se, portanto, com a “desjudicialização”. (COSTA, José Faria, “*Diversão (desjudicialização) Imediação: Que rumos?*”. Coimbra, FDUC, (Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), vol. 61, 1986).

<sup>672</sup> “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça restaurativa”. In *Justiça restaurativa*. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, pp. 163-186, 174.

<sup>673</sup> Ainda segundo a autora, os argumentos principais para essa exclusão são: a) a reintegração é impossível em casos onde as consequências são irreparáveis (sobretudo mortes); b) uma reunião entre agressor e uma vítima tem potencialidade e risco de revitimizar as vítimas; c) em alguns casos, os desequilíbrios de poder são muito grandes e não podem ser postos entre parênteses durante o processo restaurativo, correndo o risco de agravar mais as consequências do que solucioná-los; d) os crimes graves não podem ser submetidos aos processos restaurativos porque requerem uma intervenção punitiva controlada pelo Estado, sem a qual a violência se torna banalizada (“Princípios, Tendências ...”, op. cit., p. 75). Consideramos, e em acordo com JAMES PTACEK, que outro fator de que se alimentam as posturas reticentes à aplicação da justiça restaurativa na violência conjugal situa-se na falta de pesquisas de avaliação sobre as práticas realizadas e que revelem o grau de concretização daqueles que são os

Entendemos que essa é uma boa forma de propor o tema da admissibilidade, ou não, de soluções restaurativas, como a mediação, para determinados crimes, dentre os quais nos interessam, considerando o objeto da pesquisa, os crimes relacionais que envolvem conjugalidade. E, analisadas as objeções acima enunciadas por esse viés, elas podem ser resumidas na seguinte assertiva: a violência conjugal pode traduzir-se em crimes graves e/ou marcados por um forte desequilíbrio de poder; para esses casos, a justiça restaurativa é insuficiente, por ser informal e amena, e inadequada, pela possibilidade de contaminação das práticas pela relação desequilibrada entre agressor e vítima, em prejuízo desta - revitimização.

Ao tempo em que concordamos com a asserção enunciada, ponderamos, contudo, com a dúvida de poder assegurar que todos os casos de violência conjugal apresentam-se com essas características, ou seja, revistam a forma de crimes graves e a relação conjugal que os produz seja fortemente desequilibrada. E a questão toma relevo a partir do entendimento segundo o qual, se é prudente afastar as soluções restaurativas nesses casos, e desde que claramente configurados, também importa na sua admissão em outros, que se enquadrem em perfil distinto.

A forma mais singela de perguntar é se todos os casos de violência conjugal são iguais e, ligado a isso, surge uma perspectiva mais ampla: se há, e no que consiste em caso positivo, uma nota que peculiarize a violência conjugal o suficiente, em relação aos demais crimes, para justificar a não admissão, por absoluta incompatibilidade, de práticas restaurativas para enfrentá-la, como a mediação.

Esse tema já abordamos em outra passagem, ficando evidente, a partir de estudos empíricos e construções doutrinárias, que não há uma necessária uniformidade entre os casos. De fato, é mesmo intuitivo e notório que há variação na dinâmica de cada caso de violência conjugal, mostrando-se impossível formatar todos eles de um mesmo modo, bastando, para tanto, invocar o caráter individual de cada pessoa que, naturalmente, se projeta para as relações que ela estabelece. E, para acentuar essa multiplicidade possível, acrescentar que na conjugalidade a relação é fruto e portanto determinada por duas individualidades. Desse modo, ainda que se promova um catálogo de características das relações conjugais para, a partir dele, classificá-las como compatíveis ou não com a mediação, nenhuma garantia haveria de que uma concreta relação apresentaria as citadas características.

No fundo, pode-se mesmo dizer que não existe relação conjugal igual a outra, e isso

---

valores enunciados como instrínsecos ao paradigma restaurativo. ("Evaluation Research on Restorative Justice and Intimate Partner Violence: A Review and Critique". In *The National Science Foundation and the National Institute of Justice*. 2014, Arlington/VA, disponível em <https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=ipv>).

naturalmente se projeta para o campo das relações violentas. Nestas há uma óbvia diversidade no nível de gravidade da violência, que pode transitar de conflitos que causam apenas desconforto, passarem por agressões mútuas e alcançarem a total subjugação da vítima, tal qual retratada naquele estereótipo já descrito. É, pois, óbvia a resposta sobre esse questionamento: há uma infinita diversidade nas relações conjugais violentas, e não há como afirmar que todas se enquadrem num determinado perfil, como aquele nascido das críticas acima apontadas.

Posto isso, e sobre saber se a violência conjugal apresenta uma nota peculiar que a incompatibiliza, de forma absoluta, com as soluções propostas a título de mediação, uma pista a seguir para obter resposta pode estar exatamente no elemento relacional, inerente a essa violência, a significar que autor e vítima se conhecem, no mais das vezes convivem nos mesmos espaços, relacionam-se de forma permanente e, em regra, íntima, de modo que o(s) episódio(s) criminoso(s) não representa(m) a única “existência” ou “realidade” entre eles.

Esses dados por certo peculiarizam a violência conjugal, imprimem-lhe uma dinâmica própria, não verificável em outras violências, como aquelas que produzem uma vitimização episódica ou momentânea e aleatória. Mas, persiste a dúvida sobre a capacidade, no sentido de grau elevado e poder, dessa nota autonomizante determinar que a única forma de enfrentar essa violência seja a justiça penal estatal e que a mediação seja totalmente inadequada.

Nesse campo, parece frutífero tomar em consideração o que, em especial na literatura que advoga os benefícios da mediação e da justiça restaurativa em geral, é considerada a dimensão interpessoal dos conflitos que, quando se manifestam na forma de crime, nasce e se faz presente sempre que a ação criminosa incide sobre uma pessoa, uma vítima individualizada. E essa dimensão interpessoal não é afetada pelo fato de, a partir de determinado momento histórico, o Estado passar a ser considerado vítima principal das infrações penais; ela, portanto, se estabelece entre os indivíduos que figuram, de fato, como agente e vítima do crime.

No ponto, é fato que os proponentes da justiça restaurativa insistem que o descaso com essa dimensão interpessoal é um dos grandes defeitos da justiça penal estatal: concentrando-se na memorização do fato passado para estabelecer a culpa do agente e, assim, ditar a respectiva punição, esquecido, no sentido de não enfocado, ficou o dano, concebido em sentido amplo, a incluir a afetação pessoal que a vítima experimentou com o crime. E é exatamente sobre essa dimensão interpessoal do conflito que as propostas restaurativas propõem-se a incidir e ofertar-lhe pacificação<sup>674</sup>.

---

<sup>674</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS situa nessa potencialidade da justiça restaurativa sua principal “razão de ser”. *In verbis*: “a justiça restaurativa deve ser vista como um modo de responder ao crime (...) que se funda no

Há um acréscimo cabível: a violência conjugal certamente é o melhor exemplo de conflito revestido de dimensão intersubjetiva ou interpessoal, ou, dizendo-o por outro modo, nela a dimensão interpessoal é especial, no sentido de acentuada, exatamente por causa da intensidade do vínculo existente entre os conflitantes. E, com tais ponderações, deve-se reconhecer que têm razão aqueles que afirmam que a violência conjugal oferta, e de forma exponencial, combustível para práticas restaurativas<sup>675</sup>.

Tendo estas ponderações como norte, consideramos exagerada a perspectiva que afirma a inadmissibilidade genérica do uso de soluções restaurativas, como a mediação penal, para o enfrentamento do conflito advindo da violência conjugal. As especificidades que ela apresenta não têm o condão de evidenciar, sempre e desde logo, que práticas restaurativas sejam ineficientes, inadequadas ou mesmo prejudiciais no âmbito das possíveis respostas a este tipo de criminalidade, podendo apresentarem-se casos para os quais ela sirva. Ou seja, pode haver casos em que a mediação será suficiente, ainda que configure a olhos externos uma resposta amena, o crime terá menor gravidade e a relação entre os conflitantes não se apresentará como altamente desequilibrada, como ocorre e em tendência na violência episódica e recíproca, de modo que, tomados cuidados que a seguir serão discutidos, a solução com forma de mediação pode apresentar-se adequada.

Por conseguinte, rejeitamos a tese da incompatibilidade absoluta entre violência conjugal e mediação. Fazemos, no ponto, coro com CLÁUDIA CRUZ SANTOS<sup>676</sup>, que vê na vedação completa do uso de práticas restaurativas na violência conjugal manifestação de um inadmissível paternalismo penal, que sabe “*o que é melhor para elas*” (as vítimas), “*mas sem lhes perguntar aquilo que de facto acham que é o melhor para si próprias*”. Contudo, isso não induz a conclusão de que ela seja cabível para todo e qualquer caso, pois a vulnerabilidade da vítima, no sentido de ausência de autonomia, determinada por um relacionamento altamente desequilibrado em virtude de violências reiteradas e prolongadas, deve ser causa definitiva para afastar o caso da mediação<sup>677</sup>.

---

*reconhecimento de uma dimensão (inter)subjectiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução”.*(Justiça restaurativa, p. 304/305).

<sup>675</sup> É o caso, por exemplo, de CHRISTA PELIKAN que, contudo, é enfática em dizer que nem todos os casos de violência conjugal podem ser resolvidos por meio da justiça restaurativa. (*Victim-offender mediation in domestic violence cases - a research report*. Disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/pelikan-christa>).

<sup>676</sup> *Justiça restaurativa*, op. cit., p. 733.

<sup>677</sup> Em abono a essa compreensão, cabe referir, mais uma vez, o que pensa RAQUEL BORGES BLÁSQUEZ: “*Si nos cuestionamos desde el punto de vista criminal la conveniencia de la instauración de la mediación penal en*

Como mencionado acima, aceitar, em teoria, que em determinados casos e, portanto, não genericamente o uso dos recursos restaurativos, como a mediação, no enfrentamento da violência conjugal não significa que assim o seja em termos legislativos. Essa definição - se a resolução dos litígios decorrente de violência conjugal pode ou não pode ser submetida à mediação -, é matéria reservada ao poder de conformação legislativa.

#### **4.4.3.3. Modelo de mediação - relacionamento com a justiça penal estatal**

Sempre considerando a não vedação expressa de admissão da mediação para crimes de violência conjugal, outro ponto importante diz respeito ao modelo a ser adotado na perspectiva de comunicação com o sistema de justiça estatal.

A esse propósito, em outra passagem indicamos a existência de inúmeras situações possíveis, que a doutrina reúne em três modelos ou sistemas.

O sistema complementar, em que o acordo alcançado pelas partes projeta efeitos no processo na forma de vantagens processuais, como redução ou substituição da pena, suspensão do processo ou benefícios na execução da pena, a título de exemplo; a derivação do caso para a mediação pode ocorrer antes ou depois de deduzida a acusação: se for antes, o acordo não impede o processo, pois ele apenas produz reflexos na sentença.

No sistema alternativo ao processo ou à acusação, o caso é derivado para a mediação antes de iniciar o processo e o êxito das partes em alcançarem um acordo e seu efetivo cumprimento produz o efeito de impedir o processo pelo fato discutido; mas, caso não haja acordo ou este não seja cumprido, nenhum óbice há para a instauração do processo penal.

Já o sistema de medidas alheias à justiça penal preconiza a mediação como atividade alheia e desvinculada ao processo e sem comunicação com este; ela é executada em espaços privados ou comunitários, desvinculados do Estado, tratando-se de verdadeira alternativa ao processo.

Como já mencionado, caberá ao legislador do respectivo Estado decidir se é cabível

---

*episodios de violencia de género hemos de decir que hay que descartar una mediación general siempre y en todo caso. Existen situaciones sociológicamente patológicas y comportamientos tan arraigados que no son susceptibles de redención. Sin embargo, y es aquí donde debemos centrar los términos del debate, no en todas las situaciones en que se comete un delito prima la desigualdad fruto de la dominación del hombre sobre la mujer. Existen supuestos en los que el conflicto penal es ocasional y es aquí donde hacer uso de una mediación penal podría ser más beneficioso que recurrir al tradicional proceso penal. La mediación permite que la víctima recupere su posición de igualdad con respecto a su agresor, que reconoce el desvalor de su acción. No se busca una verdad procesal, es posible llegar a la verdad ontológica y esto en sí mismo deviene reparación para muchas víctimas. Además, se evitará la victimización secundaria que trae consigo el procedimiento donde muchas veces la perjudicada acaba culpabilizándose por el mal causado a su agresor fruto de la denuncia y ulterior condena".* ("Mediación penal y violencia en el marco de una relación de afectividad,...", op. cit., p. 495-496).

ou não recurso à mediação penal e, na hipótese positiva, com a autonomia e soberania própria da atividade legislativa, delinear e conformar o instituto, seguindo ou não os padrões acima enunciados a título ilustrativo.

Consignamos, aqui, o entendimento e a compreensão no sentido de não visualizar incompatibilidade absoluta entre a mediação e os crimes de violência conjugal. Contudo, e dentre as condições que estamos expondo para que a medida seja adequada especialmente aos interesses da vítima, é inafastável que o formato a lhe ser dado é aquele que preconiza a sua conexão com o processo penal.

Com efeito, e ao dizer isso, rechaçamos a imposição do manejo da mediação penal na forma proposta pelo terceiro dos modelos acima indicados<sup>678</sup>, aquela realizada por e perante instâncias privadas, que têm a pretensão de formatar uma solução para o conflito nascido de um injusto penal de forma autônoma e alheia ao processo penal.

As razões para essa definição são várias, e destacamos duas principais.

De um lado, e na linha do que já dissemos, os programas de natureza restaurativa são calcados na premissa de que é necessário dar protagonismo às partes no procedimento destinado a solver o conflito; mas, e acima de tudo, para a vítima do crime, vista como quem melhor sabe sobre as consequências que sofreu e suas necessidades para ver-se reparada.

Trata-se de uma preocupação e opção por demais legítimas. O processo penal, tal qual concebido e executado na generalidade dos países, é centrado no autor do crime e na preocupação de conferir-lhe todos os meios de defesa, numa disputa com o acusador que, em regra, é um órgão do Estado<sup>679</sup>; a vítima, nesse contexto, e embora tenha sofrido os efeitos do crime, não tem participação relevante, pelo menos não na conformação da resposta penal, limitando-se, no geral, a ser inquirida na condição de testemunha<sup>680</sup>. Assim, qualquer modelo

---

<sup>678</sup> Quando referimos “imposição” é para significar que as partes sejam, por lei, obrigadas a fazer essa opção.

