



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

CAMILO DE OLIVEIRA CARVALHO

MEDIAÇÃO PENAL NÃO PARALELA E INTEGRADA À
JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO
DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Salvador

2014

CAMILO DE OLIVEIRA CARVALHO

**MEDIAÇÃO PENAL NÃO PARALELA E INTEGRADA À
JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO
DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Selma Santana.

Salvador

2014

C331

Carvalho, Camilo de Oliveira,

Mediação penal não paralela e integrada à justiça restaurativa: uma proposta de efetivação do acesso à justiça no Brasil / por Camilo de Oliveira Carvalho. – 2014.

215 f.

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de Santana.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.

1. Justiça restaurativa. 2. Acesso à justiça. 3. Dignidade. 4. Mediação penal.

I. Universidade Federal da Bahia

CDD – 345

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILO DE OLIVEIRA CARVALHO

MEDIAÇÃO PENAL NÃO PARALELA E INTEGRADA À JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia visando a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Salvador, de de 2014.

Componentes da banca examinadora:

Professora Doutora Selma Santana (Orientadora)
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Professor Doutor Saulo José Casali Bahia
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Professor Doutor Riccardo Cappi
Doutor pela Escola de Criminologia da Universidade Católica de Louvain (Bélgica).

A Carli, Selma, Maria e Amanda.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Profa. Dra. Selma Santana, pelas lições de direito e de vida, ao Prof. Dr. Saulo Casali, pela disponibilidade e pelas críticas essenciais ao melhor desenvolvimento do trabalho, ao Prof. Dr. Riccardo Cappi, pela gentileza e generosidade na participação da banca de defesa da dissertação.

Agradeço, especialmente, à Dra. Carliane Carvalho, minha irmã, pela alegria e apoio, e aos colegas do mestrado, pela parceria em tantas atividades.

É bem verdade que o sentimento de justiça ideal do indivíduo, que diante do atentado e do escárnio contra a idéia do direito se vê possuído de uma indignação mais profunda que aquela provocada por uma ofensa pessoal e que, independentemente de qualquer interesse próprio, sai em defesa do direito oprimido, talvez represente uma forma de idealismo que constitui privilégio das almas mais nobres.

Rudolf Von Ihering (2004, p. 64)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA	18
2.1	BARREIRAS CONTRA O ACESSO À JUSTIÇA NA AMÉRICA LATINA	19
2.2	O CONTEXTO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL PARA UMA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA	21
2.2.1	Breve análise das barreiras ao acesso à justiça nos países da América Latina e no Brasil	26
2.2.2	Uma proposta adequada de solução	27
2.3	UMA RELEITURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA	30
2.3.1	Os direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana	30
2.3.2	Breve histórico e dimensões dos direitos fundamentais	32
2.3.3	A dignidade humana como valor essencial à justiça restaurativa	37
2.3.3.1	A necessidade de dignidade nas reformas penais e a efetivação democrática	40
3	ACESSO À JUSTIÇA NO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO: UM DIREITO FUNDAMENTAL	41
3.1	ALGUMAS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA: DA ORIGEM A RAWLS. BASE PARA A COMPREENSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	41
3.2	CIDADANIA PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA	46
3.3	DEVIDO PROCESSO LEGAL E IMPLEMENTAÇÃO DA DIGNIDADE NA JUSTIÇA PENAL	48
3.3.1	Acesso à Justiça e neoconstitucionalismo	49
3.3.2	Implicações penais para um melhor acesso	52
3.3.3	Um conceito adequado de Acesso à Justiça	55
3.4	O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA MAIS CÉLERE	56
3.5	A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O PROCEDIMENTO	

	RESTAURATIVO	58
3.6	VANTAGENS DO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO PARA O ACESSO À JUSTIÇA	59
4	DO CONFLITO À MEDIAÇÃO PENAL	63
4.1	A ORIGEM DO CONFLITO E A LUTA PELO PODER	63
4.1.1	Diversas visões acerca do conflito	64
4.1.2	Os comportamentos e a forma de lidar com o conflito	67
4.2	RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DA PENA	71
4.3	MEDIAÇÃO PELA PAZ	74
4.3.1	A mediação como técnica alternativa	74
4.3.1.1	O modelo de Pruitt	77
4.3.1.2	Alguns modelos de mediação	80
4.3.1.2.1	<i>O modelo da Universidade de Harvard</i>	80
4.3.1.2.2	<i>O modelo narrativo</i>	81
4.3.1.2.3	<i>O modelo transformativo</i>	82
4.3.1.3	Diferenças entre mediação, conciliação e arbitragem vinculante	83
4.3.1.4	Requisitos básicos para a atuação do mediador	85
4.3.1.4.1	<i>A permissividade para a expressão dos sentimentos como caminho para a autocomposição</i>	86
4.3.1.4.2	<i>O identificador das técnicas e métodos para a construção do acordo</i>	87
4.3.1.4.3	<i>A garantia da lucidez para a autonomia das partes e a construção do acordo</i>	88
4.3.3.4.4	<i>Problemas da mediação como terapia e da atuação do profissional do direito como mediador</i>	89
4.3.1.5	A mediação como exercício jurisdicional	91
4.3.1.6	O Código de Ética dos conciliadores e mediadores judiciais	92
4.3.1.7	Vantagens da mediação	95
4.3.1.8	Utilização da mediação em crimes graves: mediação direta e indireta	96
4.4	POSSÍVEIS RESPOSTAS AOS CRÍTICOS DO SISTEMA ALTERNATIVO	98
4.4.1	Breve diálogo com Owen Fiss	98
4.4.2	Breve diálogo com Ricardo Alberto Guibourg	100

5	DO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO À MEDIAÇÃO PENAL NÃO PARALELA	102
5.1	ORIGEM E CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA	102
5.2	PRINCÍPIOS BÁSICOS	103
5.3	A NECESSIDADE DE CONSENSO PARA A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA	104
5.4	UMA PROPOSTA NÃO MAIS ALTERNATIVA, MAS DE POLÍTICA PÚBLICA	106
5.5	A RETOMADA DO DIÁLOGO COMO ELEMENTO DE HUMANIZAÇÃO	108
5.6	BREVE PANORAMA DA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO PENAL COMO TÉCNICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO	110
5.7	RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NA AMÉRICA LATINA	113
5.7.1	Panorama geral	113
5.7.2	Bolívia	113
5.7.3	Colômbia	114
5.7.4	Costa Rica	115
5.7.5	Equador	117
5.7.6	Guatemala	118
5.7.7	Nicarágua	119
5.7.8	Peru	120
5.7.9	Chile	122
5.7.10	El Salvador	122
5.7.11	Honduras	123
5.7.12	México	123
5.7.13	Paraguai	124
5.7.14	República Dominicana	124
5.7.15	Uruguai	124
5.7.16	Venezuela	125
5.7.17	Argentina	125
5.8	RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NO BRASIL	126

5.8.1	A Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça	127
5.8.2	A proposta de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público	132
5.8.3	O Projeto de Lei do Senado Nº 517, de 2011	133
5.9	UMA PROPOSTA DE MEDIAÇÃO PENAL NÃO PARALELA E INTEGRADA AO SISTEMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	138
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
	REFERÊNCIAS	161
	ANEXOS	169

CARVALHO, Camilo de Oliveira. *Acesso à justiça e dignidade: mediação penal não paralela e integrada à justiça restaurativa*. 215f. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

RESUMO

Diante da crise do sistema tradicional de resolução de conflitos no Brasil, é essencial discutir instrumentos alternativos que viabilizam o acesso à Justiça. A mediação tem um diferencial na solução dos conflitos penais: promover o tratamento do conflito como elemento externo (consequências danosas visíveis pelas partes) e como elemento interno (razões que muitas vezes permeiam a origem do problema e que, se não forem tratadas, podem causar mais conflitos e aumentar os índices de reincidência). Inicialmente, a mediação penal não poderia ter como parâmetro de aplicação o *quantum* de pena abstratamente previsto nas normas penais, mas o bem jurídico protegido pela norma, por assim dizer, os bens que, uma vez violados, ensejariam uma conversa facilitada entre as partes envolvidas no conflito, podendo estas serem representadas ou não pelos seus respectivos procuradores. Não é possível, nem é pretensão deste trabalho, a discussão acerca da disponibilidade ou não de cada um dos direitos envolvidos nas hipóteses criminais. A discussão central do trabalho é a identificação da mediação como elemento de efetivação do acesso à justiça e a proposição de um plano de ação que viabilizará a mediação penal, permitindo que a solução alternativa aos conflitos se estenda aos diversos tipos de crime, à medida que forem sendo realizadas pesquisas empíricas com os casos iniciais, notadamente, aplicado aos tipos penais de menor potencial ofensivo. Descentralizar o atendimento é uma estratégia de repercussão essencial, pois elimina dificuldades com o deslocamento até os órgãos oficiais de resolução (acesso às portas do Judiciário) e com a identificação e reconhecimento da Justiça como instrumento de todos. É preciso preservar o protagonismo dos tribunais enquanto órgãos de auxílio aos cidadãos na resolução dos seus conflitos, além de garantir aos menos favorecidos o acesso a métodos mais efetivos de resolução. Considerando essas duas necessidades, é mais adequada a implementação no Brasil de programas de mediação dentro dos serviços da justiça, o que se denominou *mediação penal não paralela*, pois se desenvolve sob a fiscalização e controle do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Dignidade. Acesso à Justiça. Mediação penal e Justiça Restaurativa.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. Justice access and dignity: criminal conflicts non parallel mediation integrated to restorative justice. 215 pp. 2014. Master Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

ABSTRACT

Facing the crisis of traditional system of conflict resolution in Brazil, it is essential to discuss alternative instruments that enable access to justice. Mediation has a differential in criminal conflict solution: it promotes the conflict treatment as external element (harmful consequences visible by the parties) and as internal element (reasons that often permeate problem source and that, if left untreated, can cause more conflicts and increase the rates of recidivism). Initially, the penal mediation could not have penalty *quantum* as application parameter abstractly provided for under penal standards, but the good protected by the legal norm, so to speak, the goods, once violated, can to go a facilitated conversation between the parties involved in the conflict, and can these be represented or not by their respective attorneys. It is not possible, nor is it pretentiousness of this work, the discussion about the availability or not of each of the rights involved in criminal cases. The central discussion is in the identification of mediation as effective element of access to justice and on the proposition of a criminal mediation system that can be integrated into the Judiciary and used as pilot idea, extending to types of crime to the extent that they are being obtained concrete answers and developed further empirical research surrounding its application. Decentralize the service is an essential impact strategy because it eliminates difficulties with the offset to the official bodies of resolution (access to ports of the judiciary) and with the identification and recognition of Justice as an instrument of all. We must preserve the role of the courts as organs of citizens' assistance in resolving their conflicts, in addition to ensuring the least favored access to more effective methods of resolution. Considering these two requirements, is best suited to implementation in Brazil of mediation programs within the services of Justice, what we call as *non-parallel mediation*, as it develops under the supervision and control of the judiciary.

Keywords: Dignity. Justice access. Criminal mediation and restorative justice.

1 INTRODUÇÃO

Diante da crise do sistema tradicional de resolução de conflitos no Brasil, é essencial discutir instrumentos alternativos que viabilizam o acesso à Justiça. Nesse sentido, compreende-se que o Estado Democrático Contemporâneo deve ofertar ao cidadão instrumentos não convencionais para a solução de conflitos na seara penal, a começar pela mediação.

A Jurisdição em seus moldes tradicionais somente deve ser acionada quando, por meio do mecanismo alternativo, a solução do conflito não for atingida. Determinadas contendas na sociedade são melhor atendidas por meio de soluções alternativas e a oferta desses mecanismos amplia o acesso à Justiça.

Importa observar, todavia, que o fomento de instrumentos alternativos não implica na desnecessidade de melhorar o sistema tradicional. Ademais, relaciona-se com as idiosincrasias das coletividades envolvidas, depende de fatores culturais, sociais, políticos e econômicos, variando de lugar para lugar.

Diante das experiências estudadas, a construção de programas correlacionados com a estrutura estatal é aconselhável no Brasil. Preocupa-se, entretanto, com a formação dos mediadores, responsáveis pela qualidade na resolução dos conflitos e depreende-se que, quanto menor a possibilidade de eleição do mediador pelas partes envolvidas, mais sucesso se espera do sistema alternativo de solução de conflitos, apesar das possibilidades de variações que a diversidade de casos pode ensejar.

A discussão desse problema perpassa a compreensão dos direitos fundamentais, mais propriamente numa perspectiva material, correlacionada à dignidade da pessoa humana, onde reside a fundamentabilidade material dos direitos do homem.

No contexto do surgimento dos direitos de segunda dimensão, ganha força o acesso à Justiça, mormente a partir da necessidade de sua implementação por parte do Estado, sobretudo do ponto de vista material, ou seja, não de mero acesso ao Poder Judiciário, mas de produção justa e adequada.

Da concepção jusnaturalista da dignidade da pessoa humana (séculos XVII e XVIII), igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade, reconhece-se que a ordem constitucional parte do pressuposto de que o homem, em razão de o ser, é titular dos direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado. Neste contexto, deve-se compreender o direito fundamental substancial do acesso à Justiça como um

pressuposto para a percepção da Justiça Restaurativa enquanto elemento de sua efetivação e de pacificação social.

O acesso aos órgãos jurisdicionais deve ser garantido pelo Estado, mas isso é algo elementar, corolário lógico do monopólio estatal no exercício da jurisdição. Se o Estado retira dos particulares a possibilidade de resolver por si mesmos os seus conflitos, torna-se responsável por prestar ao cidadão a tutela jurisdicional adequada.

Não há sociedade sem conflito, dado que o conflito é algo natural das relações entre as pessoas, não é necessariamente negativo, é inerente. Cada ser, imbuído das suas características, valores e interesses pessoais tende a fazer prevalecer, de forma direta ou indireta, no embate de interesses com um terceiro, suas necessidades e desejos. A não harmonização entre os aspectos da individualidade de cada sujeito é a fonte do conflito.

A falta de diálogo entre os envolvidos na avença penal proporciona o acirramento da violência. Na tentativa de solucionar este impasse, ganham importância mecanismos alternativos que se afastam do clássico tratamento dispensado ao ofensor, hodiernamente intitulado pelos críticos como “inimigo.”

A fragilidade da comunicação na solução do conflito de natureza penal tende a distanciar o autor do fato delituoso da vítima. Tanto um quanto outro se relacionam de forma direta ou indireta com o representante do Estado, mas a comunicação existente entre eles é muito pequena, às vezes, não existe.

Mesmo que ocorra a compreensão do ilícito praticado por ambas as partes e, ainda que o sistema tradicional de resolução dos conflitos apresente uma solução para as lides penais, compreende-se que tais soluções não são satisfatórias, na medida em que, muitas vezes, não possibilitam a reconstrução da convivência harmônica entre as partes envolvidas no conflito.

O crime ocasiona danos penais, mas também danos civis. No direito privado, fala-se abertamente em restabelecimento do equilíbrio jurídico, retomada do *status quo* ou reversão em perdas e danos.

Ocorre que, o modo como vem sendo tratado o crime no âmbito penal, mesmo nas hipóteses de menor potencial ofensivo, necessita de mecanismos que permitam a discussão mais profunda dos conflitos. Isso não significa que essa discussão não exista por meio dos procedimentos penais tradicionais, mas que a inserção de técnicas alternativas na resolução do conflito pode viabilizar um melhor tratamento dos problemas penais e das pessoas nele envolvidas.

No que se refere à vítima, não se pode esquecer que existe no sistema tradicional de resolução a ação civil *ex delicto*, por meio da qual é possível a reparação de um dano moral ou

material, decorrente de um ilícito penal. Tal ação tem como objeto uma sentença penal condenatória transitada em julgado (título executivo judicial) e pode ser proposta contra o agente causador do dano ou contra quem a lei civil apontar como responsável pela indenização.

Essa hipótese de reparação é válida, mas prima, quase sempre, pela recomposição patrimonial, deixando de lado uma possibilidade de reconstrução das relações entre o ofensor e o ofendido, o que se enxerga como sendo possível por meio da mediação penal.

A mediação tem, assim, um diferencial na solução dos conflitos penais, que é promover o tratamento do conflito como elemento externo (consequências danosas visíveis pelas partes) e como elemento interno (razões que muitas vezes permeiam a origem do problema e que, se não forem tratadas, podem causar mais conflitos e aumentar os índices de reincidência).

Muito se questiona acerca dos tipos de crime que permitiriam a solução mediada. No Brasil, como a própria Lei de Juizados Especiais garante a possibilidade de transação penal ou a composição civil dos danos, oportunidade em que se pensa, ao menos do ponto de vista patrimonial, genericamente, em recomposição ou acordo, é culturalmente mais fácil conceber a mediação penal aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo.

Entende-se que a mediação pode ser utilizada em qualquer hipótese de crime, mas, nesse momento histórico, sua aplicabilidade é testada, quase sempre, nos delitos de menor potencial ofensivo e, algumas vezes, nos crimes que atingem o bem jurídico patrimônio ou relações familiares e escolares.

Do ponto de vista conceitual, considerando que a mediação visa tratar o conflito em seu âmbito interno e externo, nenhum problema haveria, por exemplo, na participação da família da vítima, no crime de homicídio, ou da própria vítima, no crime de estupro. Todavia, essa parece ser uma hipótese ainda distante ou, talvez, quase inatingível.

Por essas razões, entende-se que, inicialmente, o parâmetro de aplicação da mediação não pode ser o *quantum* da pena abstratamente previsto na norma penal, mas o bem jurídico por ela protegido. Assim, podem ser objeto de mediação penal os crimes: contra o patrimônio, contra a propriedade imaterial, contra a organização do trabalho, contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos, contra a família, contra a incolumidade pública, contra a paz pública e a fé pública, contra a administração, contra o meio-ambiente, contra a ordem tributária, de lavagem de dinheiro, contra as finanças públicas, contra as licitações, previstos na lei de improbidade administrativa, contra os portadores de deficiência, de preconceito, raça e cor, entre outros.

Não é possível, nem é pretensão dessa pesquisa, a discussão acerca da disponibilidade ou não de cada um dos direitos envolvidos nas hipóteses criminais. O objeto central do trabalho é a identificação da mediação como elemento de efetivação do acesso à justiça e a proposição de um plano de ação que poderá viabilizar a mediação penal, permitindo que a solução alternativa dos conflitos se estenda aos diversos tipos de crime, à medida que forem sendo realizadas pesquisas empíricas com os casos iniciais, notadamente, aplicado aos tipos penais de menor potencial ofensivo.

Essa limitação decorre do fato de a discussão e aplicação das técnicas alternativas de resolução de conflitos no âmbito penal serem, ainda, não muito desenvolvidas no Brasil.

A Justiça Restaurativa, enquanto mecanismo integrador capaz de (r)estabelecer ou o diálogo entre ofensor, vítima e Estado, aponta na mediação um instrumento, que, por meio de técnicas especiais, estaria apto a proporcionar um maior entendimento entre as partes e a consequente e desejada pacificação social. É bem verdade que o entendimento entre as partes é algo que afeta as relações individuais de cada pessoa, todavia, muitas vezes, a oportunidade do diálogo e compreensão das razões do outro pode reduzir o risco de reincidência criminal, fortalecendo a função prospectiva de aplicação do direito penal, por meio do cumprimento da pena ou do acordo firmado.

Sem o intuito de afastar os procedimentos tradicionais de solução, a mediação, enquanto forma de valorização do ser humano, surge como meio apto a oferecer o desenvolvimento da justiça social, viabilizando o acesso à Justiça, estimulando o (r)estabelecimento do diálogo entre os indivíduos e a paz social.

Com fulcro nos princípios da eficiência e da celeridade, torna-se patente a necessidade de soluções mais rápidas e menos onerosas, nas quais as partes tenham voz para ponderar os seus reais interesses.

O presente trabalho ganha força numa evidente mudança paradigmática que pretende reunir elementos historicamente equidistantes na solução de conflitos penais – ofensor, vítima e Estado – na busca pelo efetivo acesso à Justiça e pelo respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, compreende-se que a implementação da Justiça Restaurativa no Brasil é um direito fundamental do cidadão. Tal concepção decorre, certamente, da necessária obrigação que o Estado tem de possibilitar a solução de conflitos nos contornos dos interesses da sociedade.

A partir do estudo e compreensão de experiências que utilizam a mediação penal como técnica alternativa na América do Sul e em outros países, sustenta-se a hipótese de que a

mediação integrada aos serviços dos Tribunais é uma proposta efetiva de ampliação do acesso à Justiça penal brasileira.

Como proposta de técnica alternativa, idealiza-se o modelo denominado de “mediação penal não paralela.”

Para o desenvolvimento do tema, foi inicialmente realizada uma pesquisa exploratória, buscando definir parâmetros conceituais e facilitando uma melhor definição e fixação do recorte temático, dos seus objetivos e hipóteses.

Posteriormente, passou-se à investigação explicativa, visando identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência do problema proposto e aprofundando o conhecimento da realidade brasileira.

No que se refere às fontes, a pesquisa desenvolvida foi essencialmente bibliográfica, valendo-se dos estudos registrados em livros, publicações periódicas, impressos diversos e documentos eletrônicos, o que permitiu a identificação de incoerências e contradições na literatura sobre o tema, além da análise de dados estatísticos.

Foi possível também a realização de pesquisa documental, a partir de documentos encontrados em arquivos públicos e particulares referentes às experiências já registradas de implementação de Justiça Restaurativa no Brasil e em outros países.

Valendo-se das fontes acima citadas, quanto ao procedimento, a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica e documental.

No que se refere à abordagem, é qualitativa, pois permite a análise crítica dos dados coletados, descrevendo-os e interpretando-os.

Utilizou-se como tipos genéricos de investigação pertinentes à ciência jurídica, além do tipo jurídico-propositivo, inerente às ciências sociais aplicadas, cujas pesquisas devem propor mudanças ou reformas¹, o jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo, que se utiliza de um procedimento analítico de decomposição de um problema em seus diversos aspectos, relações e níveis².

Os resultados da pesquisa foram sintetizados nesse trabalho, conforme seguem os tópicos *infra*.

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 30.

² Idem, *ibidem*, p. 29.

2 O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA

Ao processo judicial tradicional, caracterizado pelo formalismo e rigidez, estão claramente agregados elementos como a falta de uma administração adequada dos casos, uma produção judicial deficiente e uma infraestrutura deficitária, contribuindo para que as soluções sejam mais demoradas e se acumulem³.

Pesquisas criminológicas realizadas na América latina⁴ demonstram que, em muitos casos, as vítimas dos delitos se arrependem de ter buscado uma solução formal do conflito, seja por meio da polícia ou de outros organismos competentes, considerando o tempo perdido e os gastos que implicam comparecer aos tribunais. Ademais, caracterizam a justiça como lenta, abstrata, arcaica, pouco lúcida e cara.

Os dados revelados em tais estudos ajudam a demonstrar as razões da construção de um preconceito generalizado da população em relação à prestação jurisdicional, que em vez de revelar-se próxima do cidadão, é compreendida como estranha e distante.

Algumas características do sistema tradicional de resolução de conflitos penais são responsáveis pelo desalento da população: a exigência de provas documentais e trâmites burocráticos em ocasiões desnecessárias; o tempo perdido em procedimentos prévios e ineficazes; a incapacidade de orientar adequadamente as vítimas, quando não ocorre o desincentivo, por exemplo, nos casos de denúncia de violência intrafamiliar, atuação na qual tem papel essencial a polícia; a forma rotineira, mecanizada e estereotipada de receber as denúncias penais e a desconfiança nas instituições oficiais⁵. Este último aspecto relaciona-se com a corrupção, que trivializa os esforços pelas reivindicações de melhores oportunidades de acesso à Justiça⁶.

Diante de tal contexto, é preciso muito esforço, imaginação e lucidez para alcançar um serviço de justiça que satisfaça medianamente as expectativas das pessoas⁷.

Não se pode olvidar, ainda, que a pobreza é um elemento que dificulta o acesso à justiça e tem sido o alvo principal dos estudos sociológicos nas últimas décadas⁸. Fechar os

³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**. Santa Fe: Rubinzal/Culzoni, 2003, p. 35.

⁴ ANTONY, Carmen. **La vitimología y el acceso a justicia**. Aportes para la pacificación del delincuente y su víctima, en Nuevas formas de resolución de conflictos y rol del abogado. Buenos Aires: Eudeba, 1998, p. 63-82.

⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 36.

⁶ SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. **El problema del acceso a la justicia em el Perú**. Acceso a la Justicia. Lima: Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional de Poder Judicial, 1997.

⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 37.

⁸ MENJÍVAR LARÍN, Rafael; KRUIJT, Dirk; VAN VUCHT TIJSSEN, Lieteke (Org.). **Pobreza, exclusión y política social**. Recopilación de trabajos presentados y discutidos em la Conferencia Internacional sobre Pobreza y Exclusión Social, celebrada em San José de Costa Rica em el mes de enero de 1997, p. 1-475.

olhos para esta realidade, principalmente nos países com maior índice de desigualdade social, como ocorre na América do Sul, pode tornar improfícua qualquer proposta de solução para um sistema mais justo de resolução de conflitos penais.

2.1 BARREIRAS CONTRA O ACESSO À JUSTIÇA NA AMÉRICA LATINA

Considerando o informe nº. 319 do Banco Mundial, sobre a justiça na América Latina e no Caribe, as barreiras ao acesso à Justiça na América Latina podem ser divididos em três grupos: barreiras econômicas; barreiras culturais, psicológicas e linguísticas; e barreiras contra as crianças, os idosos, os incapazes e as vítimas.⁹

No que se refere aos entraves econômicos, destaca que a pobreza é uma causa de falta de acesso à Justiça, sem necessidade de maiores verificações. Em sistemas onde se exigem advogados para pleitear direitos, o acesso é dificultado à população pobre e, cada vez mais, à classe média, pois os custos dessa intervenção geralmente são altos. Daí o fortalecimento crescente das Defensorias Públicas e dos programas de assistência jurídica gratuita.¹⁰

Apesar das possibilidades de intervenção sem advogado, as quais vêm sendo fortalecidas em diversos países, para as pequenas causas de âmbito cível e comercial e, em algumas hipóteses, na seara trabalhista e fiscal, esta realidade não se aplica ao âmbito criminal, sempre dependente da atuação de um defensor contratado, público ou dativo.

O tempo de demora do processo também é uma barreira econômica, já que nem todos têm condições de esperar a solução judicial do conflito. Não é por outro motivo que a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6º. §1º) exarou que a justiça não disponível em tempo razoável é inacessível para muitos.¹¹

A diferença de poder econômico entre litigantes também é um entrave. Quem tem mais condições pode arcar com os custos e esperar o resultado do processo¹². Nesse sentido, pode-se até afirmar que, quanto maior a desigualdade social, mais provável o déficit de acesso à Justiça.

Na seara criminal, tal aspecto, ao contrário do que se poderia imaginar, ganha sobrepeso, pois, na maioria dos casos (ações públicas incondicionadas e condicionadas; ações privadas subsidiárias), um dos adversários típicos é o Estado, que possui, sem dúvidas, maior poder que o Ofensor. Daí a necessidade de participação crescente da vítima e da coletividade

⁹⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 40-46.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 41-42.

¹¹ Idem, ibidem, p. 42.

¹² Idem, ibidem, p. 42.

na resolução do conflito penal, como forma de reequilibrar poderes para a resolução dos problemas e efetivação do acesso à Justiça.

Estritamente relacionadas com o déficit econômico, estão as barreiras culturais, psicológicas e linguísticas.

Primeiramente, destaca-se a dificuldade de acesso à informação legal e a complexidade do vocabulário da lei como entraves. Nesse sentido, deve-se pensar na construção de mecanismos de informação ao público¹³ e na edição de leis mais claras.

Por uma questão cultural e, diante do medo, muitas situações envolvendo violência doméstica e de gênero ainda permanecem ocultas. Contribuem para tal fato os horários de funcionamento e a localização geográfica dos tribunais, o que fortalece um dos elementos de destaque deste trabalho que é a necessidade de descentralização da solução dos conflitos penais¹⁴.

Ainda quanto a esse aspecto, a linguagem é um impedimento ao acesso à Justiça, notadamente nos países com grande diversidade étnica, como é o caso do Brasil. Por isso, é essencial a facilitação linguística dos procedimentos de resolução de conflitos, possibilitando-se, inclusive, a participação de intérpretes e tradutores, conforme já implementado nos Estados Unidos, Equador e Argentina¹⁵. Essa dificuldade também fortalece a necessidade de descentralização do atendimento, que contando com a mediação, poderá permitir no Brasil a compreensão e solução de problemas localizados por meio da participação de agentes da própria comunidade envolvida.

Não se pode esquecer ainda que as minorias, compreendidas amplamente – crianças, idosos, cegos, surdos, pessoas com deficiência motriz etc. –, ainda carecem de aparato adequado para um eficiente acesso à Justiça. Do ponto de vista penal, destaca-se o problema das vítimas que, muitas vezes, apesar de relatarem os seus fatos na fase policial e manifestarem-se também na instrução processual reafirmando suas impressões acerca do fato, têm sua participação direcionada à aplicação ou não da pena ao suposto autor do delito. Quando existe um acompanhamento das vítimas do ponto de vista psicológico ou material, tal acompanhamento não é suficiente. Resta, quando possível, a possibilidade de manejo da ação civil *ex delicto*, por meio da qual é possível a reparação de um dano moral ou material,

¹³ Neste ponto, Gladys Stella Álvarez destaca a importância dos centros de informação instalados em sete zonas de Buenos Aires em 1988 e que, a partir de 1992, passaram a oferecer serviços de mediação e assessoria jurídica à comunidade. (ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit. p. 43)

¹⁴ A implementação das “Casas de Justiça” na Argentina vem contribuindo para a melhoria dos problemas desta natureza, a partir de uma proposta inicial de mediação, seguida, se não for viável, de um serviço de arbitragem bilíngue para as hipóteses de menor potencial ofensivo. (idem, *ibidem*, p. 44-45)

¹⁵ Tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagram como direito da pessoa acusada o auxílio de um intérprete.

decorrente de um ilícito penal. Diante desse problema, mecanismos de assistência às vítimas vêm sendo incorporados em diversos países¹⁶.

2.2 O CONTEXTO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL PARA UMA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA

O acesso da população ao Poder Judiciário é alvo de pesquisas em todos os países. No Brasil, apenas recentemente, em 2009, foi possível mapear, em nível nacional, as dimensões do acesso à justiça após a Constituição de 1988, o que ocorreu com a reedição (mais de 20 anos depois) do suplemento sobre vitimização e acesso à justiça da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD).¹⁷

Tal suplemento resultou de uma cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que acompanharam o panorama do acesso à Justiça, sob a perspectiva de pessoas que procuraram o Judiciário ou espaços institucionais alternativos, entre os anos de 2004 e 2009. Por meio dos dados fornecidos é possível observar, por exemplo, o perfil dos atos de violência na seara criminal do país, as demandas solucionadas pelos mecanismos tradicionais de resolução, a via escolhida, os verdadeiros responsáveis pelas soluções dos conflitos em conformidade com a via eleita, bem como o tempo necessário e a efetividade das decisões aplicadas.¹⁸

Com mais de 40 anos de tradição, trata-se de pesquisa realizada por amostragem, que permite, porém, incursões em grupos localizados em todo o país, abarcando mais de 150 mil domicílios e quase 400 mil pessoas em todo o território nacional. Pela abrangência e riqueza dos dados, é considerada quantitativa e qualitativamente como uma das melhores pesquisas domiciliares do mundo.¹⁹ Os dados coletados envolvem apenas um tipo de conflito vivenciado por cada entrevistado, maior de 18 anos, no período referenciado.

O critério para a escolha do entrevistado envolve a gravidade do conflito, em conformidade com a visão do participante acerca dessa gravidade. Um dos principais objetivos da pesquisa foi verificar os tipos de demanda e em que medida os conflitos são solucionados pelas instituições do sistema de justiça brasileiro ou por outras instituições, como sindicatos, associações, instituições religiosas ou o próprio ciclo de amigos e familiares.

¹⁶ A Província de Santa Fé, Argentina, conta, desde 1994, com o “Centro de Assistência a la Víctima y al Testigo del Delito”. Buenos Aires, desde 1991, conta com o “Centro de Orientación a la Víctima”.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Jurídicas. **Panorama do Acesso à Justiça no Brasil**, 2004-2009. Brasília: CNJ/DPJ, jun., 2011, p. 4-5. (Cadernos do CNJ)

¹⁸ Idem, ibidem, p. 4-5.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 6.

Os dados da pesquisa²⁰ demonstram, por meio de números e conclusões extraídas *ipsis litteris*, mas de maneira articulada em conformidade com o interesse do trabalho, que:

a) 12,6 milhões de pessoas maiores de idade (9,4% dos brasileiros desta faixa etária) vivenciaram situações de conflito nos cinco anos prévios a setembro de 2009, período de referência da pesquisa;

b) os conflitos na esfera criminal foram responsáveis por 12,6% dos casos;

c) 92,7% das pessoas que viveram situações de conflito procuraram formas de resolvê-las;

d) do universo dos que se empenharam em solucionar seus problemas, o Judiciário (incluindo os Juizados Especiais) foi o caminho escolhido por 70,2% das pessoas, seguido da polícia (6,6%);

e) os conflitos na esfera criminal e também os relativos ao consumo de serviços de utilidade pública sobressaem nesta análise, pois concentraram menos a demanda por soluções nas instituições do Poder Judiciário. De todas as pessoas que viveram conflitos na esfera criminal, 52,4% recorreram aos tribunais e juizados, sendo a polícia o segundo agente mais demandado (32,5% dos casos);

f) nas matérias criminais e nos conflitos que envolvem relações de consumo, a percentagem de pessoas que viveram conflitos, mas não tomaram nenhuma iniciativa para a solução do problema, chega ao patamar de 11%, ou seja, quase três vezes o indicador da área trabalhista, e cerca de duas vezes as áreas dos conflitos familiares e relativas a impostos e tributação;

g) considerando o desalento perceptível em quase 1 milhão de pessoas que viveram conflitos entre 2004 e 2009, o segundo lugar é ocupado pelos que experimentaram conflitos na esfera criminal, com 22,4% dos casos;

h) as explicações para esse tipo de desalento passam menos pelo cálculo de custo e benefício, já que o que está em jogo é quase sempre considerado grave, como no caso dos atentados à vida. O juízo da gravidade desse tipo de conflito pode ser considerado, portanto, com um grau maior de independência em relação à classe social daqueles em conflito. Para explicar o alto grau de desalento frente a tal tipo de conflito é mais apropriado, portanto, ter como parâmetro a capacidade que o Estado possui para atender à população que sofre com algum tipo de crime, do que ter como referência a escolha das pessoas em acioná-lo ou não.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Jurídicas. **Panorama do Acesso à Justiça no Brasil**,.. op. cit., p. 8-38.

Algo que reforça tal aspecto é o fato de que neste tipo de conflito é comum o Estado, sobretudo pela via da ação policial, agir a despeito de ser acionado por algum dos envolvidos;

i) os casos daqueles que não buscaram soluções, ou apelaram apenas para seu círculo de relações pessoais, ambos passíveis de serem enquadrados entre os desalentados, não apenas são aqueles com os menores rendimentos, como também com os menores níveis educacionais. A população desalentada possui entre 6,8 e 7,6 anos de estudo, o que equivale a dizer que em média possuem o ensino fundamental incompleto;

j) do universo das pessoas que não procuraram o Judiciário, 6,6% (250 mil pessoas) responderam que o motivo principal foi a descrença em relação às instituições que o compõem. A maior parte dessas pessoas não buscou nenhum outro tipo de solução (43%), demonstrando que a descrença em relação ao Judiciário possui relação com o desalento em relação a qualquer outro tipo de agente;

k) pelos indicadores observados, é perceptível que o Judiciário é o principal demandado pela população para a solução de conflitos. Porém, em determinadas esferas de conflito, outros espaços institucionais sobressaem, sobretudo na esfera do consumo e na criminal;

l) uma parcela minoritária da população adota postura passiva frente aos conflitos, o que se mostra mais frequente quando o que está em jogo é a relação de consumo de serviços de utilidade pública e também em matérias criminais e de família;

m) o Poder Judiciário foi o maior responsável pela pacificação de conflitos, pois do total de pessoas que teve resolvido o seu conflito mais grave do período de 5 anos, 53,3% consideraram o Judiciário como principal responsável;

n) a categoria “outros” foi a segunda mais frequente entre os principais responsáveis pela solução dos conflitos, com 15% de resolução. Tal comportamento demonstra a necessidade de ampliar o número de categorias a compor tal rol;

o) ainda que a atuação dos advogados particulares e defensores públicos se dê perante o Poder Judiciário, em 11,8% dos casos, tais atores foram apontados como os principais responsáveis pelo equacionamento dos conflitos;

p) com 6,5% dos casos, as relações privadas foram percebidas como as principais responsáveis pelas soluções dos conflitos mais graves identificados, superando a percepção sobre a polícia (5,4%), o PROCON (5,3%), os sindicatos e associações (1,5%) e o Ministério Público (0,6%). Como se trata de uma pergunta que coleta a percepção das pessoas sobre quem, dentre os vários agentes que podem ter contribuído para a solução, foi o principal responsável, é possível que, mesmo nos casos em que quem atuou foi uma instituição pública,

as relações privadas tenham sido apontadas como as principais responsáveis. É o caso, por exemplo, de um parente que atuou gratuitamente como advogado em um processo cuja decisão foi favorável ao respondente. Embora isso não passe de uma conjectura, neste universo não estão excluídos os casos em que as relações pessoais influenciaram agentes estatais;

q) a polícia, talvez por seu maior contato direto com os cidadãos, foi indicada em 30,4% dos casos criminais como o principal agente na solução. 10% das pessoas que tiveram conflitos solucionados na seara criminal apontaram advogados ou defensores públicos como principais responsáveis;

r) do universo dos que buscaram o Judiciário, o grau de resolutividade, no que tange aos conflitos em matéria criminal, é de 9%, havendo um equilíbrio grande entre aqueles que obtiveram e os que não obtiveram solução. É oportuno salientar que apenas a metade das pessoas que declararam terem vivido conflitos nesta área procurou o Poder Judiciário, já que é conferido destaque ao papel da polícia na recepção e em muitos casos na solução das demandas nesta área;

s) apenas 5,1% dos que buscaram o Judiciário tiveram seus conflitos solucionados por outras instituições. Os Juizados Especiais e os “amigos e parentes” foram responsáveis, cada um, por pouco menos que 2% das soluções daqueles que inicialmente procuraram a Justiça. Das pessoas que vivenciaram conflitos e buscaram a polícia, 81,6% reconhecem na própria polícia a solução para os seus conflitos. 6,2% desse público reconheceu ter sido o Judiciário (incluindo os juizados especiais) o principal responsável pela solução, o que faz bastante sentido quando se tem em mente a origem dos processos judiciais na esfera criminal. Quase 11% dos que recorreram à polícia declararam que o seu conflito foi solucionado por amigos ou parentes. Embora seja mais intuitivo o fato de as pessoas que buscaram a polícia terem encontrado a solução no judiciário, chama a atenção o forte apelo que as relações privadas tiveram nos casos em que a medida procurada para reverter um conflito foi a polícia. É plenamente compreensível que, frente a uma situação de conflito grave, as pessoas recorram a todas as possibilidades de soluções que estiverem ao seu alcance, o que certamente inclui as relações pessoais. Entretanto, o que é mais expressivo é o fato de os amigos e parentes terem sido reconhecidos responsáveis pela solução para 11% dos casos levados como demandas pela população à polícia. Isso pode ser explicado pela comum permeabilidade do Estado às relações pessoais, ou pela morosidade da prestação jurisdicional resultante dos inquéritos policiais. É possível, por exemplo, que o conflito seja reconhecido como solucionado por um

amigo ou parente, mesmo que ainda não tenha tido seu desfecho nas instituições públicas, principalmente na polícia e no Judiciário.

t) na seara criminal, 18,7% das pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009 declararam não ter procurado a Justiça porque não sabiam que podiam utilizá-la. Quem declarou desconhecer que seu conflito poderia ter sido solucionado pelo Poder Judiciário é o grupo com menor rendimento mensal médio, R\$ 762,00, em valores de setembro de 2009. O desconhecimento é uma barreira de acesso à Justiça que assola em maior monta aqueles com menor poder econômico. Em linhas mais gerais, a cadeia causal aqui descoberta expõe que níveis básicos de conhecimento jurídico direcionados à grande massa da população deveriam estar entre as prioridades da política judiciária Nacional. Em que pese esta ser uma análise com valor apenas comparativo, entre os diversos motivos, é possível observar sem ambiguidades que quem não sabia que poderia recorrer à Justiça, possui o segundo pior indicador educacional entre os respondentes, cerca de 6 anos de estudo, o que, para se ter um parâmetro absoluto, equivale à sexta série do ensino fundamental.

u) os rendimentos mensais médios daqueles que tiveram soluções fornecidas pelo Judiciário em mais tempo são bem superiores que os daquelas pessoas que obtiveram soluções mais rapidamente. Tal aspecto merece ser considerado de modo mais aprofundado, sobretudo porque, a depender do polo em que as pessoas em conflito se encontram, pode ser bom ou ruim a demora em ter um conflito solucionado. É possível, por exemplo, que as pessoas mais pobres tenham causas de mais fácil solução, além de terem em questão quantias financeiras menores. Por outro lado, pode ser que tenham, na verdade, menos condições financeiras para apresentarem recursos às decisões ou sentenças proferidas, ou de arcarem com ações e recursos de caráter protelatório. De posse deste dado isolado, seria possível afirmar que o Judiciário se comporta de modo a privilegiar os mais pobres, embora esteja evidente que tal aspecto ainda necessite de aprofundamentos futuros.

Sem a pretensão de responder e analisar todos os dados e conclusões expostos acima, e alguns dos quais serão pontuadas ao longo da dissertação numa perspectiva dogmática e não empírica, é possível articular ponderações essenciais ao desenvolvimento do trabalho a partir das informações acima delineadas.

2.2.1 Breve análise das barreiras ao acesso à justiça nos países da América Latina e no Brasil

A individualização de alguns aspectos que conspiram contra o acesso à Justiça é essencial, mas, na maioria dos casos, é complexa e inter-relacionada²¹, o que enseja pesquisas multidisciplinares e de longa duração, desbordando das pretensões e características desse trabalho.

Primeiramente, deve-se destacar que as pesquisas nesta senda não se afastam da análise da capacidade que o Estado possui para atender à população que sofre com o aumento da criminalidade. Por outro lado, se o Judiciário é o principal demandado pela população para a solução de conflitos e é necessário ampliar as possibilidades de solução alternativa, no Brasil, as propostas alternativas integradas à estrutura formal do Poder Judiciário possivelmente terão maior sucesso, mesmo porque o Poder Judiciário, segundo a pesquisa, foi o maior responsável pela pacificação de conflitos. Nesse ponto, entretanto, não se pode olvidar, que o comportamento contencioso e pouco conciliador da população brasileira é um aspecto cultural, o qual não se tem a pretensão de ultrapassar por meio da pesquisa jurídica, mas sim, identificando-o, de propor uma alternativa viável à resolução dos conflitos penais.

Deve-se ainda pontuar que o grau de resolutividade, no que tange aos conflitos em matéria criminal, é muito pequeno. A implementação de técnicas alternativas de resolução de conflito, seria, no mínimo, mais uma possibilidade de melhorar esta perspectiva. Ademais, é alarmante a relação entre condição socioeconômica e a solução dos conflitos judiciais de maneira justa e adequada, o que fortalece a compreensão de que a concepção de justiça a ser buscada neste trabalho não pode desbordar da necessidade de atendimento aos menos favorecidos.

Não se discute que a baixa instrução formal interfere no acesso à justiça. A pesquisa acima relatada dimensiona essa realidade. De todo modo, não estão excluídas as possibilidades em que as relações pessoais influenciam as decisões dos agentes estatais, o que implica na necessidade de persistência na formação de profissionais multidisciplinares e não meramente técnicos para a atuação no âmbito de direito.

²¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación e el acceso ...* op. cit., p. 34.

2.2.2 Uma proposta adequada de solução

A partir de tais parâmetros, é possível traçar o perfil brasileiro para a aceitação de uma proposta alternativa de resolução de conflitos penais. A crise de acesso à Justiça, há décadas, já fora pontuada em diversos países. Roscoe Pound, decano da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, em 1906, já apontava nos Estados Unidos, em um discurso histórico, “As causas da insatisfação popular com a administração da Justiça”²².

Esse panorama leva a cabo reformas para um maior e melhor atendimento à sociedade, entre as quais se destacam: alterações constitucionais; novas legislações que recepcionam técnicas testadas pela sociedade; procedimentos que priorizam a oralidade; especialização na atuação dos magistrados; criação de instituições, cargos e atribuições direcionados ao atendimento da população; fortalecimento e redefinição das funções do Ministério Público e da Defensoria Pública; desjudicialização das propostas de resolução de conflitos e incorporação de técnicas alternativas para a solução das demandas.²³

Deve-se pontuar que as grandes transformações econômicas, sociais e tecnológicas vêm ampliando e alterando o perfil dos litígios que ocorrem na sociedade, ensejando o desenvolvimento de mecanismos adequados para a sua solução. Em vez de acompanhar a falaciosa regra – um conflito = um caso judicial – que contribuiu para o aumento da estrutura do Poder Judiciário, mas não necessariamente com a melhoria dos serviços prestados, é necessário repensar a política de acesso à Justiça.

As causas judiciais, muitas vezes, tornam-se mercadorias, contribuindo para a morosidade do processo. Ademais, quando aumenta o número de juízes e juizados, a demora na resolução dos conflitos tende a diminuir, mas a demanda aumenta e o nível de satisfação retorna a cair, num ciclo constante²⁴. A cada sujeito que litiga, um, ou mais de um, deixa de fazê-lo, criando novos nichos de marginalidade e fazendo reproduzir as formas de discriminação e estratificação social. Assim, é necessário o desenvolvimento de uma política de acesso à justiça eficiente e não necessariamente jurisdicional, capaz de atender as parcelas marginais e proporcionar maior confiança no sistema²⁵.

²² GOLBERG, Stephen B.; SANDER, Frank. E. A. y ROGERS, Nancy H. **Dispute Revolution**. Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 7.

²³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ... op. cit., p. 18.

²⁴ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. **Sobre análisis económico y política judicial**. In: Seminário – Universidade de Palermo: Buenos Aires, 30 set 1996.

²⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ... op. cit., p. 20.

As soluções alternativas para a resolução dos conflitos estão inseridas nas políticas de acesso à Justiça que se utilizam de técnicas não necessariamente jurisdicionais. Entende-se por Resolução Alternativa de Conflito (RAC) toda forma de solução que não passe pela necessidade de uma sentença judicial, pelo uso da força, em detrimento da compreensão acerca do próprio conflito. São exemplos de técnicas alternativas: a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem tradicional e as novas técnicas de arbitragem, a avaliação prévia, os especialistas neutros, entre outros²⁶.

Dentre os objetivos essenciais da RAC, estão: a) garantir o acesso à Justiça e b) permitir que os sujeitos de direito tenham a possibilidade de, com um menor custo, tutelar os seus interesses, por meio de um procedimento efetivo, mas não necessariamente judicial. Na primeira acepção, o objetivo é de política pública, visa fortalecer a estrutura do Poder Judiciário, criando-se mais tribunais e melhorando a sua eficiência. Por sua vez, o segundo objetivo fortalece os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, aumentando a necessidade de desjudicializar o sistema de administração da Justiça como um todo²⁷. Sobreleva-se, na segunda perspectiva, a necessidade de instauração da cultura do diálogo e a desconstrução da cultura do conflito.

Analisando as técnicas de resolução alternativa do ponto de vista externo, não restam dúvidas de que as mesmas possuem menor custo e ampliam o acesso à Justiça. Por meio da mediação, técnica de destaque para o presente trabalho, será necessário observar ao menos três elementos: a redução com os custos do procedimento, a satisfação com os resultados obtidos e a redução da reincidência.

Internamente, compreende-se que as técnicas de RAC são formas interpessoais de tratamento adequado do conflito, utilizando-se melhor do componente emocional inerente a todo litígio e proporcionando um menor grau de agressividade para a solução da contenda.²⁸ Assim, é importante pontuar que, desde a constituição do Estado Moderno, a resolução de conflitos jurídicos é monopólio do Estado²⁹, que por meio da força sempre determina o ganhador e o vencedor da lide, nunca dois ganhadores³⁰. A partir dessa perspectiva é que, por meio das técnicas alternativas se obtém uma solução chamada “ganhar-ganhar”³¹, em que os interesses de ambas as partes podem ser satisfeitos, (r)estabelecendo-se a comunicação

²⁶ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ... op. cit., p. 21.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 21-22.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 22-23.

²⁹ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Notas sobre la justificación del uso de los sistemas alternativos. In: **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, Buenos Aires, ano 2, n. 1e2, abril 1997, p. 113.

³⁰ ENTELMAN, Remo. Métodos no pacíficos de resolución de conflictos. El litígio. In **Revista Libra**, Buenos Aires, ano 2, n. 3, outono de 1993, p. 21-25.

³¹ Vide Seção 3.

interrompida pelo litígio e a forma cooperativa de lidar com o problema, tarefa a cargo de um conciliador ou mediador³². Inicialmente, na seara penal, entende-se que tais técnicas aplicam-se aos conflitos de menor potencial ofensivo, não só porque é sempre possível recorrer ao sistema tradicional de resolução, mas também porque a natureza da contenda pode dificultar a solução alternativa, entre outras dificuldades.

Os objetivos da implementação das técnicas alternativas para a solução de conflitos são: descongestionar os tribunais, reduzindo o número de processos judicializados; diminuir os custos e a demora para as resoluções dos conflitos; proporcionar maior participação da comunidade nos processos de resolução; facilitar o acesso à Justiça; e oferecer à sociedade formas mais efetivas de resolução de problemas jurídicos³³.

Na busca por um sistema mais eficiente, entendido este como o que possibilita um menor custo e maior celeridade no atendimento dos interesses das partes, é essencial o cumprimento do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Poder Judiciário deve ser a última instância alcançada para a resolução de uma contenda. Nesse sentido, os conflitos na seara penal, inicialmente, precisam passar pelas técnicas alternativas de resolução. Caso a interferência de um terceiro neutro não produza efeitos, o Poder Judiciário poderá ser acionado, exceto nas hipóteses em que, por disposição legal ou pela natureza do conflito, seja mais adequado levar o litígio diretamente ao Judiciário.

Entre as décadas de 50 e 90, os Estados Unidos e, em menor grau, o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia destacaram-se na proliferação dos programas alternativos de resolução de conflitos, o que chega com mais força na América Latina apenas na década de 90.³⁴

Se um dos objetivos da democracia é a obtenção de um processo justo para todos, deve-se pensar na possibilidade de interferência de terceiros neutros na resolução dos conflitos penais, como mecanismo de melhoramento das políticas públicas, mas não como uma forma de expurgar as técnicas tradicionais de resolução.

