

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

ADRIANA SILVA MAILLART

NIVALDO DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Adriana Silva Maillart, Nivaldo Dos Santos
– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-131-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Solução de conflitos. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos defendidos de forma brilhante, após rigorosa e disputada seleção pelo sistema "duplo cego", no Grupo de Trabalho intitulado Formas Consensuais de Solução de Conflitos, durante o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 11 e 14 de novembro de 2015, em Belo Horizonte/MG, sobre o tema Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Referidos trabalhos, de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, encaminhados em uma perspectiva abrangente e contemporânea: a solução de conflitos por meio de formas judiciais e extrajudiciais.

De fato, a teoria e a aplicação dos métodos complementares de solução de conflitos, especialmente os que são orientados pela busca por soluções dialogadas e não impositivas, fortalecem o desenvolvimento da cultura voltada à paz social e do tratamento adequado dos conflitos, bem como da efetivação dos direitos fundamentais, em especial, o acesso à Justiça.

Entre os temas especificamente tratados nesta obra, merecem menção, as soluções consensuais e o acesso à Justiça; a visão da fraternidade e a solução de conflitos; a conciliação trabalhista: perspectivas e possibilidades; a mediação em suas mais diversas possibilidades e potencialidades, inclusive aquela alicerçada na ética da alteridade; a Justiça Restaurativa, no Poder Judiciário, como também na Escola; o Tribunal Multiportas e a Resolução 125 do CNJ, dentre outros.

A presente obra coletiva demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre as formas de solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, pelo que certamente será de excelente aceitação junto à comunidade acadêmica.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Congresso e desejamos que você leitor, como nós, tenha a

oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, animando-se a somar forças aos que empreendem grandes esforços para aprimorar as formas consensuais de solução de controvérsias no Brasil.

Boa leitura!

A MEDIAÇÃO PENAL COMO POLÍTICA PÚBLICA APTA A SOLUCIONAR O CONFLITO PENAL

CRIMINAL MEDIATION AS AN ABLE PUBLIC POLICY TO SOLVE THE CRIMINAL CONFLICT

**Larissa Rosa
Renan Posella Mandarin**

Resumo

O objetivo deste artigo é apresentar e discutir as condições teóricas e práticas da execução de uma política criminal pautada pela mediação penal, tendo como base o modelo de justiça restaurativa. Inicialmente, serão abordados os principais aspectos que envolvem a formulação de uma política pública, notadamente os passos para sua estruturação e implementação, seguido de uma análise mais específica a respeito da elaboração de uma política pública no âmbito criminal. Após, serão apresentadas as linhas norteadoras da chamada justiça restaurativa, momento em que serão analisadas as principais propostas deste modelo de justiça criminal, bem como será estudada a mediação penal, ferramenta consensual mais utilizada para efetivação do modelo restaurativo de justiça. Partindo da premissa de que o consenso é uma evolução na forma como se resolve o conflito penal, pretende-se analisar a aplicabilidade da mediação penal como política pública apta a solucionar o conflito penal.

Palavras-chave: Política pública, Política criminal, Mediação penal, Formas consensuais de solução de conflitos

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to present and discuss the theoretical and practical requirements of executing a criminal policy geared to mediation, based on the model of restorative justice. Initially, the main aspects involved in the formulation of a public policy, notably the steps for its structuring and implementation will be discussed, followed by a more specific analysis regarding the preparation of a public policy in the criminal context. After the guiding lines of the restorative justice will be presented, at which the main proposals of this criminal justice model will be analyzed, as well as mediation, consensual tool most used for realization of the restorative justice model will be studied. Assuming that consensus is an evolution in how to solve the criminal conflict, is intended to analyse the applicability of criminal mediation as a public policy able to resolve the criminal conflict.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Criminal policy, Criminal mediation, Consensual forms of conflict resolution

Introdução

As políticas públicas refletem as estratégias que o Estado adota para tentar alcançar o bem-estar dos seus cidadãos. A partir do surgimento de problemas públicos que são relevantes socialmente, o Estado precisa estruturar sua atuação, escolhendo a solução que melhor se adéqua ao problema apresentado.