<sup>679</sup> JUAN A. C. PARRA, a esse propósito, afirma que desde a segunda metade do século XX, os estudiosos vêm clamando por uma maior preocupação com a pessoa diretamente afetada pelo delito, que foi, e durante muito tempo, esquecida pelo sistema penal, promovendo o que se designou como o retorno da vítima. É que, de fato, o processo penal concebido pelos Iluministas do Século XVIII gira em torno do arguido; ele foi colocado no centro do sistema penal como sujeito de garantias legais vocacionadas a limitar a arbitrariedade e as atrocidades dos castigos, típicos dos Estados Absolutistas. Foi um movimento de racionalização do conflito penal, e nele a vítima sobrou, foi deixada de lado; o problema criminal passou a ser uma questão entre a sociedade, representada no Estado, e o acusado. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 56).

<sup>680</sup> Essa descrição coaduna-se com as características gerais dos sistemas penais nascidos e aplicados como fruto da publicização do processo e titularizado, na forma de monopólio, pelo Estado. Não ignoramos, por outro lado, diversas modificações legislativas promovidas em diversos sistemas jurídicos nas últimas décadas para, no âmbito do processo, dar certo protagonismo para a vítima que, em nível europeu, foram induzidas por diretrizes comunitárias, a exemplo da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, de 13 de Junho de 2002 do Conselho, relativa à luta contra o terrorismo, com a última redação que lhe foi dada pela Decisão-Quadro 2008/19/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008; também a Diretiva 2004/80/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004 relativa à indenização

de procedimento que lhe outorgue condição de partícipe ativa deve ser aplaudido.

Contudo, não são raras as vozes que alertam sobre os perigos de um protagonismo exagerado e não regrado do ofendido na solução do litígio, acentuados em procedimentos de natureza privada.

Com efeito, a euforia por devolver o protagonismo do processo penal à vítima traz nas suas entranhas evidentes riscos, como um retorno às teses punitivas e expiatórias e a consequente relativização das garantias processuais do arguido/acusado em prol de um sistema punitivo com vocação justiceira; também pode importar na exaltação de soluções alternativas ao processo penal e que, no limite, podem importar na própria abolição do Direito Penal, em evidente prejuízo para o controle social e para a proteção de bens jurídicos<sup>681</sup>.

Destes, centramo-nos no segundo, no enfoque do potencial retorno a um sistema de justiça assentado na busca da vingança privada. Não há dúvidas de que há a necessidade de, como disse JUAN A. C. PARRA, “*aumentar el margen de maniobra del ofendido en el conflicto penal*”<sup>682</sup>. Mas, essa não pode ser uma opção em moldes a suplantam os reconhecidos avanços civilizatórios incorporados aos sistemas de justiça, nomeadamente aqueles que racionalizaram a atividade punitiva e que tornaram o suspeito/arguido um sujeito de direitos fundamentais e de garantias processuais.

E a ideia central que povoa as teses abolicionistas é a devolução do conflito às pessoas nele envolvidas e implicadas para que seja manejado por elas próprias, focadas na reparação em favor da vítima, subtraindo do Estado qualquer papel no procedimento destinado à sua resolução<sup>683</sup>. A reparação não é vista como resposta penal, aliás, a busca é exatamente por

---

das vítimas de criminalidade, que visa facilitar o acesso à indemnização em situações transfronteiriças; a Diretiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, a Decisão-Quadro do Conselho 2001/220/JAI de 15 de Março de 2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal; a Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Em Portugal, merece referência a Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, que “Procede à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001”.

<sup>681</sup> Nesse sentido, JUAN A. C. PARRA, que também refere a possibilidade de utilização demagógica da vítima no campo do populismo político-penal, afirmando que “*preocupación por las víctimas y hambre de votos pueden llegar a conformar un peligroso cóctel*”. (*Mediación Penal*, op. cit., p. 51 e seguintes).

<sup>682</sup> *Mediación Penal*, op. cit., p. 55.

<sup>683</sup> Nesse sentido ALBERTO BOVINO afirma que “*...la propuesta básica que hacen los abolicionistas es la recuperación, por parte de la víctima, del rol protagónico que ella debe tener al momento de buscar una solución a la situación problemática,.... Este rol protagónico de la víctima, aunque algunas veces no se haga explícito (con excepción de Nils Christie), debe necesariamente ir acompañando de una disminución del poder de los órganos*

respostas não penais/estatais; na impressiva frase, sobre esse ponto, de NILS CHRISTIE, os programas restaurativos, na sua concepção, devem buscar opções aos castigos, e não castigos opcionais<sup>684</sup>.

Uma tal perspectiva, levada ao extremo no sentido de ausência de sindicância e controle por parte de autoridades públicas, é caminho natural para abusos e exageros, possivelmente nos moldes dos antigos sistemas em que era privilegiada vingança do indivíduo ofendido ou de seu clã, e esta constituía a única forma de justiça penal. Ora, como já se disse, os movimentos realizados ao longo da história para superar e substituir tais modelos foram assentados na constatação de que, como regra geral, a vítima, quando tem em mãos o poder de punir, pune mal no âmbito da proporcionalidade, pois pune de forma exagerada e, com isso, gera reações legítimas, numa sucessão *ad infinitum* de crimes e danos<sup>685</sup>.

E convém desconfiar da perspectiva otimista de quem preconiza a plena capacidade e aptidão de determinadas instâncias privadas para gerir adequadamente o procedimento de mediação do conflito; há risco real de, sem parâmetros principiológicos, conceituais e procedimentais definidos, por meio de caminhos informais, incertos, assistemáticos e de natureza subjetiva, conduzir as partes a soluções ineficazes, injustas e não equânimes e que, por fim, irão depor contra o próprio modelo.

Com estes pressupostos, concluímos que a única forma promissora de mediação penal é aquela protagonizada por instâncias públicas e oficiais e que se comunica com o sistema penal estatal e o processo nele desenvolvido. É admissível que ela seja executada antes deste e funcionar, se exitosa, como causa impeditiva do exercício do direito de instaurá-lo, assim como pode ocorrer durante a sua tramitação, como uma fase do processo, e seus efeitos serem considerados no momento da formatação da resposta penal para o crime e, por fim, ser concretizada na fase da execução da pena e impactar no respectivo regime.

Afirmamos, portanto, que em nosso entender a mediação penal viável é aquela tutelada

---

*estatales para imponer la solución, esto es, de un modelo de estado diferente*". ("La víctima como preocupación del abolicionismo penal". In *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S.R.L., 1992, p. 279.

<sup>684</sup> CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Trad. de MARILUZ CASO. México: Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 14. O contexto mais amplo da frase é uma necessidade de diminuição da dor causada pelas penas impostas aos criminosos, afirmando: "Una de las reglas sería entonces: cuando se esté en duda, no se debe imponer dolor. Otra regla sería: impóngase el mínimo dolor posible. Busquemos opciones a los castigos, no sólo castigos opcionales". ALBERTO BOVINO, a esse propósito, afirma que "*En esta breve frase se condensa la oferta de los abolicionistas: no se trata de buscar una política criminal alternativa, sino una alternativa a la política criminal*". ("La víctima como preocupación...", op. cit., p. 263).

<sup>685</sup> A esse propósito, ALBERTO BOVINO, depois de afirmar que a proposta de recuperação do protagonismo da vítima tem um propósito tipicamente abolicionista, afirma que "*este nuevo modelo de sociedad sin sistema penal requiere, a su vez, una excesiva y muchas veces ingenua confianza en la víctima ...*". ("La víctima como preocupación...", op. cit., p. 279).

pelo Estado, inserida no contexto do controle social que se quer promover por meio do Direito Penal; ela não pode funcionar como instância de não-poder, tal qual pretendem os que, assentados em bases abolicionistas, veem na justiça restaurativa uma fórmula para obviar o papel das instâncias oficiais na resolução de conflitos de natureza penal. Como corretamente adverte JUAN A. C. PARRA, é inimaginável uma sociedade sem controle, e para que haja controle social é imprescindível a existência e o exercício do poder estatal, inclusive e de forma particular por meio das instâncias penais<sup>686</sup>. O Estado, portanto, não pode ser alijado da função de ditar a resposta para os crimes; caso o respectivo legislador entenda que, para chegar a ela, podem ser mobilizados métodos autocompositivos, nomeadamente para qualificar a mencionada resposta, uma tal solução será louvável, desde que o Estado mantenha em seus domínios a decisão de derivar o caso para a mediação ou qualquer outra forma de justiça restaurativa e o poder de determinar os efeitos de um procedimento exitoso relativamente ao processo.

Com esse formato, a mediação penal, sem deixar de ser mecanismo de justiça restaurativa, é percebida como pertencente ao vasto campo das ciências penais e, por decorrência lógica, assume os princípios e garantias a elas afetos, superando os riscos acima referidos de privatização da justiça penal e potencial instauração de um modelo de essência vingativa. A mediação penal, em síntese, não pode figurar como alternativa à persecução penal estatal, embora possa ser alternativa ao processo, como no caso de ser causa da não instauração deste, e poderá ter utilidade como fase ou complemento do processo penal instaurado.

É um sistema que PAULO DE SOUSA MENDES designou de “*integrado, em que a mediação funciona como alternativa ao procedimento criminal, que cessa em caso de acordo*”, tratando-se de uma “*forma de diversão do processo e é normalmente aplicada em casos de menor gravidade. Nestes termos, a regulação da mediação e dos seus procedimentos cabe ao Estado e é definida por lei, tendo por objetivo garantir um sistema uniformizado. Neste modelo, o encaminhamento dos processos para a mediação é maioritariamente de responsabilidade dos magistrados do MP*”. Mesmo assim, a mediação penal não deixa de ser “*uma manifestação da ideia de justiça restaurativa*”<sup>687</sup>.

Posto isso, e assumindo como adequada essa perspectiva para a mediação, põe-se,

---

<sup>686</sup> *La Mediación Penal*, op. cit., p. 55/56. Em outra passagem, mas a respeito desse tema, afirma que “*Los muros más inaccesibles, como se demostró en Troya hace tres milenios, solo pueden ser franqueados desde dentro, por lo que de momento el abolicionismo deberá servirnos de inspiración para mejorar la estructura que nos cobija, no de ariete para su derribo*”. (Idem, p. 60).

<sup>687</sup> *Lições de Direito Processual Penal*, op. cit., p. 106/107.

desde logo, a necessidade de fixar alguns parâmetros para a comunicação entre ela e o processo. Interessa, de modo especial, a questão dos prazos envolvidos e a incorporação, no processo, do resultado da mediação.

Sobre os prazos, as referências internacionais destacam que o procedimento da mediação não pode perdurar por tempo indeterminado, sendo fundamental que as tentativas de autocomposição do conflito sejam limitadas a um prazo máximo. Esse prazo, ademais, deve ser controlado pela autoridade pública que promoveu a derivação do caso, cobrando que, ao término, sejam-lhe informados os resultados e proceder de acordo com eles.

A medida tem vários fundamentos, dentre os quais ressalta o interesse público na rápida solução para o caso, o que é aplicável, de resto, a todo e qualquer processo. Além disso, e no geral, o exercício de direitos vinculados à causa penal, como o da instauração do processo, é submetido a limites temporais, que poderá ser afetado com a excessiva mora na conclusão do procedimento da mediação. O próprio poder punitivo deve ser exercido em determinado tempo, sob pena de perda pela via da prescrição. É claro que, e a depender do ordenamento jurídico aplicável, a referida afetação dos direitos poderá ser obstada por regras que determinem a suspensão dos prazos durante o tempo destinado para a mediação, voltado a fluir ao seu termo.

Sobre a incorporação dos resultados da mediação ao processo penal, há diversas questões relevantes. Desde logo, e em conformidade com o quanto estamos sustentando, o acordo obtido pelas partes como fruto da mediação há de ser considerado para não formular a acusação ou para formatar a resposta penal a ser dada ao crime, sendo importante ressaltar que o seu conteúdo não é submetido à cláusula de confidencialidade, que se aplica apenas à interlocução havida durante as sessões.

Sobre os efeitos possíveis, e de maneira geral, pode ser destacado que: a) o conteúdo do acordo deve ser supervisionado por autoridade pública; a medida se presta para rechaçar acordos abusivos por preverem obrigações ilegais, com caráter de pena e desproporcionais ao gravame causado pelo crime; b) quando a autoridade pública homologa o acordo e, com essa base, não se instaura o processo ou incorpora seus termos em decisão que serve de solução definitiva para o caso, esta decisão deve ter os mesmos efeitos de uma sentença ou outra decisão e com força para fazer precluir a possibilidade de persecução penal posterior pelos mesmos fatos; c) o descumprimento do acordo construído durante a mediação restaura os direitos cujo exercício suspendeu; contudo, no procedimento que a seguir for adotado, o descumprimento do acordo não pode servir de fundamento para a imposição de uma resposta mais severa.

Ainda, essa tutela pública do procedimento da mediação tem aptidão para superar o

argumento já antes referido de que um acordo nesse contexto criminal, nomeadamente com efeito de óbice ao processo criminal, é veículo que transmite mensagem de tolerância para com esse tipo crime, pois resolvido com os parâmetros de uma justiça amena, ou “barata”<sup>688</sup>, em franca contradição com os movimentos sociais, legislativos e de políticas públicas encetadas nas últimas décadas em todo lado e direcionados à conscientização, em especial da vítima, de que se trata de crime grave e que não pode ficar escondido na esfera privada da família, da casa ou dos envolvidos. Nessa lógica, o único modo para desvanecer essa imagem, é projetar a mediação para o campo processual penal estatal<sup>689</sup>.

#### **4.4.3.4. Fundamentos teóricos para a mediação em crimes de violência conjugal**

Abordamos em outra passagem a matéria sobre os fundamentos teóricos para a mediação, ocasião em que consignamos que esta é método autocompositivo de resolução de conflitos, levada a efeito por meio de um procedimento direcionado ao alcance de determinados objetivos, ditados pelo marco teórico que está na sua base. Além disso, que os três modelos mais conhecidos e difundidos são o de Harvard, o transformativo e o circular-narrativo.

Tendo em mente os enunciados lá expostos, importa indicar qual destes modelos tem maiores condições de eficácia quando se trata de mediar conflitos em cuja base há violência conjugal.

Para o efeito, e no que interessa para esta questão, recordamos que o modelo de Harvard de mediação pressupõe um contrato firmado entre partes iguais, tem perspectiva individualista, e a mediação é ferramenta de solução para disputas por meio de acordos que satisfaçam, na maior medida possível, todos os indivíduos implicados na relação litigiosa; vê o conflito como problema que entorpece o desenvolvimento e a felicidade individuais e foca nos seus aspectos objetivos e, assim, não se interessa pelo contexto subjetivo implicado, como as emoções das pessoas envolvidas no conflito e pelas interpretações que fazem dos fatos.

