



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
CURSO DE DIREITO

LARISSA XIMENES MENDONÇA MONTENEGRO

MEDIAÇÃO PENAL: UM NOVO PARADIGMA NA
JUSTIÇA CRIMINAL

FORTALEZA
2008

LARISSA XIMENES MENDONÇA MONTENEGRO

MEDIAÇÃO PENAL: UM NOVO PARADIGMA NA JUSTIÇA CRIMINAL

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para término de curso.

Orientador: Professor Henrique Botelho Frota.

Fortaleza
2008

LARISSA XIMENES MENDONÇA MONTENEGRO

MEDIAÇÃO PENAL: UM NOVO PARADIGMA NA JUSTIÇA CRIMINAL

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para término de curso.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Henrique Botelho Frota (Orientador)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Carla Caldas Fontenele Brizzi (Examinador 1)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Ana Yara Lisboa Santos (Examinador 2)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

*A meus pais, pelo amor incondicional.
Aos meus irmãos, pelo apoio e compreensão.
À minha pequena Laila, companheira sempre.
Por eles, estou aqui.*

AGRADECIMENTOS

À minha família e meus amigos, pela compreensão nos momentos difíceis.

Ao meu estimado Orientador, Professor Henrique Botelho Frota, pela paciência e apoio dispensados a este trabalho.

À Professora Carla Brizzi, pelo auxílio na escolha do tema

À amiga Ana Yara Lisboa, pelas valiosas contribuições e amizade.

Deus nos concede, a cada dia, uma página de vida nova no livro do tempo. Aquilo que colocarmos nela, corre por nossa conta.

CHICO XAVIER

RESUMO

Em meio à crise no sistema penal atual, este trabalho propõe a adoção de um paradigma criativo e inovador para os padrões brasileiros de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos. No lugar da aplicação da pena, que serve tão-somente para causar sofrimento a quem causou mal a outrem, abre-se caminho para a Justiça Restaurativa através da Mediação Penal. O suposto controle dos impulsos de vingança privada e a racionalização da resposta aos fatos considerados criminosos não modificam a realidade, pois o exercício do poder de sancionar penalmente implica grave supressão de garantias individuais e direitos civis. A trajetória do poder de punir, que se faz paralela e às vezes sobreposta ao caminhar de formação desta sociedade de massas, impessoal e, em grande medida individualista, gera a desintegração social e a destruição de laços comunitários. Nesse meio, a mediação penal, técnica que introduz a vítima no circuito de soluções dos problemas gerados pelo crime, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, surge como um provimento relegitimante que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público.

Palavras-chave: Sistema Penal. Justiça Restaurativa. Mediação. Solução. Conflitos

ABSTRACT

In face of the current crisis in the Brazilian criminal system, this study aims to adopt a creative and innovative paradigm to the Brazilian standards of responding to deviant behaviors defined as delictual. Instead of applying a penalty, which only causes suffering to the individual who committed harm to other, a path is open to Restorative Justice through Criminal Mediation. The hypothetical control of private vengeance impulses and a rationalized response to facts considered unlawful do not change reality. In reality, the exercise of the power of penal sanctioning implies in the grave suppression of individual guarantees and civil rights. The trajectory of punitive power, which is parallel and at times even overlaps the formation course of this impersonal and, in great measure, individualist mass society, generates social crumbling and the destruction of community ties. In this sense, penal mediation is a method which introduces the victim in the search of solutions to the problems generated by crime. This practice enables the injured party's' active involvement in the conflict resolution. Mediation emerges as a relegitimizing technique overlapping the preventive illusion derived of penal sanction, and culminates in the reestablishment of the communities' faith in the legal order.

Key-words: Criminal System, Restorative Justice, Mediation, Solution, Conflicts

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O CONFLITO NA PERSPECTIVA DA MEDIAÇÃO	12
2.1. Técnicas de solução de conflitos	13
2.1.1 Negociação	15
2.1.2 Conciliação	16
2.1.3 Arbitragem	18
2.1.4 Jurisdição	22
2.1.5 Mediação	23
2.1.5.1 Conceito e delimitação da mediação de conflitos	23
2.1.5.2 Objetivos da Mediação	24
2.1.5.3 Princípios	26
2.1.5.4 A figura do mediador	28
2.1.5.5 A pré-mediação	29
3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL	30
3.1 A busca por uma Justiça Restaurativa	32
3.2 A Mediação Penal	34
3.2.1 Conceito e Noções Essenciais	34
3.2.2 Etapas da Mediação	36
3.2.3 O elemento comunicativo-relacional na Mediação Penal	37
3.2.4 Fundamentos da Mediação	39
3.2.4.1 Ampliação dos espaços democráticos	39
3.2.4.2 reconstrução do sistema de regulação social	41
4 EXPERIÊNCIAS E MODELOS DE MEDIAÇÃO PENAL E PROPOSTA DE REGULAÇÃO LEGAL NO BRASIL	42
4.1 Experiências e modelos de Justiça Restaurativa e Mediação Penal	42
4.1.1 Nova Zelândia: precursora na utilização de métodos restaurativos	42
4.1.2 Austrália e Canadá: práticas restaurativas em desenvolvimento	43
4.1.3 Experiências de Práticas Restaurativas na Itália, Alemanha e França	22
4.1.4 Regulamentação legal da Mediação Penal em Portugal	49
4.1.5 A Implementação de métodos restaurativos na América Latina	50

4.2 Proposta de Regulação Legal da Mediação Penal no Brasil	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

1. INTRODUÇÃO

Com a crise das modalidades de regulação social, verificável, por exemplo, pela falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário e pelo fracasso das políticas públicas de contenção de violência, fica demonstrada a necessidade de mudanças em nosso falido sistema de justiça criminal.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa, por meio da mediação, surge como uma esperança em meio ao clima de insegurança que marca o mundo contemporâneo, propondo a elaboração de um novo paradigma de Justiça Criminal, mais moderno, eficiente e humano, construído a partir do aumento da participação popular na gestão pública do crime. Este modelo vem se fortalecendo como resposta ao crime que recorre à mediação em vez da punição.

Logo, o presente trabalho se presta a verificar a hipótese de a mediação qualificar-se como uma reação penal legítima, adaptável ao ordenamento jurídico nacional e, principalmente, capaz de servir à construção de um novo paradigma de justiça, baseado nos princípios da Justiça Restaurativa. Sem ilusões de que a mediação é o remédio para todos os males do nosso sistema criminal, a idéia é comprovar a sua viabilidade e necessidade no âmbito penal.

Quanto aos objetivos, a pesquisa tem como finalidade proporcionar maiores informações sobre o assunto, facilitando a delimitação e análise do tema em comento.

Frente aos desafios da temática proposta, pretende-se, então, relatar as reflexões empreendidas acerca do assunto sob a estrutura básica desta monografia, que se encontra organizada em três capítulos, distribuídos da forma a seguir exposta:

Discorre-se no primeiro capítulo sobre a existência do conflito como fenômeno inerente às relações humanas, procedendo à análise das diversas técnicas de resolução de controvérsias existentes em nosso país.

No segundo capítulo, serão fixadas algumas noções essenciais sobre os temas Justiça Restaurativa e Mediação Penal, para, a partir daí, ser feita uma análise da necessidade de mudança de paradigma na justiça criminal.

No terceiro capítulo, expõe-se algumas experiências de mediação penal existentes em outros países, e, ao final, será debatida uma proposta de regulação legal da mediação penal no Brasil.

O desenvolvimento do trabalho será baseado em pesquisas realizadas em doutrina específica acerca da matéria, com o intuito de firmar pensamento crítico e coeso que possibilitará a demonstração da relevância do tema nos dias atuais. Será utilizada, ainda, como fonte de pesquisa, a legislação pátria que se refira a espaços normativos para a mediação penal, e a legislação estrangeira atinente à matéria, além da Carta Magna.

A *internet* e similares servirão para enriquecer subsidiariamente a pesquisa, principalmente no que concerne ao acompanhamento das decisões jurisprudenciais mais recentes sobre a problemática em foco.

2. O CONFLITO NA PERSPECTIVA DA MEDIAÇÃO

Atualmente é majoritário o entendimento no sentido de que não há sociedade sem direito (“ubi societatis ibi jus”). O conflito é um fenômeno inerente às relações humanas. Ele decorre de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns. A composição de conflitos configura o problema fundamental na ciência do Direito.

Historicamente, o agrupamento humano surge como forma de proteção e sobrevivência dos indivíduos que adotam o sistema de normas de conduta daquela comunidade. Na realidade, não há vida humana sem valores e representações. Os homens de uma determinada formação social passam a se reconhecer nesses valores e representações vigentes, que com o decorrer dos anos, são sedimentados e ganham autoridade com justificações de cunho religioso, ético ou jurídico.

O Direito exerce uma função peculiar na sociedade, qual seja, a de coordenar as condutas dos indivíduos, harmonizando as relações sociais intersubjetivas e solucionando conflitos com a autoridade de que se reveste. O caráter normativista do Direito lhe dá condições de reger a vida social ordenando, permitindo ou proibindo condutas que aquele corpo social designa como convenientes ou inconvenientes, verdadeiras ou falsas, corretas ou incorretas, úteis ou inúteis e assim por diante.

No mesmo sentido, Grinover e Dinamarco¹ se manifestam no sentido de que a correlação entre sociedade e Direito tem como causa a função que o direito exerce na sociedade, qual seja, a de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.

Sob o ponto de vista sociológico, o Direito é compreendido como uma das formas mais eficazes de controle social, tendo em vista que ele é um importante instrumento que a sociedade dispõe para dirimir as antinomias, que lhes são próprias.

¹GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 14.

Indubitavelmente, na dinâmica entre os indivíduos de qualquer sociedade, surgem conflitos. A natureza e as causas dos conflitos são diversas, mas de toda forma criam uma insatisfação social e favorecem a imprevisibilidade das condutas.

A sociedade, para administrar as crises decorrentes dos desvios sociais dos indivíduos, elabora meios de pacificação para promover seu desenvolvimento e continuidade.

A complexidade da vida em sociedade nos dias atuais, moldada sob características individuais e pós-modernas, demanda cada vez mais a resolução dos conflitos por via judiciária. Como veremos, o processo judicial é uma forma adversarial de resolução de controvérsias que aprofunda os ânimos ao invés de colaborar na harmonia do corpo social. As relações tornam-se superficiais e fluidas, além do desaparecimento do diálogo e da união social levando a constantes mal-entendidos.

Nesse contexto de desagregação do homem e exclusão social, em sentido amplo, faz-se presente, bem como as desigualdades e privações de direito e de informações, principalmente nas massas miseráveis. A individualidade, marca da nossa atualidade, causa ainda o desinteresse na colaboração comunitária e na resolução dos problemas coletivos.

Desta feita, iniciamos o debate sobre a tentativa, a nosso ver urgente, de remodelar as formas de construção e apaziguamento social, ainda marcadamente individualista e viciosa para o corpo social, com a implementação no Brasil da Justiça Restaurativa, por meio da mediação, tendo em vista que esta viabilizaria na nossa atual crise do sistema penal o emprego de alternativas para resolução de conflitos de pequena e média gravidade.

2.1 Técnicas de solução de conflitos

Hodiernamente as relações sociais apresentam maior diversidade e amplitude e, por consequência, um maior número de conflitos. Tais conflitos não apenas se tornaram mais frequentes, como também mais complexos, sendo exigidas soluções mais céleres pela sociedade.

Existem diversas técnicas de solução de conflitos que, para serem utilizadas, dependem de inúmeros fatores a serem observados, tais como a natureza da demanda, o direito envolvido, o acirramento dos ânimos, a capacidade propositiva das partes e a possibilidade ou não de execução da decisão. Sendo o ser humano um ser político, capaz de

racionalizar suas aspirações e interesses e de argumentar em favor de si, é certo que reagirá de forma diferente na solução de cada conflito, dependendo das circunstâncias em que o mesmo se apresentar.

Delgado² ensina que os métodos de solução de conflitos classificam-se em três grandes grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Para ele, “a diferenciação essencial entre tais grupos de métodos encontram-se nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo de solução do conflito”.

Segundo o autor, ocorre autotutela quando uma das partes, por intermédio de coerção ou de imposição legal, impõe sua própria sistemática de resolução à controvérsia, a despeito da vontade da outra parte. Explica, ainda, que há autocomposição quando o conflito é solucionado sem o auxílio de terceiros, através de renúncia, aceitação (ou resignação ou, ainda, submissão) e transação (mais comumente conhecida como negociação). Por fim, afirma que há heterocomposição quando o conflito é solucionado mediante a intermediação de um agente exterior, um terceiro junto ao conflito. Enumera, como exemplo de heterocomposição, a jurisdição (praticada por um membro do Judiciário), a arbitragem (realizada por um árbitro), a conciliação e a mediação, apesar de reconhecer que a doutrina é polêmica quanto à inclusão de conciliação e arbitragem dentre os meios heterocompositivos.

Andrade e Jucá³, com base nas lições de Rocha, analisam os métodos de resolução de conflitos sob enfoque diverso. Para elas, todas as técnicas de solução de conflitos decorrem da autonomia e da heteronomia. A autonomia compreende a autotutela e a autocomposição. Por sua vez, a heteronomia compreende a heterotutela (quando desenvolvida no âmbito judiciário) e a heterocomposição (quando realizada por arbitragem).