A cooperação entre particulares neutros e setores já implementados da estrutura do Poder Judiciário permite um acesso igualitário à Justiça, o que não implica, certamente, na simples transferência da resolução dos conflitos para os setores privados.

Para o exercício da cidadania plena, é essencial que os tribunais orientem os cidadãos na utilização dos sistemas alternativos de resolução dos conflitos, antes de ser iniciado o

³² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ... op. cit., p. 22-23.

³³ Idem, ibidem, p. 24.

³⁴ DAVIS, William E.; CROHN, Madeleine. **Leciones aprendidas**. Experiencias com resolución alternativa de disputas. Judicial Reform Roundtable II, Williamsburg, Virginia, USA, 19-22/05/1996.

processo judicial, o que não elimina a possibilidade de implementação de sistemas alternativos de resolução ligados à Administração da Justiça e controlados judicialmente. Nesse sentido, entende-se que, se o procedimento alternativo é mais adequado à solução da controvérsia, não há qualquer impedimento para que a própria estrutura da Justiça ofereça aparato para tanto³⁵.

De todo modo, os sistemas alternativos precisam estar adequados aos ideais de moralidade política e social³⁶. Um Estado democrático e moderno deve se preocupar com o bem estar social, o que inclui o oferecimento de um serviço de justiça heterogêneo. Nem sempre o sistema formal ou tradicional de resolução de conflitos é mais adequado, razão pela qual é importante redefinir, numa perspectiva mais ampla, a concepção acerca da administração da Justiça.

O conceito de justiça legal, por meio do qual apenas a autoridade judicial profere o direito, deve permitir a possibilidade de as partes solucionarem os conflitos que lhes afligem, sobretudo quando a controvérsia não envolve necessariamente o interesse público.

É imperioso analisar os parâmetros de uma justiça penal alternativa a partir de uma leitura constitucional, dado que, na Constituição Brasileira, estão fincados os elementos principiológicos da organização da estrutura do Estado; mais que isso, a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa (art. 5º, III, da Constituição de 1988) e do acesso à justiça como princípio e direito fundamental.

2.3 UMA RELEITURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

2.3.1 Os direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana

Os direitos humanos e fundamentais podem ser compreendidos, para uma conceituação material, a partir da dignidade da pessoa humana, onde reside a sua fundamentabilidade material³⁷. Ainda que tal critério não seja absoluto nem exclusivo, uma

³⁵ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ... op. cit., p. 25-26.

³⁶ PEÑA GONZÁLES, Carlos. **Sobre la necesidad de las formas alternativas para la resolución**. In: Reunión de Ministros de Cortes Supremas latinoamericanas. Chile, 2 a 4 de novembro de 1994.

³⁷ Vieira de Andrade observa que, em última análise, o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nisso estaria a fundamentabilidade material dos direitos humanos. (ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 85)

vez que há direitos fundamentais reconhecidos às pessoas jurídicas ou reduzidos a outros princípios, a dignidade da pessoa humana é elemento essencial para tal fundamentação³⁸.

Questiona-se se apenas os direitos previstos no capítulo próprio da Constituição são diretos fundamentais. A resposta a essa pergunta pode ser de caráter material, estrutural ou formal³⁹.

A mera conceituação formal dos direitos fundamentais não é constitucionalmente adequada. No sentido formal, tratam-se dos direitos pessoais expressamente reconhecidos pelo constituinte; em sentido material, podem ser encontrados fora da Constituição. Uma boa conceituação reúne os dois elementos. Ainda assim, o que é fundamental para um Estado pode não ser para outro.⁴⁰

Os direitos fundamentais são princípios jurídico-constitucionais especiais que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana e surgiram com a criação do Estado Constitucional (final do séc. XVIII)⁴¹. O Estado protege a dignidade, proporcionando em última instância a felicidade humana. Nessa linha, os direitos fundamentais impõem a efetivação das normas constitucionais.⁴²

Numa outra acepção, compreende-se que direitos fundamentais constituem princípios da ordem jurídica que, geralmente, dependem de limitação ou elaboração pelo legislador⁴³. Podem também ser compreendidos como inatos, preexistentes, cabendo à positivação o seu reconhecimento. Não dependem de previsão legal para ser implementados.⁴⁴

Não há divergência quanto ao fato de que a evolução dos direitos fundamentais decorre do fenômeno da crise de liberdades. Com o tempo, “passa a caber aos direitos fundamentais um papel cada vez mais forte como corretivo em relação ao estreitamento de visão e ao ofego da função política”⁴⁵. Perante a dignidade humana, todos são iguais, não sendo possível afirmar que um grupo, indivíduo ou nação são superiores aos demais, pressuposto lógico para a efetivação de políticas públicas de conteúdo econômico e social.⁴⁶

³⁸ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 553-554.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

⁴⁰ CUNHA JR, op. cit., p. 556.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 566

⁴² Idem, Ibidem, p. 557.

⁴³ GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006, p. 279.

⁴⁴ CUNHA JR, op. cit., p. 568.

⁴⁵ GRIMM, op. cit., p. 279.

⁴⁶ CUNHA JR, op. cit., p. 569-570.

A dignidade da pessoa humana "é um dos poucos valores comuns no nosso mundo de pluralismo filosófico"⁴⁷, sendo a base dos direitos humanos e da democracia. "A maioria das pessoas assume, como fato empírico, que os seres humanos possuem uma dignidade intrínseca. Essa intuição compartilhada pode ser chamada de atitude padrão [...]. Todo sistema jurídico está baseado na suposição de que a dignidade humana realmente existe."⁴⁸ Ademais, "[...] todos os seres humanos possuem um único e incondicional valor; eles fazem *jus* a direitos básicos apenas por serem parte da humanidade. Nenhuma outra qualificação de idade, sexo, etnia ou origem religiosa é necessária."⁴⁹

2.3.2 Breve histórico e dimensões dos direitos fundamentais

Nas diversas nações, os direitos humanos nascem de maneira gradual. "Sua proto-história se inicia no século VI a.C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prossegue, no século seguinte, com a fundação da República Romana"⁵⁰.

Como afirma Bobbio, os direitos do homem são históricos, nascem gradativamente, à medida que vão surgindo as necessidades, permitidas pelo desenvolvimento técnico. Os direitos morais e os direitos legais utilizam como critério de distinção o fundamento; já os direitos naturais e os direitos positivos se valem da origem.⁵¹

Distingue-se a liberdade dos antigos⁵² da liberdade moderna⁵³. Na Grécia, o povo, pela primeira vez na história, governou-se a si mesmo. Em Roma, prosperou no governo republicano um sistema de freios e contrapesos entre os diferentes órgãos políticos. Mas foram necessários vinte e cinco séculos até que a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispusesse "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos."⁵⁴

O pressuposto básico dos direitos fundamentais é manter uma vida com dignidade e liberdade. Não é por outro motivo que, segundo Carl Schmitt, tais direitos são imutáveis (*unabänderliche*) ou de mudança dificultada (*erschwert*), só podendo ser alterados por meio de emendas à Constituição.⁵⁵

⁴⁷ ANDORNO, Roberto. **The paradoxical notion of human dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em 03 mar 2013.

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰ CUNHA JR., op. cit., p. 570.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7-8.

⁵² Participar da vida política – argumento da sustentação aristotélica acerca da necessidade da escravidão.

⁵³ Realização da existência individual e pessoal de cada um.

⁵⁴ CUNHA JR., op. cit., p. 570-571.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 560-561.

Historicamente, há uma irreversibilidade e irretroatividade dos direitos fundamentais que vão sendo reconhecidos. Eles se complementam. A distinção entre gerações⁵⁶ é apenas gradual, não substancial. Muitos direitos vão sendo reinterpretados. Por outro lado, os direitos sociais (tipicamente de segunda geração) são considerados como instrumentos de viabilização das liberdades públicas. Por isso não é possível analisar as gerações isoladamente.⁵⁷

Por exemplo, tratando da evolução dos direitos fundamentais na Alemanha, observa Dieter Grimm que, num primeiro momento, o país preocupou-se, sobretudo, com a consolidação, expansão e aprofundamento da proteção dos direitos fundamentais perante restrições à liberdade por parte do Estado ou perante atitudes fundamentais autoritárias e tradicionais. A proteção dos direitos fundamentais alcançou o nível da aplicação do direito. Neste sentido é que as “leis que restringem direitos fundamentais ou que, no caso concreto de sua aplicação, têm efeito restritivo sobre os direitos fundamentais, têm que ser interpretadas, por conseguinte, à luz do direito fundamental restringido”⁵⁸. Tal fenômeno repetiu-se variavelmente em diversos países de pretensão democrática.

A vinculação dos direitos fundamentais à liberdade e dignidade são elementos de aproximação de uma pretensa universalidade, uma vez que se tornam ideais da pessoa humana. A primeira expressão disso foi a Declaração dos Direitos do Homem de 1789⁵⁹.

A subdivisão dos direitos humanos em gerações foi proposta por Karel Vasak na Conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, inspirada nos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Com o tempo, surgem e surgirão novas gerações de direitos. Contudo, o termo “gerações” é criticado porque pode implicar na falsa impressão de sucessão de direitos, mas também porque os direitos assumem novas dimensões com o surgimento de outros, como, por exemplo, a propriedade passou a exigir o cumprimento da função social, com o advento dos direitos sociais, e o cumprimento da função ambiental, com o surgimento dos direitos de terceira geração – difusos. Por isso, o termo “dimensões” seria mais adequado.⁶⁰

⁵⁶ Observa Paulo Branco que: “Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268)

⁵⁷ CUNHA JR., op. cit., p. 595-596.

⁵⁸ GRIMM, op. cit., p. 275-276.

⁵⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 562.

⁶⁰ CUNHA JR., op. cit., p. 596-598.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, direitos civis e políticos, são marcadamente individualistas (liberdades públicas dos franceses) – direitos do indivíduo frente ao Estado, direitos de defesa, liberdades negativas⁶¹. O reconhecimento de tais direitos coincide com o surgimento do constitucionalismo moderno. Visavam à tutela da liberdade tanto civil quanto politicamente.⁶² Correspondem à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente, ao *status negativus* da classificação proposta por Jellinek. Valorizam o homem singular da sociedade abstrata e mecanicista, não havendo constituição digna que hoje os descarte.⁶³

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, direitos sociais, econômicos e culturais, surgem a partir dos sinais de decadência do Estado Liberal, mormente no contexto da I Guerra Mundial, que trouxe desequilíbrios ocasionados pela livre concorrência e a inexistência de garantias mínimas à maior parte do povo, oprimida pela marcante concentração de riquezas do capitalismo. Assim, foi necessária a intervenção do Estado nas relações socioeconômicas.⁶⁴ Nasce nesse contexto o Estado do Bem-Estar Social. Uma intervenção que inicialmente seria passageira, para estancar os problemas do pós-guerra e da desigualdade social, tornou-se essencial à satisfação dos indivíduos com escola, educação, trabalho, moradia etc.⁶⁵

Tais direitos passaram normalmente por um ciclo de baixa normatividade ou eficácia duvidosa, inseridos nas normas programáticas, mas tal perspectiva, contrária à efetivação, está hoje perto do fim, principalmente com as disposições constitucionais que determinam sua aplicabilidade imediata⁶⁶.

O movimento socialista fez entoar o princípio da solidariedade, emplacando a necessidade de atender aos direitos sociais, garantindo proteção aos mais fracos (justiça social). Numa perspectiva de cooperação social, era necessário redistribuir vantagens, direitos

⁶¹ Acerca da Primeira Dimensão dos direitos observa Paulo Gustavo Gonet Branco que: “O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve — considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos — não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhes fossem colidentes”. (MENDES, COELHO, BRANCO, op. cit., p. 267).

⁶² CUNHA JR., op. cit., p. 601.

⁶³ BONAVIDES, op. cit., p. 563.

⁶⁴ Neste sentido observa Paulo Branco: “Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas” (MENDES, COELHO, BRANCO, op. cit., p. 267)

⁶⁵ CUNHA JR., op. cit., p. 601-603.

⁶⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 564.

e deveres na sociedade. São denominados direitos de igualdade porque visavam reduzir as desigualdades sociais e econômicas da época, exigindo atuação positiva do Estado.⁶⁷

Tais direitos foram reconhecidos na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Russa de 1918, e, sobretudo, na Constituição da República de Weimar de 1919, marco para a separação entre o constitucionalismo liberal (século XVIII e XIX) e o constitucionalismo social (século XX). No Brasil, os direitos sociais foram incorporados com a Constituição de 1934, com forte influência da Constituição de Weimar. O problema, porém, dos direitos sociais no Brasil não foi bem a sua disposição, mas a sua efetivação, que pende diante da falta de vontade política e/ou de recursos. Todavia, com a formulação de sua aplicabilidade imediata nas Constituições contemporâneas, tal crise está perto do fim.⁶⁸

Os direitos sociais demonstram que, tão importante quanto proteger os indivíduos, é essencial proteger as instituições, fazendo erigir as garantias institucionais como um novo conteúdo dos direitos fundamentais, elevando a necessidade de preservação do *status quo*, a impossibilidade de alteração e eliminação de determinados direitos, e fortalecendo a necessidade de efetivação de certos valores sociais. A universalidade ultrapassa a dimensão dos indivíduos ou de um Estado particular para atingir uma comunidade de Estados ou toda a comunidade de Estados⁶⁹.

No contexto do surgimento dos direitos de segunda dimensão, ganha força o direito de acesso à Justiça, notadamente a partir da necessidade de implementação de tal acesso por parte do Estado, sobretudo do ponto de vista material, ou seja, não de mero acesso ao Poder Judiciário, mas de produção judicial justa e adequada.

Do ponto de vista penal, a falência do sistema vigente demonstra a necessidade de reconstrução do paradigma imperante para viabilizar a solução de conflitos por meio de sistemas alternativos, como o proposto pela Justiça Restaurativa.

Os direitos de terceira dimensão ainda estão em fase embrionária. Decorrem da necessidade de proteção coletiva, num contexto de avanço tecnológico e aumento da criminalidade. São conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade em razão da sua implicação universal, exigindo esforços até mesmo mundiais para a sua realização. Tratam-se, por exemplo, do direito ao meio ambiente equilibrado, do direito ao desenvolvimento, do direito à autodeterminação dos povos e do direito à paz mundial, todos consagrados na Constituição brasileira de 1988. Alguns desses direitos carecem de positivação, mas

⁶⁷ CUNHA JR., op. cit., p. 603-604.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 604-607.

⁶⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 565-567.

encontram-se resguardados em tratados internacionais mais recentes.⁷⁰ Têm por destinatários não os indivíduos ou as instituições, mas o gênero humano. Uma vez que não se vislumbrava ainda os seus contornos, Vasak indicou a paz, o meio ambiente, o direito das comunidades nesta dimensão de direitos fundamentais. Foram caracterizados por Etienne-R. Mbaya, jusfilósofo colombiano, não como direitos de fraternidade, mas de solidariedade.⁷¹

Os direitos fundamentais de quarta dimensão, direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia, ainda não consagrados nas ordens jurídicas internas e internacionais, são resultado da globalização dos direitos fundamentais. São exemplos de tais direitos, o direito à democracia direta e globalizada, o direito à manipulação genética, o direito à mudança de sexo.⁷²

Para Paulo Bonavides, a globalização dos direitos fundamentais equivale à sua universalização no campo institucional. Nessa dimensão, podem ser identificados o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. A sociedade aberta do futuro depende da concretização desses direitos. Uma democracia constituída sob tal perspectiva estaria livre da mídia manipuladora e do monopólio do poder.⁷³

Pode-se ainda falar em direitos fundamentais de quinta dimensão, o direito à paz. É um direito de quinta dimensão porque é condição indispensável ao progresso de todas as nações, pressuposto qualitativo da existência da humanidade, elemento de conservação da espécie. Há autores, todavia, que relacionam esta geração com as relações virtuais e cibernéticas.⁷⁴

Considerando que a Justiça Restaurativa tem o intuito de restabelecer a paz diante de um conflito penal, compreende-se que o cidadão é dotado do direito subjetivo de ser conduzido ao procedimento restaurativo, via mais célere e menos burocrática, para ter reposto o bem jurídico vilipendiado ou, ao menos, minimizar a dor, o sofrimento e a cotidiana morosidade do sistema convencional de resolução de conflitos penais.

O direito de ser conduzido ao procedimento restaurativo e dele participar enquadra-se, portanto, na dinâmica prospectiva da quinta dimensão dos direitos fundamentais, sendo, um direito do futuro. Apesar de as alternativas para a resolução de conflitos penais serem tão antigas quanto o próprio Direito Penal, sobreleva-se na contemporaneidade a necessidade de

⁷⁰ CUNHA JR., op. cit., p. 608-609.

⁷¹ BONAVIDES, op. cit., p. 569-570.

⁷² CUNHA JR., op. cit., p. 609.

⁷³ BONAVIDES, op. cit., p. 571.

⁷⁴ CUNHA JR., op. cit., p. 610, nota 145.

reconstrução sistêmica do paradigma punitivo, sobretudo diante do aumento do número de presos e dos altos índices de reincidência.

A Justiça Restaurativa apresenta-se como uma nova dimensão dos direitos do homem a ser respeitada desde agora e para as gerações futuras. Porém, diante da necessidade de imediata implementação dos direitos sociais, principalmente, do acesso à Justiça, já traz resultados reais de sucesso, através da adaptação de procedimentos aborígenes antigos e de experiências procedimentais reanalisadas, como a mediação, conforme se verificará adiante.

2.3.3 A dignidade humana como valor essencial à Justiça Restaurativa

O neoconstitucionalismo “tem por fim o reconhecimento de uma Teoria da Constituição substanciada, ancorada, na prévia ontologia cultural”⁷⁵. A Constituição passa a apresentar uma dimensão axiológica e teleológica por meio da inserção de princípios como a igualdade, a liberdade, a fraternidade e a dignidade da pessoa humana.

Tal concepção decorre do fracasso do Estado Legislativo de Direito, mormente diante do holocausto (de 1939 a 1945) implementado por Hitler. “A Lei e o Princípio da legalidade eram as únicas fontes de legitimação do direito”, abrindo espaço para um direito constitucional fundado na dignidade da pessoa humana.⁷⁶

O neoconstitucionalismo e a dignidade humana são expressões que se estabeleceram conjuntamente, na medida em que se entendeu ser o homem a *ratio essendi* de um direito justo, de modo que o direito está proibido de apresentar qualquer forma de degradação, alvitramento ou coisificação do homem.⁷⁷

A constitucionalidade passa a ser o centro de todo o sistema jurídico, reconhecendo-se a força normativa da Constituição. Assim, uma lei formalmente válida pode ser substancialmente inválida, considerando que a Constituição impõe proibições e obrigações de conteúdo.⁷⁸

O neoconstitucionalismo vincula ideias de compromisso como intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político de conhecimento científico do direito. Ainda evidencia que algumas descrições podem ter vinculação política, na medida em que não se pode colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos eles estão destinados ao âmbito da

⁷⁵ SOARES, op. cit., p. 122-123.

⁷⁶ CUNHA JR., op. cit., p. 40.

⁷⁷ SOARES, op. cit., p. 128.

⁷⁸ CUNHA JR., op. cit., p. 40-41.

subjetividade. Também demonstra aceitação moral do direito, reaproximando a Constituição dos valores éticos e sociais, ao passo em que lhe confere força normativa.⁷⁹

Houve uma mudança de postura dos textos constitucionais que passam a estabelecer explicitamente valores relacionados à dignidade da pessoa humana, além de opções políticas gerais, como a redução da desigualdade, e específicas, como a obrigação de o Estado prestar serviços na educação e na saúde.⁸⁰

A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da experiência axiológica do direito deve ser compreendida em sua dimensão histórico-cultural. Verifica-se que é dotada de sentido com conteúdo valorativo, pertencente ao campo da cultura humana.⁸¹ Tal fenômeno teve início na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949 e no Brasil a partir da Constituição de 1988, com a constitucionalização do direito.⁸²

Da concepção jusnaturalista da dignidade da pessoa humana (séculos XVII e XVIII), igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade, reconhece-se que a ordem constitucional que consagra essa ideia parte do pressuposto de que o homem, em razão de o ser, é titular dos direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado.⁸³

Após a 2ª Guerra Mundial, os debates acerca da dignidade da pessoa humana readquirem relevo, de modo que a grande maioria dos textos normativos nacionais e internacionais passa a conhecer textualmente a existência da dignidade humana. Inicialmente, com a internacionalização dos direitos decorrentes da dignidade, recebendo o nome de direitos humanos. Posteriormente, verificou-se a constitucionalização dos direitos decorrentes da dignidade humana, recebendo o nome de direitos fundamentais.⁸⁴

Ganha destaque a força normativa dos princípios e o reconhecimento da dupla dimensão normativo-axiológica das Constituições, proporcionando a defesa da efetivação dos direitos fundamentais sociais e do controle judicial das políticas públicas.⁸⁵

A valorização da principiologia constitucional faz com que a Constituição apresente-se como expressão do mundo dos fatos e valores, de viés axiológico e teleológico, validando-a normativamente, conferindo-lhe efetividade e legitimidade (dimensão valorativa).⁸⁶

⁷⁹ SOARES, op. cit., p. 128.

⁸⁰ CUNHA JR., op. cit., p. 41.

⁸¹ SOARES, op. cit., 129.

⁸² CUNHA JR., op. cit., p. 41.

⁸³ SOARES, op. cit., p. 132.

⁸⁴ Idem, ibidem, p. 132-133.

⁸⁵ CUNHA JR., op. cit., p. 42-43.

⁸⁶ SOARES, op. cit., p. 127.

Com a nova posição topográfica dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, fica evidenciado que o homem é o fim da proteção do Estado. A colocação dos direitos sociais num capítulo próprio, dentro dos direitos fundamentais, afastou o posicionamento doutrinário de que não se tratavam de direitos fundamentais e, portanto, não tinham força vinculativa. Foi adotada uma cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º). Os direitos fundamentais são ainda cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV) e possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º).⁸⁷

A dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro foi verificada na Constituição Federal de 1988, como representante do contexto histórico e político-social de redemocratização, recebendo a qualidade de fundamento do Estado Democrático de Direito. A dignidade também é expressa em outros títulos, como: ordem econômica e financeira e ordem social⁸⁸.

Todas as normas constitucionais são providas de eficácia, mas nem todas possuem aplicação direta e imediata. Todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, independentemente de seu grau de eficácia, até mesmo as normas não previstas na Constituição Federal, desde que ostentem a fundamentabilidade material. Deve-se extrair da interpretação do texto normativo sua máxima efetividade e utilidade. Nesse sentido, as normas de direitos fundamentais, aplicam-se independentemente da existência de lei.⁸⁹

Verificado que a dignidade da pessoa humana possui força normativa, deve-se ater às modalidades de eficácia deste valor.

A dignidade apresenta um âmbito negativo e outro positivo, ou seja, dimensões subjetiva e objetiva. A subjetiva refere-se à proteção da liberdade individual em face do Estado. A objetiva implica que os direitos fundamentais funcionem como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, em conformidade com a Constituição. O âmbito positivo refere-se à obrigação de o Estado concretizar a dignidade da pessoa humana por meio da promoção da igualdade substancial. Verifica-se a criação de um dever positivo e de outro negativo ao Estado.⁹⁰

⁸⁷ CUNHA JR., op. cit., p. 634-635.

⁸⁸ SOARES, op. cit., p. 135-136.

⁸⁹ CUNHA JR., op. cit., p. 635-636.

⁹⁰ SOARES, op. cit., p. 144-145.

2.3.3.1 A necessidade de dignidade nas reformas penais e a efetivação democrática

Quando se fala em reforma no sistema penal, são necessárias, sem dúvida, reconstruções teóricas que permitam práticas mais humanas. Afinal, a função política do Direito Penal é essencial para a efetivação do Estado Democrático de Direito. A preocupação com a democracia num estudo penal pode parecer equivocada, mas tal compreensão decorre da falta de conhecimento acerca da verdadeira função da punição, como se esta tivesse sido colocada em um “vácuo político.” Nesse sentido, como explica Leonardo Sica⁹¹, os estudos de Tereza Cadeira⁹², por exemplo, pretenderam demonstrar que a esfera da justiça representa um dos principais obstáculos à democracia, uma vez que reproduzem práticas violentas e violadoras dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

Obtempera Selma Santana que as finalidades da Política Criminal para uma maior funcionalidade processual encontram seu limite na inviolabilidade da dignidade humana, “[...] embora, por outro lado, se deva considerar a possibilidade de limitação de interesses individuais em prol da funcionalidade processual, desde que não se conflitem diretamente com a garantia da dignidade da pessoa, ainda que surjam como emanções de direitos fundamentais.”⁹³

É necessário consolidar categorias de participação e deliberação sob outras formas de expressão, mais distantes da imposição e mais próximas da negociação. É preciso aplicar inovações que contemplem os ideais de democracia e pluralismo, os quais, em apertadíssimo resumo, têm em comum a limitação do poder estatal pela existência de “outros núcleos de poder.”⁹⁴ Assim, a Justiça Restaurativa pretende-se renovadora e instigante, como forma democrática de resgate da cidadania.

Nesse diapasão, analisar-se-á o problema do acesso à justiça e como a Justiça Restaurativa traz elementos essenciais para a melhoria desse acesso.

⁹¹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14-15.

⁹² CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. **Cidade de muros**. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: RT, 2000.

⁹³ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 154.

⁹⁴ SICA, op. cit., p. 203-204.

3 ACESSO À JUSTIÇA NO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 ALGUMAS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA: DA ORIGEM A RAWLS, BASE PARA A COMPREENSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

No neoconstitucionalismo, o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais dá força à dignidade da pessoa humana, tanto subjetiva como objetivamente, o que se coaduna com o constitucionalismo brasileiro de natureza dirigente, potencializando a realização do direito justo.⁹⁵

Para alguns, o justo é o que o Direito diz (*jus dicere*). Esta noção de justiça positiva não parece ser suficiente para enfrentar os ditames do Estado Democrático de Direito, como se constitui a República Federativa do Brasil.

Direito e justiça são termos sempre associados historicamente. A ideia de justo, inicialmente referida às divindades, passa a ser questionada com a autonomia do homem perante os Deuses. Sempre esteve associada, portanto, a outros elementos, como a política, a religião etc. O direito justo é, assim, o direito legítimo, o direito aceito por determinada sociedade, conforme os seus padrões éticos e valores. A justiça reconhece no direito um significado sem o qual, sequer, teria sentido de existir. Por isso, uma lei formalmente válida pode deixar de ser cumprida, se não corresponder ao sistema de valores aceito.⁹⁶

Na antiguidade, os gregos aproximaram-se da noção de justiça com igualdade; já os romanos, identificaram-na enquanto uma ordem pacificadora, onde vigorava a ideia de que a cada um deve ser dado o que é seu (*suum cuique tribuere*).

A Lei do Talião, por atroz que fosse, no seu tempo, andou lado a lado com a noção de justiça enquanto princípio retributivo.

Desde a Grécia Antiga, existem registros históricos que evidenciam a busca humana pelo verdadeiro sentido de justiça. Nos diálogos entre Sócrates e Trasímaco, muito se discutiu acerca da necessidade de a vida ser pautada na justiça. E a concepção de justiça, para pensadores daquele período, inclusive Trasímaco, consistia em fazer o que é conveniente para o mais poderoso⁹⁷.

⁹⁵ SOARES, op. cit., p. 149-150.

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 23-24.

⁹⁷ PLATÃO. *A República*. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973, p. 25.

O pensamento de Sócrates (“conhece-te a ti mesmo”) é uma oposição ao movimento sofista. Platão, seu principal discípulo, foi responsável pela criação da teoria das ideias. Para ele, a justiça ideal expressa a hierarquia harmônica entre três partes da alma: a sensibilidade, a vontade e o espírito. Embora discípulo de Platão, Aristóteles rompe com o seu mestre, entendendo que somente por abstração a matéria existe desprovida de forma e que a justiça não se separa da vida, da pólis, surgindo da necessidade natural de convivência e de promoção do bem comum.⁹⁸ As noções acerca de justiça distributiva remontam dos antigos profetas bíblicos, mas o primeiro filósofo que sistematizou o seu pensamento acerca da matéria foi Aristóteles, no “Livro V de *Ética a Nicômaco*.”

Para o Estagirita⁹⁹, a ação humana visa sempre a um fim; é, portanto, teleológica. A *Ética* é a disciplina que identifica o fim mais digno e os motivos pelos quais devem empenhar-se os sujeitos na consecução deste fim. Como os fins não são os mesmos para todos, tendo cada um uma concepção de felicidade, Aristóteles propõe um ideal teleológico único, o sumo bem¹⁰⁰. Para ele, a justiça é a maior das virtudes, é toda a virtude. O homem prudente é aquele que seleciona, em cada caso, a ação mais racional. A vida boa, racional e prudente terminam por se confundir no pensamento aristotélico. Assim, Aristóteles delinea a noção de justo meio¹⁰¹. A justiça seria uma virtude maior, que consiste em tratar com equidade certas situações – “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”¹⁰².

Para Aristóteles, existem dois tipos de justo: o natural e o legal. Além da justiça geral e da justiça particular. Esta se divide em distributiva e corretiva, visando uma igualdade aritmética – o juiz passa a personificar a noção de justo. A justiça corretiva se divide em

⁹⁸ SOARES, op. cit., p. 31

⁹⁹ Estagira (hoje Stavro), na Macedônia, é a antiga cidade grega onde nasceu Aristóteles.

¹⁰⁰ “Em palavras, o acordo quanto a este ponto é quase geral; tanto a maioria dos homens quanto as pessoas mais qualificadas dizem que este bem supremo é a felicidade e consideram que viver bem e ir bem equivale a ser feliz; quanto ao que é realmente a felicidade, há divergências, e a maioria das pessoas não sustenta opinião idêntica à dos sábios. A maioria pensa que se trata de algo simples e óbvio, como o prazer, a riqueza ou as honrarias; mas, até as pessoas componentes da maioria, divergem entre si, e muitas vezes a mesma pessoa identifica o bem com coisas diferentes, dependendo das circunstâncias – com a saúde quando ela está doente, e com a riqueza quando empobrece; cômicas, porém de sua ignorância, elas admiram aqueles que propõem alguma coisa grandiosa e acima de sua compreensão”. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 120. Coleção Os pensadores.).

¹⁰¹ “Se, então, o injusto é iníquo (ou seja, desigual), o justo é igual, como todos acham que ele é mesmo sem uma argumentação mais desenvolvida. E já que o igual é o meio-termo, o justo será um meio-termo. Ora: a igualdade pressupõe no mínimo dois elementos; o justo, então, deve ser meio-termo, igual e relativo (por exemplo, justo para certas pessoas), e na qualidade de meio-termo ele deve estar entre determinados extremos (respectivamente ‘maior’ e ‘menor’) [...]” (COELHO. André. *Crítica de Jürgen Habermas à teoria da “justiça como equidade” de John Rawls*. In: ANAIS DO XIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – FORTALEZA. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>> Acesso em 10 jan. 2010, p. 198).

¹⁰² Aristóteles diz que as pessoas não são iguais, deste modo, não receberão coisas iguais, o que ocasiona reclamações, afirmando que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”. “O justo nessa acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade” (Idem, *ibidem*, p. 199).

justiça comutativa e reparadora. É importantíssima a noção de equidade desenvolvida por Aristóteles. Para ele justiça e equidade são a mesma coisa.¹⁰³

O jusnaturalismo teológico desenvolve-se na Idade Média, sob decisiva influência do cristianismo e do predomínio da fé. Destacam-se dois movimentos, a patrística e a escolástica. A patrística buscava explicar os dogmas da religião católica. São expoentes: Tertuliano, Santo Ambrósio, São João Crisóstomo e, principalmente, Santo Agostinho. Agostinho observa a necessidade de busca da cidade celeste em rompimento com o Estado Pagão. Distingue a lei eterna (obra de Deus), da lei natural (obra do coração dos homens). A escolástica, em São Tomás de Aquino, evidencia que a fé e a razão são diferentes formas de chegar a um verdadeiro conhecimento. A justiça seria uma virtude geral. Existe o direito natural dos animais e dos homens (conhecido por todos).¹⁰⁴

O jusnaturalismo racionalista destaca-se pela colocação do homem no centro e não mais de Deus. É advento da ilustração e serve como alavanca teórica para as revoluções burguesas do século XVIII. A natureza humana passa a ser genuinamente social. Grotius, pai do direito internacional, distingue *jus naturale* de *jus voluntarium*. Pufendorf preconiza que a lei natural não seria a voz interior da natureza humana, como pretendia Grotius, mas resultava de forças exteriores que reuniam os homens em sociedade. Locke, por sua vez, compreende que a lei natural é mais inteligível que o direito positivo. O pacto social sanaria as deficiências do Estado de Natureza, por meio de três órgãos: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.¹⁰⁵

Para Hobbes e Rousseau a natureza humana é individualista. Na acepção do primeiro, no estado de natureza, o homem podia tudo, precisando da sociedade para controlar sua fúria em prol da coletividade. Enquanto que o segundo, compreende que o contrato social espelha uma ordem justa, uma vez que a natureza se submeteria a uma vontade geral.¹⁰⁶

Immanuel Kant rompe com os conceitos teleológicos de fim e de bem explorados na abordagem aristotélica, voltando-se para os conceitos deontológicos de dever e de lei. Para ele, independente dos fins, é preciso obedecer à tão polêmica lei moral. A lei é universal e necessária, não podendo ser obtida a partir de experiências particulares, devendo ser buscada tão somente na razão. A vontade humana, porque também influenciada pela inclinação, para ser integralmente boa, deve seguir princípios – imperativos. O imperativo hipotético seria o

¹⁰³ SOARES, op. cit., p. 32.

¹⁰⁴ Idem, ibidem, p. 34-36.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 36-38.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 38.

meio apto para alcançar determinado fim, uma regra técnica; o imperativo categórico ordenaria incondicionalmente (independente de fins)¹⁰⁷.

O maior grau de profundidade do jusnaturalismo ocorre com Kant. Para ele, o conhecimento só é possível com a interação entre a experiência e as condições formais da razão. Conforme o imperativo categórico, o homem só poderia agir se a sua ação se pretendesse universal. “A obediência do homem ao imperativo categórico, pela sua vontade autônoma, constitui a essência do jusnaturalismo.”¹⁰⁸ Kant é jusnaturalista, na medida em que admite a existência de normas jurídicas anteriores ao direito positivo e atreladas à ideia de liberdade. Buscava-se, por assim dizer, uma regra de justiça de validade universal.¹⁰⁹

Para Bobbio¹¹⁰, existe uma ilusão do argumento absoluto no jusnaturalismo (certos direitos acima de qualquer questionamento). Segundo Kant, apenas um direito era inato: a liberdade. Toda busca de fundamento absoluto é infundada. Enquanto Aristóteles identifica a justiça com a equidade, Kant a identifica com a universalidade e a autonomia. Se o sujeito se reconhece na norma enquanto destinatário e legislador, esta norma é justa. A justiça, portanto, está acima de qualquer fim e de qualquer bem, sendo uma condição indispensável de validade moral, na percepção kantiana.

Com a publicação de “A theory of justice”, traduzida para o português como “Uma teoria da justiça”, John Rawls muito contribuiu para o desenvolvimento do conceito de justo.

¹⁰⁷ “Os imperativos podem ser hipotéticos ou categóricos. Os imperativos hipotéticos ordenam uma certa ação sob a condição de que o sujeito pretenda alcançar um certo fim. Se esse fim é contingente, como construir uma casa, preparar um alimento, obter lucro numa atividade etc., então o imperativo hipotético apenas indica qual o meio apto a alcançar esse fim para todo aquele que queira alcançá-lo e se chama, nesse caso, uma *regra técnica*. Se, por outro lado, o fim colimado é necessário – como o é a felicidade, que nenhum ser humano pode deixar de querer –, então o imperativo hipotético fornece uma certa orientação de ação com vista a certa concepção desse fim e se chama, nesse caso, um *conselho de prudência* [...]. Diferentemente, o *imperativo categórico* é aquele que ordena incondicionalmente, o que significa que ele ordena independentemente dos fins – contingentes ou necessários – que o sujeito tem em vista. Por isso mesmo, uma lei moral, que pretende universalidade e necessidade, só poderá caber na forma de um imperativo categórico. Encontrar o conteúdo do imperativo categórico e o da lei moral coincidem [...]. O imperativo categórico, porque é incondicionado, não pode ordenar a realização de uma certa ação, nem ter em vista um certo fim. Deve formular-se de tal modo que contemple apenas a forma da universalidade e necessidade. Assim, Kant propõe para ele a seguinte formulação: ‘Age de modo que possas querer que a máxima de tua ação se converta também numa lei universal’. Toda ação cuja máxima passe pelo teste de universalização é moralmente correta, enquanto a ação cuja máxima não passe por esse teste é moralmente incorreta [...]. Numa segunda formulação, Kant enuncia o imperativo categórico como segue: ‘Age de modo a tratar a humanidade, seja na tua pessoa, seja de qualquer outro, sempre também como um fim, e nunca simplesmente como um meio’. Dessa forma, rompe com a ideia aristotélica de um agente que, para medir a validade moral da ação, só precisa levar em conta os seus próprios fins. Agora, cada uma das outras pessoas deve ser vista como tendo um valor absoluto (uma dignidade), e não um valor relativo a fins que se tem em vista (um preço). Cada pessoa é um fim em si mesma, motivo por que toda realização dos fins de uma deve procurar coordenar-se com a realização também dos fins das outras” (COELHO, op. cit., p. 4-5).

¹⁰⁸ SOARES, op. cit., p. 39.

¹⁰⁹ Idem, ibidem, p. 39.

¹¹⁰ BOBBIO, op. cit., p. 16-17.

Com a sua obra, pretendeu atacar as concepções utilitaristas e intuicionistas existentes à época¹¹¹.

Para Rawls, a sociedade é um sistema de cooperação e os indivíduos dela são livres e iguais. Cada pessoa pode, assim, buscar o seu próprio bem e cooperar com a sociedade. A sua concepção de justiça surge para solucionar os conflitos decorrentes desta relação de cooperação. Observa o filósofo que uma sociedade é bem ordenada se os indivíduos que a integram têm uma mesma concepção de justiça e as suas instituições atuam no mesmo sentido. Assim, é preciso, hipoteticamente, que os indivíduos, em condições de igualdade, escolham os princípios de justiça segundo os quais seria ordenada a sociedade, o que Rawls denomina de “posição original”, situação em que estariam os indivíduos desprovidos de convicções políticas, morais, religiosas.

Neste sentido, a justiça seria constituída com base em dois princípios: o da liberdade – que permitiria o maior grau possível de liberdades individuais coexistentes; e o da desigualdade – que garantiria oportunidades para todos e uma melhor situação para os menos favorecidos¹¹².

Assim, Rawls desenvolve a sua teoria da justiça como equidade, onde a satisfação de um não pode ser obstáculo para a satisfação de outro. Com tal percepção, acaba por aproximar as noções de justiça e bem¹¹³.

Apesar de todas as críticas à teoria desenvolvida pelo autor, sua perspectiva, principalmente quando se refere ao princípio da desigualdade – por meio do qual se almeja garantir oportunidades para todos e uma melhor situação para os menos favorecidos – adequa-se à problemática discutida neste trabalho. O deficitário acesso à Justiça além de não dar oportunidade àqueles que são vitimados na seara penal, não permite a ressocialização do ofensor e a sua reintegração à sociedade, impedindo melhores condições para que a imensa população (os menos favorecidos) tenha uma vida harmônica, na busca da distante paz social e do pleno exercício da cidadania.

¹¹¹ “Muitas vezes parecemos forçados a escolher entre o utilitarismo e o intuicionismo. O mais provável é que no fim acabemos nos acomodando em uma variante do princípio da utilidade que é circunscrita e limitada no âmbito de certas formas *ad hoc* por restrições intuicionistas. Tal visão não é irracional e não há certeza de que possamos fazer coisa melhor. Mas isso não é motivo para que não tentemos” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XXII).

¹¹² “A primeira afirmação dos dois princípios é a seguinte: Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, op. cit., p. 64).

¹¹³ Cf. COELHO, op. cit., p. 8-9.

3.2 CIDADANIA PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Para Aristóteles, cidadão é qualquer pessoa que goze de direitos e respeite deveres definidos pelas leis e pelos costumes da Cidade, conceito que traz em si a necessidade de uma integração social.

Numa concepção mais atual, para ser cidadão é preciso estar em gozo de direitos civis e políticos de um Estado, possuindo também deveres para com o mesmo¹¹⁴.

O sentido dos termos cidadão e cidadania vêm sofrendo, com o tempo, uma série de modificações, incorporando, hoje, noções mais amplas, até porque a justiça participativa pressupõe a conscientização dos cidadãos acerca da necessidade e da importância da sua participação nos procedimentos de elaboração e aplicação de normas e na execução de políticas públicas.¹¹⁵

Explica Bobbio que a concepção organicista de que o todo é melhor do que a parte proposta por Aristóteles leva à compreensão de um modelo jusnaturalista, de uma visão individualista acerca da igualdade. Houve uma inversão de perspectiva no início da era moderna. As guerras de religião trouxeram a noção de que os direitos naturais cabem ao homem, não dependem do Soberano. Chegou-se à concepção de que deve haver uma evolução: dos direitos dos cidadãos de cada Estado deve-se chegar aos direitos dos cidadãos do mundo. O prenúncio disso foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem que trata de direitos entre os Estados, trazendo, portanto, um Direito cosmopolita, como propusera Kant.¹¹⁶

A noção de justiça almejada na sociedade contemporânea não pode distanciar-se das críticas e contribuições de Habermas para a efetivação da cidadania plena no Estado Democrático de Direito.

Na obra, “Direito e democracia: entre faticidade e validade”, Habermas afirma que no Estado Democrático de Direito há uma conexão entre o direito e a política, fazendo com que suas normas garantam, a cada pessoa, direitos iguais¹¹⁷. A construção do conceito de justiça,

¹¹⁴ HERKENHOFF, J. B. **Direito e cidadania**. São Paulo: Uniletras, 2004, p. 14.

¹¹⁵ Robert Alexy explica que ampliação da margem de ação dos cidadãos pode acontecer por meio do reconhecimento de competências, pela criação de normas de proteção (sobretudo aquelas do direito penal) e pela concessão de direitos a prestações positivas em sentido estrito. “Na medida em que o direito ativamente cria liberdades, ele cria também sempre – direta ou indiretamente – não-liberdades [...] normas de direito penal que asseguram liberdades excluem a liberdade jurídica de se fazer aquilo que elas proibem”. (ALEXY, op. cit., p. 247).

¹¹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 1-6.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Factidad y validez**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 645.

no Estado Democrático de Direito, para o estudioso, não pode ser desenvolvida sem a noção de que todas as pessoas possam participar discursivamente, expor os seus interesses e aspirações – sendo este exercício necessário à efetivação de um Estado Democrático¹¹⁸. Assim, a cidadania deve ser compreendida para além da perspectiva individual. A busca pela plenitude e efetividade, neste caso, volta-se à cidadania coletiva, mormente no que se refere à necessidade de pacificação social.

O conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. Na democracia, todos os indivíduos possuem uma parte da soberania. O autor propõe que se fale em soberania dos cidadãos e não do povo, uma vez que povo é um conceito ambíguo do qual se serviu todas as ditaduras modernas. As decisões não se dão em favor do povo, mas de determinados indivíduos, muitos ou poucos. Não é o povo que vota, mas determinadas pessoas em situações pré-estabelecidas. A sociedade não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos. Se não fosse assim, o princípio da maioria não teria sentido. A noção de individualismo é essencial à proteção dos direitos. Essa noção, porém, foi ampliada, no direito público europeu, para o que Kant chama de “cosmopolita” – “uma violação a direitos ocorrida em um ponto da terra deve ser sentida em todos os outros.”¹¹⁹ Compreendia Kant que a Revolução Francesa era um sinal de que o “gênero humano está em constante progresso para o melhor.”¹²⁰

Diante do problema do acesso à Justiça, salvo uns poucos mais bem instruídos, a grande maioria das pessoas desacredita dos serviços da Justiça, daí a necessidade de se levar adiante uma proposta de democratização do sistema de resolução de conflitos, com a participação dos cidadãos como sujeitos de direito e em âmbito público, o que deve ser estendido inclusive aos técnicos e serventuários da Justiça. Estes últimos precisam, ainda, assumir os interesses dos jurisdicionados como próprios, proporcionando eficiência aos procedimentos de resolução.¹²¹

Nesse sentido, todos os profissionais dedicados a atividades de interesse público devem estar cientes de que os cidadãos que têm suas vidas reguladas por políticas de governo têm o direito de participar da sua formulação¹²².

¹¹⁸ A importância da teoria do discurso na construção do Estado Democrático de Direito é ressaltada por Barbara Freitag, estudiosa do pensamento de Habermas, quando afirma a importância e necessidade de construção de uma sociedade sobre base discursiva, que permita a todos a possibilidade de expor suas opiniões, formando-se assim uma sociedade mais justa. Cf. FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

¹¹⁹ BOBBIO, op. cit., p. 95-97.

¹²⁰ BOBBIO, op. cit., p. 95-97.

¹²¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 36.

¹²² ARON, Nan. **Liberty and justice for all**. Boulder, Colorado: Westview Press, 1989, p. 1-157.

No sistema penal vigente não se fala em cidadania sem que se permita aos envolvidos no conflito – ofensor, vítima e coletividade – a possibilidade de participação na solução do problema. Interferir nos rumos de um possível acordo é essencial para a pacificação social, sobretudo quando se reconhece que tanto ofensor quanto vítima são cidadãos e só se compreenderão enquanto tais se estiverem imbuídos do sentimento de pertencimento à coletividade. Esse é um pressuposto básico para a implementação da Justiça Restaurativa.

Tratando as pessoas como iguais, haverá a ampliação do ideal de cidadania, uma vez que todas as pessoas são vistas e abordadas como cidadãs, desenvolvendo o sentimento comum de pertencimento à sociedade, o que pode impedir a repetição de ofensas, eliminar a exclusão social e possibilitar o respeito aos direitos humanos.

Do ponto de vista estrutural ou da organização do Estado, o exercício da cidadania não implica apenas na possibilidade de os cidadãos exercerem os seus direitos, mas que os conflitos sejam solucionados de maneira adequada e oportunamente. Nesta senda, amplia-se o exercício da cidadania com a implementação de uma maior e mais heterogênea rede de possibilidades para a resolução dos conflitos, supondo-se, ainda, que a própria estrutura jurisdicional do Estado, de forma descentralizada, pode viabilizar procedimentos mais efetivos de resolução.¹²³

3.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL E IMPLEMENTAÇÃO DA DIGNIDADE NA JUSTIÇA PENAL

No âmbito penal, o devido processo não pode estar demasiadamente marcado por uma postura retrospectiva, voltado para a reconstrução e análise de fatos passados. “É necessário integrar esse ponto de vista a outro de caráter prospectivo, voltado, desde a fase inicial processual, para a eventual tarefa futura de socialização do delinquente.”¹²⁴

No que se refere à isonomia, o devido processo legal garante a igualdade processual entre as partes, sem excluir as desigualdades legalmente reconhecidas. O princípio do contraditório permite a formação da síntese (decisão), a partir da tese e da antítese, sendo essenciais ao processo justo. O princípio do juiz natural garante a segurança do povo contra o arbítrio estatal. A publicidade é garantia do povo contra o Estado e do juiz perante o povo, permitindo o controle democrático das decisões, o que não exclui o sigilo e o segredo de justiça. O princípio da motivação das decisões garante a inviolabilidade de direitos perante os

¹²³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 31-33.

¹²⁴ SANTANA, 2010a, op. cit., p. 169.

arbítrios. Até o livre convencimento do juiz se forma diante de critérios racionais, lógico-jurídicos, que devem ser expressamente indicados, preservando a segurança jurídica e a legitimidade das decisões. O princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio processual implícito na Constituição Federal, uma forma de evitar e reformar erros que são inerentes aos humanos. Fala-se, ainda, em princípio da proibição de prova ilícita e da duração razoável do processo, ponto crucial de crise da jurisdição. Para que a tutela seja eficiente deve acontecer em tempo hábil a permitir o desfrute da decisão. Todos estes princípios derivam do devido processo legal em sentido formal¹²⁵.

Para o tratamento do tema, importam sobremaneira as questões atinentes à instrumentalidade do processo, o tempo razoável do processo e a efetividade das decisões.

3.3.1 Acesso à Justiça e neoconstitucionalismo

O acesso aos órgãos jurisdicionais deve ser garantido pelo Estado, mas isso é algo elementar, corolário lógico do monopólio estatal no exercício da jurisdição. Se o Estado retira dos particulares a possibilidade de resolver por si mesmos os seus conflitos, torna-se responsável por prestar ao cidadão a tutela jurisdicional adequada.¹²⁶

O exercício da jurisdição como monopólio, apesar de abarcar todo o sistema, é visto com maior clareza no âmbito penal, mormente nos delitos de ação pública, oportunidade em que ficam frente a frente o Estado e o infrator e as vítimas são postas à margem do sistema, tendo seu lugar inteiramente ocupado pelos organismos competentes¹²⁷.

Não se pode olvidar que os advogados são formados com a crença de que o sistema jurídico e as instituições formais de resolução de conflito são a via adequada para a solução usual dos problemas jurídicos. De todo modo, recorre-se à força para resolução dos problemas e, invariavelmente, no sistema tradicional, essa força é exercida pelo Estado¹²⁸.

Pode-se dizer que o Estado deve oferecer para cada lide um instrumento processual adequado. A partir desta noção, é possível pensar o processo como instrumento. A ciência

¹²⁵ SOARES, op. cit., p. 165-173.

¹²⁶ “O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado que traz consigo conseqüências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva a qualquer pessoa que o solicite.” (tradução nossa) (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho**. Barcelona: Bosch, 2004, p. 76).

¹²⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ...op. cit., p. 103.

¹²⁸ ENTELMAN, Remo F. Métodos no pacíficos de resolución de conflictos: El litigio. **Revista Libra**, Buenos Aires, ano 2, n. 3, out., 1993.

processual, hoje, deixou de ser um conjunto de princípios e regras, e assume um caráter instrumental, voltado aos fins a serem alcançados no processo. Assim, observa Kazuo Watanabe:

[...] do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica¹²⁹.