---

<sup>688</sup> A expressão é utilizada por DONNA COKER, em contexto de preocupação com o fato observado de que muitas práticas restaurativas priorizam pedidos de desculpas pelo agressor/delinquente, e que o foco no perdão dado pela vítima conduz a soluções falsas e injustas. (In “Enhancing Autonomy for Battered Women: Lessons from Navajo Peacemaking.” *UCLA Law Review* 47, 1999, pp. 1-111, p. 76).

<sup>689</sup> Não ignoramos que essa solução é, no geral, rechaçada pelos defensores da justiça restaurativa, que não veem com simpatia a cooptação de seus mecanismos pelo sistema formal de justiça. No essencial, classificam a opção incompatível com as ideias gerais que norteiam a justiça restaurativa: ao ser inserida na tramitação dos casos na justiça penal, ela deixaria de ser alternativa, além de haver o risco de as práticas serem “colonizadas” pelos vícios e malefícios inerentes aos mecanismos estatais de gestão de conflitos, como a verticalidade, a adversarialidade, o confronto, entre outros. Além disso, preconizam que considerar o resultado obtido na prática restaurativa para conformar a situação processual quebraria um dos princípios que as orientam, que é a voluntariedade. (Nesse sentido, PTACEK, James. “Evaluation Research on Restorative...”, op. cit., e ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa...*, p. 189 e seguintes). Conforme exposto acima, não concordamos com tais vetores.

Já o modelo transformativo propõe uma metodologia centrada na melhora ou na transformação da relação entre das pessoas envolvidas no conflito; ele parte da noção de que, se não houver alteração no modo de pensar, de agir e de se relacionar com o outro, em tendência haverá a repetição de conflitos com as mesmas bases do anterior; por isso, ele compreende a mediação como procedimento que pretende mais que um simples acordo sobre os pontos relevantes do conflito, para induzir os participantes a se utilizarem dela como fonte de enriquecimento pessoal e oportunidade de desenvolvimento moral e, com a aquisição de novos valores e perspectivas, terem capacidade de constituírem relações mais pacíficas e de resolverem, por si próprios, as diferenças que forem surgindo.

Por fim, o modelo circular-narrativo procura conjugar as características daqueles dois, pautando-se tanto pela perspectiva de modificação das relações, como pela obtenção de acordo. O conflito decorre da particular interpretação de determinados fatos, que gera significados para as partes e que são traduzidos nas narrativas que elas externam, e o processo de mediação pretende qualificar os participantes para reinterpretarem os fatos e, em consequência, produzirem narrativas novas e diferentes e, assim, perceberem as bases do conflito a partir de um ângulo diferente; a mediação também pretende criar condições de interação entre as partes, voltada para a modificação das percepções sobre o universo conflitivo e desenvolver novas narrativas coerentes com essas percepções, deixando de ser, portanto, um simples procedimento de negociação entre elas.

Tendo esses dados como pressupostos, e voltando os olhos para os conflitos na base dos quais há violência de conjugal, consideramos inadequado, como modelo de mediação, aquele proposto pela escola de Harvard. Entre outros, há relevância em dois argumentos.

Um deles se situa na pauta individualista que está na base desse modelo. No contexto de relações conjugais, pode-se ter como certo que o individualismo exacerbado é causa especial de conflitos, determinado condutas voltadas para a autossatisfação de vontades e interesses, desconsiderando os da outra pessoa. Há, portanto, incompatibilidade entre relação conjugal e individualismo acentuado, e presente este, em tendência haverá afetação negativa daquela, e os conflitos podem eclodir violências e crimes.

Na mesma linha, e posta uma situação conflituosa e proposta sua resolução por meio da mediação, é de antemão perceptível que ela vai ser infrutífera para o caso de a pauta individualista ser nela projetada e ser sua base teórica. Ainda que, eventualmente, seja produzido um acordo no âmbito do procedimento, tem relevância o argumento exposto pelos que propugnam o modelo transformativo no sentido de a mediação, em caso assim, por não

interferir no modelo da relação, ser incapaz de evitar novos conflitos.

Um segundo ponto importante que torna o modelo de Harvard pouco aconselhável para a mediação de casos que envolvem violência conjugal diz respeito com a suposta igualdade das partes no respectivo procedimento. Dedicamos atenção a esse tema em capítulo próprio<sup>690</sup> e nasce óbvio o fato de a violência conjugal ser, em muitos casos, enfática manifestação de desigualdade entre os integrantes da relação.

Em consequência, se o mediador não dedicar atenção a essa circunstância, se não estiver instruído para perceber que as partes podem estar em situação de desigualdade, há possibilidade efetiva de manifestar-se o fenômeno que os críticos da mediação para esses crimes ressaltam: a dominação do agressor sobre a vítima projetar-se para o interior do procedimento e impregnar desse vício a solução eventualmente obtida para o conflito.

Em conclusão do tópico, e para os casos para os quais se admita a mediação para conflitos nascidos da violência conjugal, o procedimento haverá de pautar-se por fundamentos diversos dos propostos pelo modelo de Harvard. Tratando-se de crimes relacionais, e tendo em conta os muitos casos em que a opção da vítima é manter a relação conjugal ou, mesmo não sendo o caso, a necessária permanência de vínculos ditada pela existência de filhos, interessa muito mais para a vítima, e para a sociedade, que haja modificação na pauta dos valores da relação, para que a convivência seja mais pacífica ou, pelo menos, ditada por um padrão comportamental de respeito mútuo. E é intuitivo que esse resultado somente será alcançado se houver injunções sobre as bases da relação, tal qual propõem os modelos transformativo e o circular-narrativo.

#### **4.4.3.5. Titular do interesse a ser protegido na mediação**

Seguindo a linha que não afasta, a priori e de forma definitiva, a mediação penal para crimes contextualizados em violência conjugal, outro elemento a ser claramente definido relaciona-se com o titular dos interesses a serem protegidos por qualquer medida de enfrentamento de conflito nascido dessa violência. Neste particular, consideramos que a intervenção deve ser ditada e orientada para a consecução de interesses da vítima, na melhoria da sua situação, e jamais nos interesses exclusivos do agressor, mormente uma resposta mais branda para o crime<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> É o tópico 4.2.8.4.1. O conteúdo da igualdade necessária para participar de mediação.

<sup>691</sup> A opção pela mediação não pode ter esse fundamento. No ponto, estamos em acordo com o que afirma RAQUEL BORGES BLÁSQUEZ: “*La mediación penal no debe suponer en ningún caso una relajación del elemento público a favor del privado porque la manifestación de violencia física o psicológica es un atentado*”

Nesse contexto, temos como importante para a vítima, em primeiro lugar, viabilizar um espaço de comunicação, no sentido de conferir-lhe a possibilidade de falar sobre a relação violenta na qual está inserida e do(s) crime(s) que a vitimizou(aram), elemento que é no geral negligenciado no processo penal estatal<sup>692</sup>. Essa locução pode incluir ou não o agressor; poderá a vítima ter a necessidade de falar diretamente a ele, e a circunstância de o espaço em que a mediação é realizada, por ser distinto daquele da convivência e que é o palco da violência, pode permitir que lhe diga o que não consegue em outro; ou poderá não querer comunicação com o agressor, e apenas relatar os fatos e sentimentos a terceiro<sup>693</sup>.

Além disso, e em consonância com o que dissemos acima sobre o modelo teórico mais promissor para a mediação nestes conflitos, é possível que durante o procedimento seja investigada a sua gênese, identificando fatores que levam às agressões; em especial para vítimas que não pretendem separar-se do agressor, ou quando há agressões recíprocas, essa providência poderá contribuir para a pacificação da relação e a construção de uma pauta comportamental diversa<sup>694</sup>.

Também é necessário focar na reparação ampla; o significado dessa expressão para o paradigma restaurativo é, além de uma indenização para os danos (no sentido de anulá-los), de verdadeira reintegração, ou seja, restabelecer, na medida em que isso for possível, a condição que a vítima ostentava antes de ser submetida à violência conjugal.

O procedimento da mediação penal em crimes de violência conjugal, portanto, deve permitir que a vítima se fortaleça, em especial na sua identidade pessoal. Trata-se de equilibrar a posição da vítima em relação ao agressor, por meio de um processo de fortalecimento ou de aquisição de poder - *empowerment* em favor da vítima da violência -, e esta é a condição para

---

*grave que debe ser condenado. Este tipo de violencia tiene una base afectiva y cultural que hace que el victimario tenga comportamientos asociales con respecto de los miembros del hogar. Con la mediación se intenta crear un marco para hablar y negociar, pero nunca minimizar el desvalor de los actos violentos*". ("Mediación penal y violencia em el marco de una relación de afectividade ...", op. cit., p. 497).

<sup>692</sup> Nas palavras de RAQUEL BORGES BLÁSQUEZ, o processo penal "... es un monólogo basado en interrogatorios de víctima, victimario y testigos dirigido a castigar por el delito cometido y al cumplimiento de funciones más simbólicas que reales. El derecho procesal penal olvida el valor de las palabras para la resolución de conflictos y tiene a la víctima como un convidado de piedra". ("Mediación penal y violencia em el marco de una relación de afectividade ...", op. cit., p. 493).

<sup>693</sup> HOWARD ZEHR, falando de vítimas em geral, acentua essa necessidade de falar a respeito do fato que as atingiu, tratando-se de um dos elementos do que denomina de "processo de recuperação": "*além de indenização e respostas, as vítimas precisam oportunidades para expressar e validar suas emoções: sua raiva, medo e dor...*". (Trocando as Lentes, op. cit., p. 27). A sentença tem óbvia incidência para as vítimas de violência conjugal.

<sup>694</sup> No ponto, RAQUEL BORGES BLÁSQUEZ faz importante ponderação: "*Vítima y victimario no son dos personas que no vayan a volver a encontrarse em su camino, todo lo contrario: en un gran porcentaje no van a querer separarse, después de un tiempo van a reecnotrarse o van a tener la necesidad de dialogar sobre aspectos comunes que les unen, ya sean hijos, bienes, hipotecas...*". ("Mediación penal y violencia em el marco de una relación de afectividade, una asignatura pendiente". In Rev. Boliv. de Derecho, nº 26, 2018, pp. 490).

que o procedimento seja eficaz no sentido de estabelecer novas bases para a vida relacional futura<sup>695</sup>.

O denominado empoderamento - *empowerment*<sup>696</sup> - efetivamente é essencial para que a vítima tanto possa participar da mediação em posição de igualdade, quanto para sua restauração tendente a dar-lhe mais ou alguma autonomia para a gestão da sua vida. PATRICIA ESQUINAS VALVERDE<sup>697</sup> considera necessário que, previamente ao início das sessões de mediação, seja realizado um adequado processo de equiparação das partes e de dissolução do desequilíbrio inicial que fosse constatado entre elas, fortalecendo a posição da vítima por meio de informação, apoio e serviços, vocacionados para assegurar que estará apta a tomar decisões com a máxima liberdade possível, dentro das restrições inevitáveis que as afetam. É esse fortalecimento, ainda segundo a mesma autora, que responde ao conteúdo do termo anglo-saxão *empowerment* que, desde quando passou a ser usado “*constituye un lugar común entre la doctrina dedicada a tales cuestiones*”<sup>698</sup>. O ponto de chegada dessa intervenção prévia junto à vítima é a participação voluntária nas sessões de mediação<sup>699</sup>.

CHRISTA PELIKAN<sup>700</sup> refere-se ao *empowerment* como sendo a utilização, o impulso, o desenvolvimento e reconversão de determinados recursos pessoais (também

---

<sup>695</sup> Nesse sentido: VALVERDE, Patricia Esquinas. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 86.

<sup>696</sup> No Dicionário de Língua Portuguesa Contemporânea das Ciências de Lisboa, ao termo empoderamento é dado o significado de obtenção, alargamento ou reforço de poder. Tradução de “empowerment” traz a ideia de emancipação do ser humano, como indivíduo ou grupo, de mecanismo (qualquer) de dominação ou de subjugação, e não por acaso passou a ser utilizado, de forma crescente, com os movimentos emancipatórios relacionados ao exercício de cidadania (movimento dos negros, das mulheres, dos homossexuais, movimentos pelos direitos da pessoa deficiente) registrados nos Estados Unidos na segunda metade do século XX. Trata-se, portanto, de processo focado no acréscimo de poder vocacionado à emancipação, e com esse significado também tem incidência na violência conjugal, para representar a superação da subjugação da vítima ao agressor. (BAQUERO, Rute Vivian Angelo. “Empoderamento: instrumento de emancipação social? Uma discussão conceitual”. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, 2012, pp. 173-187, disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/debates/article/viewFile/26722/17099>).

<sup>697</sup> *Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 86.

<sup>698</sup> A autora acrescenta que “...se ha destacado como una de las ventajas fundamentales de los programas de Justicia restauradora sobre el proceso judicial tradicional el hecho de que las nuevas técnicas, a diferencia de este último, donde ni siquiera se intenta, tratan al menos de disponer fuertes garantías o precauciones (de base psicológico-social) en el procedimiento, a fin de asegurar que la relación de poder que se encuentra en el origen del comportamiento delictivo no se reproduzca durante los encuentros”. (*Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 86).

<sup>699</sup> A mesma autora informa a existência de estudos indicando que no âmbito da violência sobre a mulher é imprescindível que a vítima mostre, de antemão, um fortalecimento pessoal, uma série de atitudes internas e externas que, ao menos potencialmente, demonstrem estar capacitada minimamente para defender seus interesses e enfrentar o agressor durante o procedimento da mediação. (*Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 87-88).

<sup>700</sup> “On the efficacy of Victim-Offender-Mediation in cases of partnership violence in Austria, or: Men don’t get better, but women get stronger: Is it still true?” In *European Journal of Criminal Policy Research*, 2010, 16/1, pp. 49-67.

econômicos e jurídicos) de um indivíduo, a fim de capacitá-lo para incrementar seu poder. O *empowerment* é um processo cujo ponto de chegada é a aquisição e incremento de poder, que capacita a pessoa que antes, em virtude de condições subjetivas, apresentava déficit de capacidade; o mecanismo de fortalecimento de uma pessoa é prévio à aquisição de poder; ao fortalecê-la nas suas condições subjetivas, ela adquire capacidade de mobilização e de transformação no entorno pessoal e social. É a aquisição dessa capacidade que o procedimento da mediação pretende dar à vítima de violência conjugal, dando-lhe poder suficiente para empreender uma atuação autônoma, com base em suas próprias forças, e participar dele com condições de afirmar e defender posições, de confrontar o agressor e interferir, de acordo com seus interesses, no marco das negociações e na construção do acordo.