Na autotutela, processo de resolução autônomo de conflitos, há uma imposição da vontade de uma parte sobre a outra. Prevalece o interesse do mais forte sobre a parte hipossuficiente que, de forma autoritária, decide a questão, prejudicando-a.

Evidentemente, esta forma de solução de conflitos impõe o sacrifício do interesse da parte mais fraca que, insatisfeita com a violência sofrida, provoca uma tensão social

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Ed. LTr, 2006. Pgs. 1368-1369.

³ ANDRADE, Denise Almeida de e JUCÁ, Roberta Laena Costa. **A Influência Liberal na Concepção de Cidadania da Lei de Arbitragem e a Necessária Adequação à Constituição de 1988**. In. SALES, Lília Maia de Moraes (org.). **A Cidadania em Debate: Estudos Sobre a Efetivação do Direito na Atualidade**. N. 3. Fortaleza: Gráfica UNIFOR, 2005, Pgs. 94-95.

causando insegurança. Esse mecanismo torna precária qualquer tentativa de pacificação social, pois não garante a justiça ou a igualdade entre as partes.

Já a autocomposição (que compreende a negociação, a conciliação e a mediação) ocorre quando as partes envolvidas em um conflito chegam de comum acordo a uma solução que entendem adequada. Pode ocorrer de uma parte renunciar integralmente à sua pretensão original ou, o que é mais comum, ambas as partes abrirem mão de uma parcela de sua pretensão em favor da outra.

As autoras excluem a conciliação e a mediação do rol dos meios heterocompositivos, optando por incluí-los dentre os instrumentos de autocomposição, devido à posição de pequeno relevo assumida pelos agentes exteriores na proposição das soluções dos conflitos nessas duas hipóteses.

É importante esclarecer que conciliação e mediação são institutos completamente distintos. Enquanto no segundo método é indubitável que a participação do mediador no conflito é tão-somente de facilitador do diálogo entre as partes, ou seja, no que diz respeito à proposição da solução do conflito sua tarefa é quase nula, por outro lado, o papel do conciliador muitas vezes é sobejamente indutor e propositivo, de tal sorte que a melhor solução para a polêmica em questão telada seria a abstração da mediação do rol de meios heterocompositivos, com o resguardo da conciliação no mesmo rol.

2.1.1. Negociação

A negociação é a forma mais simples e também a mais antiga da resolução de conflitos, configurando uma prática cotidiana da vida social de forma que na maioria dos casos em que acontece não é sequer notada. Por meio da negociação as partes envolvidas num conflito procuram uma solução para a dissidência através do diálogo direto e do bom senso, chegando a um ajuste sobre o que cabe a quem, sem a interferência de um terceiro.

A negociação não escolhe tempo nem matéria. Acontece sempre que se prenuncia um conflito de ordem jurídica ou moral. Por isso mesmo, quase sempre antecipa outras formas de resolução de conflitos.

Azevedo⁴, ponderando sobre o estudo de Fonket, assinala que comumente a negociação se divide em cooperativa e adversarial, sendo “cooperativa se as partes utilizarem formas semelhantes de manejo de conflitos e procurarem uma solução justa e satisfatória para todos envolvidos [...] adversarial se as partes utilizarem estratégias competitivas e buscarem soluções ganhador/perdedor”.

Em tal afirmação percebe-se uma desfiguração do sentido de negociação, numa aparente confusão entre o instituto oriundo da autocomposição e a autotutela. Negociar, sendo a procura por um denominador comum, jamais poderá pressupor perdedores e ganhadores, mas apenas ganhadores. Uma negociação, na acepção verdadeira da palavra, busca sempre uma solução consensuada, nunca uma imposição, como ocorre na autotutela.

Vale ressaltar que a lei, em alguns casos, prevê a existência da negociação, como é o caso da negociação coletiva prevista nos arts. 8º, VI, da Constituição Federal de 1988⁵ e 513, b, da Consolidação das Leis do Trabalho⁶.

Conclui-se que da negociação surge ou não acordo, que as partes são livres para cumprir. Se negociarem de boa-fé, é natural que cumpram o acordado entre si. Como não recorrem ao auxílio de qualquer terceiro, a relação dos negociantes deve ser de confiança e respeito, do contrário uma das partes terá prejuízos nos seus interesses.

2.1.2 Conciliação

A conciliação é uma forma consensual de resolução de conflitos que em diversos aspectos se aproxima da mediação. No Brasil, a figura do conciliador surge com a lei 9958/00, que trouxe as comissões de conciliação prévia em questões trabalhistas. A tentativa de composição dos conflitos surgidos nas relações de trabalho entre sindicatos dos trabalhadores e sindicatos patronais é obrigatória, e só depois a via jurisdicional deve ser contemplada.

⁴ AZEVEDO, Geórgia Lima. **Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos: Meios Alternativos de Acesso à Justiça e à Cidadania**. In. SALES, Lília Maia de Moraes (org.). **A Cidadania em Debate: Estudos Sobre a Efetivação do Direito na Atualidade**. N. 3. Fortaleza: Gráfica UNIFOR, 2005, Pgs. 112-113.

⁵ CF/88. Art.8º. VI: “É obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

⁶ CLT. Art. 513: “São prerrogativas dos Sindicatos: (...) b) celebrar convenções coletivas de trabalho”.

A conciliação exige a presença de um terceiro perante o conflito, alguém que intervenha no mérito do problema e que proponha uma solução para o entrave.

Sobre o assunto, ensinam Sales e Vasconcelos⁷:

[...] a conciliação, pela forma como é conduzida, é aplicada de maneira mais eficiente nos conflitos em que não existe relacionamento entre as partes ou que essa relação não seja continuada, mas esporádica (como uma colisão de veículos), haja vista que, em tal procedimento, a discussão dos problemas é superficial... (...) A principal finalidade da conciliação é a consecução do acordo, evitando que este conflito se estenda ao longo do tempo.

Dentre as características da conciliação encontram-se a necessidade de uma solução rápida, a inexistência de continuidade na relação entre as partes e a presença de um conciliador. Em função de tais características, a conciliação tem sido utilizada no âmbito do Poder Judiciário, especialmente nos estágios iniciais dos litígios, como tentativa de se evitar a continuidade de processos que, de pronto, já se sabe que serão morosos e angustiantes para ambas as partes.

O nosso Código de Processo Civil prevê a conciliação no curso dos processos judiciais em seu artigo 125: “O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

A conciliação também está presente, judicialmente, nos procedimentos sumários⁸, nos Juizados Especiais⁹, nos ritos próprios de ações de alimentos¹⁰, de ações de separação

⁷ SALES, Lília Maia de Moraes & VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2006. Pg. 80.

⁸ CPC. Art. 277: “O Juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta (30) dias....”

⁹ Lei dos Juizados Especiais (9.099/95). Art. 22: “A conciliação será conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação”.

¹⁰ Lei de alimentos (5478/68) Art. 9º: “Aberta a audiência, lida a petição, ou o termo, e a resposta, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo conciliação”.

judicial e divórcio¹¹, etc., assim como igualmente está presente, extrajudicialmente, nos procedimentos arbitrais¹².

A conciliação e a mediação se distinguem, principalmente, em relação ao caráter e natureza dos institutos. Na conciliação as partes são adversárias e entram em discussão sobre a questão em que são dissidentes, visando um acordo para evitar o processo judicial. O objetivo da conciliação é o acordo entre as partes. Já a mediação não tem caráter adversarial, ou seja, as partes não estão concorrendo numa disputa que determinará um vencedor e um perdedor. O acordo resultante das partes numa mediação é consequência da interação e do diálogo dos atores comunicativos. Enquanto que na conciliação há interferência do conciliador na resolução do conflito, na mediação o mediador apenas facilita o processo de obtenção da solução almejada por todos os sujeitos que participam de forma não adversarial.

Outra distinção relevante é que o conciliador não aprecia o problema exposto em todas as suas nuances. Ele não analisa os detalhes, as relações mais profundas e os interesses menos evidentes, concentrando a sua preocupação na possibilidade de um acordo que resolva o problema. Já o mediador analisa minuciosamente as condições reais do conflito e dá às partes uma efetiva possibilidade na concreta satisfação do problema.

Na mediação trabalha-se o conflito e como transformá-lo, abordando-se não somente a questão objetiva do fim do conflito, mas enfatizando o relacionamento entre as partes e a possibilidade de auto-afirmação nas relações sociais através da construção de soluções, criando-se entre os dissidentes vínculos não adversariais e prevenindo novos conflitos, mediante uma convivência harmônica estabelecida nas questões bem resolvidas.

De uma forma geral, pode-se dizer que a mediação pretende ir mais longe do que a conciliação, uma vez que penetra nas reais causas do conflito.

¹¹ Lei do divórcio e separação judicial (6515/77) Art. 2º: “O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-os em sua presença, se assim achar necessário”.

¹² Lei de Arbitragem (9.307/96). Art.7º, § 2º.: “Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral”.

2.1.3 Arbitragem

A arbitragem, método específico de solução de conflitos do gênero hereronomia, foi inserida formalmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a chamada Lei da Arbitragem, sendo reconhecida como um dos métodos mais eficientes de resolução de conflitos, contribuindo para o descongestionamento do Poder Judiciário. Caracteriza-se pela presença de um terceiro não órgão judicial, o árbitro, escolhido pelas partes para solucionar o conflito.

Na arbitragem impera a autonomia da vontade das partes envolvidas, manifestada na medida em que são elas que definem os procedimentos que disciplinarão esse processo, que estipulam o prazo final para a sua condução, que indicam os árbitros que avaliarão e decidirão a controvérsia instaurada.

A critério das partes a arbitragem pode ser de direito ou por equidade. Na arbitragem de direito, o árbitro decide a questão utilizando como parâmetro as normas do sistema jurídico tradicional. Na arbitragem por equidade, o árbitro se vale de seus conhecimentos e experiências para encontrar a melhor solução possível, não se limitando às normas jurídicas. Todavia, um ou outro procedimento deve ser autorizado pelas partes.

Embora as partes tenham a liberdade de escolher entre estas duas formas de arbitragem, qualquer ato do árbitro deve obedecer a alguns critérios gerais que são necessários para o desempenho da atividade, tais como, o princípio da igualdade de tratamento entre as partes, o contraditório e a ampla defesa, além da imparcialidade e fundamentação de todas as decisões.

O árbitro é juiz de fato e de direito e sua decisão não carece de homologação ou recurso ao Poder Judiciário, e é de cumprimento obrigatório, podendo, em certos casos, ser executada judicialmente, se a parte vencida não cumprir o determinado.

Vê-se, assim, que ao árbitro é atribuído o poder de um juiz de Direito com a vantagem de ser um técnico ou especialista no assunto em discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia. Por isso, o árbitro não constitui uma categoria profissional, mas somente um especialista chamado para solucionar uma questão técnica e jurídica a partir de seus conhecimentos.

Conforme a Lei 9307/96, o árbitro pode ser qualquer pessoa, maior de idade, desde que tenha a confiança das partes. Não necessariamente haverá apenas um árbitro. Pode

ser conveniente para as partes a nomeação de mais de um. O árbitro deve ser independente, imparcial, íntegro, idôneo e, claro, gozar da confiança das partes.

A vantagem mais evidente do processo de arbitragem é a celeridade com que as causas são resolvidas. A lentidão da Justiça estatal afasta os jurisdicionados da resolução dos conflitos pela via tradicional. Numa sociedade moderna que prima pela objetividade e pela praticidade, qualquer demora ou formalidade desnecessária são descartadas. Por isso, a arbitragem é uma forma de solução de conflitos que, tendo em vista a sua rapidez, o conhecimento especializado do árbitro e o sigilo das relações expostas ao tratamento heteronômico particular, atende ao clamor dos dias atuais.

Em comparação com as outras técnicas de tratamento de conflitos, podemos afirmar que a arbitragem é mais formal do que a negociação, a conciliação e a mediação. Em relação à mediação, objeto desta monografia, a arbitragem possui grandes diferenças. Em primeiro lugar, o árbitro tem como única preocupação a resolução do conflito, sem perceber ou tratar as relações existentes entre as partes. Em segundo, a arbitragem é processo heteronômico, ou seja, a decisão não advém das partes, mas sim do árbitro escolhido que põe fim à disputa. Qualquer controvérsia ou desentendimento sobre direitos disponíveis, ou seja, direitos que podem ser tratados por meio de relações contratuais, pode ser tratada por meio da arbitragem.

A resolução de conflitos por meio da arbitragem pode ser prevista por cláusula contratual. Caso surja uma questão e não haja cláusula autorizando o tratamento por meio da arbitragem, pode-se estabelecer um compromisso arbitral, em documento assinado pelas partes na presença de duas testemunhas ou registrado em cartório, que permite a instituição da arbitragem.

Dessa forma, como vimos, somente através de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral pode-se estabelecer o regime de arbitragem para solução de alguma controvérsia.

Em regra geral, a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. A decisão do árbitro, ou dos árbitros, deve ser expressa em documento escrito que conterá o relatório do litígio, os fundamentos da decisão e o dispositivo. Neste documento os árbitros resolverão as questões que lhes foram submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, a data e o local de onde foi proferida.

Embora a arbitragem, assim como as outras formas de resolução de conflitos acima tratadas, seja facultativa, caso exista cláusula ou compromisso arbitral entre as partes contratantes, estas são obrigadas a resolver a questão por meio da arbitragem, ficando vedado o acesso à Jurisdição.

