

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO-FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

**MEDIAÇÃO PENAL: CONSTRUINDO UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL À LUZ DA JUSTIÇA SOCIAL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Carolina Mota de Freitas

Rio Grande, RS, 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO-FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

**MEDIAÇÃO PENAL – CONSTRUINDO UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL À LUZ DA JUSTIÇA SOCIAL**

Carolina Mota de Freitas

Dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social. Área de Concentração: Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS), sob orientação da Professora Dr^a Maria de Fátima Prado Gautério, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Rio Grande, RS, Brasil 2017

Primeiramente, gostaria de agradecer à minha orientadora, Dra. Maria de Fátima Prado Gautério, por todo empenho e dedicação empregados na construção deste trabalho;

Aos meus pais, agradeço por todo o estímulo e incentivo para que eu realizasse este desejo tão antigo de cursar o Mestrado já que não mediram esforços para me ajudar. Mãe, tuas palavras de conforto sempre muito valiosas, me acalmaram sempre que necessário. Pai, tua curiosidade e dedicação à docência é o exemplo de que devemos sempre continuar em busca do conhecimento e do aperfeiçoamento;

A minha irmã Janaína, mais do que o laço genético que nos une, com quem compartilho não só a formação em Direito, mas também o gosto pela área penal e suas problemáticas, agradeço por todo empenho, troca de ideias e, sobretudo, por toda ajuda e estímulo;

A Maria Fernanda, minha filha, por ter aceitado e compreendido minha ausência em tantos momentos;

Ao Fernando agradeço não só pelo apoio, mas pelo incansável incentivo para que eu não desistisse nem deixasse a “peteca cair” nos momentos mais difíceis;

Aos colegas do mestrado por todo o compartilhamento e troca de ideias, por todo espírito de colaboração com que sempre nos relacionamos. Em especial, agradeço à querida colega e, hoje amiga, Carolina Portella Pellegrini pela realização conjunta de trabalhos na área da mediação, sempre muito disposta e atenciosa;

A todos vocês, meu muito obrigada!

“O reconhecimento precede o conhecimento”

(Axel Honneth)

CAROLINA MOTA DE FREITAS

**MEDIAÇÃO PENAL: CONSTRUINDO UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL À LUZ DA JUSTIÇA SOCIAL**

Banca examinadora

Prof^a. Dr^a. Maria de Fátima Prado Gautério
- Presidente -

Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa
Universidade Federal do Rio Grande - FURG
- Membro -

Prof. Dr. Luiz Antônio Bogo Chies
Universidade Católica de Pelotas - UCPel
- Membro -

Rio Grande, 07 de novembro de 2017

Resultado:

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo investigar de que forma a mediação penal pode sinalizar a construção de um novo paradigma de justiça criminal frente a atual crise enfrentada pelo sistema penal. A pesquisa foi realizada através do método bibliográfico, valendo-se de autores nacionais e estrangeiros, dos mais variados ramos do conhecimento. Os principais resultados demonstraram o colapso do poder judiciário ao tentar solucionar os conflitos; a frequente judicialização das relações sociais; o sucateamento dos direitos sociais da população; a ineficácia da pena privativa de liberdade associada à sua frequente desumanização dada pela falta de estrutura dos presídios brasileiros; as políticas públicas de superencarceramento ou recrudescimento das condenações e, conseqüentemente, a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Restou confirmada, assim, a hipótese de ineficácia e esgotamento do atual modelo de justiça criminal brasileiro.

Palavras-chave: mediação penal. Justiça criminal. Justiça social.

ABSTRACT

The present dissertation aims to investigate how criminal mediation can signal the construction of a new criminal justice paradigm in front of the current crisis faced by the penal system. The research was carried out through the bibliographical method, which was worth by national and foreign authors of the most varied branches of knowledge. The main results demonstrated the frequent judicialisation of social relations; The scrapping of the social rights of the population; The collapse of the judiciary when trying to resolve conflicts; The ineffectiveness of the private penalty of liberty associated with its frequent dehumanization given by the lack of structure of Brazilian prisons; Public policies of overincarceration or increase of convictions and consequently the overcrowding of prisons. The hypothesis of inefficacy and exhaustion of the current Brazilian criminal justice model remains confirmed.

Keywords: penal mediation. Criminal justice. Social justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - O MODELO BRASILEIRO DE JUSTIÇA CRIMINAL	11
1.1 Definição e características do aparato de justiça criminal	11
1.1.1 O primeiro elemento formador: a polícia	12
1.1.2 O segundo elemento formador: os órgãos institucionais de justiça criminal.....	16
1.1.3 O terceiro elemento formador: execução penal.....	31
1.2 O Estado moderno e as conseqüentes crises instauradas	35
1.3 Mudança de paradigma: a emergência da cultura do consenso como alternativa e forma de construção de um novo sistema de justiça	43
CAPÍTULO 2 – A MEDIAÇÃO PENAL	51
2.1 Origem da mediação penal: a justiça restaurativa	51
2.2 Bases conceituais da mediação penal	56
2.3 Elementos, princípios e desmembramentos da mediação penal	62
2.4 As experiências do Direito comparado	73
2.4.1 A mediação penal na América do Sul.....	74
2.4.2 A mediação penal na América do Norte	79
2.4.3 A mediação penal na Europa.....	82
2.5 A ética da alteridade como elemento norteador	87
CAPÍTULO 3 - A JUSTIÇA SOCIAL	92
3.1 Noções sobre justiça social, justiça legal e justiça geral	92
3.2 A justiça social como fundamento da ordem social	96
3.3 A mediação penal como realização da justiça social	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

INTRODUÇÃO

O atual modelo de justiça criminal brasileira demonstra-se ancorado sob a ótica de um sistema penal ultrapassado e anacrônico. Tal pode ser fortemente sentido quando da análise dos seus elementos formadores, quais sejam, a polícia; os órgãos de justiça e a execução penal. Desde o princípio demonstra-se fortemente presente a noção de persecução penal, aqui entendida na sua forma pejorativa relacionada à perseguição e não a descoberta ou a procura. Diversos aspectos dão conta de um sistema fadado ao fracasso, como veremos na análise pormenorizada ao longo dos capítulos.

Todavia, não é de hoje que se conhecem os diversos problemas que envolvem a justiça criminal brasileira. Dentre tantos elementos, destacam-se os altos índices carcerários; a degradação da pena privativa de liberdade a ponto de representar verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana ante a situação insalubre dos estabelecimentos prisionais e o patente esgotamento do poder judiciário diante da, cada vez mais frequente, judicialização das relações sociais e da deterioração dos direitos sociais da população.

Ao passo que cresce, em níveis assustadores, a criminalidade e que se refinam as modalidades delitivas, a sociedade clama por mais punições; pela liberação do uso de armas de fogo como forma de proteção e pelo endurecimento das penas aplicadas aos sujeitos delitivos. Entretanto, um estudo mais acurado sobre este panorama, demonstra que a solução efetiva para tal problemática passa longe da imposição de maiores e mais severas condenações ou pela criação de novos tipos penais em concreto.

Aliado a isso, some-se o fato de que as notícias veiculadas pela mídia corroboram para o aumento da sensação de insegurança da sociedade que diariamente se depara com notícias sobre latrocínios à luz do dia; homicídios e execuções em via pública; estupros e agressões físicas praticados quase que de forme coletiva por adolescentes e nas festas noturnas; entre tantos outros exemplos da extrema violência urbana propagados pelos meios de comunicação de massa. A proliferação de notícias sobre a violência, que choca a todos, ainda é acrescida de fatores tais como a corrupção e a impunidade, a problemática das

drogas e a afronta aos direitos dos grupos identificados como vulneráveis, entre eles, as crianças, idosos, mulheres, GLBT.¹

Há muito que já se estuda este fenômeno e o papel da grande mídia de massa, todavia os fatos demonstram o direcionamento do foco desta atividade jornalística ao lucro, em detrimento da informação. Toda esta conjunção de fatores acaba, na realidade, acaba por agravar ainda mais a situação de falência que passa o atual sistema nacional de justiça criminal.

Assim, no primeiro capítulo, será feita uma investigação acerca do atual cenário envolvendo a justiça criminal brasileira através da análise dos elementos que a compõem enquanto sistema, tais como a polícia, os órgãos institucionais da justiça criminal e a execução penal e suas peculiaridades. Após, partiremos para o estudo acerca das crises decorrentes do Estado moderno demonstradas a partir da conjunção dos desdobramentos dos elementos com a realidade social do país, o que propiciará uma reflexão acerca da eficácia do atual modelo e a emergência da cultura do consenso como alternativa ao trato dos conflitos.

No segundo capítulo, tendo em vista a necessidade de alternância de paradigma, abordaremos a chamada mediação penal vista enquanto instrumento alternativo que visa a construção de um novo modelo de resolução dos conflitos penais. Dentro desta análise, apresentaremos as origens da mediação penal, bem como sua conceituação e seus elementos formadores. Discutiremos, ainda, os princípios aplicáveis à esta técnica restaurativa e as adversidades encontradas dentro da realidade brasileira.

Ainda, por meio da análise de algumas experiências de aplicação da mediação penal no contexto estrangeiro, abarcando inclusive as taxas de satisfação e sucesso obtido com os procedimentos encontrados, pretende-se reforçar de que forma este novo instituto pode e deve ser utilizado no Brasil como resposta aos expedientes criminais, visando inclusive uma eventual diminuição da criminalidade e, assim, concretizar a tão almejada justiça social.

Por fim, no terceiro capítulo, retomando os conceitos de alguns filósofos da antiguidade, os conectando à chamada ética da alteridade e estabelecendo um sentido conceitual sobre o que possa ser definido por justiça social, tentaremos delimitar esta acepção visando o enquadramento ou, ao menos, a

¹Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

aproximação desta com o instituto da mediação penal que surge como nova forma de tratamento e solução dos conflitos sociais.

CAPÍTULO 1 - O MODELO BRASILEIRO DE JUSTIÇA CRIMINAL

1.1 Definição e características do aparato de justiça criminal

Na primeira parte deste estudo, enfoca-se o atual sistema brasileiro de justiça penal com suas nuances e questões de aplicabilidade prática em cotejo com a realidade criminal do país, a partir de uma revisão bibliográfica calcada na vertente da criminologia crítica.

O direito de punir tradicionalmente foi definido como pertencente ao Estado que detém assim a tarefa de buscar o controle e promover a pacificação social, todavia, hodiernamente, tal conceituação vem sendo amplamente atacada pelos criminologistas críticos uma vez que não condizem com a realidade.

A lógica punitiva brasileira ainda decorre dos ideais de épocas e contextos sociais passados e, segundo nos adverte KANT DE LIMA, a “tradição burocrático-cartorária” nacional remonta à “organização judiciária colonial portuguesa”, reiterada aqui através do sistema que implementava um “método de controle de comportamentos” considerado rígido e inquisitório (2014, p. 472).

Todavia, atualmente se percebe uma sensível alteração quanto às modalidades e formas de agir delitivas, bem como a existência de novos tipos penais criados pela legislação esparsa. E, sobretudo, a lógica implementada pelo modelo de justiça criminal fomenta um processo penal voltado à incansável busca da verdade real.

Neste aspecto, a crítica inicial que se faz é que, para além da ambição inquisitorial, “através do mito da busca da verdade correspondente e da infalibilidade do juiz, é possível legitimar discursivamente toda uma estrutura de poder jurídico e repressão que se encontra em franco descompasso com os objetivos constitucionalmente estipulados” (KHALED JR., 2013, p. 485).

Para fins de estruturação da análise deste modelo de justiça, conforme veremos no decorrer desta pesquisa, serão apresentadas as práticas pelas quais se constrói socialmente o crime, bem como a idealização institucional deste e a sua conseqüente representação através das pesquisas de índices e taxas,

perpassando assim pela análise da sequência de procedimentos adotados atualmente.

O atual sistema de justiça criminal brasileiro compreende a união entre os órgãos do poder executivo e também do judiciário, em todos os níveis da Federação. Por assim dizer, o “sistema se organiza em três frentes principais de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal” (IPEA, p. 08, 2008). Assim, a justiça criminal é formada institucionalmente por um tripé dado por: polícia, justiça penal (poder judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e advogados) e execução penal. Notadamente, há forte presença estatal desde que o fato é inserido dentro deste sistema, incluindo-se a tarefa policial de tentar coibir e prevenir atitudes criminosas, culminando com a imposição de sanções pelos juízes penais aos ofensores.