Há outros dois pontos relacionados com este tema, também abordados por PATRÍCIA ESQUINAS VALVERDE<sup>701</sup>; um deles diz com necessidade e conveniência, agora já durante as sessões, da cooperação de serviços de assessoramento e assistência para a vítima, preferencialmente profissionais com conhecimentos consolidados no campo da violência de gênero. O segundo ponto diz com a já analisada relativização do princípio da neutralidade do mediador: segundo a autora, ainda que aplicável de forma geral, na mediação de casos envolvendo violência de gênero deve ser buscada a equiparação das partes, podendo implicar em atuação em favor da parte mais fraca.

Em síntese, e recordando as ponderações de CHRISTA PELIKAN, já destacadas previamente, o elemento decisivo tanto para optar pela mediação em casos de violência conjugal, quanto para que o respectivo procedimento seja benéfico para as partes e a sociedade, é a situação da vítima das agressões; é menos uma possível posição superior de poder do agressor, e sim a disposição, interna e externa, da vítima no sentido de reunir recursos e condições para libertar-se do relacionamento opressivo ou alterá-lo. Nessa linha, até mesmo vítimas de longa história de violência podem beneficiar-se da mediação, desde que, previamente, sejam fortalecidas, tornem-se fortes suficientemente para terem capacidade de tomar medidas concretas de combate e superação da violência e, feita a opção pela mediação, durante ela afirmem seus direitos, confrontem o agressor e interfiram ativamente para construir um acordo satisfatório.

#### **4.4.3.6. Necessidade de preservação das garantias processuais do agressor**

---

<sup>701</sup> *Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 87.

### **durante o procedimento da mediação**

O que dissemos acima sobre a necessidade de focar a vítima na mediação penal em crimes de violência conjugal não quer significar ausência de preocupação e cuidado com o agressor e sua inarredável condição de sujeito de direitos.

Aliás, e conforme já assinalamos previamente, uma das críticas contundentes ao uso da mediação penal situa-se do lado do indigitado autor do crime, no sentido de, dada a informalidade inerente ao procedimento, não haver nele garantias de preservação dos direitos fundamentais que lhe são assegurados normativamente<sup>702</sup>.

Exatamente por isso põe-se a necessidade de preservação das garantias processuais do agressor, sob pena de total deslegitimação dessa forma de solução de litígios. O fortalecimento da vítima não quer dizer que deva ser dada primazia a ela no marco das negociações; a necessidade daqueles cuidados é ditada pela constatação, eventual, de um possível desequilíbrio de poder em relação ao agressor, e para obter a necessária simetria, permite-se uma série de medidas vocacionadas para esse objetivo, aí incluída uma relativização da neutralidade do mediador.

Mas, isso em nada afeta a posição e a condição do agressor de sujeito de direitos, que devem ser garantidos e preservados. No ponto, estamos em acordo com PATRICIA ESQUINAS VALVERDE<sup>703</sup> quando pondera que o objetivo último a alcançar na mediação consiste em uma equidade procedimental para ambas as partes, ao invés de sacrificar uma delas, o agressor, privilegiando a outra, a vítima. Assim, o propósito abertamente declarado no sentido de reforçar a posição da vítima não deve conduzir a excessivos privilégios, a ponto de o imputado/agressor sentir-se em condição de total descuido para com suas garantias jurídicas, como a proporcionalidade entre a conduta e as obrigações assumidas a título de acordo; em síntese, a condição de pessoa titular de direitos inalienáveis não pode ser postergada.

#### **4.4.3.7. Preservação da segurança da vítima antes, durante e depois dos encontros**

Outro valor importante a se ter em conta quando se trata de mediação penal para crimes de violência conjugal é a segurança pessoal da vítima, no sentido de preservação da integridade

---

<sup>702</sup> PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, sobre a crítica de que a mediação, enquanto programa restaurador, atenta contra as garantias do imputado, pondera que “... *entiendo que la postura más razonable, en todo caso, consistiría no en prohibir el acceso a dichas medidas restauradoras, sino, por el contrario, en esforzarse por dotarlas de las mismas garantías ya conseguidas e incorporadas al sistema tradicional; y en esa línea, concretamente, avanza este nuevo paradigma de Justicia*”. (*Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 96-97).

<sup>703</sup> *Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 92.

física e psicológica. Por isso, também sob essa perspectiva é assinalada a importância de intervenção, em especial psicológica e jurídica, junto a ela e, por essa via, perceber o grau de vulnerabilidade e eventual risco à segurança<sup>704</sup>. Ou seja, convém se dedicar a uma fase inicial e preparatória da mediação, destinada à avaliação da situação concreta da vítima e da sua relação com o agressor e concluir pela existência de risco a demandar a aplicação das mencionadas medidas de proteção.

E, para os casos nos quais se constate existir o mencionado risco, lançar mão dos mecanismos preventivos, coactivos e de salvaguarda contemplados na legislação para proteger os direitos da vítima de violência conjugal. Isso induz a percepção de que, nos casos em que se detecta riscos para a vida e integridade dela, é imprescindível que haja cooperação entre as entidades que promovem a mediação com as instâncias oficiais - polícias, Ministério Público e Poder Judicial<sup>705</sup>.

#### **4.4.3.8. Casos para os quais a mediação é admitida e sua concreta seleção**

Na linha do que já expusemos previamente, admitir-se como possível o manejo da mediação penal no âmbito da violência conjugal está longe de significar que se trata de panacéia que, tal qual o remédio eficaz para todos os males, seja solução mágica para qualquer caso. Pelo contrário, e tendo por base todas as considerações que até aqui fizemos, tanto sobre violência conjugal como sobre a mediação penal e sua relação com a justiça penal, há a necessidade de adotar e observar rigorosos critérios na seleção de casos para, em especial, identificar aqueles para os quais a mediação se mostre inadequada.

Com efeito, é necessário considerar que alguns elementos inerentes ao paradigma restaurativo e, portanto, à mediação, tornam-na especialmente vulnerável para o trato de um certo tipo de violência conjugal, para o qual a resposta que ela oferta é claramente insuficiente. Ou seja, consideramos que há casos de violência conjugal para os quais a solução da mediação, ao invés de benefícios para a vítima, pode significar e concretamente traduzir-se em riscos e novos prejuízos.

Essa consideração traz consigo a necessidade de identificação desses casos e exclu-

---

<sup>704</sup> Sobre intervenção multiagencial com mulheres vítimas de violência conjugal, há importante referência em CALVO, María Sol Rodrigues y SEIJAS, Fernando Vázquez-Portomeñe (Coord.). *La Violencia Contra la Mujer - Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>705</sup> Para PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, “Ello demuestra, de nuevo, que en este terreno no podrá bajo ningún concepto prescindirse de tal cooperación, de modo que los métodos restauradores únicamente podrán ser empleados y funcionar eficazmente bajo el marco general de la justicia penal convencional, con ayuda de las instancias judicial, fiscal y policial”. (*Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 98).

los da prática, e os critérios para o efeito podem ser a gravidade do crime e a relação conjugal altamente desequilibrada.

**a) gravidade do crime:** como noção geral, a gravidade de um crime relaciona-se com uma maior danosidade do resultado que a conduta criminosa produz para bens e valores relevantes, situando-se na pena cominada um indicativo<sup>706</sup>; no contexto da presente análise, é tarefa da lei considerar determinado crime como grave<sup>707</sup>. Subtrair do âmbito da mediação crimes conjugais graves justifica-se no risco de novas e mais intensas agressões; no ponto, é inafastável o argumento de que ainda está presente a percepção de que se trata de uma forma amena, para o agressor, de solucionar o conflito, emanando mensagem de que se trata de crime também ameno, que essa violência (a grave) é negociável, deixando assim de se coibir a sua reiteração e/ou incremento e afetando negativamente a prevenção geral advinda da força intimidatória do Direito Penal e da própria da justiça penal.

**b) relação conjugal altamente desequilibrada:** o segundo critério para afastar conflito conjugal da mediação penal é a relação ter esta característica; esse desequilíbrio é ditado, em geral, pela persistência, por longo tempo, de relação violenta, em que a violência é utilizada para manter controle e domínio sobre a vítima que, pelos danos psíquicos por ela causados, caminha para a subjugação e ausência de autonomia. Esse critério serve também para identificar um certo tipo de agressor, o dominador, opressor e arbitrário, para quem a punição (pela justiça penal) certamente será mais efetiva.

O fundamento para afastar da mediação relação com esse perfil situa-se na probabilidade de esse desequilíbrio projetar-se nela. Já abordamos em outra passagem a necessidade de haver certa simetria de poder entre as pessoas que participam da mediação, e acrescentamos que a potência do paradigma restaurativo pressupõe esse equilíbrio entre os conflitantes, que permita estabelecer marcos minimamente igualitários no processo de

---

<sup>706</sup> Não desconhecemos e em geral concordamos com a linha de pensamento que considera a violência doméstica/conjugal, enquanto violência de gênero, como intrinsecamente grave, por representar forma de discriminação da mulher no contexto dos valores patriarcais, no qual a violência é, ao mesmo tempo, ferramenta (para a discriminação) e reflexo (desses valores). Nesse sentido: COPELLO, Patricia Laurenzo. “Violência de Género, Ley Penal e Discriminación”. In *La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 25). Contudo, considerar grave a violência de gênero não é dizer que necessariamente qualquer crime que seja dela expressão tenha essa característica; ainda que a violência de gênero enquanto manifestação cultural seja sempre grave por provocar a inferiorização do feminino, é viável graduar os crimes a ela relacionados em mais e menos graves.

<sup>707</sup> Há vários mecanismos para fazê-lo: criação de um catálogo, considerar a pena cominada, ser crime público, etc. (nenhum destes teria validade para regimes jurídicos como o português, no qual há um tipo penal único para a violência doméstica). Qualquer critério que fosse utilizado, pensamos que não poderia deixar de considerar como graves os crimes de homicídio/feminicídio, consumado e tentado, a violação/estupro, as lesões corporais graves e o cárcere privado.

comunicação e de negociação. Nas relações conjugais violentas em que as agressões são unidirecionais, é da sua essência não haver equilíbrio entre agressor e vítima, que pode alcançar níveis de intensa desigualdade e falta de autonomia para esta, por estar completamente subjugada pelo agressor. Nesses casos, há probabilidade de essa condição dos envolvidos projetar-se para a prática: a) a própria participação da vítima poderá ser fruto de constrangimento - para o agressor, a mediação é vantajosa pois mais amena do que a justiça penal; b) a negociação ser marcada pela coação psicológica do agressor sobre a vítima, que poderá conformar-se com acordo que não lhe convém, ou que aceita por temer retaliações; c) a depender das habilidades do agressor, ele poderá influenciar os terceiros intervenientes nos encontros, como o mediador, frustrando, assim, os objetivos da prática e causando o mais grave, que é a revitimização.

Em síntese, a gravidade do crime e a relação conjugal altamente desequilibrada são duas condições negativas para derivar casos de violência conjugal para a mediação<sup>708</sup>.

Esse diretriz traz consigo outra questão problemática, que diz respeito à seleção dos casos mediáveis. De fato, e ainda que se tenha critérios gerais para a seleção - gravidade do crime e relação altamente desequilibrada -, é preciso, diante de um concreto caso de violência conjugal, definir se ele se enquadra neles. E, se gravidade do crime é conceito objetivo ou, pelo menos, objetivável, mais difícil é concluir se a relação em questão é altamente desequilibrada, pela provável inexistência de elementos objetivos que o revele. A temática, no fundo, diz com a importância dos trabalhos prévios à mediação, bem como da capacitação do mediador, elementos ressaltados na bibliografia que trata da mediação em casos penais<sup>709</sup>.

É nessa fase que devem ser adotadas várias providências, em especial ligadas a informações sobre a prática, como o procedimento e os resultados possíveis; deve-se observar se o agressor admite a ocorrência dos fatos, se está pré-disposto a responsabilizar-se por eles e em reparar danos; se a vítima está optando pela mediação livremente, ou se a opção é fruto de

---

<sup>708</sup> PATRICIA ESQUINAS VALVERDE noticia, a esse propósito, que em projeto de mediação executado em Hamburgo/AL são identificadas situações para as quais a mediação é considerada inadequada e inidônea e, entre eles, estão aqueles em que a vítima apresenta longa história de maltrato; nestes casos, a mediação é considerada, no máximo, como mecanismo de acompanhamento paralelo ao processo judicial convencional; outro caso é aquele em que a vítima mostra atitudes ambivalentes em relação ao agressor, ou uma intensa dependência emocional em relação a ele, caso em que o programa considera necessário, em primeiro lugar, um assessoramento psicológico para auxiliar a mulher a ter clareza sobre sua própria posição de vítima. (*Mediación entre víctima ...*, p. 87-88).

<sup>709</sup> A título de exemplo, MARQUES, Frederico Moyano e LÁZARO, João. “A Mediação Vítima-Infractor e os Direitos e Interesses das Vítimas”; in *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 27/37; ALMEIDA, Carlota Pizzaro de. “A Mediação Perante os Objetivos do Direito Penal”; in *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 39/51.

coação; se ela apresenta estado psicológico apto a tomar decisões por si, atitudes que denotem vontade de romper com a situação de violência, ou se revela personalidade debilitada, conformada, facilmente influenciável; é necessário perceber se a violência em questão foi episódica, ou se já há um enraizado desequilíbrio de poder em virtude de um padrão consolidado de violência.

Para a detecção dessas variáveis, é imprescindível que o mediador e os profissionais que forem empenhados na tarefa de identificar a realidade daquela relação ostentem formação adequada para captar, nessa fase, os dados necessários para definir se a mediação é recomendável para o caso; também deve ter uma mínima imparcialidade para evitar pré-julgamentos ou, ao invés de informar, induzir ou mesmo coagir as pessoas a aceitarem a mediação<sup>710</sup>. Para além desses elementos, o concurso de profissionais de áreas como a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, a criminologia e a medicina será essencial para detectar a exata caracterização da relação conjugal, da vítima e do agressor e assim definir se é caso para o qual a solução restaurativa é adequada.

#### **4.4.3.9. Reconhecimento de implicação com os fatos e intervenção com o agressor**

De acordo com o que já dissemos sobre essa questão em outra passagem, se o agressor nega a ocorrência do fato criminoso ou, admitindo que este ocorreu, nega a autoria sobre ele, exigir o reconhecimento de responsabilidade por ele importaria em clara ofensa ao direito de não declarar contra si, inclusive a culpa.