No âmbito criminal, isto não é diferente. São elaboradas ações, sustentadas por objetivos declarados. Usualmente, pretende-se que exista uma prevenção e uma repressão de delitos e o caminho tradicionalmente apontado para que se cumpram estes objetivos é a sanção penal, obtida através de um processo acusatório que vislumbra a distribuição de culpa e a condenação daquele considerado culpado. Poucos são os espaços destinados às partes para que elas assumam o controle no momento de decidir qual estratégia seria suficiente para reparar o dano gerado no caso concreto.

Para tentar modificar esta visão repressiva, surgem os instrumentos de efetivação de uma política criminal pautada pelo consenso, ou seja, procura-se reintegrar a vítima e o ofensor no contexto de resolução do conflito penal. Um dos sistemas que surge para tentar dar aplicabilidade ao consenso como forma de empoderamento das partes é o modelo de justiça restaurativa. Uma das técnicas mais utilizadas para dar efetividade a este modelo é a mediação penal, ferramenta que busca uma aproximação das partes na tentativa de que elas, ajudadas por um terceiro mediador, formulem um acordo que será considerado como suficiente para a reparação dos danos sofridos pelas vítimas, mas que também possibilite a responsabilização do acusado, levando em consideração o contexto (social, econômico e político) em que se deu a ação delituosa.

Apoiando-se no modelo de justiça restaurativa, que procura afastar a aplicação de soluções técnicas para os problemas sociais, pretende-se embasar a aplicabilidade da mediação penal como meio viável para a solução dos conflitos penais.

Inicialmente, são expostas as principais características e passos que possibilitam a formulação de uma política pública. O que se propõe é fazer um levantamento dos seus postulados fundamentais, a fim de buscar subsídios para fundamentar e orientar uma dinâmica fundada em interações comunicativas, possibilitando a efetivação do modelo de justiça penal restaurativo, que indica o consenso como forma de resolução do conflito penal.

Após, são estudadas as características fundamentais do modelo de justiça restaurativa, oportunidade em que será analisada a mediação penal. O recorte temático se justifica, pois são várias as práticas restaurativas e, neste trabalho, pretende-se abordar apenas a mediação penal, já que este instrumento tem obtido resultados impressionantes para a satisfação das partes envolvidas no conflito e, conseqüentemente, para a solução do conflito penal.

Por fim, são sintetizadas algumas críticas que são suscitadas com relação à aplicabilidade da justiça restaurativa, notadamente a dificuldade de aplicação em um contexto social e econômico que não seja idealizado. Com isso, o que se pretende é uma análise crítica da hipótese que se levanta neste trabalho: a utilização da mediação penal como política pública apta a solucionar os conflitos penais.

1 O processo de formação das políticas públicas

As políticas públicas surgem como forma de organização das estratégias de um governo. Após o desenvolvimento do capitalismo, o setor privado passou a intervir cada vez mais no planejamento da vida econômica estatal e, para tentar equilibrar esta situação, surge a idealização de um Estado que se preocupa com o desenvolvimento do bem-estar social de seus cidadãos. Através da sua atuação, busca proporcionar aos indivíduos condições suficientes de educação, saúde, moradia e segurança.

As ações do Estado serão patrocinadas por recursos públicos advindos principalmente da arrecadação tributária. Assim sendo, os objetivos estatais devem buscar o bem-estar público, empregando com a maior eficiência possível estes recursos que se mostram insuficientes para garantir todos os direitos que seriam devidos aos cidadãos. Em razão desta carência de recursos, algumas escolhas deverão ser realizadas pelo Estado: quais direitos e prestações serão garantidos e quais serão preteridos? A escolha deve visar o bem-estar público, portanto, a estratégia utilizada deve estar de acordo com uma forma racional de resolução dos problemas que se apresentam.