Há que se ressaltar ainda que estes componentes se relacionam em diferentes momentos e etapas, não se caracterizando, portanto, um esquema estanque e estático. Iniciaremos a análise pelas características, atuação e peculiaridades da polícia, passando depois para o estudo dos órgãos que compõem a justiça criminal e, por fim, ao exame da execução penal com a finalidade de demonstrar como funciona atualmente o sistema brasileiro de justiça criminal, para depois pontuar e analisar suas intempéries de modo a verificar sua eficiência.

1.1.1 O primeiro elemento formador: a polícia

Em matéria de segurança pública, a competência para o seu exercício é conferida ao Estado segundo preceito constitucional elencado no artigo 144. O texto legal informa ser dever das polícias, na condição de ente público estatal, mas também afirma ser direito e responsabilidade de todos. Mais uma vez, nota-se o forte papel a ser desempenhado pelas polícias dentro da temática da segurança e dentro do sistema de justiça criminal. Na prática é possível notar que as ações relativas as políticas de segurança pública são mais frequentemente exercidas pelos Estados, ao passo que os entes públicos federal e municipal o exercem com menor frequência, via de regra.

Desmembrando a terminologia, segurança pública abarca tanto a preservação da ordem pública quanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio, desta forma, a atuação policial compreende tanto a proteção dos indivíduos e dos bens quanto da paz social. Estão englobadas neste conceito as polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares e o corpo de bombeiros militar.² Institucionalmente falando, a cada órgão ou ente federado cabe sua respectiva parcela de atuação no quesito segurança pública.

A começar pela seara federal, cabe ao Ministério da Justiça a competência para lidar com a tônica da segurança pública. Vinculados a ele temos hoje diversos órgãos, em especial destacamos: SENASP (secretaria nacional de segurança pública); CONASP (conselho nacional de segurança pública); os departamentos das polícias federal e rodoviária federal; SUSP (sistema único de segurança pública gerenciado pela SENASP); SINESP (sistema nacional de informações de segurança pública, prisionais e sobre drogas); DEPEN (departamento penitenciário nacional); FNSP (fundo nacional de segurança pública); PRONASCI (programa nacional de segurança pública com cidadania) e Força nacional de segurança pública. Frisa-se que o papel específico de cada uma destas organizações, projetos, requer um estudo mais aprofundado, que não é objeto da presente pesquisa.

Diversas são, portanto, as iniciativas vigentes no que toca ao combate à criminalidade. Entretanto, a despeito de todos os projetos aqui expostos, a título exemplificativo, aliados aos demais existentes no país, a realidade acaba por demonstrar a ineficácia de tais institutos e propostas diante do crescimento dos índices de criminalidade e violência.

Muitas pesquisas demonstram quantitativamente os dados referentes à criminalidade e violência e os informadores demonstram um grande crescimento nos últimos tempos³, principalmente quando analisados os índices carcerários que denotam o fenômeno chamado 'superpopulação carcerária'. Não obstante tais informações serem de suma importância, voltemos à análise específica do

² Artigo 144 da Constituição Federal.

³ Para maiores informações acerca das pesquisas sobre os índices de criminalidade e violência no Brasil consultar: Mapa da violência 2016, disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf ; o índice de Progresso Social disponível em: <http://www.progressosocial.org.br> e também Estudos e pesquisas da SENASP, disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/estudos-e-pesquisas/estudos-e-pesquisas>

papel da polícia, dado que importe para a compreensão do foco da presente pesquisa.

No âmbito estadual, o texto constitucional brasileiro determina que a polícia militar é responsável pela “polícia ostensiva” e pela “preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil” e que ambos serão subordinados aos governos de cada estado.

Além desta, a polícia civil deve ser dirigida pelos delegados de polícia, lhes incumbindo a função de polícia judiciária assim como a apuração das infrações penais.⁴

Desta forma, cabe às Constituições estaduais organizar suas corporações e desenvolver a política de segurança pública local. Dentro de cada ente federado existem as secretarias estaduais de segurança pública e estas são constituídas, cada uma a seu modo, mas via de regra, pela reunião de diversos órgãos, entre eles: polícia civil, polícia militar, corpo de bombeiros, departamento de trânsito, instituto de identificação, conselhos comunitários, superintendência de serviços penitenciário e, inclusive, pela ouvidoria e corregedoria de polícia.⁵

Ainda no plano estadual, merece ser dado destaque ao papel e as funções desempenhadas pela polícia civil na medida em que é a responsável pela atribuição de polícia judiciária, portanto, é ela quem executa as ações dentro do sistema de justiça criminal, objeto de análise deste trabalho. Assim, notamos que além da investigação criminal que conduz, poderá também executar mandados de prisão e de busca e apreensão, conforme a necessidade do caso concreto.

A investigação policial poderá ser desencadeada através do registro de uma ocorrência policial feita pela vítima, ou por alguém com poderes para decidir sobre o prosseguimento da investigação (crimes de ação penal privada), ou ainda de ofício, por meio de requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público e após concluída, cada delegado responsável concluirá o respectivo inquérito policial que será remetido ao poder judiciário para prévia análise e cadastramento do expediente. Tão logo o faça, este remeterá ao Ministério

⁴ Parágrafos 4º e 5º do artigo 144 da Constituição Federal.

⁵ A formação e estrutura básica de cada secretaria estadual varia conforme previsão da Constituição estadual, bem como pela regulamentação via regimentos internos e planos de carreira determinados por leis estaduais.

Público o procedimento de investigação para que tome as medidas cabíveis e previstas no Código de Processo Penal brasileiro (artigos 4 a 23).

Alguns destaques devem ser feitos quanto ao desenrolar de atos no procedimento investigativo policial. Primeiramente, frisa-se que sequer a abertura de inquérito policial é ação obrigatória uma vez que havendo elementos essenciais e que embasam a conclusão pela propositura da ação penal, ele poderá ser dispensado pelo representante do Ministério Público.⁶

Outrossim, insta mencionar que alguns princípios basilares devem ser observados durante a investigação, tais como a legalidade (artigos 5º, II, e 37 da CF/88), impessoalidade (artigo 37 da CF/88), moralidade, publicidade (artigo 37 da CF/88), igualdade (artigo 5º, *caput* da CF/88), vedação à tortura (artigo 5º, III, da CF/88), eficiência e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegais (artigo 5º, LVI, da CF/88).

A seu turno, o ente público municipal tem sua atribuição definida pelo constituinte como uma faculdade para criar as suas respectivas guardas municipais que deverão ser comprometidas com a proteção dos bens, serviços e instalações municipais.⁷

Quanto ao papel desempenhado pelas polícias nacionais, diversos são os aspectos controvertidos de sua atuação, englobando desde o debate sobre a eventual desmilitarização das polícias dado que a realidade tem demonstrado o uso excessivo da força, até a indagação sobre uma possível unificação entre polícias civil e militar. Outras tantas discussões abarcam a problemática acerca da performance das polícias no Brasil.

Importante destacar, dentro do cenário de atuação policial, as inúmeras adversidades encontradas na rotina diária de trabalho. Como bem assevera AZEVEDO: “diante da precariedade de meios, boa parte das previsões legais que estabelecem os procedimentos a serem realizados durante o inquérito policial não são seguidos, tendo como justificativa a necessidade de lidar com as dificuldades cotidianas e responder à demanda imediata” (2014a, p. 397).

Como antes referido, o foco da presente pesquisa não é este, embora se trate de tema muito instigante. Passemos então à análise do próximo elemento

⁶ Artigo 46, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

⁷ Parágrafo 8º do artigo 144 da Constituição Federal.

formador para então melhor compreender o funcionamento do sistema de justiça criminal atual.

1.1.2 O segundo elemento formador: os órgãos institucionais de justiça criminal

Relativamente aos órgãos institucionais que fazem parte do sistema de justiça criminal brasileira, temos: juízes federais e estaduais; Tribunal de Justiça estadual e Tribunal Regional Federal; Ministério Público federal e estadual; e Defensoria Pública da União e estadual. A cada um deles compete determinadas tarefas e funções que são definidas pelo texto constitucional, pela legislação especial (como as leis orgânicas) e também pela legislação estadual de organização judiciária.

No que tange às justiças federais, segundo disposição expressa do texto constitucional, artigo 109, caberá o julgamento:

IV - Os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - Os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

VI - Os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

IX - Os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - Os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas

referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização.

Quanto ao aspecto procedimental do processo judicial criminal, importa mencionar que o Código de Processo Penal elenca os ritos aplicáveis de acordo com o tipo de crime praticado, podendo ser de rito comum ou especial (artigo 394 do Código de Processo Penal). O procedimento comum subdivide-se em ritos ordinário (crimes com sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 anos de pena privativa de liberdade), sumário (crimes cuja pena máxima cominada for privativa de liberdade inferior a 4 anos) ou sumaríssimo (infrações penais de menor potencial ofensivo - ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa - rito regulamentado pela Lei nº 9.099/95 que trata dos juizados especiais criminais, a partir do artigo 60).

Outrossim, há previsão de rito especial para o Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida) determinado pelo próprio Código de Processo Penal no artigo 394, §3º e seguintes, assim como o rito aplicável aos crimes contra a Honra determinado pelo artigo 519 à 523 e aos crimes contra a Propriedade Imaterial (artigos 524 à 530) bem como os demais ritos ditos especiais determinados pela legislação específica a exemplo da Lei Antidrogas, nº 11.343/06; da Lei Maria da Penha, nº 11.340/06 a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher; o procedimento dos crimes eleitorais dados pelo Código Eleitoral, Lei nº 4.737/65 a partir do artigo 355; entre outros.

Para além da realidade legislativa quanto à previsão de variados procedimentos processuais penais, há que se ressaltar, sobretudo, o aumento considerável dos litígios na atualidade. Especificamente no que toca à seara criminal, segundo dados oficiais do CNJ “no ano de 2016, ingressaram no poder judiciário 3 milhões de casos novos criminais, sendo 1,9 milhão (62,9%) na fase de conhecimento de 1º grau, 443,9 mil (15%) na fase de execução de 1º grau, 18,4 mil (0,6%) nas turmas recursais, 555,2 mil (18,7%) no 2º grau e 80,6 mil (2,7%) nos tribunais superiores” (CNJ, 2017, p.136).

Esta crescente litigiosidade dos conflitos e das relações tem sido sensivelmente notada pela população e pelos estudiosos e aqui será melhor abordada nos itens subsequentes, portanto, seguimos.

Não obstante, merece rápido destaque o rito procedimental dado pela Lei nº 9.099/95 que criou a figura dos Juizados Especiais em matéria criminal, os quais detêm a competência para o julgamento e processamentos das infrações de menor potencial ofensivo. São, portanto, suscetíveis ao rito especial somente os casos em que a sanção culminada, em abstrato, não seja superior a dois anos de pena privativa de liberdade.⁸

O ideal preconizado pela criação dos juizados especiais era dar celeridade e simplicidade aos procedimentos criminais mediante critérios de oralidade, informalidade e economia processual.⁹ Entretanto, o que se percebe da prática forense é o abarrotamento dos cartórios judiciais, fazendo cair por terra praticamente todos seus elementos norteadores. E esta mesma realidade se repete quando analisados os cartórios judiciais responsáveis pelo trâmite dos processos de rito ordinário.

Dentre os objetivos da Lei dos Juizados Especiais estava, precipuamente, a celeridade dos feitos, todavia a partir de sua criação muitos fatos que antes sequer eram investigados pela autoridade policial tendo em vista a pretensa insignificância dado o volume excessivo de trabalho, passaram a ser objeto de termos circunstanciados e remetidos ao poder judiciário. Tudo isso fez com que aumentasse ainda mais o volume de trabalho dos cartórios judiciais, trazendo assim aos juizados especiais o mesmo problema vivido pelas varas criminais comuns: a sobrecarga de feitos para serem julgados.

Acerca deste fenômeno ocorrido com os juizados especiais, AZEVEDO e PALLAMOLLA ponderam que “houve a inclusão no Judiciário de casos que antes não chegavam até ele. Todavia, esse aumento de casos no sistema judiciário não é entendido como o incremento do controle formal, uma vez que esses casos antes eram “resolvidos” nas delegacias” (2014, p. 179).