Processo é instrumento para a realização de direitos, aproximando-o de elementos da Teoria Geral do Direito. Como instrumento, o processo só vale se visar efetivar direitos, sendo ferramenta eficaz à ordem jurídica justa. A necessidade de adequação do processo à situação substancial valoriza o procedimento, permitindo enxergar o processo como uma cadeia de atos. “Na pós-modernidade, o devido processo legal figura como uma cláusula de abertura do sistema constitucional-processual na materialização de resultados formal e substancialmente justos.”¹³⁰

Pela busca de efetividade processual, a fim de possibilitar decisões mais justas, a noção teórica de acesso à Justiça sofreu fortes alterações ao longo do tempo. Nos estados liberais burgueses, “direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.”¹³¹ Com o crescimento da população, as relações também se coletivizaram e o direito ao acesso efetivo à Justiça ganhou maior atenção no “Welfare State.”¹³² Hoje, é encarado “como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹³³

¹²⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. v. 2. Campinas: Bookseller, 2001, p. 20. Com uma filosofia ainda mais instigante, obtempera Cândido Rangel Dinamarco que falar em instrumentalidade do processo é “falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes [ou menos infelizes], mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.” (DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 295).

¹³⁰ SOARES, op. cit., p. 184-187.

¹³¹ Observam Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “A Teoria era a de que embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los, adequadamente, na prática” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9).

¹³² Para Cappelletti, o monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, devendo proporcionar justiça aos consumidores dos serviços jurisdicionais. (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero**. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, nº. 37, 1982, p. 243).

¹³³ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 12.

O processo voltado na sua origem à defesa de direitos subjetivos privados, com a pós-modernidade, depara-se com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais da sociedade civil, adquirindo as notas da pluralidade (a proteção não se restringe mais a direitos privados), reflexividade (abertura para novos valores e fatos sociais), prospectividade (utilização de muitas cláusulas gerais e princípios constitucionais), discursividade (cooperação para a busca de um ato decisório mais justo, permitindo a adoção de um paradigma crítico) e relatividade (recusa de um processo formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis e aceitação do papel ativo do julgador).¹³⁴

A evolução do conceito teórico de acesso à Justiça, de certo modo, trouxe ao direito processual moderno a valiosa compreensão de que “as técnicas processuais servem a funções sociais.”¹³⁵ Logo,

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹³⁶

Doravante, não é possível falar em procedimento adequado para solução de conflitos sem tangenciar o acesso à Justiça. E entender a fundamentabilidade deste direito não é viável, senão relacionando-o com os demais ramos do direito, principalmente com o Direito Constitucional.¹³⁷

O estudo do direito deve, portanto, partir do ordenamento constitucional. As previsões constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico. A Constituição, além de ser uma garantia, é um limite para o exercício dos direitos. Vale dizer: os princípios constitucionais trazem coerência para a atuação do Estado.

¹³⁴ SOARES, op. cit., p. 180-183.

¹³⁵ Idem, ibidem, p. 12.

¹³⁶ Idem, ibidem, p. 13.

¹³⁷ Neste sentido, obtempera o professor Wilson Alves de Souza, reportando-se ao ilustre J. J. Gomes Canotilho: “Do ponto de vista hierárquico o mais relevante estatuto normativo é a Constituição, impregnada de princípios (explícitos e implícitos), a partir, no que se refere ao direito processual, do princípio do processo devido em direito, alguns deles caracterizados como direitos fundamentais, dentre os quais se insere o princípio do acesso à justiça. Segue-se o código de processo civil, principal estatuto regulamentador da constituição no que se refere ao processo em geral e ao processo civil em particular, outros códigos de processo e leis processuais extravagantes. Abaixo dessas leis surgem outros diplomas regulamentadores, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais. Ao mesmo tempo a constituição pode conter dispositivos prescrevendo competência de órgãos jurisdicionais, controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público, etc. Fala-se, na primeira hipótese, em Direito Constitucional Processual, e, na segunda hipótese, em Direito Processual Constitucional em sentido estrito. Os dois aspectos em conjunto envolvem o que se denomina de Direito Processual Constitucional em sentido amplo”¹³⁷ (destaques originais) (SOUZA, op. cit., p. 72). Para Alexy, a Constituição é uma “ordem de valores hierarquizada”, uma “decisão constitucional fundamental” exercendo influência sobre todos os ramos do direito. (Cf. ALEXY, Robert, op. cit., p. 524-525)

A Constituição confere unidade ao ordenamento jurídico, estando nela as linhas gerais para a promoção do bem estar individual e coletivo¹³⁸. E a efetividade de direitos só pode ser alcançada caso se reconheça a supremacia da Constituição sobre as regras processuais¹³⁹. As conexões entre o processo e a Constituição são tão amplas que o direito processual pode ser visto como um “direito constitucional aplicado.”¹⁴⁰

No entanto, de nada vale a Constituição se as suas normas não se tornarem realidade. Nesse sentido, observa Konrad Hesse: “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”¹⁴¹.

Os direitos prestacionais também têm aplicabilidade imediata, além de exigirem atuação positiva por parte do Estado. São também fundamentais, dentro da perspectiva do neoconstitucionalismo, devendo integrar o rol de cláusulas pétreas. Compreender de forma diversa é dar azo ao aumento da criminalidade e das agressões aos direitos fundamentais. Os direitos sociais são essenciais para a implementação das necessidades de ordem material, à existência digna.¹⁴²

3.3.2 Implicações penais para um melhor acesso

Não existe certeza de que por meio de uma sentença se resolve o conflito. O conflito, quando segue latente, mormente quando é possível que as partes possam continuar se relacionando de alguma maneira, poderá desencadear novos litígios.¹⁴³ É o que ocorre, por exemplo, nos casos penais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher quando, muitas vezes, perdurando as possibilidades de relacionamento entre ofensor e vítima, levam a óbito.¹⁴⁴

¹³⁸ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

¹³⁹ DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Introdução ao direito processual constitucional. v. 1. Curitiba: Juruá, 2003, p. 120.

¹⁴⁰ GUERRA FILHO, op. cit., p. 24.

¹⁴¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

¹⁴² SOARES, op. cit., p. 152-154.

¹⁴³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit, 2003, p. 104.

¹⁴⁴ Pesquisas realizadas no Brasil demonstram que os feminicídios geralmente acontecem na esfera doméstica. Em cerca de 68,8% dos atendimentos a mulheres vítimas de violência, a agressão aconteceu na residência da vítima. Em pouco menos da metade dos casos, o perpetrador é o parceiro – ou ex-parceiro – da mulher. 42,5% do total de agressões contra a mulher enquadram-se nessa situação. Considerando a faixa dos 20 aos 49 anos, o número ultrapassa os 65%. Dentre 80 países pesquisados (a partir do sistema de estatísticas da OMS, o Brasil, com a taxa de 4,4 homicídios para cada 100 mil mulheres, ocupa a 7ª colocação entre os países com elevados níveis de feminicídio. Cf. Waiselfisz, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012: Os novos padrões da violência**

Ganham importância mecanismos alternativos de resolução de conflitos que se afastam do clássico tratamento dispensado ao ofensor, na perspectiva de proporcionar a redução da violência, a qual, depois da ocorrência do crime, pode aumentar, no caso de não (r)estabelecimento do diálogo entre os envolvidos na contenda.

Tanto o autor do fato delituoso quanto a vítima se relacionam de forma direta ou indireta com o Estado, mas, no âmbito penal, as possibilidades de diálogo entre as partes são reduzidas, em virtude do tratamento que o sistema tradicional de resolução dispensa ao crime, dado que concentra a sua atuação na aplicação da penal.

Os mecanismos convencionais de tratamento dos ilícitos penais solucionam as causas, permitindo, inclusive, certa compreensão do ilícito praticado. Mas os resultados obtidos com a aplicação do sistema tradicional são insatisfatórios, na medida em que tal sistema, em regra, despreza a discussão das razões não processuais e não jurídicas da origem do conflito.

Enquanto, no âmbito civil, fala-se comumente em restabelecimento do equilíbrio jurídico, reversão em perdas em danos etc; no âmbito penal, o Estado, na maioria dos casos, utiliza-se do seu poder punitivo para aplicar a pena, com uma postura direcionada para o fato passado, o crime, e para o criminoso. Existem poucas possibilidades de negociação penal previstas na legislação pátria. A mais convencional está expressa na Lei 9.099/95, que possibilita a transação penal nas contravenções e nas hipóteses envolvendo os crimes de menor potencial ofensivo.

Não se poder afirmar a inexistência de tratamento do conflito dentro do modelo clássico de resolução adotado no Brasil. Mas, as técnicas convencionais não estão voltadas para esse fim, e, sim, para a aplicação da lei ao fato tipificado como crime. Não existe, por exemplo, uma preocupação central com o restabelecimento das vítimas, nem com a discussão mais profunda dos conflitos. Com isso, pensa-se em uma solução penal que possa não só aplicar a lei, mas, também, tratar das relações que circundam o fato delituoso.

Depois da sentença penal condenatória, constituído o título executivo judicial, é viável, no ordenamento brasileiro, o ressarcimento dos danos causados às vítimas, nos âmbitos material e moral. Esta pretensão é manejada por meio da ação civil *ex delicto* e tem por objetivo responsabilizar o autor do crime ou o responsável penal, nos termos da lei, pelos danos causados à vítima.

Apesar de não ser objeto do nosso estudo, essa hipótese de reparação é válida, mas prima, quase sempre, pela recomposição patrimonial, reduzindo as possibilidades de diálogo

entre o ofensor e o ofendido, o que pode ser viabilizado com a técnica alternativa da mediação penal.

Observa-se, neste ponto, o que Selma Santana intitulou de “O redescobrimento da vítima.”¹⁴⁵ Antes do surgimento do Direito Penal, a vítima se encontrava situada no centro dos interesses dos sistemas primitivos de justiça, fundado essencialmente na vingança privada.

Com a tomada do poder para a solução de conflitos pelo Estado, a vítima caiu no esquecimento. A noção de bem jurídico trouxe uma objetivação da figura da vítima, “deixando ela de ser sujeito sobre o qual recairia a ação delitiva que sofreria a conduta delituosa, e passando a ser o sujeito portador de um valor.”¹⁴⁶

A ideologia da prevenção especial, voltada à ressocialização do delinquente, fez consolidar um Direito Penal dirigido ao autor do crime. Como reação a esse esquecimento, a vitimodogmática visa analisar até que ponto pode tomar-se em consideração o comportamento da vítima, durante o fato delitivo, para determinar o grau de responsabilidade em que há de incorrer o autor do evento.¹⁴⁷

Pelo “princípio da auto responsabilidade da vítima”, caso a mesma, por iniciativa própria, renuncie ao uso das medidas de proteção de que dispõe, e, portanto, abandone o bem jurídico, o autor do delito deverá ser eximido de sua responsabilidade penal.¹⁴⁸

O sistema de resolução de conflitos vigente declara “guerra ao crime”. Tal comportamento reaviva o sentimento de vingança extirpado outrora pelo próprio Estado, quando tomou para si o poder de solucionar os conflitos. A partir de tal perspectiva não se contribui para a erradicação do crime. Colabora-se para a união dos membros da sociedade na tentativa de responder à maldade causada. Crime e pena passam a ser fatores de coesão social.¹⁴⁹

¹⁴⁵ SANTANA, 2010a, op. cit, p. 17-19.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 17-19.

¹⁴⁷ Idem, ibidem, p. 17-19.

¹⁴⁸ Idem, ibidem, p. 17-19.

¹⁴⁹ SICA, op. cit., p. 41.

3.3.3 Um conceito adequado de Acesso à Justiça

Determinados direitos são hierarquicamente superiores e, por isso, fundamentais. Todavia, o que determina a fundamentabilidade do direito não é a sua positivação enquanto tal, rompendo-se atualmente com a ideia da fundamentabilidade formal.

Ainda que exista uma gama imensa de direitos considerados fundamentais nas diversas cartas constitucionais dos países democráticos, não há dúvidas de que determinados bens, para todas as sociedades, são considerados fundamentais. Tratam-se dos direitos fundamentais substanciais.¹⁵⁰

O acesso à Justiça é um direito fundamental substancial.¹⁵¹ Ou melhor,

[...] em outras palavras, o acesso à Justiça é um direito fundamental, e, mais do que isso, o mais importante dos direitos fundamentais, pelo menos quando houver a violação de um direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral ficam na dependência do direito desse acesso¹⁵².

O acesso à justiça possui um lugar de destaque entre os direitos individuais e sociais, pois a própria proteção dos direitos careceria de sentido se não existissem mecanismos para a sua aplicação efetiva.¹⁵³

O procedimento restaurativo pretende viabilizar o pleno acesso à Justiça, na medida em que possibilita o diálogo entre as partes envolvidas no conflito, ampliando as possibilidades de solução. A cidadania se sobreleva no procedimento, que permite, ainda, como se verá adiante, a participação de membros das coletividades envolvidas, reduzindo as dificuldades trazidas pelos ritos jurídicos, muitas vezes estigmatizantes e dotados de diversos problemas de ordem estrutural.

Nesta esteira são pertinentes as lúcidas palavras de Selma Santana, quando observa que:

[...] o Direito Penal não pode ordenar-se em um sistema fechado, nem se abandonar à mercê de um pensamento tópico, o qual opere à margem do sistema, mas sim que, em lugar disso, se construa um sistema aberto, no qual cada novo problema seja

¹⁵⁰ Cf. SOUZA, op. cit., p. 73-74.

¹⁵¹ Direitos e garantias fundamentais para Canotilho possuem finalidades distintas. Os direitos são assegurados aos indivíduos e as garantias são direitos que têm o caráter instrumental de proteger outros direitos. (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 396).

¹⁵² Idem, ibidem, p. 75.

¹⁵³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 33.

discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema, ou force a sua modificação.¹⁵⁴

Na contemporaneidade, verifica-se a procedimentalização do Direito. Alexy permite verificar o procedimento como verdadeiro direito fundamental, emergindo como uma alternativa democrática e racional. Os procedimentos adquirem uma narrativa emancipatória, em consonância com os movimentos sociais, culturais, que reivindicam a efetivação da dignidade da pessoa humana. A isso, deve-se combinar a otimização valorativa dos princípios, analisados proporcionalmente, levando a uma adequada proposta de concretização da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁵ Esse é sem dúvidas um dos papéis da Justiça Restaurativa.

Nessa senda, o acesso à Justiça não pode denotar, apenas, a entrada no sistema judicial tradicional. Na perspectiva deste trabalho, deve, principalmente, envolver as possibilidades de resolução de conflito de maneira desjudicializada.¹⁵⁶ Entende-se como desjudicializada não a estrutura paralela e desconectada do Poder Judiciário, mas a descentralização da organização judiciária, proporcionando um atendimento localizado ao cidadão e que envolva técnicas alternativas de conflito.

Conforme se verificará mais adiante, segundo a perspectiva apontada, entende-se, como adequada, a constituição de programas de Justiça Restaurativa integrados ao Poder Judiciário, mas descentralizados, de modo a atender à coletividade, o mais próximo possível do conflito.

Tal perspectiva amplia o conceito de administração da Justiça, que pode ser compreendida como a oferta de serviços de tutela que inclua, para além da Jurisdição Estatal, mecanismos alternativos de resolução de conflito¹⁵⁷.

3.4 O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA MAIS CÉLERE

A ideia de processo implica na atividade temporal, uma vez que se constitui como uma cadeia de atos sucessivos no tempo.¹⁵⁸ Fato é que o homem é que passa pelo mundo, sendo ele a única razão do tempo.¹⁵⁹

¹⁵⁴ SANTANA, 2010a, op. cit., p. 143.

¹⁵⁵ SOARES, op. cit., p. 192-194.

¹⁵⁶ Cf. ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elías. **Mediación e justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

¹⁵⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ...op. cit., p. 31.

O processo, no entanto, só se demonstra hábil a produzir a providência solicitada pela parte se tal providência ocorre em tempo hábil. Assim, o legislador sentiu a necessidade de erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental¹⁶⁰.

Com o Pacto de San José da Costa Rica, as mudanças começaram a ocorrer. Acompanhando tal Pacto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº. 678 de 9 de novembro de 1992, tratou da matéria em seu art. 8º.¹⁶¹

A partir da Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente o princípio do processo em tempo razoável.¹⁶²

O tempo é a dimensão fundamental da vida humana. Neste sentido, “se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia, e reduz expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz).”¹⁶³ Não se pode, portanto, desconsiderar o que se passa na vida daqueles que participam do processo.¹⁶⁴

Nas palavras de Marinoni, “o cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.”¹⁶⁵

Entende-se que tempo razoável, nesse caso, não é o menor tempo, mas aquele que viabilize a tutela jurisdicional adequada. Por isso, só há razoabilidade temporal se o provimento atinge a maior eficácia possível.

A celeridade, porém, possui nítidos limites. Conforme obtempera Selma Santana:

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9099/95, procurando implementar uma Política Criminal voltada para a prevenção da criminalidade, estabeleceu no seu artigo 62 que: “O processo perante o juizado especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não

¹⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. v. 1, 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 204.

¹⁵⁹ CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e direito**. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfin Editor, 1960, p. 61.

¹⁶⁰ Para Norberto Bobbio, os novos diplomas são instituídos para atender aos direitos dos homens, que são direitos históricos, nascem sob determinadas circunstâncias, caracterizando as lutas em defesa de novas liberdades. (BOBBIO, op. cit., p. 5.)

¹⁶¹ Art. 8º “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (grifo nosso)

¹⁶² Art. 5º, LXXVIII – “[...] a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado**. Parte Incontrovertida da Demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

¹⁶⁴ Idem, ibidem, p. 17.

¹⁶⁵ Idem, ibidem, p. 17.

privativa de liberdade [...] não se admite (todavia) o apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de se prestar uma justiça célere. Tudo se resume, pois, em introduzir, no seio do Processo Penal, mecanismos tendentes à obtenção da sua maior eficácia, depurando-o daquelas garantias cuja previsão seja desnecessária.¹⁶⁶

Compreende-se que técnicas alternativas para a resolução de conflitos possibilitam maior celeridade na resolução de problemas de natureza penal, mormente se forem integradas à estrutura do Poder Judiciário, conforme a hipótese sustentada neste trabalho, dado que, diante das contendas, mesmo por uma questão cultural, é a estrutura judiciária a principal responsável, no Brasil, por recepcionar os casos jurídicos a serem solucionados. Imagina-se que a implementação de procedimento restaurativo integrado à estrutura do Poder Judiciário, que, no Brasil, não pode ser analisado apenas a partir das experiências da Lei 9099/95, possibilitará maior celeridade na solução dos conflitos, eliminando, quando aceito pelos envolvidos, os morosos procedimentos judiciais tradicionais e reduzindo, substancialmente, o número de processos que tanto preocupa o Poder Público, diante dos limites orçamentários e, muitas vezes, da deficitária estrutura de trabalho.

3.5 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O PROCEDIMENTO RESTAURATIVO

É importante pontuar que a tutela jurisdicional efetiva impõe a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras do direito material. Assim, o “[...] processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”¹⁶⁷

Não se pode imaginar, portanto, que é bastante para adquirir a almejada efetividade conferir celeridade aos procedimentos. A necessidade de reduzir a demora é evidente, mas ela não pode acontecer em detrimento do mínimo de segurança. “Efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça.”¹⁶⁸ Entre eles deve haver, portanto, a maior compatibilidade possível, na busca de uma decisão efetiva.

Nesse sentido, a efetividade da decisão e o acesso à Justiça caminham juntos, uma vez que o acesso à Justiça não é apenas dar ao jurisdicionado a possibilidade de postular

¹⁶⁶ SANTANA, 2010, op. cit., p. 153-154.

¹⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p. 50.

judicialmente, é também disponibilizar uma variedade de procedimentos possíveis para conferir o resultado útil da sua postulação (ainda que negativo).

No âmbito penal, as “inquietações de muitos juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos”¹⁶⁹ direcionam-se ao abandono de uma estrutura formalista pautada em valores dos representantes do Estado, tais como juízes e promotores, buscando um acesso à Justiça que decorra da percepção do próprio jurisdicionado (comunidade, vítima e ofensor), estabelecido diante de padrões amplos fixados pelo Estado.

Entende-se, como efetiva, a resposta penal que não passa, apenas, pela via jurisdicional. Certamente, o acesso ao sistema tradicional de resolução não pode ser extirpado, deve ser compreendido como a via a ser utilizada em mais alto grau. Compreende-se que é necessário um sistema integrado¹⁷⁰ entre a justiça tradicional e a Justiça Restaurativa. Para que essa proposta se implemente é essencial que os atores sociais estejam cientes e confiantes das possibilidades de resolução, além de bem preparados ideológico e estruturalmente para a sua aplicação.

3.6 VANTAGENS DO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

O justo, enquanto valor, pode ser estabelecido pelas partes consensualmente. Caso não seja possível o consenso, uma terceira pessoa as substitui, buscando a justiça, nos termos da lei, e conforme o caso concreto. A autocomposição se coaduna com uma das acepções de justiça que estimula as próprias partes à adequada produção do consenso. Assim, o polissêmico conceito de justiça ganha mais uma definição, passando a ser considerado, também, em função da satisfação das partes quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto.¹⁷¹

A Justiça Restaurativa é uma nova tendência sistêmica na qual as partes envolvidas em determinado crime, conjuntamente, decidem a melhor forma de lidar com os desdobramentos da ofensa e suas implicações futuras.¹⁷²

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., p. 8.

¹⁷⁰ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 112-113.

¹⁷¹ AZEVEDO, André Gomma de. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In: SLAKMON, C.; R. de Vitto; R. Gomes Pinto (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 105.

¹⁷² ASHFORD, Andrew. Responsibilities, Rights and Restorative Justice. **British Journal of Criminology**, n. 42, 2002, p. 578.

O acesso à Justiça não pode ser considerado, apenas, quanto às disputas cíveis, mas, também, na esfera penal. Assim, o sistema penal não deve se transformar em um mecanismo de marginalização de hipossuficientes.¹⁷³

Coibir um homem é algo para o seu próprio bem e para o bem da coletividade. Mas é necessário analisar o comportamento desse homem. A solução do conflito "[...] deve esforçar-se para julgar esse comportamento de acordo com o mesmo ponto de vista segundo o qual o seu autor julga a si mesmo, isto é, do ponto de vista de suas intenções, motivos e capacidades."¹⁷⁴

Nos dias de hoje, tanto o delinquente, como a vítima do crime se ligam a uma concepção humanitária de prevenção e tratamento do crime. Se os interesses do agressor e da vítima não conflitam, existem todas as razões para compreender que os programas e instrumentos restaurativos devem ser estimulados. Tais instrumentos prefiguram-se como uma decorrência do direito de acesso à Justiça (absolutizada com maiúscula), com cobertura Constitucional¹⁷⁵, o que se verifica, piamente, na realidade brasileira.

A técnica judiciária tradicional pode desgastar as relações e afastar as possibilidades de solução harmônica dos problemas. Ademais, os profissionais envolvidos nas contendas participam, também, desta luta de poder, convertendo-se em aliados ou não das partes, o que retira a objetividade esperada na resolução do conflito e dificulta o caminho para o desfecho pacífico.¹⁷⁶

Considerando tais perspectivas, erige a necessidade de desenvolver instrumentos alternativos para a solução de conflitos, resposta da sociedade à deficitária estrutura estatal, mormente na esfera penal.

A compreensão das origens do conflito é essencial para a resolução de cada uma das lides penais. A mediação permite esse tratamento localizado, pois adentra nas diversas possibilidades de compreensão do crime, analisando-o de maneira mais ampla. O crime não é simples infração à lei, tem motivos e consequências que pertencem ao criminoso, dentro de um contexto social, e impõe uma resposta penal mais ampla.

Tal constatação faz perquirir acerca das hipóteses tipificadas na lei que poderiam ensejar um tratamento diferenciado. Certamente, a já mencionada transação penal aplicada nos Juizados Especiais Criminais, é uma resposta do Estado diante da dificuldade de

¹⁷³ AGUADO, Paz M. de la Cuesta. Un Derecho Penal en la frontera del caos. **Revista da FMU**, n. 1, 1997.

¹⁷⁴ DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 18.

¹⁷⁵ FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 119.

¹⁷⁶ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**. Santa Fe: Rubinzal/Culzoni, 2003. p. 104.

manutenção de um sistema rígido de punição, considerando a reduzida potencialidade lesiva de determinados crimes. Por isso, o primeiro parâmetro pensado para estabelecer um limite de atuação para um sistema alternativo é a gravidade em abstrato dos delitos.

Não é por outra razão que, em todos os países da América Latina estudados, conforme analisaremos adiante, as técnicas alternativas de resolução de conflitos foram inicialmente testadas nos crimes de menor potencial. Assim, atualmente, esta é uma hipótese real para a análise de tais técnicas.

Como a análise do crime, na perspectiva desenvolvida nesse trabalho, é ampla, permitindo a compreensão do conflito, interna e externamente, do ponto de vista conceitual não se pode estabelecer um limite para as técnicas alternativas tendo por parâmetro a gravidade em abstrato do delito.

Deve-se preocupar com as possibilidades reais de se estabelecer um diálogo entre as partes envolvidas no conflito. Ou seja, analisar os efeitos psicológicos que os diversos tipos de crimes causam nas pessoas é algo importante para propor soluções penais alternativas. Todavia, essa não é a pretensão desse trabalho.

Nesse momento, a compreensão exposta apenas serve para destacar que as possibilidades de alcance da mediação penal não podem ter como parâmetro de aplicação o *quantum* de pena abstratamente previsto nas normas penais.

Nos termos desenvolvidos, é preciso que as hipóteses criminais de aplicação de uma política criminal, que utilize a mediação penal, sejam estabelecidas a partir dos tipos de bens jurídicos tutelados pela norma. Os bens que, uma vez violados, permitem uma conversa facilitada entre as partes, podendo estas ser representadas ou não pelos seus respectivos procuradores, devem ser restabelecidos por meio das técnicas de mediação.

Nesse sentido, genericamente, podem ser objeto de mediação penal os crimes: contra o patrimônio, contra a propriedade imaterial, contra a organização do trabalho, contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos, contra a família, contra a incolumidade pública, contra a paz pública e a fé pública, contra a administração, ambientais, contra a ordem tributária, de lavagem de dinheiro, contra as finanças públicas, contra as licitações, previstos na lei de improbidade administrativa, contra os portadores de deficiência, de preconceito, raça e cor, entre outros.

São poucas as hipóteses reais de disponibilidade no âmbito penal. O Ministério Público, titular da ação penal pública, que envolve a grande maioria dos crimes, excetuadas as hipóteses de transação já mencionadas, não pode deixar de perseguir o crime, quando presentes os indícios de autoria e materialidade delitivas. Esta não é a discussão central desse

trabalho. A proposta desenvolvida direciona-se ao tratamento diferenciado do crime e do criminoso e não à verificação imediata da aplicabilidade da mediação a cada tipo penal existente no ordenamento brasileiro.

Entende-se que a mediação é um instrumento que possibilita um melhor acesso à Justiça e, por isso, serão elaboradas proposições e críticas para viabilizar a implantação de um programa de mediação penal mais amplo e adequado à realidade brasileira, o qual denominamos de *mediação penal não paralela*.

Certamente, na medida em que forem sendo obtidas respostas concretas e desenvolvidas maiores pesquisas empíricas em torno da sua aplicação, será possível verificar os tipos penais que melhor se adéquam à proposta, afinal, as técnicas alternativas de resolução de conflitos no âmbito penal ainda são pouco desenvolvidas no Brasil.

Através dos programas de Justiça Restaurativa, a mediação penal pode proporcionar um maior entendimento entre as partes e a consequente e desejada pacificação social. É verdade que o entendimento entre as partes é algo que afeta as relações individuais, todavia, muitas vezes, a oportunidade do diálogo e compreensão das razões do outro, pode reduzir o risco de reincidência criminal, fortalecendo a função prospectiva de aplicação do direito penal, por meio do cumprimento da pena ou do acordo firmado.

4 DO CONFLITO À MEDIAÇÃO PENAL

4.1 A ORIGEM DO CONFLITO E A LUTA PELO PODER

O acesso aos órgãos jurisdicionais deve ser garantido pelo Estado. Para cada conflito, o Estado deve possibilitar o mecanismo processual adequado à solução do problema, norteando-se na celeridade, justiça e efetividade das decisões.

Todavia, é evidente a falência do Estado, na tentativa de solucionar, de forma satisfatória, os conflitos na seara penal, o que se evidencia no aumento da criminalidade, na reincidência e na busca contemporânea por mecanismos de solução de conflitos que sejam mais viáveis e conformadores da realidade social.

Não obstante a emergência do sistema normativo contra a retrógrada possibilidade da vingança privada¹⁷⁷, persiste a luta pelo poder na sociedade, que pode ser explícita ou simplesmente estar mascarada em um discurso.¹⁷⁸

Numa concepção desenvolvida, desde a década de 60, conflito¹⁷⁹ pode ser um choque de poder que se manifesta em qualquer relação ou um embate de poderes que se encontram e se desequilibram, acepção aceita em diversas áreas, tanto pelas ciências humanas como pelas ciências naturais.¹⁸⁰

Segundo a concepção de embate entre poderes, desenvolvida por Morton Deutsch, Folberg e Taylor¹⁸¹, sustenta-se que o “ciclo de vida de um conflito” possui cinco fases: 1) o conflito latente; 2) a iniciação do conflito; 3) a busca do equilíbrio do poder; 4) o equilíbrio do poder e 5) a ruptura do equilíbrio. Como uma hélice que gira em espiral e se adapta a cada sociedade, quando o problema passa por essas cinco fases, completa-se uma volta da hélice. As alterações de valores e normas podem afetar a estrutura sociocultural e gerar novos conflitos, desencadeando novos ciclos. Além disso, conflitos podem ser explícitos ou ocultos, e se distinguem quanto ao resultado pretendido pelos litigantes: perder-perder; ganhar-perder

¹⁷⁷ ROULAND, Robert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 98.

¹⁷⁸ VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998, p. 21.

¹⁷⁹ Alguns autores distinguem a expressão conflito da expressão disputa, pois entendem que a disputa nem sempre envolve um conflito real, começando esse apenas a partir de uma pretensão judicial resistida. Nesse trabalho, utilizare-se os dois termos de maneira indistinta. Cf. BIANCHI, Roberto. **Mediación prejudicial y conciliación**. Buenos Aires: Zavalía, 1996, p. 17-19.

¹⁸⁰ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 49-50.

¹⁸¹ FOLGER, Joseph P.; TAYLOR, Alison. **A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation**. San Francisco, Estados Unidos: Jossey-Bass Publishers, 1984, p. 23.

e ganhar-ganhar.¹⁸² Somente neste último caso, a busca pela resolução do conflito é construtiva, compreensão essencial para a proposta de negociação cooperativa a ser desenvolvida nesse trabalho.

4.1.1 Diversas visões acerca do conflito

Os estudos acerca do conflito ganharam força nas últimas décadas, principalmente, em razão das problemáticas internacionais envolvendo a paz e a guerra. Mary Parker Follet, em 1888, com o trabalho “Society for Collegiate Instruction of Women” (Sociedade para a Instrução Universitária de Mulheres), escrito uma década antes de as mulheres desfrutarem dos benefícios da Universidade de Harvard, foi pioneira na discussão do tema, onde pela primeira vez, buscaram-se soluções alternativas para resolver situações de conflito. Suas ideias, desenvolvidas a partir de um estudo pioneiro em empresas, comunidades e escolas, auxiliou na construção dos princípios para a negociação integrativa.¹⁸³

Atualmente, diversos âmbitos científicos estudam o tema, que se destaca na psicologia social, na antropologia, na teoria da comunicação, na sociologia, e nas teorias envolvendo cooperação, análise econômica do direito e administração da Justiça.

O conflito existe, desde que o mundo é mundo; é natural ao homem e aos grupos que integra. Nasce com a convivência comunitária e está intimamente relacionado com o desenvolvimento das sociedades humanas. Não é positivo nem negativo, mas afeta todas as pessoas em todos os âmbitos, relacionando-se com as comunidades e suas diversidades culturais¹⁸⁴.

O problema não reside na sua identificação inata, mas nos mecanismos necessários para a resolução adequada dos conflitos. Nesse sentido, explica Roberto Bianchi¹⁸⁵ que, quando há luta, cada uma das partes envolvida, pode perder o controle sobre si mesma, levando a um descontrole mútuo, o qual pode ensejar uma agressão, uma represália, outras formas de violência e exclusão e, em muitos casos, à supressão física, ao extermínio da outra parte.

Os conflitos, também, estão imersos às características culturais, não sendo possível separar a comunicação da cultura. Assim, a linguagem verbal precisa ser interpretada em conformidade com os parâmetros de comunicação escrita e oral (elementos de identificação

¹⁸² Vide Seção 5.

¹⁸³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 49-50.

¹⁸⁴ Idem, ibidem, p. 51

¹⁸⁵ BIANCHI, Roberto. **Mediación prejudicial y conciliación.** Buenos Aires: Zavallía, 1996, p. 19-22.

das diversidades culturais)¹⁸⁶. A cultura afeta os conflitos de diversos modos, tanto na forma de enxergá-los, como na forma de conduzi-los e resolvê-los¹⁸⁷, o que deve ser reanalisado ao longo do tempo, pois a cultura vai também mudando com as mudanças geográficas e as necessidades e interesses básicos do homem¹⁸⁸. Conhecer tais variações é essencial a fim de eleger o procedimento adequado para a resolução do conflito.

Nesse aspecto, é importante observar que, para determinadas culturas, como a oriental, mormente na China, a bondade de uma pessoa pode ser medida, em parte, pela sua capacidade de evitar conflitos e de não ferir os sentimentos dos outros. Os coreanos, por sua vez, entendem o conflito não só como um problema de comunicação, mas também de falta de respeito¹⁸⁹.

Nas sociedades ocidentais, o conflito é discutido de maneira mais aberta e honesta, apesar de carregar a mácula de ser compreendido como algo negativo, que decorre de uma luta, de um combate, de uma batalha, visão que dificulta o seu tratamento. Por isso, é necessário reconhecer os aspectos positivos presentes nas situações de conflito¹⁹⁰.

Na concepção de Julien Freund¹⁹¹, o conflito pode se resolver por meio do discurso (violência indireta ou psicológica) ou por meio da força física (violência direta). Em qualquer hipótese, não há amizade entre as partes conflitantes, um sempre quer prevalecer sobre o outro, sendo, portanto, adversários, inimigos. Quando duas pessoas pretendem assumir a mesma posição e não compreendem que pode haver espaço para ambas, forma-se o conflito¹⁹².

Mas o conflito envolve, também, um processo dinâmico em que os movimentos de uma parte afetam os movimentos da outra de forma sucessiva, razão pela qual há um “ciclo de vida” para o conflito – ele nasce, dura por determinado tempo e tende a desaparecer sem qualquer intervenção. Às vezes, a sua duração é muito longa, como nos conflitos religiosos.¹⁹³

¹⁸⁶ BOSISOFF, Deborah; VICTOR, David A. **Gestión de Conflictos. Um enfoque de las técnicas de la comunicación.** Madrid, Espanha: Ediciones Díaz de Santos, 1991, p. 144-145.

¹⁸⁷ FOLGER, Joseph P.; TAYLOR, Alison. **A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation.** San Francisco, Estados Unidos: Jossey-Bass Publishers, 1984.

¹⁸⁸ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**....op. cit., p. 52-53.

¹⁸⁹ FOLGER, Joseph P.; JONES, Tricia S. **New directions in mediation.** Comunicacion, research and perspectives. Thousand Oaks, Londres: Sage Publications, 1994, p. 197.

¹⁹⁰ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso**op. cit., p. 54.

¹⁹¹ FREUND, J. **La guerra nelle società moderne.** Cosenza: Marco Editore. 2007. p. 7.

¹⁹² VEZZULA, op. cit., p. 21.

¹⁹³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op. cit., p. 56-57.

O conflito, assim como o estrangeiro, pode ser acolhido com hostilidade ou com hospitalidade. A tentativa de solução por meio da hostilidade é algo natural do homem, porém, não modificado pela essência do humano¹⁹⁴.

Na concepção de Muller¹⁹⁵, a aceitação do conflito permite o reconhecimento de si e do outro, o que proporciona o equilíbrio entre direitos dentro de uma mesma comunidade ou perante comunidades distintas.

Antes de ser um traço marcante das relações interpessoais, o conflito é, na verdade, uma necessidade para a manutenção e união do grupo, revela a interação entre os membros da sociedade, sendo algo natural e compreensível¹⁹⁶.

Numa perspectiva positiva, o conflito implica em uma crise, mas, ao mesmo tempo, em uma oportunidade para mudar e decidir. Além disso, pode também implicar em uma boa chance para o autoconhecimento, ajudando na compreensão das diferenças entre as pessoas e na construção de uma identidade pessoal e grupal, definindo limites internos e externos. Nesse sentido, às vezes o conflito pode ser agradável e emocionante. Trata-se, portanto, de uma experiência negativa e positiva¹⁹⁷.

Ainda assim, existem limites socialmente aceitos para o conflito. Caso o mesmo enseje uma postura vingativa e violenta por parte do particular, é necessária a utilização de instrumentos de solução que viabilizem o reequilíbrio da convivência em sociedade¹⁹⁸.

As decisões judiciais tradicionais produzem, habitualmente, soluções de “soma zero” – as garantias e benefícios que uma parte obtém coincidem com as perdas e prejuízos que sofrem a outra parte (ex.: + 3 de A - 3 de B = 0). É frequente observar, ainda, que, ao longo do processo convencional o conflito tende a aumentar em escalas. O comportamento de uma das partes acaba por reforçar a hostilidade da outra; ou seja, à disputa originária agregam-se

¹⁹⁴ “O conflito está na natureza dos homens, mas quando esta ainda não está transformada pela marca do humano. [...] o homem não deve estabelecer uma relação de hostilidade, onde cada um é inimigo do outro, mas deve querer estabelecer com ele uma relação de hospitalidade, onde cada um é hóspede do outro. É significativo que os termos hostilidade e hospitalidade pertençam à mesma família etimológica: originalmente, as palavras latinas *hostes* e *hospes* designam ambas o estrangeiro. Este, com efeito, pode ser excluído como um inimigo ou acolhido como um hóspede” (MULLER, Jean-Marie. **Não-violência na educação**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006, p. 19).

¹⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 18.

¹⁹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

¹⁹⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op. cit., p. 54-56.

¹⁹⁸ DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

outras. As partes se tornam adversárias e importa a cada uma delas não se deixar vencer pelas táticas utilizadas pela outra.¹⁹⁹

As normas processuais tradicionais, geralmente, impõem ao juiz que, em regra, decida conforme as provas apresentadas e interpretadas segundo os ditames legais²⁰⁰.

Contra a reação violenta é preciso estabelecer mecanismos de solução de conflitos que viabilizem a paz social, sem necessariamente utilizar o poder estatal, mas valorizando a noção de pertencimento social e de solução por meio do diálogo. Logo, identificar alternativas para a solução de conflitos na sociedade é viabilizar o tratamento do problema sem violência. A não utilização da violência denota maturidade e paciência, o remédio contra uma ação precipitada, imatura, veloz²⁰¹.

A paz é um ditame kantiano da razão para superar a social insociabilidade humana. Para que haja paz é preciso, na perspectiva dos governados, a promoção dos direitos humanos, além de uma governança democrática (passagem do reino da violência para a não violência).²⁰²

Existe, portanto, uma corresponsabilidade entre a sociedade e o Estado no sentido de proporcionar um espaço de pacificação social dinâmico e consciente, conduzindo à necessidade de humanização do sistema penal brasileiro, o que pode ser verificado por meio da mediação²⁰³.

Tal corresponsabilidade implica no dever de implementação de políticas públicas, incluindo infraestrutura e pessoal especializado, para a reorganização do Poder Judiciário, ofertando ao cidadão a possibilidade de resolver o seu conflito por meio de técnicas alternativas, antes da implementação do processo judicial tradicional.

4.1.2 Os comportamentos e a forma de lidar com o conflito

Diante de um conflito, as pessoas podem se comportar de diversas formas: a) buscando adquirir uma recompensa ou um prazer; b) imitando modelos de solução anteriores; ou c) elegendo conscientemente um caminho adequado para a solução.²⁰⁴ Nesse último caso é

¹⁹⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op. cit., 2003, p. 34.

²⁰⁰ Idem, ibidem, p. 35.

²⁰¹ MULLER, op. cit., p. 166.

²⁰² BOBBIO, op. cit., p. VII-VIII.

²⁰³ COILET, COITINHO, op. cit., p. 3197.

²⁰⁴ FILLEY, Alan C. **Interpersonal Conflict Resolution**. EUA: Scott, Foreman and Company, 1985, p. 50-60.

necessária a eleição de uma postura estratégica para a solução do conflito, ponto sobre o qual se vinculam a Psicologia Social e a Teoria da Negociação²⁰⁵.

É possível lidar com o conflito por meio de três estratégias: ganhar-perder; perder-perder e ganhar-ganhar. As duas primeiras hipóteses são as mais comuns, talvez pela inércia diante das possibilidades de mudança dos comportamentos aprendidos (entre os quais se incluem as condutas autodestrutivas), pelos custos necessários às alterações estratégicas ou pelo receio do novo.²⁰⁶

Tanto na estratégia ganhar-perder, como na perder-perder, ao menos uma das partes, supostamente, não alcança o seu objetivo, prejuízo que decorre da falta de um procedimento cooperativo de resolução dos conflitos. São características comuns dessas duas formas de resolução: a clara distinção entre o eu e o outro, sem qualquer compreensão do “nós”; uma atmosfera voltada à vitória total ou derrota total; o problema enxergado de um único ponto de vista, sem a definição de necessidades mútuas; busca-se chegar a uma solução sem o estabelecimento de valores, metas e motivos que devem ser atingidos conjuntamente; os conflitos são personalizados, atribuindo-se causas e responsabilidades, deixando à parte uma análise objetiva dos interesses dos envolvidos; as partes estão orientadas, desde o início, a um desacordo imediato; existe uma perspectiva voltada ao fato passado e à busca da verdade de cada parte, sem uma preocupação de prevenção e solução para hipóteses de conflito futuro²⁰⁷.

Na estratégia de ganhar-perder, geralmente, apenas uma pessoa ganha. São recursos para a aplicação dessa estratégia: a) o poder legítimo – em regra verificado nos conflitos resolvidos no âmbito familiar, de empresas e escolas, nas situações diante das quais alguém é imbuído de autoridade para recompensar ou castigar os demais membros que integram um grupo; b) o poder físico e psíquico – suficiente para impor a submissão, ainda que seja de forma visível ou encoberta; c) a não resposta – silenciar diante de um pedido como forma de rechaçar o outro, estratégia responsável pelo surgimento de uma disputa; d) a regra da maioria – representação da vontade da maior parte das pessoas. Neste caso é importante pontuar que quando a minoria perde continuamente, as perdas se tornam disputas pessoais, aumentando as possibilidades de conflitos futuros; d) a regra da minoria – utilizada nos casos em que é necessária unanimidade de votos para uma decisão, situação diante da qual o entendimento da

²⁰⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 78.

²⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 78.

²⁰⁷ Nesse ponto, não se pode olvidar que o tratamento penal brasileiro, invariavelmente, mesmo por uma determinação legal, volta-se sempre à reconstrução fática e identificação de um culpado, desbordando da real pretensão de prevenção contra conflitos futuros.

minoría prevalece²⁰⁸. Do ponto de vista penal, é possível verificar essas quatro formas de estratégia.

Nos crimes envolvendo criança e adolescente, mormente no âmbito das escolas, nos crimes relacionados às relações de trabalho, nas empresas, é muito comum a expressão do poder legítimo como estratégia de resolução. Todavia, às vezes, o poder legítimo impõe o medo, afastando tanto dos meios oficiais, quando dos alternativos, as hipóteses de solução do conflito.

O poder físico e psíquico e a não resposta são responsáveis por balizar a maioria dos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, no mais das vezes como imposição de uma pretenciosa superioridade de gênero. Certamente, esta estratégia contribui, principalmente na modalidade psíquica, como responsável por aumentar as cifras negras ou ocultas, os crimes que passam ao largo da análise dos órgãos oficiais ou das estratégias alternativas de resolução.

Todavia, é na regra da maioria que se encontra o grande número de casos penais. Isso se deve ao fato de que, com a tomada pelo Estado do poder de resolução, o crime, antes de ser uma ofensa à vítima, é uma ofensa à coletividade, que tem seus interesses representados por meio da lei (instrumento de expressão de uma maioria representativa). Nesse sentido, a necessidade de cumprimento do princípio da legalidade, como expressão dos interesses de uma coletividade, é responsável também por criar minorias perdedoras, as quais tendem a reverberar a criminalidade, tornando-a um fenômeno social cíclico.

Nas estratégias de perder-perder, nenhuma das partes realiza, realmente, o que quer. Cada um obtém uma porção do que deseja, sobre a perspectiva de que obter um pouco é melhor do que não obter nada. O recurso mais utilizado para esta estratégia é a transação, muitas vezes utilizada pela falta de capacidade de gerenciar uma estratégia de qualidade superior, geralmente verificadas nas negociações colaborativas. É possível utilizar, como estratégia, a eleição de uma terceira parte neutra para decidir a questão. Neste caso, as duas partes perdem algo ao ser evitada uma comunicação direta e ainda há a possibilidade de a solução pender para o maior favorecimento de uma das partes. Por isso, muitos estudos²⁰⁹ afirmam que a arbitragem tem a pretensão de estabelecer sempre um ganhador e um perdedor, mas, muitas vezes, o terceiro neutro acaba por solucionar a causa com base nos seus interesses pessoais. Na modalidade perder-perder ainda é possível pensar na estratégia que estabelece

²⁰⁸ ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación e el acceso ...* op. cit., 2003, p. 80.

²⁰⁹ BURTON, John; DUKES, Frank. *Arbitration. Conflict: practices in management, settlement and resolution*. New York: St. Martin's Press Inc, 1993, p. 103-108.

regras *ad hoc* para impor uma solução onde umas das partes pode tudo perder, como quando se joga uma moeda para cima e se decide com base no “cara ou coroa”, deixando a solução do problema a mercê do azar de uma das partes²¹⁰.

Gladys Stella Álvarez²¹¹, analisando os estudos desenvolvidos por Mary Parker Follett²¹² classifica três maneiras de lidar com o conflito: dominação, transação e integração.

A dominação implica na vitória de uma parte sobre outra, não possui êxito em longo prazo e depende de desequilíbrios de poder. A ganância de uma parte requer sempre a derrota da outra. As estratégias de ofensa e defesa ocupam o lugar dos direitos. As necessidades, sentimentos e atitudes do lado oposto são ignorados para evitar qualquer tipo de identificação.

Na transação, hipótese mais verificada nas situações concretas, cada uma das partes cede um pouco em busca de paz. Todavia, geralmente se pede mais do que se espera receber, o que dificulta a negociação, pois não se sabe exatamente o que a outra parte deseja. Evita-se um desastre maior, mas, ainda assim, há uma tentativa de aumento relativo de poder e as informações são fornecidas de maneira estratégica com este fim. Apresenta-se, portanto, uma resistência não completa aos interesses da parte adversa. Tem a vantagem de evitar a carga emocional e o consequente descontrole do conflito.²¹³

Poder-se-ia argumentar que as distinções apontadas são meramente conceituais, não havendo como verificar, na prática, se uma transação seria boa ou ruim. Nesse sentido, a maneira como a transação é conduzida pode implicar em diversas respostas para o conflito. Ainda assim, na maioria dos casos, a transação envolve um jogo estratégico que não é ignorado pelas partes que tentam solucionar o conflito, o que implica em certa desconfiança nas propostas sugeridas pela outra parte.

Não se pode negar, portanto, a importância e validade da transação como maneira de lidar com o conflito. Todavia, na integração, as propostas não são prévias, nem estratégicas, dado que só ocorrem ao longo das tratativas, por intermédio do mediador, o qual tem o papel

²¹⁰ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op.cit., p. 81-82.

²¹¹ Idem, *ibidem*, p. 76-77.

²¹² Mary Parker Follett nasceu em Quincy (Estados Unidos), em 1868, e faleceu em Massachusetts (Estados Unidos), em 1933. Tratou de diversos temas relativos à administração, ficando conhecida como a “profetisa do gerenciamento”. Graduiu-se em filosofia, direito, economia e administração pública. Desenvolveu a ideia de “Conflito Construtivo”, segundo a qual afirma que as divergências são extremamente importantes para a resolução do conflito, porque revelam uma diferença de concepção que pode se manifestar a qualquer tempo e pode ser danosa ou não.

MARSH, Rick. **Mary Parker follett: a proselytizer of the human relations school?** Disponível em: <https://www.academia.edu/4577048/MARY_PARKER_FOLLETT_A_PROSELYTIZER_OF_THE_HUMAN_RELATIONS_SCHOOL_2013>. Acesso em: 26 ago 2014.

²¹³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso ...op. cit.**, 2003, p. 77.

fundamental de viabilizar, dentro do possível, o respeito e o equilíbrio nas negociações entre as partes.

Por óbvio, as partes precisam estar cientes das vantagens de soluções que utilizam a integração como uma maneira de lidar com o conflito e, mais que isso, precisam ter acesso a estas possibilidades.

Considerando que o judiciário é o principal instrumento procurado pela população para a solução de conflitos no Brasil, entende-se que, apesar de ser uma opção das partes utilizarem ou não os serviços de mediação, a oferta deve ser obrigatória e tentada.

Muito diferente de o juiz propor uma conciliação, está a possibilidade de tratamento do problema por um terceiro que não decide, mas apenas viabiliza o melhor diálogo entre os interessados. Conforme se verá adiante, não se exige do mediador a formação jurídica, mas é essencial que ele compreenda as dificuldades e peculiaridades da coletividade envolvida na contenda, o que, algumas vezes, passa distante do cotidiano dos magistrados. Nesse sentido é que se dá a solução integrada dos conflitos.

4.2 RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DA PENA

Diante do conflito, tradicionalmente, é comum a identificação de um culpado, o responsável ou melhor direcionado à autoria do fato instituído como crime. A pena surge como castigo pela culpa na ocorrência social indesejada. Na verdade, é o instrumento mais enérgico para assegurar a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade, tangenciando a sua liberdade, segurança e dignidade.

A discussão acerca dos fins da pena é tão antiga quanto a própria história do Direito Penal. Isso ocorre, certamente, porque, por trás da discussão em torno dos fins da pena, toda a teoria do Direito Penal pode ser rediscutida, particularmente, questões fulcrais acerca da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal.²¹⁴

Para Selma Santana, as respostas dadas ao longo de muitos séculos ao problema dos fins das penas reduzem-se a duas teorias fundamentais. De um lado, verificam-se as teorias que consideram o mal ou a conduta criminosa cometida, como uma referência ao passado; de outro, as teorias que levam em consideração as finalidades e efeitos da pena, estando, por essa razão, voltadas para o futuro.²¹⁵

²¹⁴ SANTANA, 2010 a, op. cit., p. 221.

²¹⁵ Idem, ibidem, p, 221-122.