Daniel Vásquez e Domitille Delaplace (2011, p. 36-37) descrevem o que eles chamam de ciclo de vida das políticas públicas. A explicação é muito interessante para que se possa entender melhor os passos que devem ser dados para a formação de uma política pública. A

sequência de atos indicados pelos autores é a seguinte: o problema entra na agenda pública, representando um problema social de âmbito público; ocorre uma estruturação do problema, com um diagnóstico das causas deste problema e possíveis soluções para ele; há uma análise dos pontos positivos e negativos de cada solução apontada; toma-se uma decisão, que será técnica e, ao mesmo tempo, política; procura-se os meios para a implementação da política pública desenhada a partir da solução escolhida; e, por fim, é realizada uma avaliação da política pública efetivada.

A formulação de uma política pública tem como impulsionador original o surgimento de um problema que seja considerado público. O Estado se interessa pela solução deste problema, pois ele afeta diversas pessoas que dependem de uma atuação estatal para se verem livre do percalço em que se encontram. Desta forma, a necessidade de resolução deste problema entra naquilo que se chama agenda pública.

Após ser reconhecido um problema público, o passo seguinte será a estruturação do problema, que consistem na elaboração de um diagnóstico que apontará as causas que deram origem ao referido problema e que também ventilará possíveis soluções para ele. É comum que diversas soluções sejam apontadas e este é o momento de organização de todas as opções para que se possa detectar qual será a mais apropriada para o problema em questão.

A partir de uma análise dos pontos positivos e negativos de cada proposta de solução, o Estado tomará uma decisão que terá cunho técnico, pois averiguou os benefícios e malefícios de cada solução aventada, mas também possuirá um caráter político, pois certamente serão levadas em conta as outras políticas públicas já efetivadas para solução de problemas correlatos, as verbas disponíveis e o plano estratégico de governo.

Depois da escolha realizada pela administração, terá início a etapa de implementação da política pública, passo que tem sido objeto de grande frustração para os cidadãos, já que muitas vezes o problema é corretamente detectado, sua estruturação é feita com sucesso, no entanto, a implementação tem sido falha.

Para tentar melhorar esta problemática, Daniel Vázquez e Domitille Delaplace (2011, p. 38) sustentam que o melhor caminho seria aquele que proporcione uma análise contínua do processo de implementação da política pública. A avaliação dos resultados deveria ser realizada durante todo o procedimento de efetivação da política pública elaborada, a fim de que se pondere

continuamente se os objetivos estão sendo cumpridos e se o impacto tem sido o esperado para atingir o problema público que suscitou a intervenção estatal.

Klaus Frey (2000, p. 228-229) sustenta que a avaliação e o controle do impacto das políticas públicas implementadas são imprescindíveis para o desenvolvimento contínuo das ações do Estado, pois concluem se os objetivos foram alcançados e também detectam problemas e dificuldades. Todas essas informações são essenciais para elaborar novas ações, para modificar um plano anterior e para estruturar futuras políticas públicas.

2 A política criminal

A política criminal, de acordo com o professor Fernando Fernandes (2001, p. 29), tem como objetivo propor os “métodos adequados, no sentido social, para a luta contra o delito, ou seja, a missão social do direito penal.”

Para iniciar uma abordagem específica do âmbito penal, é preciso que se destaque, na esteira daquilo que ensina o professor Fernando Fernandes (2001, p. 10 e 11), que existe um enfrentamento entre dois posicionamentos com relação à funcionalidade dos aparelhos estatais: o movimento “eficientista” e o movimento “garantista”.

O movimento “eficientista”, como o próprio nome indica, prega a necessidade de se alcançar uma maior eficiência no trato da questão penal, havendo uma proposta de racionalização e de menor congestionamento das vias utilizadas pelas instâncias formais de controle. A atuação do Estado deveria ser mais ponderada, a fim de proporcionar uma ação pontual e eficiente.

O movimento “garantista”, por sua vez, entende que o Direito Penal, amplamente considerado, deve ter a função de instrumento de defesa social dos interesses do acusado e da vítima e também deve servir de instrumento de defesa e limite contra as interferências do poder estatal no âmbito penal. A atuação do Estado deveria estar submetida às previsões constitucionais que asseguram direitos, garantias e liberdades individuais.