Existem duas modalidades de funcionamento da arbitragem: a institucional e a *ad hoc*. Será institucional quando os procedimentos de arbitragem seguirem as regras estipuladas por uma Câmara de Mediação e Arbitragem. Por sua vez, será *ad hoc* quando os procedimentos seguirem as disposições fixadas pelas partes, ou determinadas pelo árbitro.

Vale ressaltar, ainda, que não cabe recurso contra a sentença arbitral, salvo nos casos de saneamento de erro material e de obscuridades ou pronunciamento sobre assunto não abordado, adquirindo a mesma, ao final, *status* de título executivo. A nulidade de uma sentença arbitral, contudo, poderá ser declarada pelo Judiciário, desde que demonstrada decorrência das hipóteses previstas pela lei.

Por todas essas características, a arbitragem tem alcançado alguma repercussão como forma de resolução de conflitos. Além da rapidez nos procedimentos, do sigilo das informações, da inexistência de recurso das decisões, da liberdade de escolha do julgador e da possibilidade de ter a questão resolvida por um especialista, a sentença arbitral, por prescrição da Lei 9307/96, possui efeitos idênticos aos da sentença judicial.

Observa-se que é de extrema importância a adequada fiscalização da arbitragem no Brasil, tendo em vista a notável desigualdade de forças entre aqueles que detêm o poder econômico e aqueles que são desprivilegiados, carentes de uma tutela estatal mais efetiva.

Sobre o assunto, é de grande valia o comentário de José de Albuquerque Rocha¹³:

Se perguntarmos aos liberais se a arbitragem é um procedimento justo, é certo que responderão afirmativamente, justificando com o argumento de que a arbitragem é um contrato, o qual é expressão de livre consentimento dos contratantes, portanto, moralmente legítimo.

A resposta dos liberais seria incensurável se sua premissa, a liberdade dos indivíduos, fosse verdadeira.

Acontece, porém, que o liberalismo trabalha com uma concepção abstrata de liberdade. Contempla as pessoas dessocializadas, o que significa não prever as conseqüências das relações sociais. Esquece que por trás da liberdade teórica estão sempre as relações de poder que desigualam as pessoas socialmente e limitam sua liberdade de escolha.

[...]

¹³ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pgs.. 21 e 22.

Assim sendo, a liberdade nominal dos liberais só serve para esconder a desigualdade real, legitimar as relações de poder existentes, justificando as imposições dos mais fortes aos mais fracos.... Em resumo, a mão invisível de Adam Smith, em um sistema de liberdade entre desiguais, funciona em sentido contrário: ao invés de criar equilíbrio social e econômico, produz concentração de riquezas de um lado, e pobreza e submissão das classes mais débeis, do outro lado.

Prossegue o autor em sua crítica, lecionando que:

Deste modo, para que a arbitragem possa ser considerada como o resultado de uma livre escolha das partes e não como uma injunção dos mais poderosos aos mais débeis, é imprescindível haver algum tipo de mecanismo que assegure um mínimo de equilíbrio na relação de poder entre as partes, para que possam gozar de condições concretas que lhes assegurem igual possibilidade de participar na formação dos contratos de que deriva a escolha da arbitragem como forma de solução do conflito.

O instituto da arbitragem a cada dia vem crescendo mais no Brasil, sendo indispensável o monitoramento das câmaras arbitrais pelo Poder Público com o intuito de que elas não se desviem de sua principal finalidade, qual seja a de suprir a carência do Judiciário resolvendo o conflito com eficácia e celeridade.

2.1.4 Jurisdição

A jurisdição é atividade do Estado por meio da qual é aplicado o Direito ao caso concreto, com o escopo de solucionar os conflitos sociais mediante a substituição da vontade das partes pelo Estado-juiz e, por conseqüência, resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei.

Uma das principais características da jurisdição é a sua inércia. Para que seja exercida ela deverá ser provocada pelas partes. Uma vez provocada, a jurisdição se exerce por meio do processo, instrumento mediante o qual os órgãos jurisdicionais agem a fim de pacificar as partes conflitantes, aplicando a regra jurídica à situação.

Segundo Grinover, Cintra e Dinamarco¹⁴, no exercício da jurisdição o Estado visa o social, o político e o jurídico. Eles afirmam:

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseguinte, de todo o sistema processual [...] é um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício de jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um. A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a educação para o exercício dos próprios direitos alheios e respeito aos direitos alheios (escopo social); b. a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c. a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico).

O Estado Democrático de Direito preza pelo sistema jurisdicional. Basta consultar a Constituição Federal e observar como a segurança jurídica é resguardada pelas disposições normativas. Ressalte-se o artigo 5º, inciso XXXV que declara: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim é que, toda questão ou conflito jurídico, em regra, deve ser solucionado pela jurisdição do Estado de Direito que, por também ser democrático, garante: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, inc. LIV).

Para propiciar a execução do ordenamento jurídico e, assim, a pacificação social, a jurisdição se organiza através de uma organização burocrática que garante a formalidade do processo. No entanto, a burocratização da justiça nos instrumentos de solução de conflitos do Estado causa, numa sociedade extremamente dinâmica e desigual, a demora na prestação jurisdicional e uma situação de constante insatisfação na sociedade.

O processo judicial representa o caminho tradicional para a efetivação de direitos e apresenta algumas vantagens em relação aos meios alternativos de resolução de conflitos: ao participar de um processo judicial, tem-se o sentimento de busca de um direito; a decisão pode ser executada caso haja descumprimento; a vitória num processo pode recompensar financeiramente.

Por outro lado, a demora de um processo e seus custos, além das hostilidades e do constrangimento da derrota entre outros fatores podem tornar mui desvantajoso o ingresso num tribunal.

Em especial, a mediação tem a virtude de, em determinados casos, sanar essa problemática, pois enquanto o judiciário muitas vezes torna o conflito ainda mais agudo e não dissipa a disputa, a mediação, e em menor grau que os outros meios de solução de conflitos,

possibilita uma abordagem mais racional e desenvolve a responsabilidade do cidadão na resolução de problemas, como veremos a seguir.

2.1.5 Mediação

A expressão mediação deriva do latim *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Esse vocábulo, portanto, na sua origem lingüística já revela um tratamento igualitário na solução de conflitos.

A mediação é o método consensual de solução de conflitos que tem o escopo de facilitar o diálogo entre as partes para que melhor administrem seus problemas e consigam, por si próprias, alcançar uma solução. Administrar bem um conflito é aprender a lidar com o mesmo, de maneira que o relacionamento com a outra parte envolvida não seja prejudicado.

Nessa metodologia de solução de conflitos as partes não constituem pólos de enfrentamento da questão em disputa. Elas são colaboradoras na resolução dos problemas, não havendo imposição de sentença ou laudos, conforme veremos a seguir.

2.1.5.1 Conceito e delimitação da mediação de conflitos

A mediação se distingue das demais metodologias de solução de conflitos devido à autonomia existente em sua resolução. Ao contrário das demais, na mediação o poder decisório pertence às partes envolvidas que, por meio do diálogo, buscam um acordo satisfatório.

Dessa forma, pode-se conceituar a mediação como sendo o mecanismo de resolução de conflitos no qual as partes, voluntariamente e de boa-fé, com o auxílio de um terceiro imparcial, o mediador, procuram juntas a melhor solução para o problema enfrentado.

Ao definir a mediação Sales¹⁵ leciona que:

[...] a mediação representa um meio extrajudicial e consensual de resolução de conflitos, no qual as partes possuem a gerência e o poder de decisão contando com o auxílio de um mediador. A mediação transcende a solução de controvérsias, visto

¹⁵ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. 1ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 14.

que exterioriza a visão positiva e transformadora do conflito, facilitando o diálogo entre os indivíduos e contribuindo para a conclusão e a paz social.

Continua a doutrinadora:

[...] a base da mediação é a comunicação. É o diálogo solidário que possibilita a construção de soluções pelos indivíduos envolvidos no conflito, oferecendo-lhes o sentimento de inclusão.

Nos trechos acima transcritos, Sales enfatiza, além do caráter procedimental do direito, a possibilidade de auto-organização das partes envolvidas na questão suscitada.

Procurando definir o tema em comento, Braga¹⁶ aduz que:

[...] mediação é uma técnica não adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.

Por fim, resumindo o que foi descrito nas definições desses dois autores, podemos afirmar que tal modo de composição de conflitos consiste na construção de consensos sobre uma realidade fática e na busca da autodeterminação através da ação e do diálogo reflexivos.

2.1.5.2 Objetivos da mediação

A mediação apresenta grande complexidade jurídica, sociológica e psicológica que a torna, de fato, um processo de grande importância na construção da ordem social. Devido a sua complexidade, há uma grande dificuldade em delimitar os seus objetivos principais. De uma forma geral, podem ser percebidos mais evidentemente quatro objetivos: a

¹⁶ BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.) **Mediação: método de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999, p. 93.

solução de conflitos, a prevenção de conflitos, a inclusão social e a pacificação social. Analisaremos a seguir mais detidamente tais objetivos.

A solução de conflitos é o objetivo primordial da mediação. Diferentemente do que ocorre nas outras técnicas de resolução de conflitos, na mediação a solução é buscada fundamentalmente por meio do diálogo, no qual as partes interagem em busca de um acordo satisfatório para ambas. Sobre o tema, ensina Sales¹⁷ que tal acordo deve ser justo e fruto de uma boa administração, não devendo funcionar apenas como um meio alternativo para evitar a demanda judicante, mas, principalmente, como um meio preventivo de futuras controvérsias.

Nesse mesmo sentido ensina Serpa¹⁸, ao afirmar que “o objetivo principal da mediação é o acordo entre as partes, ou seja, a produção de um plano de ação para as futuras relações de pessoas envolvidas num conflito”.

O procedimento de solução de conflitos, devido a sua complexidade, exige várias etapas. Inicialmente, a preocupação mais clara do procedimento de mediação é a de minimizar as diferenças entre as partes com a eliminação dos ressentimentos. Busca-se também uma comunicação entre as partes, que para ocorrer é necessário que a controvérsia seja vista de uma forma positiva, como uma forma de melhorar a relação conflituosa. Dessa forma, os conflitos interpessoais podem ser vistos de forma positiva, conforme se pode perceber com a afirmação de Fonkert¹⁹ ao ensinar que:

[...] embora se possa ter a visão negativa do conflito, como algo ameaçador ou destrutivo, é possível, ao contrário, ter visão positiva dele. Quando entendido como possibilidade de crescimento e mudança, torna-se a base a partir da qual são geradas soluções participativas, criativas e satisfatórias.

Esse novo método de resolução de conflitos aumenta a probabilidade de satisfação dos interesses de ambas as partes. A grande dificuldade para a compreensão da mediação é em relação à analogia que se faz com o processo judicial, no qual sempre há vencedores e

¹⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27.

¹⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 150.

¹⁹ FONKERT. **Mediação familiar: recurso alternativo à terapia familiar na resolução de conflitos em famílias com adolescentes**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: ArtMed, 1999, p. 171.

perdedores. Ao contrário, na mediação só existem vencedores, pois há uma adaptação dos interesses de ambas as partes ao acordo firmado.

É importante deixar claro para as partes que o acordo firmado deverá ser cumprido fielmente, já que ambas o ajustaram conjuntamente, conscientes de seus atos e de todas as conseqüências que poderiam advir de tal acordo.

O segundo objetivo da mediação é a prevenção de conflitos. A mediação, como uma técnica de solução de controvérsias, busca sempre uma boa administração da situação e um tratamento dos conflitos, de modo que o mediador sempre atuará da melhor maneira possível buscando sempre a solução mais completa e satisfatória.

A mediação vai além do objetivo do acordo entre as partes, procurando também modificar as relações entre elas de modo que a relação de disputa cede lugar a uma relação de colaboração, evitando com isso futuras controvérsias. Daí pode se observar o caráter preventivo da mediação.

O terceiro objetivo da mediação é a inclusão social. Tendo em vista que a mediação é uma técnica na qual as próprias partes buscam a solução dos conflitos com o auxílio do mediador, resta claro que essa prática reflexiva exercida pelos integrantes de um conflito durante o procedimento de mediação lhes confere um maior conhecimento e responsabilidade, possibilitando uma maior participação dos indivíduos nas questões sociais, já que os mesmos adquirem uma maior consciência da importância de direitos e deveres no seio social.

O último objetivo da mediação é a pacificação social. A mediação tem o escopo de solucionar e prevenir conflitos, incluindo os cidadãos num conceito mais amplo de participação social, o que possibilita o alcance da paz social. Dessa maneira, a mediação possui um objetivo mediato, qual seja, o de pacificar a comunidade prevenindo a violência.

2.1.5.3 Princípios

O procedimento de mediação, diferentemente do que acontece nos processos judiciais, não possui uma forma predeterminada. Existem diversos tipos de mediação, todavia, há determinados princípios que devem estar presentes em toda e qualquer mediação. São eles: a liberdade das partes, a não-competitividade, o poder de decisão das partes, a participação de

terceiro imparcial, a competência do mediador, a informalidade do processo e a confidencialidade do processo.

O primeiro dos princípios é o da liberdade das partes. Tal princípio significa que as partes estão livres para escolherem a mediação como meio para solucionar suas controvérsias. Dessa forma, as partes, ao optarem por essa técnica de solução de conflito, devem agir conscientemente e por vontade própria, não podendo sofrer qualquer tipo de ameaça ou coação.