Nesse sentido, explica a mesma autora, fala-se em teorias absolutas, ou da retribuição, que compreendem a pena como um fim em si mesmo, desprestigiando qualquer outra finalidade ou efeito que ela possa perseguir; e em teorias relativas, ou da prevenção, que entendem que a pena só pode ser aplicada se atender aos fins a que se destina. Para as teorias absolutas, a essência da pena criminal reside na expiação, retribuição, reparação ou compensação do mal do crime. Foi preciso, portanto discutir, “como deveria proceder-se a essa ‘equiparação’ entre o ‘mal cometido pelo agente’ e o mal da pena.” O mérito das teorias absolutas reside no fato de ter tais teorias erigido “o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, desse modo, ter levantado um limite incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a iminente dignidade da pessoa.”²¹⁶

Fala-se ainda na ideia de retribuição relativa, uma flexibilização para verificar que a pena não é em si um fim absoluto. A pena retributiva tem de ser “capaz de satisfazer à exigência social de punição e de consolidar a vigência dos preceitos normativos.”²¹⁷

Diante do fenômeno da globalização, visto que a criminalidade deixa de situar-se à margem da sociedade, espalhando-se por todo lado, a política criminal pode restar reduzida a uma política de segurança. Com a mistura de dois tipos de criminalidade, a organizada e a de massa, a luta contra a criminalidade grave tem justificado, erroneamente, um endurecimento cego e generalizado da punição. Tal perspectiva deturpa o conceito de justiça que deve se distanciar da noção arcaica e de cunho religioso de que o sofrimento e o castigo redimem todos os males e pecados sociais.²¹⁸

²¹⁶ SANTANA, 2010 a, op. cit., p. 222-223.

²¹⁷ Idem, ibidem, p, 223-224.

²¹⁸ Esta é uma concepção ainda muito adotada pelos autores adeptos da pena de morte. Platão (Livro IX) chegou a afirmar que se ficar demonstrado que o delinquente é incurável, a pena de morte para ele será o menor dos males. O homicídio voluntário na sua concepção deve ser penalizado com a morte (doutrina da reciprocidade). A pena de morte seria, assim, natural.²¹⁸ Rechaçando essa concepção puramente naturalista, explica Bobbio²¹⁸ que a pena de morte é um homicídio legal – expressão máxima do poder do Estado. Por isso, é preciso haver tolerância. A razão da tolerância reside no fato de que, nas comunidades laicas e pluralistas, o poder ideológico não está concentrado, mas disperso na sociedade. A pena de morte foi tradicionalmente a rainha das penas. Expressão de vingança, justiça, segurança (expressão de concepção orgânica da sociedade – o todo acima das partes). Neste sentido, a pena expõe uma função retributiva. Com o contratualismo e a concepção individualista do Estado, Beccaria afirma a pena não é retributiva, mas utilitária-intimidatória. A pena tem de ser útil e necessária. Assim, a pena de morte não pode ser justificada pelo estado de necessidade e pela legítima defesa. O Estado tem outras alternativas. O mandamento de não matar (exclusão da pena de morte) é um progresso moral, principalmente se for considerado o fato de que a opinião pública muda em conformidade com a maior ou menor tranquilidade social. Assim, existe uma relação resistência/obediência (ato prático) x contestação/aceitação (ato crítico), proporcionando uma necessidade de tolerância, que precisa ser: 1) argumentada - como cálculo político, levando a uma convivência pacífica e a não imposição de uma verdade; 2) justificada – como método de persuadir, que confia na razão e razoabilidade do outro; 3) sustentada – pelo respeito moral pelo outro (por isso a tolerância é eticamente devida); e 4) apreciada – como verdade concebida como não sendo uma, mas múltipla. (BOBBIO, op. cit., p. XIV a XVII et p. 147).

Enquanto em outros ramos do direito verifica-se uma deslegalização e desconstitucionalização; no âmbito do ordenamento penal interno ocorre uma situação exatamente oposta. É cada vez mais extenso o rol de tipos penais, o que vem acompanhado de enfraquecimento do princípio da legalidade, com a utilização de conceitos imprecisos, e de ampliação do rigor das penas, “como se essas medidas tivessem força para coibir da delinquência os excluídos do sistema globalizado”²¹⁹.

Mesmo a implementação das penas alternativas, que trouxeram uma esperança à efetivação social do sistema penal vigente, vem demonstrando o aumento das prisões após a sua implantação. Tal perspectiva decorre da deturpada visão de que a pena deve ser aplicada como retribuição ao mal cometido²²⁰.

Ainda que não exista uma proposta legislativa ampla de alteração do sistema penal, a partir da reflexão em torno da função da pena no Estado Constitucional, é possível propor um modelo alternativo de solução de conflitos que possa ser integrado aos procedimentos penais vigentes²²¹, proporcionando soluções com maior efetividade e abrangência social.

Conforme delinea Francisco Amado Ferreira, sem esquecer as variações nas margens de tolerância social a determinados comportamentos, “a implementação de uma cultura de Justiça Restaurativa pode contribuir para que, cada vez mais, se considere a inutilidade da penalização de certos tipos de condutas tipificadas”, como crimes tradicionais contra o patrimônio, a integridade física, a honra e a privacidade.²²²

Todavia, não se deve esconder os riscos de uma descriminalização, considerando as já existentes cifras negras, não se podendo desvalorizar as condutas na seara penal. Por isso “a opção aleita terá de operar, fundamentalmente, ao nível das mentalidades, pugnando por uma progressiva aceitação e preferência comunitária por mecanismos não punitivos de justiça.” A partir dessa compreensão, a Justiça Restaurativa não substitui o Direito Penal, mas o complementa.²²³

Contrária à perspectiva desse trabalho, há o argumento de que, no sistema penal brasileiro, há uma grande impunidade, que os sujeitos ativos dos crimes, em pouco tempo, cumprindo um sexto da pena nos crimes não hediondos e dois quintos da pena nos crimes hediondos, já possuem o direito de progredir de regime, o que causa uma sensação social de impunidade generalizada.

²¹⁹ BOBBIO, op. cit., p. 7

²²⁰ SICA, op. cit., p. 9.

²²¹ Idem, ibidem, p. 5-6.

²²² FERREIRA, op. cit., p. 107.

²²³ Idem, ibidem, p. 107.

Argumenta-se, ainda, que a morosidade da justiça auxilia na prescrição de muitos crimes e que os sistemas penitenciários viabilizam o acesso à educação e ao convívio social gradativo.

Propor uma solução penal mais branda, diante desse contexto, pode parecer desproporcional. Todavia, a ideia fundante do trabalho resvala justamente na necessidade de uma nova visão acerca do crime e do criminoso. Em vez da solução penal que aplica a pena, resposta necessária em casos mais graves e da qual não se discorda, propõe-se o tratamento do conflito, sempre que for viável esta possibilidade.

Pode-se pensar que o conflito é um problema dos indivíduos, que a solução jurídica deve distanciar-se dessa perspectiva. Entende-se, de maneira diferente, numa visão prospectiva, que o tratamento dos problemas penais deve, na máxima medida possível, impedir a ocorrência de novas contendas de natureza penal.

Certamente, tal proposição envolve uma complexidade que não se tem condições de desvelar no estágio atual do desenvolvimento de programas dessa natureza no Brasil. Assim, o tratamento da matéria dependerá do tipo de crime, do contexto e das circunstâncias em que os delitos ocorrem.

4.3 MEDIAÇÃO PELA PAZ

4.3.1 A mediação como técnica alternativa

Os indivíduos podem comportar-se de diversas formas diante de um conflito, uma dessas formas é, justamente, resolvendo o problema. Os métodos de solução de problemas pretendem desenvolver formas, cumprir metas e superar obstáculos, podendo proporcionar decisões de alta qualidade. Importam neste trabalho os métodos que viabilizam a construção de um espaço para a solução aberta do problema, o que pode ocorrer por meio da negociação colaborativa entre as partes, a mediação.²²⁴

A busca pela efetividade de direitos na sociedade contemporânea, inserida em uma estrutura globalizada, transcende as barreiras individuais de um clássico modelo de resolução de conflitos para adequar-se a soluções mais condizentes com as necessidades sociais.

Para a efetiva aplicação do acesso à Justiça, ao lado dos tradicionais mecanismos, surgem instrumentos alternativos de solução de conflitos, como a mediação. O sistema

²²⁴ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ... op. cit., p. 72-73.

tradicional de resolução de conflitos não cumpre os fins democráticos do Estado Constitucional nem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A mediação penal nasce como forma de democratização do sistema, baseando-se na humanização já anunciada no Iluminismo por Beccaria.²²⁵

O exercício democrático relaciona-se com a abertura e indefinição de fronteiras, não com enclausuramentos, fronteiras rígidas e distinções dicotômicas. A mediação é uma forma de reapropriação, de ativação da participação dos cidadãos na gestão dos conflitos²²⁶ que nascem do crime.²²⁷

Trata-se, em verdade, de uma resposta natural da sociedade à ineficaz estrutura judicial, na maioria das vezes, morosa e cara. A utilização da mediação é menos custosa e mais rápida, proporcionando, pelo exercício da cidadania, um maior diálogo entre os atores sociais²²⁸.

A redução de custos ocorre na medida em que, quando não existe a judicialização das causas solucionadas por meio da mediação, o judiciário trabalhará com uma quantidade menor de processos e todas as suas possibilidades recursais. Por exemplo, com a Lei de Mediação e Conciliação na Argentina, de 23 de abril de 1996, a judicialização dos processos reduziu quase 80% e o julgamentos dos processos judicializados que, antes, demoravam cerca de 3 anos, passaram a ser julgados em, aproximadamente, um ano.²²⁹

Se o serviço de mediação for ofertado pelo Estado no âmbito penal, considerando que, conforme pesquisa detalhada na segunda seção desse trabalho, a maior parte dos conflitos penais atinge as populações de baixa renda, compreende-se que seriam possíveis resultados de igual proporção.

Para a resolução de um conflito, o método deve possuir duas características básicas: a) atender aos interesses e preocupações de uma das partes – metas que a pessoa fixa para si como necessárias para a resolução do conflito, b) mantendo uma relação apropriada com a

²²⁵ SICA, op. cit., p. 8.

²²⁶ Na seara penal, explica Francisco Amado Ferreira que para alguns doutrinadores só existe um verdadeiro conflito quando as partes tenham a percepção da sua existência (conflito latente). Neste estágio de conflito é indicada para solução a mediação preventiva. “O mediador procura identificar as pessoas afetadas e impedir a propagação de conflito, ao mesmo tempo em que inicia o processo de informação e de educação das mesmas, para que possam clarificar os interesses em jogo [...]. Nos conflitos emergentes, as partes já conhecem o objeto da disputa que as separa, todavia, deram início a qualquer processo de resolução pacífica. [...] O tipo de mediação indicada para esse conflito é a mediação curativa [...] Por seu turno, nos conflitos manifestos, as partes já encetaram um ou mais processos de disputa dinâmica, mas não lograram um acordo satisfatório equitativo. [...] O tipo de mediação indicada é a mediação curativa.” Desse modo, surgem conflitos estruturais, de valores, de relações, entre dados, de interesses etc. (FERREIRA, op. cit., p. 75-76).

²²⁷ SICA, op. cit., p. 209-211.

²²⁸ GORCZEVSKI, Clovis. Solução alternativa de conflitos para uma nova cultura cidadã. **Revista de Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 21, jan./jun. 2004, p. 153.

²²⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ...op. cit., p. 294-295.

outra parte (a preocupação com o outro). Tais características levam à compreensão de que quando duas partes estão dispostas a resolver o conflito, nenhuma delas pode fazê-lo sem a cooperação da outra. É possível chegar a bons resultados na resolução de um conflito sem que seja às custas do outro ou do ressentimento da relação.²³⁰

A mediação pode ser aplicada em diversas áreas, não só na penal. Mas, aplicada nesta área, é utilizada como um dos métodos da Justiça Restaurativa.²³¹ A mediação considera o crime como uma ruptura de relação (quando existe uma relação prévia entre as partes), e secundariamente como uma ofensa ao Estado, por isso a lei penal deve permitir a reparação da perturbação causada, para que o dano possa ser reparado.²³²

A falta de mediação aproxima as estruturas do sistema acusatório do medievo, conforme referido por Michel Foucault. Uma nova forma de proceder, “em que o conflito cede ao não-conflito, por opção mesmo dos agentes em conflito”²³³, proporciona o nascimento do ambiente capaz de gerar a pacificação.

Existem, em verdade, “mediações”, dependendo do local e da diversidade das pessoas envolvidas. Porém, algumas noções são comuns. Tal modo de enfrentar, dinamicamente, situações problemáticas e abrir canais de comunicação admite que uma terceira pessoa, neutra, ajude dois ou mais sujeitos a compreender o motivo e a origem de um conflito, fazendo com que as pessoas envolvidas encontrem uma solução através do diálogo. Tal encontro, obrigatoriamente, precisa ser voluntário e confidencial, não podendo ser utilizada como prova no processo penal oficial.²³⁴

Nessa perspectiva, a mediação não tem, por escopo, descobrir a verdade, nem estabelecer quem está certo e quem está errado. Visa possibilitar uma comunicação entre as partes, não sendo reduzido a termo o que foi conversado naquele ambiente. Claro que esse encaminhamento é realizado através dos órgãos oficiais, responsáveis por definir quais casos serão encaminhados, mantendo o caráter público da demanda, que, através deste método, terá efetiva participação dos envolvidos.²³⁵ Nesse ponto, fortalece-se a necessidade de implementação de uma Justiça Restaurativa integrada à estrutura do Poder Judiciário.

²³⁰ ÁLVAREZ, Gladys Stella. La mediación e el acceso ...op. cit., p. 72-74.

²³¹ SICA, op. cit., p. 73.

²³² Idem, ibidem., p. 64.

²³³ KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**. Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74.

²³⁴ SICA, op. cit., p. 46.

²³⁵ Idem, ibidem, p. 49.

Por meio da informalidade e da confidencialidade²³⁶, são travados acordos, sem a necessidade de imposição da violência e da ânsia por vingança²³⁷, o que proporciona a pacificação para além dos requisitos legais, tendo em vista a comunicação entre os envolvidos e o bom senso.²³⁸

4.3.1.1 O modelo de Pruitt

A resolução de um conflito desenvolvida por meio da cooperação refere-se a um ideal, não só como comportamento, mas também como estratégia de ação.

A base desse ideal está desenvolvida em um modelo atribuído ao professor Dean G. Pruitt, reconhecido por diversos autores²³⁹ e utilizado na Psicologia Social do Conflito e na Teoria da Negociação. Trata-se do “Modelo do duplo interesse”²⁴⁰.

O modelo proposto analisa os cinco padrões básicos de comportamento que as pessoas utilizam para resolver os conflitos e propõe cinco estratégias de negociação. Pode ser simbolicamente, representado por meio de dois eixos, um vertical e outro horizontal, inter cruzados no marco zero (+). O eixo vertical demonstra o grau de satisfação que cada

²³⁶ A confidencialidade em determinadas oportunidades poderia ser mitigada, como no caso de informação relativa à ocorrência de crime ação pública. O Projeto de Lei do Senado Nº 517, de 2011 trata dessa matéria. Transcreve-se:

Da Confidencialidade e suas Exceções

Art. 28. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I – declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;
 II – reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;
 III – manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;
 IV – documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não estará abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

Art. 29. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

²³⁷ BREITMANN, Stella Galbinski; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001 p. 52.

²³⁸ BRAGANHOLA, Beatriz Helena. Novo desafio do direito de família contemporâneo: mediação familiar. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 29, jun. 2005, p. 73.

²³⁹ SERRANO, Gonzalo; RODRÍGUES FERNÁNDEZ, Dámaso. **Negociación en las organizaciones**. Madrid: Eudema Psicología/Recursos Humanos, 1993, p. 64-89; MUNDUATE JACA, Lourdes; MARTÍNEZ RIQUELME, José. **Conflicto e negociación**. Madrid: Eudema Psicología/Recursos Humanos, 1994, p. 39-35.

²⁴⁰ Tradução nossa.

parte tem, em conformidade com os seus próprios interesses. O eixo horizontal representa o grau de cooperação que existe entre as partes envolvidas na resolução do conflito. O eixo vertical segue uma escala crescente, por exemplo, de 0 a 10 para cima e de 0 a -10 para baixo. O eixo horizontal, do mesmo modo, de 0 a 10 para a direita e de 0 a -10 para a esquerda. Tendo como parâmetro esta representação cartesiana, uma graduação vertical 10 e horizontal 0 é típica de uma forma de condução do conflito altamente competitiva, produtora, certamente, de resultados ganhar-perder²⁴¹.

Com base nesta representação, existem 5 estilos básicos²⁴² de resolver um conflito²⁴³:

1) competir – grande preocupação com as metas pessoais e pouca preocupação com as relações – vertical 10, horizontal 0: a perda nesse caso é sinônimo de destruição da própria imagem da pessoa envolvida no conflito, a qual acredita, seriamente, nas suas próprias razões e deseja ser o ganhador a qualquer custo. Nessa forma de resolução a pessoa envolvida acredita que o conflito só existe porque a retidão das suas atitudes não foi enxergada;

2) conceder – pouca preocupação com as metas pessoais e uma grande preocupação com as relações – vertical 0, horizontal 10: considera-se que a ira é ruim e que o conflito é destruidor, neste sentido é melhor concordar com tudo e não discordar de nada que é proposto;

3) evitar – pouca preocupação com as metas pessoais e pouca preocupação com as relações – vertical 0, horizontal 0: nessa hipótese, o conflito é enxergado como inútil, a pessoa envolvida se elimina mental e fisicamente. Havendo qualquer desentendimento seria mais adequado retirar-se. É difícil a identificação desta modalidade porque quando a pessoa nega o conflito não se importa com o tema nem com o outro. De outro modo, se não se sente afetada pelo problema, não há intenção de preocupar-se com o assunto e de resolver o conflito. Às vezes, este caminho não passa de uma estratégia a fim de esperar o momento oportuno para manifestar-se e obter uma vantagem pessoal;

4) acordar – preocupação moderada quanto às metas pessoais e quanto às relações – vertical 5, horizontal 5: busca-se encontrar uma posição em que cada um ganha algo. Considera-se positiva a ideia de dividir custos e benefícios, chegando-se a um processo civilizado de intercâmbio. Nessas hipóteses, as metas têm importância intermediária, o que permite a cada parte colaborar de forma intermediária com a outra;

²⁴¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op.cit., p. 82-83

²⁴² Apesar de uma tratar-se de uma representação simplificada das diversas hipóteses de tratamento do conflito, existem limites reais para a prática atual da mediação. Para esse tema é importante a leitura do capítulo terceiro da obra: BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **La promesa de Mediación**. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento próprio y el reconocimiento de los otros. Buenos Aires: Granica, 2008.

²⁴³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op.cit., p. 84-88.

5) colaborar: grande preocupação com as metas pessoais e com as relações – vertical 10, horizontal 10: neste caso, busca-se satisfazer as metas pessoais e as demais metas. O conflito é visualizado como algo útil, que analisado de maneira adequada, conduz a uma solução mais criativa. Em vez de perder vínculos, permite-se sobrelevar as dificuldades e estender as possibilidades de relacionamento. Colaborar implica, portanto, em ir além do que está em uma mesa de negociação, fortalecendo e criando valores, compreendendo a opinião de todos como igualmente legítimas. Neste caso, o grau de cooperação precisa ser elevado. Trata-se do mecanismo mais benéfico, pois, além de possibilitar decisões de grande qualidade, implica em resultados positivos para todos os envolvidos.

Considerando os métodos analisados, chama-se integração a proposta em que as duas partes não tenham que sacrificar nada. Suas energias voltam-se à solução do problema, utilizando-se da técnica ganhar-ganhar em um nível especial de interação. Como a confiança se sobrelevar no processo de resolução do conflito, os direitos e sentimentos tendem a ser repartidos de forma plena, quebrando qualquer possibilidade de hierarquia entre as partes. Como resultado, existem decisões de melhor qualidade. Como interesse estratégico, as relações futuras não ficam comprometidas e, como interesse intrínseco, desenvolve-se uma motivação ideológica voltada também à preocupação com o outro e solução dos problemas do outro.^{244 245}

²⁴⁴ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**....op. cit., p. 88-90.

²⁴⁵ Esta proposta também pode ser verificada numa perspectiva mais ampla, voltadas às disputas complexas, envolvendo múltiplas partes. Como técnica para resolução de conflitos desta natureza, Gladys Álvarez propõe a “facilitação”, muito utilizada para o desenvolvimento de políticas públicas e projetos sociais que contam com a participação de facilitadores e mediadores em bairros. Problemas desta natureza possuem uma transcendência social considerável, envolve grandes grupos humanos e uma complexa rede de interesses. Por desbordar dos interesses desse trabalho, não é conveniente minudenciar suas características. Não se pode olvidar, todavia, que no tratamento preventivo do problema da criminalidade, tais mecanismos podem ter forte impacto social. Pode-se pensar ainda na possibilidade de compreensão e solução de crimes multitudinários, os quais são praticados por multidões inflamadas e de maneira desordenada, a partir de tais técnicas. Cf ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**....op. cit., p. 126-128, p. 90-94. No mesmo sentido: AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o Conflito e a Solução**. São Paulo: Artepaubrasil, 2009; LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Haptom, 2007; ROBLES, Tatiana. **Mediação e Direito de Família**. São Paulo: Cone, 2009; SCHNITMAN. Dora Fried. **Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas**. Buenos Aires: Granica, 2008; SERPA, Maria Nazareth. **Mediação de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

4.3.1.2 Alguns modelos de mediação

A intervenção de terceiros na resolução de conflitos é algo tão antigo quanto o mundo.²⁴⁶ O que importa neste ponto é destacar, numa perspectiva interdisciplinar, quais os tipos ou modelos de intervenção que resultaram de contribuições da sociologia, psicologia social, antropologia, linguística, entre outras ciências, e que auxiliam na compreensão dos possíveis caminhos a serem adotados pelo mediador. Existem diversos modelos, dentre os quais, cita-se: o modelo de Harvard; o modelo narrativo; o modelo transformativo; o modelo do controle pelo mediador; o modelo intervencionista, o modelo do controle pelas partes; e o modelo de desenvolvimento relacional. Os três primeiros são os mais adotados e agregam as premissas e comportamentos que não podem ser desconhecidas pelo profissional que atua com a mediação, razão pela qual serão analisados sucintamente. Desde já, salienta-se que não há um cronograma específico a ser seguido pelo mediador, nem mesmo o modelo ideal. Na prática, a atuação resulta da combinação de diversos modelos²⁴⁷.

4.3.1.2.1 O modelo da Universidade de Harvard

O *modelo da Universidade de Harvard* considera a mediação como uma negociação colaborativa facilitada. A partir da identificação dos interesses das partes, o mediador busca um maior grau de satisfação dos envolvidos, sendo um facilitador da comunicação, numa espécie de ação catalizadora. Tem, como função essencial, ajudar os envolvidos na disputa a serem negociadores reflexivos e razoáveis. Considerando que os interesses, independentemente da sua natureza, são a verdadeira preocupação das pessoas, é possível identificá-los e traçar uma lista decrescente de importância entre eles. Usa-se, como técnica argumentativa, a colocação de cada uma das partes no lugar da outra, fazendo com que cada envolvido saia da sua posição de conflito. A partir da perspectiva do outro, a solução pode gerar o fim do conflito. Se resolver é finalizar o conflito, neste caso, a mediação é uma

²⁴⁶ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op. cit., p. 126. Conferir também em: AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5-25; NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o Conflito e a Solução**. São Paulo: Artepaubrasil, 2009, p. 15-16; LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Haptom, 2007, p. 20-25; ROBLES, Tatiana. **Mediação e Direito de Família**. São Paulo: Cone, 2009; SCHNITMAN, Dora Fried. **Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas**. Buenos Aires: Granica, 2008, p. 20-30; SERPA, Maria Nazareth. **Mediação de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 15-17.

²⁴⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op. cit, p. 126-128.

técnica de dissolução de disputas, que tem, como característica essencial, o protagonismo das partes envolvidas.²⁴⁸

4.3.1.2.2 *O modelo narrativo*

O *modelo narrativo* é uma derivação do modelo de Harvard, dando-se grande ênfase à comunicação entre as partes. O conflito é enxergado como “uma narração de histórias conflituosas” e chega à mediação como uma “história do conflito.” Assim, a técnica empregada pelo mediador é compreendida como um “ato comunicacional”. Esta modalidade também é chamada de “circular-narrativa”, pois considera que o conflito possui várias causas que se retroalimentam continuamente, de modo circular. O problema decorre das dificuldades relacionais.²⁴⁹

Para que as partes cheguem a um acordo, é preciso que elas substituam suas histórias conflituosas por outras mais positivas. O mediador, neste caso, interfere diretamente na criação de uma “nova história”, uma tarefa de muita sensibilidade e que só pode ser exercida por profissional com habilidade pessoal para tanto. Diferente do modelo precedente, o mediador aqui não é um catalizador, ele interfere diretamente na solução do conflito. É essencial que ele reconheça bem algumas ferramentas comunicacionais²⁵⁰, e que as sessões sejam, inicialmente, privadas para cada uma das partes. Apenas em um segundo momento, seria viável a reunião das partes em conflito para construção do acordo. O mediador é, assim, uma “ponte” para que as partes voltem a se comunicar novamente.²⁵¹

Considerando, no âmbito penal, as dificuldades culturais para a aceitação do crime como algo natural e positivo, o modelo narrativo pode ser aconselhável no tratamento de infrações de maior potencial ofensivo. A possibilidade de encontros apartados entre mediador e ofensor, mediador e vítima, podem permitir uma nova percepção acerca da realidade²⁵². Às vezes, mesmo em um segundo momento, não é aconselhável o encontro entre ofensor e vítima. O acordo pode ser travado sem a presença física dos envolvidos. Todavia, essa

²⁴⁸ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 128-130. Ver também: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Haptom, 2007, p. 20-25;

²⁴⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso ...** op. cit., p. 130-131.

²⁵⁰ São exemplos de ferramentas comunicacionais: perguntas abertas, recontextualização, conotação positiva, entre outras. A compreensão detalhada desses elementos desborda dos rumos deste trabalho. Cf. ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...**, p. 128-132. Cf. SERPA, Maria Nazareth. **Mediação de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 15-17.

²⁵¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso ...** p. 130-133.

²⁵² Alguns autores, quando não distinguem os modelos de mediação, tratam dessa hipótese com o nome “mediação indireta”.

hipótese de solução desfigura a necessidade de reconstrução relacional por meio do diálogo, tornando-se mesmo nova modalidade de tratamento.²⁵³ Todavia, ainda assim, pode ser vantajosa, considerando o desgaste emocional ocasionado por um processo judicial, além dos custos e da perda de tempo.

4.3.1.2.3 O modelo transformativo

O *modelo transformativo* é uma antítese ao modelo de Harvard. Atingir o resultado na resolução do conflito é menos importante que melhorar as relações entre as partes. Ocorre a transformação quando são desenvolvidos valores morais entre as pessoas.

Baruch Bush e Folger²⁵⁴ são os principais entusiastas desse modelo, por meio do qual podem ser construídos afetos colaterais que proporcionam maneiras diferentes de encarar a vida em sociedade, interferindo na qualidade para a resolução dos conflitos e na redução da reincidência. Visa-se a transformação de posturas egoístas e defensivas, conduzindo a uma sociedade de aliados, em vez de uma frágil trégua entre inimigos.²⁵⁵

Numa visão tanto quanto idealista, para não dizer romântica, o conflito não é encarado como um problema, mas como uma oportunidade para o desenvolvimento moral. Por meio desse modelo, valoriza-se o *empowerment* e o reconhecimento, o que implica em um fortalecimento das relações entre as pessoas, a partir do conhecimento e empatia para com os problemas do outro. O *empowerment* é a compreensão de si mesmo perante o conflito e o reconhecimento é a consideração do problema do outro²⁵⁶. Nesse sentido, o mediador deve estar atento para compreender os momentos de elo nesse reconhecimento e aprofundar o diálogo em torno desse elo.

Compreende-se que o desenvolvimento e aplicação desse modelo é essencial para o tratamento do crime, pois, ainda que a solução do conflito não se desenvolva completamente por meio de uma técnica alternativa, o diálogo inicial permitiria às partes uma nova compreensão acerca do conflito, e o autoconhecimento (*empowerment*) de cada um dos

²⁵³ Hipoteticamente, seria viável o desenvolvimento desta técnica como possibilidade alternativa, nos casos, por exemplo, em que há grande temor da vítima. Tais investidas necessitam de estudos teóricos e empíricos mais aprofundados.

²⁵⁴ Robert A. Baruch Bush é Professor de Resolução Alternativa de Conflitos na Faculdade de Direito da Hofstra, em Hempstead University, Nova York. Joseph P. Folger é professor de comunicação e decano da Escola de Comunicação e Teatro da Temple University, localizada na Filadélfia, Pensilvânia. Cf. BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **La promesa de Mediación**. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros. Buenos Aires: Granica, 2008, contracapa.

²⁵⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**... op. cit., p. 133-135.

²⁵⁶ Cf. BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **La promesa de Mediación**, op. cit., p. 133-155.

envolvidos. A noção de pertencimento social e valorização do outro (reconhecimento) como ser pertencente ao grupo social é uma das principais ferramentas de redução da reincidência, melhorando a convivência entre as pessoas por meio da valorização do respeito, da tolerância, da participação e da responsabilidade na tomada de decisão.²⁵⁷

4.3.1.3 Diferenças entre mediação, conciliação e arbitragem vinculante

As técnicas alternativas de resolução mais utilizadas na América Latina são a mediação, a conciliação e a arbitragem vinculante.

É imperioso observar que existe muita confusão na utilização das nomenclaturas apontadas em diversos países, conforme se verificará adiante. Tal confusão decorre do fato de, na prática, os juízes, quando propõem a conciliação prévia entre as partes nos procedimentos cíveis, por exemplo, atuarem como conciliadores.

Todavia existe uma distinção conceitual essencial entre o mediador, o conciliador (que pode ser um juiz) e o árbitro. O juiz, ainda que possa se utilizar de técnicas de mediação, não é mediador, pois profere decisão. O árbitro é um terceiro escolhido pelas partes.

É preciso distinguir conciliação de mediação. A primeira tem, por escopo, desafogar o judiciário, reduzindo o diálogo entre as partes e impondo um compromisso entre elas. A mediação parte do pressuposto de que há um problema entre pessoas que precisa ser resolvido, através de compreensão e diálogo, devendo o terceiro apenas possibilitar uma conversa respeitável. A decisão do conflito surge das partes envolvidas²⁵⁸.

Francisco Amado Ferreira observa que, “como forma de intermediação humana voluntária e espontânea, a mediação tem origem que se perde nos primórdios da humanidade.” A conciliação, por sua vez, não implica, necessariamente, a existência de um terceiro conciliador. Os interessados podem se conciliar sem o recurso a qualquer intermediação humana. Tal mecanismo vem sendo indicado como fase ulterior de qualquer processo negocial.²⁵⁹

A mediação visa à integração social, sendo conduzida por um terceiro imparcial. Trata-se de uma forma de autocomposição de conflitos. Conforme destacam Charlise Paula Colet e Viviane Teixeira Dotto Coitinho, “o mediador, diferentemente do Juiz, não dá

²⁵⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso** ...op. cit, p. 135. Conferir também em: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Artmed editora, 1999, p. 20-30; GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana. **Mediación, una Transformación en la Cultura**. Buenos Aires: Paidós, 1997, p. 40

²⁵⁸ SICA, op. cit., p. 49.

²⁵⁹ FERREIRA, op. cit., p. 73.

sentença; diferentemente do árbitro, não decide; diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito”. Por não estar nem de um lado, nem de outro, ele é responsável por quebrar o sistema binário do conflito jurídico tradicional. Por isso, a mediação é uma forma de autocomposição dos conflitos.²⁶⁰

Sinteticamente, afirma-se que a mediação é um procedimento de resolução de conflitos flexível e não vinculante em que um terceiro neutro – o mediador – facilita as negociações entre as partes, ajudando-as a chegar a um acordo. O mediador é, portanto, responsável pela ampliação das possibilidades de resolver conflito²⁶¹.

O magistrado pode, sem dúvidas, ter uma postura imparcial quando propõe uma conciliação no procedimento judicializado de resolução de conflitos. Mas o juiz não é mediador, pois as partes têm consciência que, não havendo acordo, a solução será proferida pela autoridade judicial.

Na mediação que ora se propõe, o mediador não é autoridade e não profere decisão alguma, apenas auxilia no diálogo entre as partes. Em muitos ordenamentos, conforme se verá adiante, a mediação e a conciliação são tratadas como sinônimos na legislação, pois a distinção prática de atuação dos profissionais é muito estreita. Por isso, é essencial que os magistrados tenham conhecimento das técnicas de mediação e possam empregá-las nos procedimentos judiciais preparatórios.

Entende-se que a participação de um terceiro neutro, que não precisa ter formação jurídica, nos procedimentos de mediação não judicializados, ou seja, antes de ser constituído um processo judicial, é mais adequada, por vários motivos: o mediador deve ter conhecimento da realidade social que envolve a comunidade onde ocorreu o conflito, entendendo, inclusive, o vocabulário e as peculiaridades de cada lugar; o mediador deve ter capacitação específica para a sua atuação, possuindo treinamento nas áreas de psicologia e assistência social; o mediador deve ter um olhar diferenciado perante o conflito e pode atuar em conformidade com esse olhar, ou melhor, não precisa ter uma postura jurídica diante do problema, o que viabiliza novas alternativas para a solução da lide e restabelecimento (quando possível) das relações nela envolvidas, numa perspectiva voltada para o futuro e não para o fato passado (o delito).

Claro que o juiz também deve ter uma postura prospectiva, mas tem a obrigação legal de decidir, mesmo que fundamente sua decisão na analogia, nos costumes ou nos princípios

²⁶⁰ COLET, COITINHO, op. cit., p. 3196.

²⁶¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...**op. cit, p. 135-136.

gerais do direito, conforme estabelece o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O mediador não decide.

Deve-se, ainda, mencionar a hipótese designada “mediação valorativa”²⁶², por meio da qual um terceiro avalia, do ponto de vista legal, as pretensões das partes e propõe um acordo, que seria, provavelmente, o mesmo obtido no sistema judicial tradicional. Tal hipótese se aproxima da conciliação, não sendo uma verdadeira mediação.

Segundo as regras para mediadores certificados e designados para os tribunais do Estado da Florida, Estados Unidos, não é admissível que o mediador exerça influência inadequada sobre as partes, tomando decisões e propondo acordos ou emitindo qualquer opinião pessoal ou profissional acerca de como o caso seria resolvido no âmbito judicial²⁶³. A atuação desses profissionais, na perspectiva desenvolvida nesse trabalho, possui limites bem estritos, conforme se verificará *infra*.

A *arbitragem vinculante* é, também, uma hipótese utilizada nos países da América Latina, mormente para a resolução de conflitos internacionais e de âmbito comercial e cível²⁶⁴. Trata-se de tipo de heterocomposição, distanciando-se muito da proposta a ser desenvolvida nesse trabalho para a resolução de conflitos penais.

4.3.1.4 Requisitos básicos para a atuação do mediador

Compreender os requisitos para a atuação do mediador, apesar de desbordar de uma concepção estritamente jurídica, é essencial para o desenvolvimento desse trabalho, com o intuito de que restem delineadas as distinções entre a atuação do mediador e dos demais

²⁶² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**...op. cit, p. 149.

²⁶³ Destaca a autora que: “Os critérios e standards de conduta para mediadores proveniente de uma comissão conjunta da ‘American Bar Association’, da ‘American Arbitration Association’ e da ‘Society of Professionals in Dispute Resolution’, constituída em 1995, refletem essa concepção, que provém das regras de cada instituição. Também as normas éticas da ‘Academy of Family Mediators’, da seção de RAD da Associação de Advogados do Texas e da Associação de Mediadores do Texas. Todas reafirmam enfaticamente a autodeterminação das partes” (tradução nossa). Idem, *ibidem*, p. 150.

²⁶⁴ A arbitragem vinculante no Brasil está prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Trata-se de uma modalidade de negociação em que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios a um árbitro ou a um tribunal arbitral, mediante convenção de arbitragem, que pode ser estabelecida por meio da cláusula compromissória e do compromisso arbitral (art. 3º). Nesse procedimento só são objeto de análise questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Aplicada, em regra, nas relações comerciais e internacionais, é mais utilizada por grandes empresas para obter maior celeridade na resolução dos seus conflitos nacionais e internacionais. Não há histórico de utilização da referida legislação nas relações penais, mesmo naquelas onde os interesses discutidos são, também, patrimoniais. A expressão “vinculante” refere-se ao fato de, ser uma hipótese em que as partes se comprometem previamente (cláusula compromissória) ou mediante compromisso arbitral a se submeterem à decisão do árbitro ou juízo arbitral. Em regra, a decisão é título executivo judicial. No Brasil, isso está previsto no art. 31 da referida Lei.

profissionais que podem participar da resolução de conflitos, como os juízes, os advogados, os promotores e os procuradores.

Existem requisitos básicos para que o mediador atue. Francisco Amado Ferreira elenca alguns traços essenciais para tanto: a competência, a preparação específica do mediador, o espírito de liderança, o dinamismo, a capacidade de planejamento, o paradigmatismo, a paciência, a tolerância, a diligência, o saber escutar os outros e as capacidades de reflexão, de comunicação e de concentração em face dos objetivos delineados.²⁶⁵

Para o desenvolvimento do seu trabalho, o mediador precisa identificar traços culturais que distinguem as partes. É possível que as pessoas envolvidas no conflito tenham a mesma visão de mundo, mas nas sociedades heterogêneas é mais comum que a identificação seja apenas parcial ou que não haja identificação cultural. Por isso, o mediador deve atuar como identificador dessa diversidade para melhor conduzir a mediação.²⁶⁶

Na cultura oriental (China e Coréia), por exemplo, os mediadores são eleitos entre as pessoas mais respeitáveis e confiáveis da comunidade e não possuem uma postura neutra, detêm certo grau de persuasão e manipulação.²⁶⁷ Essa postura vai de encontro com o modelo de mediação proposto nesse trabalho, o qual precisa atentar para determinados princípios, conforme se observará a seguir.

4.3.1.4.1 *A permissividade para a expressão dos sentimentos: um caminho para a autocomposição*

É essencial para a resolução do conflito que as partes, antes de uma conciliação e quando as circunstâncias fáticas permitem, tenham a possibilidade de dialogar sobre as suas emoções, não raras vezes, responsáveis pela ocorrência do conflito. Só assim se tem a noção do verdadeiro *interesse* das partes. Apenas em um segundo momento, poder-se-ia pensar em introduzir o *direito*, entendido neste ponto como as normas jurídicas ou de comportamento aceitas socialmente.²⁶⁸ Por fim, a entrega do poder a quem o tem é ainda mais delicada, dado que o *poder*, neste caso, deve ser compreendido em uma ampla acepção – forçar alguém a fazer algo que de outra maneira não faria, podendo sofrer restrições de natureza física,

²⁶⁵ FERREIRA, op. cit., p. 77.

²⁶⁶ NUDLER, Oscar. Visiones del mundo, metáforas e resolución de conflictos. **Revista Libra**, Buenos Aires, 1995, ano 4, n. 5, p. 5-10.

²⁶⁷ FOLGER, Joseph P.; JONES, Tricia S. **New directions in mediation**. Comunicacion, research and perspectives. Thousand Oaks, Londres: Sage Publications, 1994, p. 197.

²⁶⁸ Nem sempre é fácil a compreensão da normatividade em sentido amplo pelas partes, razão pela qual, em muitas oportunidades a eleição da norma mais adequada vem sendo conferida por meio das técnicas de arbitragem.

econômica, política etc. O grande problema que existe, neste ponto, é que o poder é uma questão de percepção – cada parte traz consigo a noção de poder que entende adequada.²⁶⁹

Graficamente, interesse, direito e poder podem ser representados por círculos concêntricos. O círculo interno representa o interesse, o círculo do meio representa o direito e o círculo externo representa o poder. Nesse sentido, afirma-se que os interesses das partes se realizam dentro do contexto dos direitos e dos poderes²⁷⁰. Ao mediador cumpre a difícil tarefa de tentar equalizar estas três variáveis concêntricas.

A negociação, nesta perspectiva, deixa de ser apenas técnica e é, também, uma arte²⁷¹. A possibilidade de interação direta entre as pessoas envolvidas no conflito torna a gestão do problema participativa e as partes adquirem responsabilidades para com os resultados pretendidos.

Por meio da autocomposição, as próprias partes determinam as regras de solução do conflito, e o mediador é um facilitador da comunicação entre elas. Não sendo possível o acordo entre as partes, abre-se espaço à heterocomposição.²⁷²

4.3.1.4.2 O identificador das técnicas e métodos para a construção do acordo

A educação jurídica tradicional sempre foi desenvolvida sob um olhar competitivo, o que faz com que muitos profissionais do direito, por condicionamento cultural, por habilidade inata, por temperamento ou por opção estratégica, adotem um enfoque competitivo e agressivo para a negociação.

Sem dúvidas, as técnicas competitivas têm validade e podem, inclusive, ser utilizadas na mediação, mas é preciso verificar o modelo mais adequado diante da situação concreta. Identificar essas dificuldades e eleger a estratégia mais adequada é uma tarefa essencial do mediador, que deve compreender a existência de vínculos entre as técnicas competitivas e as técnicas cooperativas, manejando-as no momento oportuno²⁷³. Esse comportamento, que entrelaça e amplia as possibilidades de solução, implica em uma opção pelo método

²⁶⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 98-99. Cf. SUARES, Marinés. **Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.** Buenos Aires: Paidós, 1997, p. 30-35.

²⁷⁰ Como elemento de diversão do sistema penal português, essa matéria é bem discutida por Helena Pereira de Melo e Tereza Pirazzo Beleza. Cf. MELO, Helena Pereira de; BELEZA, Tereza Pirazzo. **A mediação penal em Portugal.** Portugal: Almedina, 2012, p. 15-22.

²⁷¹ Cf. HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

²⁷² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit, p. 136.

²⁷³ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a redução de conflitos.** Tradução de Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 62-63.

cooperativo, o qual volta a sua atenção tanto para o problema quanto para as relações envolvidas.

Nesse sentido, propõe-se, como técnica a negociação colaborativa, a qual substitui posições de poder por interesses e o esquema ganhar-perder pelo esquema ganhar-ganhar. Para tanto, é preciso cumprir duas grandes etapas: 1) ampliar o campo de negociação – captar os interesse das partes e perceber as possibilidades de aproximação entre esses interesses; 2) limitar o campo de negociação – traçar critérios objetivos de negociação que independem dos interesses das partes e encontrar uma possível alternativa de acordo caso não ocorra a negociação.²⁷⁴ Considerando a existência de três tipos de interesses: opostos, comuns e diferentes, a negociação colaborativa tem, por base, a potenciação de interesses comuns, transacionando acerca dos interesses opostos e proporcionando uma maior satisfação quanto aos interesses diferentes de cada uma das partes envolvidas.²⁷⁵

Não sendo possível a negociação cooperativa, as partes devem estar cientes de que o próximo passo é o início de uma disputa formal por meio da jurisdição, a qual também possui suas limitações.²⁷⁶

4.3.1.4.3 A garantia da lucidez para a autonomia das partes e a construção do acordo

Uma das falhas das técnicas tradicionais de resolução de conflito é que, nestas hipóteses, as regras são estabelecidas, quase sempre, para impedir um confronto direto entre as partes e os profissionais que atuam, neste âmbito, tendem a fazer do litígio um verdadeiro campo de batalha²⁷⁷.

O mediador não deve indicar qual deve ser o resultado da lide. Deve garantir a autonomia das partes na resolução. A sua postura é muito diferente da interferência do juiz que decide, da atuação do advogado que aconselha e patrocina, ou da manifestação do terapeuta que cura. Deve se preocupar com o rompimento dos obstáculos entre as partes, propondo-lhes mecanismos de solução criativos. Por isso, o mediador deve carregar consigo a premissa de que os seres humanos são entidades racionais e capazes e que a intervenção coercitiva de um terceiro desvirtua a mediação. É possível que ele escute as partes, converse,

²⁷⁴ A esse elemento chama-se “melhor alternativa ao acordo negociado” (MAAN). Cf. ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 121-125.

²⁷⁵ Idem, ibidem, p. 124-125.

²⁷⁶ FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 29-34.

²⁷⁷ TRACHTE-HUBER, Wendy. **Negotiation: Strategies for Law and business.** Dallas: Texas Lawyer Press, 1995, p. 3-30.

interrogue, crie opções de pensamento, na perspectiva de que os agentes cheguem sozinhos à resposta para o problema.

O mediador deve se despojar do poder a ele atribuído pelas partes, deve controlar o processo de mediação, sendo os envolvidos no conflito os detentores do controle acerca do conteúdo da negociação e do resultado atingido. Claro que o mediador exerce parcela de poder, mas no que se refere à condução do procedimento.²⁷⁸

É legítimo permitir aos envolvidos no procedimento de mediação recomendações, assessorias, mas tais tarefas devem ser exercidas por profissionais diferentes do mediador, cada um deles conhecedor de uma área respectiva.²⁷⁹

Mas não se imagina que a atuação do mediador seja neutra. Não há neutralidade quanto à condução dos trabalhos, mormente no equilíbrio do poder entre as partes.²⁸⁰

4.3.3.4 Problemas da mediação como terapia e da atuação do profissional do direito como mediador

Ao mesmo tempo em que as técnicas de mediação são próprias de uma profissão autônoma, elas foram desenvolvias a partir de raízes multidisciplinares, o que fortaleceu a atuação na área, mas proporciona, ainda hoje, uma crise de identidade²⁸¹. Geralmente, o mediador possui uma profissão de origem que interfere, diretamente, na sua forma de atuação. É comum que o mediador, com formação jurídica, utilize os conhecimentos e a interpretação da lei no exercício da mediação. O mesmo ocorre se for um psicólogo, um médico psiquiatra, um sociólogo ou um economista²⁸². Em determinados momentos, identifica-se mesmo uma confusão na formação desse profissional.

Compreende-se que o mediador é responsável por elaborar um plano, uma estratégia, para o tratamento do conflito. Às vezes, é possível verificar a necessidade de um tratamento terapêutico, mas esse tratamento deve acontecer fora do contexto da mediação. A depender de

²⁷⁸ HAYNES, John M. **Mediation and Therapy: An alternative view**. In: *Mediation Quarterly*, Jossey-Bass Publishers, Outono 1992, v. 10, n.01, p. 21-34.

²⁷⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 140.

²⁸⁰ D'ALESSIO, Damián C., ¿ **Cuál es el poder del mediador?**. In: *Revista Libra*. Ano 6, n. 6, Buenos Aires, 1997, p. 33-37.

²⁸¹ DWORKIN, Joan; LYNN, Jacob; SCOTT, Elizabeth. **The boundaries between Mediation and Therapy: ethical dilemmans**. In: *Mediation Quarterly*, Jossey-Bass Publishers, Outono 1992, v. 10, n.01, p. 107-119.

²⁸² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 141-143.

grau de bloqueio emocional envolvendo as partes, é possível retardar a resolução do conflito para um segundo momento²⁸³.

A identificação dessa possibilidade é essencial para a discussão acerca da aplicabilidade da mediação na resolução de conflitos no âmbito penal, principalmente, nos crimes que envolvem violência psicológica, facilmente identificada nos tipos penais que tangenciam a violência doméstica contra a mulher.

Fato é que conflitos pessoais não devem ser diretamente tratados pelo mediador, para que não haja confusão entre a atividade da mediação e da terapia. Uma “*mediação terapêutica*”²⁸⁴ não parece adequada às premissas desse trabalho, o que não significa que, tanto o mediador como o terapeuta, não devam conhecer sobre problemas de relação e de poder. Geralmente, em um tratamento terapêutico, o paciente pode passar por vários processos curativos, numa relação de compromisso que está além do equilíbrio de interesses pelo qual o mediador é responsável.²⁸⁵

No mesmo sentido, não é necessário que o mediador tenha formação jurídica, a fim de que o diálogo voltado ao interesse das partes não se transforme em uma conversa de advogados e técnicos, deixando os verdadeiros interessados excluídos do processo de resolução. Na verdade, o pensamento jurídico legal não é necessário à mediação, pois se relaciona, diretamente, com o Poder Judiciário. Em regra, só é juridicamente relevante o que o ordenamento jurídico o considera. Esse afastamento legal ou formal, muitas vezes, impossibilita a verdadeira resolução do conflito, trazendo para o procedimento discussões paralelas e que em nada atingem os interesses dos contendores e, por isso, não se adapta ao modelo de mediação proposto. Todavia, não restam dúvidas de que a atuação dos profissionais do direito seria essencial a uma futura homologação do acordo, mas esse não é o objetivo da mediação²⁸⁶.

Nesse sentido, mesmo que o mediador possua formação jurídica, ele não deve comportar-se como assessor ou consultor dos contendores, razão pela qual não deve emitir opiniões pessoais sobre o modo de conclusão da disputa, pois haveria nesses casos uma perda da neutralidade necessária para o exercício da mediação.

²⁸³ BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **La promesa de Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros**. Buenos Aires: Granica, 2008, p. 113-123.

²⁸⁴ HAYNES, John M.; HAYNES, Gretchen L.. **La mediación en el dicorcio**. Buenos Aires: GRANICA, 1997.

²⁸⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**... op. cit., p. 144-145.

²⁸⁶ LEITE, André Lamas. **A mediação Penal de Adultos**. Um novo “paradigma” de Justiça?. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 47-52.

O direito que se conforma com a normatividade não é algo nem simples, nem seguro, não há uma norma única para um mesmo caso, o que, somado às possibilidades interpretativas, aumenta ainda mais a complexidade das resoluções. Litígios semelhantes não são iguais, aumentando as artimanhas e possibilidades de ação dos expertos. Deve-se, também, considerar o tempo gasto nas demandas judiciais, além dos custos e da energia despendida.²⁸⁷

4.3.1.5 A mediação como exercício jurisdicional

Apesar de não ser a forma mais adequada, conforme acima já destacado, existem modelos que permitem a aplicação do direito, diretamente, pelos mediadores. Tal prática decorre da existência de programas de mediação anexos, relacionados ou conectados com o sistema judicial, os quais, em sua maioria, exigem que os mediadores tenham formação jurídica. Discute-se, assim, se o exercício desses mediadores deve ser compreendido como atividade jurisdicional.