O melhor entendimento parece ser aquele que prega que o desenvolvimento das políticas criminais tenha que respeitar as ideias de ambos os movimentos, ou seja, as políticas públicas no âmbito criminal devem refletir um eficientismo que garante uma maior funcionalidade para

aquilo que se deseja alcançar com a política estatal, bem como deve respeitar e instituir as garantias que tradicionalmente estão previstas para o tratamento das questões penais. Deve haver um equilíbrio entre a eficiência da política pública e o respeito às garantias dos indivíduos.

A lenta tramitação de um processo criminal é prejudicial aos objetivos de qualquer política criminal, pois quebra a confiança do cidadão naquilo que propõe ser uma tutela jurídica eficaz e, com isso, legitima instâncias informais de penalização e fomenta tendências de autodefesa. Desta forma, um procedimento que seja menos formal e mais eficiente coaduna com aquilo que se denomina justiça. A informalização somente encontrará freios nas garantias básicas do indivíduo, que deverão ser respeitadas.

Neste sentido, o professor Fernando Fernandes ensina (2001, p. 67):

[...] as finalidades de política criminal – que conduzem a uma maior funcionalidade do processo – devem mover-se dentro das balizas postas pelo vetor garantia – principalmente aquela representada no respeito pela inviolável dignidade da pessoa humana –, mas com a consciência da necessidade de superação de todas aquelas garantias que, mesmo dizendo respeito a direitos e garantias pessoais, possam ser dispensadas.

Esse equilíbrio buscado entre as exigências de garantia e os objetivos de funcionalidade ainda não foi encontrado, mas pretende-se com este trabalho indicar a mediação penal como forma possível de respeito aos sujeitos de direito envolvidos no processo penal e, ao mesmo tempo, como forma de alcançar um modelo célere e participativo que atinge a funcionalidade esperada de uma política criminal.

A política criminal encontra-se limitada pelas normas jurídicas, em razão do modelo jurídico constitucional. Assim, para que a política criminal alcance a almejada funcionabilidade, devem ser elaboradas normas jurídicas que representem uma solução para aquilo que a realidade social está refletindo. A sintonia entre o direito penal material e o processo penal também será essencial para o sucesso de uma política criminal.

Desde a formação dos Estados modernos, existe uma contenção do poder político através da submissão do Estado à lei. Na esfera penal o princípio da legalidade assume a função de garantia de direitos para o cidadão frente à atuação estatal. Por este princípio, garante-se, por exemplo, a proibição da retroatividade de uma norma incriminadora e da analogia incriminatória. Para que exista a punição, exige-se uma lei penal escrita, anterior, certa e estrita. Da mesma

forma, o processo garante limites ao arbítrio judicial, evitando-se uma discricionariedade desmedida no exercício da ação penal.

A legitimidade de um sistema penal está ligada aos aspectos material e formal. Aquela abrange a coerência das soluções apontadas com a realidade social e esta se refere à necessidade de um procedimento democrático para a formação das políticas criminais, visto que a construção dessas opções políticas deve estar respaldada por um processo de submissão às diversas instâncias representativas da sociedade, o que fará com que a sociedade legitime as decisões tomadas.

O Estado concentra em seu poder a atividade punitiva, exercendo, com exclusividade, o poder de definição das condutas que serão consideradas crime, bem como quais serão as sanções devidas para aquele que agir conforme algum tipo penal. A persecução criminal será determinada pelo processo penal.

Neste sentido, a utilização do processo penal como instrumento de política criminal parece ser propício, já que possibilitará uma maior funcionabilidade e não o mero eficientismo da política criminal eventualmente implantada. O processo penal não deve ser encarado com uma função exclusivamente instrumental, mas também com certo conteúdo político e funcional daquilo que se espera alcançar com as normas de direito material.

Uma forma de concretização da agilidade na prestação jurisdicional como medida de prevenção e repressão (finalidades de política criminal) é a tentativa de adoção de formas consensuais de resolução do conflito penal.

3 A mediação penal como proposta de política criminal

A justiça restaurativa surge como uma forma de solução dos conflitos penais através do consenso e do diálogo, em um momento baseado em um acordo reparador obtido entre os indivíduos, o que possibilita a maior participação e conscientização dos sujeitos de direitos envolvidos no conflito penal. Propõe a flexibilização dos procedimentos e também da punição com a intenção de alcançar uma ponderação com relação ao contexto em que o delito ocorreu,

bem como para levar em conta a complexidade dos fenômenos que deram origem à situação problema.