Com efeito, para uma hipótese tal, o procedimento da mediação seria totalmente infrutífero; da parte da vítima, pela ausência de reconhecimento da responsabilidade pelo fato; para o agressor, um mecanismo de imposição de obrigações sem fundamento; e para a sociedade, na medida em que não produziria efeitos em termos de reafirmação da norma violada e de prevenção, geral e especial<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> Segundo Frederico Moyano Marques e João Lázaro, é problema verificado quando o mediador ou a entidade que promove a mediação é remunerada “à peça”, fazendo com que ela seja tratada como um “produto” a ser vendido; ou quando o mediador está “absolutamente convencido dos méritos da mediação”. (“A Mediação Vítima-Infractor...”, op. cit., p. 33).

<sup>711</sup> PATRICIAESQUINAS VALVERDE informa sobre o tratamento que este tema recebe na Alemanha, a partir de uma decisão do Tribunal Supremo, emitida em dezembro de 2002, que foi no sentido de ser viável o uso da mediação em crimes de violência de gênero, mas exigiu que ela venha precedida, nestes casos, “*por una confesión o reconocimiento expreso por parte del agresor de que asume su responsabilidad en el hecho, a fin de que se respeten así, em todo caso, las necesidades de prevención general*”. Além disso, “*una vez iniciada la comunicación con la víctima, el comportamiento del imputado durante las negociaciones constituya verdaderamente “expresión de que asume su responsabilidad”, a fin de que puedan producirse los efectos pacificadores característicos de la reparación del daño (prevención general positiva)*”. E, naquele já mencionado programa de mediação executado em Hamburgo/AL, além de vítimas, são identificados agressores para os quais

Considera-se que reconhecer a responsabilidade pelo fato e pelos danos dele advindos implica em um esforço pessoal que o agressor deve fazer; como já referido, não se trata de confessar-se culpado na perspectiva penal e processual penal, mas admitir que uma conduta sua causou danos para a vítima e colocar-se de acordo com a reparação do dano e restituir a paz social alterada pelo delito; trata-se de uma disposição favorável ao Direito<sup>712</sup> que se quer que ele expresse.

Por outro lado, outra diretiva fundamental a ser inserida no contexto da mediação penal da qual nos ocupamos é uma efetiva intervenção junto ao agressor com o objetivo de induzir alterações nas percepções que ele tem sobre a relação e eliminar o padrão comportamental que implica o uso da violência<sup>713</sup>.

De fato, chega a ser intuitivo que se não houver injunções sobre o modo de pensar do agressor, sobre os padrões culturais que ditam seu comportamento violento, ainda que participe de procedimento de mediação, ao menos em tendência voltará a praticar atos violentos com a mesma vítima, no caso de manter-se a relação, ou contra outra vítima com a qual venha a se relacionar no futuro.

No ponto, deve-se ter em conta a diretriz doutrinária prevalente e já exposta previamente que exige que a mediação realize, concretamente, os fins da pena, ressaltando-se a prevenção geral e especial. E, considerando-se as peculiaridade da violência conjugal, ela tende a repetir-se por conta dos inúmeros fatores já analisados, nomeadamente a sua característica cíclica. Para estancar esse movimento, e para além dos inúmeros fatores relacionados com a vítima, é imprescindível que no amplo contexto de luta contra a violência

---

a mediação é considerada inadequada e inidônea, tratando-se dos que não assumem sua responsabilidade pelo fato, e também os que apresentam síndrome de uso de substâncias tóxicas. (*Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 105 e 106.

<sup>712</sup> VALVERDE, Patricia Esquinas. *Mediación entre víctima y agresor...*, op. cit., p. 106.

<sup>713</sup> Estudo de relevo sobre programas de intervenção com agressores (conjugais contra mulher) foi realizado por CATIUCE RIBAS BARIN no âmbito de curso de mestrado frequentado na Universidade de Lisboa e orientado pelo Sr. Professor Dr. AUGUSTO SILVA DIAS, publicado no Brasil pela editora Juruá, sob o título *Violência Doméstica contra a Mulher - Programas de Intervenção com Agressores e sua Eficácia como Resposta Penal* (Curitiba, 2016). A importância desses programas é ressaltada pelo Professor Orientador, no prefácio do livro: “Uma das conclusões do trabalho realizado em seminário apontou para o elevado risco de insucesso das medidas de enfrentamento da violência doméstica que não envolverem o autor do problema como parte da sua solução. O historial de agressões, a assunção pelo agressor de uma postura patriarcal possessiva e a síndrome da ‘learned helplessness’ que normalmente atinge a mulher maltratada, tenderão a perpetuar o cenário de violência e a condenar ao fracasso qualquer solução acordada. Para diminuir o risco de ocorrência desse cenário, torna-se necessário comprometer o agressor com a solução” (p. 13). Na literatura portuguesa sobre o tema, destaca-se: MANITA, Celina. “Programas de intervenção em agressores de violência conjugal: intervenção psicológica e prevenção da violência doméstica”. In *Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*. Lisboa, Direcção-Geral de Reinserção Social – Ministério da Justiça, nº 1, 2008, pp. 21/32 e *A intervenção em agressores no contexto da violência doméstica em Portugal: estudo preliminar de caracterização*. Lisboa: Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 2005.

de gênero sejam feitas injunções sobre o agressor para induzir nele uma nova socialização.

Sem adentrar nas especificidades de programas de intervenção com o agressor, por conta dos limites desta pesquisa, seguimos no ponto a proposição de CATIUCE RIBAS BARIN quando aponta a necessidade de estabelecer alguns “*princípios mínimos*” para orientar a mencionada intervenção<sup>714</sup>: em primeiro lugar, os programas devem ser elaborados e executados a partir de uma perspectiva que considera a violência conjugal como de gênero; além disso, é conveniente um enfoque cognitivo-comportamental, que exige do agressor que reconheça ser responsável pelo seu comportamento abusivo; e, em terceiro lugar, a intervenção com o agressor deve ser percebida como uma conjugação de resposta penal e comunitária, vocacionada de forma especial para a prevenção da novas violências no âmbito do gênero e conjugal.

Por fim, e nesse mesmo contexto, o resultado da intervenção junto ao agressor deve ser integrado no espectro amplo de avaliação do êxito da mediação de determinado caso<sup>715</sup>.

---

<sup>714</sup> *Violência Doméstica...*, op. cit., p. 215 e seguintes.

<sup>715</sup> Sobre esse tema, em especial no que toca às dificuldades de medição do êxito/sucesso de determinado programa, e do critério tempo sem violência: BARIN, Catiuce Ribas. *Violência Doméstica...*, op. cit., p. 198/215.

### **Considerações conclusivas**

Depois de trilhar o caminho inicialmente tracejado, no qual perscrutamos uma possível conjugação da mediação penal com crimes contextualizados em violência de conjugal, permitimo-nos algumas ponderações a título conclusivo, sem nenhuma pretensão de fazer afirmações definitivas.

Desde logo, ressaltamos que o foco foi na violência conjugal, e assumimos como adequada a perspectiva que a identifica como modalidade de violência de gênero, porque esta oferece amplas possibilidades no âmbito do enquadramento jurídico e seu enfrentamento nesse contexto. Com efeito, já não fazem sentido, no quadro atual, justificar a violência conjugal como decorrente das vantajadas condições físicas do homem sobre a mulher. Além disso, trata-se de fenômeno com significativos impactos para as pessoas diretamente envolvidas, assim como para a sociedade em geral e as instituições encarregadas pelo tratamento das questões dele nascidas. Contudo, de todos, a mais afetada é certamente a vítima, sofrendo de modo direto as consequências danosas advindas desta violência.

Por isso mesmo, o tratamento da questão e seu enfrentamento é impositivo, nomeadamente para as instâncias estatais encarregadas pela ordenação da vida em sociedade, em perspectiva a superar essa realidade. E, dentre as políticas públicas a isso vocacionadas, é relevante discutir o papel que o Direito Penal e o Direito Processual Penal podem desempenhar, e é esse o amplo contexto no qual se inserem as proposições feitas ao longo da dissertação que agora finalizamos.

Como visto, concentramo-nos no instituto da mediação penal e, tendo como pressupostos os direitos fundamentais das vítimas afetados com a violência conjugal, procuramos saber se a resposta que ela possibilita é suficiente para a proteção desses direitos. Em formulação sintética: procuramos identificar na mediação penal algo que a torne especialmente recomendada para tratar dessa violência, se, pelo contrário, ela é essencialmente inadequada para o efeito, ou se o ponto de chegada se situa entre esses dois extremos.

Tendo presente que a mediação penal pode adaptar-se melhor para determinados crimes, seguimos por uma linha de análise das peculiaridades daqueles contextualizados no campo da violência conjugal e, a partir desses traços especiais, concluímos que o uso da mediação penal, a par de não rechaçá-la a priori, exige cuidados especiais.

Desde logo, e no contexto do princípio da igualdade, parece inquestionável que a mencionada violência é clara manifestação de uma desigualdade estrutural entre os integrantes da relação conjugal, assertiva baseada na compreensão antes referida dessa violência como

sendo de gênero. É consequência natural que, ao menos potencialmente, essa desigualdade reflète-se em assimetrias no plano do poder entre agressor e vítima, elemento que se projeta para o campo da mediação como óbice, eis que é da natureza deste mecanismo de solução de litígios que as partes nele ingressem em condições mínimas de igualdade, compreendida como conhecimento e capacidade de sustentar posições e de defender direitos e interesses.

Esse é, em geral, o argumento prioritário para afastar essa criminalidade do âmbito da mediação penal, que se presume ferramenta ineficaz e sem aptidão para resguardar e satisfazer, ainda que em plano mínimo, os direitos e interesses da vítima da agressão.

Contudo, há um outro dado relevante e que é necessário introduzir nesse campo de discussão, e que diz com aqueles casos em que, apesar da presença de violência no interior da relação conjugal, ela não afeta de maneira significativa a relação de poder entre seus integrantes, que conseguem colocar-se em plano de igualdade entre si. E posta a questão da admissão da mediação penal a partir desse dado, tem-se por removido o principal obstáculo que, como dito, situa-se na assimetria de poder entre agressor e vítima e, assim, ela haveria de ser admitida.

Nesse âmbito, e como visto, há legislações nacionais que vedam a mediação penal para todo e qualquer crime praticado no contexto de violência conjugal, como Espanha e Portugal, ainda que por vias diferentes - proibição expressa e caráter público do crime de violência doméstica, respectivamente. Para essas situações, surge uma outra repercussão no terreno das várias dimensões do princípio da igualdade, e que é prejudicial para as vítimas que não se encontram em situação de assimetria de poder em relação ao agressor e que queiram fazer a opção pela mediação como via de enfrentamento da realidade na qual estão inseridas.

Portanto, a se admitir que nem todas as relações conjugais violentas apresentam desequilíbrio de poder, para aquelas em que não há, a vedação da mediação afeta a liberdade de opção que ela possibilita para crimes não contextualizados em relações conjugais, circunstância na qual percebemos uma afetação negativa do princípio da igualdade nesses sistemas legislativos.

Já em relação ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, e depois de identificar o seu conteúdo, concluímos que ele não sofre afetação restritiva, desde que se compreenda a mediação penal como forma complementar de solução de litígios e necessariamente interligada ao processo penal, modelo que assumimos como o único viável para a criminalidade em questão.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, oferta vasta matéria quando se relaciona com ele a mediação penal. Na sua dimensão negativa, em que representa proibição do excesso

em medidas estatais que afetam, de forma restritiva, direitos fundamentais, as questões principais dizem respeito, de um lado, com a compatibilização desse mecanismo de solução de conflitos com o sistema processual oficial/estatal e, de outro, com a preocupação de preservação das garantias legais e processuais do indigitado autor do crime.

Quanto ao primeiro aspecto, concluímos que a mediação penal pode ser inserida nos sistemas legislativos pela porta aberta pelo princípio da oportunidade. Quanto ao segundo, e embora o foco central do trabalho sejam os direitos fundamentais das vítimas de violência conjugal, nenhuma legitimidade há em mecanismo de solução de litígios que posterga e não se atenta para as garantias fundamentais daquele a quem se imputa a prática do crime, como a presunção de inocência, o direito de não declarar contra si e o direito ao silêncio e, por esta razão, pontuamos os requisitos básicos para que a mediação penal guarde compatibilidade com os mencionados direitos.

Na vertente positiva do princípio da proporcionalidade situa-se a proibição da proteção deficiente ou insuficiente, razão pela qual consignamos as condições para que a mediação penal, se adotada para enfrentar a violência criminosa no âmbito conjugal, represente e seja efetivamente uma resposta suficiente, agora sob a perspectiva da vítima.

Nesse contexto, e à partida, consideramos como relevante a diferenciação entre os casos de violência conjugal já apontada acima e, tendo-a como pressuposta, não há absoluta incompatibilidade entre mediação penal e essa criminalidade. Contudo, e com o intuito de afastar dela os casos de violência grave e consolidada e naqueles em que é manifesto o desequilíbrio de poder entre vítima e agressor, concebemos a mediação como opção condicionada ao incremento de vários fatores.

Em primeiro lugar está a formal comunicação com o sistema processual, com o que afastamos a mediação concebida como mecanismo extraprocessual e sem relação com o processo penal. Quanto às diretrizes teóricas a orientar o procedimento, afastamos o paradigma teórico proposto pelo modelo de Harvard, pela insuficiência da postura que privilegia o acordo para resolver o conflito em discussão, sem atentar para a necessidade de modificação das concepções e dos padrões comportamentais no interior da relação conjugal, em especial do agressor. Fixamos, ademais, a noção de que o titular do interesse a ser protegido na mediação é a vítima, sendo caso de optar pela mediação somente naqueles casos em que seja possível prospectar que o procedimento incremente o seu poder e seja veículo para a construção de uma solução satisfatória em relação ao caso discutido e de melhoria nas condições de vida relacional para o futuro. E, em se optando pela via da mediação, também deve haver cuidado com a

segurança da vítima, antes, durante e depois dos encontros, inclusive por meio das medidas de proteção previstas e existentes nas legislações em geral.

Portanto, e no ponto, em nenhum caso poderá prevalecer o eventual interesse do agressor em submeter-se à mediação para, por meio dela, obter solução branda e amena e esquivar-se da resposta própria do processo penal. Isso não significa, por outro lado e como já mencionado, que a opção pela mediação possa importar em sacrifício das garantias processuais que são inerentes à sua condição de sujeito de direitos.

Considerando a perspectiva adotada no sentido de admitir, de forma condicionada, a mediação penal para crimes de violência conjugal, torna-se imperioso selecionar os casos, para o que sugerimos dois critérios, um de ordem geral, que é a gravidade do crime, e outro a ser investigado no caso concreto e que diz respeito ao (des)equilíbrio de poder no interior da relação conjugal, ambos como condicionantes da derivação do caso para a mediação.