Tal liberdade se estende também à escolha do mediador que acompanhará e facilitará o processo.

Dessa forma, as partes são livres tanto para escolher o processo de mediação, ou outro possível, como para decidir e resolver o conflito no processo de mediação.

O segundo princípio presente na mediação é o da não-competitividade. No procedimento de mediação, diferentemente do que ocorre no processo judicial, os conflitos devem ser tratados de maneira positiva, de modo a não incentivar a competição entre as partes. Nesse mecanismo as partes não se encontram em posições antagônicas, pois buscam o mesmo objetivo, qual seja, a solução satisfatória do conflito, de modo que as duas saiam vencedoras.

Sendo a mediação uma forma autônoma de tratamento de conflitos na qual o mediador somente auxilia na decisão das partes, fica claro que a titularidade do poder de decidir a lide nesse mecanismo pertence a elas. Tal prerrogativa configura mais um princípio da mediação.

Em seguida, tem-se como princípio da mediação a participação de terceiro imparcial. Tal princípio consiste na figura do mediador, que deve sempre assumir uma posição imparcial no procedimento de mediação tanto em relação às partes como aos interesses discutidos, de maneira que sejam evitados abusos e manipulações. A atuação do terceiro imparcial será a de auxiliar as partes na busca de soluções reais dos conflitos, incentivando-as a decidirem conjunta e harmoniosamente.

Vale ressaltar que sendo tarefa dos litigantes a escolha do mediador, resta garantida, *a priori*, a sua imparcialidade, já que há um consenso inicial sobre ele nas discussões. Dessa forma, sendo o terceiro escolhido por ambas as partes, a sua imparcialidade impede que o mesmo interfira na discussão privilegiando apenas uma delas.

A informalidade é outra característica da mediação, que significa a inexistência da obrigatoriedade de formas a serem observadas neste procedimento, já que as soluções dos conflitos podem ser alcançadas sem formalismos.

Tal informalidade facilita a comunicação entre as partes e entre estas e o mediador, o que auxilia no encontro de uma solução do conflito mais favorável para ambas.

No entanto, para efeito de organização, os acordos devem ser reduzidos a termo, podendo se sujeitar à homologação e à transformação em títulos executivos extrajudiciais.

A confidencialidade do processo configura mais uma característica da mediação. O mediador deve manter sigilo sobre tudo o que se passa, tendo em vista a obrigação ética de não revelar os problemas das pessoas envolvidas. Ele deve agir como protetor desse procedimento, garantindo sua lisura e integridade, já que as partes confiaram na sua pessoa a função de auxiliar na solução de seus conflitos.

2.1.5.4 A figura do mediador

O mediador é um terceiro imparcial que tem no processo de mediação um papel de facilitador, ou seja, ele tem a função de auxiliar o diálogo entre as partes com o escopo de transformar o impasse apresentado, diminuindo as tensões e possibilitando a busca de uma solução favorável para ambas as partes do conflito.

No processo de mediação, o terceiro imparcial atua expondo a situação conflituosa em todos os seus aspectos para as partes, incentivando a reflexão sobre as perspectivas levantadas e sobre as possíveis soluções para os problemas. Dessa maneira, ele auxilia na comunicação entre as pessoas envolvidas, possibilitando o diálogo e transformando os relacionamentos de maneira positiva. Daí o papel fundamental do mediador na otimização do procedimento.

O mediador deve criar um ambiente propício para o diálogo e a cooperação entre as partes, devendo assumir uma postura aberta e sincera que contribua para adquirir confiança entre elas. Dessa forma, ele construirá um canal de comunicação entre os litigantes capaz de modificar a anterior relação de disputa para uma cooperação.

Para estabelecer essa relação de cooperação entre as partes é necessário que o mediador analise o conflito e os seus sujeitos sob diversos ângulos, compreendendo, dentre outros aspectos, as suas condições existenciais, sociais e financeiras.

Deve o mediador assumir uma postura ética no procedimento de mediação. Ele deve dar ciência às partes que a mediação não possui apenas o condão de solucionar o conflito naquele momento, mas vai além e transforma todo o contexto relacional existente entre elas.

A relação do mediador com as partes é de grande importância para o sucesso da mediação. No entanto, não se pode esquecer de que ele é apenas um condutor do processo de mediação, sendo as partes as protagonistas na resolução dos conflitos.

2.1.5.5 A pré-mediação

A pré-mediação é uma fase preliminar que trata de questões essenciais para que possa a mediação ser bem sucedida. É uma forma de preparação para a mediação. Nessa fase é determinado o método a ser utilizado, é feito um esclarecimento acerca da natureza e da funcionalidade do processo de mediação, é vista a possibilidade e a conveniência da resolução do conflito por meio dessa técnica e é feita, ainda, a escolha do mediador.

Deve ser esclarecida ainda na pré-mediação a responsabilidade das partes pela decisão dos conflitos e a natureza não adversarial do processo de mediação, com a eliminação do parâmetro da disputa pela cooperação.

No capítulo seguinte, serão abordados os aspectos principais da mediação no âmbito penal, com a análise de sua implementação no Brasil como uma proposta de um novo paradigma de Justiça Criminal.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL

Como já mencionado anteriormente, o conflito social é um fenômeno inerente às relações humanas, sendo a sua composição o problema fundamental da ciência do Direito. Na seara criminal, a justiça penal organiza-se com o objetivo maior de garantir uma coexistência pacífica entre os membros da sociedade, controlando os impulsos de vingança privada e racionalizando as respostas aos fatos considerados criminosos. Assim, ao mesmo tempo em que a justiça penal só intervém em situações-limites, é no exercício do seu poder em que são consentidas as mais severas supressões de garantias individuais e de direitos civis.

A adoção do sistema punitivo, no qual a privação de liberdade é a resposta principal à criminalidade, gerou uma desintegração social e uma destruição dos laços comunitários. A punição irracional, o castigo e a violência punitiva fez com que os indivíduos relacionassem o sofrimento como o um dado fundamental da justiça. Nesse contexto de desagregação do homem e exclusão social, em sentido amplo, fez-se presente as desigualdades e privações de direito e de informações, principalmente nas massas miseráveis. A individualidade, marca da nossa atualidade, causa ainda o desinteresse na colaboração comunitária e na resolução dos problemas coletivos.

O Brasil vive um momento de tensão em face dos elevados índices de violência e criminalidade. Como se já não bastassem esses fatos, o nosso sistema penitenciário tem se mostrado cada vez mais precário, com uma notável superlotação carcerária. Com o escopo de reduzir esse ciclo de delitos, se faz necessário repensarmos qual é o benefício para a sociedade e para o infrator em mantermos a atual situação do nosso falido sistema de justiça criminal, tendo em vista a crise pela qual passam as modalidades de regulação social, como se pode verificar pela falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário; pelo fracasso das políticas públicas de contenção da violência; pelo esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime; pelos déficits de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais.

Da verificação da crise do sistema penal, chega-se a conclusão da necessidade de reforma com base em objetivos específicos como a busca da reintegração social, da preservação da liberdade e ampliação dos espaços democráticos, da diminuição do caráter aflitivo da resposta penal, da superação da filosofia do castigo e da restauração e manutenção da paz jurídica.

Para alcançar tais objetivos é necessário que seja elaborado um novo paradigma de justiça criminal, conforme assevera Sica.²⁰

[...] o caminho proposto é a (b) elaboração de um novo paradigma de justiça criminal, por meio da construção de uma teoria própria das medidas alternativas à prisão e à pena, na qual estas sejam formas de: (i) garantismo positivo; (ii) redução da violência punitiva; (iii) neutralizar as funções reais do cárcere; e (iv) não expandir a rede de controle social penal. Esta definição teórica é imprescindível para sustentar um discurso jurídico-penal capaz de introduzir medidas alternativas legítimas e que tenham operatividade real.

No entanto, esta reforma não significa necessariamente uma reforma legislativa, mas sim o ingresso de novas práticas dentro do sistema judiciário penal, recuperando a sua humanização. Outrossim, há necessidade de uma maior interação do direito penal com os outros ramos do Direito e com outras formas de resolução do conflito, como forma de reorganizar a idéia de subsidiariedade, o que auxilia a amenizar a procura pela justiça penal, devendo esta intervir apenas em situações-limites.

Vale ressaltar ainda que a justiça penal deve dar preferência aos mecanismos de intervenção que fortaleçam os valores do convívio comunitário e considerem o caráter relacional do conflito, levando-se em consideração os problemas sociais que geram e mantêm o fenômeno delitivo e o quadro emergencial.

Alguns países têm adotado a Justiça Restaurativa, por meio da Mediação Penal, como uma solução ao combate à criminalidade e como uma forma de desafogar as penitenciárias. Ela surge como uma esperança em meio ao clima de insegurança que marca o mundo contemporâneo, propondo a elaboração de um novo paradigma de Justiça Criminal, mais moderno, eficiente e humano, construído a partir do aumento da participação popular na gestão pública do crime. Este modelo vem se fortalecendo como resposta à prática de delitos, recorrendo à mediação em vez da punição.

A Justiça Restaurativa preocupa-se, essencialmente, com a reparação dos danos sofridos pela vítima e propõe uma forma de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Para seus idealizadores, prender não é solução. Eles sustentam que o Direito Penal não melhora a

²⁰ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de Justiça Criminal e de gestão do crime**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4.

situação da vítima, do criminoso e da sociedade, e que não há como educar alguém para viver em liberdade, tirando a sua liberdade.

Vale ressaltar que esse novo paradigma de justiça penal não pretende eliminar o modelo vigente, como bem explica Sica²¹ ao afirmar que:

Evidentemente, esse hipotético novo paradigma de justiça penal não pretende eliminar o modelo vigente (punitivo-retributivo), mas passa pela quebra de alguns de seus fundamentos básicos e pretende uma configuração mais aberta e flexível que desemboca no sistema de dupla entrada: mediação e punição, onde a atuação da justiça punitiva possa ser residual, intervindo apenas nos casos de extrema necessidade, nas situações-limite.

Como bem frisou o autor citado, em determinadas situações-limite é imprescindível o emprego do direito punitivo como instrumento repressor, devendo haver uma coexistência pacífica entre os modelos restaurativos e punitivos.

Diante das considerações acima levantadas, iremos analisar a Mediação Penal como um novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.

3.1 A busca por uma Justiça Restaurativa

O movimento de busca por uma Justiça Restaurativa, surgido nas últimas décadas do século passado, é um resgate de práticas tribais neozelandesas e canadenses, bem como de práticas comunitárias ancestrais da cultura ocidental, que inspiram várias abordagens e procedimentos de caráter interdisciplinar. Sica²² ensina que a Justiça Restaurativa tem o condão de proporcionar aos protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime) a possibilidade de programas de reconciliação por meio de iniciativas de solidariedade e do diálogo. Tal autor aduz ainda que “[...] qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como prática restaurativa.”

²¹ SICA, Leonardo. Ob. Cit. Pg. 9.

²² SICA, Leonardo. Ob. Cit. Pg. 10.

Para Vasconcelos²³ a Justiça Restaurativa possui alguns paradigmas, conforme se vê a seguir:

A justiça restaurativa tem como paradigmas o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor, da comunidade afetada, com a colaboração de mediadores, a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes e a complementaridade em relação à estrutura burocrática oficial, com respeito aos princípios de ordem pública do Estado Democrático de Direito.

Como se pode perceber, a Justiça Restaurativa traduz um novo paradigma da Justiça Criminal na qual vítima, réu e comunidade se envolvem com o objetivo de buscar soluções para os conflitos que realize a reparação, a reconciliação e o reforço do sentimento de segurança.

Com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa há uma conseqüente redefinição da noção de crime, que deixa de ser concebido apenas como uma violação contra o Estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, passando a ser entendido também como um ato que traz conseqüências e danos às pessoas e às relações.

Assim, o escopo principal da Justiça Restaurativa passa a ser a correção das conseqüências acarretadas por ocasião de uma infração, de forma que proporcione a transformação da relação tradicional entre ofensor e vítima, entre ambos e a comunidade e entre estes três elementos e o sistema de justiça e de governo.

Desta feita, conclui-se que o objeto da Justiça Restaurativa não é o crime propriamente considerado, mas sim as conseqüências do crime e as relações sociais afetadas.

A Justiça Restaurativa tem o condão de reforçar a participação da comunidade que atua de duas formas: como destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e como ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das conseqüências do crime.

Sobre o tema, o Departamento de Justiça do Canadá²⁴ elaborou um documento referencial no qual define a justiça restaurativa como sendo uma abordagem do crime focada

²³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 1ª Ed., São Paulo: Método, 2008, p. 125.

em curar as relações e reparar o dano causado pelo crime aos indivíduos e às comunidades. No mesmo sentido, o governo inglês²⁵ também elaborou um documento estratégico na área, no qual destacou que a justiça restaurativa, mais do que proporcionar uma reparação material, pode reparar relações e a confiança que foram afetadas pelo crime.

Importante frisar ainda, como já havia sido mencionado anteriormente, que a Justiça Restaurativa não substitui o modelo punitivo atual. Tais modelos, punitivo e restaurativo devem coexistir e complementar-se, tendo em vista que em determinadas situações-limite será indispensável a aplicação do direito punitivo.

No entanto, a implementação da Justiça Restaurativa implica necessariamente a quebra do paradigma punitivo, já que este possui peculiaridades que se mostram incompatíveis com este novo modelo.