Para LOPES JUNIOR este feito pode ser intitulado “banalização do direito penal e do processo penal” na medida em que vem no contra fluxo das teorias críticas já que “quando todos defendem a intervenção penal mínima, a Lei nº 9.099 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social” (2002, p. 113).

⁸ Artigo 61 da Lei 9.099/95.

⁹ Artigo 2º da Lei 9.099/95.

A respeito disso, AZEVEDO adverte que “a implantação dos Juizados Especiais Criminais (JEC) integra uma lógica de informalização, entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas” (2002, p. 68).

O mesmo autor ressalta que é inegável a contribuição dada pela Lei dos juizados especiais no que tange ao acesso à justiça uma vez que permitiu às vítimas dos crimes de menor potencial ofensivo que tenham seus fatos devidamente analisados. Entretanto, diversos problemas começaram a surgir com esta nova sistemática implementada tais como a falta de pessoal necessário ao atendimento cartorário diante da enorme procura bem como a cobrança pela produtividade dos magistrados (idem, p. 72).

Outrossim, emerge também deste novo sistema chamado juizado especial uma decorrência negativa que pode ser sentida pela grande insatisfação da vítima “sentindo-se impotente e descrente da utilidade do sistema judicial” diante da verificação da “falta de preocupação com a resolução do conflito que está por trás do delito de menor potencial ofensivo” (idem ibidem, p. 73).

Tal ampliação se traduz também como verdadeira “expansão da participação das partes”, assegurando, assim, “um enfrentamento mais incisivo das questões conflituais diretamente relacionadas com o problema jurídico em tela” (ACHUTTI, 2009, p. 64). Neste aspecto, cabe frisar que diversas são as pesquisas hoje acerca do papel da vítima e os limites à sua participação no processo penal.

Levando-se em conta que o processo penal atualmente é voltado para a imposição de sanção ao infrator das leis penais, torna-se possível, assim, afirmarmos que o destinatário da norma é a sociedade em geral, mas o foco do Direito Penal seria o agressor (infrator ou transgressor) já que o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, inegavelmente.

Nesse sentido, LOPES JR menciona que “o objeto do processo não é a lide, mas sim a pretensão processual (acusatória), através da qual o autor deduz uma parcela da lide em juízo. E sua finalidade é a satisfação de pretensões e resistências, atendendo ao princípio da necessidade” (2002b, p. 132).

Desta forma, a base estrutural da infração penal é formada por um conflito entre duas (ou mais) pessoas, cada qual com sua expectativa totalmente diversa da finalidade do *jus puniendi* estatal – aplicar uma pena. A consequência lógica do atual sistema é que aquela sanção aplicada pelo Juiz, ao final do processo penal, não tem sequer ligação com a vítima – sujeito pontualmente prejudicado pelo delito.

O que percebe é que “essa neutralização, contudo, gerou ao longo do tempo, na verdade, um total desrespeito e esquecimento, porque, após a ocorrência do delito, a vítima não interessa mais ao Estado. Ou seja, a sensação da vítima criminal é a pior possível, pois o delito não foi evitado e, após sua lesão, o Estado não oferece qualquer atendimento que venha a diminuir suas necessidades” (GOMES, 2012, p.17).

A despeito disso, a vítima sempre permaneceu, de certa forma, invisível dentro do processo penal uma vez que a persecução criminal se centralizava no ofensor e no Estado, enquanto figura detentora do poder punitivo. Gradativamente, porém, tal lógica vai sendo modificada tendo em vista que o conflito abrange muito mais do que a mera punição do transgressor.

O resgate da figura da vítima vem permitindo dar uma nova direção ao processo penal de modo a torná-lo mais humanizado e mais preocupado com a dignidade humana dos envolvidos, principalmente por ter em conta a quantidade de encargos contidos atrás conflitos (sobretudo emocional e psicológico). Assim, pouco a pouco, os estudiosos vão chamando atenção para esta problemática a ponto de conseguirem reordenar o pensamento de modo a sensivelmente notar-se, não só a presença, mas a real importância da vítima dentro do processo penal.

Novas teorias vão surgindo para fins de acolhimento das vítimas de modo a permitir que sejam ouvidas visando um melhor entendimento do fato delituoso como um todo, compreendido como certo desequilíbrio nas relações sociais. A teoria mais forte e que ganha cada vez mais adeptos é a teoria da vitimologia que se dedica ao estudo de um novo sistema mais eficaz na composição dos interesses divergentes, oposto ao processo penal tradicional.

A busca pela nova significação do ofendido passa pela valorização enquanto sujeito de direitos, objetivando impor maior carga de respeito a si mesmo, bem como viabilizando dar maior confiabilidade ao procedimento

criminal. Em um primeiro momento, a vitimologia era tratada como subespécie do gênero criminologia, contudo os avanços nos estudos científicos propõem um aparte de modo a torná-la uma nova forma de conhecimento próprio, não mais subjacente a outro. Portanto, ela passa a ser entendida como um ramo autônomo da ciência haja vista possuir seu próprio método de estudo, além de finalidade e princípios inerentes.

Frisa-se, por oportuno, que não há consenso doutrinário quanto à autonomia da vitimologia reconhecida enquanto ciência eis que parte dos estudiosos ainda a compreendem como um ramo derivado do gênero criminologia. Não sendo o foco primordial do presente trabalho, optamos por não desmembrar todas as teorias existentes acerca desta divergência doutrinária. Por conseguinte, seguimos adiante.

A valorização da vítima no processo penal passa a ser notada através das inovações legislativas, mundo a fora. Conforme pesquisa, há consenso na doutrina sobre ter sido Benjamin Mendelsohn a primeira figura a utilizar a terminologia 'vitimologia' em suas falas durante uma conferência¹⁰ realizada em 1947 e, posteriormente, em sua obra denominada "*The origins of the Doctrine of Victimology*" datada de 1963.

Todavia, como nos alerta FERNANDES, engana-se quem acha que a temática é novidade uma vez que desde o período da antiguidade era possível notar a grande preocupação dos povos com as vítimas, sobretudo pela previsão desta matéria em diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles ressalta o Código de Ur-Nammu; as Leis de Eshnunna; o Código de Hammurabi; o Alcorão; o Código de Manu; a Lei Mosaica; o Direito Talmúdico e até mesmo o Direito Romano (2014, p. 383/385).

Designadamente, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou a 'Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às vítimas da criminalidade e abuso de poder' e inseriu expressamente no texto da Resolução 40/34¹¹ de 1985 que: "as vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito

¹⁰ Segundo a pesquisa realizada, Benjamin Mendelsohn mencionou pela primeira vez esta temática durante a Conferência de Bucareste em 1947 (FERNANDES, 2014, p. 386).

¹¹ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/protecao-dos-direitos-humanos-das-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html> Acesso em Out 2017.

pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciária e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional”.¹²

A partir de então, a vitimologia tem sido objeto de estudo e foco de legislações mundo a fora. A exemplo disso, ressalta-se o Código dos Estados Unidos (USCODE) que prevê um título específico para atenção às vítimas, inclusive contendo um rol de direitos; o Estatuto da Vítima em Processo Penal publicado pelo Conselho de Ministros da União europeia contendo a previsão de parâmetros mínimos a serem aplicados ao trato das vítimas (FERNANDES, 2014, p. 399/400).

Em Portugal, a Associação portuguesa de Apoio à Vítima - APAV, foi criada em 1990 e atua como instituição nacional, privada e sem fins lucrativos dedicada ao apoio, informação e proteção de todos os cidadãos vitimados com infrações penais. Labora com sistema de voluntariado, colaborando com as entidades administrativas da justiça portuguesa, com as polícias e autarquias locais; promove a solidariedade social “através da formação e gestão de redes de cooperadores voluntários e do mecenato social, bem como da mediação vítima-infractor e outras práticas de justiça restaurativa”. Além disso, possui Estatuto próprio e ajuda na promoção dos programas de informação e sensibilização da opinião pública portuguesa.¹³

O Brasil não ficou de fora neste quesito visto que, em 1984, foi criada a Sociedade brasileira de Vitimologia, com sede atual no Rio de Janeiro. Dentre suas atribuições: “a realização de estudos, pesquisas, seminários e congressos ligados à pesquisa vitimológica; formular questões que sejam submetidas ao estudo e decisão da Assembleia Geral; e manter contato com outros grupos nacionais e internacionais, promovendo reuniões regionais, nacionais ou

¹² Disposição expressa contida no item 4, letra A, do Anexo à Declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html> Acesso em Out 2017.

¹³ Informações disponíveis no site da APAV: https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/apav-1/quem-somos Acesso em Out 2017.

internacionais sobre aspectos relevantes da ciência penal e criminológica, no que concerne à Vitimologia”.¹⁴

Em 1995, a Lei dos Juizados Especiais, nº 9.099, trouxe uma forma de resgate da vítima no processo penal, ainda que apenas no tocante aos crimes de menor potencial ofensivo, posto que permitiu a celebração de acordo entre vítima e autor do fato (artigo 72) na forma de ‘composição civil dos danos’ (artigo 74).

Cronologicamente, importa aludir também a Lei de proteção à vítimas e testemunhas, nº 9.807, promulgada em 1999 que trouxe uma série de normas protetivas voltadas aos ofendidos e às testemunhas em situação de coação ou expostas à grave ameaça em virtude da colaboração tanto com a ação penal, quanto com a investigação criminal.¹⁵

Em 2006, a Lei Maria da Penha, nº 11.340, trouxe inovações quanto à proteção das vítimas já que prevê as chamadas ‘medidas integradas de prevenção’ (artigo 8º) com uma rede de atendimento e assistência às mulheres vítimas de violência doméstica familiar. Criou, ainda, as ditas medidas protetivas de urgência, fixadas no artigo 23, e voltadas exclusivamente às ofendidas, a exemplo do encaminhamento desta para um programa comunitário de proteção (inciso I) ou a recondução ao domicílio, depois de afastado o agressor (inciso II).

Ainda no que toca à participação da vítima, cabe frisar que alguns autores criticam o reforço do seu papel dentro do processo penal sob a alegação de que pode significar a permissão e o retorno da vingança privada já que se demonstra impossível dissociar tal sentimento na maioria dos casos.¹⁶ Entretanto, não são poucos os estudos desenvolvidos em torno desta situação e alguns pesquisadores afirmam que a ressignificação do papel da vítima não pode ser traduzida, pura e simplesmente, pela busca de vingança, principalmente no que diz respeito às novas formas, consensuais, de resolução dos conflitos.

¹⁴ Disposição expressa do artigo 3º do Estatuto da Sociedade brasileira de Vitimologia.

¹⁵ Definição legal expressa no caput do artigo 1º - “As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei”.

¹⁶ Dentre os críticos destacam-se Daniel Achutti, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Aury Lopes Junior.

Para ALVAREZ, quando da realização de estudo sobre as vítimas de violência doméstica no Estado de SP, ficou claro que “não são sentimentos de vingança e desejos de maior punição que necessariamente emergem das falas e das representações das vítimas”, ao contrário, “são, antes de tudo, expectativas de proteção estatal, resolução do conflito e reparação – moral e material, sem vinculação com o retributivismo clássico da pena de prisão” (2010, p. 286).

Há que se observar, ainda, que a participação pode demonstrar, além do reconhecimento sobre sua existência e importância, a conversão da velha ótica da “vítima-objeto” em “vítima-sujeito” permitindo-se, assim, que seja ouvida (ACHUTTI, 2009, p. 67). Todavia, ainda que seja temática de sobre revelo, não podemos acolhê-la a qualquer custo, sob pena de afronta, inclusive, à outros princípios constitucionais não menos relevantes que o tratamento dado às vítimas:

Assim, com inúmeras questões polêmicas acerca da figura da vítima no processo penal e com a nova tendência mundial de aproximação da vítima ao processo penal, já, inclusive, refletida nas legislações analisadas no capítulo anterior e em alguns projetos de lei, fica demonstrada a conveniência de uma análise das vantagens e desvantagens da atuação da vítima no processo penal. E, para tanto, deve-se realizar essa análise sob a visão do acusado, pois, como se sabe, o processo penal é instrumento para a imposição da pena e não para a satisfação de interesses da vítima. Também porque o processo criminal não pode ser analisado em termos de economia processual ou de rápida satisfação da expectativa da vítima, mas, sim, sob o olhar constitucional que consagra inúmeras garantias aos acusados, o que limita a atuação e a punição do Estado (GOMES, 2012, p. 94).