Apesar de se entender que a mediação integrada ao sistema judicial seria a modalidade que melhor se adequaria à realidade brasileira, conforme se sustenta nesse trabalho, a atribuição da força jurisdicional à mediação (mesmo à integrada) desvirtua as premissas já desenvolvidas nesse texto. Primeiramente, na mediação, o acordo deve ser realizado pelas partes, algumas vezes o mediador, apenas, digita e verifica se está claro o texto, controlando, em alguns casos, a atuação dos advogados das partes. Nesse sentido, antecipar soluções legais ou mesmo fazer a subsunção de normas legais ao direito não são atribuições que devem ser designadas por mediadores.²⁸⁸

Se a mediação se propõe à criação de um novo contexto comunicacional, deve ser distinta das modalidades de resolução que utilizam a aplicação direta do direito. Na concepção aqui desenvolvida, a formação jurídica não é essencial para o exercício da mediação.

A confusão de conceitos e modalidades distintas de mediação ocorre devido à deturpada aplicação da “mediação valorativa.”²⁸⁹ A atuação jurisdicional, necessariamente, não implica em resultado justo. É desnecessário atribuir à mediação a força coercitiva da

²⁸⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 148.

²⁸⁸ LEITE, op. cit., p. 52-69.

²⁸⁹ Vide item 4.3.1.3.

jurisdição, dado que o devido acesso à Justiça não é o mesmo que devido acesso à atividade jurisdicional.

4.3.1.6 O Código de Ética dos conciliadores e mediadores judiciais

O Anexo III da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010²⁹⁰, do Conselho Nacional de Justiça, considerando a necessidade de desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação, enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Estabelece, em seu artigo 1º, os princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais, o que, diante da importância para o tratamento da matéria, transcreve-se:

- I – Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;
- II – Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;
- III – Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;
- IV – Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;
- V – Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;
- VI – Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;
- VII – Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;
- VIII – Validação - dever de estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

Conforme se verifica, os princípios e definições transcritos, sem minudenciar possíveis falhas conceituais, atendem à perspectiva abordada nesse trabalho, colocando o mediador, ao

²⁹⁰ Vide item 5.8.1. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010?tmpl=component&page=>> . Acesso em 24 jul. 2014.

mesmo tempo, numa posição de afastamento (neutralidade) e responsabilidade para com o tratamento dos problemas penais.

O desenvolvimento desse ofício é essencial à construção de uma democracia participativa, razão pela qual as normas de conduta estabelecidas no referido documento têm, como objetivo, a pacificação e o comprometimento com eventual acordo obtido (art. 2º). Nesta senda, são regras que regem o procedimento de conciliação/mediação:

- I – Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;
- II – Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;
- III – Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles²⁹¹;
- IV – Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;²⁹²
- V – Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

No Brasil, os mediadores e conciliadores judiciais atuam sob a orientação de um Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania a que esteja vinculado (art. 4º e 5º), aplicando-se-lhes os mesmos motivos de impedimento e suspeição que se aplicam aos juízes (art. 6º).

Não é possível que os mediadores e conciliadores prestem qualquer tipo de atividade profissional aos envolvidos nos processos de conciliação e mediação (art. 7º).

O descumprimento de qualquer dos princípios e regras do Código de Ética resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional (art. 8º), podendo qualquer pessoa representar ao Juiz Coordenador uma conduta inadequada do conciliador/mediador (parágrafo único).

²⁹¹ Nesse ponto é importante observar que a regulamentação brasileira fez a correta distinção entre conciliação e mediação, apesar de, em determinados pontos, confundir os termos. É comum que os países da América Latina não façam essa distinção.

²⁹² Possibilita-se, assim, uma abertura à participação democrática, desde que haja o consentimento das partes.

Aos mediadores extrajudiciais devem se aplicar as mesmas restrições e obrigações acima referidas. No Projeto de Lei do Senado Nº 517 de 2011²⁹³ está explícito que as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz se aplicam ao mediador, que ficará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer parte que tenha se submetido à mediação por ele conduzida, bem como atuar como árbitro ou testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador (art. 5º e 6º). Destaca, ainda, que são requisitos para a atuação desse profissional a imparcialidade, independência, diligência e discricção (art. 4º, §2).²⁹⁴

²⁹³ Vide item 5.8.3.

²⁹⁴ No mesmo projeto está previsto o procedimento para a mediação judicial e extrajudicial, conforme se transcreve:

Do Procedimento de Mediação

Subseção I

Disposições Comuns

Art. 12. A pessoa designada para funcionar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Art. 13. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 14. A requerimento das partes ou do mediador, com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 15. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se a mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 16. As partes poderão ser assistidas por advogados.

Parágrafo único. Se apenas uma das partes estiver assistida por profissional da advocacia, as outras poderão solicitar a nomeação de defensor ad hoc.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data em que for firmado seu termo inicial.

§ 1º Constarão do termo inicial de mediação:

I – a qualificação das partes e dos seus procuradores, quando houver;

II – o nome, a profissão e o domicílio do mediador ou dos mediadores e, ainda, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de mediadores;

III – a descrição do conflito submetido à mediação;

IV – a discriminação da responsabilidade pelo pagamento das despesas com a mediação e dos honorários do mediador, independentemente de se chegar a consenso;

V – local, data e as assinaturas do mediador, das partes e dos seus procuradores, quando houver.

§ 2º Poderão as partes incluir no termo inicial de mediação outras matérias que entendam relevantes, inclusive os limites do dever de confidencialidade aplicável a todos os envolvidos no procedimento, signatários do termo inicial de mediação.

§ 3º Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional a partir da data da assinatura do termo inicial.

Art. 18. Instituída a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Art. 19. No desempenho da sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e solicitar das partes informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para facilitar o entendimento entre as partes.

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado lavrando-se seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

§ 1º O termo final de mediação conterà:

4.3.1.7 Vantagens da mediação

No sistema tradicional de resolução de conflito, a coação é o elemento utilizado no caso de as partes descumprirem voluntariamente a decisão imposta. Ou seja, as condutas das partes são motivadas a partir de uma ameaça de sanção, o que ocorre tanto nas decisões judiciais quanto na arbitragem. Utilizando-se das técnicas tradicionais, é impensável a obtenção de um resultado ganhar-ganhar²⁹⁵.

Não se pode retirar a importância das sentenças e dos sistemas tradicionais de resolução de conflito. Sem dúvidas, algumas questões só podem ser resolvidas por meio de uma decisão judicial, como ocorre nas hipóteses de decisões envolvendo o controle de constitucionalidade. O problema é que o sistema tradicional é utilizado frequentemente em hipóteses onde ele é desnecessário e ineficaz. O procedimento que deveria ser o último recurso, frequentemente, torna-se o primeiro²⁹⁶.

A importância da autoridade judicial no procedimento restaurativo que é viabilizado por meio da mediação não é reduzida. As decisões obtidas por meio do diálogo mediado entre as partes precisam ser homologadas judicialmente para que tenham validade. Nesse sentido, deve o juiz conhecer os mecanismos de mediação para melhor avaliar os limites de um acordo no âmbito penal.

Na mediação, um terceiro auxilia as partes a chegarem a uma solução, de forma não autoritária, o que fortalece a confiança e o respeito na relação, minimizando custos e possíveis danos²⁹⁷, aproximando a solução dos conflitos do efetivo acesso à Justiça.

Com a implementação do procedimento de mediação proposto, imagina-se a melhor efetivação do acesso à Justiça, dada a ampliação, diversificação e descentralização dos serviços de justiça. Neste sentido, como efeito, espera-se: significativo descongestionamento

I – a qualificação das partes e dos seus procuradores e prepostos, quando houver;

II – o resumo do conflito;

III – a descrição do acordo, com os direitos e obrigações de cada parte, ou a declaração ou manifestação de não ser mais possível a obtenção de solução consensual;

IV – local, data, a assinatura do mediador e, caso tenha sido celebrado acordo, as assinaturas das partes e dos seus procuradores, quando houver.

§ 2º § 2º O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

²⁹⁵ ALVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 105.

²⁹⁶ CAPPANARI, S; CRONEMBERGER, L; BERNARDES, C; Yazbek, V. **É Possível Evitar a Cronicidade do Conflito Litigioso?** In: Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica. São Paulo: U. P. Mackenzie, 2000, p. 334-336.

²⁹⁷ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a redução de conflitos.** Tradução de Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

da estrutura jurisdicional, com a redução do número de casos que ingressam no sistema; maior disponibilidade de tempo para os juízes; encurtamento da duração dos processos tradicionais e melhor qualidade na prestação dos serviços judiciais.²⁹⁸

Conquanto a mediação possa ser autônoma em relação ao sistema penal tradicional, entende-se que, no Brasil, a constituição de uma estrutura para a prática de tal técnica alternativa seria mais adequada se estivesse vinculada aos órgãos oficiais. Isso não significa que deva estar localizada em um mesmo espaço, de modo que seria, inclusive, mais adequado que a estrutura física fosse apartada do Poder Judiciário, proporcionando um distanciamento do procedimento penal tradicional, no mais das vezes, estigmatizado, repleto de símbolos e práticas discriminantes, como as vestes e a linguagem dos juízes togados. Entre outras razões e por tal motivo, não se pode olvidar que as técnicas de mediação se desenvolveram atreladas à ideia de abolicionismo penal, a partir de práticas indígenas, como as registradas pela comunidade maori na Nova Zelândia.

Desse modo, a mediação descentraliza a forma de solução do conflito, trazendo-o para a comunidade, uma maneira de oxigenar o sistema e aumentar a coesão social, já que os mediadores são pessoas eleitas na própria comunidade, não necessariamente detentoras de uma formação jurídica.²⁹⁹

4.3.1.8 Utilização da mediação em crimes graves: mediação direta e indireta

Não é amplamente aceita a possibilidade de aplicação da mediação nos crimes mais graves. Sica, por exemplo, verifica a possibilidade de utilização da mediação, apenas, nos conflitos envolvendo matrimônio, família, patrimônio, escola e vizinhança.³⁰⁰

Na esfera penal, pode-se utilizar a mediação direta ou indireta. Em caso de desconforto, a vítima pode optar por sessões separadas com o mediador, que levará as impressões ao ofensor. Logicamente, a mediação direta é preferível, trazendo como benefício o denominado *empowerment*, que confere às partes poder sobre a marcha processual, possibilitando participação democrática no processo de solução de conflitos³⁰¹.

Compreende-se desta feita a possibilidade de utilização da mediação indireta como uma forma de viabilizar a solução dos conflitos mais graves por meio do procedimento

²⁹⁸ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 33-34.

²⁹⁹ SICA, op. cit., p. 54.

³⁰⁰ Idem, ibidem, p. 54-56.

³⁰¹ Idem, ibidem, p. 59.

restaurativo, apesar de tal perspectiva ainda estar em desenvolvimento, não sendo aceita, mormente, nos países com maior déficit de desenvolvimento socioeconômico.

A mediação tem um diferencial na solução dos conflitos penais, que é promover o tratamento do conflito como elemento externo (consequências danosas visíveis pelas partes) e como elemento interno (razões que muitas vezes permeiam a origem do problema e que, se não forem tratadas, podem causar mais conflitos e aumentar os índices de reincidência).

Conforme já destacado anteriormente, muito se questiona acerca dos tipos de crime que permitiriam a solução mediada. No Brasil, como a própria Lei de Juizados Especiais garante a possibilidade de transação penal ou a composição civil dos danos, oportunidade em que se pensa, ao menos do ponto de vista patrimonial, genericamente, em recomposição ou acordo, é culturalmente mais fácil conceber a mediação penal aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo.

Entende-se que a mediação pode ser aplicada a qualquer hipótese de crime, mas, nesse momento histórico, sua aplicabilidade é testada, quase sempre, nos delitos de menor potencial ofensivo e, algumas vezes, nos crimes que atingem o bem jurídico patrimônio ou relações familiares e escolares.

Do ponto de vista conceitual, considerando que a mediação visa tratar o conflito em seu âmbito interno e externo, nenhum problema haveria, por exemplo, na participação da família da vítima, no crime de homicídio, ou da própria vítima, no crime de estupro. Todavia, essa parece ser uma hipótese ainda distante de ser praticada em muitos países.

Por essas razões, entende-se que, inicialmente, a mediação penal não poderia ter como parâmetro de aplicação o *quantum* de pena abstratamente previsto nas normas penais, mas o bem jurídico protegido pela norma, por assim dizer, os bens que, uma vez violados, ensejariam uma conversa facilitada entre as partes envolvidas no conflito, podendo estas ser representadas ou não pelos seus respectivos procuradores. Nesse sentido, genericamente, vislumbra-se a hipótese de utilização da técnica de mediação penal nos crimes: contra o patrimônio, contra a propriedade imaterial, contra a organização do trabalho, contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos, contra a família, contra a incolumidade pública, contra a paz pública e a fé pública, contra a administração, ambientais, contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro, contra as finanças públicas, contra as licitações, previstos na lei de improbidade administrativa, contra os portadores de deficiência, de preconceito, raça e cor, entre outros.

Não é possível, nem é pretensão deste trabalho, a discussão acerca da disponibilidade ou não de cada um dos direitos envolvidos nas hipóteses criminais. O objeto central do

trabalho é a identificação da mediação como elemento de efetivação do acesso à justiça e a proposição de um plano de ação que poderá viabilizar a mediação penal, permitindo que a solução alternativa dos conflitos se estenda aos diversos tipos de crime, à medida que forem sendo realizadas pesquisas empíricas com os casos iniciais, notadamente, aplicado aos tipos penais de menor potencial ofensivo.

Essa limitação decorre do fato de a discussão e aplicação das técnicas alternativas de resolução de conflitos no âmbito penal serem, ainda, não muito desenvolvidas no Brasil.

4.4 POSSÍVEIS RESPOSTAS AOS CRÍTICOS DO SISTEMA ALTERNATIVO

4.4.1 Breve diálogo com Owen Fiss

Owen Fiss é um dos principais críticos do sistema alternativo de resolução de conflitos. Na década de 80, quando debatia com Derek Bok, na conferência intitulada “Against Settlement” (Contra o Acordo), afirmou que a função do Poder Judiciário vai além da simples resolução dos conflitos, pois possui ampla dimensão social. As possibilidades de acordo seriam uma alternativa imposta pela sociedade de massas e não poderia ser alentada nem elogiada.³⁰²

De maneira diametralmente oposta, Derek pensava na possibilidade de preparação dos futuros advogados, tendo em vista as possibilidades de implementação das técnicas de reconciliação e acordo. Na sua concepção, aqueles profissionais que não fossem capazes de absorver as novas técnicas estariam à margem de um dos movimentos sociais mais criativos da contemporaneidade³⁰³.

Gladys Stella Álvarez³⁰⁴ tenta responder às críticas desenvolvidas por Fiss.

A primeira dificuldade às técnicas alternativas, apontada por Fiss, é a discrepância de poderes entre as partes envolvidas no conflito. Para o autor, diante das diferentes condições econômicas e da conseqüente impossibilidade de esperar a solução na via judicial, a técnica alternativa se tornaria uma válvula de escape não necessariamente justa.

Sem negar essa realidade, Gladys³⁰⁵ afirma que uma das principais funções do mediador é, justamente, balancear essa diferença de poder entre as partes. Quando não é

³⁰² FREEMAN, Michael. **Alternative dispute resolution**. New York: New York University Press, 1995, p. 1073-1090.

³⁰³ SINGER, Linda R. **Conflict in business, families and the legal system**. In: Settling disputes. Boulder, Colorado: Westviem Press Inc., 1990, p. 180-181.

³⁰⁴ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 106-110.

possível esse equilíbrio a via judicial não fica comprometida. De todo modo, é também uma ficção imaginar que o sistema tradicional de resolução de conflitos garantirá o equilíbrio entre os poderes das partes. A “igualdade perante a lei” certamente será melhor utilizada por aquele que conseguir pagar um melhor advogado.

Na seara penal, essa disparidade de poder é ainda mais evidente, considerando que a maior parcela de acusados pela prática de crimes no Poder Judiciário, no Brasil, conforme dados já evidenciados³⁰⁶, é a população de baixa renda, a qual conta, invariavelmente, com a defesa realizada pela Defensoria Pública que, apesar de estar se desenvolvendo, cada dia mais, ainda possui uma estrutura deficitária, poucos defensores para muitos processos e condições materiais insuficientes.

Nesse ponto, não se pode deixar de destacar que: a implementação de programas voltados à construção de um aparato alternativo de resolução de conflitos integrado ao Poder Judiciário não implica na desnecessidade de melhoria do sistema tradicional. De todo modo, compreende-se que a possibilidade de equalização de poderes proporcionada por meio das técnicas de mediação implica em um efetivo acesso à Justiça³⁰⁷.

Outro impedimento elucidado por Fiss é a ausência de um legítimo consentimento, principalmente, quando estão envolvidas pessoas jurídicas e organizações. A vontade de uma pessoa jurídica é uma ficção.³⁰⁸ Ademais, no contexto norte-americano, o acordo só tem valor de contrato, dependendo de outras etapas para valer como decisão.

Respondendo a esse problema, entende Gladys que tais questões são facilmente resolvidas por meio de novas previsões normativas. Aponta, exemplificando, a criação, na Argentina, da Lei nº. 24.573 de 4/10/1995, a qual dispõe em seu artigo 12 que os resultados da mediação devem ser informados ao Ministério da Justiça e que, havendo descumprimento do acordo, é possível a utilização dos procedimentos de execução de sentença regulados nos

³⁰⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 108.

³⁰⁶ Vide Seção 2.

³⁰⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 108.

³⁰⁸ No que se refere à vontade atribuída à pessoa jurídica, não se poderia deixar de mencionar os esforços doutrinários na construção de teorias que permitam aplicar de maneira efetiva a responsabilização penal da pessoa jurídica. Nesse sentido, destaca-se o modelo teórico de David Baigún, conhecido como “Teoria da Ação Institucional”, que explica a conduta de uma pessoa jurídica como sendo uma “ação institucional”. A partir de uma perspectiva funcionalista, é possível adequar a teoria do delito à responsabilização dos entes coletivos. Para a identificação de uma ação institucional são necessários três elementos: 1) regulação normativa; 2) plano organizacional e 3) interesse econômico. Dialoga com essa perspectiva, a compreensão desenvolvida por Dirk Baecker, para quem o controle é um ato institucional é o controle de um ato de comunicação. Se a comunicação da entidade coletiva possui êxito ela pode e deve ser controlada. Nesse sentido, não haveria sentido para a não responsabilização penal da pessoa jurídica. Cf. BAECKER, Dirk. Por quê uma teoria de sistemas? In: **Teoría de sistemas y derecho penal**. Coord. Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: ARA, 2007; BAIGÚN, D. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas** (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Buenos Aires: Depalma, 2000.

códigos respectivos. Destaca, por fim, que a grande vantagem do procedimento alternativo está na aplicação da técnica, pois compreende que é mais importante a forma como se aprende do que o que efetivamente se aprende.³⁰⁹

4.4.2 Breve diálogo com Ricardo Alberto Guibourg

Guibourg³¹⁰ entende que a resolução alternativa de conflitos aplica-se, apenas, ao direito civil, não se aplica ao direito do trabalho ou ao penal, ramos em que se contrasta, quase sempre, com o princípio da indisponibilidade. Para o Autor, apenas a interferência do Estado permitiria um embate legítimo de poderes nessas esferas.

Rebatendo a ideia mencionada, Gladys S. Álvarez³¹¹ obtempera que a voluntariedade é um elemento que pode ser verificado em qualquer ramo do direito. Seria possível, para evitar qualquer desvio a direitos considerados indisponíveis, uma revisão e homologação judicial do acordo firmado, em um segundo momento.

O argentino Ricardo A. Guibourg³¹² chega a afirmar que seria uma utopia ou um “paraíso anárquico” se os acordos pudessem ser travados sem qualquer manifestação heterônoma.

Apesar das contribuições do autor, a Argentina revela grande sucesso na implantação de programas alternativos de resolução de conflitos, mormente nos casos envolvendo menores infratores. Os projetos implementados, diferente da acepção de Guibourg, não pressupõem qualquer paradigma anarquista, abolicionista ou de despenalização, mas visam à reparação do dano do ponto de vista individual e da comunidade envolvida, o que vem sendo incorporado em diversos países da América e da Europa.³¹³

Areladas à ideia da indisponibilidade surgem outras críticas que precisam ser analisadas.

Sustenta-se que a implementação da Justiça Restaurativa no âmbito penal é um desvio do devido processo, argumento rebatido na terceira seção desse trabalho, ao dispor das

³⁰⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 109-110.

³¹⁰ ÁLVAREZ, Gladys S.; GUIBOURG, Ricardo A.. **Filosofía de la solución de controversias. UBA - Derecho al día**, año X, edición nº 178, 30 jun 2011. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/filosofia-de-la-solucion-de-controversias/+3919>>. Acesso em 17 jul. de 2014.

³¹¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 110-111.

³¹² GUIBOURG, Ricardo A. **Negociación, conflicto y justicia**. Disponível em: <<http://www.eldial.com/>>. Acesso em 17 jul. de 2014.

³¹³ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. **Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad**. 1 ed. Santa Fe: Rubinzal/Culzoni, 2004.

vantagens do procedimento restaurativo para o processo, mormente no que se refere à celeridade e efetividade das decisões.

Afirma-se, ainda, que, quando se afasta a indisponibilidade, há um retorno à vingança privada. Muito ao contrário, a efetivação de técnicas alternativas recupera valores culturais perdidos e fortalece a cooperação social, aumentando as possibilidades de resolução pacífica do conflito, podendo proporcionar um melhor tratamento às vítimas e ofensores, inclusive com a participação em programas sociais de assistência³¹⁴.

Sustenta-se, ademais, que a perda da indisponibilidade pode proporcionar a privatização do Direito Penal. De forma diametralmente oposta, conforme se propõe nesse estudo, quando se aplica a Justiça Restaurativa integrada aos serviços judiciais, há maior fortalecimento do Poder Judiciário e controle das atividades desenvolvidas pelos mediadores. Do mesmo modo, a participação da população nos processos de resolução de conflitos auxilia na concretização da cidadania, fazendo efetivar princípios e regras constitucionais. Não há que se falar em privatização, pois os acordos firmados na proposta apresentada devem ser sempre homologados pela autoridade judicial. E, em nenhum momento, deixa de valer o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não se pode ainda sustentar que a Justiça Restaurativa vai abrandar a situação dos infratores, pois as críticas em relação à impunidade e morosidade são direcionadas ao sistema vigente. A Justiça Restaurativa pretende ultrapassar essas barreiras.

Apesar de o direito penal proteger os valores considerados essenciais por uma comunidade, sendo o Estado o representante dessa comunidade, a proposta desenvolvida está fincada nos mecanismos utilizados para punir, buscando-se uma maior aproximação do conflito e dos dramas concretos daqueles que nele estão envolvidos³¹⁵. Nesse sentido, o cerne da aplicação da Justiça Restaurativa não está na disponibilidade ou não do bem que está sendo discutido, mas nos mecanismos adequados para o tratamento do problema penal.

Por conseguinte, tratar-se-á a seguir da Justiça Restaurativa e da proposta de mediação penal não paralela, com os contornos que se entendem necessários à aplicabilidade dessa técnica alternativa de resolução de conflitos na realidade brasileira.

³¹⁴ MORRIS, Allison; YOUNG, Warren. Reforming Criminal Justice: The Potential of Restorative Justice. In: STRANG, H.; BRAITHWAITE J. (Org.). **Restorative Justice: Philosophy and Practice**. Estados Unidos/Dartmouth: Ashgate, 2001, p. 11-31.

³¹⁵ SANTOS, Claudia Cruz. **A Justiça Restaurativa**. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Por quê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 465.

5 DO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO À MEDIAÇÃO PENAL NÃO PARALELA

5.1 ORIGEM E CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa pode ser compreendida como um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Pretende promover, entre os verdadeiros protagonistas do conflito, iniciativas de solidariedade, reparando o dano causado pelo crime. A Justiça Restaurativa se apoia na redefinição do crime, que deixa de ser visto como uma violação ao Estado ou somente como uma violação de uma norma jurídica. Crime é algo que acarreta danos às relações e às pessoas. E isso deve ser reparado.³¹⁶

A necessidade da introdução da Justiça Restaurativa na relação pós-delito surge com o próprio sistema penal existente. Apresentando-se de forma autoritária e monolítica, o atual modelo penal, organizado de modo a situar o Estado em contraposição ao agente criminoso num processo de acusação e defesa cede espaço a um novo momento da justiça criminal: o momento do consenso³¹⁷.

Apesar de a ideia de Justiça Restaurativa ter nascido através dos estudos da vítima, em nenhuma hipótese, ela pode ser entendida como uma forma de vingança. O sentimento de vingança, em verdade, precisa ser neutralizado. Este é um pressuposto básico da Justiça Restaurativa.³¹⁸

Selma Santana³¹⁹ afirma que ainda não há convergência doutrinária a respeito de uma definição conceitual para Justiça Restaurativa. Acrescenta que, apresentou-se inicialmente nas décadas de 60 e 70, nos Estados Unidos da América, face à crise do ideal ressocializador e do pensamento do tratamento por meio da pena privativa de liberdade, culminando nas ideias de restituição penal e de reconciliação com a vítima. Desde então, verificam-se modelos de Justiça Restaurativa não só nos Estados Unidos da América, mas, também, em países europeus.

Não se sabe, ao certo, a exata origem das práticas restaurativas, apesar dos movimentos norte-americanos, no ocidente. No oriente, os povos antigos já demonstravam

³¹⁶ SICA, op. cit., p. 10-11.

³¹⁷ ROXIN, Claus. **Pena y reparación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.** Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministério de Justicia, t. 52, 1999, p. 15.

³¹⁸ SICA, op. cit., p. 16.

³¹⁹ SANTANA, op. cit, p. 8.

sinais culturais evidentes das práticas restaurativas. No Japão, os baixos índices de criminalidade são resultado da utilização de métodos de restauração, como uma forma de respeito à disciplina e à harmonia coletiva. É possível verificar, ainda, no Canadá e na Nova Zelândia, práticas restaurativas já adotadas pelos indígenas maori e atualmente aperfeiçoadas. A Europa, por sua vez, possui experiências diversas com procedimentos restaurativos que se aproximam no que tange aos princípios e objetivos almejados³²⁰.

5.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS

Há três princípios básicos da Justiça Restaurativa: 1) o crime é, primariamente, um conflito entre indivíduos, resultando em danos à vítima ou à comunidade; secundariamente é uma infração à lei; 2) o objetivo central da justiça é reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime; 3) o sistema deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades.³²¹

Partindo dos princípios da Justiça Restaurativa expostos na “Carta de Araçatuba” (“I Simpósio de Justiça Restaurativa”, abril de 2005), posteriormente ratificada na “Carta de Brasília (Conferência Internacional: “Acesso à Justiça Por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, Brasília, 2005), bem como dos princípios elencados na Resolução 2002/12 da ONU, aprovada em 24 de julho na 11ª Reunião da Comissão da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, pode-se, resumidamente, apresentar quatro princípios regedores da Justiça Restaurativa: a) princípio do processo comunicacional; b) princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos; c) princípio do consenso; d) princípio do respeito absoluto aos direitos humanos.³²²

A reparação só assumirá o papel de uma terceira via entre as consequências jurídico-penais do delito, se houver uma assunção voluntária da responsabilidade. “O princípio da voluntariedade é irrenunciável como condição básica da reparação.”³²³ Assim, afirma-se que a sanção mais útil é a sanção aceita pelo autor do delito, “porque, ao mesmo tempo em que estimula a sua participação na consecução dos objetivos pretendidos, desenvolve o sentido de responsabilidade.”³²⁴

³²⁰ SICA, op. cit., p. 22-24.

³²¹ Idem, ibidem, p. 33.

³²² SILVA, Eliezer Gomes da; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa, Sistema Penal, Direito e Democracia: Intercorrências Ético Discursivas**. In: ANAIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Brasília. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em 05 mai. 2012, p. 2889.

³²³ Idem, ibidem, p.2889.

³²⁴ SANTANA, op. cit., p. 172.

Ao lado do princípio do consenso, tem-se o princípio do respeito absoluto aos direitos humanos. É fundado nele que a atenção do procedimento restaurativo se volta não só para a vítima, mas, também, para o agente do delito e para a comunidade³²⁵.

5.3 A NECESSIDADE DE CONSENSO PARA A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Muito embora inexista uniformidade conceitual e terminológica, há, hodiernamente, relativa convergência na aceitação de elementos que compõem esse novo modelo de resolução dos conflitos. Inicialmente, o procedimento restaurativo tem a necessidade de estabelecer um diálogo entre as partes interessadas na resolução do conflito, o que impõe a inserção do princípio do consenso. Jock Young³²⁶ ressalta essa importância ao afirmar que a “sociedade inclusiva é uma sociedade de consenso alto e dificuldade baixa.”

Para Selma Santana, com esteio em Anabela Rodrigues:

A justiça negociada faz apelo à participação e ao consenso, conferindo um papel ativo à vítima e ao autor do delito. Essa nova forma de justiça – com os limites que a impedem de se tornar um “negócio sobre a pena” (aqui a igualdade das partes repousaria numa ficção) –, aparece como a mais adequada numa sociedade menos estratificada e mais complexa, que, ao mesmo tempo, rejeita a colonização da vida cotidiana pelo direito, na conhecida formulação de Habermas. Nesse modelo, o que é novo é a emergência do privado, do individual. O Estado recua, restringe o seu domínio, para aumentar aquele que reserva à livre determinação do indivíduo.³²⁷

O consenso importa na maior efetividade, no restabelecimento da paz social, na medida em que permite “a participação mais livre e mais ativa das partes efetivamente envolvidas, com a participação de pessoas que, integrando a comunidade, lhes sejam psicologicamente mais próximas.”³²⁸

Na Justiça Restaurativa, a vítima deixa de figurar, apenas, como agente passivo da relação, representada pelo interesse simplório na retribuição ao agente do delito com a pena³²⁹. O autor do delito deixa de ser, unicamente, vetor de aplicação da pena, passando a desempenhar papel participativo na medida em que pode conscientizar-se do ato delituoso, fatores motivadores, dano e consequência deles, tendo, assim, a possibilidade de apresentar, também, as dificuldades emocionais e materiais por ele enfrentadas, dialogar com a vítima,

³²⁵ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 102.

³²⁶ Idem, *ibidem*, p. 102.

³²⁷ SANTANA, op. cit., p. 165-166.

³²⁸ KARAN, Maria Lúcia. **O processo de democratização do estado e o poder judiciário**. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. n. 12, p. 150, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 150.

³²⁹ YOUNG, op. cit., p. 102.

compreender os pormenores do ato e agir não só no sentido de reparar o dano, mas também, uma vez voltando a sentir-se membro da comunidade, evitar a repetição de novos delitos.

A comunidade é parte interessada no processo de restauração, uma vez que sofre consequências com o ato delituoso, impondo ao agente a obrigação de recompor não só a vítima individualmente, mas, também, a comunidade.

Para a operacionalização do diálogo e permissão do consenso se faz necessário conferir efetividade às decisões tomadas pelo meio alternativo da Justiça Restaurativa. As partes direta e indiretamente interessadas na resolução do conflito, em um primeiro momento, devem compor a conciliação, de modo a dialogar, expor as necessidades e interesses das partes, buscando a conscientização do ofensor, a reparação da vítima e a pacificação social.

Nesse sentido, entende-se que a implementação de um sistema de mediação penal integrado à estrutura do Poder Judiciário (embora, conforme destacado alhures, não devesse estar agregado à mesma estrutura física) facilitaria o controle e efetivação das decisões tomadas por meio de uma técnica alternativa de resolução de conflito.

Ademais, a paz jurídica é restaurada quando, por meio de prestações reparatórias, chega-se a uma compensação entre o autor do delito e a vítima, ou entre aquele e a ordem jurídica lesada. Não existe, portanto, a necessidade de imposição de uma pena com fins preventivos especiais ou gerais. “A reparação pode transmitir à comunidade a convicção de que o Estado se interessa e cuida dos interesses das vítimas.” Neste sentido, são objetivos centrais de uma prevenção geral, voltada para a integração e a pacificação, visando à reparação, “o efeito da confiança gerado, quando o Direito se realiza para o cidadão, e o efeito de pacificação, quando o autor do delito fez tanto que a consciência jurídica da coletividade se apazigua e passa a encarar como resolvido o conflito com o autor.”³³⁰

Tem-se a migração dos interessados na resolução do conflito da justiça tradicional para a Justiça Restaurativa. Trata-se de mais uma forma de se resolver o conflito, por meio do

³³⁰ SANTANA, 2010 a, op. cit., p. 214-216. Na mesma obra, discorrendo sobre o tema destaca a autora que: “A possibilidade de uma indenização à vítima, como prestação reparatória, justifica-se, em razão de as análises empíricas terem demonstrado que muitas delas não desejam, necessariamente, uma punição, quando o autor presta uma indenização [...] Uma outra decisão importante é a inclusão de uma reparação substitutiva, nos casos em que a restauração da paz jurídica não seja possível, ou o seja em grau insuficiente. Aqui deve ser lembrado que, primeiramente, as prestações reparatórias referidas à vítima são prioritárias, e que as prestações relativas à coletividade são subsidiárias. A reparação simbólica somente é levada em consideração quando prestações frente a vítima individual são forem possíveis, quando não seja de se esperar que tenha êxito, ou quando não bastem por si mesmas. [...] Se nada for acordado entre os envolvidos, permanecem intocadas as pretensões de ordem civil da vítima e o direito de fazê-las valer no processo competente. [...] Segundo depoimentos as vítimas mostram-se, em grande medida, satisfeitas com a reparação. [...] Quanto à questão do montante da indenização, como prestação reparatória, o critério norteador é o princípio da voluntariedade por parte do autor, conectado com uma disposição para o acordo por parte da vítima [...] o valor da indenização poderá ser inferior, ou superior, até mesmo àquele que seria imposto judicialmente. (p. 214-216)

qual se busca humanizar o agente do crime e reinseri-lo no contexto social, ao mesmo tempo em que recompõe, ao máximo, as vítimas diretas e indiretas do fato delituoso. Evidente tratar-se de processo de busca de paz social pela comunidade, vítima e ofensor, devendo “haver consenso destes em relação aos fatos essenciais relativos à infração e a assunção da responsabilidade por parte do infrator”³³¹.

5.4 UMA PROPOSTA NÃO MAIS ALTERNATIVA, MAS DE POLÍTICA PÚBLICA

A mediação, um dos instrumentos de aplicação da Justiça Restaurativa, não pode ser encarada como uma etapa do processo, como ocorre na possibilidade de transação penal prevista na Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito estadual. A mediação é extraprocessual, e a satisfação das partes deve ser encarada como renúncia à tutela oficial. Primeiramente, o Estado deve atuar como mediador, possibilitando que as partes encontrem uma solução para o conflito. Em caso de não possibilidade de sucesso da tentativa restaurativa, o Estado reassume sua função penalizadora, atendendo, assim, ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal.³³²

É importante, ainda, que haja liberdade dos envolvidos na aceitação do procedimento restaurativo, ressaltando a impossibilidade de imposição dele, bem como, criando mecanismos pelos quais as partes possam, a qualquer momento, abandoná-lo e retornar ao sistema penal tradicional.

A efetividade do processo alternativo – do acordo estabelecido entre as partes interessadas – liga-se, diretamente, com a liberdade em se submeter a ele. Em virtude do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, qualquer interessado pode levar ao conhecimento do Estado-Juiz questão sobre a qual entenda ter direito, esteja ele ambientado no campo criminal ou não. A Justiça Restaurativa atende, assim, ao acesso à Justiça na sua acepção clássica e contemporânea.

Sérgio Garcia Ramírez³³³, nesse particular, pontua que a viabilização da Justiça Restaurativa não impõe a exclusividade do meio de resolução de conflitos, não significando a substituição do Poder Estatal de Justiça. A Justiça Restaurativa é meio alternativo de resolução de conflito, ao qual as partes interessadas podem se opor em submeter-se a ele.

³³¹ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, Justiça Restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. GOMES (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento-PNUD, 2005, p. 44.

³³² SICA, op. cit., 77-79.

³³³ RAMÍREZ. Sérgio García. Em busca de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de Ciencias Penales**. Inter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n. 13, abr./jun. 2005, p. 244.

Coadunando com a alternatividade da Justiça Restaurativa, tem-se que o ofensor deve ser interpelado sobre o interesse em compor a Justiça Restaurativa. Não só o ofensor, mas, também, as vítimas diretas e indiretas.

Apesar de, desde o início, ser possível a oposição ao procedimento restaurativo, conforme se demonstra nos moldes até agora propostos para a Justiça Restaurativa, no modelo desenvolvido neste trabalho, a passagem pela técnica alternativa, no caso, a mediação, nas hipóteses previamente estabelecidas pelo Estado, deve ser obrigatória. Claro que sempre deve vigorar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, todavia, o flagrante abarrotamento da estrutura do Poder Judiciário, aliado ao déficit de efetividade das decisões judiciais no Brasil, faz da técnica alternativa uma possibilidade viável de reestruturação e, portanto, uma necessidade de política pública, que, no interesse da coletividade, só poderia ser afastada no caso de não solução efetiva do conflito por meio da mediação.

A moderna doutrina critica o antigo modelo epistemológico que valorizava um sistema positivado puramente técnico e formal, passando a perseguir o aspecto ético dos procedimentos jurisdicionais: a sua conotação deontológica. Neste sentido, os meios de solução de conflito devem orbitar a necessidade premente de pacificação social.³³⁴

Não é a oposição liberdade-segurança, reduzindo o conflito a uma estrutura binária, que determina a utilização dos direitos fundamentais. Deve prevalecer a interdependência das relações sociais, a multiplicidade dos direitos em jogo e o comprometimento, de cada homem, na realização de um projeto ao mesmo tempo individual e coletivo.³³⁵

A composição da Justiça Restaurativa deve, a princípio, ocorrer entre as partes interessadas na solução do conflito. O processo deve ser conduzido por mediador com conhecimentos suficientes para intermediar a solução do problema. Esse terceiro deve integrar a comunidade, ser uma pessoa que, independente de nível de escolaridade, tenha conhecimentos humanísticos e maturidade suficientes para mediar o diálogo.³³⁶

A exigência de que o mediador detenha conhecimento humanístico, maturidade e esteja inserido na comunidade atingida pelo fato delituoso ocorre, inclusive, da necessidade de prévia análise da viabilidade, ou não, de composição da Justiça Restaurativa. No procedimento tradicional, o agente delitivo é conduzido, uma vez estando de acordo, ao processo restauratório. Nos moldes propostos nesse trabalho, a alternatividade é mitigada, a

³³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

³³⁵ SANTANA, 2010 a, op. cit., p. 170.

³³⁶ RAMÍREZ, op. cit, p. 254.

partir do momento em que o sistema de resolução alternativa integra e é controlado pelo Poder Judiciário.

Essa possibilidade não inviabiliza a formação de mediadores que possam atuar em comunidades específicas. Conforme se vislumbra, as estruturas físicas onde ocorrem as mediações podem ser localizadas em locais diversos. Seria mais adequado, inclusive, a descentralização de postos de atendimento, aproximando a resolução dos conflitos dos locais de sua ocorrência, ainda que os casos que envolvam a mediação obrigatória sejam previamente estabelecidos pelo Estado.

Neste sentido, é essencial a implementação de Políticas Públicas de formação de mediadores que tenham a possibilidade de captar, dentro dos bairros, pessoas com as características necessárias para a atuação na área, promovendo, inclusive, a sua formação e capacitação periódica. Certamente, os meios e possibilidades para viabilizar tal projeto devem ser objeto de um estudo multidisciplinar aprofundado, o que desborda das pretensões e da viabilidade temporal da pesquisa realizada, mas poderão ensejar investigações futuras neste âmbito.

Deve-se frisar que a Justiça Restaurativa busca o acordo que concilie os interesses de todas as partes, de modo que o interesse de nenhuma delas pode se sobrepor ao das outras, a eficácia do método requer a satisfação e consciência de todos os envolvidos.

5.5 A RETOMADA DO DIÁLOGO COMO ELEMENTO DE HUMANIZAÇÃO

O procedimento tradicional de resolução dos conflitos dificulta o tratamento adequado das causas penais, na medida em que não valoriza devidamente as possibilidades de (r)estabelecimento do diálogo entre ofensor, vítima e Estado. Na maioria das vezes, existe uma real ruptura comunicacional entre as partes envolvidas no conflito penal, pois o Estado direciona a sua atividade, primordialmente, para a busca da punição do sujeito ativo.

A pena é supervalorizada, em detrimento do preceito primário do tipo. Daí a necessidade de uma nova forma de comunicação, tal como a mediação.³³⁷

Propõe-se uma alteração no foco penal, da sanção para o preceito. Assim, pode-se trabalhar, com maior amplitude, a ideia de Justiça Restaurativa. Valorizando a mensagem normativa, distancia-se do modelo repressivo. A mensagem que emana do atual modelo penal é: não faça o que eu faço, mas faça o que eu digo (não use da violência para solucionar

³³⁷ SICA, op. cit., p. 42.

conflitos, embora eu use-a para tanto), estabelecendo-se um verdadeiro “curto-circuito” na comunicação.³³⁸

Continuamente à inclusão do diálogo nas relações sociais conflituosas, aumentam as possibilidades de humanização do agente do crime. Com o diálogo entre as partes envolvidas no fato criminoso, será possibilitada a ampla compreensão temporal das razões e consequências que o permeiam. Por seu turno, a participação da sociedade, no processo de perdão e humanização, pretende torná-la mais segura, por meio de formulação de políticas públicas que possibilitem o diálogo e a fiscalização dos resultados das ações implementadas.

Habermas³³⁹, tratando da “ação comunicativa”, observa que “a espiral de violência começa como uma espiral de comunicação distorcida que leva, por meio da incontrolável espiral de desconfiança recíproca, à ruptura da comunicação.” Desse modo, a retomada da comunicação põe-se como o primeiro e essencial passo na busca da paz social e contínua reinserção do agente delituoso ao meio social, possibilitando-lhe o adequado acesso à Justiça.

Deve-se destacar que a linguagem jurídica é, também, uma barreira à resolução dos conflitos, sendo muitas vezes incompreensível para o cidadão leigo. A pompa dos procedimentos judiciais transforma a solução do conflito em um “evento jurídico”, pois a comunicação se expressa em uma única via. Para o tribunal vale, sobretudo, a linguagem erudita e eloquente, criando um código restrito entre os operadores do direito, um mundo artificial. Nesse sentido, a mediação é um instrumento adequado para garantir uma forma democrática de solução de problemas, utilizando uma linguagem comum, possibilitando uma compreensão recíproca, levando a uma composição efetiva e ao respeito da dignidade do outro.³⁴⁰

A Justiça Restaurativa fundamenta-se na compreensão de que o próprio proceder passa a constituir-se em valor de referência. O procedimento envolve uma flexibilidade que permite a valorização das possibilidades de escolhas.³⁴¹

Assim, a Justiça Restaurativa visa reparar o mal causado às vítimas, às famílias e à comunidade, distanciando-se da prática tradicional de mera punição do ofensor, atuando na efetivação da paz social.

³³⁸ Idem, *ibidem*, p. 42.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen (entrevistado); BORRADORI, Giovanna (entrevistadora). **Filosofia em tempo de terror**: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. [Publ. orig. EUA, 2003].

³⁴⁰ SICA, *op. cit.*, 62-64.

³⁴¹ KONZEN, *op. cit.*, p. 82-83.

5.6 BREVE PANORAMA DA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO PENAL COMO TÉCNICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Quando toda a realização do processo de mediação ocorre dentro da Administração da justiça, sob a direção administrativa dos tribunais ou de uma de suas secretarias, diz-se que o programa é *anexo* ao tribunal. Este é o modelo utilizado nas províncias argentinas do Chaco e de Jujuy e na Guatemala.³⁴²

Se os próprios juízes designam seus casos aos mediadores (terceiros neutros), que são formados por instituições não integradas à justiça, mas que sofrem certa modalidade de controle, diz-se que o programa está *conectado* ao tribunal. Foi o tipo de sistema implementado como programa piloto na capital federal da Argentina, entre 1993 e 1995.³⁴³

É possível ainda que terceiros neutros sejam eleitos pelas partes e a única obrigação para com a justiça seja a de informar ao juiz os resultados do procedimento.

Fato é que tais modalidades podem coexistir no mesmo ordenamento jurídico, aplicando-se de maneiras distintas, por exemplo, nas áreas cível, penal e administrativa.³⁴⁴

As idiosincrasias de cada país precisam ser consideradas para a escolha de uma modalidade adequada de procedimento. No caso do Brasil, importa-nos a idealização de um programa de mediação a ser aplicado na esfera penal.

O método da mediação, um dos métodos de aplicabilidade da Justiça Restaurativa, não é novidade na história da humanidade, já tendo sido utilizado, com bons resultados, em outros momentos, podendo, portanto, ser restaurado na atualidade³⁴⁵.

O modelo restaurativo de resolução de conflitos tem se tornado uma alternativa real à consecução da justiça na esfera penal em países diversos, como Brasil, Argentina, Colômbia, África do Sul, Nova Zelândia, Austrália, Canadá, França, Itália, Estados Unidos, oportunizando, no processo de diálogo entre vítima, ofensor e comunidade, a inclusão do agente do fato delituoso no seio da sociedade e o acesso do mesmo à Justiça.

Nos Estados Unidos, a mediação começou a ser utilizada nas disputas de foro laboral, recorrentes nas estradas de ferro. Mais tarde, foram estendidas para questões mercantis e conflitos relacionados à etnicidade e à raça. Criaram-se programas dirigidos a lesões

³⁴² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 155.

³⁴³ Idem, ibidem, p. 155.

³⁴⁴ Os Estados Unidos possuem uma riquíssima variedade de procedimentos alternativos de resolução. Como exemplos, cita-se: mediação pura, conciliação, arbitragem não vinculante, avaliação neutra antecipada e os minijuízos utilizados para questões comerciais. A avaliação detalhada desses desborda dos objetivos desse trabalho. Cf. ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 157-192.

³⁴⁵ SICA, op. cit., p. 74.

corporais, havendo hoje uma grande diversidade de experiências na área de mediação e conciliação. Os denominados *Community Boards* integram-se a essa sistemática de solução de conflitos. “Trata-se de organismos constituídos por uma equipe autônoma de cidadãos empenhados ativamente na regulação da vida de uma parte da cidade, em complemento da ação política dos tribunais.”³⁴⁶

De um modo geral, nos países de origem anglo-saxônica, as práticas de mediação e de conciliação consolidaram-se, atingindo também o nível das instituições escolares. “O modelo mais frequentemente lembrado de estruturas ‘alternativas’ integradas na esfera do Poder Judiciário e especialmente vocacionado para litígios de ‘menor intensidade’ remonta ao *Small Claims Court*.” Nessa estrutura, tem-se registrado apenas um máximo de 7 a 8% de queixas por não cumprimento de acordo de mediação.³⁴⁷

Na Nova Zelândia, a população maori iniciou a mediação com os menores infratores. Desde 1989, por meio de documentos oficiais, era possível que a família tomasse decisões quanto às consequências dos atos infracionais, o que, teoricamente, fortalece os laços familiares e comunitários.³⁴⁸

Quase sempre a Justiça Restaurativa iniciou-se como forma de solução de conflitos envolvendo menores. Na Itália, por exemplo, Milão e Turim, destacam-se nessa prática. Tal comportamento pode ter uma razão de cunho psicológico, relacionada à ideia de que “os jovens ainda têm conserto.”³⁴⁹

A Alemanha, desde a década de 80, vem aplicando procedimentos de Justiça Restaurativa a jovens e adultos. Tais práticas foram resultado de muitos debates acadêmicos envolvendo o Ministério da Justiça Federal, também como uma forma de descongestionar a Administração da Justiça. Interessante observar que, desde 1851, o código de processo alemão determina a tentativa de conciliação entre ofensor e vítima como pressuposto do exercício da ação penal privada.³⁵⁰

Na França, diferentemente do que aconteceu na Alemanha, as práticas restaurativas nasceram da experiência pragmática. Ocorrendo desde a década de 80, só foram regulamentadas em 1992 e 1993³⁵¹. No procedimento adotado, os Procuradores da República

³⁴⁶ FERREIRA, op. cit., p. 56-57.

³⁴⁷ Idem, ibidem, p. 57-59.

³⁴⁸ SICA, op. cit., p. 82.

³⁴⁹ Idem, ibidem, p. 84-85.

³⁵⁰ SICA, op. cit., p. 87-90.

³⁵¹ Observa Francisco Amado Ferreira que na França a Lei 16-24 de Agosto de 1790 submetia todos os conflitos comerciais da competência do tribunal de distrito a uma instância obrigatória de conciliação, preliminar ao processo civil. Todavia, a pressão exercida por alguns dos juizes de paz sobre as partes mais intratáveis, no sentido de se conciliarem a “qualquer preço” proporcionou a reforma de 1958, fazendo com que tais juizes

encaminham os casos para a solução restaurativa, sempre com o consentimento das partes, o que é conhecido como “mediação de terceira via.” Isso ocorre antes, entre o processo e o arquivamento, possibilitando a reparação do dano e a reinserção do ofensor na sociedade. É comum nos delitos envolvendo: violência física, violência moral, crime de dano, delito por não cumprimento de pensão alimentícia e situações em que réu primário possui alguma relação com a vítima.³⁵²

Na Austrália e no Canadá, são aplicadas técnicas restaurativas na justiça de menores. A polícia na Austrália tem diversas opções (hierarquicamente organizadas) para sancionar os jovens, entre elas, alternativas restaurativas. Podem participar da conferência o ofensor, sua família, a polícia, advogados, a vítima (que pode não ir e mandar representante) e seus apoiadores. O Canadá é considerado pioneiro em aplicação de técnicas restaurativas aos conflitos penais. Há registros desta prática, desde 1974, na cidade de Kitchener, província de Ontário. Nesse período, jovens depredaram uma propriedade e uma missão religiosa sugeriu ao juiz o encontro entre as partes envolvidas. O juiz determinou o encontro. Os jovens ressarciram a vítima. Daí estruturou-se o primeiro programa no país. Até 1998, existiam 200 programas, distintos entre si, a depender de cada província. Três são os modelos básicos utilizados no Canadá: mediação (com a participação da vítima, do ofensor e de um terceiro); conferência de grupo familiar (neste caso, as famílias participam); círculos de sentença, inspirados nas práticas aborígenes (membros da comunidade, advogados, policiais reúnem-se frente ao juiz e sugerem uma medida).³⁵³

Designada e chefiada pelo arcebispo Desmond Tutu, a “Comissão de Verdade e Reconciliação”, utilizando o discurso do perdão e do arrependimento (sem vinculação religiosa), consagrou a noção de solidariedade entre as pessoas (*ubuntu*). “Quando um negro sul-africano quer elogiar alguém ele diz ‘tal pessoa tem *ubuntu*’, ou seja, é generosa, solícita.”³⁵⁴

A cultura africana é restaurativa por tradição. Dentro dessa perspectiva, alguns comitês foram criados pela Comissão para resolver as pendências pacificamente, trazendo a

fossem suprimidos e substituídos pelos juízes de direito. Nos termos da Lettre de La Médiation et des Boutiques de Droit a alguns mediadores, habitantes dos respectivos bairros ou de outras divisões geográficas ou administrativas da cidade, foi atribuindo o papel de mediador. Os mecanismos restaurativos baseados na comunidade ou vizinhança criaram novas formas de regulação das províncias na França, proporcionando uma humanização do sistema penal francês. (Cf. FERREIRA, op. cit., 2006, p. 52)

³⁵² SICA, op. cit., p. 90-93.