3.2 A Mediação Penal

3.2.1 *Conceito e Noções Essenciais*

Como visto no capítulo anterior, a mediação é uma técnica de resolução de conflitos na qual um terceiro imparcial, o mediador, auxilia as partes litigantes, por meio do diálogo, a compreender o motivo e a origem de um conflito, a confrontar os seus próprios pontos de vista e a encontrar uma solução, de forma que esta seja satisfatória para ambas as partes.

Na mediação penal a vítima e o autor do crime podem, desde que o consintam livremente, participar ativamente na resolução dos problemas que surgem com o cometimento de um ilícito penal através da ajuda de uma terceira parte imparcial, o mediador.

O conceito de mediação penal, entretanto, é diferente daquela noção de conciliação aplicável às medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95). Enquanto a conciliação tem como objetivos a obtenção do acordo e o desafogamento da máquina judiciária, que reduz e dificulta o relacionamento entre as partes, a mediação visa não somente a solução do conflito, mas oferece também uma possibilidade para a abertura de espaços comunitários, para construir um segmento do tecido social e

²⁴Resumo preparado pelo Federal-Provincial-Territorial Working Group on Restorative Justice. Disponível em <http://canada.justice.gc.ca>.

²⁵ TICKELL, Shari e AKESTER, Kate. **Restorative justice. The way ahead**. Londres, Justice, 2004, p.13

reconstruir o processo de regulação social de forma negociada. Assim, a lei 9.099/95 nada mais é do que outro instrumento burocrático e autoritário da administração de um sistema penal hipertrofiado.

A mediação, como elemento integrante da construção de um novo paradigma da justiça penal, possui a aptidão de alterar o comportamento dos integrantes do conflito e da sociedade em geral, pois a informalidade e a consensualidade permitem que os participantes adquiram um sentido mais claro de respeito e fortalecimento da sua capacidade intrínseca de relacionar-se com os problemas dos outros. O diálogo livre e mediado potencializa a capacidade relacional dos cidadãos, a qual é absolutamente abolida pela justiça penal tradicional, pois no processo penal a regra é o distanciamento, enquanto na mediação prevalece o encontro.

Essa técnica de solução de conflitos é aplicável em vários contextos, sendo necessária a busca de uma base própria para a mediação penal. Esta deve ser encarada como um elemento essencial do controle do crime, localizando-se entre a não-intervenção e a punição. Dessa forma, compreende-se que a intervenção estatal na seara criminal é imprescindível, mas deve ser entendida apenas como uma parte do sistema geral do controle social, agindo subsidiariamente, e tendo a presença de ambos os meios de controle (punição e mediação).

Importante salientar que a mediação não configura um instrumento do processo penal. Conforme ensina Sica²⁶ “a mediação penal não é um meio e sim um fim, uma atividade, cujo alcance pode resultar em uma solução que indique a desnecessidade de pena, afastando, assim, as necessidades materiais de acionamento da tutela penal repressiva”. Nesse sentido, costuma o referido autor conceituar a mediação penal como sendo:

[...] uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar á justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e da paz jurídica.²⁷

²⁶ SICA, Ob. Cit. Pg. 51.

²⁷ SICA, Ob. Cit. Pg.. 53.

Uma das características mais importantes da mediação penal é a sua autonomia com relação ao sistema de justiça criminal. Significa que o processo de mediação, mesmo relacionando-se com o sistema de justiça está fora do processo judiciário.

A mediação desenvolveu-se com o escopo de superar o instrumento processual como único meio para a resolução de conflitos, visando, de um lado, o desafogamento da máquina judiciária, e de outro, a criação de uma nova técnica de resolução de controvérsias. Não há na mediação, necessariamente, a participação de juiz ou de operadores da justiça, consistindo em uma atividade desenvolvida fora das salas de audiência com o condão de estabelecer uma comunicação entre as partes e permitir-lhes a decisão da questão por si mesmas, sem apontar quem está com a razão.

Entretanto, apesar da autonomia presente nessa técnica de solução de conflitos, no âmbito penal a mediação deve ser submetida ao controle jurisdicional em dois casos: na decisão de enviar o caso à mediação e na aceitação de seu resultado como forma de exclusão da intervenção penal. Dessa forma, é necessário que sejam estabelecidos parâmetros de regulação legal para que não se torne uma forma de privatização do conflito cuja gerência seria conferida ao Estado, mas, ao contrário disso, o controle jurisdicional preservaria o caráter público da demanda com o reconhecimento da intervenção direta das partes em sua solução, e, ainda, garantindo o envolvimento comunitário.

3.2.2 Etapas da Mediação Penal

A mediação penal desenvolve-se basicamente em quatro etapas. A primeira delas configura a fase do recebimento do caso, na qual uma autoridade (juiz, promotor, polícia) envia o caso para o ofício de mediação e este assume a responsabilidade pelo conflito. É a fase em que ocorre a tomada de competência sobre o caso e em que são coletadas e analisadas as informações relativas ao contexto em que se desenrolou o conflito.

A fase seguinte corresponde à preparação para a mediação, na qual os mediadores estabelecem contatos com as partes em conflito, adquirindo as informações ulteriores necessárias e o consentimento à participação. Em tal etapa o mediador fornece uma explicação direta às partes sobre o significado da mediação, programa as sessões, e fixa a estratégia a ser utilizada durante o processo.

A terceira etapa consiste na condução da mediação. Em tal fase o mediador fará considerações introdutórias, haverá narração da própria vivência pelas partes, serão identificados os pontos da questão e dos interesses das partes em conflito, serão formuladas diversas opções pra a reparação e conciliação, e, por fim, o alcance de um acordo formal, eventualmente rubricado pelas partes.

Por último tem-se a fase do monitoramento, na qual haverá considerações conclusivas da parte do mediador, valoração da conformidade da conduta restaurativa ao acordo de reparação rubricado pelas partes e a verificação do nível de insatisfação das partes.

Importante frisar que na mediação penal a vítima pode optar pela mediação direta ou indireta, já que a mesma, em alguns casos, teme em se encontrar com o ofensor pessoalmente. Na mediação indireta as sessões ocorrerão separadamente e o mediador se encarregará de conduzir as impressões e as pretensões de uma parte para a outra. Todavia, é preferível que a mediação ocorra pela forma direta, em que as partes se encontram e a elas é conferido um poder maior sobre o rumo do procedimento.

Na mediação direta encontramos ainda a possibilidade de o mediador conduzir a sessão de forma diretiva e não-diretiva. Na primeira, o mediador traça os pontos principais da discussão e há o encontro tem o objetivo de formulação de um acordo. Já na não-diretiva o mediador deixa uma margem aberta para a definição do conflito, possibilitando às partes a negociação de uma solução mais duradoura e adequada.

3.2.3 O elemento comunicativo-relacional na mediação penal

A comunicação direta entre as partes traduz umas das principais características da mediação, pois, diferentemente do que ocorre nos tribunais onde a linguagem jurídica se mostra tão complexa e tão formal que se torna quase impossível a sua compreensão pelo cidadão leigo, essa técnica de resolução de conflitos aborda o delito baseado no diálogo entre as partes, o que possibilita a troca de perspectivas diversas sobre o fato e desperta nos indivíduos a busca por uma resolução pacífica de conflitos relacionados à prática do crime.

Em relação à existência de falha de comunicação na justiça penal, Sica²⁸ leciona no sentido de que:

²⁸ SICA, Ob. Cit. Pg. 61.

[...] a comunicação nas varas criminais não permite a menor expressão das emoções das partes, mesmo aquelas derivadas do ato sob julgamento; não se preocupa em colher e estabilizar as expectativas dos jurisdicionados em relação à justiça e, muito menos, preocupa-se em transmitir qualquer compreensão acerca do valor da norma violada ou questionada.

Dentre as conseqüências trazidas por tal déficit de comunicação tem-se a diminuição da influência das partes no desenrolar do processo. Isso ocorre devido à redução das oportunidades das partes se comunicarem livremente e à dificuldade na compreensão normativa.

A falha de comunicação existente na justiça penal se manifesta de duas formas: entre o sistema de justiça e os cidadãos; e entre as partes envolvidas num determinado conflito submetido à justiça penal (ofensor e vítima).

É visível a barreira existente no diálogo entre as partes. De um lado o Ministério Público suprime a atuação da vítima. De outro, o acusado se encontra tolhido pela ameaça da imposição de pena, o que acaba reduzindo a sua atuação no processo a simples negação do ato típico ou de sua justificação.

Observa-se, ainda, a falha de comunicação na justiça penal ao relacionar o elemento comunicativo com a finalidade preventiva atribuída ao direito penal. A prevenção geral positiva preconiza a reafirmação da validade das normas pela atuação da justiça penal, pressupondo que os destinatários dessa atividade compreendam suas decisões, pois o valor da norma reafirma-se da cominação da pena à sua aplicação, a qual se concretiza por meio das decisões judiciais. Para que tal proposição seja válida é necessário que os destinatários compreendam o conteúdo e a forma da decisão judicial. Se não há compreensão da decisão, certamente ela não poderá cumprir a função de transmitir o valor da norma.

A mediação penal transparece a exigibilidade de que seja reconhecida uma ética de comunicação que confira legitimidade e validade à norma, aduzindo que a sociedade não necessita apenas de normas reafirmadas pela sanção. Tal validade da norma não se estabelece apenas sobre sua sanção ou seu poder, mas também sobre o consenso dos interessados que é atingido com um debate racional e com a força da razão plausível. Assim, a mediação conduz as partes a uma interpretação comum do fato, diferente da interpretação crime-castigo.

Do ponto de vista relacional, a mediação considera o crime como uma ruptura de relações, mesmo nos casos em que as partes não se conheçam, pois reconhece a existência de uma relação em razão do pacto de cidadania, que faz parte das normas que regulam o comportamento social. Dessa forma, o crime é considerado uma ofensa contra o Estado e suas leis apenas de forma subsidiária.

Nesse sentido, Zommer Sica²⁹ considera a mediação como sendo “a superação da visão do crime como um ato isolado e abstrato praticado por um sujeito desviado e o início de sua leitura como uma extensão de complexas vivências de relacionamento”.

Ainda sobre o aspecto relacional, afirma Sica³⁰ que:

A leitura relacional do comportamento criminoso propõe que este seja visto, primariamente, como um conflito que provoca a ruptura de expectativas sociais compartilhadas, razão pela qual, o objetivo da justiça penal deixa de ser a punição e a expiação e passa a ser a ripristinação da harmonia e a estabilização daquelas expectativas rompidas, as quais podem ser produzidas mais sob a forma de conciliação e reparação e menos sob a forma de castigo.

Assim, a mediação, diferentemente do que ocorre com o sistema punitivo, possibilita uma negociação abrangendo uma reparação-conciliação, funcionando como um mecanismo essencial para o restabelecimento das relações de reciprocidade e de reconhecimento mútuo, e como um meio de equilíbrio das relações rompidas pela prática de um crime.

Tal reconhecimento mútuo enfatiza um acentuado efeito preventivo-geral de dimensões muito maiores do que o efeito da ameaça da pena que, numa sociedade complexa, só pode ser atingido através de um esforço comunicativo que se desenvolva num ambiente livre de coerções e ameaças, o que não se vislumbra no âmbito do processo penal.

3.2.4 Fundamentos da Mediação Penal

3.2.4.1 Ampliação dos espaços democráticos

Muitos autores costumam estudar a democracia e o sistema punitivo sem abordar a relação entre eles, como se estivessem situados em dimensões distintas e desconexas. Tal fato surpreende, pois a democracia deliberativa possui inúmeros motivos para considerar a

²⁹ ZOMMER SICA, Ana Paula. **Participação cidadã na administração da justiça**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 117.

³⁰SICA, Ob. Cit. Pg. 64.

questão da punição, como, por exemplo, em relação às elevadas taxas de encarceramento e a tendência crescente da utilização de medidas penais como método para resolver uma variedade ampla de problemas sociais. Há diversas afinidades não exploradas entre a democracia e a teoria penal, principalmente no que tange ao significado da punição e da justificação de suas práticas.

Um regime democrático caracteriza-se por permitir a participação de um número muito elevado de membros da sociedade nas decisões coletivas, com a existência de regras claras que regulem essa deliberação e de alternativas reais que proporcionem aos indivíduos a deliberação entre elas. Dessa forma, a eleição de parlamentares que definirão os crimes e as penas caracteriza uma forma bastante limitada de democratizar um assunto de evidente interesse coletivo: a gestão pública da questão criminal.

A democracia constitui também um mecanismo que eleva a probabilidade de obtenção de decisões razoáveis quanto à interpretação e aplicação da lei, pois permite aos indivíduos diretamente afetados pela norma participar das discussões nas quais a sua validade é determinada, o que permite que as decisões sejam baseadas em informações mais relevantes.

Logo, observa-se que a democracia proporciona a manutenção e a constante ampliação dos espaços de deliberação e participação no que se refere à decisão e gestão dos assuntos públicos relevantes para a convivência comunitária.

Não existindo a participação efetiva do povo, mesmo que seja na atuação dos representados, não haverá mais do que uma sensação de representação, a qual, então, pode se tornar real através das diversas formas de mediação que se desenvolvem no cotidiano de uma nação, pois estas contêm as formas de diálogo, negociação e conciliação que permitem ao povo afirmar sua liberdade, participando não só do sistema político-eleitoral, mas também do poder e das decisões do Estado.