O modelo dissuasório clássico propõe que a pena deve possuir finalidade meramente retributiva, ou seja, o processo teria apenas a função de alcançar a repressão do delito perpetrado através de uma punição realizada pelo Estado, atingindo também por esta forma a prevenção de outros delitos. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 408 e ss). Os danos são definidos em abstrato, o que muitas vezes ocasiona políticas públicas injustas que tratam os desiguais de forma idêntica. É neste sentido a crítica de Howard Zehr (2008, p. 76):

A justiça é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade.

O que se busca, neste modelo tradicional, é retribuir o mal causado, ou seja, estimula-se o processo como instrumento para a distribuição objetivamente a culpa pelo delito e punir o infrator. Neste contexto, as partes terão o mínimo de contato possível, o que garante que as partes assumam uma postura adversarial e alienada, pois se pressupõe que os interesses discutidos sejam irreconciliáveis.

A crise deste sistema punitivo se instaurou, pois existe uma ineficiência e uma incoerência que são facilmente detectadas. O Estado buscou criar diversas normas penais incriminadoras para induzir uma sensação de maior controle sobre o problema público de insegurança e violência, no entanto, isso apenas gerou uma inflação legislativa que torna o processo ineficiente, na medida em que ocasiona um congestionamento processual. Além disso, essa inflação legislativa se deve principalmente ao fato de que o Estado tem tentado particularizar cada vez mais as normas de conduta, o que gera uma incoerência do sistema, graças às soluções particulares que não legitimam o sistema penal como um todo.

Assim, apesar de concentrar em suas mãos o poder punitivo, o Estado tem se mostrado incapaz de dominar ou controlar o fenômeno da criminalidade.

Um dos motivos que pode explicar essa incapacidade estatal é o exagero na quantidade de crimes previstos, de sanções a serem aplicadas e de procedimentos que devem ser seguidos, o que torna ineficiente e não funcional qualquer política criminal que se deseja implementar.

A concentração do poder punitivo nas mãos do Estado também exclui as partes da solução do seu conflito, roubando para si o conflito através do processo. Essa alienação dos sujeitos gera a impossibilidade de solução global do conflito, pois não se permite que o processo se oriente levando em conta as necessidades dos indivíduos no caso concreto.

Com a finalidade de combater este modelo essencialmente punitivo, que tem se mostrado tão ineficaz quanto às finalidades que ele mesmo se propõe a cumprir (principalmente quanto à prevenção), desenvolve-se o modelo consensual de resolução dos conflitos. Este modelo propõe a flexibilização da resposta para o delito. O acordo (tratado aqui de forma ampla) é a forma almejada para a solução do conflito penal.

Importante a reflexão de Paulo da Silva (2014, p. 45):

Em geral, os métodos de resolução dos conflitos buscam uma ou mais das seguintes opções: a) atuar a lei no caso concreto, b) resolver o conflito com paz social, c) eliminar o processo e a lide ou d) satisfazer as partes. Mecanismos tradicionais como a jurisdição e o processo judicial geralmente se preocupam em primeira linha com o escopo 'a', sob a premissa de que a lei contém a justiça e o papel do julgador é atuar a vontade concreta da lei. Secundariamente, também atingem outros escopos, como o 'c' e o 'b', eliminar o processo e produzir a paz social. Métodos menos formais como a mediação [...] buscam principalmente atender ao escopo 'd' (satisfação das partes) e o 'b' (resolver o conflito com paz social) e, apenas indiretamente, eliminar o processo e atuar a lei.

São várias as ferramentas que podem ser utilizadas para alcançar a resolução consensual do conflito penal, no entanto, faz-se necessário o recorte para abordar a mediação penal, que é a principal ferramenta utilizada pela justiça restaurativa e o tema objeto deste trabalho. Para tanto, serão abordados os seus principais aspectos e também os desafios que se apresentam para a efetivação deste instrumento de política criminal.