Um último aspecto para que a mediação seja promissora em termos de eficácia é, de um lado, que o agressor admita a sua implicação com o crime, pois nenhuma razão há para instaurar este procedimento caso negue o fato ou a autoria em relação a ele. Além disso, acentuamos a importância de programas de intervenção junto ao agressor, no sentido de modificar os valores que orientam o seu comportamento no interior da relação conjugal, e o fazemos na esteira das vozes doutrinárias que demandam da mediação a realização dos fins da pena, no caso, a prevenção de novas violências, cuja ferramenta é uma nova socialização.

Sob essas condições, pensamos que a mediação penal pode ser elencada entre o rol das medidas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero/conjugal, que ainda afeta significativa parcela de vítimas, em especial mulheres. Conforme anotamos, não se trata de panaceia geral, mas de ferramenta que, aplicada a partir dessas diretrizes, pode mostrar-se útil para a vítima naqueles casos em que ela opta por manter a relação com o agressor, por conta da potencialidade do procedimento em constituir novos padrões comportamentais; e, quando a opção for pela extinção da relação conjugal, para que esse processo seja o menos traumático possível.

## Referências bibliográficas

- ABREU, Maria Luisa Maqueda. “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006, nº 02; disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>;
- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e Abolicionismo Penal*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016;
- ACOSTA, Miguel Lorente. *Mi marido me pega lo normal. Agresion a la mujer: realidades y mitos*. Barcelona: Crítica, 2003;
- \_\_\_\_\_. “El maltratador, la condición masculina y el maltrato a las mujeres”. In *Crítica*, nº 960, 2009, pp. 44/47;
- \_\_\_\_\_. *El Rompecabezas: Anatomía del Maltratador*. Barcelona: Ares y Mares, 2004;
- AGUILAR, Rudy J. e NIGHTINGALE, Narina Nunez. “The impact of specific battering experiences on the self-esteem of abused women”. *Journal of Family Violence*, vol. 9, nº 1, 1994, disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/BF01531967>;
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007;
- ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais - Introdução Geral*. 2ª Ed., Cascais/PT: Principia, Reimpressão de 2015;
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ALMEIDA, Carlota Pizzaro de. “A Mediação Perante os Objetivos do Direito Penal”; in *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 39/51.
- ÁLVAREZ-VALDÉS, Lourdes Gordillo. *La autonomía, fundamento de la dignidad humana? Is autonomy ground on dignity?* Cuadernos de Bioética, v. XIX, n. 66. Murcia: Compobell S. L., 2008;
- AMARAL, Lúcia. “O princípio da igualdade na Constituição portuguesa”. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 35-57;
- AMOR Pedro, BOHÓRQUEZ, Isaura A. e ECHEBURÚA, Enrique. “¿Por qué y a qué coste físico y psicológico permanece la mujer junto a su pareja maltratadora?” In *Acción*

- psicológica*, junio 2006, vol. 4, n. 2, pp. 129-154, disponível em [revistas.uned.es/index.php/accionpsicologica/article/](http://revistas.uned.es/index.php/accionpsicologica/article/);
- ANDERSON, Kristin L. Theorizing Gender in Intimate Partner Violence Research. In *Sex Roles*, 52, 2005, 11/12, 853-865;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2012;
- ANDRADE, Manoel da Costa. *Notas sobre a criminologia socialista*, publicada em Separata da *Revista de Direito e Economia*, nº 1, jan/jun de 1976;
- \_\_\_\_\_. “A Vítima e o Problema Criminal”. In *Separata do Vol. XXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1980;
- \_\_\_\_\_. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1ª Ed. reimpressa. Coimbra: Coimbra Editora, 2013;
- ANDRÉS, Paloma Domínguez. “Violencia contra las mujeres, violencia de género”. In JARABO, Ruiz y PRIETO, Blanco (org.) *La violencia contra las mujeres*. Madrid: Ed. Díaz de Santos, 2007;
- ANITUA, Gabriel Ignacio. “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense”, In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015, p. 43-65;
- ARENAL, María Amparo Renedo. “¿ Mediación Penal em Violencia de Género? No, Gracias”. In *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 23, 2014, pp. 177-198;
- ARENDDT, Hannah. *Sobre a Violência*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2014;
- ATIENZA, Manuel. “Discutamos sobre paternalismo”. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 05. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, disponível em [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10875/1/Doxa5\\_11.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10875/1/Doxa5_11.pdf);
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de (Coord.), MACHADO, Bruno Amaral, SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano e TÁVORA, Mariana Fernandes. *Modelos Europeus de Enfrentamento à Violência de Género - Experiências e Representações Sociais*. Brasília/DF: ESMPU, 2014;
- AZEVEDO, André Gomma de “O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal”, in *Justiça restaurativa*. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, pp. 135/162;

- BALAGUER, Laura Serramià. “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa em el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: especial incidencia en la violencia de género”. In *Revista Derecho*, vol. 26, nº 2, 2017, pp. 01-27;
- BARBAROSCH, Eduardo. La filosofía analítica y el derecho penal. In *Discusiones Filosóficas* [online]. 2013, vol. 14, n. 23, pp. 195-204;
- BAQUERO, Rute Vivian Angelo. “Empoderamento: instrumento de emancipação social? Uma discussão conceitual”. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, 2012, pp. 173-187, disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/debates/article/viewFile/26722/17099>;
- BARIN, Catiuce Ribas. *Violência Doméstica contra a Mulher - Programas de Intervenção com Agressores e sua Eficácia como Resposta Penal*. Curitiba: Juruá, 2016;
- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Editora Jurídica, 2003;
- BARTON, Charles K. B. *Restorative Justice – The Empowerment Model*. Marrickville: Hawkins Press, 2003;
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria da Costa. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;
- BELEZA, Maria Leonor. “O estatuto da mulher na Constituição”. In *Estudos sobre a Constituição*, coord. Jorge Miranda, 1º vol., Lisboa: Livraria Petrony, 1977;
- BELEZA, Teresa Pizarro. *Maus Tratos Conjugais: o art. 153º, 3, do Código Penal*. Lisboa: AAFDL, 1989;
- \_\_\_\_\_. *Violência Doméstica*. In *Coletânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*. Lisboa: AAFDL, 2008;
- BELEZA, Teresa Pizarro e MELO, Helena Pereira de. *A Mediação Penal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2012.
- BERBERA, Maria Catarina La. “Violencia de género y las causas estructurales de la desigualdad”. Madrid, 2018, Disponível em <https://theconversation.com/violencia-de-genero-y-las-causas-estructurales-de-la-desigualdad-107409>;
- BERNAD, Amalia Fustero. “La mediación em los delitos de violência de género”. In *Revista Internacional de Mediación*, nº 01, 2014, pp. 8-23;
- BÉRTOLI, Rubia Fiamoncini e BUSNELLO, Saul José. *Métodos heterocompositivos e autocompositivos de solução de conflitos: a mediação como meio de efetivar a obtenção da justiça*. Disponível em <https://s3-sa-east->

- l.amazonaws.com/siteunidavi/revistaDireito/Artigo\_Saul\_R%C3%BAbia.pdf;
- BLASCO-ROS, Concepción, SÁNCHEZ-LORENTE, Segunda e MARTINEZ, Manuela. “Recovery from depressive symptoms, state anxiety and post-traumatic stress disorder in women exposed to physical and psychological, but not to psychological intimate partner violence alone: a longitudinal study”. In *Journal List BMC Psychiatry*, vol. 10, 2010, disponível em <https://bmcp psychiatry.biomedcentral.com/articles>;
- BLÁSQUEZ, Raquel Borges. “Mediación penal y violència em el marco de uma relación de afectividade, uma assinatura pendiente”. In *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 26, 2018, pp. 488-499;
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998;
- BONINO, Luis. *A violencia machista en a pareja. En cárcel de amor*. Disponível em <http://www.carceldeamor.net/vsc/textos/textolb.html>;
- BOVINO, Alberto. “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”. In *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S.R.L., 1992, pp. 261-279;
- BOSCH, Esperanza, FERRER, Victoria y Alzamora, Alina. *El laberinto patriarcal. Reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres*. Barcelona: Anthropos, 2006;
- BOSCH, Esperanza y FERRER, Victoria Aurora. “Nuevo modelo explicativo para la violencia contra las mujeres en la pareja: el modelo piramidal y el proceso de filtraje”. In *Asparkía*, nº 24, 2013, pp. 54-67;
- BRAGUINI, Lucélia. *Cenas Repetitivas de Violência Doméstica: um Impasse entre Eros e Tanatos*. Campinas: Editora Unicamp, 2000;
- BRAITHWAITE John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford Press, 2002;
- BRANDÃO, Nuno. “A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica”. In *Revista Julgar*. Nº 12, 2010. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-24;
- BURKE, Jessica G., GIELEN, Andrea Carlson, MCDONNELL, Karen A., O’CAMPO, Patricia, MAMAN, Suzanne. *The process of ending abuse in intimate relationships: A qualitative exploration of the transtheoretical model*, disponível em <https://uncch.pure.elsevier.com/en/publications>;
- BUSH, Diane Mitsch. “Women's Movements And State Policy Reform Aimed At Domestic Violence Against Women: A Comparison of the Consequences of Movement

- Mobilization in the U.S. and India”. In *Sage Journals*, Volume 6, issue: 4, December 1, 1992, pp. 587-608, disponível em <https://doi.org/10.1177/089124392006004004>;
- BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. *La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Trad. Aníbal Leal. Buenos Aires-Argentina: Granica, 2006;
- BUZAWA, Eve S. and BUZAWA, Carl G. (editors). *Global Responses to Domestic Violence*. Cham: Springer, 2017;
- CALVO, María Sol Rodrigues y SEIJAS, Fernando Vásquez-Portomeñe (Coord.). *La Violencia Contra la Mujer - Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014;
- CAMP, Tinneke Van. *Victims of Violence and Restorative Practices*. Oxon: Routledge, 2014;
- CAMPS, Victoria. “Paternalismo y bien común”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 05. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, pp. 195-202;
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2ª reimp. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009;
- CANESTRARI, Stefano e FAENZA, Francesca. *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*. Milano: Giuffrè Editore, 2010;
- CANO, Isabel Gonzales. “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”. In *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. MUÑOZ, Helena Soleto (coord.). Madrid: M. Tecnos, 2007, p. 131-143;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003;
- \_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982;
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007;
- CANTERA, Roberta de Alencar-Rodrigues Leonor. “Violencia de Género en la Pareja: una Revisión Teórica”. In *Revista Psico*, vol. 43, Porto Alegre, 2012, pp. 116-126;
- CARVALHO, Américo Taipa de. Comentário ao art. 152º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial - Tomo I*. Coord. Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 329/339;
- CARVALHO, Paula Marques. *Manual Prático de Processo Penal*. 8ª ed., Almedina: Coimbra,

- 2014;
- CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autcomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. Consultamos a 1ª reimp. da 3ª ed., México: Universidad Autónoma de México, 2000.
- CASTORIADIS, Cornelius. *Physis e autonomia*. In: CERUTI, M.; LASZLO, E. (Org.) *Abitare la terra*. Milano: Feltrinelli, 1988;
- CAVALIERE, Antônio. “Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale”. in: *I-lex*, 20, 2013, pp. 421-440, disponível em [www.i-lex.it](http://www.i-lex.it);
- CERVERA, Rosa M. Peris. “Patriarcado, ¿Organización ya superada? ¿Origen de la violencia machista?” In *Crítica*, nº 960, 2009, pp. 18/20;
- CHOICE, Pamela e LAMKE, Leanne K. “A Conceptual Approach to Understanding Abused Women's Stay/Leave Decisions”. In *Journal of Family Issues*, vol. 18, 3: pp. 290-314. First Published May 1, 1997, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/019251397018003004>;
- CHRISTIE, Nils. *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011;
- \_\_\_\_\_. “Conflicts as Property”. In *The British Journal of Criminology*, Volume 17, Issue 1, 1 January 1977, pp. 1-15, disponível em <https://academic.oup.com/bjc>;
- \_\_\_\_\_. *Los límites del dolor*. Trad. de MARILUZ CASO. México: Fondo de Cultura Económica, 1988;
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- COCCHIARA, M. Antonella. *Violenza di Genere, Politica e Istituzione*. Milano: Guiuffrè Editore, 2014.
- COKER, Donna. “Enhancing Autonomy for Battered Women: Lessons from Navajo Peacemaking.” *UCLA Law Review* nº 47, 1999, pp. 1-111;
- COLOMER, Juan Luis Gómez. *Violencia de género y proceso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007;
- CONCEPCIÓN, Rosa Salvador. *La Violencia de Género em España, Francia, Reino Unido e Italia. Um conceito Global?* Madrid, Dykinson, 2015;
- CONFORTI, Franco. “Mediación Electrónica de Conflictos en España”. In *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, nº 10, 2014, pp. 285-309;
- \_\_\_\_\_. *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*. Madrid:

- Tecnos, 2016;
- COOB, Sara. *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*. Trad. María Natalia Prunes e Cecília Sobron. Barcelona: Gedisa Editorial, 2016;
- COPELLO, Patricia Laurenzo. “Violência de Género, Ley Penal e Discriminación”. In *La violência de género em la ley: reflexiones sobre veinte años de execiencia em España*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 05-31;
- \_\_\_\_\_. “¿Existe solución penal para la violencia de género? El ejemplo del derecho español”. In *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, pp. 175-204.
- COROMINA, Maria Pérez-Ugena. “Garantía del Derecho a la Tutela Judicial efectiva em los Sistemas Principales de Resolución de Conflictos Alternativos: Arbitraje y Mediación”. In *Estudios de Deusto*, vol. 62/1, 2014, pp. 159-189;
- CORTÉS, Neus Roca y SERRA, Julia Masip. *Intervención grupal en violencia sexista. Experiencia, investigación y evaluación*. Barcelona: Herder Editorial, 2011;
- COSTA, José Faria, “*Diversão (desjudiciarização) Imediação: Que rumos?*”. Coimbra, FDUC, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 61, 1986;
- CRUZ, Germano Vera, LIDIA, Domingos e SABUNE, Aniceto. *The Characteristics of the Violence against Women in Mozambique*, Health, Vol. 6, nº 13, July 3, 2014, disponível em: <http://dx.doi.org/10.4236/health.2014.613192>;
- DALLY, Kathleen e IMMARIGEON, Russ. The Past, Present, and Future of Restorative Justice: some critical reflections. *Contemporary Justice Review*, v. 1, n. 1, 1998, pp. 21-45;
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª ed., Lisboa: Editora Meridiano, 1987;
- DEU, Teresa Armenta. “Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Víctima: Vinculación Europea y Análisis Crítico” In *Revista General de Derecho Europeo*, nº 44, 2018, pp. 204-243;
- DIAS, Augusto Silva. A Tutela do Ofendido e a posição do Assistente no Processo Penal Português. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 55/65;
- \_\_\_\_\_. *Crimes contra a vida e a integridade física*. Lisboa: AAFDL, 2007, pp.