A problemática em torno da participação e do papel da vítima na seara criminal não é tema pacífico e levanta muitas indagações, todavia, por não ser o foco direto deste trabalho e dada a profundidade com que deve ser analisado, prosseguiremos com a análise sobre o atual sistema de justiça penal brasileiro.

Outrossim, a dificuldade que gira em torno da atuação dos órgãos institucionais da justiça criminal abarca uma série de outras temáticas, além da quantidade de expedientes para processar e julgar. Uma das críticas mais fortes

quanto ao desempenho das suas funções diz respeito à discriminação e estigmatização sofridas pelos réus e praticada pelos agentes do próprio sistema.

Inúmeras são as pesquisas dentro da sociologia e antropologia que se debruçam sobre os fenômenos da estigmatização e discriminação dos sujeitos. Os próprios atores envolvidos diretamente com o processo judicial “sentem que o processo judicial aprofunda as chagas e os conflitos sociais ao invés de contribuir para seu saneamento e pacificação” (ZEHR, 2012, p.13).

Frisa-se que a própria função da pena tem sido atacada e criticada, sob esta lógica, uma vez que sua “finalidade deve ser reconstruída ou adaptada para ter maior efetividade, cumprindo de fato com seus objetivos e não apenas infligindo uma dor gratuita ao condenado sem uma finalidade definida” (BIANCHINI, 2012, p. 78).

Tal situação não é de hoje visto que remonta décadas atrás como se pode facilmente perceber através de diversas pesquisas, em especial, merece destaque o trabalho do falecido sociólogo Edmundo Campos Coelho que se dedicava ao exame da eficácia do sistema no que diz respeito tanto à coibição dos crimes praticados quanto à forma de punição aplicável aos criminosos. Estudos realizados por ele respectivamente em 1980, 1986 e 1988 chamaram atenção para a não eficiência e baixa capacidade deste sistema no cumprimento do seu papel.

No âmbito do Tribunal do Júri de São Paulo, ADORNO elaborou uma pesquisa empírica sobre dados de 297 processos penais coletados no período de 1984 a 1988. As informações colhidas diziam respeito ao perfil das vítimas, dos ofensores, eventuais testemunhas e também dos jurados além de elementos sobre o desenrolar dos fatos. Depois de analisar a participação dos jurados, enquanto leigos e sem conhecimentos técnicos sobre leis, normas ou princípios jurídicos, conclui que a justiça penal é “incapaz de traduzir diferenças e desigualdades em direitos, incapaz de fazer da norma uma medida comum, isto é, incapaz de fundar o consenso em meio às diferenças e desigualdades e, por essa via, construir uma sociabilidade baseada na solidariedade” (1994, p.149).

Contextualizando para os tempos atuais, em que pese a atualidade das conclusões referidas por Coelho e Adorno, avançando vinte anos, AZEVEDO (2014a) ressalta que “os efeitos colaterais da adesão das organizações da justiça criminal a um modelo que pode lhes garantir a legitimidade social a curto prazo”

resulta, inevitavelmente, na incapacidade de “contribuir para a consolidação democrática”. Esta conclusão decorre da ótica de atuação escolhida pelas sociedades atuais que pugnam pela contumaz aplicação de medidas mais severas, demonstrando claramente a opção por um sistema baseado “no controle do crime em detrimento do modelo do devido processo legal” (p. 398/399).

Outrossim, cabe ressaltar que outros motores impulsionam discussões acerca da atuação institucional do poder judiciário enquanto órgão detentor do *ius puniendi*, direito conferido ao Estado. Um destes elementos de debate é representando pelas infundáveis indagações acerca do ativismo judicial tão frequente na atualidade, constatado tanto nas pesquisas acadêmicas quanto da simples observação da realidade dos processos penais.

Neste aspecto, nos adverte CARVALHO que a criação dos direitos humanos transferiu ao Direito Penal e ao processo penal o verdadeiro empecilho ao *ius puniendi* estatal (2008, p. 100). De certa forma, portanto, representa verdadeiro mecanismo que barra as eventuais arbitrariedades ou excessos que possam eventualmente ser cometidos na medida em que o rol de direitos humanos limita o direito de punir por punir ou, ainda, de impor penas exacerbadas. Não há espaço para a seletividade no campo das sanções.

Entretanto, a temática dos direitos humanos não é, sem dúvida alguma, pacífica nem incontroversa e vai além desta possibilidade de limitação ao poder punitivo estatal. Não é raro ouvir a opinião pública expressada a respeito dos direitos humanos dos presidiários. Para a maioria da população, presos não seres dotados de direitos humanos, portanto, ao cometer um crime e cumprir pena privativa de liberdade, praticamente tudo é permitido em forma de castigo e retribuição ao mal cometido pelo ofensor.

Para a população não importam as teorias acerca dos direitos humanos nem sequer se estejam elas corretas, basta que se aplique muito sofrimento e tratamento degradante a quem cometer delitos. Neste sentido, a realidade tem demonstrado a verdadeira faceta degradante e desumana dos presídios brasileiros onde muitas pessoas são aglomeradas em pequenos espaços com violação tanto da sua integridade física quanto mental, isso sem mencionar a total afronta a dignidade humana dos presos.

Para SANTOS, “a hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana hoje é incontestável”. Entretanto, ressalta o autor que, ainda que sejam universais, “a grande maioria da população não é sujeito de direitos humanos” porque considerada apenas “objeto de discurso de direitos humanos” (2013, p. 42). Tal observação reforça a opinião pública a respeito da ausência de direitos humanos para os presos.

Diversos estudiosos se dedicam ao enfrentamento deste problema carcerário e insistem na aceitação, pela população em geral, sobre as teorias e no respeito pelos direitos humanos. O resgate de valores humanistas com respeito à liberdade e igualdade, e a efetivação da alteridade são aspectos importantes na tentativa de construção de um pensamento unânime sobre os direitos humanos.

Uma conceituação precisa e única a respeito dos direitos humanos não é viável dado que esta pode variar conforme a corrente teórica seguida pelo locutor. Todavia, alguns aspectos são tidos como incontestes tais como o fato de que os direitos humanos são indivisíveis, invioláveis, universais e fruto da evolução social. Aliado a isso, some-se o fato de que o texto constitucional brasileiro prevê um extenso rol de direitos, porém não de forma taxativa, e também a previsão do crime de tortura (OLIVEIRA, 2007, p. 210).

O reconhecimento dos direitos humanos fundamentais é uma conquista da modernidade ocidental e possui forte conexão com as transformações sociais ocorridas ao longo dos anos haja vista que “materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente (WOLKMER, 2002, p. 11). Por conta disso, “a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente direitos humanos de natureza individual, social e metaindividuais” (idem *ibidem*, p. 24).

Acertadamente WOLKMER conclui que “o processo histórico de criação ininterrupta dos ‘novos’ direitos fundamenta-se na afirmação permanente das necessidades humanas e na legitimidade de ação dos novos sujeitos sociais” (idem *ibidem*, p. 7). Deste modo, conforme evolui a sociedade e os valores comuns, nascem novos direitos que se tornam fundamentais devido à convivência em comunidade.

Todavia, sob o viés crítico, HERRERA FLORES decreta que:

Nada, ni la justicia, ni la dignidade, y mucho menos los derechos humanos, proceden de esencias inmutables o metafísicas que se sitúen más allá de la acción humana por construir espacios donde desarrollar las luchas por la dignidade humana. Por mucho que se hable de derechos que las personas tienen por el mero hecho de ser seres humanos, es decir, de esencias “anteriores” o “previas” a las prácticas sociales de construcción de relaciones sociales, políticas o jurídicas, inevitablemente tendremos que descifrar el contexto de relaciones – la trama densa de relaciones que definen al sujeto – que les da origen y sentido, sobre todo si queremos huir de la tentación de “imputar” a toda la humanidad lo que no es más que produto de uma forma cultural de ver y estar em el mundo (2003, p. 06).

De forma crítica, o autor propõe um novo olhar voltado para o ambiente social onde a luta pelo acesso aos bens necessários à uma existência digna se desdobra para só então, depois, podermos indagar sobre as condições que podem influenciar positiva ou negativamente cada indivíduo. Destarte, a contextualização da temática dos direitos humanos com a seara penal possui efervescência na medida em que esta área do conhecimento lida com o direito de liberdade, e, conseqüentemente, intrinsecamente conectado à dignidade humana.

Cumprе informar, ainda e por oportuno, que imbricada à problemática em torno dos direitos humanos e à esfera criminal, encontram-se duas famosas teorias intituladas ‘garantismo penal’¹⁷ e ‘abolicionismo penal’¹⁸. Considerando a necessidade de aprofundamento em ambas e sua extensão teórica, o que não será feito aqui, estas serão apenas mencionadas a título informativo quanto à sua existência.

Retomando no que diz respeito às controvérsias envolvendo a atuação dos órgãos de justiça criminal, importa mencionar sobre os ditos espaços de

¹⁷ A título apenas informativo, a teoria do garantismo penal, cunhada por Luigi Ferrajoli em sua obra ‘Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal’, pode ser traduzida, de forma rápida e rasa, como a criação de um sistema de normas munido de garantias que visem a racionalidade do Direito.

¹⁸ A teoria do abolicionismo penal fomentada, sobretudo, por Nils Christie e Louk Housman – pensadores da fenomenologia – vem inserida na criminologia crítica e pode ser definida, superficialmente, como a vertente que considera a prática criminosa como um complexo de fenômenos e, conseqüentemente, visa criticar o universalismo presente nas leis penais e nas punições aplicáveis aos infratores.

subjetividade dos magistrados em sua atuação jurisdicional. É consabido que a neutralidade não passa de utopia, mito inatingível, uma vez que é impossível dissociar o sujeito que decide, afastando seus prévios entendimentos sobre determinada coisa ou fato.

Acontece justamente o contrário: o conjunto de ideias estruturadas sobre certo acontecimento da vida, quando aliado às regras do jogo, constrói o julgamento emitido. Obviamente que não se está falando aqui em julgar conforme apreciações ou sentimentos próprios o direito pertencente a outrem, tampouco a possibilidade de emissão de juízos de valor, mas sim da impossibilidade de total desligamento, própria dos seres humanos.

Nesse sentido:

O ideal de anulação do próprio eu como forma de assunção de uma posição de neutralidade que permitiria a obtenção da verdade guarda relação com a dicotomia moderna entre razão e emoção e a suposta capacidade que um sujeito racional teria de obter o conhecimento a partir do isolamento dessa dimensão emotiva (KHALED JR., p. 514.)

A exigência de motivação das decisões judiciais é outro importante item relacionado à subjetividade dos juízes e que serve, também, como forma de controle da prestação jurisdicional. Prevista pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal brasileira, a fundamentação se presta ao exame da racionalidade presente nos atos judiciais posto que se trata de “um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões logísticas, linguísticas, cognoscitivas e de argumentação” (TARUFFO, 2001, p. 172).

Vale dizer, tal garantia pode ser fracionada em dois aspectos: garantia política - do ponto de vista do destinatário da decisão que tem direito de saber os critérios utilizados pelo Juiz em seu raciocínio - ou garantia processual - razão pela qual se veem respeitados todos os preceitos legais e os princípios informadores do processo penal.

Esta norma constitucional exerce, além de controle, vislumbra-se inserida na realidade social enquanto garantia política inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que através dela é possível efetivar a participação popular na administração da justiça, refreando os pronunciamentos

judiciais e dando, assim, eficácia plena aos direitos fundamentais, tornando-os inatingíveis. Serve de limitação aos eventuais abusos e arbitrariedades que possam ser cometidos no decorrer do processo penal.

Quanto ao aspecto processual é inequívoco que serve também como garantia de aplicação das normas procedimentais previstas em Lei, sobretudo no texto constitucional. Assim sendo, facilita a interpretação daquilo que está disposto na decisão, esclarecendo seu conteúdo e possibilitando que a parte irredimida discorde por meio dos remédios adequados, permite inclusive eventual requerimento quanto à nulidade do pronunciamento.

Neste sentido, relaciona-se intimamente com o dever de publicidade dos atos judiciais, também preconizado pelo texto constitucional. Como vem induz GOMES FILHO, “diversamente do poder autoritário, que se exerce de forma absoluta e também oculta, o desempenho do poder no Estado democrático reclama publicidade e transparência, o que supõe a permanente explicitação das razões da atuação estatal” (2001, p. 77).