Atualmente verifica-se no cenário nacional uma transação da afirmação da democracia do seu lugar tradicional, o Estado, responsável pela garantia do bem estar social, para os tribunais, que é o local para onde são levadas as reivindicações e problemas da sociedade. Dessa forma, ao submeter um caso à justiça, as pessoas envolvidas num conflito passam a se sentir parte da comunidade, o que não ocorre em outras esferas políticas.

Desta feita, pode-se afirmar a existência de uma intensa relação entre a democracia e a justiça penal. Tal relação evidencia-se a partir de dois aspectos: o primeiro é o

da justiça como nova cena de democracia e como lugar de sua exigibilidade; e o segundo, o do sistema de justiça como principal obstáculo à expansão da democracia brasileira.

Sobre o segundo aspecto observa-se que o sistema penal acaba por limitar a atuação da democracia à denominada “moral da obediência política” compreendida como a criação da lei pelo sistema político, que criminaliza uma conduta e decide a pena mínima e máxima, e a interpretação e aplicação da pena pelos tribunais dentro dos limites rígidos e pré-ordenados, com pouca autonomia para reduzi-la e nenhuma para dela prescindir.

Assim, observa-se que o sistema de justiça penal vigente mostra-se insuficiente à atuação da democracia, sendo necessária a aplicação de um modelo mais adequado, como a mediação, que proporciona a participação dos cidadãos na gestão dos conflitos que surgem do crime e considera suas deliberações de modo a influenciar a administração da justiça no caso concreto.

Sobre o assunto ensina Martin³¹ que um dos benefícios da mediação penal é a aproximação entre a justiça e a população, ao afirmar que:

[...] a mediação traduz uma justiça horizontal e não vertical, oferece elementos restaurativos, o que leva a que os cidadãos participem da justiça. A mediação é diálogo, é comunicação e, como J.F. Six disse, é uma arte de compromisso. Se usarmos a mediação em qualquer área da nossa vida, seremos mais responsáveis e melhoraremos a democracia.

Por fim, conclui-se que sendo a mediação a atividade que melhor realiza os princípios da Justiça Restaurativa, há uma maior probabilidade de sua atuação assegurar a continuidade democrática e integrar a cidadania brasileira, de forma a preencher o vazio democrático criado pelo atual sistema de justiça.

³¹ MARTIN, Ana Noguera. **A experiência catalã. Projecto Dikê. Seminário Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa**. Lisboa, APAV, 2003, p.69. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 20/10/08.

3.2.4.2 Reconstrução do sistema de regulação social

Juntamente com a ampliação dos espaços democráticos, a reconstrução do sistema de regulação social traduz um dos principais fundamentos para a escolha da mediação penal como método capaz de fundar um novo paradigma de justiça e não apenas representar mais uma técnica de resolução de conflitos ou um instrumento de desafogamento do Judiciário.

A crise do sistema de regulação social tem base na dificuldade de adaptação do sistema formal de justiça às mudanças vivenciadas pelo mundo nos últimos tempos. Nesse contexto, a mediação surge com o intuito de acompanhar as transformações mais recentes no direito em geral e conter a expansão do direito penal na sua vertente repressiva.

A evolução do processo de reconstrução do modelo de regulação social indica que o momento é de transição de um modelo repressivo para um modelo mais consensual de gestão dos conflitos, de uma modalidade conflitual e sancionatória para uma modalidade consensual e restaurativa.

Tal transição pode ser percorrida com a mediação, desde que valorizada em seu aspecto comunicativo-relacional, o qual tem como objetivo estreitar as relações entre os indivíduos e entre estes e o ordenamento jurídico, e, além disso, restituir às partes o poder de gerir os próprios conflitos. Nesse sentido, o diálogo, sem dúvida, é a melhor maneira de exercitar a capacidade relacional dos indivíduos.

Observa-se que o objetivo da mediação penal não se resume à resolução de determinadas controvérsias. A redefinição da legitimidade do poder de regular os conflitos é o escopo principal da mediação. Assim, além da preocupação com o mau funcionamento dos tribunais, a mediação deve ocupar-se também da reparação da crise no sistema de regulação social.

4 EXPERIÊNCIAS E MODELOS DE MEDIAÇÃO PENAL E PROPOSTA DE REGULAÇÃO LEGAL NO BRASIL

O elevado número de métodos abrangidos pela justiça restaurativa demonstra a indispensabilidade de controle público na gestão dos crimes, tendo em vista que o êxito dos programas restaurativos necessita da existência de linhas de orientação nacionais, com o intuito de que seja estabelecida uniformidade das condutas adotadas para evitar a divergência de tratamentos em situações semelhantes.

Dessa forma, o Estado como administrador da justiça penal tem como principal função, além de desenvolver padrões nacionais que assegurem o tratamento igualitário entre ofensores e vítimas, o de estabelecer critérios que tratem do envio do caso para o ofício de mediação, e o estabelecimento de regras para recepcionar o resultado da mediação no ordenamento jurídico.

Vejamos a seguir experiências e marcos jurídicos de referência de Justiça Restaurativa e Mediação Penal e uma proposta de regulação legal no Brasil.

4.1 Experiências e modelos de justiça restaurativa e mediação penal

4.1.1 Nova Zelândia: precursora na utilização de métodos restaurativos

A Nova Zelândia é considerada a pioneira na implementação de práticas restaurativas. Tal pioneirismo se deve principalmente ao apelo da população maori pela aplicação de métodos menos invasivos no trato de adolescentes infratores de maneira que não houvesse o afastamento dos jovens de sua comunidade, tendo em vista a elevada taxa de encarceramento desse povo.

Visando conciliar o sistema de justiça da infância e da juventude com as tradições culturais do povo maori, foi editado, em 1989, um programa pelo qual a família passou a ter um papel fundamental na escolha quanto aos resultados advindos da prática infracional pelos jovens.

Por meio desse programa, a autoridade policial possui quatro alternativas ao apreender um jovem infrator: a primeira delas é a advertência oral ou escrita; a segunda, denominada encaminhamento alternativo, ocorre quando o policial do Departamento de

auxílio à juventude estabelece comunicação com o jovem e sua família com o escopo de encontrar uma solução para o crime cometido; a terceira opção é a reunião organizada por membro do Departamento de Bem-Estar Social que atua como facilitador, da qual participa o jovem infrator, a vítima, a família de ambas as partes e um representante da polícia; a última alternativa refere-se ao encaminhamento do caso ao Tribunal, o qual pode decidir entre submeter o caso a julgamento ou realizar a reunião descrita na terceira opção, com a ressalva de que neste caso poderá estar presentes um advogado nomeado pelo juízo e assistentes sociais.

A implementação desse programa tem como pretensões o emprego de alternativas ao procedimento criminal; a consideração da idade como atenuante da responsabilidade; a preferência por sanções, quando possível, não restritivas da liberdade; a utilização de medidas que fortaleçam ou, ao menos, não comprometam os laços familiares ou comunitários dos jovens infratores; e o acolhimento dos interesses da vítima.

Por meio dessa medida, observou-se que a necessidade de garantir ao jovem a sua participação na tomada de decisões e a possível reparação do dano para impedir que o mesmo venha a praticar novos atos infracionais.

Tal experiência impulsionou o estabelecimento de práticas restaurativas no sistema de justiça adulto, de modo que até o ano de 2005 havia 19 programas de justiça restaurativa para adultos na Nova Zelândia, no qual o mais importante é o Projeto Piloto de Conferências Restaurativas por Encaminhamento Judicial, por meio do qual o magistrado encaminha a realização de conferências restaurativas, sendo indispensável a presença da vítima, nos casos em que o acusado admite a autoria de crimes contra a propriedade cuja pena não ultrapasse dois anos, ou de infrações cujas penas variem de um a sete anos. Sendo realizada a conferência, é enviado relatório ao juiz para que o mesmo decida por considerar ou não o resultado do encontro ao proferir sua sentença.

4.1.2 Austrália e Canadá: práticas restaurativas em desenvolvimento

O Canadá é o país onde ocorreram as primeiras experiências de métodos restaurativos. A mediação entre vítima e ofensor que aconteceu na cidade de Kitchener, na província de Ontário, no ano de 1974, é tida como antecedente da justiça restaurativa. Zehr³²,

³² ZEHR, H. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottsdale, Herald, 1995, pp. 158-159

conta a história que dois jovens foram condenados pela depredação de algumas propriedades na região e que, ao ter notícia do fato, um grupo ligado à corrente cristã menonita, que, à época, discutia alternativas à prisão, sugeriu ao juiz que fosse realizado um encontro entre os jovens e as vítimas. O juiz concordou com a sugestão, tendo resultado do encontro a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

A partir daí foram implementados no Canadá diversos programas amparados em princípios restaurativos.

Os programas existentes observam três modalidades básicas. A primeira é a mediação entre ofensor e vítima com a participação de um terceiro facilitador. A segunda modalidade é a Conferência de Grupo Familiar, na qual há a participação da família do ofensor. Por fim, a terceira modalidade, inspirada em práticas aborígenes, tem a participação da vítima, do ofensor, da família, da comunidade, de policiais e advogados, que aconselham o juiz a adotar medida que trata de cerimônia com o objetivo de preservar o aspecto emocional do conflito, sendo estas equiparadas a consultas realizadas para a concessão do livramento condicional, com a diferença que são realizadas na comunidade, de modo a facilitar a reintegração do ofensor.

Importante frisar que a justiça restaurativa, nesse país, não é considerada como um substituto do sistema de justiça tradicional, mas sim como uma opção de resposta aos crimes que pode ser utilizada a depender do caso concreto.

Uma reforma ao Código Criminal do Canadá ocorrida em 1996 inseriu, dentre os objetivos da pena, duas novas metas baseadas em princípios restaurativos por meio dos dispositivos 718 “e” e “f”, que se referem às reparações por danos sofridos pela vítima ou pela comunidade e a promoção de um senso de responsabilidade nos acusados, tendo em vista o reconhecimento pelos mesmos dos danos causados às vítimas e à comunidade.

Em relação à implementação de métodos restaurativos na Austrália, pode-se afirmar que a mesma, com base na experiência neozelandesa, optou por executá-los principalmente no âmbito juvenil, existindo programas dessa espécie espalhados por todas as regiões do país.

Na região de Novas Gales do Sul, por exemplo, foi criado um programa em 1997 com base no qual foram regulamentadas as sanções aplicáveis a jovens infratores, de modo que estas foram dispostas em uma hierarquia de opções que passou a incluir conferências restaurativas.

Em tais conferências restaurativas participam, além do jovem infrator, a sua família, o advogado, policiais, a vítima e seus apoiadores. Nesse método de resolução de conflito, a vítima pode optar por comparecer ou não à conferência, podendo, nesse último caso, enviar representantes. Estando presente, ela possui o poder de veto sobre a solução deliberada.

O encaminhamento dos casos sujeitos a conferências restaurativas é realizado pela polícia e, em raríssimas vezes, pela corte, nos casos em que o magistrado inclui a realização da conferência entre as disposições constantes da sentença.

Dentre os requisitos necessários para que haja o encaminhamento encontram-se a exigência do infrator ter entre 10 e 17 anos, e o cometimento de infração sujeita a procedimento sumário, entre as quais estão o roubo, o furto, o dano e as condutas desordeiras. Ofensas sexuais, que tenham resultado morte ou que sejam relacionadas a drogas, são excluídas.

Tal encaminhamento do caso é realizado pela polícia e recebido pelo administrador da conferência, que nomeará um facilitador.

Pode-se mencionar aqui também o exemplo do Território da Capital Australiana, no qual a polícia federal realiza conferências desde 1994 em que estão presentes, necessariamente, um policial, um facilitador e, pelo menos, quatro apoiadores do jovem.

Importante salientar que essas conferências não podem ser realizadas nos casos de ofensas violentas, de índole sexual ou doméstica ou nos casos de infração em que o motorista dirige embriagado.

4.1.3 Experiências de Práticas Restaurativas na Itália, Alemanha e França

Mesmo diante da dificuldade da implementação de programas de mediação penal na Itália, devido à previsão do princípio da obrigatoriedade da ação penal no artigo 112 da Constituição italiana, foram implementadas, desde a metade da década de noventa, experiências de mediação penal no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, em face da existência de dispositivos legais na legislação de menores que viabilizam a aplicação de soluções alternativas.

As práticas restaurativas exercidas por meio da mediação foram realizadas na Itália primeiramente em Turim e Bari, que serviram de incentivo para outras iniciativas como, por exemplo, a realizada em Milão.

Em 1998 começa a funcionar o Escritório para a Mediação de Milão, que atua juntamente com o Tribunal de Menores de Milão. A mediação, aqui, pode ser realizada antes ou depois do início do processo de apuração da infração. Mesmo quando iniciada antes do processo, é fundamental a prévia confirmação da responsabilidade do acusado.

No que diz respeito à mediação ocorrida antes do início do processo, ainda na fase de investigação, há três preceitos legais que autorizam o seu desencadeamento. O primeiro é o artigo 9 do d.p.r. 448/88, que possibilita ao juiz, após a reunião de dados acerca da relevância social do crime cometido e da personalidade do jovem infrator, com o escopo de tomar ciência do seu grau de responsabilidade, valer-se, ainda que informalmente, do parecer de especialistas. Nesse caso, o juiz pode requerer do Escritório para a Mediação uma avaliação sobre a possibilidade de mediação naquele caso concreto.