³⁵³ Idem, ibidem, p. 93-99.

³⁵⁴ SICA, op. cit., p. 102-103.

verdade, esclarecendo os fatos e tomando consciência de que não havia responsabilidades individuais, mas uma coletiva, só permitida por meio da opção não retributiva.³⁵⁵

5.7 RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NA AMÉRICA LATINA

5.7.1 Panorama geral

Na América Latina, o descrédito no poder judiciário para a resolução de conflitos trouxe diversas tentativas de reformas. No âmbito penal, tais iniciativas ainda são incipientes, aplicando-se, mormente, aos conflitos que envolvem direitos disponíveis.

Inicialmente, insta observar que alguns países na América Latina não distinguem mediação de conciliação³⁵⁶, o que proporciona alguns conflitos na análise dos seus ordenamentos jurídicos, dificultando, em determinadas momentos, tratativas internacionais entre os Estados. Mas as distinções vão se afigurando, na medida em que os programas de resolução alternativa de conflitos vão sendo implementados e os estudiosos do tema em cada uma das nações se apoderam das peculiaridades dos procedimentos³⁵⁷.

5.7.2 Bolívia

Na Bolívia, o sistema de mediação é integrado à estrutura do poder judiciário. A Lei 1770, de onze de março de 1997, trata, em sua maior parte, da arbitragem. A conciliação é prevista como um procedimento voluntário. O conciliador pode se pronunciar sobre o mérito das causas, em qualquer etapa do procedimento (art. 85). A mediação é timidamente prevista como procedimento independente (art. 94), não descrevendo a lei se pode ser integrada ou não à conciliação. Os procedimentos são realizados nos Centros de Conciliação, controlados pelo Ministério da Justiça (art. 88), que é responsável por registrar e regulamentar a atuação dos conciliadores (art. 93). Os acordos são títulos executivos (art. 92). A Corte Suprema está autorizada a criar Centros de Conciliação nos distritos (art. 95).³⁵⁸

Da leitura da legislação, percebe-se que os Centros de Conciliação são estruturas formais de acesso, portanto, a mediação nesse país parece ser exercida de forma anexa aos

³⁵⁵ SICA, op. cit., p. 104.

³⁵⁶ Apenas para fins de distinção no texto, utilizar-se-á a expressão conciliação quando o profissional que atua na resolução propuser hipóteses de acordo e mediação para os casos em que um terceiro neutro conduz o acordo entre as partes.

³⁵⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 195.

³⁵⁸ Idem, ibidem, p. 195.

seus tribunais. Todavia, a mediação no país é um procedimento incipiente e a mediação penal ainda é pouco difundida.

5.7.3 Colômbia

Na Colômbia, a prática de justiça comunitária encontra-se mais disseminada. Em 1991, foi criada a Lei nº. 23, com o objetivo de desafogar o Judiciário. A conhecida “Conciliação em Equidade” é uma instância informal de solução de conflito, caracterizada por maior penetração nas comunidades locais, por meio de conciliadores leigos e organizações não governamentais. O art. 38 do CPP colombiano possibilita o uso da conciliação quando se tratar de crimes patrimoniais sem violência, que envolvam valores inferiores a 200 salários mínimos.³⁵⁹

O país já conta com centenas de Centros de Conciliação e Arbitragem. Em 7 de junho de 1998 foi editada a Lei nº. 446 que trata de questões de competência, atribuições do Ministério Público e do Conselho de Estado nas técnicas alternativas.³⁶⁰

A conciliação é o mecanismo mais desenvolvido no país. A Lei nº 446, que alterou a Lei nº. 23, diz que todos os assuntos suscetíveis de transação, além do expressamente previstos, podem ser objeto de conciliação (art. 64 e 65).³⁶¹ Tal premissa legal permite a utilização dessa técnica de resolução de conflitos nas hipóteses envolvendo crimes patrimoniais, crimes contra a honra, crimes contra a propriedade intelectual, crimes contra a família e crimes contra as finanças públicas.³⁶²

Os acordos firmados fazem coisa julgada e o ato de conciliação possui força executiva (art. 66). As disposições acerca da matéria ficam a cargo da Direção Geral de Prevenção e Conciliação do Ministério da Justiça e do Direito.

É possível a eleição de um terceiro julgador que decidirá, com força vinculante (mecanismo que se aproxima da modalidade de arbitragem vinculante) produzindo, porém, efeitos legais de uma transação (art. 130 e 131).

No âmbito do Ministério Fiscal, desenvolveu-se um amplo sistema de conciliação penal³⁶³.

³⁵⁹ SICA, op. cit., p. 99-102.

³⁶⁰ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 196-197.

³⁶¹ Idem, ibidem, p. 198.

³⁶² PERAFÁN, Betsy. **La justicia comunitaria dentro de la informalización de la justicia em Colombia durante la última década.** Sistemas Judiciales, ano 1, n. 2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002, p. 59

³⁶³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 198.

Diferente da perspectiva abordada nesse trabalho, a Colômbia possui ampla tradição na desjudicialização e descentralização na resolução dos conflitos. Apesar disso, muitos serviços de conciliação e arbitragem estão conectados ao sistema tradicional, principalmente no que se refere à monitoração do Ministério da Justiça e do Direito³⁶⁴.

5.7.4 Costa Rica

Em 1992, no desenvolvimento do Plano Nacional de Modernização Judicial, a Corte Suprema da Costa Rica criou o Programa de Resolução Alternativa de Conflitos (RAC), que contou com o aporte financeiro da Agência para o Desenvolvimento Internacional dos Estados Unidos (AID). Em 9 de dezembro de 1997 foi sancionada a Lei 7727, que regulou três formas alternativas de resolução de conflito: conciliação, mediação e arbitragem. A lei faz distinção entre os procedimentos de conciliação e arbitragem, equívoco corrente nas legislações dos países da América Latina³⁶⁵.

Dentre as características destacadas por Gladys Stella Álvarez³⁶⁶ no sistema costarriquenho, algumas são de essencial importância para este trabalho: a) é possível a conciliação/mediação em qualquer etapa do procedimento judicial, podendo o juiz propor às partes este procedimento; b) juízes conciliadores/mediadores são designados pela Corte Suprema (art. 6); c) o acordo será lavrado dentro de três dias após a audiência de conciliação, produzem coisa julgada material e são executados de forma imediata (art. 9); d) os advogados têm obrigação de informar aos seus clientes sobre a possibilidade de recorrer a procedimentos alternativos (art. 11); e) no procedimento deve ser assegurada a neutralidade, o consentimento informado e a confidencialidade (art. 13). Neste ponto, a lei afirma que o mediador deve ser considerado “testemunha privilegiada” do conteúdo do acordo e do processo por meio do qual se chegou até ele, o que parece contradizer o princípio da confidencialidade e deverá ser interpretado casualmente pelos juízes; f) os acordos são considerados documentos públicos se são produtos de uma conciliação/mediação judicial, elaborado com a intervenção de um mediador/conciliador de uma oficina pública do Estado, ou se for autorizado por um conciliador ou mediador profissional que seja notário público ou assistido por um notário público (art. 15); g) os conciliadores ou mediadores extrajudiciais estão inabilitados para participar como terceiro neutro em qualquer processo judicial ou arbitral posterior relacionado

³⁶⁴ ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación e el acceso a justicia...* op. cit., p. 198.

³⁶⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit, p. 393.

³⁶⁶ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 199-200.

com a mesma disputa (art. 16); h) é possível a responsabilização de mediadores e conciliadores pelos danos e prejuízos sofridos pelas partes quando tiverem sido violados princípios éticos ou incorrido em conduta dolosa (art. 17); i) os centros de conciliação/mediação podem ser conduzidos por instituições autorizadas pelo Ministério da Justiça, que exercem suas atividades regularmente, as quais são responsáveis pelo cumprimento das normas legais e éticas e por prestar informações anuais de todos os serviços. Essas instituições constam de uma base de dados do Ministério da Justiça e podem ser consultadas pelo público. O Ministério da Justiça as fiscaliza, mas deve respeitar a autonomia funcional e a confidencialidade dos procedimentos nelas realizados; j) foi constituída uma comissão de ética formada por um representante do Ministério da Justiça, um do Poder Judiciário, um do Colégio de Advogados, um das entidades autorizadas e o Presidente da Associação Nacional de Solução e Manejo de Conflitos (PROSOC). Tal comissão auxiliará o Ministério da Justiça na fiscalização e controle das normas éticas e conhecerá das queixas apresentadas contra terceiros neutros. Sendo o caso recomendará as sanções correspondentes (art. 20); k) a Lei 7727 também regula a arbitragem vinculante (art. 63).³⁶⁷

No ponto de vista penal³⁶⁸ a legislação costarriquenha é bem desenvolvida, se comparada com maioria dos países da América do Sul: a) a Lei de Justiça Penal Juvenil (1997) prevê a conciliação/mediação como um ato jurisdicional voluntário entre o ofendido, o seu representante e o menor de idade (entre 12 e 18 anos)³⁶⁹, procedimento que também pode ser utilizado na mediação penal de adultos, quando a lei autoriza; b) o código de processo penal (sancionado em 1996 e vigente desde janeiro de 1998) prevê que a mediação penal pode ser extinta pela conciliação, o que se aplica também aos crimes de menor potencial ofensivo e contravenções, além dos crimes de ação penal privada, ação pública condicionada a representação e as hipóteses que admitem a suspensão condicional da pena; c) o tribunal pode

³⁶⁷ A autoria destaca em sua obra o conteúdo das disposições gerais do Capítulo I da referida Lei, pois revela um cenário amplo acerca dos programas de resolução alternativa de conflitos: “Artigo 1º: Toda pessoa tem direito a uma adequada educação sobre a paz nas escolas e colégios, os quais têm o dever de fazer compreender aos seus alunos a natureza e as exigências da construção permanente da paz. O Conselho Superior de Educação procurará incluir nos programas oficiais de educação elementos que fomentem a utilização do diálogo, a negociação, a mediação, a conciliação e mecanismos similares como métodos idôneos para a solução de conflitos. A educação deve formar para a paz e o respeito aos direitos humanos”. “Artigo 2º. Toda pessoa tem o direito de recorrer ao diálogo, à negociação, à mediação, à conciliação, à arbitragem e técnicas similares, para solucionar suas diferenças patrimoniais de natureza disponível” (tradução nossa). Cf. ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 201-202.

³⁶⁸ Na Costa Rica também é muito comum a utilização de processos de mediação e arbitragem nas relações de consumo e comerciais. Cf. ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 202-203.

³⁶⁹ Nesse caso, é importante observar que os critérios de maioridade e menoridade são os mesmos adotados no Brasil. Cf. MAXERA, Rita; TIFFER, Carlos. Comentario al proceso de reforma legislativa em Costa Rica. In: MÉNDEZ, Emilio Gacia; BELOFF, Mary (Org.). **Infancia, ley e democracia en América Latina**. Buenos Aires: Temis, 1998, p. 388.

solicitar o assessoramento de pessoas especializadas para obter a conciliação/mediação e, homologado o acordo, fica extinta a ação penal pública; d) inclusive na ações em que o Estado é diretamente interessado, os juízes convocam habitualmente a conciliação, na qual devem participar os procuradores que representam o Estado.³⁷⁰

Conforme se observa, o sistema de mediação utilizado na Costa Rica é controlado pelo Ministério da Justiça, os tribunais não possuem ingerência direta nos acordos firmados, por isso aproxima-se de uma modalidade de mediação conectada.³⁷¹

5.7.5 Equador

A resolução alternativa de conflitos foi reconhecida pela Constituição do Equador de 1996. Em 26 de agosto de 1997 foi editada a Lei nº 145/1997, que regula a arbitragem doméstica e internacional e a mediação.

A mediação³⁷² foi definida como extrajudicial e de caráter definitivo, colocando fim ao conflito. Pode ser desenvolvida pelos Centros de Mediação e mediadores independentes, desde que devidamente autorizados.

A lei de referência traz disposições interessantes acerca do procedimento aplicado: a) a cláusula contratual que prevê a mediação pode ser utilizada como exceção, salvo se houver renúncia perante o juiz que recebeu a demanda (art. 46, “a”); b) a qualquer momento, a pedido ou de ofício, o juiz pode submeter o caso aos Centros de Mediação, desde que haja a anuência das partes. Se dentro de quinze dias não for apresentada uma ata contendo o acordo, a causa prosseguirá, ao menos que as partes comuniquem por escrito ao juiz que concordaram em ampliar o prazo (art. 46, “b” e “c”); c) a simples assinatura do mediador na ata de conciliação faz presumir que as outras firmas e o documento são autênticos (art. 47); d) o acordo firmado tem o efeito de sentença executória, cumprindo-se em conformidade com o processo de execução de sentença, sem a possibilidade de oposição de exceções, salvo se decorrentes de fatos posteriores à lavratura da ata; e) a existência de acordo total ou parcial suprirá a necessidade de conciliação prevista no procedimento judicial; f) os mediadores estão inscritos

³⁷⁰ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 201-202.

³⁷¹ Um aspecto de semelhança entre os sistemas costarricense e o brasileiro e a existência de juízes conciliadores. Na Costa Rica tais juízes só cumprem suas funções quando delegados pelos juízes da causa e são designados pela Corte Suprema, o que, na concepção de Gladys Stella Álvarez, não parece ser adequado, pois desnatura a função essencial do juiz que é a de proferir sentença. Não se concorda com essa perspectiva, pois numa visão neoconstitucional o papel do julgador resta fortalecido, oportunidade em que, além de proferir decisões, tem função essencial na promoção da paz, o que pode ser exercitado por meio das técnicas alternativas de conflito. Cf. Idem, *ibidem*, p. 203.

³⁷² Não há distinção entre os termos mediação e conciliação (art. 55 da Lei 145/1997).

em Centros de Mediação ou atuam de forma independente, desde que autorizados pelos centros ou possuindo o aval acadêmico de alguma instituição universitária; g) os mediadores que atuaram em um caso estão inabilitados para atuar em qualquer processo judicial ou arbitral relacionado com este mesmo caso (art. 49); h) a confidencialidade fica resguardada, exceto se as partes a ela renunciarem (art. 50); i) o não comparecimento das partes ao procedimento de mediação tem como consequência o encerramento do trâmite (art. 51); j) o Conselho Nacional de Justiça é o organismo que outorga autorização aos Centros de Mediação, os quais devem possuir requisitos, tais como: contar com estrutura administrativa e técnica para os atendimentos e possuir regulamento. Entre outros aspectos, é essencial que o regulamento disponha sobre: a constituição da lista de mediadores, requisitos para a exclusão da lista, trâmites de inscrição e designação para cada caso; tarifas de honorários do mediador, gastos administrativos e formas de pagamento, sem prejuízo de ser estabelecida a gratuidade do serviço; formas de designação do diretor, suas funções e faculdades; descrição do manejo administrativo da mediação e um código de ética dos mediadores.³⁷³

A legislação equatoriana ainda reconhece a possibilidade de as comunidades indígenas e negras estabelecerem centros de mediação para seus membros, autorizando-se a capacitação que atenda às peculiaridades das respectivas comunidades e aos limites legais estabelecidos.³⁷⁴

Os Centros Comunitários instalados em Guayaquil, Quito e Ibarra atuam com mediação em delitos de menor potencial ofensivo e patrimoniais.³⁷⁵

A legislação equatoriana estabeleceu uma mediação conectada com o Tribunal, envolvendo a participação do setor público e do setor privado e possibilitando o acesso à justiça para comunidades indígenas e negras, o que na concepção de Gladys Stella Álvarez parece ser um bom modelo para o desenvolvimento da técnica alternativa de resolução de conflitos.³⁷⁶

5.7.6 Guatemala

Por meio do Decreto 67/1995, publicado em 01/11/1995, foi regulamentada a arbitragem nacional e internacional na Guatemala. Ao mesmo tempo, comunidades não

³⁷³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 203-205.

³⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 205.

³⁷⁵ Além disso, é possível verificar a existência de programas anexos aos Tribunais para tratamento de questões comerciais, trabalhistas, civis e monetárias de interesse nacional e internacional. Cf. ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 205-206.

³⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 206.

governamentais, conectadas aos Tribunais se imbuíam da tarefa de estabelecer uma ponte entre o direito consuetudinário das comunidades indígenas e o sistema formal de justiça. Entre novembro de 1996 e abril de 1997, a Comissão de Modernização do Poder Judiciário estabeleceu uma série de consultas populares para identificar problemas relacionados à administração da justiça e, a partir de diversos estudos variados, estabeleceu em seu plano de modernização a necessidade de implementação de diversas técnicas alternativas de resolução³⁷⁷.

Com o objetivo de pacificar o país, em cumprimento a diversos acordos políticos, foi editada a lei de reforma do sistema criminal, que vigora desde outubro de 1997, incluindo a mediação e a conciliação na justiça penal³⁷⁸.

O Tratamento de crianças e adolescentes, no âmbito penal, é bem desenvolvido no país³⁷⁹.

No Código de Processo Penal, admite-se a conciliação para a suspensão condicional do processo. Os crimes de menor potencial são submetidos a juízes de paz para que estes estabeleçam a conciliação, sempre considerando a grande diversidade étnica existente no país. É possível também a utilização da mediação para resolução de crimes, desde que sejam realizados por organismos autorizados, ocorrendo a posterior homologação dos acordos firmados.³⁸⁰ A conciliação pode ser realizada pelo juiz, mas também nos Centros de Conciliação e Mediação registrados na Suprema Corte.³⁸¹

Percebe-se que, na Guatemala, desenvolvem-se, ao lado de um modelo anexo aos Tribunais, atividades de mediação e arbitragem em instituições públicas e privadas. A mediação penal requer a homologação judicial para a sua validade³⁸².

5.7.7 Nicarágua

A mediação e arbitragem foi incorporada legislativamente apenas nos conflitos de terras. A mediação é obrigatória e prévia ao processo e a arbitragem inicia-se a pedido de

³⁷⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 206-207.

³⁷⁸ Nos outros ramos, a partir de uma visita realizada no Brasil e na Argentina, a Comissão de Modernização decidiu implementar um sistema de mediação anexo aos tribunais. Cf. Idem, *ibidem*, p. 208-210.

³⁷⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 476-479.

³⁸⁰ SICA, op. cit., p. 101.

³⁸¹ HERRERA, Kenia. **Guatemala.** Dossier sobre Resolución de conflictos en América. ano 1, n. 2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002, p. 95-96.

³⁸² Conforme se verá mais adiante, na proposta que se idealiza para o Brasil, o modelo anexo parece ser o mais adequado, ainda que exista a possibilidade de descentralização do atendimento. Como elemento de fortalecimento da imagem popular do Poder Judiciário, é essencial a fiscalização e regulamentação dos procedimentos de mediação no âmbito penal.

qualquer das partes. Tanto os árbitros como os mediadores são designados por sorteio, salvo acordo das partes. A Lei Orgânica do Poder Judiciário estabeleceu a mediação judicial obrigatória em todas as matérias, exceto na penal. Os programas são constituídos de maneira integrada às Faculdades de Direito.

A mediação, porém, pode ser utilizada em todos os juízos sumários, em delitos cuja condenação não ultrapasse três anos³⁸³. Nos juízos ordinários, as partes podem requerer a mediação por meio dos seus representantes³⁸⁴.

Nas infrações envolvendo crianças e adolescentes, houve uma tímida evolução no tratamento da matéria, com a Lei 287, editada em maio de 1998³⁸⁵.

A mediação obrigatória realizada pelos juízes nos casos envolvendo propriedade não parece ser uma técnica acertada, destoando das premissas desenvolvidas neste trabalho como essenciais para o exercício da mediação. É fundamental nesse país a evolução de técnicas alternativas para o tratamento dos problemas penais.

5.7.8 Peru

A Lei 26.876, publicada em 13 de novembro de 1997, regula, entre outros temas, a conciliação extrajudicial, que tem caráter obrigatório e prejudicial neste país, exceto nos casos de medidas cautelares, execução e garantias constitucionais quando o demandado se encontra no estrangeiro (art. 6º).

A legislação do país não faz distinção entre conciliação e mediação, a qual é realizada perante Centros de Conciliação, autorizados e controlados pelo Ministério da Justiça. Podem realizar-se também perante juízes de paz e juízes de paz letrados, os quais recebem capacitação para conciliar fora do processo.³⁸⁶

No Peru, a mediação é etapa específica para o tratamento de crimes envolvendo o direito da criança e do adolescente. Também se autoriza a conciliação quando houver violência familiar, na tentativa de fazer cessar as agressões.³⁸⁷ Os crimes patrimoniais e os de ação penal privada que permitem a desistência, a transação e a conciliação extrajudicial podem ser tratados nos procedimentos de mediação. Permite-se, assim, a conciliação penal

³⁸³ SICA, op. cit, p. 101.

³⁸⁴ OROZCO, Herberto. **Nicaragua**. Dossier sobre Resolución de conflictos en América. ano 1, n. 2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002, p. 97-98.

³⁸⁵ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 519.

³⁸⁶ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**... op. cit., p. 212-213.

³⁸⁷ SICA, op. cit., p. 99-102.

como pressuposto para aplicar a suspensão condicional do processo.³⁸⁸ Só são conciliáveis na área penal os direitos de livre disposição.

São características do procedimento que constam da Lei 26.876: a) os conciliadores/mediadores, devidamente capacitados, são designados pelos Centros de Conciliação, devendo realizar a audiência de conciliação dentro de 10 dias da notificação do Centro. O não comparecimento de quaisquer das partes encerra a conciliação (art. 15); b) o acordo deve possuir as assinaturas e impressões digitais do conciliador e das partes e depois deve ser firmado por um advogado do Centro, a quem cumpre verificar a legalidade do documento, que constitui título executivo, executado conforme procedimento judicial (art. 16 e 18); c) os serviços prestados podem ser gratuitos ou onerosos. Quando onerosos, devem ser pagos por quem solicitou a conciliação, salvo pacto contrário, que neste caso deve constar em ata (art. 24); d) é possível que o conciliador seja também advogado e exerça a função de conciliar e controlar a legalidade do termo (art. 39).³⁸⁹

Para o tratamento das infrações envolvendo crianças e adolescentes, foi editado o Decreto-Lei nº 26.102, de dezembro de 2003, o qual permite a mediação dentro do procedimento judicial³⁹⁰.

Existe um Registro Nacional de Centros de Conciliação, que são supervisionados e regulamentados pelo Ministério da Justiça. Interessante observar a existência no país dos “conciliadores locais”³⁹¹, pessoas de conhecimento notável nas comunidades em que vivem, com a capacidade de prestar assistência na solução de conflitos existentes em seu grupo ou comunidade. A designação de cada um desses conciliadores implica no reconhecimento de um “Centro de Conciliação de comunidade ou organização”, que não integra a Junta Nacional de Conciliação³⁹².

O modelo de conciliação extrajudicial do Peru aproxima-se do modelo argentino, mas possui a vantagem de ter suas atividades políticas centralizadas, facilitando a difusão e o controle das técnicas alternativas de resolução. O Ministério da Justiça tem a função de supervisionar o cumprimento dos requisitos legais e das normas éticas atinentes à matéria, além da qualidade dos serviços.³⁹³

³⁸⁸ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**... op. cit., p. 213.

³⁸⁹ CLAUDETT, Eduardo Castilho. **Colômbia**. Dossier sobre Resolución de conflictos en América. ano 1, n.2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002, p. 93-94.

³⁹⁰ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 532-533.

³⁹¹ Tradução que considera-se mais próxima da expressão espanhola “conciliadores em equidad”.

³⁹² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**... op. cit., p. 214-215.

³⁹³ Idem, ibidem, p. 215.

5.7.9 Chile

No Chile, existe uma lei que torna obrigatória a conciliação prévia quando o caso envolver menores e houver interesse público. O Código de Processo Penal no país ainda prevê a possibilidade de acordo entre vítima e ofensor para a obtenção de reparação em alguns crimes patrimoniais. Os promotores têm autorização para mediar os casos penais, ou encaminhá-los para mediação em órgãos externos.³⁹⁴

Com o apoio do Ministério da Justiça, em 1997 foi desenvolvido um projeto de mediação familiar por meio de Centros Comunitários. Durante o ano de 1998 mediadores foram treinados e formados em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento. No ano de 1999 foram realizados dois eventos concernentes ao tema, a Oficina de Mediação Escolar concretizada pelo Ministério da Educação, que resultou na criação das bases de um programa nacional, e o Simpósio sobre Mediação em Políticas Públicas, com a participação dos Ministérios da Justiça do Chile e da Argentina, bem como de organizações não governamentais. A mediação é utilizada para solução de conflitos no âmbito familiar, comunitário e escolar.³⁹⁵

5.7.10 El Salvador

Na República de El Salvador, a conciliação, com caráter extraprocessual, está prevista para casos específicos nas legislações de trânsito, civil, familiar, trabalhista e penal. Sua regulamentação é expressa por diplomas legais como a Constituição Nacional, Lei Processual de Família, Código de Processo Penal, Lei de Menor Infrator, Código Trabalhista, Procedimentos Especiais sobre Acidentes de Trânsito, Lei de Sociedades de Seguro, Lei para a Defesa dos Direitos Humanos, e Proteção do Consumidor. A arbitragem, por sua vez, está prevista no Código Comercial.³⁹⁶

Ainda que incorporada à legislação, a conciliação não está obtendo os resultados aguardados, o que tem ocasionado a análise das falhas e dos obstáculos a serem transpostos

³⁹⁴ SICA, op. cit., p. 99-102. Cf. BLANCO, Rafael; DÍAZ, Alejandra; HESKIA, Joanna; ROJAS, Hugo. **Justicia restaurativa: marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública**. Santiago: Universidade Alberto Hurtado, 2004.

³⁹⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...** op. cit., p. 208.

³⁹⁶ Idem, ibidem, p. 216-217.

para a consecução das suas finalidades. Busca-se, então, nas práticas de mediação a aquisição da habilidade de condução de uma negociação entre as partes.³⁹⁷

O Ministério da Justiça criou, em 1998, um projeto piloto de mediação em matéria de família, seguindo o modelo argentino. O Centro de Mediação está funcionando anexo à Procuradoria Geral da República desde novembro de 1999.³⁹⁸

A Lei do Menor Infrator prevê a conciliação que, juntamente com a reparação do dano, funciona como medida de extinção da ação penal. É considerada como ato voluntário que pode ser efetivado em qualquer fase do processo antes da resolução definitiva.³⁹⁹

O Código de Processo Penal também contempla uma etapa conciliatória que em caso de acordo e aprovação judicial opera como extintiva da ação penal.⁴⁰⁰

5.7.11 Honduras

O Programa de modernização da Administração da Justiça foi desenvolvido no país para a capacitação em mediação e conciliação. Constituiu o núcleo básico para responder às necessidades provenientes de questões trabalhistas e da seguridade social. Atualmente está em desenvolvimento no país um programa de fortalecimento das áreas de conciliação, mediação e arbitragem nos âmbitos comercial e industrial, em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento.⁴⁰¹

Nas infrações envolvendo menores, a mediação é ato voluntário, só podendo ser aplicada nas hipóteses em que a pena abstrata prevista não exceda cinco anos. O acordo possui força executiva. A remissão é possível nas hipóteses em que a infração não possua pena abstrata maior do que dois anos.⁴⁰²

5.7.12 México

O México conta com o Centro de Arbitragem e Mediação para as Américas que foi criado em conformidade com o Tratado Norte-americano para o livre comércio. Recentemente, foi realizado na cidade de Querétaro um curso com treinamento em mediação

³⁹⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia...**, p. 216-217.

³⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 216-217.

³⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 219-220.

⁴⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 219-220.

⁴⁰¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit., p. 219-220.

⁴⁰² KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 482-485.

penal. Destaca-se, também, o Tribunal Federal de Conciliação e Arbitragem que intervém em conflitos laborais⁴⁰³.

5.7.13 Paraguai

A Suprema Corte de Justiça elaborou um programa de mediação anexo aos Tribunais que ainda não é executado, contudo, está no caminho para acontecer como projeto piloto. No âmbito comercial, a Fundação Libra treinou, nos últimos anos, cerca de 60 (sessenta) mediadores. Uma experiência piloto de Centros de Mediação Comunitária está em fase de implementação na cidade de Assunção com o apoio do Programa de Fortalecimento do Estado de Direito. Os líderes comunitários são treinados como mediadores e prestam os seus serviços gratuitamente⁴⁰⁴.

5.7.14 República Dominicana

Em consequência do Projeto de Modernização dos Tribunais, durante o ano de 1998, foram realizadas atividades de capacitação em conciliação e mediação dirigidas a magistrados e, posteriormente, o treinamento de líderes comunitários com a finalidade de realizar uma experiência piloto de Centros de Mediação Comunitária anexa à Procuradoria Geral e conectada com os departamentos de polícia. Atualmente, os serviços de mediação são prestados e cada Centro possui um fiscal adjunto como diretor.⁴⁰⁵

No âmbito de proteção das crianças e adolescentes, a Lei 14, aprovada em 1994, estabelece a necessidade de conciliação nos procedimentos, com a atuação de métodos adequados de reeducação, readaptação e reabilitação, tendo os seus tribunais compostos por um juiz, um psicólogo, um educador, um assistente social e um defensor que atuará como Ministério Público na representação da sociedade, além de outros profissionais.⁴⁰⁶

5.7.15 Uruguai

No Uruguai, o código de processo prevê a mediação apenas para o crime de injúria.⁴⁰⁷

⁴⁰³ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit, p. 220-221.

⁴⁰⁴ Idem, ibidem, p. 221.

⁴⁰⁵ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit, p. 221.

⁴⁰⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, op.cit., p. 536.

⁴⁰⁷ SICA, op. cit., p. 99-102.

Centros de mediação, instalados em dependência do Ministério da Saúde, foram criados por iniciativa da Corte Suprema de Justiça no ano de 1996. Em 1998 foi sancionada a Lei 16.995 cujo art. 2º determina que as partes devem ser assistidas por advogado do início ao fim do procedimento conciliatório, em sede judicial ou administrativa. Esse dispositivo tem interferido negativamente no desenvolvimento da resolução do conflito pela via alternativa, especialmente em relação à mediação.⁴⁰⁸

5.7.16 Venezuela

A Constituição do país contempla em seu art. 258 a realização da arbitragem, da conciliação e da mediação, bem como de outros meios alternativos para a solução de conflitos. No âmbito comercial, a Lei 36.430 regulamenta o funcionamento dos Centros de Arbitragem, incluindo arbitragem institucional que independe da intervenção dos Centros.⁴⁰⁹ Recentemente, foi inaugurado o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara Americo Venezuelana.

5.7.17 Argentina

A Argentina já possui um desenvolvimento considerável na implementação de técnicas alternativas de conflito, possuindo leis específicas sobre mediação (Lei 24.573) e conciliação (Lei 24.635), além de disposições especiais sobre arbitragem, a depender da matéria.⁴¹⁰

Numa parceria entre a Universidade de Buenos Aires e o Ministério Nacional da Justiça, vem sendo desenvolvido o “Projeto RAC.” Por meio desse projeto, com a notificação do crime, uma equipe de apoio entra em contato com as partes, verificando a possibilidade de uma resolução alternativa. Se for possível um acordo econômico, o problema será resolvido por meio de um terceiro neutro. Havendo maior complexidade na resolução do problema, realiza-se a Conferência de Conciliação com Moderação, composta por três conselheiros, um

⁴⁰⁸ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso...** op. cit, p. 222.

⁴⁰⁹ Idem, ibidem, p. 223.

⁴¹⁰ SICA, op. cit., p. 99.

ligado ao projeto e outros dois escolhidos pelas partes, por meio da qual se busca a solução alternativa. Não ocorrendo o acordo, o caso é encaminhado para um tratamento tradicional.⁴¹¹

Do ponto de vista das infrações praticadas por crianças e adolescentes, o país vem aprimorando suas técnicas alternativas de resolução, mormente no interior das províncias, as quais possuem diplomas próprios para ao tratamento da matéria⁴¹².

5.8 RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NO BRASIL

No Brasil, a mediação foi introduzida, no âmbito das questões do domínio laboral, na década de 80. Em 1983, foi criado o Ministério da Desburocratização, buscando para a solução dos conflitos uma ação cooperativa com a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Em 1988, com a nova Constituição, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Em alguns estados-membros, foram instituídas “Casas da Cidadania”, buscando uma atuação cooperativa de prefeituras, do Poder Judiciário, de diversas instituições de mediação e de voluntários na solução de conflitos. No âmbito da “justiça de bairro”, desenvolveram-se tribunais especiais vocacionados ao tratamento de “pequenos casos”, atividade complementada pela assistência de uma “justiça itinerante”, assegurada pelo deslocamento de um autocarro, adaptado para servir como uma sala de audiências e invadir os rincões do interior do país.⁴¹³

O desenvolvimento dos programas de mediação no Brasil está mais presente nas relações comerciais. Com a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, abriu-se espaço para a constituição, em 1997, da Corte Brasileira de Arbitragem Comercial, situada em Brasília. Na mesma época, 24 de novembro de 1997, foi criado o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, que tem o objetivo de congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, divulgando e incentivando os Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias – MESCs, observando as normas técnicas e éticas para o exercício da profissão.

Destacam-se, ainda, com atuação nas áreas cível, trabalhista e, principalmente, comercial: o Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem (INAMA), com sede em São Paulo; o Centro de Arbitragem e Mediação de Pernambuco; a Câmara do Comércio

⁴¹¹ PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: um veículo para a reforma? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 249-268.

⁴¹² Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 342-349.

⁴¹³ FERREIRA, op. cit., p. 65-67.

Argentino-Brasileira, também localizada em São Paulo e o Centro de Mediação e Arbitragem – Associação Comercial de Minas, sediado em Belo Horizonte, Minas Gerais.

O Brasil carece ainda de uma legislação consistente acerca da mediação como técnica alternativa de conflitos e possui muita resistência quanto ao tratamento da matéria no âmbito penal. Todavia, são grandes os esforços doutrinários e as tentativas de centralização da política de incentivo às resoluções alternativas. Nesse sentido, devem ser destacadas as pesquisas desenvolvidas em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, na tentativa de identificar e lançar propostas para a melhoria do acesso à Justiça. Do mesmo modo, alguns Projetos de Lei versando sobre a temática tramitaram no Congresso Nacional, mas não resultaram na edição do diploma normativo.

Para a compreensão da política de incentivo às propostas alternativas de resolução de conflito e para ter uma visão perspectiva do tratamento da matéria no país, se analisará, sucintamente, a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que versa sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário, bem como o texto final do Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011, que corre juntamente com os Projetos de números 405, 406 e 434, de 2013, os quais restam prejudicados por possuírem o mesmo objeto. O referido projeto trata da mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e da composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Atualmente, por meio do Ofício SF nº 237 de 19/02/14, foi submetido ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal⁴¹⁴.

Sucintamente, também será analisada a proposta de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que trata do tema proposto.

5.8.1 A Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Compete ao Conselho Nacional de Justiça o Controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como a promoção do acesso ao sistema de Justiça.⁴¹⁵ Nos termos delineados neste trabalho, o acesso à Justiça não é acesso formal, mas acesso a uma

⁴¹⁴ Informações disponíveis em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791>. Acesso em 24 jul. de 2014.

⁴¹⁵ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 70, de 18 de março de 2009**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/13673:resolucao-n70-marco-2009>>. Acesso em 24 jul. de 2014.

decisão justa.⁴¹⁶ Daí decorre a necessidade de estabelecimento de uma política pública que trate de maneira adequada os conflitos de interesses entre as pessoas, para viabilizar e aperfeiçoar os instrumentos efetivos de pacificação social, tais como a mediação e a conciliação.

Foi considerando todos estes elementos⁴¹⁷, na tentativa de uniformizar os serviços de resolução de conflitos já utilizados pelos tribunais brasileiros, para evitar disparidades de orientação e práticas, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, já alterada pela Emenda nº 01 de 31 de janeiro de 2013.

No preâmbulo da norma, chama a atenção o fato de que “Juízos de resolução alternativa de conflitos”, como designados, foram qualificados como “verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.” Nesse trecho, é clara a tentativa política de centralizar e reconhecer as técnicas alternativas de resolução como tarefas que merecem e precisam estar vinculadas à atuação jurisdicional. Essa parece ser a perspectiva mais adequada para o tratamento da matéria no país.⁴¹⁸ Assim, foi instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses (art. 1º).

O parágrafo único do referido artigo enquadrou a mediação e a conciliação como meios consensuais de resolução de conflito, devendo os órgãos judiciários orientar os cidadãos acerca desse procedimento. Estabeleceu, ainda, o prazo de 12 (doze) meses para que tais mecanismos de resolução fossem ofertados gradativamente.

Como elemento de “disseminação da cultura da pacificação social”, devem ser observados: I – centralização das estruturas judiciárias; II – adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; III – acompanhamento estatístico específico. (art. 2º)

Para o cumprimento dos objetivos traçados, abriu-se a possibilidade de serem firmadas parcerias com entidades públicas e privadas (art. 3º). Nesse ponto, deve-se destacar que, mais importante que a designação da instituição de apoio como pública ou privada, é a necessidade de centralização da política de prestação do serviço. Por outro lado, não se pode olvidar que o Estado deve ser responsável pelo desenvolvimento da política de fomento às técnicas alternativas, não se tratando de mera transferência de responsabilidades para a iniciativa particular.

⁴¹⁶ Vide item 3.3.2

⁴¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010?tmpl=component&page=>> . Acesso em 24 jul. de 2014.

⁴¹⁸ Vide Seção 4.

Nesse sentido, o CNJ funciona como promotor de incentivo à autocomposição e pacificação dos litígios (art. 4º), contando com a participação de universidades e instituições de ensino (art. 5º); é responsável por estabelecer diretrizes para a implantação da política pública, por desenvolver o conteúdo programático mínimo para a capacitação de magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, ressalvada a competência da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (art. 5º, I e II).

Nesse ponto é claro que a atividade de mediação poderá ser desenvolvida tanto de maneira anexa como conectada aos Tribunais. Em um primeiro momento, não parece inviável essa dupla atuação. Talvez, como elemento de valorização da prestação jurisdicional formal, após a implementação completa do programa, seja possível verificar qual será o caminho mais vantajoso, considerando a economia atingida e o aumento da qualidade nas decisões proferidas.

O CNJ possui tarefa fundamental para que a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos seja considerada nas promoções e remoções dos magistrados pelo critério do merecimento (art. 5º, III), bem como, na busca de cooperação com instituições públicas e privadas de ensino para o desenvolvimento de uma cultura da solução pacífica dos conflitos (inciso V).

É essencial, ainda, a interlocução com as instituições formais de prestação dos serviços de justiça, as quais devem ter participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, valorizando-se a prevenção dos litígios (inciso VI).

Nesse ponto, é evidente a preocupação prospectiva do Estado, que pretende reduzir as possibilidades de conflitos futuros, o que, na seara penal, auxilia no controle da reincidência.

A Resolução determinou a criação, no prazo de 60 (sessenta) dias, de “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Conflito”, os quais serão compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área (art. 7º). Conforme o que se desenvolve na presente seção, a atuação direta do juiz nessa atividade essencial não parece ser a forma mais adequada para o desenvolvimento da técnica de mediação, tendo em vista a necessidade de maior participação de particulares neutros nessa atividade, o que não afasta a obrigatoriedade de controle e fiscalização dos serviços. Ainda que a autoridade judicial possa servir como mediadora, é mais adequada a intervenção de um terceiro que não tenha poder de decidir no processo.

Os tribunais também são responsáveis pela instalação de “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania”, que concentrarão a realização das sessões de conciliação e

mediação (art. 7º, IV). Trata-se de uma modalidade de resolução anexa, a qual se compreende como mais adequada, carente apenas da abertura do sistema para a maior participação de líderes comunitários e mediadores particulares devidamente qualificados.

A Resolução, todavia, não fecha as portas para esta possibilidade, pois incentiva a realização de convênios e parcerias dos Tribunais com entes públicos e privados para atender aos seus fins (inciso VI). Ademais, é estimulado o exercício da “mediação comunitária”⁴¹⁹, mas não pode ocorrer uma confusão entre os centros comunitários e os “Centros de conciliação e mediação judicial” (§2º).

Novamente, percebe-se a tentativa centralizadora da Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, que integra uma série de medidas relacionadas ao fortalecimento do Poder Judiciário enquanto promotor da cidadania participativa e responsável pela efetivação da paz social. Outro traço de identificação dessa característica é justamente o dever que têm os Tribunais de manter cadastro de conciliadores e mediadores particulares (também conhecidos como “facilitadores”), regulamentando o seu processo de inscrição e desligamento (§4 do art. 7º).

Interessa, particularmente, a disposição do §3º⁴²⁰ da referida Resolução, pois, por meio dela é permitida expressamente a “mediação penal ou qualquer processo restaurativo”, desde que respeitados os princípios da Resolução nº. 2002/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas⁴²¹, bem como a participação do titular da ação penal em todos os atos do procedimento.

Ou seja, é essencial que a vítima, nas ações penais privadas ou privadas subsidiárias da pública, ou o Ministério Público, nas ações penais públicas ou públicas condicionadas à representação, estejam integrados à consecução e desenvolvimentos das propostas de mediação penal. Ainda não foram bem delineados os mecanismos para tal atuação, tornando-se premente a necessidade de discussão e regulamentação do tema.

Os “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania” (Centros) devem ser criados pelos Tribunais e devem possibilitar a realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, além de atender e orientar os cidadãos (art. 8º). Nesses centros

⁴¹⁹ Apesar de Resolução não definir, trata-se, justamente, da modalidade de mediação que envolve a participação de líderes comunitários e mediadores particulares devidamente qualificados.

⁴²⁰ Pela importância, transcreve-se: “§ 3º Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos art. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.”

⁴²¹ O estudo do texto referido enseja o desenvolvimento de um trabalho autônomo. Por hora, é válida a leitura do mesmo, razão pela qual consta como anexo desse trabalho.

ocorrem as conciliações e mediações pré-processuais, que podem, “excepcionalmente”, desenvolver-se nos próprios Juízos, Juizados ou Varas, desde que realizados por conciliadores e mediadores previamente cadastrados e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (§1º).

Compreende-se que a supervisão a que se refere à Resolução deve abarcar apenas a conferência da legalidade dos termos lavrados, sem que a estrutura de atendimento esteja anexa aos Tribunais. Nesse sentido, seria fundamental a descentralização do atendimento. Por isso, é aconselhável, inicialmente, o desenvolvimento da mediação conectada, razão pela qual não se faz opção neste ponto para o desenvolvimento de um projeto piloto.

Os Centros podem ser instalados nos locais em que exista ao menos uma unidade jurisdicional, mas será obrigatória nas comunidades que possuem 5 ou mais (§2º). Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses, a contar do início de vigência da Resolução (§3º). Nas demais hipóteses, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses.

É possível ainda o desenvolvimento de centros organizados especificamente para a área penal (§6º), o que é mais adequado, já que a especialização do atendimento poderia proporcionar uma melhor qualidade nas decisões, além de viabilizar análises estatísticas mais concretas no futuro. Não é por outra razão que as sentenças decorrentes da atuação pré-processual devem ser encaminhadas à coordenação do Centro para registro (§8º).

Conforme artigo 9º da Resolução, os Centros contarão com um Juiz Coordenador e, se necessário, com um Adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento, segundo o modelo estabelecido pelo CNJ⁴²².

⁴²² Sem muito dizer, o Anexo I da Resolução em estudo, teria a oportunidade de melhor detalhar aspectos necessários à atuação dos juízes mediadores, mas exarou, in verbis: “DOS CURSOS DE CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO. Considerando que a política pública de formação de instrutores em mediação e conciliação do Conselho Nacional de Justiça tem destacado entre seus princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, desenvolveu-se inicialmente conteúdo programático mínimo a ser seguido pelos Tribunais nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores. Todavia, constatou-se que os referidos conteúdos programáticos estavam sendo implantados sem os exercícios simulados e estágios supervisionados necessários à formação de mediadores e conciliadores. Para esse fim mostrou-se necessário alterar o conteúdo programático para recomendar-se a adoção de cursos nos moldes dos conteúdos programáticos aprovados pelo Comitê Gestor do Movimento pela Conciliação. Destarte, os treinamentos referentes a Políticas Públicas de Resolução de Disputas (ou introdução aos meios adequados de solução de conflitos), Conciliação e Mediação

Os servidores que atuam nos Centros, além da capacitação necessária, devem ter dedicação exclusiva na atividade e, ao menos um, precisa estar capacitado para a triagem e encaminhamento de casos (§2 do art. 9º). Essa tarefa de triagem é essencial ao desenvolvimento dos programas de resolução alternativa, mas, certamente, só poderá ser bem desenvolvida após a implementação efetiva de um programa piloto e da análise dos primeiros resultados obtidos, o que no Brasil ainda se desenvolve lentamente.

Cada tribunal deve manter um banco de dados específico sobre as atividades realizadas no Centro (art. 13), dados que serão veiculados no “Portal da Conciliação”, sítio vinculado à rede mundial de computadores (art. 15), que vêm sendo gradativamente implantado no país.

Apesar das previsões legislativas, os tribunais no Brasil vêm realizando mediações e conciliações nas áreas civil, comercial, trabalhista, previdenciária, mas muito pouco e com aparato reduzido, na seara penal, o que denota a necessidade de uma mudança de postura, conforme se sustenta nesse trabalho.

5.8.2 A Proposta de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) tem uma proposta de resolução que promove o lançamento da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Ministério Público, realizada por meio das técnicas de negociação, mediação, conciliação e processo restaurativo.

Tal proposta veio à tona em junho de 2014, por intermédio do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, também presidente do CNMP, e decorre da atividade de um grupo de trabalho composto pelo CNMP e pelo Ministério da Justiça⁴²³.

O documento realizou a distinção entre as técnicas citadas (negociação, mediação, conciliação e processo restaurativo). Apesar da valorosa iniciativa, o projeto ainda está pouco desenvolvido, carecendo de mais especificações, mormente no que toca à mediação penal e às técnicas restaurativas.

Em seu artigo 9º e parágrafo único⁴²⁴, dispõe que “a mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a

devem seguir as diretrizes indicadas no Portal da Conciliação, com sugestões de slides e exemplos de exercícios simulados a serem utilizados nas capacitações, devidamente aprovados pelo Comitê Gestor da Conciliação. Os referidos treinamentos somente poderão ser conduzidos por instrutores certificados e autorizados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.”

⁴²³ Informações disponíveis em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-03/ministerio-publico-lanca-politica-nacional-incentivo-autocomposicao>. Acesso em 27 ago 2014.

direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes”, recomendando a máxima informalidade nas mediações comunitárias e escolares.

Quanto às práticas restaurativas, exarou: “As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos” (art. 13).

Deixou claro, em seu artigo 14, que, nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, podem participar dos encontros, com o objetivo de formular um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

Conquanto a iniciativa ainda esteja pouco desenvolvida, a referida proposta de Resolução evidencia a crescente aceitação no Estado Brasileiro das técnicas alternativas como instrumento de política pública para a melhoria do acesso à Justiça, o que fortalece a perspectiva desenvolvida nesse trabalho.

Está lançada mais uma oportunidade de debate acerca do tema. No que se refere à mediação penal, a proposta apresentada deixa aberta a possibilidade de utilização da autocomposição, colocando como limite a possibilidade de tratativas entre as partes envolvidas.

Compreende-se, de forma mais contundente, que as tentativas de acordo deveriam ser oferecidas para todas as hipóteses criminais, ainda que, em alguns casos, como os crimes contra a vida e a dignidade sexual, esta possibilidade seja melhor viabilizada por meio de uma mediação indireta.

5.8.3 O Projeto de Lei do Senado N° 517 de 2011

O Projeto de Lei do Senado n°. 517 de 2011, que dispõe sobre a mediação entre particulares (mediação extrajudicial) e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública, é mais uma tentativa de regulamentar as técnicas alternativas de resolução de conflito no país. Apesar de ter começado tramitar em 2011, somente em 18 de fevereiro de 2014 foi submetido à apreciação da Casa Revisora, a Câmara dos Deputados, e encontra-se pendente de análise.

⁴²⁴ É válida a leitura da proposta, razão pela qual anexa-se ao trabalho o documento ainda não numerado.

O texto final do projeto encaminhado à Câmara dos Deputados é de 18 de dezembro de 2013 e será objeto de breve análise, a fim de verificar como a matéria possivelmente será regulamentada no país.

A mediação é adequadamente conceituada no projeto como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (§1º do art. 1º).

Todavia, o §2º do projeto se restringiu à “resolução consensual de conflitos envolvendo pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado”, deixando de lado a possibilidade de análise penal da grande maioria dos delitos no Brasil, que são crimes de ação penal pública e têm como titular da ação o Ministério Público.

O projeto perdeu, portanto, a possibilidade de levar ao Congresso Nacional a ampla discussão e regulamentação da mediação penal extrajudicial. Apenas abordou a possibilidade de resolução dos conflitos entre pessoas jurídicas de direito público e particulares em matérias de cunho administrativo⁴²⁵, o que, de certo modo, já possuía aplicabilidade, com a elaboração de Termos de Ajustamento de Conduta e acordos firmados envolvendo relações econômicas e tributárias no país.

De todo modo, o art. 41 do projeto destaca que a Lei poderá ser aplicada, “no que couber, a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas, bem como àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais.”

Ou seja, é essencial a compreensão do projeto, considerando que, para os fins desse trabalho, ao menos subsidiariamente, a lei pode alcançar os crimes de menor potencial ofensivo e/ou contravenções constantes nas comunidades e escolas.

O projeto trouxe elementos básicos para o exercício da mediação, o que pode se aplicar também à mediação penal.

No seu art. 2º, enumera como princípios que regem a atividade da mediação: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé.

⁴²⁵ Poder-se-ia questionar a aplicabilidade das regras previstas no projeto em seu capítulo segundo as relações penais. Por ser matéria que desborda dos objetivos desse trabalho, para fins informativos e de pesquisa futura, anexa-se o texto a este trabalho.

Do ponto de vista penal, a aplicabilidade da isonomia deve ser repensada. Nos crimes de ação penal privada ela repercute na possibilidade de manifestação igualitária entre ofensor e vítima. Nos crimes de ação penal pública, só é possível falar em isonomia com a participação da vítima no procedimento de mediação, pois não existe isonomia a ser considerada numa relação entre o ofensor e o Estado.

O artigo 3º do projeto é claro ao dispor que somente será objeto de mediação a matéria que permitir transação.