KANT DE LIMA nos alerta para as consequências que tais insurgências podem acarretar e conclui:

Vige, assim, no Brasil, um modelo de controle social, reproduzido nas práticas burocráticas dos sistemas policial e judicial, voltado para a descoberta não de uma versão verossímil e, preferencialmente, consensualizada dos fatos, mas para uma suposta verdade real a ser obrigatoriamente descoberta, embora, evidentemente, impossível de ser reconstituída em sua integralidade (2014, p. 479).

O que se denota da realidade são duas investidas bem pontuais. Primeiramente em relação do Direito Penal, temos uma “energética tentativa de ampliação dos tipos penais” de modo a criminalizar as formas de cultura e subcultura tidas por não hegemônicas. Relativamente ao Direito processual penal nota-se a “diminuição protetiva dos acusados” ao passo que se alarga a estrutura persecutória estatal com a conseqüente “diminuição dos direitos e das garantias individuais daqueles em prol de uma eficiência punitiva” (ACHUTTI, 2009, p. 58).

É em meio a este cenário de atuação dos órgãos de justiça criminal que denotamos o modo precário com que são conduzidos os ritos processuais que,

não de outro modo, acabam por reproduzir e consolidar práticas inquisitórias tão degradantes da condição humana que nos induz ao questionamento. Para ir além nesta análise, é preciso que sigamos trilhando o estudo do terceiro pilar que integra o sistema criminal de justiça.

1.1.3 O terceiro elemento formador: execução penal

A execução da sanção imposta por sentença penal condenatória, assim como todos os demais institutos do ordenamento jurídico brasileiro, tem seus limites traçados pela Constituição Federal de 1988. Em particular, merece ser dado relevo ao caráter individual da pena que não poderá passar a pessoa do condenado, bem como somente poderá ser aplicada nas formas pré-estabelecidas: privação de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, limitação de final de semana, ou, ainda, de interdição temporária de direitos) e multa.¹⁹ Ademais disso, importante salientar que o Estado democrático de Direito vigente proíbe a pena de caráter degradante, a pena de morte ou de caráter perpétuo, o banimento ou o trabalho forçado, assim como as penas cruéis.²⁰

Importa mencionar, contudo, que muito se discutiu anteriormente à Constituição Federal de 1988 e sobretudo antes da Lei de Execuções Penais, acerca da natureza jurídica da execução penal haja vista que, naquele período, o Direito Penitenciário era visto como um ramo não relacionado ao Direito Processual Penal ou Penal.

Assim, a execução era entendida como procedimento administrativo, ocorrido posteriormente à prestação jurisdicional marcada pelo processo penal e tendo como fim a sentença condenatória. A superação de tal entendimento somente se deu em 1984 com a promulgação da Lei de Execuções Penais já que, a partir desta, o juízo de execução penal passou a ter poderes para interferir

¹⁹ O artigo 32 do Código Penal define as penas e os seguintes trazem suas espécies e algumas regras gerais de cumprimento.

²⁰ Preceitos elencados nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, no rol de direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

de modo direto na administração dos estabelecimentos prisionais e relativamente aos detentos (CARVALHO, 2003, p. 171).

Enquanto procedimento, a execução da pena vem disciplinada, portanto, pela Lei nº 7.210/84 (lei de execuções penais - LEP) que traça em seu artigo 1º “o objetivo de efetivar disposições de sentença ou decisão criminal, além de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Nota-se claramente o ideal inovador, em termos de legislação nacional, com introdução da ressocialização e reintegração do apenado à sociedade.

Contudo, CHIES alerta para a tardia adesão do Brasil dos ideais de ressocialização e humanização da pena privativa de liberdade enquanto que nos Estados Unidos e na Europa tal temática já estava em declínio:

Com efeito, ainda que a LEP tenha registrado avanços na positivação de direitos sociais às populações encarceradas – o que se pode verificar pela correlação entre as assistências que ela destina aos presos e os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 – essa diferença de temporalidade, isto é, a tardia adesão brasileira a um marco pretensamente civilizatório da punição, pode ser creditada como uma das causas da parca eficácia dos dispositivos legais da LEP (2013, p. 16).

Todavia, o atual panorama de execução penal no Brasil apresenta fortes sinais de esgotamento e falência diante da precariedade encontrada nos ambientes carcerários. Dentre os aspectos controvertidos acerca da execução penal encontra-se a situação deplorável dos presídios brasileiros.

Da análise do contexto carcerário nacional, o país apresentava em 2014 o número de 563.526 pessoas presas (sem incluir o número de prisões domiciliares). Dentre este total, salta aos olhos que 41% do contingente de encarcerados são presos provisórios, ou seja, aqueles indiciados que ainda não foram condenados pelo sistema de justiça criminal (CNJ, 2014, p. 05).

Tais dados divulgados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas

Socioeducativas²¹ (DMF), ainda dão conta de que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, quando incluídas as prisões domiciliares. Tal situação eleva o país a alcançar a terceira posição mundial de maior população de presos e, ao mesmo tempo, demonstra que há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Ainda, cabe ressaltar que o número de mandados de prisão em aberto alcança 373.991. Se somados os dois índices, a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas (idem, p. 16).

Tais indicativos, por si só, representam bem a extenuação do modelo executivo criminal. Contudo, “apesar de uma consistente reflexividade crítica já consolidada acerca das práticas punitivas de encarceramento, verifica-se a insistente permanência de uma governabilidade que, além de mantê-las, renova e redimensiona os discursos e as promessas da operacionalidade dessas práticas”. Não obstante a realidade de colapso do sistema carcerário nacional e da persistência de encarceramento da administração pública, outro fator de grande revelo diz com a opinião social que fomenta tal lógica. (CHIES, 2013, p. 17).

Mas os problemas não se encerram somente no alto contingente carcerário. Diversos são os fenômenos envolvidos na falência deste sistema, entre eles, destacamos aqueles que possuem íntima ligação com o escopo deste trabalho, ou seja, aqueles que motivam o estabelecimento de um novo paradigma para a solução dos conflitos penais.

Assinalamos, neste contexto, a chamada “desculturação do sujeito” provocada pelo cárcere. Significa dizer que a inserção do indivíduo no sistema carcerário tem provocado a degradação da identidade cultural deste em razão das condições deploráveis dos estabelecimentos prisionais. Nesse sentido, BARATTA pondera que “os efeitos negativos sobre a psique dos condenados” bem como diante da longa duração da pena imposta resulta na impossibilidade de ressocialização do sujeito dito antissocial (2002, p. 184).

Uma variedade de fatores contribui para este efeito negativo sobre o presidiário, entre eles, o autor afirma que as implicações sobre a personalidade do agente delitivo vão na direção contrária ao objetivo pretendido, qual seja, o “fim educativo do tratamento” para que não volte a delinquir. O sujeito que

²¹ Informações obtidas em:

http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf

comete um crime é retirado do convívio social e inserido em outro determinado processo de socialização, entretanto, nesta seara as regras se baseiam por relações informais de poder, prepotência e submissão e diante disto, “nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar” (ibidem, p.184).

Para OLIVEIRA:

Com a internalização das regras da unidade prisional, inicia-se o processo de desorganização da personalidade do sentenciado, o que altera seu núcleo pessoal de identificação e autoimagem, resultando em sentimentos de inferioridade que viabilizam a absorção das etiquetas impostas (enquanto profecia que se autorrealiza), as quais dificultam uma primeira aceitação, pessoal, e outra conseqüentemente social (pelos outros) no retorno à comunidade (2013, p. 41).

Complementando esta noção, BARATTA refere que outro ponto também deve ser levado em consideração além da desculturação, e tal seria a “aculturação ou prisionalização”. Tal é explicado por ele como sendo o acolhimento pelo preso “das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária” (ibidem, p. 184).

Em outros termos e, resumidamente, a via é de mão dupla. Enquanto o preso sofre pela perda dos valores e da identidade cultural da categoria que pertencia (desculturação), passa a subsumir também novas ações e novos valores decorrentes da nova sociedade que passa a fazer parte (aculturação). A cultura, enquanto formadora da identidade individual do sujeito, é completamente modificada, transmuta-se.

Inobstante os aspectos negativos acima abordados, é possível ainda notar que a pena privativa de liberdade no Brasil tornou-se verdadeiro castigo físico, corporal, imposto ao delinquente diante da situação insalubre das celas prisionais, do verdadeiro amontoamento de indivíduos em um pequeno espaço físico, isto sem mencionar o alto grau de promiscuidade com que são mantidas as relações prisionais.

Alia-se a isto a lógica de que o sistema prisional nada mais é do que um grande instrumento de recrutamento para novos delinquentes e potenciais criminosos violentos. Como bem observava FOUCAULT anos atrás, “a partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o

tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente” (1982, p. 133).

Segundo afirma CHIES, o enfoque dado ao estudo em torno da problemática carcerária precisa ir além deste reconhecimento, é necessário termos em conta a chamada ‘bidimensionalidade’ na medida em que “há ainda que se reconhecer que os sistemas de penalidades exigem a si próprios a conquista de níveis de legitimidade que lhes garantam uma expectativa de vigência social não identificada apenas como manifestação de violências, mas também como um instrumento de expressão e afirmação da moralidade coletiva [com todos os paradoxos que essa moralidade possa conter]” (2013, p. 19).

A crítica do autor vai além ao indicar que devemos “atuar por intermédio da construção de um discurso técnico e científico sobre crime, pena e criminoso na satisfação da bidimensionalidade básica de legitimação de um sistema, ou seja, de conectá-lo à aceitabilidade e à coerência de uma conduta moral coletiva, além de estruturá-lo como expressão eficaz do poder do governo/Estado para impor e manter sua característica ordem social” (idem, p. 21).

De tal modo, uma grande reflexão surge na medida em que não se vislumbram, na prática, atuações estatais efetivas, tampouco políticas públicas preventivas no tocante à segurança pública. Também não é possível notar-se aptidão e capacidade, quando analisado o sistema de justiça criminal de um modo geral.

Todo este panorama que reúne uma gama de iniciativas, institutos e projetos, bem como apresenta um complexo aparato de justiça, mas que não respondem, nem um nem outro, ao problema fático do país, decorre de uma série de fatores que serão pormenorizadamente analisados a seguir.

1.2 O Estado moderno e as conseqüentes crises instauradas

A conceituação de modernidade envolve a retomada de uma série de conceitos desenvolvidos por pensadores dos mais variados locais ao redor do mundo. HABERMAS afirma que a definição de modernidade para Max Weber consiste em estreita ligação com o racionalismo ocidental e vem representado

por tudo aquilo que foi produzido pela Europa em termos artísticos, científicos e econômicos (2000, p. 03).

Todavia, ressalta que tal concepção não demonstra com fidelidade a realidade histórica e fundamenta esta afirmação nos estudos de Emile Durkheim e George Herbert Mead, apontando que a teoria social por eles definida também teve seu papel de influência na percepção do que se possa intitular modernidade (ibidem, p. 04).

Assim, para o autor, o conceito “refere-se a um conjunto de processos cumulativos e de reforço mútuo” [...] (p. 05), atribuindo à Hegel a primeira conceituação de modernidade (p. 08). Destaca que “a tradicional divisão em Idade Moderna, Idade Média e Antiguidade só pode se compor depois que as expressões ‘novos tempos’ ou ‘tempos moderno’ [...] perderam seu sentido puramente cronológico, assumindo a significação oposta de uma época enfaticamente nova” (ibidem, p. 09).

Nessa esteira, a definição dada por SANTOS resume, de forma crítica, o contexto que cerca tal titulação: “o século XXI pode ser denominado de a Era da mundialização das conflitualidades, marcada pela globalização dos processos econômicos e pela mundialização das novas questões sociais que se manifestam, de forma simultânea e com distintas especificidades, nas diferentes sociedades” (2014, p. 16).

Entretanto, como bem refere KHALED, “o paradigma moderno é caracterizado por uma concepção de conhecimentos que já está esgotada e é considerada insuficiente e até mesmo grosseira no que se refere aos desafios que envolvem o conhecimento sobre a complexidade do real” (2013, p. 192).