- 110-113;
- DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vania Costa. *O Direito à não-autoincriminação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- DIAS, Isabel. Violência na Família: (In)Visibilidades de um Velho Problema Social. In *Revista CEJ*, Coleção Formação Contínua, 2018, pp. 59-80;
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed., reimpressão de 2004, Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- \_\_\_\_\_. “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 17, 2007, pp. 191-206;
- \_\_\_\_\_. “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”. In *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*. Coimbra, 1989, pp. 03-38;
- DÍAZ, Francisco José Medina y JACA, Lourdes Munduate. “La naturaleza de la negociación”, In *Gestión del conflicto, negociación y mediación* Coord. mesmos autores, Madrid: Pirámide, 2005, pp. 110-131;
- DINIZ, Gláucia Ribeiro e PONDAAG, Miriam Cassia Mendonça. “A face oculta da violência contra a mulher: o silêncio como estratégia de sobrevivência”. In *Violência, Exclusão Social e Desenvolvimento Humano: Estudos em Representações Sociais*. Org. Zeidi Araujo Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2006, pp. 233-259;
- DIZ, Fernando Martín. “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”. In *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 23, 2014, pp. 161-176;
- DOWNIE, Ruth S.; TELFER, Elizabeth. “Autonomy”. In *The Journal of The Royal Institute of Philosophy*, Londres, vol. 46, out. 1971;
- DRAKE, Elizabeth. *Recidivism Trends of Domestic Violence Offenders in Washington State*, 2013, disponível em <http://www.wsipp.wa.gov/ReportFile/1541>;
- DWORKIN, Gerald. *Autonomy and behavior control*. The Hastings Center Report. Garrison, vol. 06, n. 01, fev. 1976;
- ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984;
- ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa

- Editorial, 2005;
- ESPARZA, Julio J. Muerza. “La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro”. In *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 9, 2011, págs. 191-202;
- ESTÉVEZ, Fernando Gálligo. *SOS ... Mi chico me pega pero yo le quiero*. Madrid: Editorial Paidós, 2009;
- FALECK, Diego e TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em [www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora);
- FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1: *Harm to others*. New York: Oxford, 1984; Vol. 2: *Harm to self*. New York: Oxford, 1986; Vol. 3: *Harmless wrongdoing*. New York: Oxford, 1988 e Vol. 4: *Offense to others*. New York: Oxford, 1985;
- FERNÁNDEZ, Maria Auxiliadora García. “La Mediación Penal y el Nuevo Modelo de Justicia Restaurativa”, In *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Almeria, Vol. 15, maio de 2017, pp. 1-26;
- FERNANDEZ, María Elena Torres. “¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?” In *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*. Coord. por Rocío López San Luis, 2011, pp. 133-152;
- FERREIRO, Cándido Conde-Pumpido. “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal”. In *Poder Judicial*, nº extra 06, 1989, pp. 17-56;
- FERTUZINHOS, Sónia. “Fundamentos constitucionais da igualdade de género”. In *Sociologia, Problemas e Práticas*, número especial, 2016, pp. 49-70;
- FICHER, Roger e SHAPIRO, Daniel. *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*. London, Penguin Books, 2005;
- FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Califórnia: Stanford University Press, 2004;
- FISHER, Roger, URY, William L. e PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim*. Trad. Rachel Agavin. Rio de Janeiro: Sextante, 2018;
- FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1999;
- FINA, Sanz Ramón. *Los vínculos amorosos: Amar desde la identidad en la terapia de reencuentro*. Barcelona: Ed. Kairos, 1995;
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé.

- Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008
- FLANNIGAN, Krista R. “The Importance of Prosecution Policies in Domestic Violence Cases”. In *Criminology & Public Policy*, vol. 12, issue 3, august 2013, pp. 481/490, acessível em <http://criminology.fsu.edu/wp-content/uploads/volume-12-issue-3.pdf>;
- FLOOD, Michael; PEASE, Bob. “Factors influencing attitudes to violence against women”. In *Trauma, Violence y Abuse*, v. 10, n. 2, p. 125-142, 2009.
- FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. *Processo Temporalmente Justo e Urgência - Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006;
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir - Nascimento da Prisão*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2016;
- GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013;
- GARCÍA, Elena Martínez. “Mediación en el proceso penal en España: em especial, los delitos por violencia de género”. In *Revista Direito e Desenvolvimento*, ano 2, nº 4, julho/dezembro 2011, pp. 104-141;
- GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005;
- GARNEL, Maria Rita Lino. *Vítimas e Violências na Lisboa da I República*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007;
- GAVRIELIDES, Theo. *Restorative Justice*. Burlington: Ashgate, 2015;
- GELLES, Richard J. *Intimate Violence in Families*. Third Edition. London: Sage Publications, 1997;
- GESTOSO, Carlos Guillén; CLARES, J Mena; RUIZ, E. Ramos y SEVILHA, Sérgio Sánchez. “Aproximación genérica a la mediación”. In J. Sánchez Pérez coord., *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, p. 59-72.
- GOFF, Jacques Le. *O Apogeu da Cidade Medieval*. Tradução para o português de Antônio de Padua Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 1992;
- GOLDBERG Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*. 6ª ed. (Kindle Edition). Aspen Casebook Series. Philadelphia: Wolters Kluwer Law & Business, 2012
- GÓMEZ, Bernardino J. Varela. “Mediación Penal y Violencia de Género”. In *Justicia*

- Restaurativa y Violencia de Género – más allá de la Ley Orgánica 1/2004*. Raquel Castillejo Manzanares (dirección). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 391-407;
- GÓMEZ, Jorge F. Mejías. “Resolución alternativa de conflictos”, *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (Arbitraje, conciliación)*, Valencia: Generalitat Valenciana-Conselleria de Bienestar Social, 1998, pp. ....
- GÓMEZ, Pilar Munuera. “El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas”. In *Portularia*, vol. VII, nº 1-2, 2007, pp. 85-106;
- GÓMEZ, Yolanda Fontanil; ALCEDO, M<sup>a</sup> Angela y ROBERTS, Janine. (Editoras). *Análisis Interdisciplinar de la Violencia de Género*. Oviedo: KRK Ediciones, 2013;
- GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977;
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. “A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo”. Disponível em <https://www.fd.unl.pt>;
- \_\_\_\_\_. “*Manual de Direito Constitucional*”. 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2011;
- GRACIA, Enrique; HERRERO, Juan. “Acceptability of domestic violence against women in the European Union: a multilevel analysis”. *Journal of Epidemiological and Community Health*, v. 60, 2006, pp. 123-129;
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional: Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013;
- GUEVARA, Karen Lissette Echeverría. “La mediación familiar. Acuerdos de los progenitores en relación a su responsabilidad parental”. In *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 5, n. 10, 2014, p. 165-186;
- GUIA, Maria João. “O novo estatuto da vítima em Portugal: sujeito ou enfeite do processo penal português?”. In *Conpedi Law Review*. Oñati, Espanha, V. 2, n. 1, pp. 147-162, jan/jun 2016;
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 41<sup>a</sup> Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009;
- HAZEN, Andrea L., CONNELLY, Cynthia D., SORIANO, Fernando I. e LANDSVERK, John A. Intimate Partner Violence and Psychological Functioning in Latina Women. *Health Care for Women International*. Vol. 29, Iss. 3, 2008, disponível em

- <http://www.tandfonline.com/toc/uhcw20/current>;
- HEISE, Lori L. “Violence against women: an integrated ecological framework”. In *Violence Against Women*, v. 4, 1998, p. 262-290;
- HERRERA, María Marta. “La categoría de Género y la violencia contra las mujeres”. In *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, pp. 55-75;
- HERRERO, Miguel Pasqual Del Riquelme. *Mediación penal: marco conceptual y referentes*. Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, 2013;
- HIDALGO, Patricia Hernández. “Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde um punto de vista victimodogmático”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 17-05, 2015, pp. 01-34;
- HIRIGOYEN, Maria-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*. Tradução de M. H. Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2006;
- HUGHES, Scott. H. “La protección institucionalizada de los mediadores em los Estados Unidos: uma breve mirada a través de la acta uniforme de mediación”. In *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 05, 2002, p. 702-735.
- HULSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. Trad. Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993;
- HURTADO, M<sup>a</sup> Salud Godoy y CARRILLO, M<sup>a</sup> Jesús Cala. “La violencia hacia las mujeres: responsabilidad social y repercusión individual”. In *La renuncia a continuar en el procedimiento judicial en mujeres víctimas de violencia de género: un estudio en la Comunidad Autónoma Andaluza*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer/Consejería de la Presidencia e Igualdade/Universidad de Sevilla, 2012;
- JACCOUD, Mylène. “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça restaurativa”. In *Justiça restaurativa*. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, pp. 163-186;
- JARABA, Maria Solores Pérez. “Derechos fundamentales y mediación em violencia de género”. In AFD, nº XXXV, 2019, pp. 155-179;
- JOHNSTONE, Gerry. *A Restorative Justice Reader*. Oregon: Willan Publishing, 2003;
- KNIPPEL, Edson Luz e NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. *Violência Doméstica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010;
- KUENNEN, Tamara L. “No-Drop Civil Protection Orders: Exploring the Bounds of Judicial

- Intervention in the Lives of Domestic Violence Victims”. In *Ucla Women's Law Journal*, Volume 16, Issue 1, 2007, disponível em <http://escholarship.org/uc/item/63x913sc>;
- \_\_\_\_\_. “Private Relationships and Public Problems: Applying Principles of Relational Contract Theory to Domestic Violence”. In *BYU Law Review*, nº 515, 2010, disponível em <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2010/iss2/10>;
- LANGE Paul A. M. Van e BALLIET, Daniel. *Interdependence theory*, disponível em [https://amsterdamcooperationlabcom.files.wordpress.com/2015/11/van-lange\\_balliet-interdependence-theory-chapter.pdf](https://amsterdamcooperationlabcom.files.wordpress.com/2015/11/van-lange_balliet-interdependence-theory-chapter.pdf);
- LARA, Caio Augusto Souza. “Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça”. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br>;
- LARRAURY, Helena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Consultou-se a 2ª Ed. Madrid: Siglo Vinteuno de España Editores, 1992;
- \_\_\_\_\_. LARRAURI, Helena. *Mujeres y Sistema Penal - Violência doméstica*. Buenos Aires: BdeF, 2008;
- \_\_\_\_\_. “Justicia Restauradora y Violencia Doméstica”. In *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Coord. Adela Asua Batarrita, Enara Garro Carrera. Universidad País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2009, pp. 125-144;
- LAGO, Maria Jesús Guardiola. “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”. In *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, pp. 1-41;
- LECUMBERRI, Paz Francés. “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa”. In *Revista para el Análisis de Derecho*, nº 4, 2012, pp. 10-23;
- LEITE, André Lamas. A Violência Relacional Íntima: Reflexões Cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. In *Revista Julgar*, nº 12, 2010. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 25-66;
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1963;
- LEPARGNEUR, Hubert. *Princípio da autonomia*. In: URBAN, Cícero de Andrade. *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003;
- LOINAZ, Ismael y ECHEBURÚA, Enrique. “Apego Adulto en Agresores de Pareja”. In *Revista Acción Psicológica*, nº 9/1, 2012, pp. 33-46;

- LONG, Grace M. e MCNAMARA, J. Regis. “Paradoxical punishment as it related to the battered women syndrome”. In *Behavior modification*, 13, 1989, p. 192-205, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/01454455890132003>;
- LÓPEZ, Carlos Vaquero. “Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria”. In *Revista de Mediación*, año 6, nº 11, 2012, pp. 08-13;
- LÓPEZ, María del Valle Sierra . “La expresión "persona especialmente vulnerable" en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada (artículos 148.5, 153.1 y 173.2 del Código Penal)”. In *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Elena Núñez Castaño (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 203-221;
- LOZANO, Maria Pilar Gonzáles, RIVAS, Marina J. Muñoz y GÓVES, José Luis Graña. “Violencia em las relaciones de pareja em Adolescentes y Jóvenes: uma Revisión”. In *Psicopatologia Clínica Legal y Forense*, vol. 3, nº 3, 2003, pp. 23-39;
- LUENGO, Tomasa y RODRÍGUEZ-SUMAZA, Carmen. “El mito de la ‘fusión romántica’ y sus efectos en el vínculo de la pareja”. In *Anuario de Sexología*, v. 11, 2009, pp. 19-26;
- MANITA, Celina. “Programas de intervenção em agressores de violência conjugal: intervenção psicológica e prevenção da violência doméstica”. In *Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*. Lisboa, Direcção-Geral de Reinserção Social - Ministério da Justiça, nº 1, 2008, pp. 21/32;
- \_\_\_\_\_. *A intervenção em agressores no contexto da violência doméstica em Portugal: estudo preliminar de caracterização*. Lisboa: Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 2005;
- MANZANARES, Raquel Castillejo. “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación penal em supuestos de violência de género”. In *Diário de la Ley*, nº 8882, Sección Tribuna, 15 de diciembre de 2016, pp. 1-14;
- MARQUES, Frederico Moyano e LÁZARO, João. “A Mediação Vítima-Infractor e os Direitos e Interesses das Vítimas”; in *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Almedina, 2005;
- MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *A Codificação Penal Portuguesa no Século XIX*. In *Julgar Online*, Março de 2016. Acessível em <http://julgar.pt>;
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010;
- MARTIN, Andrea J., BERENSON, Kathy R., GRIFING, Sascha, SAGE, Robert E., MADRY, Lorraine, BINGHAM Lewis E., and PRIMM, Beny J. *The Process of Leaving an Abusive*