Penalmente, é viável pensar na autocomposição nos crimes patrimoniais, nos crimes contra a honra e em alguns crimes contra a administração pública. É certo que, neste último caso, discute-se a indisponibilidade do bem jurídico em questão. De todo modo, o projeto deixa claro (§2º do art. 3º) que, sendo os direitos indisponíveis, o acordo precisa ser homologado em juízo. Por isso, entre outros motivos, entende-se que, nos acordos penais, sempre é preciso a homologação judicial⁴²⁶. Ademais, é essencial a oitiva do Ministério Público, quando os interesses discutidos envolvem incapazes.

Na mediação extrajudicial, o mediador é escolhido pelas partes (art. 4º). Entende-se que, mesmo neste caso, os profissionais precisam estar habilitados nos moldes estabelecidos pela Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010.

Qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, poderá funcionar como mediador extrajudicial. O art. 9º do projeto destaca, todavia, que a escolha entre as partes independe de o mediador integrar qualquer tipo de conselho ou associação ou nele inscrever-se. Sustenta-se que, mesmo os mediadores extrajudiciais, devem estar cadastrados no órgão de controle judicial. Independe o fato de o mediador possuir ou não formação jurídica.

É certo que as instituições privadas de formação de conciliadores e mediadores devem ser fiscalizadas, mas a capacitação desses profissionais, ainda que para atuação no âmbito extrajudicial, não pode passar ao largo do cadastramento e controle do Poder Judiciário. Daí a concepção de uma proposta brasileira de mediação penal que se desenvolve de maneira não paralela à atuação do Poder Judiciário.

Por outro lado, o mediador judicial, nos termos do art. 10 do projeto, precisa ser uma “pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou entidade de formação de mediadores, reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça ou pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça.” Excluído o requisito da

⁴²⁶ Conforme analisado, essa é a orientação do Conselho Nacional de Justiça.

graduação em curso superior, não poderia ser dispensada, mesmo para os mediadores extrajudiciais referida capacitação.

É certo que o mediador judicial será remunerado pelas partes, conforme valores fixados pelos tribunais respectivos (art. 11). Todavia, não se concorda com disposição do parágrafo único do mesmo artigo, *in verbis*: “a gratuidade em relação à parte que alega ser juridicamente pobre dependerá da aceitação do mediador.”

A prévia aceitação do mediador é um entrave ao acesso à justiça, mormente aos considerados menos favorecidos, destoando flagrantemente da proposta desse trabalho. Nesse caso, entende-se que poderiam ser aplicados os mesmos critérios previstos na Lei nº 1060 de 5 de fevereiro de 1950, que dispõe acerca da assistência judiciária aos necessitados. É dever do Estado a oferta do procedimento de resolução adequado para resolver o conflito.

Conforme dispõe o art. 21 do projeto, “o convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação.” Se não houver resposta, considerar-se-á rejeitado. Não havendo prazo estipulado, deve ser respondido em 30 dias após o recebimento (parágrafo único).

Na mediação extrajudicial, é possível que as partes estipulem o procedimento. Caso contrário será organizado pelo mediador, em conformidade com as circunstâncias do caso, os interesses das partes e a necessidade de uma solução (art. 22).

É possível que na mediação extrajudicial as partes acordem acerca da suspensão de eventual processo judicial ou arbitral em curso (art. 23), o que não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito (parágrafo único).

Do ponto de vista da mediação judicial, os mediadores serão designados por distribuição e submetidos à aceitação das partes (art. 24). Esse parece ser o critério mais acertado.

O juiz verificará se a controvérsia é passível de solução pela via da mediação, oportunidade em que encaminhará o processo ao mediador judicial, designado por distribuição, “salvo se a petição estiver acompanhada de declaração em que o autor expresse recusa ao procedimento” (art. 25).⁴²⁷

⁴²⁷ Os prazos para rejeição e resposta estão previstos nos parágrafos do mesmo artigo, *in verbis*:

“§ 1º Ao receber os autos, o mediador instará as partes, por qualquer meio de comunicação, a manifestarem-se no prazo de quinze dias acerca de sua disposição para submeter-se ao procedimento e de sua aceitação ao mediador designado.

§ 2º Não havendo resposta de qualquer das partes, considerar-se-á rejeitado o procedimento de mediação, sem ônus, devendo o mediador devolver os autos imediatamente ao juiz, para que este dê seguimento ao processo.

A mediação judicial deverá ser concluída no prazo de 60 dias, contados da primeira audiência, exceto se as partes requererem prorrogação (art. 26). Se não houver acordo, o termo inicial e final da mediação serão encaminhados ao juiz para o prosseguimento do processo (§1º). Havendo acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento da petição inicial e, desde que requerido pelas partes, homologará, por sentença irrecorrível, o termo final da mediação (§2º).

Nesse ponto, parece que a legislação condiciona os efeitos do acordo ao pedido de homologação das partes. Questiona-se se esta homologação, uma vez recebida a ata pelo juiz, não poderia ser realizada de ofício, considerando a existência de um pedido implícito das partes.

É bem verdade que os atos da mediação judicial, com ou sem acordo, precisam ser encaminhados ao Juiz Coordenador do Centro, conforme se observou no item anterior, para fins estatísticos. Todavia, um acordo firmado entre as partes não poderia ter somente este fim. A constituição da coisa julgada material parece ser uma necessidade para a efetividade do procedimento e garantia dos direitos negociados, razão pela qual, entende-se que a homologação pode ser realizada de ofício.

Interessante ainda pontuar a possibilidade moderna da legislação que permite a mediação “pela internet ou por outro meio de comunicação” que viabilize a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo (art. 42). É possível inclusive que a parte acordante esteja domiciliada no exterior e se submeta à lei, conforme sua vontade (parágrafo único).

Elucubra-se *in casu* a possibilidade de aplicação dessas ferramentas no tratamento de crimes cometidos à distância e dos próprios crimes realizados na rede mundial de computadores. Essa temática merecerá o desenvolvimento de pesquisas futuras.

Caso a lei seja aprovada, entrará em vigor, 80 (oitenta) dias após a sua publicação, conforme dispõe o art. 43 do projeto.

É essencial a aprovação dessa lei no Brasil, apesar das críticas e ponderações levantadas ao longo desse tópico, pois o país ainda não possui um marco legal para o exercício da mediação, ainda que tal instrumento seja largamente utilizado de forma satisfatória em diversos países.

§ 3º Decidindo as partes submeterem-se ao procedimento de mediação e restando aceito o mediador, este designará a sessão inicial de mediação, em dia e hora previamente acordados, respeitado o prazo de trinta dias.

§ 4º Acatado o procedimento, mas recusado o mediador, este imediatamente o comunicará ao cartório ou secretaria judicial, que procederá à redistribuição dos autos a outro mediador.”

Ademais, a desjudicialização parece ser uma saída razoável para a redução litigiosidade no país, diminuindo o número de processos judiciais e proporcionando, em médio prazo, uma melhor qualidade nas decisões proferidas.

Acredita-se na possibilidade de aplicação mais ampla da legislação aos casos penais, mas não se olvida que o sucesso da proposta depende também de uma quebra paradigmática para uma melhor aceitação cultural.

5.9 UMA PROPOSTA DE MEDIAÇÃO PENAL NÃO PARALELA E INTEGRADA AO SISTEMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

É preciso encontrar uma solução brasileira para a falta de uma administração adequada dos casos penais, verificada por meio de uma produção judicial deficiente e de uma infraestrutura deficitária, o que repercute na demora e no acúmulo dos processos judiciais.

As soluções que o Estado apresenta para a resolução dos conflitos penais envolve a necessidade de reequilibrar poderes e interesses após a ocorrência do fato criminoso. A participação crescente da vítima e da coletividade na resolução das causas dessa natureza é uma estratégia que visa resgatar a suposta harmonia social que existia antes do crime, independentemente de as partes envolvidas já terem se relacionado de alguma maneira antes do fato.

No Brasil, que é um país com grande diversidade ética e cultural, são muitas as possibilidades de conflito e de partes envolvidas, trazendo a necessidade de soluções diferenciadas para as várias hipóteses de litígio penal. Por isso, compreende-se que o Poder Judiciário precisa aproximar-se da população para resolver os problemas dessa natureza, sendo imperiosa a descentralização do atendimento prestado e a participação crescente da comunidade nas soluções penais.

A interferência das vítimas nos processos penais não pode estar direcionada apenas à aplicação ou não da pena ao acusado. No sistema clássico, quando existe um acompanhamento psicológico ou o ressarcimento dos danos materiais e/ou morais causados à vítima, a preocupação não está direcionada à compreensão do conflito e ao tratamento mais humano do crime.

Conforme se destacou na primeira seção deste texto, o Poder Judiciário é o principal procurado no Brasil nas demandas penais, razão pela qual se compreende que uma proposta alternativa integrada à estrutura do Poder Judiciário tem maior viabilidade, pois, apesar do descrédito da população, aquele é apontado como o principal responsável pela pacificação dos

conflitos.

O Poder Judiciário tem o papel de incentivar programas alternativos, auxiliando na desconstrução do caráter litigioso e pouco conciliador da população brasileira no que toca ao crime.

O grau de resolutividade dos conflitos penais é pequeno e as técnicas alternativas são uma possibilidade de melhorar esta perspectiva. Ademais, existe uma estreita relação entre condição socioeconômica das partes processuais e a solução dos conflitos judiciais de maneira justa e adequada. Assim, uma mediação não paralela precisa primar pelo atendimento dos mais necessitados.

A baixa instrução formal interfere diretamente no acesso à Justiça. Nesse sentido, a aproximação do Estado dos mais necessitados esta relacionada com a formação e capacitação de agentes que conheçam mais de perto a realidade dos bairros e das pessoas que integram diversas comunidades em todo o país.

Ganha importância crescente a formação de profissionais multidisciplinares, também no âmbito do direito, que possam ter abertura para o diálogo e compreendam as vantagens dos procedimentos de resolução alternativos.

Causas judiciais não podem ser tratadas como mercadorias. A transformação dos problemas jurídicos em oportunidades de enriquecimento das partes e dos profissionais que atuam na área, cria, ciclicamente, nichos de marginalidade e estratificação social.

Compreende-se que a política de acesso à Justiça não precisa ser necessariamente jurisdicional. A mediação, utilizada como técnica de resolução alternativa e integrada aos Programas de Justiça Restaurativa, possibilita a redução de custos, a satisfação com os resultados e a redução da reincidência.

Apesar de estar sendo aplicados, inicialmente, nos casos de menor potencial ofensivo, os estudos que vêm sendo desenvolvidos acerca das técnicas e modelos de resolução não fazem restrição estanque das possibilidades criminais abarcadas. Essa opção é mesmo uma adequação às realidades culturais de cada país.

No Brasil, nas infrações de menor potencial ofensivo e nas demais hipóteses abrangidas pela Lei 9.099/95, é aberta uma possibilidade de negociação penal, o que pode ocorrer por meio da composição civil dos danos ou da transação penal, instrumento que permitem afastar a ação penal, cumpridos os requisitos estabelecidos no acordo.

Esta hipótese distancia-se da mediação penal não paralela e integrada à Justiça Restaurativa, pois não se desenvolve, em regra, por meio de mediações, mas de conciliações realizadas perante as autoridades judiciais.

Todavia, a análise da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, e da Proposta de Resolução do CNMP, apesar da tímida evolução das técnicas estudadas no país, leva a crer que uma maior abertura do sistema para a participação de terceiros neutros nos procedimentos penais é uma questão de tempo. Claro que, por trás dessa perspectiva, não prevalece a visão ideal de pacificação social, mas a necessidade de resolver o grave problema do acesso à Justiça. Trata-se, portanto, de uma questão de Política Pública, antes de ser uma proposta de análise psicológica de cada ser humano diante do conflito.

De toda maneira, direta ou indiretamente, a discussão mais profunda dos conflitos é um passo possível para a melhoria das relações sociais. Isso não significa que essa hipótese não exista por meio dos procedimentos penais tradicionais, mas que a inserção de técnicas alternativas na resolução de conflitos pode viabilizar um melhor tratamento dos problemas penais e das pessoas envolvidas no litígio.

A mediação ganha destaque, quando comparada com as demais hipóteses de resolução de conflito, pois lida com o problema nos seus âmbitos externo e interno.

Conforme já mencionado nesse texto, a mediação pode ser aplicada a qualquer hipótese de crime, mas, atualmente, sua aplicabilidade é testada, quase sempre, nos delitos de menor potencial ofensivo e, algumas vezes, nos crimes que atingem o bem jurídico patrimônio ou relações familiares e escolares.

É possível idealizar, também, a sua aplicação nos crimes de maior potencial ofensivo, mas essa possibilidade parece distante no Brasil.

Todavia, não é viável utilizar o parâmetro de aplicação do *quantum* de pena abstratamente previsto nas normas penais para identificar a possibilidade de utilização da mediação não paralela. Isso ocorre porque, no Brasil, há muitas desproporções no que se refere às penas aplicadas. A maioria dos crimes patrimoniais é punida mais severamente, se comparada com crimes que ferem a honra, a liberdade sexual etc. Mas, às vezes, é mais fácil aproximar pessoas que se envolveram em um fato delituoso cujo bem violado é patrimonial do que sexual ou moral. Ou seja, a viabilidade da mediação não está relacionada à quantidade de pena abstratamente imposta, mas ao bem jurídico tutelado.

Os bens que, uma vez violados, implicam em condutas criminosas, podem ser objeto da mediação penal não paralela e integrada aos programas de Justiça Restaurativa, nas hipóteses em que se viabiliza uma conversa facilitada entre as partes envolvidas no conflito, podendo estas ser representadas ou não pelos seus respectivos procuradores.

Nesse sentido, genericamente, conforme já se mencionou no trabalho, podem ser objeto de mediação penal: os crimes contra o patrimônio, os crimes contra a propriedade

imaterial, os crimes contra a organização do trabalho, os crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos, os crimes contra a família, contra a incolumidade pública, contra a paz pública e a fé pública, os crimes contra a administração, os crimes ambientais, os crimes contra a ordem tributária, a lavagem de dinheiro, os crimes contra as finanças públicas, os crimes contra as licitações, os crimes previstos na lei de improbidade administrativa, os crimes contra os portadores de deficiência, os crimes de preconceito, raça e cor, entre outros.

Ressalta-se que a discussão central do trabalho não está em verificar a aplicabilidade da mediação a cada tipo penal existente no ordenamento brasileiro, mas na identificação da mediação como elemento de efetivação do acesso à justiça e na proposição de um plano de ação que viabilizará a mediação penal, permitindo que a solução alternativa dos conflitos se estenda aos diversos tipos de crime, na medida em que forem sendo realizadas pesquisas empíricas com os casos iniciais, notadamente, aplicado aos tipos penais de menor potencial ofensivo.

A proposta possui os seguintes objetivos: descongestionar os tribunais, reduzindo o número de processos judicializados; diminuir os custos e a demora para as resoluções dos conflitos; proporcionar maior participação da comunidade nos processos de resolução; facilitar o acesso à Justiça; e oferecer à sociedade formas mais efetivas de resolução de problemas jurídicos.

Sem dúvidas, o Poder Judiciário deve ser a última instância alcançada para a resolução de uma contenda, exceto nas hipóteses em que, por disposição legal ou pela natureza do conflito, seja mais adequado que se leve a causa diretamente ao Judiciário. Inicialmente, consideram-se nestas hipóteses de exceção os crimes de: homicídio; induzimento instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio; aborto provocado e estupro.

É possível um acesso mais igualitário à Justiça através da cooperação entre particulares neutros e o Poder Judiciário, o que é algo diverso da privatização na resolução de conflitos penais. Não se trata da redução da responsabilidade estatal com a prestação do serviço jurisdicional, mas da implementação de técnicas alternativas que possam ser desenvolvidas e monitoradas pelo Poder Judiciário.

Um Estado democrático e contemporâneo deve se preocupar com o bem estar do povo, o que inclui o oferecimento de um serviço de justiça heterogêneo. Nem sempre o sistema formal ou tradicional de resolução de conflitos é mais adequado, razão pela qual é importante redefinir, numa perspectiva mais ampla, a concepção acerca da administração da Justiça.

O conceito de justiça legal, por meio do qual apenas a autoridade judicial profere o direito, deve permitir a possibilidade de as partes solucionarem os conflitos que lhes afligem,

sobretudo quando a controvérsia não envolve necessariamente o interesse público.

O Estado tem também o dever de promover a dignidade em seu âmbito positivo, proporcionando a igualdade substancial entre as partes envolvidas nas relações jurídicas. Por isso, a Política Criminal também encontra limite na dignidade humana. Isso não significa que os direitos fundamentais não possam ser restringidos, o que, certamente, também ocorrerá por meio dos acordos firmados na mediação penal não paralela e integrada aos programas de Justiça Restaurativa.

Do ponto de vista intersubjetivo, os procedimentos alternativos produzirão maior efetividade se os interesses dos jurisdicionados forem assumidos como próprios pelos agentes que atuam em cooperação com o Estado. A dificuldade cultural é a principal barreira para ultrapassar esse limite, pois não há como exigir das pessoas um comportamento ideal diante do conflito. A capacitação especial visa desenvolver essa prática. Exigir esse comportamento das vítimas é ainda mais difícil, pois, em regra, são diretamente atingidas pelo crime e, naturalmente, desenvolvem um sentimento de vingança, principalmente, nos países, como é o caso do Brasil, que têm a retribuição como uma resposta adequada à conduta delituosa.

Do ponto de vista estrutural, o desenvolvimento das técnicas alternativas amplia o exercício da cidadania, já que os conflitos podem ser solucionados de maneira mais adequada e no tempo justo.

A autocomposição se coaduna com uma das acepções de justiça que estimula as próprias partes à adequada produção do consenso. Assim, o polissêmico conceito de justiça ganha mais uma definição, passando a ser considerado, também, em função da satisfação das partes quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto.

Existe uma corresponsabilidade entre a sociedade e o Estado no sentido de proporcionar um espaço de pacificação social dinâmico e consciente, conduzindo à necessidade de humanização do sistema penal brasileiro, o que pode ser verificado por meio da mediação.

Tal corresponsabilidade implica no dever de implementação de políticas públicas, incluindo infraestrutura e pessoal especializado, para a reorganização do Poder Judiciário, garantindo ao cidadão a possibilidade de resolver o seu conflito por meio de técnicas alternativas, antes da implementação do processo judicial tradicional.

A proposta de mediação não paralela relaciona-se diretamente com a ideia de integração desenvolvida ao longo do texto. As tratativas vão surgindo durante o diálogo, por intermédio do mediador, o qual tem o papel fundamental de viabilizar, dentro do possível, o respeito e o equilíbrio nas negociações entre as partes.

Apesar de ser uma opção das partes utilizarem ou não os serviços de mediação, a oferta deve ser obrigatória e tentada.

Muito diferente de o juiz propor uma conciliação, está a possibilidade de tratamento do problema por um terceiro que não decide, mas apenas viabiliza o melhor diálogo entre os interessados.

Não se exige do mediador a formação jurídica, mas é essencial que ele compreenda as dificuldades e peculiaridades da coletividade envolvida na contenda, o que, algumas vezes, passa distante do cotidiano dos magistrados. Assim, ocorre a solução integrada dos conflitos.

Em vez da resposta penal que aplica a pena, necessária em casos mais graves e da qual não se discorda, propõe-se o tratamento do conflito, sempre que for viável esta possibilidade.

Os indivíduos podem comportar-se de diversas formas diante de um conflito, uma dessas formas é, justamente, resolvendo o problema. Os métodos de solução de problemas penais pretendem cumprir metas e superar obstáculos, podendo proporcionar decisões de alta qualidade.

A mediação penal não paralela pode ser aplicada em diversas áreas, não só na penal. Mas, aplicada nesta área, precisa ser utilizada como um dos métodos da Justiça Restaurativa.

Considerando, no âmbito penal, as dificuldades culturais para a aceitação do crime como algo natural e positivo, uma oportunidade para mudar e decidir, o já mencionado modelo narrativo pode ser aconselhável no tratamento de infrações de maior potencial ofensivo. A possibilidade de encontros apartados entre mediador e ofensor, mediador e vítima, na chamada mediação indireta, pode permitir uma nova visão acerca da realidade.

Às vezes, mesmo em um segundo momento, não é aconselhável o encontro entre ofensor e vítima. O acordo pode ser travado sem a presença física dos envolvidos. Todavia, essa hipótese de solução desfigura a necessidade de reconstrução relacional por meio do diálogo, tornando-se mesmo uma nova modalidade de tratamento.

O *modelo transformativo* é uma antítese ao modelo de Harvard e não parece adequar-se à realidade brasileira. Segundo tal modelo, atingir o resultado na resolução do conflito é menos importante que melhorar as relações entre as partes. Ocorre a transformação quando são desenvolvidos valores morais entre os indivíduos. Numa visão tanto quanto idealista, para não dizer romântica, o conflito não é encarado como um problema, mas como uma oportunidade para o desenvolvimento moral.

Apesar de a mediação penal não paralela utilizar como objeto de análise o conflito, tal mecanismo só importa se atingir resultados concretos, como a redução da duração dos processos judiciais e o fortalecimento do Poder Judiciário enquanto órgão essencial na

resolução das contendas penais.

Todavia, a utilização de critérios transformativos é essencial para o tratamento do crime, pois, ainda que a solução do conflito não se desenvolva completamente por meio de uma técnica alternativa, o diálogo inicial permitiria às partes uma nova compreensão acerca da lide, e o autoconhecimento (*empowerment*) de cada um dos envolvidos. A noção de pertencimento social e valorização do outro (reconhecimento) como ser pertencente ao grupo social é uma das principais ferramentas de redução da reincidência, melhorando a convivência entre as pessoas por meio da valorização do respeito, da tolerância, da participação e da responsabilidade na tomada de decisão.

O juiz, ainda que possa se utilizar de técnicas de mediação, não é mediador, pois profere decisão. A participação de um terceiro neutro, que não precisa ter formação jurídica, nos procedimentos de mediação não judicializados, ou seja, antes de ser constituído um processo judicial, é mais adequada, por vários motivos: o mediador deve ter conhecimento da realidade social que envolve a comunidade onde ocorreu o conflito, entendendo, inclusive, o vocabulário e as peculiaridades de cada lugar; o mediador deve possuir capacitação específica para a sua atuação, possuindo treinamento nas áreas de psicologia e assistência social; o mediador deve ter um olhar diferenciado perante o conflito e pode atuar em conformidade com esse olhar, ou melhor, não precisa ter uma postura jurídica diante do problema, o que viabiliza novas alternativas para a solução da lide e o restabelecimento (quando possível) das relações nela envolvidas, numa perspectiva voltada para o futuro e não para o fato passado (o delito).

Claro que o juiz também deve ter uma postura prospectiva, mas tem a obrigação legal de decidir, mesmo que fundamente sua decisão na analogia, nos costumes ou nos princípios gerais do direito, conforme estabelece o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O mediador não decide.

O mediador deve carregar consigo a premissa de que os seres humanos são entidades racionais e capazes e que a intervenção coercitiva de um terceiro desvirtua a mediação e as suas valorosas contribuições. É possível que ele escute as partes, converse, interrogue, crie opções de pensamento, na perspectiva de que os agentes cheguem sozinhos à resposta para o problema.

Apesar de se compreender que a mediação integrada ao sistema judicial seria a modalidade que melhor se adequaria à realidade brasileira, a atribuição da força jurisdicional à mediação (mesmo à integrada) afasta as premissas já desenvolvidas nesse texto. Primeiramente, na mediação, o acordo deve ser realizado pelas partes, algumas vezes o

mediador apenas digita e verifica se está claro o texto, controlando, em alguns casos, a atuação dos advogados das partes. Nesse sentido, antecipar soluções legais ou mesmo fazer a subsunção de normas legais ao direito não são atribuições que devem ser designadas por mediadores.

A mediação se propõe à criação de um novo contexto comunicacional, deve ser distinta das modalidades de resolução que utilizam a aplicação direta do direito. Na concepção desenvolvida, a formação jurídica não é essencial para o exercício da mediação.

Em conformidade com os três princípios básicos da Justiça Restaurativa: 1) o crime é, primariamente, um conflito entre indivíduos, resultando em danos à vítima ou à comunidade; secundariamente é uma infração à lei; 2) o objetivo central da justiça é reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime; 3) o sistema deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades.

A exigência de que o mediador detenha conhecimento humanístico, maturidade e esteja inserido na comunidade atingida pelo fato delituoso ocorre, inclusive, da necessidade de prévia análise da viabilidade, ou não, de composição da Justiça Restaurativa. No procedimento tradicional, o agente delitivo é conduzido, uma vez estando de acordo, ao processo restauratório. Nos moldes propostos nesse trabalho, a alternatividade é mitigada, a partir do momento em que o sistema de resolução alternativa integra e é controlado pelo Poder Judiciário.

Tendo em vista as premissas traçadas no trabalho, idealizam-se, em fôlego inicial, algumas propostas e críticas que precisam ser observadas a fim de que se possa implementar no Brasil uma mediação penal não paralela e integrada à Justiça Restaurativa:

a) a instauração de programas alternativos de resolução de conflitos não retira a necessidade de melhoria do sistema judicial já implantado. De maneira premente, visa fortalecer e garantir um melhor acesso à Justiça;

b) não é viável o desenvolvimento de modelos de mediação que desconsideram a realidade do país de sua aplicação. Entende-se que, para a realidade Brasileira, é essencial que o programa se aproxime de um modelo anexo ou, no máximo, conectado aos tribunais;

c) no Brasil, o Poder Judiciário é o instrumento mais procurado pelos cidadãos para a resolução dos seus conflitos. Descentralizar o atendimento é uma estratégia de repercussão essencial, pois elimina dificuldades com o deslocamento até os órgãos oficiais de resolução (acesso às portas do Judiciário), bem como com a identificação e reconhecimento da Justiça como instrumento de todos;

d) a expansão de instituições privadas de resolução pode dificultar e estigmatizar,

ainda mais, a imagem do Poder Judiciário como lento e ineficiente, razão pela qual não entende-se esta prática como adequada;

e) é preciso preservar o protagonismo dos tribunais enquanto órgãos de auxílio aos cidadãos na resolução dos seus conflitos, além de garantir aos menos favorecidos o acesso a métodos mais efetivos de resolução;

f) tendo em vista essas duas necessidades, considera-se como mais adequada a implementação no Brasil de programas de mediação dentro dos serviços da justiça, o que se denomina, metaforicamente, como mediação não paralela, pois se desenvolve sob a fiscalização e controle do Poder Judiciário;

g) não importa, nesse momento, designar se o programa proposto será anexo ou conectado. Deve ser sim adaptado e, por isso, a distinção de nomenclatura: mediação penal não paralela;

h) é possível que os procedimentos ocorram totalmente dentro da Administração da Justiça, como no modelo anexo. Mas, na proposta idealizada, é essencial que haja uma descentralização de atendimento, entendida aqui como a instalação de postos em bairros periféricos para o acesso às portas do Judiciário;

i) é possível que os próprios juízes designem seus casos aos mediadores (terceiros neutros), que devem ser formados por instituições, não necessariamente integradas à justiça, conforme o modelo conectado, mas esta, inicialmente, não parece ser a proposta mais viável. Todavia, considerando o projeto de lei e as resoluções analisada, há grande possibilidade de sucesso de uma proposta conectada;

j) apesar da ressalva, importa destacar que a não privatização dos sistemas de resolução de conflitos não implica na impossibilidade de utilização de particulares como membros auxiliares do Poder Judiciário. A construção de um programa democrático deve possibilitar a participação de terceiros neutros nos processos de mediação. Assim, entende-se que as dificuldades e imperfeições do sistema tradicional de resolução de conflitos precisam ser por ele enfrentadas, não sendo viável a mera transferência ao setor privado dos casos penais a serem resolvidos;

k) destaca-se como traços de identificação da mediação penal não paralela: i) desenvolver-se em harmonia com o sistema judicial já implantado; ii) preservar o protagonismo dos tribunais enquanto órgãos de auxílio aos cidadãos na resolução dos seus conflitos; iii) permitir sobretudo aos menos favorecidos o acesso a métodos mais efetivos de resolução; iv) atuar dentro dos serviços da justiça; v) possibilitar a utilização de particulares como membros auxiliares do sistema de resolução;

l) os procedimentos privados de resolução devem complementar a atividade estatal; as políticas públicas devem diversificar as formas de atendimento; os tribunais não podem, simplesmente, delegar o poder de decisão, devendo revisar todos os acordos que envolvam interesse público; os tribunais devem permitir a eleição de terceiros neutros pelas partes ou o sorteio público de um mediador e, quanto menor a possibilidade de eleição do terceiro neutro pelas partes, mais adequado parece ser o procedimento, pois os interessados adquirem maior responsabilidade para com os resultados da mediação;

m) considerando a realidade brasileira e, partindo da premissa de que o programa sustentado deve desenvolver-se dentro da estrutura do Poder Judiciário, a mediação penal não paralela, conforme se desenvolve, precisa, ainda, sustentar-se em duas premissas: i) todos os acordos travados devem ser homologados por uma autoridade competente na seara penal; ii) os mediadores não devem ser escolhidos pelas partes, mas sorteados pelo programa, considerando as características do caso;

n) para o desenvolvimento dessa perspectiva, é essencial a construção de um banco de dados com profissionais diversos (assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos, advogados etc.), habilitados a acompanhar variados casos penais, os quais serão classificados, inclusive, segundo o impacto do crime para as vítimas.

p) Sustenta-se que, inicialmente, seria necessário cumprir as seguintes tarefas: i) catalogar e classificar os casos penais mais correntes; ii) identificar os profissionais mais habilitados a tratar de cada uma das classes desenvolvidas; iii) realizar concurso ou contratação de profissionais habilitados para tanto; iv) capacitá-los e reciclá-los periodicamente; v) inseri-los em uma lista de sorteio a ser utilizada em conformidade com os interesses da justiça;

q) também seria essencial a capacitação de pessoal responsável por fazer uma triagem inicial dos casos que chegam ao Poder Judiciário e devem ser submetidos ao processo de mediação. Neste caso, poderiam atuar, tanto juízes, como técnicos capacitados, ou ambos; por isso, não imposta a distinção entre o sistema anexo e o conectado neste particular.

Certamente, o desenvolvimento de um programa dessa natureza envolve esforços de profissionais de várias áreas do conhecimento. Os impactos financeiros e as dificuldades de implementação de um projeto, com tais características, precisam ser melhor avaliados em pesquisas e programas futuros, o que não é objeto desse trabalho, dadas as limitações temporais e as características da pesquisa, bem como o desenvolvimento inicial de propostas alternativas penais no Brasil.

Para a verificação das dificuldades e falhas de um programa, é indispensável a implementação de projetos pilotos, o que vem sendo realizado em diversos países.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de estabelecer respostas definitivas para o problema do acesso à Justiça penal, no Brasil, mas com o intuito de trazer proposições e críticas para a implementação da mediação penal não paralela no país, como técnica alternativa de resolução de conflitos, sintetiza-se, de maneira articulada, as conclusões deste trabalho:

1 - Pesquisas criminológicas realizadas na América latina demonstram que, em muitos casos, as vítimas dos delitos se arrependem de ter buscado uma solução formal para o conflito. Ademais, caracterizam a justiça como lenta, abstrata, arcaica, pouco lúcida e cara.

2 - A pobreza, em razão das limitações que impõe ao cidadão, é uma causa da falta de acesso à Justiça, especialmente, em situações em que o advogado é imprescindível à demanda judicial.

3 - O longo tempo para solução do processo também é uma barreira econômica, já que nem todos têm condições, financeiras ou de outras ordens, de esperar a solução judicial do conflito.

4 - Na seara criminal, tal aspecto, ao contrário do que se pode imaginar, ganha sobrepeso, pois, na maioria dos casos o adversário típico é o Estado, que já possui estrutura e aparato técnicos formados, diferentemente do ofensor. Daí, a necessidade de participação crescente da vítima e da coletividade na resolução do conflito penal, como forma de reequilibrar poderes para a resolução dos problemas e a efetivação do acesso à justiça.

5 - Ao lado da questão cultural, a linguagem técnica é mais um empecilho ao acesso à justiça, notadamente nos países com grande diversidade étnica, como é o caso do Brasil. Por isso, é essencial a facilitação linguística dos procedimentos de resolução de conflitos. Essa dificuldade contribui para o aumento da necessidade de descentralização do atendimento, que, contando com a mediação, poderá permitir no Brasil a compreensão e solução de problemas localizados por meio da participação de agentes da própria comunidade envolvida.

6 - O fato de o Judiciário ser o principal demandado pela sociedade para a solução de conflitos e a sobrecarga processual das mais diversas naturezas contribuem para a necessidade de se ampliar as possibilidades de solução alternativa.

7 - O grau de resolutividade, no que tange aos conflitos em matéria criminal, é muito pequeno. A implementação de técnicas alternativas de resolução de conflito, seria, no mínimo, mais uma possibilidade de melhorar esta perspectiva.

8 – É alarmante a relação entre condição socioeconômica das partes e a solução dos conflitos judiciais de maneira justa e adequada, o que contribui à compreensão de que a concepção de justiça a ser buscada não pode desbordar da necessidade de atendimento aos menos favorecidos.

9 - Considerando que não estão excluídas as possibilidades em que as relações pessoais influenciam as decisões dos agentes estatais, é necessária a persistência na formação de profissionais multidisciplinares e não meramente técnicos para a atuação no âmbito do direito.

10 - As causas judiciais, muitas vezes, tornam-se mercadorias, contribuindo para a morosidade do processo.

11 - Entende-se por Resolução Alternativa de Conflito (RAC) toda forma de resolução que não passe pela necessidade de uma sentença judicial, pelo uso da força, em detrimento da compreensão acerca do próprio conflito.

12 - Inicialmente, na seara penal, entende-se que tais técnicas aplicam-se aos conflitos de menor potencial ofensivo, não só porque é sempre possível recorrer ao sistema tradicional de resolução, mas também porque a natureza da contenda pode dificultar a solução alternativa, entre outras dificuldades.

13 – O modo como vem sendo tratado o crime no âmbito penal, mesmo nas hipóteses de menor potencial ofensivo, necessita de mecanismos que permitam a discussão mais profunda dos conflitos. Isso não significa que essa discussão não exista por meio dos procedimentos penais tradicionais, mas as técnicas alternativas podem viabilizar um melhor tratamento aos problemas penais e às pessoas envolvidas.

14 – Ainda que o sistema tradicional possibilite a ação penal *ex delicto*, que permite à vítima a reparação de um dano moral ou material decorrente de ilícito penal, fundado em sentença penal transitada em julgado, tal hipótese restringe-se à recomposição patrimonial do dano, deixando de lado a possibilidade de harmonização que seria possível por meio da mediação penal.

15 - A mediação tem por fim promover o tratamento do conflito como elemento externo (consequências danosas visíveis pelas partes) e como elemento interno (razões que muitas vezes permeiam a origem do problema e que, se não forem tratadas, podem causar mais conflitos e aumentar os índices de reincidência).

16 – Defende-se que a mediação pode ser aplicada a qualquer crime, conquanto, hodiernamente, é testada em delitos de menor potencial ofensivo e, algumas vezes, em crimes que atingem o bem jurídico patrimônio ou relações familiares e escolares.

17 - A maioria dos crimes patrimoniais é punida mais severamente, se comparada com crimes que ferem a honra, a liberdade sexual etc. Mas, às vezes, é mais fácil aproximar pessoas que se envolveram em um fato delituoso cujo bem violado é patrimonial do que sexual ou moral.

18 - O parâmetro de aplicação da mediação não pode ser o *quantum* da pena abstratamente previsto na norma penal, mas o bem jurídico por ela protegido. Assim, podem ser objeto de mediação penal os crimes: contra o patrimônio, contra a propriedade imaterial, contra a organização do trabalho, contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos, contra a família, contra a incolumidade pública, contra a paz pública e a fé pública, contra a administração, contra o meio-ambiente, contra a ordem tributária, de lavagem de dinheiro, contra as finanças públicas, contra as licitações, previstos na lei de improbidade administrativa, contra os portadores de deficiência, de preconceito, raça e cor, entre outros.

19 - Não se discute disponibilidade de cada um dos direitos envolvidos nas hipóteses criminais.

20 - A pretensão central do trabalho é a identificação da mediação como elemento de efetivação do acesso à justiça e a proposição de um plano de ação que poderá viabilizá-la, permitindo que a solução alternativa dos conflitos se estenda aos diversos tipos de crime, à medida que forem sendo realizadas pesquisas empíricas, aplicadas inicialmente aos tipos penais de menor potencial ofensivo.

21 - A mediação penal pode proporcionar: o descongestionamento dos tribunais, reduzindo o número de processos judicializados; a diminuição dos custos e do tempo para as resoluções dos conflitos; maior participação da comunidade nos processos de resolução; mais efetivo acesso à Justiça; formas mais efetivas de resolução de problemas jurídicos.

22 - Na busca por um sistema mais eficiente, entendido este como o que possibilita um menor custo e maior celeridade no atendimento dos interesses das partes, é essencial o cumprimento do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Poder Judiciário deve ser a última instância alcançada para a resolução de uma contenda, exceto nas hipóteses em que, por disposição legal ou pela natureza do conflito, o litígio deva ser levado diretamente ao Judiciário.

23 - Se um dos objetivos da democracia é a obtenção de um processo justo para todos, deve-se pensar na possibilidade de interferência de terceiros neutros na resolução dos conflitos penais, como mecanismo de melhoramento das políticas públicas, mas não como uma forma de expurgar as técnicas tradicionais de resolução.

24 - A cooperação entre particulares neutros e setores já implementados da estrutura do Poder Judiciário permite acesso igualitário à justiça, o que não deve implicar na simples transferência da resolução dos conflitos para os setores privados.

25 - Para o exercício da cidadania plena, é essencial que os tribunais orientem os cidadãos na utilização dos sistemas alternativos de resolução dos conflitos, antes de ser iniciado o processo judicial, o que não elimina a possibilidade de implementação de sistemas alternativos de resolução conectados à Administração da Justiça e monitorados pelo Poder Judiciário.

26 - Um Estado democrático e contemporâneo deve se preocupar com o bem comum de seu povo, o que inclui o oferecimento de um serviço de justiça heterogêneo.

27 - O conceito de justiça legal, por meio do qual apenas a autoridade judicial profere o direito, deve ser revisto para permitir a possibilidade de as partes solucionarem os conflitos que lhes afligem, sobretudo quando a controvérsia não envolve necessariamente o interesse público.

28 - É imperioso analisar os parâmetros de uma justiça penal alternativa a partir da leitura constitucional, dado que, na Constituição Brasileira, estão fincados, os elementos principiológicos da organização da estrutura do Estado, mais que isso, a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa (art. 5º, III, da Constituição de 1988) e do acesso à justiça como princípio e direito fundamental.

29 - No contexto do surgimento dos direitos de segunda dimensão, ganha força o direito de acesso à Justiça, notadamente a partir da necessidade de implementá-lo por parte do Estado, sobretudo do ponto de vista material.

30 - O direito de ser conduzido ao procedimento restaurativo e dele participar enquadra-se na dinâmica prospectiva da quinta dimensão dos direitos fundamentais, sendo, um direito do futuro.

31 - Do ponto de vista estrutural ou da organização do Estado, o exercício da cidadania não implica apenas na possibilidade de os cidadãos exercerem os seus direitos, mas que os conflitos sejam solucionados de maneira adequada e oportuna, de modo que, a própria estrutura jurisdicional do Estado, de forma descentralizada, deve abarcar procedimentos mais efetivos de resolução.

32 - A efetividade da decisão e o acesso à Justiça caminham juntos, uma vez que o acesso à Justiça não é apenas dar ao jurisdicionado a possibilidade de postular judicialmente, é também disponibilizar uma variabilidade de procedimentos possíveis e conferir o resultado útil de sua postulação (ainda que negativo).

33 - A autocomposição se coaduna com uma das acepções de justiça que estimula as próprias partes à adequada produção do consenso. Assim, o polissêmico conceito de justiça ganha mais uma definição, passando a ser considerado, também, em função da satisfação das partes quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto.

34 - Existe corresponsabilidade entre a sociedade e o Estado no sentido de proporcionar um espaço de pacificação social dinâmico, conduzindo à necessidade de humanização do sistema penal brasileiro, o que pode ser verificado por meio da mediação.

35 - Tal corresponsabilidade implica no dever de implementação de políticas públicas, incluindo infraestrutura e pessoal especializado, para a reorganização do Poder Judiciário, permitindo a oferta de técnicas alternativas, antes da implementação do processo judicial tradicional.

36 - A modo como a transação é conduzida pode implicar em diversas respostas para o conflito e, na maioria dos casos, abarca um jogo estratégico que não é ignorado pelos envolvidos no conflito, o que traz certa desconfiança nas propostas sugeridas pelas partes.

37 - Na integração, as propostas não são prévias, nem estratégicas, dado que só ocorrem ao longo das tratativas, por intermédio do mediador, que viabiliza, dentro do possível, o respeito e o equilíbrio nas negociações entre as partes.

38 - A conciliação proposta pelo juiz não se confunde com a mediação.

39 - Ainda que não exista uma proposta legislativa ampla de alteração do sistema penal, a partir da reflexão em torno da função da pena no Estado Constitucional, é possível propor um modelo alternativo de solução de conflitos que possa ser integrado aos procedimentos penais vigentes, proporcionando soluções com maior efetividade e abrangência social.

40 - O tratamento dos problemas penais deve, na máxima medida possível, impedir a ocorrência de novas contendas de natureza penal.

41 - A redução de custos com a implementação de meios alternativos de solução dos conflitos ocorre na medida em que, quando não existe a judicialização das causas solucionadas por meio da mediação, o Judiciário trabalhará com uma quantidade menor de processos e todas as possibilidades recursais.

42 - Em muitos ordenamentos, a mediação e a conciliação são tratadas como sinônimos na legislação, pois a distinção prática de atuação dos profissionais é muito estreita. Por isso, é essencial que os magistrados tenham conhecimento das técnicas de mediação e possam empregá-las nos procedimentos judiciais preparatórios.

43 - Compreender os requisitos para a atuação do mediador, apesar de desbordar de

uma concepção estritamente jurídica, é essencial, a fim de distinguir a atuação do mediador e dos demais profissionais que podem atuar na resolução de conflitos, como os juízes, os advogados, os promotores e os procuradores.

44 - Propõe-se, como técnica, a negociação colaborativa, a qual substitui posições de poder por interesses e o esquema ganhar-perder pelo esquema ganhar-ganhar. Para tanto, é preciso cumprir duas grandes etapas: a) ampliar o campo de negociação – captar os interesses das partes e perceber as possibilidades de aproximação entre esses interesses; b) limitar o campo de negociação – traçar critérios objetivos de negociação que independem dos interesses das partes e encontrar uma possível alternativa de acordo caso não ocorra a negociação.

45 - Não sendo possível a negociação cooperativa, as partes devem estar cientes da necessidade de instaurar o processo judicial, o qual também possui suas limitações.

46 - Apesar de se compreender que a mediação integrada ao sistema judicial seria a modalidade que melhor se adequaria à realidade brasileira, a atribuição da força jurisdicional à mediação (mesmo à integrada) desvirtua as premissas já desenvolvidas, dentre elas a realização do acordo pelas partes.

47 - Se a mediação se propõe à criação de um novo contexto comunicacional, deve ser distinta das modalidades de resolução que utilizam a aplicação direta do direito. Na concepção desenvolvida, a formação jurídica não é essencial para o exercício da mediação.

48 - É desnecessário atribuir à mediação a força coercitiva da jurisdição, dado que o devido acesso à justiça não é o mesmo que devido acesso à atividade jurisdicional.

49 – Embora se reconheça a importância e, em alguns casos, a essencialidade das decisões no sistema tradicional de resolução de conflitos, em alguns casos, ele é desnecessário e ineficaz, sendo primeira opção quando deveria ser última.

50 - A importância da autoridade judicial no procedimento restaurativo que é viabilizado por meio da mediação não é reduzida. As decisões obtidas por meio do diálogo mediado entre as partes precisam ser homologadas judicialmente para que tenham validade.

51 - Existe a possibilidade de utilização da mediação indireta como uma forma de viabilizar a solução dos conflitos mais graves por meio do procedimento restaurativo. Tal perspectiva ainda está em desenvolvimento, não sendo aceita, mormente, nos países com maior déficit de desenvolvimento socioeconômico.

52 – O procedimento restaurativo recupera valores culturais perdidos, fortalece a cooperação social, aumenta as possibilidades de resolução pacífica do conflito e pode proporcionar um melhor tratamento às vítimas e ofensores.

53 - Apesar de o direito penal proteger os valores considerados essenciais por uma comunidade, sendo o Estado o representante dessa comunidade, a proposta desenvolvida está fincada nos mecanismos utilizados para punir, buscando uma maior aproximação do conflito e dos dramas concretos daqueles que nele estão envolvidos.

54 - A Justiça Restaurativa pode ser compreendida como um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Pretende promover, entre os verdadeiros protagonistas do conflito, iniciativas de solidariedade, reparando o dano causado pelo crime.

55 - A Justiça Restaurativa se apoia na redefinição do crime, que deixa de ser visto como violação ao Estado ou somente como violação de uma norma jurídica.

56 - Há três princípios básicos da Justiça Restaurativa: a) o crime é, primariamente, um conflito entre indivíduos, resultando em danos à vítima ou à comunidade; secundariamente é uma infração à lei; b) o objetivo central da justiça é reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime; c) o sistema deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades.

57 - A mediação, um dos instrumentos de aplicação da Justiça Restaurativa, não pode ser encarada como uma etapa do processo, como ocorre na possibilidade de transação penal prevista na Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito estadual. A mediação é extraprocessual, e a satisfação das partes deve ser encarada como renúncia à tutela oficial. Primeiramente, o Estado deve atuar como mediador, possibilitando que as partes encontrem uma solução para o conflito. Em caso de não possibilidade de sucesso da tentativa restaurativa, o Estado reassume sua função punitiva, atendendo, assim, ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

58 - Apesar de, desde o início, ser possível a oposição ao procedimento restaurativo, no modelo desenvolvido neste trabalho, a passagem pela técnica alternativa, no caso, a mediação, nas hipóteses previamente estabelecidas pelo Estado, deve ser obrigatória.

59 - A exigência de que o mediador detenha conhecimento humanístico, maturidade e esteja inserido na comunidade atingida pelo fato delituoso ocorre, inclusive, da necessidade de prévia análise da viabilidade, ou não, de composição da Justiça Restaurativa. No procedimento tradicional, o agente delitivo é conduzido, uma vez estando de acordo, ao processo restauratório. Nos moldes propostos nesse trabalho, a alternatividade é mitigada, a partir do momento em que o sistema de resolução alternativa integra e é controlado pelo Poder Judiciário.

60 - A mediação é um instrumento adequado para garantir uma forma democrática de solução de problemas, utilizando uma linguagem comum, possibilitando uma compreensão

recíproca, levando a uma composição efetiva e ao respeito da dignidade do outro.

61 - As idiossincrasias de cada país precisam ser consideradas para a escolha de uma modalidade adequada de procedimento. No caso do Brasil, importa-nos a idealização de um programa de mediação a ser aplicado na esfera penal.

62 - A Resolução nº 125 do CNJ evidencia a preocupação prospectiva do Estado em reduzir as possibilidades de conflitos futuros, o que, na seara penal, auxilia no controle da reincidência. Permite, expressamente, a mediação penal ou qualquer processo restaurativo, respeitados os princípios da Resolução nº. 2002/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, bem como a participação do titular da ação penal em todos os atos do procedimento.

63 - É essencial que a vítima, nas ações penais privadas ou privadas subsidiárias da pública, ou o Ministério Público, nas ações penais públicas ou públicas condicionadas à representação, estejam integrados à consecução e desenvolvimentos das propostas de mediação penal. Não foram bem delineados os mecanismos para tal atuação, tornando-se premente a necessidade de discussão e regulamentação do tema.

64 - A supervisão judicial dos acordos firmados, segundo a Resolução nº 125 do CNJ, deve compreender apenas a conferência da legalidade dos termos lavrados, sem que a estrutura de atendimento esteja anexa aos Tribunais, fundamentando a descentralização do atendimento. É aconselhável, inicialmente, o desenvolvimento da mediação conectada.

65 - O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) possui proposta de resolução que promove o lançamento da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, realizada por meio das técnicas de negociação, mediação, conciliação e processo restaurativo. É expressa a previsão do uso da autocomposição, restando como limite a possibilidade de tratativas entre as partes envolvidas.

66 - O Projeto de Lei do Senado Nº 517 de 2011 previu a mediação e, embora a conceitue adequadamente, restringiu a aplicação dela, deixando de lado a possibilidade de análise de aplicação da mediação à grande maioria dos delitos no Brasil.

67 - O Projeto de Lei do Senado Nº 517 de 2011 destaca que a Lei poderá ser aplicada, no que couber, a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas, bem como àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais.

68 - Com base no Projeto de Lei do Senado Nº 517 de 2011, para os fins desse trabalho, ao menos subsidiariamente, a lei pode alcançar os crimes de menor potencial ofensivo e/ou contravenções constantes nas comunidades e escolas.

69 - O Projeto de Lei do Senado Nº 517 de 2011 destaca que a escolha entre as partes independe de o mediador integrar qualquer tipo de conselho ou associação ou nele inscrever-se. Diversamente, entende-se que os mediadores extrajudiciais devem estar cadastrados no órgão de controle judicial.

70 - Segundo o mesmo projeto, o mediador judicial será remunerado pelas partes, conforme valores fixados pelos tribunais respectivos. Nesse ponto, defende-se a aplicabilidade dos critérios previstos na Lei nº 1060 de 5 de fevereiro de 1950, que dispõe acerca da assistência judiciária aos necessitados.

71 - A análise da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, e da Proposta de Resolução do CNMP, apesar da tímida evolução das técnicas estudadas no país, leva a crer que uma maior abertura do sistema para a participação de terceiros neutros nos procedimentos penais é uma questão de tempo. Claro que, por trás dessa perspectiva, não prevalece a visão ideal de pacificação social, mas a necessidade de resolver o grave problema do acesso à Justiça. Trata-se, portanto, de uma questão de Política Pública, antes de ser uma proposta de análise psicológica de cada ser humano diante do conflito.

72 - Do ponto de vista intersubjetivo, os procedimentos alternativos produzirão maior efetividade se os interesses dos jurisdicionados forem assumidos como próprios pelos agentes que atuam em cooperação com o Estado.

73- A técnica transformadora valoriza o *empowerment* e o reconhecimento, o que implica em um fortalecimento das relações entre as pessoas, a partir do conhecimento e empatia para com os problemas do outro.

74 - A utilização de critérios transformativos é essencial para o tratamento do crime, pois, ainda que a solução do conflito não se desenvolva completamente por meio de uma técnica alternativa, o diálogo inicial permitiria às partes uma nova compreensão acerca da lide, e o autoconhecimento (*empowerment*) de cada um dos envolvidos.