Para além da análise do campo científico, este esgotamento também é sensivelmente percebido diante da crise institucional enfrentada pelo próprio poder judiciário diante dos diversos problemas como altos custos dos feitos judiciais, pela morosidade de tramitação dos processos, pela flagrante ineficiência da pena de prisão, pela total degradação do sistema prisional que engloba inclusive a superpopulação carcerária. Desta forma, “aos problemas estruturais da atividade judicial soma-se uma crise do próprio paradigma epistemológico dominante da modernidade que se reflete diretamente no campo do direito” (BEZERRA, 2011, p. 214).

Assim, no evoluir da compreensão jurídica acerca das punições, a construção do chamado 'direito moderno', por sua vez, fez com que o ramo do Direito assumisse uma autoridade e uma capacidade tamanha ao legislar sobre os significados e padrões de justiça em nome de uma pretensa "ordem racional plena" (WARAT, 2001, p. 170). Por conseguinte, o paradigma da justiça criminal moderna passa a adotar o modelo penal de retribuição fazendo com o que transgressor da norma receba uma retribuição pelo mal cometido, arcando assim com as consequências da conduta por ele praticada.

A nivelção do grau de reprovabilidade da conduta cometida pelo infrator será o modo de dosar sua punição que deverá ser, conforme o modelo atual, uma pena ou uma medida socioeducativa, cada qual com seus requisitos específicos que não serão abordados em particular aqui por não influenciarem no foco de estudo desta pesquisa.

Especificamente quanto à legitimidade do direito de punir, que nos interessa mais nesta pesquisa, "temos que a aplicação puramente do castigo e da punição sobre o condenado é oriunda da tradição que confere autoridade religiosa e moral ao soberano" (TIVERON, 2014, p. 43). Portanto, nota-se que a estrutura e a fundamentação da punição vão evoluindo e modificam-se conforme evoluem também as sociedades, abandonando-se a antiga ligação religiosa ou de nobreza para compor, inclusive, a construção de um discurso que a legitime.

Para CHIES, "se é importante reconhecermos que há um sentido civilizatório a permear a história das penalidades, é imprescindível também atentarmos para as apropriações ambíguas do poder punitivo em relação a esse sentido. Elas resultam na construção de discursos que, de forma ambivalente, podem mascarar paradoxos e sobretudo ausências de compromissos políticos humano-dignificantes" (2013, p. 25).

O atual sistema penal ainda é visto como um todo unificado e concebido de forma racional, no qual todos os seus elementos funcionam harmonicamente e visam a prestação da justiça para a sociedade. No entanto, a severa crítica que fazem HULSMAN E CELIS previne, desde 1993, para a dura realidade que se demonstra completamente antagônica à harmonia:

Cada órgão ou serviço trabalho isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu

papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará de pois, não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado – o que ele procura colocar na lei, no Código Penal – e as diferentes práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. [...] Cada corpo desenvolve, assim, critérios de ação, ideologias e culturas próprias e não raro entram em choque, em luta aberta uns com os outros. No entanto, são vistos como um conjunto, ‘prestando justiça’, ‘combatendo a criminalidade’. (1993, p. 59).

Assim sendo, na atualidade, notamos como reflexo desta desconexão, que “o Estado, enquanto instituição detentora do monopólio da jurisdição, vem desempenhando papel obsoleto, eis que não responde mais com a rapidez e eficiência que demanda a sociedade moderna” (FREITAS e PELLEGRINI, 2016, p. 03), sobretudo por terem se erguido por meio de uma ótica de soberania estatal e territorialidade que não mais se perfectibilizam.

Resta inequívoco, assim, que “o desenvolvimento histórico do Estado Moderno em sua atual feição de Estado Democrático do Direito levou a um deslocamento do centro de decisões do poder legislativo (Estado Liberal) e executivo (Estado Social) para o judiciário (Estado Democrático de Direito)”, como nos assevera (BEZERRA (2011, p. 212).

Em outras palavras, “as pessoas, tendo consciência dos seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efetiva execução” (SANTOS, 2011, p. 25).

Ou seja, assistimos à substituição do sistema administrativo público pelo poder judiciário que acaba, por meio das suas sentenças, realizando as prestações sociais que naturalmente deveriam ter sido implantadas pelo poder público. Onde falha o poder público na efetiva prestação dos direitos sociais ou diante da concreta ausência das políticas públicas, o sistema judiciário é chamado para executar e fazer valer os direitos fundamentais dos cidadãos, dentre eles a segurança pública.

Nesse sentido, “o crescente acesso à justiça para a solução de conflitos de interesse em áreas socialmente impactantes evidencia que o termo jurisdição

não pode mais se restringir ao clássico dizer o Direito” (DE PINHO E PAUMGARTTEN, 2011b, p. 445).

Do mesmo modo, salienta-se que a frequente judicialização da política pode ser sensivelmente notada também frente ao aglomerado de situações que retiram a atenção da política judiciária transpondo-a para a política do poder judiciário. Desta forma, “o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários” (SANTOS, 2011, p. 29).

Cientes desta situação, AZEVEDO e PALLAMOLLA advertem que:

Com a explosão de litigiosidade, a judicialização dos novos direitos sociais e o aumento da demanda de intervenção do Judiciário em áreas antes obscurecidas por relações tradicionais de hierarquia e autoridade, o sistema de justiça mostra-se cada vez mais incapaz de dar conta de forma satisfatória desse conjunto de demandas, tanto pelo aumento da morosidade e dos custos quanto pela inadequação do tratamento dispensado a essa conflituosidade social emergente (2014, p. 175).

Essa cada vez mais rotineira judicialização das relações sociais tem alcançado níveis que alavancam o abarrotamento do sistema de justiça nacional, em especial o sistema criminal de justiça. Esta hipertrofia do sistema é facilmente constatada mediante análise dos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 34) que dá conta desta realidade vivida pela justiça brasileira ao informar que “em 2014, o poder judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (Índice de Atendimento à Demanda - IAD de 98,7%)”.

Nesse diapasão, é inegável que a sociedade contemporânea está marcada pela excessiva litigiosidade cujas causas são variadas e de intricada análise. Conseqüentemente, denota-se “fomentada pela abundante normatividade, que de forma isolada não consegue prevenir a formação do conflito, resolvê-lo, e tampouco serve para dissuadir os destinatários a não infringi-la” (DE PINHO E PAUMGARTTEN, 2011a, p. 02).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça:

As pesquisas sobre o Poder Judiciário têm apontado que o jurisdicionado percebe os tribunais como locais onde estes terão impostas sobre si decisões ou sentenças. De fato, esta tem sido também a posição da doutrina, sustenta-se que de um lado cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, dentre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual; por outro lado, tem se aceitado o fato de que escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é harmonizar a sociedade mediante critérios justos, e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma ‘tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas’. (CNJ, 2016, p. 38).

No que tange especificamente ao cenário criminal, nota-se uma natural convergência, dentro da estrutura da sociedade do imediatismo, para a demanda de punição ao passo que os investimentos sociais restam prejudicados. Nesta esteira, TIVERON salienta que:

O paradigma punitivo contemporâneo não tem logrado oferecer soluções adequadas para o problema da criminalidade crescente seja porque a reação ao crime não tem sido rápida, eficaz e capaz de prevenir novos delitos, seja porque a alegada finalidade de “ressocialização” do ofensor, se considerada como forma de intervenção benéfica e positiva nele, também não tem sido alcançada (2014, p. 125).

Diante de uma realidade que demonstra a total “desintegração social e a destruição dos laços comunitários” temos, em consequência disso, “um sistema que erigiu a privação de liberdade como resposta principal à criminalidade” (SICA, 2007, p. 04). Assim, a punição fica imediatamente relacionada à violação das regras e torna-se justificada sob o argumento de retribuição ou reequilíbrio entre deveres e direitos eis que “a partir do momento da violação o ofensor deve algo aos demais” (GIAMBERARDINO, 2015, p. 77).

A fragilidade deste discurso de retribuição e reequilíbrio é facilmente notada e desmantelada na medida em que “o nexa entre a violação de direitos de outrem e a perda dos próprios direitos não é capaz, por si só, de justificar a infligção da pena porque fundadas em premissas distintas” (idem *ibidem*, p. 78). A teoria retributiva falha notadamente porque “se as relações sociais são profundamente injustas, qualquer possibilidade de se justificar a punição sob esses parâmetros se esvai” diante da ausência da igualdade material entre os sujeitos (idem *ibidem*, p. 81).

Indo além, de forma crítica, o autor categoricamente afirma que “a atual deslegitimação e descrédito do sistema e do discurso jurídico-penal provêm de sua falsidade e desconexão perante a realidade que são, por sua vez, efeitos de uma relação da classe inerente à sua operacionalidade seletiva e corrupta como marcas estruturais” (idem *ibidem*, p. 82).

Para ele, a falta de legitimidade do sistema penal do Brasil assinala que é incapaz de produzir a censura como desejada porque marcado tão somente pela “violência brutal e seletiva” dado que se demonstra visível pela constatação de que “mesmo com altíssimos índices de violência estatal e encarceramento em massa seja empiricamente constatável a percepção subjetiva da impunidade por parte da população” (idem *ibidem*, p. 82).

Nesse sentir, TIVERON aduz que “considerando a forma como são acautelados os apenados atualmente, a pena de prisão tem sido aplicada mediante o sacrifício da dignidade humana, o que compromete a legitimidade do sistema punitivo”. Outros sintomas da flagrante fragilidade e colapso do atual sistema penal podem ser sentidos não somente pelo encarceramento em massa (campo fático), mas também nos campos político e jurídico (2014, p. 29/30).

No aspecto político, a criminologia crítica aponta que a esfera penal vem sendo usada exclusivamente como forma de controle social, criando assim uma sociedade de controle e exclusão. No quesito jurídico, temos que as finalidades ou funções atribuídas à pena são consideravelmente descumpridas eis que ao invés de prevenir e reduzir a criminalidade, acabam por impulsionar ainda mais as práticas criminosas “à medida que consolida valores delitivos” e produz ainda mais reincidência (idem *ibidem*, p. 30).

Em que pese este flagrante colapso, o poder judiciário não deve ser tratado como instituição descartável. De fato, “passa por uma crise que também

é crise de Estado e do Direito, mas não pode ser dispensado. Novas estratégias de atuação da função jurisdicional precisam ser criadas para que o cidadão volte a crer na Justiça” (SPENGLER, 2010, p. 116/117).

A retomada da legitimidade, portanto, necessita do reconhecimento dos cidadãos na medida em que “a confiança na lei e a crença na sua legitimidade são pressupostos de primeira ordem para o funcionamento exitoso do sistema e, por outro lado, a deslegitimação contínua da lei penal pode contribuir para o comprometimento deste modelo” (TIVERON, 2014, p. 40).

Conforme ressalta SANTOS “o sistema judiciário não está habituado a falar com outras instituições” e por conta disso o foco deve ser “a criação de uma cultura jurídica que leve os cidadãos a sentirem-se mais próximos da justiça” posto que “não haverá justiça mais próxima dos cidadãos, se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça”. Tudo perpassa também por uma reforma no seio do mundo jurídico eis que “sem outra cultura jurídica não se faz nenhuma reforma” (2011, p. 124).

Portanto, é preciso analisar e “compreender os fundamentos desta crise de legitimação do direito penal pode auxiliar no desenvolvimento de alternativas para se minimizar os efeitos negativos da aplicação da pena e fazê-la mais consentânea com os princípios do Estado democrático de Direito” (TIVERON, 2014, p. 31).

Segundo a reflexão dos autores DE PINHO e PAUMGARTTEN “a cultura de que qualquer interesse contrariado deve ser submetido ao judiciário deve ser urgentemente modificada, pois a ação é um direito do jurisdicionado e não um dever” (2011b, p. 448). O abandono à cultura do litígio, portanto, demonstra-se como fator determinante para a produção de melhores resultados no campo da justiça uma vez que, gradativamente, os números volumosos de demandas judiciais irão reduzir proporcionando, assim, mais tempo de dedicação e atenção com os processos ainda existentes.

Ademais, é preciso que não esqueçamos que, dada a realidade de colapso que enfrenta o sistema penal brasileiro, por todos os fatores já exaustivamente expostos aqui, querendo ou não, o próprio sistema punitivo atual é produtor de criminalidade também. Há um flagrante desequilíbrio do sistema eis que a aplicação indiscriminada da pena privativa de liberdade não produz os resultados almejados e os efeitos disso acabam sendo perversos como o

descrédito nas demandas judiciais, a morosidade excessiva de tramitação dos feitos e discrepância entre a demanda de transgressores existente e a estrutura física existente para acautelá-los.