A mediação entre a vítima e o ofensor (VOM – *Victim-Offender Mediation*) consiste em um encontro entre as partes envolvidas no conflito penal, momento em que terão a oportunidade de dialogar, com o auxílio de um mediador, com a finalidade de chegar a um acordo reparador.

Leonardo Sica (2014, p. 98) entende que a mediação penal é:

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

Esta prática é normalmente utilizada para complementar o processo punitivo tradicional, ou seja, o acordo reparador é usado para aproximar as partes e satisfazer as suas necessidades, mas dificilmente será substituto para a punição prevista em abstrato para o delito. É ferramenta muito comum nos Estados Unidos e no Canadá e, inicialmente, foi pensada para delitos de menor complexidade, normalmente de cunho patrimonial. Todavia, já existem alguns relatos de aplicação da mediação penal para delitos mais graves e violentos (TIAGO, 2007).

A mediação penal pode ocorrer em diversos momentos do processo, sendo mais comum que ocorra logo no início do procedimento penal, a fim de se evitar uma desnecessária estigmatização dos sujeitos e também para evitar que a vítima e o ofensor se armem com a postura adversarial, o que dificultaria o sucesso da resolução do conflito através do diálogo.

De forma contrária ao processo punitivo tradicional, a mediação penal pressupõe uma flexibilização do procedimento, pois o mediador deverá avaliar as circunstâncias (gravidade do delito, consequências suportadas pelas partes) antes de propor um plano de condução do diálogo entre as partes. As peculiaridades assumem um caráter diferenciador em cada caso concreto, o que permite a construção de uma proposta que individualize o que está previsto em abstrato na legislação penal.

Raffaella Pallamolla (2009, p. 111-112) destacou em seu trabalho os resultados obtidos em processos de mediação. De acordo com as pesquisas analisadas pela autora, as vítimas que se submeteram à mediação penal relatam que acharam o processo satisfatório, principalmente em razão da efetiva reparação dos danos e também indicaram que o contato com o ofensor gera um menor receio de revitimização. Com relação aos ofensores, os benefícios observados dizem respeito a menores índices de reincidência e maior cumprimento das obrigações que foram assumidas a partir do acordo reparador.

A participação dos indivíduos na solução do conflito penal garante que as suas necessidades serão observadas. A comunicação que ocorre no momento da mediação penal

possibilita que a vítima expresse as consequências que teve que suportar em razão do delito e, de outro lado, permite que o ofensor descreva os motivos que o levaram a delinquir. Esse empoderamento das partes garante que elas relatem o que acreditam ser o necessário para a resolução do conflito.

Leonardo Sica (2014, p. 100) ensina que a mediação penal:

Confere às partes poder sobre a marcha do processo, sobre as regras de debate e sobre a forma que tomará o procedimento de discussão do seu problema, que é uma reivindicação notada em diversas pesquisas acerca da insatisfação das vítimas com a justiça penal: ter algum poder sobre o desenvolvimento do método de resolução do conflito que as atingiu.

Conforme já se discutiu, o princípio da legalidade assume importante papel de garantia dos direitos das partes envolvidas no conflito penal. No entanto, a mediação penal é uma estratégia para que as peculiaridades de cada caso concreto sejam consideradas. Isso é uma estratégia muito eficaz para que se alcance a funcionalidade do processo penal, já que cada forma de agressão irá repercutir de forma diferente para cada vítima, bem como será motivada a partir de cada contexto em que se encontra o indivíduo infrator. Essa análise global dos acontecimentos que deram origem ao conflito penal e a ponderação das consequências deste episódio são imprescindíveis para estipular a reparação (material, psicológica ou simbólica) e a responsabilização necessárias para um caso concreto.

O Estado não abrirá mão do seu monopólio em sentido amplo, pois terá a função imprescindível de proporcionar as condições estruturais de um ambiente físico seguro, para que se realizem os encontros de mediação penal. Em razão do interesse público envolvido, o Estado também terá a responsabilidade de fornecer o pessoal treinado para atuar na mediação desta comunicação entre os sujeitos.