O segundo dispositivo é o artigo 27 do d.p.r. 448/88, que prevê que ao se tratar de um fato insignificante e de um comportamento irrelevante do acusado, o Ministério público pode requerer uma sentença de arquivamento, se considerar que o processo pode prejudicar seu desenvolvimento educacional. A mediação pode ser utilizada neste caso quando requerida pelo Ministério Público.

O terceiro e último dispositivo é o artigo 584 do Código de Processo Penal italiano, que permite ao Ministério Público a tentativa de conciliação entre as partes nos crimes de ação penal privada.

Tendo sido iniciado o processo, a mediação pode ocorrer por força do estabelecido no artigo 28 do d.p.r. 488/88, que prevê a suspensão do processo, a qual pode vir juntamente com uma prescrição do juiz para a reparação do dano ou para a conciliação do menor com o ofendido.

Antes de iniciado o procedimento de mediação é necessário que o magistrado colete o consentimento do acusado e de seus pais no interrogatório ou na audiência e, se possível, também da vítima, encaminhando o caso ao Escritório para a Mediação. Em seguida o mediador faz um primeiro contato com as partes, para constatar a viabilidade da mediação e para explicar às partes no que ela consiste, devendo ainda esclarecer que a mediação não gera efeitos obrigatórios sobre o processo. Uma vez ocorrida a mediação é encaminhado ao juiz

um parecer bastante sintetizado, devido ao caráter confidencial da mediação, com uma breve indicação acerca do resultado. Poderá haver encontros preliminares antes da data marcada para a ocorrência da mediação.

Para participar dessa técnica de solução de conflitos é necessário o preenchimento de alguns requisitos, tais como, a exigência de que o jovem infrator tenha, preferivelmente, entre 16 e 18 anos; e que a vítima tenha menos de 14 anos. Conforme afirma Ceretti³³, os jovens reincidentes e aqueles dependentes de substâncias entorpecentes ou acometidos de doença mental estão excluídos da mediação.

Vale frisar que a mediação pode repercutir no processo por meio do arquivamento por irrelevância do fato e pelo perdão judicial.

Por fim, para que a mediação tenha êxito é necessária não só a reparação material, mas também a simbólica, que é responsável pela reconstrução positiva da relação entre as partes.

As práticas restaurativas começaram a se desenvolver na Alemanha no início da década de oitenta, a partir do surgimento da concepção de incorporação de métodos de conciliação entre ofensor e vítima na resolução de conflitos penais, na justiça criminal, e infracionais, na justiça da infância e da juventude.

Ocorreram diversas etapas durante esse desenvolvimento. A primeira delas voltou-se fundamentalmente à criação de instruções acerca da conciliação vítima-ofensor. Em seguida veio a fase na qual tiveram início os primeiros projetos-piloto de implementação dessa nova técnica de resolução dos conflitos.

Diante dessas primeiras iniciativas, foram realizadas algumas alterações legislativas com o intuito de dar um maior suporte à conciliação entre vítima e ofensor no ordenamento jurídico alemão, de maneira a conferir-lhes efeitos jurídico-penais.

Dentre as modificações ocorridas, a dos §§ 153 e 153a da Lei Processual Penal, em 1993, foi uma das mais importantes. O primeiro dispositivo relaciona-se à permissão que o Ministério Público possui para não proceder à persecução penal nos casos em que o delito seja punido com pena mínima inferior a um ano ou multa, a culpabilidade do autor for ínfima e não exista interesse público na persecução. Já o segundo dispositivo autoriza o Ministério

³³ CERETTI, Adolfo. *Come pensa Il Tribunale per i Minorenni*. Milão. FrancoAngeli, 1996, p.107.

Público a deixar de oferecer denúncia, com o consentimento do acusado, impondo a ele algumas condições, dentre as quais se encontra a reparação dos danos causados pelo fato.

Na França, diferentemente do que ocorreu na Alemanha, as práticas restaurativas tiveram início de maneira formal. Surgiram na década de oitenta, em algumas cidades francesas, programas de mediação penal com o escopo de possibilitar uma maior atuação da justiça em determinadas cidades onde se registravam um grande número de conflitos.

Com a grande aderência a esse novo método de solução de controvérsias, a mediação penal passou a ser regulamentada. De início, em 1992, ela foi prevista em uma circular, e, posteriormente, consagrada na lei 93-2 de 1993, cujo artigo 41 possibilita aos procuradores da república recorrer à mediação penal nas hipóteses em que ela for o mecanismo apropriado para reparar o dano, amenizar a relação conflituosa e auxiliar na reinserção social do ofensor.

Os casos mais comumente submetidos à mediação penal na França são a violência física, os conflitos de família, o dano, a violência moral, o furto, o estelionato, a apropriação indébita e os crimes de falso.

Vale frisar que tal método é cabível também nos casos em que o conflito envolva réu primário que possua algum vínculo prévio com a vítima.

Nesse país há duas modalidades de mediação penal: a delegada e a retida. Na primeira, os casos são encaminhados pelo procurador às entidades paralegais, principalmente as que são voltadas à proteção das vítimas. Nesse tipo de mediação dá-se ênfase à reparação do dano. Na mediação retida, por seu turno, os casos são tratados por órgãos especializados que integram o próprio Poder Judiciário, como, por exemplo, as Casas de Justiça e do Direito, que oferecem uma série de serviços jurídicos facilitando o acesso à justiça, valendo-se da mediação penal como método para solucionar pequenos delitos, principalmente crimes contra o patrimônio. Os mediadores são em geral operadores do direito aposentados, remunerados a cada caso que participam.

Desta feita, inúmeros conflitos são solucionados por ano na França por meio da mediação penal, todas com o objetivo de assegurar o ressarcimento do dano causado à vítima, pôr fim ao tumulto causado nas relações devido à prática do crime e contribuir para a reabilitação do autor dos fatos.

4.1.4 Regulamentação legal da Mediação Penal em Portugal

Em Portugal a utilização da mediação para resolver extrajudicialmente conflitos de índole penal já é permitida, nos termos da lei n.º 21/2007 de 12 de junho.

Por meio dessa lei, sujeitam-se à mediação penal os crimes semi-públicos contra as pessoas e contra o patrimônio, e os crimes particulares, desde que puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da pena de prisão. Ficam excluídos os crimes contra liberdade ou autodeterminação sexual e os crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influência. Essa técnica de solução de conflitos não é aplicada, também, nos casos em que o ofendido for menor de 16 anos e quando for cabível processo sumário ou sumaríssimo.

Dentre os crimes sujeitos à mediação penal encontram-se a difamação, a injúria, a ofensa à integridade física simples, o furto, o dano e a burla.

Conforme disposto no artigo 3º, 1 e 2, o Ministério público designará um mediador em dois casos: durante o inquérito, se houver indícios de se ter verificado crime e de que o argüido foi seu agente e se entender que a mediação pode responder às exigências de prevenção; ou, por solicitação do ofendido.

Em ambos os casos, tendo sido o processo remetido a um mediador, ele entrará em contato com a vítima e o ofensor, esclarecendo-os sobre o que se trata a mediação penal.

Tal técnica de solução de conflito necessita do consentimento expresso das partes para ocorrer. Se vítima e ofensor aceitarem, iniciam-se as sessões para a obtenção do acordo. Do contrário, não havendo aceitação, o processo segue pela via judicial.

O conteúdo do acordo realizado entre as partes é livremente decidido por elas, exceto no que diz respeito à inclusão de sanções privativas de liberdade e deveres que ofendam a dignidade do acusado ou que se estendam por mais de seis meses. Dentre os acordos possíveis encontram-se, por exemplo, o pedido de desculpas, o pagamento de uma quantia em dinheiro e a reparação de um bem danificado.

Depois de efetivado o acordo pelas partes com o auxílio do mediador, ele será verificado pelo Ministério Público para efeitos de homologação da desistência da queixa. Caso não seja cumprido, o ofendido poderá renovar a sua queixa. Não sendo alcançado um acordo o processo segue pela via judicial.

A mediação penal possui um limite temporal de três meses, podendo este prazo ser prorrogado pelo Ministério Público por mais dois meses. Decorrido esse período se tempo sem que tenha sido possível a obtenção de um acordo, o processo penal seguirá seus termos. Vale ressaltar que as partes podem, a qualquer tempo, pôr fim à mediação.

Poderá ser mediador, em terras lusitanas, quem tiver o nome inscrito em uma lista utilizada pelo Ministério Público para designar o mediador do processo. Poderão inscrever-se nessa lista pessoas que tenham mais de 25 anos, que estejam no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, que possua licenciatura ou experiências profissionais adequadas, e que estejam habilitados com um curso de formação em mediação penal adequado.

4.1.5 Implementação de métodos restaurativos na América Latina.

A maioria dos países da América Latina possui técnicas de resolução de conflitos bem regulamentadas, como a mediação, a arbitragem e a conciliação, no que se refere, principalmente, às áreas trabalhista, comercial e cível.

Todavia, no âmbito penal a regulação dessas práticas se mostra bastante escassa, restringindo-se o uso desses mecanismos, na maioria das vezes, aos conflitos que versem sobre direitos disponíveis. Vejamos a seguir exemplos de práticas restaurativas existentes em alguns países da América Latina.

Na Argentina, por exemplo, não existe previsão legal acerca da utilização de métodos alternativos de solução de conflitos na área criminal. Todavia, em 1998, foi realizado um projeto piloto de Justiça Restaurativa denominado “Proyecto RAC”. Tal projeto foi desenvolvido pela Faculdade de Direito de Buenos Aires em parceria com o Ministério Nacional de Justiça, e tem o escopo de averiguar a complexidade do delito para, a partir daí, definir qual técnica de solução de conflito será adotada.

Dessa forma, ao ser o crime notificado, a equipe entra em contato com as partes envolvidas e, se as partes tiverem disposição para a comunicação e abertura para a efetivação de um acordo econômico, a mediação estimulada por um terceiro imparcial.

Na Nicarágua, por sua vez, a realização da mediação penal é comum nos juízos sumários, que são encarregados do processamento de delitos cuja condenação não ultrapasse três anos. Já nos juízos ordinários ela costuma ocorrer nos casos em que infrator e vítima a requerem através de seus representantes.

No Uruguai, na cidade de Montevideu, funcionam alguns tribunais de mediação que cuidam da resolução de conflitos em matéria civil e contravencional. Entretanto, o Código Geral de Processo uruguaio só prever a mediação penal para o delito de injúria.

4.2 Proposta de Regulação Legal da Mediação Penal no Brasil

Resta, neste momento, identificar os espaços normativos para a mediação penal no Brasil. Conforme visto neste trabalho, as práticas de Justiça Restaurativa e a atividade da mediação não necessitam, *a priori*, de previsão legal específica para serem utilizadas no âmbito penal. Nesses casos, são exigidos somente dispositivos legais que admitam medidas como a reparação-conciliação ou soluções consensuais, desviando a aplicação de penas ou atenuando-as.

Essa harmonização entre o ordenamento jurídico e as práticas restaurativas são fundamentais para a caracterização do paradigma de justiça tratado no presente trabalho. De início, esse ajustamento deve ser utilizado para tornar viável programas experimentais com o objetivo de pôr à prova a funcionalidade da mediação no contexto nacional para posteriormente poder ser legislada a matéria.

Com a legislação do assunto, será possível uma melhor interpretação acerca das peculiaridades da mediação em face da justiça penal, passando a existir respostas para as questões surgidas dos conflitos dos primeiros projetos com o sistema de justiça e, principalmente, com a atitude dos operadores.

A solução de conflitos por meio da mediação penal se mostra conveniente nos casos de crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada, pois em ambos os casos a manifestação de vontade da vítima é suficiente para afastar a intervenção penal, estabelecendo a possibilidade da mediação ser incluída entre uma das alternativas oferecidas às partes para conciliar-se ou discutir a reparação do dano.

As leis 9.099/95 e 10.259/01 definiram as denominadas infrações de menor potencial ofensivo, que são aquelas nas quais a pena máxima não ultrapassa 2 anos. Essas infrações oferecem um campo vasto para o desenvolvimento inicial da mediação penal, haja vista que em nossa sociedade há uma aceitação da solução consensual nesse tipo de conflito.

Entretanto, embora possuam natureza jurídica semelhante, a transação penal e a conciliação previstas na Lei 9.099/95 não podem ser incluídas nos conceitos de justiça

restaurativa e mediação, pois elas foram geradas com objetivos diferentes da mediação penal, visando apenas a obtenção de um resultado mais célere na solução dos conflitos e servir como instrumento mais brando de punição.

A transação penal nada mais é do que uma forma abreviada de aplicar a pena sem a exigência de verificação da culpabilidade e sem qualquer contrapartida de integração social e participação da vítima. Uma vez havendo frustração na conciliação entre as partes, a transação é aplicada automaticamente nos casos em que for cabível. Tendo o juiz recebido o Termo Circunstanciado contendo a notitia criminis, ele marcará uma audiência preliminar na qual o Ministério Público indicará uma determinada pena restritiva de direitos ou multa como punição ao ofensor que, aceitando-a e cumprindo-a, dará ensejo ao arquivamento do feito.

Assim, a transação penal é um instituto que contraria o caráter consensual conferido aos juizados especiais, pois nela não há qualquer discussão acerca da reparação do dano e a vítima, embora trazida para o juizado especial, não tem direito a se manifestar, o que revela a inexistência de um ideal reparador e a impossibilidade de negociação e interpretação das normas a partir do marco do conflito.