Afora isto, as próprias características do Direito Penal e do processo penal acabam gerando nada diverso do que aquilo que já produzem na atualidade, isto é, práticas punitivas e autoritárias. Nessa esteira, SICA enfatiza que:

Em que pesem os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por um pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício de poder (2007, p. 119).

Tendo em conta isso e, diante das inúmeras crises pelas quais passa a modernidade, manifestadas por todos os argumentos anteriormente expostos, urge que abandonemos a cultura demandista, legalista e que sigamos em direção aos novos caminhos, consensuais e democráticos, como o instituto da mediação penal que será a seguir abordada como forma metodológica em ascensão e verdadeira alternativa ao atual modelo extenuado.

1.3 Mudança de paradigma: a emergência da cultura do consenso como alternativa e forma de construção de um novo sistema de justiça

Diante deste cenário de ineficiência do atual sistema de justiça criminal, visando pôr fim à cultura demandista e na busca pela pacificação social, a cultura do consenso começa a surgir também no contexto penal. Esta ressignificação de um modelo estruturado e já sedimentado, perpassa por ideias solidários, democráticos e, portanto, mais confiáveis, conforme demonstraremos adiante.

Na verdade, a proposta vai um pouco além, pois trata-se de uma nova forma de pensar a própria definição do homem e, conseqüentemente, o modo como este interage em comunidade, definindo assim quais aspectos possam

estar conectados à crise de legitimidade do sistema penal (OLIVEIRA, 2013, p. 30).

Não obstante, há que se ter em mente, ainda, que a pena, vista como elemento primordial do Direito Penal, representa nada mais do que um objeto cultural “com forte cunho axiológico e envolve os costumes, a ética e a moral social”, ou seja, está “intrinsecamente relacionada à ideologia de uma sociedade”. Conseqüentemente, as mudanças são indispensáveis já que a pena não pode mais ser vista como mera sanção ou vingança (BIANCHINI, 2012, p.76).

Portanto, questiona-se mais do que a finalidade da teoria da pena e sim a própria pena, na tentativa de dar ao Direito uma sintonia com a sociedade sob pena de haver normas com vida apenas no papel, mas sem aplicabilidade (ibidem, p. 77). É preciso ir além e adequar a forma de atuação da justiça de modo a atingir uma configuração mais eficaz desconectando-se do paradigma atual (ibidem, p. 85).

No geral, o abandono à cultura da litigiosidade, caracterizada pelo forte apego ao ‘demandismo’ como forma de solução para os embates das relações sociais, perpassa também pela análise do fenômeno da judicialização da política uma vez que o vazio deixado pelo ente público estatal quando da não realização de políticas públicas que concretizem direitos sociais, faz com o cidadão bata às portas do poder judiciário a fim de obter a concretização dos seus direitos e solucionar seus problemas. Conforme FARIA, “no contexto da judicialização das relações sociais, vivencia-se também a socialização do direito penal, quando, então, novos esforços se fazem necessários para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade” (2012, p. 01).

A relação estabelecida sob a ótica do processo judicial é marcada, portanto, por um modelo adversarial e binário que contrapõe os sujeitos, aqui chamados de partes. Destarte, há uma oposição de lugares e de sentidos. Através da análise dos fatos, um terceiro estranho à relação fática escolhe e impõe uma decisão final ao embate. A este fenômeno chamamos de exame da lide jurídica. Contudo, na maioria dos casos, as pessoas envolvidas naquela demanda judicial, ainda que tenham a sua disposição uma sentença eficaz e válida, não atingem seus objetivos fáticos. Nota-se, com isso, que o modelo judicial de solução de conflitos põe fim e esgota apenas a lide jurídica, ao passo

que não se detém sobre o problema em si, o que chamamos de lide sociológica ou conflito oculto (LIMA et al, 2012, p. 22).

Há que se considerar também que em um cenário atual, onde “a imensa maioria dos conflitos sociais de caráter criminal não chega ao sistema de justiça”, fornecendo, assim, insumos para que a sensação de insegurança e impunidade cresçam cada dia mais, bem como aliado ao fato de que “o padrão de judicialização é o da criminalidade violenta, sem a devida atenção à vítima e incapaz de contribuir para a prevenção de novos casos”, a “experimentação de um novo modelo de administração de conflitos, especialmente aqueles de proximidade, entre conhecidos” acaba ganhando peso e tomando forma (AZEVEDO e PALLAMOLLA, 2014, p. 177).

Em contrapartida ao padrão judicial de resolução dos conflitos, o modelo preconizado pelo consenso promove a humanização das relações e põe fim ao embate entre os indivíduos através da ampla participação destes na construção de uma solução. A cultura do consenso assim possui capacidade maior e mais forte de provocar a satisfação dos sujeitos envolvidos uma vez que se baseia na confiança, na plena participação e solidariedade. A cooperação é outro elemento de destaque na chamada cultura do consenso e que se contrapõe fortemente à cultura demandista.

Afora o panorama de flagrante esgotamento do judiciário, decorrente da excessiva litigiosidade da vida social atual, temos a problemática em torno do precário sistema carcerário brasileiro que não consegue cumprir com seus objetivos primordiais e produz, ainda mais, criminalidade. A respeito disso, “como reação às consequências perversas das práticas punitivas, surgem, num outro extremo, propostas pela pura e simples abolição das normas penais ou, de forma mais cautelosa, correntes que enfatizam práticas reabilitadoras ou terapêuticas como alternativas às punições” (BRANCHER et al, p. 09).

A flagrante crise do sistema de justiça fez com que “um enorme impulso às formas alternativas de resolução de conflitos” emergisse no contexto mundial. Em diversos países surge um conjunto de mecanismos judiciais ou extrajudiciais que se utilizam de negociação, conciliação, mediação e arbitragem (AZEVEDO e PALLAMOLLA, 2014, p. 176) como uma tentativa de modificar a lógica sedimentada. Estas novas práticas passam a ser tão recorrentes e com níveis

de sucesso tão altos que passam, aos poucos, a ser inseridas até mesmo na legislação mundo à fora.

Especificamente no que toca à arbitragem, segundo relatam as pesquisas, sua aplicabilidade remonta aos textos bíblicos eis que desde aquela época já se fazia referência ao método de “se entregar à pessoa de confiança comum a solução de uma pendenga”. O direito romano, por sua vez, codificou o instituto da arbitragem no *Corpus Iuris Civilis Justinianeus* e o agrupou, enquanto processo, na *Ordo Iudiciorum Privatorum* (REIS et al, 2007, pp. 07/08).

Na atualidade, é possível dizer que “a arbitragem voluntária teve maior desenvolvimento nos Estados Unidos e Canadá”. No contexto norte-americano, a arbitragem é utilizada em 90% dos casos envolvendo contratos coletivos e no cenário latino-americano a “arbitragem foi de pequena aceitação” não obstante a previsão de obrigatoriedade em países como Argentina, Colômbia, Equador, Bolívia, México, Guatemala, Panamá, Nicarágua, Paraguai e Venezuela (idem *ibidem*, pp. 14/15).

No cenário nacional, a arbitragem, ainda que já fosse prevista em ordenamentos anteriores, ganhou maior visibilidade ao ser reconhecida pela Lei 9.307 de 1996 como forma de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º), podendo ser utilizada sob duas modalidades: de direito ou de equidade (artigo 2º). Além disso, frisa-se que as partes envolvidas podem optar, de forma livre, pelas regras de direito que lhe serão aplicadas, não podendo haver violação aos bons costumes nem à ordem pública (parágrafo 1º do artigo 2º).

Dentre suas características, importa destacar, rapidamente, a autonomia de vontade dos envolvidos (manifestada pela escolha em submeter o caso à arbitragem); a informalidade e a flexibilidade do procedimento (consequentemente maior celeridade de tramitação); a confidencialidade (as partes escolhem o árbitro de sua confiança) e o sigilo; o amplo direito de defesa; a imparcialidade dos árbitros e a transparência de todas as fases do procedimento aos envolvidos. Ainda, tem como princípios norteadores: a Igualdade (aqui compreendida como a paridade entre os envolvidos que escolhem, livremente, a forma de resolução do seu conflito) e a Imparcialidade e Livre convencimento do árbitro.

Cabe destacar, ainda, que a sentença arbitral é dotada de três importantes características que fazem com que a eficácia do procedimento seja alta: possui efeitos de coisa julgada; é irrecorrível (artigo 32) e equipara-se à sentença judicial em termos de eficácia e execução posto que é considerada um título executivo (artigo 31 e artigo 515, VII, do Novo CPC) conforme prevê a Lei 9.307. Ao contrário do que ocorre na mediação, método de autocomposição onde a solução é dada pelas partes, a arbitragem ocorre por heterocomposição uma vez que o árbitro analisará e “julgará o conflito que lhe foi submetido, exercendo função semelhante ao do juiz de direito” (REIS et al, 2007, p. 20).

Outrossim, ressalta-se a existência do Centro brasileiro de mediação e arbitragem – CBMA (instituição privada fundada por associações relativas ao comércio, com sede no Rio de Janeiro²²); do Tribunal Arbitral Brasileiro (instituição privada sem fins lucrativos criada para administrar conflitos, com sede em São Paulo²³) e do Tribunal de Mediação e Arbitragem estadual do RS²⁴, instaurados em diversas seccionais espalhadas no Rio Grande do Sul.

A respeito do uso da conciliação no Brasil, salienta-se que tal modalidade já vem sendo estimulada, inclusive, pelo texto constitucional uma vez que o artigo 98, inciso II, informa que deverá ser criada a “justiça de paz para exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional”. Ademais, a partir da promulgação da Lei 9.099 de 1995 que trata dos juizados especiais cíveis e criminais, a conciliação consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro exemplo de aplicabilidade prática da conciliação vem previsto na CLT – consolidação das leis do trabalho – que prevê em seu artigo 764 que “os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”. A conciliação é incentivada em diversos momentos do processo trabalhista, desde a audiência inicial (no rito ordinário) até mesmo no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Quanto ao âmbito do processo civil especificamente, importa mencionar que o Novo Código de Processo Civil a fixou como norma fundamental do processo que “deverá ser estimulada, assim como a mediação, tantos pelos

²² Informações disponíveis em: <http://www.cbma.com.br/porquecbma> Acesso em Out 2017.

²³ Informações disponíveis em: <http://tribunalarbitralbrasileiro.org/site/> Acesso em Out 2017.

²⁴ Informações disponíveis em: <http://www.tmars.org.br/tmars.htm> Acesso em Out 2017.

juízes, quantos pelos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público” (artigo 1º, parágrafo 3º do Novo CPC).

Ainda, no que toca à previsão legislativa, cumpre salientar que a Lei nº 13.105/2015 trouxe como inovação, nesta seara, a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação, não sendo caso de improcedência liminar do pedido e estando a petição inicial com todos os requisitos essenciais preenchidos (artigo 334 do Novo CPC). Não obstante, há obrigatoriedade também de indicação, tanto na petição inicial bem como na peça de contestação, sobre a opção pela realização ou não desta referida audiência de conciliação ou mediação (artigo 319, VII, Novo CPC). Desta forma, a audiência para tentativa de conciliação só não será realizada, no âmbito do processo civil, quando as partes expressamente assim manifestarem seu interesse.

Conforme se deduz da previsão legal do artigo 166 do Novo CPC, tanto a conciliação quanto a mediação (neste caso a mediação cível) regem-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Dentre suas atribuições é possível afirmarmos que “o conciliador busca induzir as pessoas envolvidas no conflito a buscarem por si mesmas uma solução que ponha fim a ele. Procura obter uma transação entre as partes (mútuas concessões) ou a submissão de um à pretensão do outro, quando não a desistência a tal pretensão” (REIS et al, 2007, p. 18/19).

Contudo, a conciliação tem sua aplicabilidade restrita ao processo civil e ao processo do trabalho uma vez que no âmbito do processo penal apenas existe a conciliação mitigada na medida em que, na audiência preliminar, o conciliador tentará promover a composição civil dos danos (materiais e morais) decorrentes do fato delituoso (artigo 72 da Lei nº 9.099/95). Sendo viável e concretizada a conciliação nesta audiência, o processo criminal sequer será iniciado²⁵ e, nos casos de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.²⁶

Conforme aduz BRANDALISE, a conciliação civil é cabível para todos os crimes, todavia, suas consequências serão variáveis conforme o caso concreto

²⁵ Artigo 74 da Lei nº 9.099/95.