Ainda que o procedimento das técnicas consensuais procure ser distinto daquele proposto pelo modelo punitivo tradicional (conhecido por sua rigidez procedimental), a flexibilidade do modelo restaurativo não pode ser completamente livre. É preciso que a mediação penal seja prevista na legislação, para que possa haver a opção das partes por este meio de resolução.

Esse caráter facultativo da mediação penal é facilmente explicável, pois, para que esta técnica tenha sucesso é essencial a postura participativa dos envolvidos. O diálogo somente será produtivo se as partes estiverem dispostas a ouvir o que o outro tem a dizer. Os sujeitos deverão analisar os argumentos propostos, de forma que possam ser convencidos uns pelos outros. Somente desta forma é que será possível construir um acordo reparador que será aquele adequado para a vítima e para o ofensor, representando uma solução satisfatória para o conflito.

Neste sentido, Paulo da Silva (2014, p. 43-44):

[...] uma vez que o objetivo é o acordo, é praticamente essencial que os comportamentos dos envolvidos se adéquem a princípios de cooperação e lealdade processuais. A mera hipótese da indisposição à cooperação mútua ou a quebra da confiança entre as partes por si tornam sem sentido o mecanismo, pois elas deixam de trabalhar sobre a base da livre manifestação de vontade para a celebração de um acordo. Formalmente pode-se até chegar ao êxito momentâneo da assinatura de um acordo, mas sua eficácia e potencial para cumprimento voluntário poderão estar já seriamente comprometidos.

Outro fator importante que sustenta a legitimação da mediação penal é o respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, as prestações assumidas pelo ofensor não podem exceder a punição que seria imposta ao delito a partir do processo tradicional (SICA, 2014, p. 102; PALLAMOLLA, 2009, p. 80 e 81; ZEHR, 2008, p. 190).

Não obstante esta proposta seja inovadora e promissora, é importante que se destaque que algumas críticas questionam a viabilidade de aplicação desta visão dialogal e construtiva no âmbito do processo penal.

4 Posicionamentos críticos sobre o tema

Inicialmente, a crítica mais contundente é aquela que aponta a dificuldade de implementação da mediação penal em uma sociedade em que o poder não está homogeneamente distribuído entre os cidadãos. Neste sentido, a formação do consenso não seria fruto de uma produção livre do convencimento, mas uma forma de dominação por parte daqueles que possuem maior conhecimento ou melhor defesa técnica sobre aquele que se encontra em uma posição de vulnerabilidade (social, econômica, estrutural).

A participação livre dos indivíduos em uma sociedade em que ainda existe uma disparidade (social e econômica) imensa entre os cidadãos é fato relevante e que deve ser considerado.

A resposta parece estar nas previsões do próprio processo penal. A legislação deve indicar que todos os participantes da mediação penal devem ter as mesmas oportunidades de participação, através de intervenções, perguntas e respostas. Desta forma, seria possível traçar parâmetros de participação que possibilitem uma fiscalização por parte do mediador, de forma que a problematização e a responsabilização sejam construídas a partir da contribuição igualitária de todos envolvidos.

Assim sendo, a aplicabilidade da mediação penal dependerá de uma legislação coerente, mas também é inevitável pensar que, para o sucesso desta forma de resolução do conflito, deve ocorrer uma evolução cultural e educacional dos cidadãos, o que parece ser pressuposto para a efetivação de qualquer política pública.

Kazuo Watanabe (2014, p. 37) faz esta mesma advertência:

Para se atingir uma transformação social, uma providência imprescindível é a mudança do ensino jurídico, com a adoção obrigatória de disciplinas que propiciem a formação, nos futuros profissionais do Direito, de nova mentalidade. É necessário também que, já no Ensino Fundamental, as crianças e adolescentes sejam iniciados na nova cultura, pois a postura do adulto, como é cediço, depende da formação recebida na infância e na adolescência.

A construção de uma nova política não é, conforme destaca o professor Fernando Fernandes (2001, p. 141), uma simples modificação técnica, facilmente compreendida e alcançada, mas pressupõe uma alteração filosófica na forma como entendemos o processo.