Com mais de dez anos de vigência, os juizados especiais criminais contribuíram muito pouco para a modificação do modelo de justiça penal existente, não tendo proporcionado nenhum tipo de progresso nas resoluções de conflitos. Além disso, não exibiram resultados significativos quanto à celeridade dos processos e, conseqüentemente, ao desafogamento do Judiciário.

Deste feita, apesar das críticas feitas à atuação dos Juizados Especiais Criminais, a lei nº 9.099 recepciona a mediação penal, principalmente no disposto no conteúdo do seu artigo 89, em que a suspensão condicional do processo permite a solução consensual em crimes cuja pena mínima é de 1 ano, prevendo, ainda, em seu parágrafo primeiro, a reparação do dano como condição do acordo, cujo cumprimento resulta na extinção da punibilidade.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

[...]

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

Na maioria dos crimes a suspensão condicional é empregada em sua forma simples. Dessa forma, tendo em vista a ampliação das possibilidades jurídicas para a mediação e a busca de uma solução consensual, é conveniente interpretar a ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo trazida pela lei 10.259/01 com base nos princípios da isonomia e igualdade, de forma que seja possível o emprego da suspensão condicional do processo para crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois anos.

No restante de nossa legislação há poucos espaços normativos para a técnica de solução de conflitos em comento. O perdão judicial, previsto no artigo 20 do Código Penal brasileiro, por exemplo, poderia proporcionar uma intensa ligação entre o modelo punitivo e a mediação. No entanto, as hipóteses positivadas restringem-se aos casos de homicídio e lesão corporal culposos (artigos 121, parágrafo 5º e 129, parágrafo 8º) e de delação premiada, havendo a necessidade da criação de novos casos de perdão judicial, para que possa haver mediação envolvendo crimes de maior gravidade e que exijam uma resposta mais formal.

A lei de crimes contra o meio ambiente, nº 9.605/98, também facilita a entrada da mediação penal em nosso sistema penal, pois contém diversos dispositivos que priorizam a reparação do dano. Nesses casos a mediação poderá ocorrer através do diálogo realizado entre ofensor, Ministério Público, órgãos ambientais e entidades não governamentais que representem as comunidades e tenham interesse e habilidade para discutir uma maneira de encarar os efeitos de um dano ambiental.

No ordenamento jurídico brasileiro existem espaços normativos suficientes para viabilizar a adoção da mediação penal, tendo em vista a grande quantidade de crimes compreendidos pelo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo e pela suspensão condicional do processo, embora o primeiro abranja diversas condutas penalmente irrelevantes.

Não se pode, todavia, limitar as possibilidades de mediação no âmbito penal à quantidade de pena abstrata cominada. Se assim fosse, esse método seria considerado apenas como uma reação penal substitutiva à punição. Outrossim, a quantidade de pena não é adequada para estabelecer a solução mais viável para os conflitos.

Grande parte dos programas de Justiça Restaurativa trata dos crimes patrimoniais e de menor gravidade, seja pela maior possibilidade de reparação do dano no primeiro, seja pelo descaso do Poder Judiciário pelo segundo. O certo é que, ainda que a mediação se

limitasse a atuar apenas na esfera dessas duas classes de crime, já seria um grande passo, já que a maioria dos crimes cometidos envolve delitos contra o patrimônio, como o roubo e o furto.

A mediação penal vem sendo testada e obtendo resultados positivos também nos crimes sexuais, de trânsito e violência doméstica.

A utilização de práticas restaurativas para tratar de delitos que envolvam violência não resulta em uma sensação de injustiça, impunidade ou de debilidade da reação penal pela população. Vários países já vêm aplicando essas medidas nesses tipos de crime e alcançando resultados otimistas.

A atuação da mediação também é indicada em regiões nas quais existam conflitos de vizinhança e que haja necessidade de regulação social para estabilizar as relações e a convivência entre os moradores a partir dos códigos de comunicação próprios da comunidade. Esses lugares têm sido objeto de diversas iniciativas de justiça restaurativa ou comunitária, dentre as quais se incluem os centros de mediação.

Como afirmado anteriormente, a celeridade e a obtenção do acordo não são finalidades precípuas da mediação. O seu principal escopo é estabelecer um vínculo comunicativo através do diálogo para a superação do conflito e a busca de uma solução consensual.

Para ser feita uma proposta de regulação legal se faz necessário enumerar os critérios de envio do caso para a mediação, as formas jurídicas para recepção da mediação pela justiça penal, e a definição de um modelo organizativo implementável. Vejamos a seguir esses principais aspectos.

A definição dos critérios de envio ou delegação de um caso para a mediação é essencial, possibilitando a organização e a transparência de suas atividades. Antes de enviar o caso para o ofício de mediação, é necessária a verificação dos pressupostos materiais mínimos de tutela penal, dentre os quais se destaca a ofensividade como regra para legitimar a mediação.

De acordo com o disposto na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e na Recomendação do Conselho da Europa nº R (99)19, a mediação só deve atuar se houver evidências suficientes para iniciar a persecução penal. Assim, tendo em vista que a suspensão condicional do processo pressupõe o oferecimento da denúncia, resta demonstrado ser um meio seguro para a realização da mediação.

Em relação á recepção do caso após a realização da mediação penal há duas situações possíveis. A primeira é relacionada às hipóteses em que não houver acordo entre as partes. Nesse caso, o processo retorna para a justiça penal nas mesmas condições em que foi enviado.

Sobre o assunto, Sica³⁴ refere-se a um exemplo de um programa de mediação penal italiano, o denominado *Ufficio de Mediazione* de Milão:

[...] o resultado positivo ou negativo da atividade de mediação é referido à autoridade judiciária de forma extremamente sintética. Nos casos em que o resultado foi negativo, apenas é informado “não houve consenso”. Contudo, esta situação, pode, adiante, ser considerada pelo juiz para fundamentar uma concessão de perdão judicial ou para abater a pena, quando a simples disposição do ofensor em discutir um acordo, em face das circunstâncias e gravidade do fato, pareça suficiente para motivá-lo.

Havendo acordo, a decisão que o recepciona deve ter força de sentença judicial, para evitar a possibilidade de *bis in idem*. Sobre o assunto, propõe Sica³⁵ duas formas de regulação dessa decisão:

[...] extinção da punibilidade e renúncia à pena. A extinção da punibilidade, prescindindo de reforma legislativa, pode ser decretada nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo, com base no artigo 84, parágrafo único, da lei 9.099/95 e de suspensão condicional do processo, fundada no artigo 89, §5º da mesma lei.

Caberá ao juiz, ao recepcionar o acordo, verificar se em seu conteúdo não há ofensa ao princípio da legalidade. Ele irá analisar se as prestações voluntárias assumidas pelo ofensor não ultrapassam os limites da resposta penal cominada àquele determinado crime. Dessa forma, o juiz tem a função de cuidar da proporcionalidade e razoabilidade do acordo.

Ainda não há uma definição das conseqüências do descumprimento do acordo. No momento em que as partes negociam uma solução as prestações acordadas passam a ser

³⁴ SICA, Ob. Cit. Pg. 236.

³⁵ SICA, Ob. Cit. Pg. 236.

obrigatórias. Uma opção para os casos em que haja descumprimento do acordo seria a do juiz, dependendo do caso concreto, reenviar o caso à esfera processual penal ou prorrogar a discussão do acordo perante o mediador, concedendo às partes nova oportunidade de concretizar a solução negociada.

Dentro do novo paradigma é essencial manter um maior grau de liberdade nas deliberações das partes. O canal de comunicação aberto pela mediação é suficientemente forte para permitir a renegociação dos termos de acordo, desde que ocorra dentro de um limite temporal determinado e o não cumprimento tenha uma justificativa plausível. Findas as possibilidades de cumprimento do acordo, o caso deverá voltar a ser de competência da justiça penal.

Quanto à estrutura de funcionamento desse sistema mediação/punição, é essencial o planejamento de um modelo que seja compatível com os princípios da mediação e do sistema penal. Deverá haver uma relação de complemento funcional entre as esferas. A mediação, assim, deve manter autonomia condicional em face do sistema judiciário

As sessões de mediação devem, de preferência, ocorrer em locais diversos dos tribunais, para que não sofra a natural influência das autoridades judiciárias. A equipe de mediadores deve ser multidisciplinar e incluir pessoas selecionadas nas comunidades, sempre procurando evitar o predomínio de profissionais do direito e servidores do judiciário, mesmo que voluntários.

Em alguns países a autoridade judicial encarregada de delegar os casos para a mediação e recepcionar seu resultado é a promotoria judicial. Entretanto, nos parece que no Brasil seja mais adequado designar essa tarefa como exclusividade do juiz. Da mesma maneira, em outros países a polícia pode enviar os casos diretamente para o centro de mediação, o que parece inviável no Brasil. Todavia, essa possibilidade pode representar uma evolução na própria relação entre polícia e comunidade.

Por fim, é importante frisar que em algumas cidades brasileiras já estão sendo implementados projetos de Justiça Restaurativa, como nas cidades de Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e no Distrito Federal. Experiências ainda iniciais, razão pela qual não foram incluídas nesta análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirmado na introdução do presente trabalho, o escopo deste é realizar uma análise acerca da compatibilidade da mediação penal com o ordenamento jurídico pátrio, investigando a possibilidade dessa técnica de solução de conflito encontrar lugar na racionalidade penal.

Para o alcance deste objetivo, procurou-se explicitar, primariamente, o significado de mediação, seus princípios e objetivos, e, ainda, uma rápida comparação com as outras técnicas de solução de conflitos.

Posteriormente, passou-se a examinar a mediação penal de forma específica, inserindo-a no contexto da Justiça Restaurativa. Nesse ponto, foram observados o seu funcionamento, suas características principais e seus fundamentos.

Por fim, foram analisadas algumas experiências e modelos de mediação em alguns países como, por exemplo, Nova Zelândia, Canadá, Austrália e Portugal, e, em seguida, realizou-se a identificação da existência dos espaços normativos para a mediação penal no Brasil.

Concluindo a linha de investigação pretendida, confirma-se a hipótese de que a mediação penal é compatível com o ordenamento jurídico pátrio e pode encontrar lugar na racionalidade penal.

Pode-se afirmar que ela é recomendável ao nosso contexto social e tem potencialidade para atingir os objetivos de integração social, preservação da liberdade e ampliação dos espaços democráticos, diminuição do caráter aflitivo da resposta penal, superação da filosofia do castigo e restauração e/ou manutenção da paz jurídica, desde que inserida em um novo paradigma, a justiça restaurativa.

Além dos objetivos acima expostos, a mediação tem, ainda, um grande desafio: enfrentar a crise do paradigma da modernidade, especialmente no que se refere à administração da justiça e à gestão da criminalidade.

Contudo, a mediação não pode ser considerada a solução para todos os problemas do sistema penal. Há o risco de a mediação incorrer em problemas, os quais não afastam a sua validade. Algumas experiências já apresentaram fatores negativos. Porém, a pesquisa científica, o debate internacional e os programas mais avançados podem ensinar como evitar

os defeitos inerentes a um modelo aberto, flexível e, logo, mais exposto às deformações casuísticas e a desvios dos seus princípios.

Para superar o problema da violência, do desrespeito aos direitos individuais e da resistência à expansão da democracia, o sistema de justiça terá de encontrar maneiras de democratizar o espaço público, renegociar fronteiras e respeitar os direitos civis.

REFERÊNCIAS

AKESTER, Kate; TICKELL, Shari. **Restorative justice. The way ahead.** Londres: Justice, 2004.

ANDRADE, Denise Almeida de; JUCÁ, Roberta Laena Costa. A Influência Liberal na Concepção de Cidadania da Lei de Arbitragem e a Necessária Adequação à Constituição de 1988. In: SALES, Lília Maia de Moraes (org.). **A Cidadania em Debate: Estudos Sobre a Efetivação do Direito na Atualidade.** Fortaleza: Gráfica UNIFOR, 2005. n.3.

AZEVEDO, Geórgia Lima. Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos: Meios Alternativos de Acesso à Justiça e à Cidadania. In: SALES, Lília Maia de Moraes (org.). **A Cidadania em Debate: Estudos Sobre a Efetivação do Direito na Atualidade.** Fortaleza: Gráfica UNIFOR, 2005. n.3.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação: método de resolução de controvérsias.** São Paulo: LTr, 1999.

CANADÁ, Department of Justice. **Federal-Provincial-Territorial Working Group on Restorative Justice.** Disponível em: <http://canada.justice.gc.ca>. Acesso em: 10 out. 2008.

CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; **Teoria Geral do Processo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CERETTI, Adolfo. **Come pensa Il Tribunale per i Minorenni.** Milão: FrancoAngeli, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FONKERT. Mediação familiar: recurso alternativo à terapia familiar na resolução de conflitos em famílias com adolescentes. In: LITTLEJOHN, Stephen (Org.); SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas em mediação.** Porto Alegre: ArtMed, 1999.

MARTIN, Ana Noguera. “A experiência catalã”. **Projecto Dikê. Seminário Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa.** Lisboa, APAV, 2003. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 20/10/08.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2006.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de Justiça Criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

ZEHR, H. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottsdale: Herald, 1995.

ZOMMER SICA, Ana Paula. **Participação cidadã na administração da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.