75 - O mediador deve carregar consigo a premissa de que os seres humanos são entidades racionais e capazes e que a intervenção coercitiva de um terceiro desvirtua a mediação e as suas valorosas contribuições. É possível que ele escute as partes, converse, interrogue, crie opções de pensamento, na perspectiva de que os agentes cheguem sozinhos à resposta para o problema.

76 - Tendo em vista as premissas traçadas no trabalho, idealizam-se, em fôlego inicial, algumas propostas e críticas que precisam ser observadas a fim de que se possa implementar no Brasil uma mediação penal não paralela e integrada à Justiça Restaurativa:

a) a instauração de programas alternativos de resolução de conflitos não retira a

necessidade de melhoria do sistema judicial já implantado. De maneira premente, visa fortalecer e garantir um melhor acesso à Justiça;

b) não é viável o desenvolvimento de modelos de mediação que desconsideram a realidade do país de sua aplicação. Entende-se que, para a realidade Brasileira, é essencial que o programa se aproxime de um modelo anexo ou, no máximo, conectado aos tribunais;

c) no Brasil, o Poder Judiciário é o instrumento mais procurado pelos cidadãos para a resolução dos seus conflitos. Descentralizar o atendimento é uma estratégia de repercussão essencial, pois elimina dificuldades com o deslocamento até os órgãos oficiais de resolução (acesso às portas do Judiciário), bem como com a identificação e reconhecimento da Justiça como instrumento de todos;

d) a expansão de instituições privadas de resolução pode dificultar e estigmatizar, ainda mais, a imagem do Poder Judiciário como lento e ineficiente, razão pela qual não entende-se esta prática como adequada;

e) é preciso preservar o protagonismo dos tribunais enquanto órgãos de auxílio aos cidadãos na resolução dos seus conflitos, além de garantir aos menos favorecidos o acesso a métodos mais efetivos de resolução;

f) tendo em vista essas duas necessidades, considera-se como mais adequada a implementação no Brasil de programas de mediação dentro dos serviços da justiça, o que se denomina, metaforicamente, como mediação não paralela, pois se desenvolve sob a fiscalização e controle do Poder Judiciário;

g) não importa, nesse momento, designar se o programa proposto será anexo ou conectado. Deve ser sim adaptado e, por isso, a distinção de nomenclatura: mediação penal não paralela;

h) é possível que os procedimentos ocorram totalmente dentro da Administração da Justiça, como no modelo anexo. Mas, na proposta idealizada, é essencial que haja uma descentralização de atendimento, entendida aqui como a instalação de postos em bairros periféricos para o acesso às portas do Judiciário;

i) é possível que os próprios juízes designem seus casos aos mediadores (terceiros neutros), que devem ser formados por instituições, não necessariamente integradas à justiça, conforme o modelo conectado, mas esta, inicialmente, não parece ser a proposta mais viável. Todavia, considerando o projeto de lei e as resoluções analisada, há grande possibilidade de sucesso de uma proposta conectada;

j) apesar da ressalva, importa destacar que a não privatização dos sistemas de resolução de conflitos não implica na impossibilidade de utilização de particulares como

membros auxiliares do Poder Judiciário. A construção de um programa democrático deve possibilitar a participação de terceiros neutros nos processos de mediação. Assim, entende-se que as dificuldades e imperfeições do sistema tradicional de resolução de conflitos precisam ser por ele enfrentadas, não sendo viável a mera transferência ao setor privado dos casos penais a serem resolvidos;

k) destaca-se como traços de identificação da mediação penal não paralela: i) desenvolver-se em harmonia com o sistema judicial já implantado; ii) preservar o protagonismo dos tribunais enquanto órgãos de auxílio aos cidadãos na resolução dos seus conflitos; iii) permitir sobretudo aos menos favorecidos o acesso a métodos mais efetivos de resolução; iv) atuar dentro dos serviços da justiça; v) possibilitar a utilização de particulares como membros auxiliares do sistema de resolução;

l) os procedimentos privados de resolução devem complementar a atividade estatal; as políticas públicas devem diversificar as formas de atendimento; os tribunais não podem, simplesmente, delegar o poder de decisão, devendo revisar todos os acordos que envolvam interesse público; os tribunais devem permitir a eleição de terceiros neutros pelas partes ou o sorteio público de um mediador e, quanto menor a possibilidade de eleição do terceiro neutro pelas partes, mais adequado parece ser o procedimento, pois os interessados adquirem maior responsabilidade para com os resultados da mediação;

m) considerando a realidade brasileira e, partindo da premissa de que o programa sustentado deve desenvolver-se dentro da estrutura do Poder Judiciário, a mediação penal não paralela, conforme se desenvolve, precisa, ainda, sustentar-se em duas premissas: i) todos os acordos travados devem ser homologados por uma autoridade competente na seara penal; ii) os mediadores não devem ser escolhidos pelas partes, mas sorteados pelo programa, considerando as características do caso;

n) para o desenvolvimento dessa perspectiva, é essencial a construção de um banco de dados com profissionais diversos (assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos, advogados etc.), habilitados a acompanhar variados casos penais, os quais serão classificados, inclusive, segundo o impacto do crime para as vítimas.

p) Sustenta-se que, inicialmente, seria necessário cumprir as seguintes tarefas: i) catalogar e classificar os casos penais mais correntes; ii) identificar os profissionais mais habilitados a tratar de cada uma das classes desenvolvidas; iii) realizar concurso ou contratação de profissionais habilitados para tanto; iv) capacitá-los e reciclá-los periodicamente; v) inseri-los em uma lista de sorteio a ser utilizada em conformidade com os interesses da justiça;

q) também seria essencial a capacitação de pessoal responsável por fazer uma triagem inicial dos casos que chegam ao Poder Judiciário e devem ser submetidos ao processo de mediação. Neste caso, poderiam atuar, tanto juízes, como técnicos capacitados, ou ambos; por isso, não imposta a distinção entre o sistema anexo e o conectado neste particular.

Da pesquisa realizada, verifica-se a necessidade urgente de implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento das técnicas alternativas de resolução de conflitos penais no Brasil. Compreende-se que a mediação penal não paralela e integrada à Justiça Restaurativa, nos moldes idealizados no trabalho, seja a proposta mais viável para tanto.

REFERÊNCIAS

- AGUADO, Paz M. de la Cuesta. Un Derecho Penal en la frontera del caos. **Revista da FMU**, n. 1, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación e el acceso a justicia**. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2003.
- ÁLVAREZ, Gladys S.; GUIBOURG, Ricardo A.. **Filosofía de la solución de controversias**. In: UBA - Derecho al día, año X, edición nº 178, 30 jun 2011. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/filosofia-de-la-solucion-de-controversias/+3919>>. Acesso em: 17 jul 2014.
- ÁLVAREZ, Gladys Stella; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elías. **Mediación e justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes . **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5-25;
- ANDORNO, Roberto. **The paradoxical notion of human dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em 03 mar. 2013.
- ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ANTONY, Carmen. **La vitimología y el acceso a justicia**. Aportes para la pacificación del delincuente y su víctima, en Nuevas formas de resolución de conflictos y rol del abogado. Buenos Aires: Eudeba, 1998.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os pensadores)
- ARON, Nan. **Liberty and justice for all**. Boulder, Colorado: Westview Press, 1989.
- ASHFORD, Andrew. Responsibilities, Rights and Restorative Justice. **British Journal of Criminology**, n. 42, 2002.
- AZEVEDO, André Gomma de. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- BAECKER, Dirk. Por qué uma teoria de sistemas? In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Coord.) **Teoría de sistemas y derecho penal**. Lima: ARA, 2007.
- BAIGÚN, D. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas** (Ensayo de um nuevo modelo teórico). Buenos Aires: Depalma, 2000.

BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **La promessa de Mediação**. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento próprio y el reconocimiento de los otros. Buenos Aires: Granica, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIANCHI, Roberto. **Mediação prejudicial y conciliación**. Buenos Aires: Zavalía, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 4ª reimpr., 19. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

BOSISOFF, Deborah; VICTOR, David A. **Gestión de Conflictos**. Um enfoque de las técnicas de la comunicación. Madrid, Espanha: Ediciones Díaz de Santos, 1991.

BURTON, John; DUKES, Frank. **Arbitration**. Conflict: practices in management, settlement and resolution. New York: St. Martin's Press Inc, 1993, p.103-108.

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. Novo desafio do direito de família contemporâneo: mediação familiar. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 29, jun. 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Jurídicas. **Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009**. Brasília: CNJ/DPJ, jun 2011, 74p.(Cadernos do CNJ).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoes-presidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010?tmpl=component&page=>> . Acesso em 24 jul. 2014.

BREITMANN, Stella Galbinski; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. **Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: RT, 2000.

CAPPANARI, S; CRONEMBERGER, L; BERNARDES, C; Yazbek, V. É Possível Evitar a Cronicidade do Conflito Litigioso?. **Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica**. – São Paulo: U.P.Mackenzie, 2000.

_____.Mediação Transformativa: Uma Experiência de Mudança de Paradigma. **Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica**. – São Paulo: U.P. Mackenzie, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Acceso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, nº. 37, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão : Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e direito**. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfin Editor, 1960.

CARVALHO, C. O. . A fundamentabilidade do acesso à justiça no processo coletivo: reconstrução paradigmática para a tutela dos direitos individuais homogêneos. In: TAYAH, José Marco; ROMANO, Letícia Danielle; ARAGÃO, Paulo (Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano**. 1 ed. Rio de Janeiro/Buenos Aires: Livre Expressão, 2013, v. 9, p. 129-143.

CARVALHO, C. O. . **Humanização do acesso à justiça: o procedimento restaurativo como instrumento de pacificação social**. In: COUTO, Mônica Bonette; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares de; MATOS, Eneas de Oliveira. (Org.). ANAIS DO XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF. 1 ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 39-65.

CLAUDETT, Eduardo Castilho. **Colômbia**. Dossier sobre Resolución de conflictos en América. ano 1, n.2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002, p. 93-94.

COELHO, André. **Crítica de Jürgen Habermas à teoria da “justiça como equidade” de John Rawls**. In: ANAIS DO XIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – FORTALEZA. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>> Acesso em 10 jan. 2010.

COLET, Charlise Paula; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. **Práticas alternativas de tratamento de conflitos como fomento ao exercício regular da cidadania: a abordagem dos institutos da mediação e da justiça restaurativa como expressão da justiça social e do pacto entre iguais**. In: ANAIS DO XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em 10 mai. 2012.

CUNHA JR. Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Introdução ao direito processual constitucional. v.1. Curitiba: Juruá, 2003.

DAVIS, William E.; CROHN, Madeleine. **Leciones apreendidas**. Experiencias com resolución alternativa de disputas. Judicial Reform Roundtable II, Williamsburg, Virginia, USA, 19-22 de mai. 1996.

D’ALESSIO, Damián C., ¿ Cuál es el poder del mediador? **Revista Libra**, ano 6, n. 6, Buenos Aires, 1997, p. 33-37.

DELEUZE, Gilles. **A lógica do sentido**. Perspectiva: Universidade de São Paulo, 1975. (Coleção debates).

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. GOMES (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento-PNUD, 2005.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.). **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa UNB, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTELMAN, Remo. Métodos no pacíficos de resolución de conflictos. El litígio. **Revista Libra**, Buenos Aires, ano 2, n. 3, out. de 1993.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o Método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Unesp, 2007.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FILLEY, Alan C. **Interpersonal Conflict Resolution**. EUA: Scott, Foreman and Company, 1985.

FOLGER, Joseph P.; JONES, Tricia S. **New directions in mediation**. Comunicacion, research and perspectives. Thousand Oaks, Londres: Sage Publications, 1994.

FOLGER, Joseph P.; TAYLOR, Alison. **A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation**. San Francisco, Estados Unidos: Jossey-Bass Publishers, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Disponível em: <www.sabotagem.cjb.net>. Acesso em 13 ago. 2013.

FREEMAN, Michael. **Alternative dispute resolution**. New York: New York University Press, 1995.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FREUND, J. **La guerra nelle società moderne**. Cosenza: Marco Editore, 2007.

GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana. **Mediacion, una Transformacion en la Cultura**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

GUIBOURG, Ricardo A. **Negociación, conflicto y justicia**. Disponível em: <<http://www.eldial.com/>>. Acesso em 17 jul. 2014.

GOLBERG, Stephen B.; SANDER, Frank. E. A.; ROGERS, Nancy H. **Dispute Revolution**. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

GORCZEWSKI, Clovis. Solução alternativa de conflitos para uma nova cultura cidadã. **Revista de Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 21, jan./jun. 2004.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Factidad y validez**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.

HABERMAS, Jürgen (entrevistado); BORRADORI, Giovanna (entrevistadora). **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. [Publ. orig. EUA, 2003].

HAYNES, John M. **Mediation and Therapy: An alternative view**. In: *Mediation Quartely*, Jossey-Bass Publishers, Out. 1992, v. 10, n. 1, p. 21-34.

HAYNES, John M.; HAYNES, Gretchen L. **La mediación en el divorcio**. Buenos Aires: GRANICA, 1997.

HERKENHOFF, J. B. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

_____. **Direito e cidadania**. São Paulo: Uniletras, 2004.

HERRERA, Kenia. **Guatemala**. Dossier sobre Resolución de conflictos en América. ano 1, n. 2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica del juicio seguida de las mobservaciones sobre el asentimiento de Lo bello y lo sublime.** Tradução de del Francés por Alejo García Moreno y Juan Ruvira. Madrid, 1876.

KARAN, Maria Lúcia. **O processo de democratização do estado e o poder judiciário.** Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. n. 12, p. 150, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale.** Milano: Giuffrè Editore, 1981.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. **Justicia Restaurativa:** posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. 1 ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional.** Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, André Lamas. **A mediação Penal de Adultos.** Um novo paradigma de Justiça?. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Manual de Mediação:** Teoria e Prática. Belo Horizonte: New Haptom, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado.** Parte Incontroversa da Demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAXERA, Rita; TIFFER, Carlos. Comentario al proceso de reforma legislativa em Costa Rica. In: MÉNDEZ, Emilio Gacía; BELOFF, Mary (Org.). **Infancia, ley e democracia en América Latina.** Buenos Aires: Temis, 1998, p. 388.

MELO, Helena Pereira de; BELEZA, Tereza Pirazzo. **A mediação penal em Portugal.** Portugal: Almedina, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENJÍVAR LARÍN, Rafael; KRUIJT, Dirk; VAN VUCHT TIJSSSEN, Lieteke (Org.). **Pobreza, exclusión y política social.** In: Recopilación de trabajos presentados y discutidos em la Conferencia Internacional sobre Pobreza y Exclusión Social, celebrada em San José de Costa Rica em el mes de enero de 1997, p. 1-475.

MINAHIN, Maria Auxiliadora. **Pena e sofrimento.** In: Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira, n. 17, 2008.2, Salvador-BA, p. 17-28.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação:** estratégias práticas para a redução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem:** alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORRIS, Allison; YOUNG, Warren. Reforming Criminal Justice: The Potential of Restorative Justice. In : STRANG, H.; BRAITHWAITE J. (Org.). **Restorative Justice: Philosophy and Practice**. Estado Unidos - Dartmouth: Ashgate, 2001.

MULLER, Jean - Marie. **Não-violência na educação**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.

MUNDUATE JACA, Lourdes; MARTÍNEZ RIQUELME, José. **Conflicto e negociación**. Madrid: Eudema Psicología – Recursos Humanos, 1994.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o Conflito e a Solução**. São Paulo: Artepaubrasil, 2009.

NUDLER, Oscar. Visiones del mundo, metáforas e resolución de conflictos. **Revista Libra**, Buenos Aires, 1995, ano 4, n. 5, p. 5-10.

OROZCO, Herberto. **Nicaragua**. Dossier sobre Resolución de conflictos en América. ano 1, n. 2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002

PARKER, L. Lynette. **Justiça restaurativa: um veículo para a reforma?** In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 249-268.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. **Sobre análisis econômico y política judicial**. In: SEMINÁRIO – UNIVERSIDADE DE PALERMO, Buenos Aires, 30 set. 1996.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Notas sobre la justificación del uso de los sistemas alternativos. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, Buenos Aires, ano 2, n. 1-2, abril 1997.

PERAFÁN, Betsy. **La justicia comunitaria dentro de la informalización de la justicia em Colombia durante la última década**. Sistemas Judiciales, ano 1, n. 2. Buenos Aires: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, 2002.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores)

RAMÍREZ. Sérgio García. Em busca de la tercera via: la justicia restaurativa. **Revista de Ciencias Penales**. Inter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 204, abr./jun. 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho**. Barcelona: Bosch, 2004.

ROBLES, Tatiana. **Medição e Direito de Família**. São Paulo: Cone, 2009;

ROULAND, Robert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. v. 1, 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROXIN, Claus. **Pena y reparación. Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales.** Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministério de Justicia, t. 52, 1999.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Justiça Restaurativa: um novo olhar sobre as vítimas de delitos e a injustificável contraposição da vitmodogmática.** In: ANAIS DO XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 05 mai 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** 4 ed. São Paulo: Cortez Editora. 2006.

SANTOS, Claudia Cruz. **A Justiça Restaurativa.** Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Por quê, para quê e como? 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. **El problema del acceso a la justicia em el Perú.** Acceso a la Justicia. Lima: Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional de Poder Judicial, 1997.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas.** Buenos Aires: Granica, 2008.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos Paradigmas em Mediação:** Porto Alegre: Artmed editora, 1999.

SERPA, Maria Nazareth. **Mediação de Família.** Belo Horizonte: Ed Del Rey, 1999.

SERRANO, Gonzalo; RODRÍGUES FERNÁNDEZ, Dámaso. **Negociación en las organizaciones.** Madrid: Eudema Psicología – Recursos Humanos, 1993.

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

SILVA, Eliezer Gomes da; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa, Sistema Penal, Direito e Democracia: Intercessões Ético Discursivas.** In: ANAIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. p. 2883-2909. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em 05 mai. 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil.** v. 1, 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Jorense, 2006.

SINGER, Linda R. Conflict in business, families and the legal system. In: **Settling disputes.** Boulder, Colorado: Westviem Press Inc., 1990.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça e Responsabilidade Civil do Estado por sua denegação:** Estudo Comparativo entre o Direito Brasileiro e o Direito Português. Tese de Pós-doutorado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SUARES, Marinés. **Mediación.** Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 1997.

TRACHTE-HUBER, Wendy. **Negotiation:** Strategies for Law and business. Dallas: Texas Lawyer Press, 1995.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação.** Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012.** Os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2011. (Caderno Complementar 1 - Homicídio de Mulheres no Brasil)

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** v. 2. Campinas: Bookseller, 2001, p. 20.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ANEXOS – Documentos institucionais

Resolução nº. 2002/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas

Elaborada na 37ª Sessão Plenária, de 24 de Julho de 2002:

O Conselho Econômico e Social, Reportando-se à sua Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da Justiça Restaurativa,

Reportando-se, também, à sua resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais” no qual se requisitou ao Secretário-Geral que buscasse pronunciamentos dos Estados-Membros e organizações intergovernamentais e não-governamentais competentes, assim como de institutos da rede das Nações Unidas de Prevenção do Crime e de Programa de Justiça Criminal, sobre a desejabilidade e os meios para se estabelecer princípios comuns na utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, incluindo-se a oportunidade de se desenvolver um novo instrumento com essa finalidade,

Levando em conta a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, particularmente a Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, Considerando as notas das discussões sobre Justiça Restaurativa durante o Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores, na agenda intitulada “Ofensores e Vítimas – Responsabilidade e Justiça no Processo Judicial,

Tomando nota da Resolução da Assembléia-Geral n. 56/261, de 31 de janeiro de 2002, intitulada “Planejamento das Ações para a Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e um”, particularmente as ações referentes à Justiça Restaurativa, de modo a se cumprir os compromissos assumidos no parágrafo 28, da Declaração de Viena,

Anotando, com louvor, o trabalho do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa no encontro ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001,

Registrando o relatório do Secretário-Geral sobre Justiça Restaurativa e o relatório do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa,

1. Toma nota dos princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativas em matéria criminal anexados à presente resolução;
2. Encoraja os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos para programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal no desenvolvimento e implementação de programas de Justiça Restaurativa na área criminal;
3. Solicita ao Secretário-Geral que assegure a mais ampla disseminação dos princípios básicos para programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal entre os Estados Membros, a rede de institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e programas de justiça criminal e outras organizações internacionais regionais e organizações não-governamentais;
4. Concita os Estados Membros que tenham adotado práticas de Justiça Restaurativa que difundam informações e sobre tais práticas e as disponibilizem aos outros Estados que o requeiram;
5. Concita também os Estados Membros que se apoiem mutuamente no desenvolvimento e implementação de pesquisa, capacitação e outros programas, assim como em atividades para estimular a discussão e o intercâmbio de experiências
6. Concita, ainda, os Estados Membros a se disporem a prover, em caráter voluntário, assistência técnica aos países em desenvolvimento e com economias em transição, se o solicitarem, para os apoiarem no desenvolvimento de programas de Justiça Restaurativa.

Anexo

Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal

PREÂMBULO

Considerando que tem havido um significativo aumento de iniciativas com Justiça Restaurativa em todo o mundo.

Reconhecendo que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que vêem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas,

Enfatizando que a Justiça Restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades,

Focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades,

Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e conseqüências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade,

Observando que a Justiça Restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos,

Reconhecendo que a utilização da Justiça Restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores

I – Terminologia

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo.

Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros

da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.

5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e

imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

II. Utilização de Programas de Justiça Restaurativa

6. Os programas de Justiça Restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova

suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a

responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

III - Operação dos Programas Restaurativos

12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de Justiça Restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros:

- a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos;
- b) O procedimento posterior ao processo restaurativo;
- c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores;
- d) O gerenciamento dos programas de Justiça Restaurativa;
- e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de Justiça Restaurativa.

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de Justiça Restaurativa e particularmente aos processos restaurativos;

- a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais.
- b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis conseqüências de sua decisão;
- c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

14. As discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.

15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de Justiça Restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente.

17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente.

18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.

19. Os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função.

IV. Desenvolvimento Contínuo de Programas de Justiça Restaurativa

20. Os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da Justiça Restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da Justiça Restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais.

21. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de Justiça Restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

22. Os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, deve promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o

alcance que eles tem em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma concreta periodicamente. Os Estados Membros devem por isso estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas.

V. Cláusula de Ressalva

23. Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional.

Texto Disponível em:
<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0CFwQFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.mpsp.mp.br%2Fportal%2Fpage%2Fportal%2Finfanciaho me_c%2Fadolescente_em_conflito_com_a_Lei%2FLegislacao_adolescente%2FFederal_adolescente%2FResolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%252012%2520Conselho%2520Economico%2520da%2520ONU.doc&ei=WCXRU4ygK7bfsASProLACw&usg=AFQjCNG5aICDk7-X5RREMgwmlqTzEMiTTQ&sig2=YPeeEcncvkh51FqPdyVyQ> Trad. Renato Sócrates Gomes Pinto. Acesso em: 24 jul 2014.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010.

Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de

solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

Capítulo I

Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados:

- I – centralização das estruturas judiciárias;
- II – adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;
- III – acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Capítulo II

Das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, ressalvada a competência da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM;

III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII – atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição.

Capítulo III Das Atribuições dos Tribunais

Seção I Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VI – propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

§ 1º A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial, previstos no Capítulo III, Seção II.

§ 3º Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

§ 4º Na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, os Tribunais deverão criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses facilitadores.

Seção II

Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

§ 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e

mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

§ 2º Os Centros poderão ser instalados nos locais onde exista mais de uma unidade jurisdicional com pelo menos uma das competências referidas no caput e, obrigatoriamente, serão instalados a partir de 5 (cinco) unidades jurisdicionais.

§ 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução.

§ 4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato.

§ 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em locais diversos, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, e instalar Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem 2 (dois) ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local.

§ 6º Os Centros poderão ser organizados por áreas temáticas, como centros de conciliação de juizados especiais, família, precatórios e empresarial, dentre outros, juntamente com serviços de cidadania.

§ 7º O coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderá solicitar feitos de outras unidades judiciais com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo.

§ 8º Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em razão da solicitação estabelecida no parágrafo anterior reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 1º Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração.

§ 2º Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

§ 3º O treinamento dos servidores referidos no parágrafo anterior deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ conforme Anexo I desta Resolução.

Art. 10. Os Centros deverão obrigatoriamente abranger setor de solução pré-processual de conflitos, setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania.

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

Seção III Dos Conciliadores e Mediadores

Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático, com número de exercícios simulados e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo I) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho (Anexo II).

Seção IV Dos Dados Estatísticos

Art. 13. Os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Portal da Conciliação.

Art. 14. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

Capítulo IV Do Portal da Conciliação

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras:

I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;

II – relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro;

III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;

IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;

V – divulgação de notícias relacionadas ao tema;

VI – relatórios de atividades da "Semana da Conciliação".

Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.

Disposições Finais

Art. 16. O disposto na presente Resolução não prejudica a continuidade de programas similares já em funcionamento, cabendo aos Tribunais, se necessário, adaptá-los aos termos deste ato.

Parágrafo único. Em relação aos Núcleos e Centros, os Tribunais poderão utilizar siglas e denominações distintas das referidas nesta Resolução, desde que mantidas as suas atribuições previstas no Capítulo III.

Art. 17. Compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, cabendo-lhe instituir, regulamentar e presidir o Comitê Gestor da Conciliação, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas neste ato.

Art. 18. Os Anexos integram esta Resolução e possuem caráter vinculante.

Art. 19. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Cezar Peluso
Presidente

ANEXO I

DOS CURSOS DE CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Considerando que a política pública de formação de instrutores em mediação e conciliação do Conselho Nacional de Justiça tem destacado entre seus princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, desenvolveu-se inicialmente conteúdo programático mínimo a ser seguido pelos Tribunais nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores. Todavia, constatou-se que os referidos conteúdos programáticos estavam sendo implantados sem os exercícios simulados e estágios supervisionados necessários à formação de mediadores e conciliadores.

Para esse fim mostrou-se necessário alterar o conteúdo programático para recomendar-se a adoção de cursos nos moldes dos conteúdos programáticos aprovados pelo Comitê Gestor do Movimento pela Conciliação. Destarte, os treinamentos referentes a Políticas Públicas de Resolução de Disputas (ou introdução aos meios adequados de solução de conflitos), Conciliação e Mediação devem seguir as diretrizes indicadas no Portal da Conciliação, com sugestões de slides e exemplos de exercícios simulados a serem utilizados nas capacitações, devidamente aprovados pelo Comitê Gestor da Conciliação.

Os referidos treinamentos somente poderão ser conduzidos por instrutores certificados e autorizados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

ANEXO III

CÓDIGO DE ÉTICA DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta.

Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Art. 1º São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I – Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II – Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III – Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV – Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V – Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI – Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII – Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII – Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I – Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II – Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III – Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV – Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V – Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Das responsabilidades e sanções do conciliador/mediador

Art. 3º Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos Tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no cadastro.

Art. 4º O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitar os princípios e regras deste Código, assinar, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submeter-se às orientações do Juiz Coordenador da unidade a que esteja vinculado.

Art. 5º Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e a substituição daqueles.

Art. 6º No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição.

Art. 7º O conciliador ou mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

Art. 8º O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

Parágrafo único - Qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de conduta inadequada por parte do conciliador/mediador poderá representar ao Juiz Coordenador a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

Resolução nº , de de 2013.

Dispõe sobre a **POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO** e dá outras providências.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício da competência prevista no art.130-A, § 2º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil e com fundamento no artigo 147 e seguintes do seu Regimento Interno, em conformidade com a decisão Plenária tomada na Sessão , realizada em , e, ainda

CONSIDERANDO que o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo que abrange o acesso ao judiciário, mas vai além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, inclusive o acesso ao Ministério Público como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais (art. 127, *caput*, da CR/1988);

CONSIDERANDO que a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar, no âmbito do Ministério Público, uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição;

CONSIDERANDO a importância da prevenção e da redução da litigiosidade e que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares ou entre estes, notadamente aquelas de natureza coletiva, possam ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável;

CONSIDERANDO que a Negociação, a Mediação, a Conciliação e as Práticas Restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas, e que a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público tem reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, à não reincidência e ao empoderamento;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelo Ministério Público;

CONSIDERANDO o teor do Acordo de Cooperação Técnica nº 14/2012, firmado entre o Ministério da Justiça, com a interveniência da Secretaria de Reforma do Judiciário, e o Conselho Nacional do Ministério Público;

CONSIDERANDO a necessidade de uma cultura da paz, que priorize o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas no âmbito do Ministério Público;

CONSIDERANDO as várias disposições legais (art. 585, inciso II, do CPC; parágrafo único do artigo 57, da Lei nº 9.099/1995; § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, dentre outras), que conferem legitimidade ao Ministério Público para a construção de soluções autocompositivas;

CONSIDERANDO que o Ministério Público, como instituição permanente, é uma das garantias fundamentais de acesso à justiça da sociedade, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, *caput*, e 129, da CR/1988), funções essenciais à efetiva promoção da justiça;

CONSIDERANDO que na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89 da Lei nº 9.099/95 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/98 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio

ambiente), a delação premiada inclusa nas Leis nº 8.137/90, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/90, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei 9.807/99, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal, em que seja necessária a atuação do Ministério Público;

RESOLVE:

CAPÍTULO I

DA POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 1º Fica instituída a **POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a Negociação, a Mediação, a Conciliação e o Processo Restaurativo, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação, redução da litigiosidade, satisfação social, empoderamento social e estímulo às soluções consensuais, serão observados:

- I** – a formação e treinamento de membros e, no que for cabível, de servidores;
- II** – acompanhamento estatístico específico que considerem o resultado da atuação institucional na resolução das controvérsias e conflitos para cuja resolução possam contribuir seus membros e servidores;
- III** – a revisão periódica e o aperfeiçoamento da política e dos seus respectivos programas;
- IV** – a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente

relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.

Art. 3º O Conselho Nacional do Ministério Público, com as unidades e ramos dos Ministérios Públicos, promoverá a organização dos mecanismos mencionados no art. 1º.

CAPÍTULO II

DAS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público fomentar e implementar, com a participação de todas as unidades e ramos do Ministério Público, os programas e ações de incentivo à autocomposição.

Art. 5. O Conselho Nacional do Ministério Público tem, entre outras funções, o objetivo de avaliar, debater e propor medidas administrativas, reformas normativas e projetos que incentivem a resolução autocompositiva extrajudicial ou judicial consensual de conflitos e controvérsias no âmbito do Ministério Público.

Art. 6. Para consecução dos objetivos supracitados, o CNMP poderá:

- I** – Propor e promover a realização de seminários, congressos e outros eventos;
- II** – Promover a articulação e integração com outros projetos e políticas nesta temática desenvolvidos pelo Poder Executivo, Judiciário, Legislativo e pelas instituições que compõem o sistema de Justiça;
- III**– Mapear as boas práticas nesta temática e incentivar a sua difusão;
- IV** – Realizar pesquisas sobre negociação, mediação, conciliação, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos;
- V**– Promover publicações sobre negociação, mediação, conciliação e processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos.

Art. 7º Compete às unidades e ramos do Ministério Público Brasileiro, no âmbito das suas atuações:

- I** – desenvolver a Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público;

II– a implementação, a manutenção e o aperfeiçoamento das ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – a promoção da capacitação, treinamento e atualização permanente de membros e servidores nos mecanismos autocompositivos de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas;

IV – a realização de convênios e parcerias para atender aos fins desta Resolução;

V – a inclusão, no conteúdo dos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público e de servidores, dos Meios Autocompositivos de conflitos e controvérsias;

VI – manter cadastro de mediadores e facilitadores voluntários, que atuem no Ministério Público, na aplicação dos mecanismos de autocomposição dos conflitos.

VII - A criação de Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição, compostos por membros, cuja coordenação será atribuída, preferencialmente aos profissionais atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

a) propor à Administração Superior da respectiva unidade ou ramo do Ministério Público ações voltadas ao cumprimento da Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público;

b) atuar na interlocução com outros Ministérios Públicos e ou parceiros;

c) propor à Administração Superior da respectiva unidade ou ramo do Ministério Público a realização de convênios e parcerias para atender aos fins desta Resolução;

d) estimular programas de negociação e mediação comunitária, escolar e sanitária, dentre outras.

Parágrafo Único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional do Ministério Público.

CAPÍTULO IV

DAS PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Seção I – Da negociação

Art. 8º A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade em razão de

sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, CR/1988);

Parágrafo único. A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

Seção II – Da mediação

Art. 9º A mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes.

Parágrafo único. Recomenda-se que a mediação comunitária e a escolar que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível.

Art. 10. No âmbito do Ministério Público:

I – a mediação poderá ser promovida como mecanismo de prevenção ou resolução de conflito e controvérsias que ainda não tenham sido judicializados;

II – as técnicas do mecanismo de mediação também podem ser utilizadas na atuação em casos de conflitos judicializados;

III – as técnicas do mecanismo de mediação podem ser utilizadas na atuação em geral, visando ao aprimoramento da comunicação e dos relacionamentos.

§ 1º Ao final da mediação, havendo acordo dos envolvidos, este poderá ser referendado pelo órgão do Ministério Público ou levado ao Judiciário com pedido de homologação.

§ 2º A confidencialidade é recomendada quando as circunstâncias assim exigirem, para a preservação da intimidade dos interessados, ocasião em que deve ser mantido sigilo sobre todas as informações obtidas em todas as etapas da mediação, inclusive nas sessões privadas, se houver, salvo autorização expressa dos envolvidos, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o membro ou servidor que participar da mediação ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

Seção III – Da conciliação

Art. 11. A conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.

Art. 12. A conciliação será empreendida naquelas situações em que seja necessária a intervenção do membro do Ministério Público, servidor ou voluntário, no sentido de propor soluções para a resolução de conflitos ou de controvérsias, sendo aplicáveis as mesmas normas atinentes à mediação.

Seção IV – Das práticas restaurativas

Art. 13. As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

CAPÍTULO V

DA ATUAÇÃO DOS NEGOCIADORES, CONCILIADORES E MEDIADORES

Art. 15. Os membros e servidores do Ministério Público serão capacitados pelas Escolas do Ministério Público diretamente ou em parceria com a Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM) da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça ou com outras escolas credenciadas junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, para que realizem sessões de negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas, podendo fazê-lo por meio de parcerias com outras instituições especializadas.

CAPÍTULO VII
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 16 Caberá ao Conselho Nacional do Ministério Público compilar informações sobre a resolução autocompositiva de conflitos.

Art. 17 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília (DF), XX de junho de 2014

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS
Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público



SENADO FEDERAL

PROJETO DE LEI DO SENADO

Nº 517, DE 2011

Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei disciplina o uso da mediação de conflitos em quaisquer matérias em que a lei não proíba as partes de negociar.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliara as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais.

Art. 3º O processo de mediação tem por princípios básicos:

- I. imparcialidade do mediador;
- II. autodeterminação das partes no que tange o conteúdo do acordo ou não acordo;
- III. voluntariedade em participar da mediação;
- IV. igualdade das partes e de seu poder decisório;

V. confidencialidade na forma desta lei;

VI. comunicação direta entre as partes na busca de soluções, sempre que possível;

VII. eticidade;

VIII. potencialização do acesso à Justiça.

Art. 4º Mediador é o terceiro imparcial, com capacitação adequada e subordinação a código de ética específico que, aceito pelas partes, conduzirá o processo de comunicação entre elas, para que os envolvidos possam tomar decisões informadas, na busca de soluções.

§ 1º Além de todas as hipóteses legais de impedimento de juízes e árbitros, o mediador deve afastar-se da condução do caso sempre que tenha conhecimento de qualquer fato ou circunstância que possa dificultar sua imparcialidade na condução da mediação.

§ 2º Caso o mediador tome conhecimento de qualquer fato ou circunstância que possa ser percebido pelas partes e seus advogados como conflito de interesses, deverá revelá-lo imediatamente a todos, podendo afastar-se do caso ou permanecer como mediador com a concordância expressa de todas as partes.

§ 3º Nos processos de mediação as partes poderão ser assistidas por advogados.

Art. 5º A mediação pode ser judicial ou extrajudicial; em ambos os casos, pode ser prévia, incidental ou posterior à relação processual eventualmente já instaurada.

Art. 6º A mediação será judicial quando os mediadores forem designados pelo Poder Judiciário e extrajudicial quando as partes escolherem mediador ou instituição de mediação privada.

Art. 7º É possível a mediação em todo e qualquer litígio submetido ao Poder Judiciário, desde que as partes a desejem de comum acordo ou que sua realização seja recomendada pelo magistrado, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por outro sujeito do processo.

Art. 8º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 1º Após a reunião inicial de mediação, toda e qualquer reunião posterior, para a continuidade das negociações em mediação, somente poderá ser marcada com a anuência de todas as partes na mediação.

§ 2º A participação na mediação será sempre facultativa. A recusa em participar da mediação não pode acarretar sanção à parte.

§ 3º O comparecimento à mediação caracteriza-se pela presença da parte à reunião inicial de mediação. Já a participação na mediação caracteriza-se pelo engajamento na dinâmica de negociação entre as partes, diretamente ou através do mediador.

§ 4º A decisão de deferir ou não a suspensão do processo para a realização de mediação incidental é irrecorrível. Poderá o magistrado, alternativamente, sugerir a conciliação ou outro meio de composição consensual que entenda adequado àquele conflito.

§ 5º A suspensão do processo poderá ocorrer por prazo não superior a três meses e somente poderá ser prorrogada pelo requerimento de ambas as partes e deferimento do magistrado.

§ 6º Durante o prazo de suspensão o juiz pode conceder medidas de urgência, na forma estabelecida pelo Código de Processo Civil.

§ 7º Transcorrido o prazo e não efetivado acordo total, o processo retomará seu curso normal.

Art. 9º O procedimento da mediação é, em regra, confidencial e sigiloso. Neste caso, o mediador poderá conduzir reuniões privadas com cada uma das partes e seus advogados. Sobre tudo o que for dito pela parte e seus advogados ao mediador em reuniões privadas, poderá ser solicitada a confidencialidade em relação às outras partes e seus advogados.

§ 1º Cessa a confidencialidade:

I. por dispensa expressa de todas as partes;

II. quando a mediação envolva o Poder Público na qualidade de parte ou terceiro interveniente;

III. quando o mediador tiver informações acerca de um crime ou da iminência de um crime.

§ 2º As exceções à confidencialidade devem ser interpretadas em caráter restritivo e apenas aplicadas mediante situações inequívocas.

§ 3º O mediador deve mencionar expressamente às partes das exceções à confidencialidade, necessariamente no início da primeira reunião de mediação e sempre que julgar necessário.

Art. 10. O procedimento a ser adotado na mediação judicial, bem como os requisitos para o exercício da atividade de mediador, serão disciplinados pelas normas do Código de Processo Civil e pelos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Durante as sessões de mediação judicial, as partes podem comparecer com ou sem advogado. Deve ser solicitado defensor público ou advogado dativo para aquela que o requerer.

CAPÍTULO II DAS ESPECIFICIDADES DA MEDIAÇÃO JUDICIAL

Art. 12. O juiz deverá recomendar a mediação judicial, preferencialmente, em conflitos nos quais haja necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social, ou quando as decisões das partes operem consequências relevantes sobre terceiros.

Art. 13. A sessão de mediação judicial pode ser convolada em audiência de conciliação, caso o mediador verifique que aquele instrumento não se mostra adequado ao tipo de litígio e as partes não manifestem oposição.

§ 1º Nesta hipótese, a audiência de conciliação seguirá as regras do Código de Processo Civil.

§ 2º Sempre que entender necessário e adequado, o magistrado poderá presidir a audiência de conciliação ou poderá designar audiência especial para ouvir as partes e compreender melhor os pontos do conflito e do eventual acordo.

CAPÍTULO III
DAS ESPECIFICIDADES DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Art. 14. A designação do mediador extrajudicial poderá ocorrer:

- I. por acordo escrito de todas as partes;
- II. por convenção de mediar, assim entendida a cláusula compromissória;

Parágrafo único. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a mediação, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à mediação, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, na forma desta lei.

Art. 15. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à mediação os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal negócio jurídico.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a mediação ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

§ 3º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de alguma instituição provedora de mediação extrajudicial ou mediador autônomo, a mediação será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo igualmente as partes estabelecer, na própria cláusula ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da mediação.

Art. 16. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto ao comparecimento na reunião inicial de mediação, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de requerer mediação judicial, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da controvérsia, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de mediadores, caberá ao juiz, ouvidas as partes, encaminhá-las à mediação judicial.

§ 3º A ausência da parte requerente, sem justo motivo, à audiência designada para o encaminhamento à mediação judicial importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 4º Não comparecendo a parte requerida à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, encaminhar o caso à mediação judicial.

Art. 17. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Art. 18. Entende-se por acordo de mediar o compromisso de comparecer à reunião inicial de mediação e ouvir o discurso inicial do mediador.

Parágrafo único. Extingue-se o acordo de mediar caso escuse-se o mediador, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto.

Art. 19. Na ausência de acordo prévio, a manifestação de uma parte à outra ou outras sobre sua intenção de dar início à mediação, deverá conter uma lista indicando os nomes, endereços, telefones e honorários publicados ou previamente acordados de não menos que cinco mediadores ou três instituições provedoras de serviços de mediação previamente aceitos pela parte requerente.

§ 1º Caso haja apenas uma parte requerida, esta terá o prazo de cinco dias úteis para requerer o agendamento da reunião inicial de mediação junto a qualquer um dos mediadores ou instituições de mediação que conste da lista da parte requerente.

§ 2º O silêncio da parte requerida será interpretado como a aceitação do primeiro mediador da lista apresentada pela parte requerente. Neste caso, após o prazo de manifestação da parte requerida, a parte requerente poderá contatar o mediador ou instituição de mediação para agendar a reunião inicial de mediação.

§ 3º Caso haja mais de uma parte requerida, cada uma terá prazo de cinco dias úteis para manifestar sua opção de mediador ou instituição de mediação perante a parte requerente. Se houver acordo dentre as partes requeridas, a parte requerente terá o prazo de cinco dias úteis para pedir o agendamento da reunião inicial de mediação junto ao mediador ou instituição de mediação escolhido. Caso não haja acordo, a parte requerente deverá dar novas opções de mediadores ou instituições de mediação às partes requeridas, até que haja acordo, ou requerer a mediação judicial.

§ 4º O mediador ou instituição de mediação, contatado pela parte requerida na forma do parágrafo primeiro ou pela parte requerente na forma dos parágrafos segundo e terceiro, terá o prazo de trinta dias corridos para agendar a reunião inicial de mediação. Caso considere-se impedido, deverá formalizar sua exoneração em cinco dias

úteis. Todas as respostas do mediador às partes antes de sua escolha definitiva como mediador do caso devem ser processadas por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, enviadas a ambas as partes.

§ 5º Caso o mediador se considere impedido de aceitar um caso, a parte requerida poderá escolher outro mediador da lista enviada pela parte requerente em cinco dias úteis do recebimento da notificação do mediador, ou qualquer das partes poderá requerer mediação judicial.

Art. 20. O regulamento a ser adotado na mediação extrajudicial, bem como o código de ética de cada instituição provedora de mediação extrajudicial ou mediador autônomo, deve ser disponibilizado eletronicamente ou em documento impresso, para todas as partes e seus advogados, com um mínimo de três dias úteis de antecedência à primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. O mediador extrajudicial ou membros de sua equipe de trabalho devem se disponibilizar a esclarecer dúvidas dos advogados e das partes acerca do processo de mediação e do seu código de ética, sempre que solicitados.

Art. 21. O termo do acordo obtido em mediação extrajudicial prévia equipara-se a título executivo judicial desde que o mediador que assina o termo de acordo seja reconhecido por instituição idônea, que atenda aos requisitos do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado em que exerça a mediação extrajudicial.

CAPÍTULO IV DO ACORDO

Art. 22. Obtido o acordo ou finalizada a mediação sem acordo, será lavrado termo e assinado pelas partes, seus advogados e pelo mediador.

Art. 23. O termo de acordo ou o termo de mediação sem acordo deverá conter:

- I. identificação das partes;

II. domicílio das partes nas quais receberam notificação das reuniões de mediação;

III. comparecimento ou não do requerido e de terceiros notificados na forma desta lei ou não localizados no endereço informado;

IV. objeto da controvérsia;

V. se houve acordo total ou parcial, ou não;

VI. assinatura das partes, de seus advogados e do mediador;

VII. habilitação do mediador na forma da lei.

Art. 24. O termo de acordo obtido em mediação judicial ou em mediação extrajudicial incidental deverá ser necessariamente homologado pelo magistrado para que possa produzir seus efeitos processuais.

§ 1º O juiz ouvirá o Ministério Público sobre o termo de acordo, nas hipóteses de sua intervenção como fiscal da ordem jurídica.

§ 2º O juiz apenas homologará os acordos que estejam em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio e que não violem direitos indisponíveis.

§ 3º A decisão de não homologação é irrecorrível. Contudo, a matéria não preclui e pode ser suscitada por ocasião de recurso.

§ 4º A homologação importa em extinção do processo com resolução de mérito e só poderá ser objeto de recurso caso seja alegado e provado vício de consentimento ou ilicitude do objeto.

§ 5º É lícito às partes renunciar ao prazo recursal no próprio termo de acordo.

CAPÍTULO III DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 25. O Conselho Nacional de Justiça criará e manterá bancos de dados reunindo informações relativas à mediação.

Art. 26. Essa Lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias da data de sua publicação oficial

JUSTIFICAÇÃO

A mediação, de inspiração e traços norte-americanos, é o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Essa técnica de composição de conflitos não se limita à conciliação dos envolvidos, mas busca resolver as questões emocionais mais profundas que nem sempre são expostas na maneira tradicional de abordagem do problema, seja no setor público, seja no setor privado. Nos dois âmbitos, podem surgir conflitos sociais de diversas espécies e gravidades, que, dependendo do caso, serão solucionados administrativamente ou então levados para a apreciação do Poder Judiciário. De uma forma ou de outra, são utilizados mecanismos como a conciliação, a arbitragem, o procedimento administrativo, a negociação, o processo judicial, dentre outros, visando resolver a controvérsia instalada. Ocorre que esses meios de solução de conflitos, atuam geralmente de modo superficial, tentando, apenas, eliminar a discussão, sem, contudo, se preocupar com os diversos efeitos psicológicos que esses impasses podem gerar nos envolvidos. Como exemplo, tem-se as causas envolvendo pensão alimentícia, em que, na maioria das vezes, a briga financeira é só uma desculpa para o casal resolver pendências afetivas muito mais complexas. Nesta hipótese, a mediação, através de profissionais devidamente capacitados, trabalha o pano de fundo do conflito familiar, a fim de que as partes saiam não só com um acordo financeiro em mão, mas também emocionalmente satisfeitas e com a relação social restabelecida.

Dessa forma, a mediação não se limita ao campo judicial, possuindo um leque de abrangência amplíssimo, já tendo a sua utilização colhido bons frutos por onde foi explorada. Com efeito, o instituto pode ser aplicado na solução dos conflitos: administrativos, escolares, familiares, infante-juvenis, empresariais, empregatícios, prisionais, ambientais, etc. Assim, tanto os órgãos públicos como os privados devem atentar para a importância de se adotar a mediação em suas relações interpessoais, especialmente nas de trato continuado, garantindo sentimentos de satisfação mútua. Academicamente, é a mudança do modelo perde-ganha para o modelo ganha-ganha.

Não obstante, a mediação tenta quebrar alguns paradigmas arraigados em nossa sociedade, como a cultura da litigiosidade e necessidade de levar ao Poder Judiciário demandas que poderiam ser solucionadas em um ambiente mais propício e com mecanismos mais apropriados. Trata-se, pois, de instrumento capaz de incentivar outras formas de solução das pendências, de reduzir o número de processos judiciais e de combater o desvirtuamento da função judicial do Estado, conferindo, assim, uma

leitura contemporânea do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil.

Deixe-se assente que a desjudicialização das controvérsias e a autocomposição pelas partes do processo é uma realidade nos grandes sistemas processuais como forma de resolver os problemas estruturais da justiça mas, acima de tudo, como meio de se atingir uma satisfação mais plena por partes dos envolvidos nos conflitos, destacando-se, neste último caso, os benefícios da mediação na pacificação social, já que esta técnica se aprofunda nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas, trazendo mais legitimidade aos ajustes e mais chance de acabar em definitivo com o dilema estabelecido.

O instituto da mediação, já introduzido em diversos ordenamentos jurídicos, está regulamentado nos Estados Unidos, na Argentina, no Uruguai, no Japão, na Austrália, na Itália, na Espanha, na França, dentre outros. O Conselho da União Européia, inclusive, emitiu a Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, em que define a mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador. Como se vê, hoje há uma tendência de se resolver os conflitos de interesses por outras vias que não a imposição de um provimento judicial.

No Brasil, apesar de ainda não existir legislação que trate do tema, este vem sendo amplamente difundido, sendo que a prática da mediação já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito.

O Conselho Nacional de Justiça, atento à necessidade de implementação de meios alternativos de solução de conflitos como forma de melhorar a justiça brasileira, vem tomando diversas iniciativas para fomentar o assunto, como o Projeto "Movimento pela Conciliação" liderado pelo CNJ e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes. Não bastasse, o CNJ editou a Resolução nº 125/10 que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, em que, dentre outras questões, estabelece a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

No âmbito processual, o Projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto n. 166/2010), em boa hora, reconhece o instituto da mediação como um mecanismo hábil à pacificação social. Além disso, trata dos mediadores e dos conciliadores nos artigos 144 a 153, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça, estando, inclusive, sujeitos aos motivos de impedimento e suspeição relativos a outros sujeitos do processo. Sem dúvida a previsão da mediação no Projeto do novo CPC representa um grande avanço para o reconhecimento da referida técnica de autocomposição

A mediação também foi objeto do II Pacto Republicano, assinado pelos três Poderes da Federação em 2009, em que, dentre os compromissos assumidos, constava o de “[...] Fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização [...]”. Com efeito, tanto o Judiciário como os demais Poderes (Executivo e Legislativo) são igualmente responsáveis pela harmonia social, conforme se infere do próprio preâmbulo da nossa Carta Magna.

Portanto, a necessidade de regulamentação da mediação é medida que se faz imperiosa para que o instituto seja definitivamente sacramentado em nosso ordenamento jurídico e possa auxiliar na busca por uma Justiça de mais qualidade e por uma sociedade mais pacífica.

Ante o exposto, dada à relevância da matéria, solicita-se o apoio de nossos Pares para sua aprovação.

Sala das Sessões,

Senador **RICARDO FERRAÇO**

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa)

Publicado no **DSF**, em 26/08/2011.