Neste sentido, a adoção de um modelo consensual (como o restaurativo) deve encontrar subsídios no ordenamento jurídico que valorizem a participação das partes, a ressocialização, a menor estigmatização dos criminosos e das vítimas, a reparação de danos e a menor formalidade processual.

Um erro muito comum é visualizar as soluções consensuais como simples promessas de desafogar o serviço judicial. A agilidade procedimental deve ser um meio para se chegar a uma solução mais eficiente e não o objetivo de um procedimento, o que traria uma ideia de pressa

desordenada, o que, por sua vez, seria sinônimo de violação de garantias (como a ampla defesa e o devido processo legal).

Para o reconhecimento de uma política pública funcional, é preciso encontrar um equilíbrio entre a diminuição das formalidades e a manutenção das garantias previstas legalmente, que geram uma legitimação do sistema proposto.

As ponderações críticas aventadas contribuem para que se possa fazer uma investigação mais completa e aprofundada sobre o tema. E, de certa forma, contribuem para legitimar cada vez mais a mediação penal como forma viável de solução dos conflitos penais.

Considerações finais

Ainda que muitas críticas sejam formuladas para combater a justiça restaurativa e suas ferramentas, parece que a cultura de resolução dialogal do conflito penal indica um caminho que deve ser perseguido pelas políticas criminais elaboradas pelo Estado. A participação dos sujeitos na resolução do seu próprio conflito e a individualização no tratamento dos casos concretos trazem uma evolução ao que conhecemos como meio para resolver conflitos no âmbito penal.

Certamente, é preciso refletir que uma sociedade desigual como a brasileira poderá encontrar muitas dificuldades para a efetivação da mediação penal. No entanto, o início desta política passa pela valorização de uma cultura que prega o diálogo, bem como pela conscientização de todos os indivíduos (juizes, promotores, advogados, defensores, cidadãos) da importância de uma estratégia que inclua a todos na responsabilidade de construir uma forma melhor de solução para o problema criminal.

O esgotamento do modelo vigente, por si só, já justificaria a construção de um novo, mas pode-se apontar como fator promissor as pesquisas referidas no decorrer do texto, com resultados que fazem acreditar que a implementação da justiça restaurativa não só é possível como é uma excelente alternativa para o modelo estritamente punitivo.

Este trabalho procurou expor a mediação como ferramenta apta para o desenvolvimento do modelo de justiça restaurativo e também objetivou apontar as principais críticas que são feitas às formas consensuais de resolução dos conflitos penais, com a finalidade de concluir que o

consenso é uma forma de evolução nas políticas públicas propostas para a resolução dos conflitos penais.

Por fim, é possível dizer que a aplicação de uma política criminal baseada no diálogo e no consenso em uma cultura individualista é um desafio que deve ser superado diariamente. Não haverá sucesso enquanto a visão de solução do conflito não se modificar. É preciso “trocar as lentes”¹ para conseguir enxergar novas soluções para problemas antigos.

Referências bibliográficas

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

FREY, Klaus. **Políticas públicas**: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: IPEA: Revista planejamento e políticas públicas, n. 21, jun. 2000, p. 211-259.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5).

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: um novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Mediação penal**. In: Mediação e conciliação. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014, p. 96-104.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Mediação e conciliação, produtividade e qualidade**. In: Mediação e conciliação. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014, p. 40-47.

¹ A “troca de lentes” é expressão consagrada pelo autor Howard Zehr, pioneiro no campo da Justiça Restaurativa, e representa a necessária mudança de foco sobre o crime e sobre os sujeitos de direitos envolvidos no conflito, a fim de que novos resultados possam efetivamente ser observados pelos modelos de justiça criminal adotados.

TIAGO, Tatiana Sandy. **Implementação da justiça restaurativa por meio da mediação penal.** In: Estudos de arbitragem, mediação e negociação. Vol 4. André Gomma de Azevedo, Ivan Machado Barbosa (orgs.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. **Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos:** um campo em construção. São Paulo: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 35-65.

WATANABE, Kazuo. **Mediação como política pública social e judiciária.** In: Mediação e conciliação. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014, p. 35-39.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.