- Relationship: The Role of Risk Assessments and Decision-Certainty*, disponível em <https://www.researchgate.net/publication/225838106>;
- MARTIN, Nuria Beloso. “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas”. In *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar en Castilla y León*. Junta de Castilla y León: Indipress, 2006, p. 51-82;
- \_\_\_\_\_. “Anotaciones sobre Alternativas al Sistema Punitivo: La Mediación Penal”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Vol. V, Rio de Janeiro, 2010, pp. 146-186
- MARTÍN, Pablo Sánchez. “La mediación en la mente del legislador”. In *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 9-15;
- MATHIESEN, Thomas. *Prison on Trail*, 3ª ed. Winchester: Waterside Press, 2006;
- MCCUE, Margi Laird. *Domestic Violence*. 2ª ed. ABC Clio: Califórnia, 2008;
- MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013;
- MESQUITA, Paulo Dá. *Processo Penal, prova e Sistema Judiciário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 131/185;
- MILLET, Kate. *Política Sexual*. Madrid: Ed. Cátedra. Col. Feminismos, 1995;
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV (Direitos Fundamentais)*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2008;
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010;
- MNOOKIN, Robert H., PEPPE, Scott R., TULUMELLO, Andrew S. *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000;
- MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Trad. MAGDA FRANÇA LOPES. 2ª ed., Porto Alegre: Artmed, 1998
- MONROY, Maitena. *Desmontando vulnerabilidades, construyendo autonomía. Experiencias en la lucha contra la violencia sexista*, disponível em <http://www.feministas.org/IMG/pdf/Monroy-vulnerabilidad.pdf>;
- MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *O princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido*. In: COSTA, S. I. F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G. (orgs.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998;
- MUÑOZ, Helena Soletto e PARGA, Milagros Maria Otero. *Mediación y solución de conflictos. habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Editorial Tecnos, 2007

- MUÑOZ, Helena Soletto: “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”. In *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos - Cuadernos penales José María Lidón*, nº 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013, pp. 77-106;
- MUÑOZ, Jimenez. “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”. In *Revista de Derecho de Familia*, nº 39, 2008, pp. 25-36;
- MUÑOZ, José Pascual Ortuño. “La Mediación Familiar”. In *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, 2005, pp. 67-116;
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis* Trad. Cristina Murachco. 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000;
- MOREIRA, Vital. “A IV revisão constitucional e igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos (Notas sobre o artigo 109.º da CRP)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXIV, Universidade de Coimbra, 1998, pp. 407-431;
- MURILLO, Victorio de Elena. “La Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales. In *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 01, 2006, pp. 1479-1492;
- NAFS, Antonio Escudero, USAOLA, Cristina Polo, GIRONÉS, Marisa López y REDO, Lola Aguilar. “La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género”. In *Revista De La Asociación Española De Neuropsiquiatría*, vol. XXV, nº 95, 2005, pp. 85-117;
- NETO, Luísa. “O Direito e a igualdade de género”. In *Revista Julgar*, nº 8, 2009, pp. 161-177;
- NEVES, Castanheira. *Sumários de Processo Criminal*. Coimbra: datilografados por João Abrantes, 1968;
- NEVES, Sofia. *Amor, Poder e Violências na Intimidade*. Coimbra: Quarteto, 2008;
- NICHOLS, Andrea J. No-Drop Prosecution in Domestic Violence Cases: Survivor- Defined and Social Change Approaches to Victim Advocacy. *Journal Of Interpersonal Violence*, nº 29, 2014, pp. 2114/2142, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0886260513516385>;
- NORMAN, Richard. Autonomy. In: HONDERICH, Ted (Org.). *The Oxford guide to philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2005;
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003;

- \_\_\_\_\_. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012;
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006;
- \_\_\_\_\_. *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*. Coimbra, Almedina, 2013;
- ÖRMON, Karin, TORSTENSSON-LEVANDER, Marie, SUNNQVIST, Charlotta e BAHTSEVANI, Christel. “Vulnerable and without protection: Lifetime experiences of abuse and its influence on mental ill health”. *Open Journal of Nursing*, 2014, vol. 4, 2014, p. 34-41, disponível em <http://dx.doi.org/10.4236/ojn.2014.41006>;
- OTERO, Paulo. *“Direito Constitucional Português. Vol. I - Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010;
- \_\_\_\_\_. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I, 2ª Reimpressão da Edição de 2007, Coimbra: Almedina, 2016;
- PANDJIARJIAN, Valéria. *Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação*. Campinas: Editora Unicamp, 2002;
- PARDO, Guillermo Orozco. “Notas acerca de la mediación en el Derecho español - Comentario a la ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la protección institucionalizada de los mediadores en los Estados Unidos”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Granada*, nº 5, 2002, pp. 731-755;
- PARKINSON, Isa. *Mediación Familiar Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005;
- PARRA, JUAN Antonio Cruz. *La Mediación Penal. Problemática y soluciones*. Granada: autopublicacionlibros.com, 2013;
- PAULINO Mauro e RODRIGUES Miguel. *Violência Doméstica*. Estoril: Prime Books, 2016;
- PELIKAN, Christa. “Victim-offender mediation in domestic violence cases - a research report”. Disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/pelikan-christa>;
- \_\_\_\_\_. “On the efficacy of Victim-Offender-Mediation in cases of partnership violence in Austria, or: Men don’t get better, but women get stronger: Is it still true?” In *European Journal of Criminal Policy Research*, 2010, 16/1, pp. 49-67.
- \_\_\_\_\_. “Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence cases - A Comparison

- of the Effects of Criminal Law Intervention: the Penal Process and Mediation. Doing Qualitative Research”. In *Forum: Qualitative Social Research*, Volume 3, No. 1, Art. 16 January 2002, disponível em <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0114-fqs0201169>;
- PETERSON, Diana Scharff and SCHROEDER, Julie A. *Domestic Violence in International Context*. Oxon: Routledge, 2017;
- PIMENTEL, Irene. “A assistência social e familiar do Estado Novo nos anos 30 e 40”. In *Análise Social*, XXXIV, 1999, pp. 477-508;
- PINO, Ana Prieto del. “La incidencia de la ley integral en el derecho penal sustantivo español”. In *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, pp. 205-238.
- PINTO, António Augusto Tolda. *O Novo Processo Penal*. 1ª Ed., Rei dos Livros: Lisboa, 1991;
- PINTO, Eduardo Cruz; ALBUQUERQUE, Martim Eduardo Corte Real de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993;
- PINTO, Lara Sofia. “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido”. In *Prova Criminal e Direito de Defesa*. Coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. 6ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 91/116;
- PINTO, Maria da Glória Ferreira. “Princípio da Igualdade, Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”. In *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 358, 1986, pp. 19-64;
- PUENTE, Ana María Ovejero. “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la Ley Integral contra la violencia de género y la Ley de Igualdad a debate”. In *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009, pp. 185-215;
- PTACEK, James. “Evaluation Research on Restorative Justice and Intimate Partner Violence: A Review and Critique”. In *The National Science Foundation and the National Institute of Justice*. 2014, Arlington/VA, disponível em <https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=ipv>.
- QUARESMA, Carina. “O lugar das vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal: reflexões acerca da aplicação do princípio da legalidade”. In *RDeS – Revista de Direito e Segurança*, nº 6 (julho/dezembro de 2015), pp. 85-141;
- RAMOS, Vânia Costa. “Corpus Juris 2000 - imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare” In *Revista do Ministério Público*, nº 108, jan-mar 2007, pp. 125-149;
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 18ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;
- RAPOZA, Phillip. “A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em

- regra”. Tradução de Nuno de Lemos Jorge. In *Revista JULGAR*, nº 19, 2013, pp. 207-229;
- RÊGO, Maria do Céu da Cunha. “Políticas de igualdade de género na União Europeia e em Portugal: Influências e incoerências”. In *Revista Ex Aequo* (Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres) nº 25, 2012, pp. 29-44;
- ROBERTS, Simon e PALMER, Michael. *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008;
- RUSBULT, Caryl E. “A longitudinal test of the investment model: The development (and deterioration) of satisfaction and commitment in hetero sexual involvements”. In *Journal of Personality and Social Psychology*, 1983, 45, pp. 101-117;
- SÁENZ, José Maria Da Cuesta. “El laudo en el sistema arbitral del consumo”. In *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 25, 1999, p. 117-137;
- SAMANIEGO, José Luis Manzanares. *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2007;
- SÁNCHEZ, Elida Aponte. “El paradigma de género para el análisis y comprensión de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”. In *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. Coord. Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenias. Buenos Aires: Univ. Nacional de La Plata, 2008, pp. 141-174.
- SANCHEZ, Helena Nadal. “La mediación: una panorámica de sus fundamentos teóricos”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. V, Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, 2010, pp. 116-145;
- SÁNCHEZ, Eva Trigo, SALA, Ariana y GARCIA, Marina Calderón. *La renuncia a continuar en el procedimiento judicial en mujeres víctimas de violencia de género: un estudio en la Comunidad Autónoma Andaluza*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer/Consejería de la Presidencia e Igualdade/Universidad de Sevilla: 2012;
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- \_\_\_\_\_. “Decisão Penal Negociada”. In *Revista JULGAR*, nº 25, 2015, pp. 145-160;
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade*, disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/>;
- \_\_\_\_\_. *A Criminologia Radical*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;
- SARAIVA, Rute. “A dependência econômica da vítima de violência doméstica face ao agressor”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LIV, nº 1 e 2, Coimbra Editora, 2013, separata;

- SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência”. In *Revista Opinião Jurídica*, vol. 4, nº 7, 2006, pp. 160-208;
- SCHÄFER, Gabriela. Romantic love in heterosexual relationships: women’s experiences. *Journal of Social Sciences*, v. 16, n. 3, 2008, pp. 187-197;
- SCHNEEWIND, Jerome B. *A invenção da autonomia*. Trad. Magda França Lopes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005;
- SEBENIUS, James K. “Negotiation Analysis: A Characterization and Review”. In *Management Science*, Vol. 38, nº 1, 1992, pp. 18-38;
- SEGRE, Marco; LEOPOLDO E SILVA, Franklin; SCHRAMM, Fermín. *O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia*. Bioética, Brasília, vol. 06, 1998;
- SERRANO, María Paz García-Longoria Y. “Actualidad de la mediación familiar en España y México”. In *Estado del arte de la mediación*. Coord. Francisco J. Gorjón Gómez y Antonio López Peláez. Navarr: Editorial Aranzadi, 2013, pp. 77-98;
- SILVA, Francisco Ribeiro da. *Absolutismo esclarecido e intervenção popular. Os motins do Porto de 1757*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990;
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português*. Vol. I, 2ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017;
- \_\_\_\_\_. “Plea Bargaining e Acordos Sobre Sentença”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2018, pp. 97-120;
- SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2001;
- SILVA, Paula Costa E. *A Nova Face da Justiça - Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- SOLER, Raúl Calvo. “De la negociación a la mediación y vuelta”. In *Anuario de mediación y solución de conflictos*. Universidad de Girona, nº 2, 2014, pp. 87-110;
- \_\_\_\_\_. *Mapeo de conflictos. Técnica para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2014;
- SOUSA, Antônio Francisco de. “O princípio da igualdade no Estado de Direito” In *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, nºs 13/16, 2007, pp. 181-195;
- SPENA, Alessandro. “Esiste il paternalismo penale? Um contributo al dibattito sui principi de criminalizzazione”. In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. V. 57, n. 3, pp. 1209–1248, luglio/sett., 2014;

- SUÁREZ, Laura Álvarez. “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, Vol. 5, n. 2, 2019, pp. 1075-1106;
- SUARES, Marinés. *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 2008;
- SUMALLA, Josep Maria Tamarit. “La justicia reparadora y su articulación con el sistema penal”. In *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Coord. Josep María Tamarit Sumalla, Carolina Villacampa Estiarte. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006;
- STERNBERG, Robert. “A Triangular Theory of Love”. *Psychological Review*, nº 93, 1986, pp. 119-135;
- STRANG, Heather. *Repair or Revenge: victims and restorative justice*. Oxford: Oxford University Press, 2002;
- STRUBE, Michael J. “The decision to leave an abusive relationship: Empirical evidence and theoretical issues”. In *Psychological Bulletin*, 104(2), 1988, pp. 236-250, disponible em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3054996>;
- TAVOR, Ana. “El amor de pareja en la construcción de la identidad de las mujeres”. In: *Congreso Estatal De las casas de acogida a los Centros de Atención Integral*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2007, pp. 80-94;
- TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é Violência contra a Mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002;
- TUBERT, Silvia. “La crisis del concepto de género”. In *Género, violència y derecho*. Patricia Lorenzo e outras (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 89-130;
- VALDÉS, Ernesto Garzón. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*. N. 05, 1988, pp. 155-173;
- VALLEJO, Pilar Rivas y BAUDOR, Guillermo L. Barrios - (Directores). *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*. 2ª. Ed., Navarra: Aranzadi, 2014;
- VALVERDE, Patricia Esquinas. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008;
- VINCENT, Jolene. *Domestic violence & no-drop policies: doing more harm than good?* 2014, disponible em [http://etd.fcla.edu/CF/CFE0005898/Vincent\\_Jolene\\_201508\\_MA.pdf](http://etd.fcla.edu/CF/CFE0005898/Vincent_Jolene_201508_MA.pdf);
- VALVERDE, Patricia Esquinas. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008;
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 3. ed.

- rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014
- VILAR, Silvia Barona. “El Movimiento de las ADR em el Derecho Comparado”. In *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. Raquel Castillejo Manzanares (dirección). Madrid: Wolters Kluwer España, 2011, pp. 455-500;
- VISALLI, Hugo Ottavio. “El conflicto: génesis y dinámica”. In *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*. 2006 Junta de Castilla y León. Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, 2006, pp. 35-50;
- VIVES-CASES, Carmen. “Un modelo ecológico integrado para comprender la violencia contra las Mujeres”. In *Feminismo/s*, v. 18, 2011, pp. 291-299;
- WALKER, Lenore E. A. “Psychology and violence against women”. In *American Psychologist*, 1989, 44(4), 695-702, disponível em <http://dx.doi.org/10.1037/0003-066X.44.4.695>;
- \_\_\_\_\_. *The Battered Woman Syndrome*. Fourth Edition. New York: Springer Publishing Company, 2016;
- WATZLAWICK, Aul, BEAVIN, Janet H. e JACKSON, Don D. *Pragmatics of Human Communication*. Hardcover, W. W. Norton & Company; 1st edition, 1967;
- WEBER, Thadeu. “Autonomia, dignidade da pessoa humana e respeito em Kant”. In *Sujeito e liberdade: investigações a partir do idealismo alemão*. UTZ, Konrad; BAVARESCO, Agemir; KOZEN, Paulo Roberto (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012;
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamento de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994;
- YELA, Carlos. *El amor desde la psicología social. Ni tan libres ni tan racionales*. Madrid: Pirámide, 2000;
- \_\_\_\_\_. La otra cara del amor: mitos, paradojas y problemas. *Encuentros en Psicología Social*, v. 1, n. 2, 2003, pp. 263-267;
- ZAPIAIN, Javier Gómez. “Violencia en la pareja desde la perspectiva de la teoría del apego”. Disponível em <https://www.cop.es/GT/JAVIER-GOMEZ.pdf>;
- ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008;
- ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. “La igualdad y la violència de género em el orden jurisdiccional penal”. In *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 12-05, 2010, pp. 04-24.