²⁶ Parágrafo único do artigo 74 da Lei nº 9.099/95.

uma vez que para os crimes de ação penal pública incondicionada, a conciliação não provocará a extinção da punibilidade já que independe da vontade da vítima, podendo apenas atingir a quantificação da pena imposta ao acusado; e nos casos de ação penal privada ou pública condicionada, a conciliação homologada terá eficácia de título executivo judicial cível e, assim, exclui eventuais medidas de caráter penal no caso de descumprido o acordo (2016a, pp. 137/138).

Porém, não havendo composição civil dos danos, o membro do Ministério Público, nesta mesma audiência preliminar, poderá propor: a imposição de multa ao agressor; uma pena de prestação pecuniária à vítima ou a determinada instituição (paga em espécie ou na forma de cesta básica); algum tipo de serviço para que o acusado faça fora do seu horário de trabalho, quando tiver; ou ainda poderá ser determinada alguma limitação de final de semana. Tais opções formam o instituto chamado transação penal consoante determinação do artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

Assim, a conciliação na seara penal, ainda que tenha uma roupagem cível, pressupõe voluntariedade já que a vontade de quem concilia deve ser livre e esclarecida acerca dos direitos que envolver. Além disso, visa a reparação da vítima como forma de reestabelecimento da paz social demonstrando a importância da participação da vítima na medida em que “encontra nela suas reais necessidades (materiais e psicológicas), em alternativa à punição em si” (BRANDALISE, 2016a, p. 141).

Daqui em diante, seguiremos com o exame das novas formas de resolução de conflitos, partindo para o estudo específico da mediação. Conforme adverte BEZERRA, “o desgaste da estrutura do judiciário que não consegue atender a demanda popular, seja no campo quantitativo quanto qualitativo, dá impulso ao surgimento de instrumentos de resolução de conflitos a margem da estrutura estatal, dentre eles a mediação” (2011, p. 02).

Especificamente quanto à temática foco deste trabalho, temos que “a mediação é um procedimento capaz de resolver problemas, porém é, também, potencialmente, uma oportunidade para estabelecer, definir, edificar ou terminar relacionamentos” (GHISLENI et al, 2011, p. 53). Inevitavelmente, através do consenso, se promove o encontro dos interesses das pessoas envolvidas e, conseqüentemente, se reproduzem respeito, confiança ao passo que se reduzem os danos e a violência.

Assim, a mediação, instituto fundamentado na cultura do consenso, na solidariedade, no respeito, no diálogo, entre tantos outros aspectos, vem demonstrando ser uma alternativa mais satisfatória para a solução dos conflitos já que suas “práticas sociais se configuram em um instrumento de exercício da cidadania na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões” (SPENGLER, 2016, p. 26).

Como aduz MIRANDA:

Como reação ao Direito Penal *prima ratio*, a diversificação, ou desjudicialização, como modelo preventivo, através da mediação penal, torna-se uma opção na composição de conflitos na esfera penal, constituindo uma prática eficaz para promover um encontro de pacificação entre vítima, ofensor e comunidade.

[...]

Dessa forma, a mediação penal, destarte, surge como técnica adequada para dirimir conflitos ocultos, direcionando a composição do problema a outras áreas não penais, demonstrando, nesse caso, ser uma terceira via para despertar uma cultura de paz, voltada para soluções de problemas existentes dentro das relações sociais. (2012, p. 01).

Mormente, a mediação norteia-se pela possibilidade de negociação entre os participantes (OLIVEIRA, 2013, p. 82) e não há espaço para a imposição de uma resolução determinada por terceiro (juiz). Assim sendo, é indubitável que “essa proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma metodologia que faça novas abordagens ao contexto conflitivo atual” (SPENGLER, 2016, p. 27), conforme analisaremos melhor no capítulo seguinte que abordará, em especial, a mediação aplicável à seara penal.

CAPÍTULO 2 – A MEDIAÇÃO PENAL

Neste capítulo analisaremos o instituto da mediação penal enquanto inovação no que toca ao trato dos conflitos penais. Partiremos do exame acerca da nascente desta prática, visando compreender melhor, assim, como se deu sua construção enquanto teoria. Após, abordaremos seus elementos e desdobramentos na forma como atualmente tem sido compreendida e para que, só então depois, possamos analisar as críticas e barreiras que tem enfrentado aqueles que defendem a aplicabilidade da mediação na esfera penal. Ainda, traçaremos um panorama quanto às experiências de mediação penal ao redor do mundo obtidas pela análise do direito comparado. Ao final deste capítulo, traremos a chamada ‘ética da alteridade’ como elemento norteador da mediação penal enquanto instrumento de concretização da justiça social.

2.1 Origem da mediação penal: a justiça restaurativa

Espécie proveniente do gênero justiça restaurativa, a mediação penal vem se demonstrando como instituto muito eficaz na resolução consensual dos conflitos penais segundo experiências retiradas do direito comparado e que serão melhor analisadas mais adiante.

Primeiramente, temos que delimitar historicamente a nascente da mediação penal não é tarefa simples, ainda mais considerando que a própria mediação é técnica aplicável desde a antiguidade. De tal modo, é identificada facilmente como uma forma rudimentar de tratar os conflitos.

Segundo informam BALLETTTO et al, uma espécie similar à mediação aparece regulada, pela primeira vez, nos textos de Ulpiano, especificamente no título XIV, Digesto 50 e também na Novela 90 *De testibus*, porém com outra nomenclatura – *proxenetae* (2015, p. 20).

Como advertem FALECK e TARTUCE, “pode-se identificar a utilização da mediação, de forma constante e variável, desde os tempos mais remotos em várias culturas [judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas

e indígenas]” (2014, p. 174). Há registros, inclusive, do que podem ser as primeiras práticas de mediação penal, no Canadá em 1974 (AZEVEDO, 2007, p. 09).

A mediação começa a nascer quando se propõe uma alteração de paradigma pautada pela ideia de um direito de reeducação e segurança, buscando fomentar um outro modo de solução para os conflitos penais que não a utilização exclusiva do Direito Penal. Nesse sentido, AZEVEDO e PALLAMOLLA enfatizam que “as abordagens vinculadas ao interacionismo simbólico e à criminologia crítica foram as primeiras a questionar os efeitos perversos gerados pelos mecanismos de controle penal institucionalizados” (2014, p. 175).

Tendo em conta isso, PALIERO informa que:

Il cambio di paradigma si registra, all'unisono, con la 'scoperta della vittima' (realisticamente da collocarsi non prima degli anni '70 del secolo ormai trascorso) e con la conseguente presa di coscienza della valenza, non solo criminologica, ma anche politico-criminale e, perché no, dommatica, del rapporto autore/vittima, vale a dire del conflitto che gli stilemi penalistici formalizzano soltanto, dopo averlo rielaborato, peraltro in forma assolutamente stereotipata e ipostatizzata.

In questo mutato- e ampliato – contesto criminalpolitico si ambienta lo 'spirito della mediazione' e nascono i primi paradigmi direttamente orientati sul conflitto, atti a valorizzare il processo conciliativo come strumento alternativo (o, quanto meno, sinergico) di rielaborazione dei conflitti tradizionalmente selezionati attraverso i tipi penalistici (2007, p. 112).²⁷

A figura da vítima, portanto, torna-se peça chave no alavancar deste novo modelo de tratamento dos conflitos penais. Assim, desde as primeiras

²⁷ Tradução livre: A mudança de paradigma é gravada, em uníssonos, com a "descoberta da vítima" (realisticamente para ser colocado não antes dos anos '70 do século decorrido) e com a consequente conscientização da valência, não só criminológica, mas também político-criminal e, por que não, dogmática, da relação autor/vítima, ou seja, o conflito penal formalizado apenas depois de ter retrabalhado, além disso, em uma forma absolutamente estereotipada e hipostasiada (uma abstração).

Nesta mutação, e ampliação, de contexto criminal-político se ambienta o "espírito de mediação" onde nascem os primeiros paradigmas diretamente orientados sobre o conflito, com o objetivo de reforçar o processo conciliatório como um instrumento alternativo (ou, pelo menos, sinérgico) tradicionalmente selecionados através dos tipos penais.

experiências de mediação penal de que se tem notícia pela doutrina já era possível perceber as marcantes presenças da vítima, com ativa atuação; do mediador, enquanto terceiro neutro e imparcial ao fato; e, até mesmo, a comunidade implicada no conflito penal:

As primeiras experiências modernas com mediação entre infrator e vítima, colocadas em prática nos anos setenta, já apresentavam características restaurativas, na medida em que, em encontros coordenados por um facilitador, a vítima descrevia sua experiência e o impacto que o crime lhe trouxe e o infrator apresentava uma explicação à vítima.

A experiência neozelandesa, baseada nas tradições maoris, ampliou esses encontros (*restorative conferences*), para dele participarem também familiares e pessoas que apoiavam as partes (PINTO, 2005, p. 23).

Entretanto, após feita essa pequena introdução, sutil e não exaustiva, acerca do que podem ser as primeiras manifestações da mediação penal na história da humanidade, para fins de organização e para que possamos melhor compreender os fundamentos deste novo instituto, esboçaremos uma análise sobre o instituto nascedouro da mediação penal, qual seja, a justiça restaurativa.

É praticamente unânime a posição na doutrina, nacional e estrangeira, de que a mediação penal é, na verdade, uma espécie derivada do gênero justiça restaurativa. Portanto, a mediação penal é entendida como uma manifestação restaurativa aplicável ao cenário criminal.

Relativamente às primeiras práticas restaurativas de que se tem notícia podem ser atribuídas às tradições culturais e religiosas da antiguidade. Quanto a este aspecto, SICA informa que “as raízes do modelo restaurativo de justiça canadense originaram-se dos tradicionais métodos aborígenes de resolução de conflitos, com o envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas” (2007, p. 23).

Proveniente das regras de solução de conflitos aplicadas pelos indígenas, sedimentou-se como opção ao tradicional sistema penal avalizado pela famigerada justiça retributiva (VELOSO et al, 2012, p. 03). Ainda sobre suas primeiras manifestações, BIANCHINI ressalta que nos Estados Unidos “os

primórdios da justiça restaurativa surgiram no final do século XIX em decorrência de disputas entre trabalhadores das estradas de ferro” (2012, p. 99).

Não obstante tal demarcação temporal, os primeiros registros de justiça restaurativa remontam a década de 1970 quando na Nova Zelândia e no Canadá foram propostas as práticas consensuais. Este marco histórico aparece em praticamente toda doutrina que se dedica ao estudo da justiça restaurativa.

No que toca à sua definição temos que perpassa as noções de orientação ou guia norteador à atuação, isto é, “mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria” (SICA, 2007, p.10).

A par disto, é possível afirmar que a justiça restaurativa se traduz como um novo olhar sobre a criminalidade e, sobretudo, sobre os conflitos. Trata-se de inovação que conjuga esforços na medida em que reúne ofensor, ofendido e a própria comunidade (em alguns casos) visando obter a reparação do dano, por meio de saídas diversas à tradicional prática jurídica. Aborda, portanto, a justiça penal de forma renovada ao dar destaque para os danos causados à vítima, não focando exclusivamente na punição do infrator.

Assim, seu alvo de atuação seria traduzido não somente pela redução da criminalidade, mas também surte efeito nos demais cidadãos não envolvidos no conflito penal e, de certa forma, modifica a comunidade em geral seja por prevenir novos delitos, seja para promover e restabelecer a coesão social. Desta feita, é possível afirmar-se também que tem seu foco de atuação voltado, totalmente, para o futuro já que visa a reparação do dano por meio da assunção de responsabilidades do ofensor e, conseqüentemente, previne a reincidência.

Destarte, a “justiça restaurativa é uma forma alternativa de tratamento do crime, da finalidade da pena e de compreensão do sistema penal, envolvendo a vítima, delinquente e comunidade – sociedade – para o restabelecimento do equilíbrio social” (BIANCHINI, 2012, p. 95). Declara o autor ser uma “nova abordagem” do crime “na qual há mudança do foco que se estuda” eis que modifica “de Estado-vítima para cidadão-vítima e de delinquente-irresponsável para infrator com responsabilidade”. Indo além, entende que “a justiça restaurativa seria uma resposta adequada à estigmatização, vergonha e recuperação do delinquente” (ibidem, p. 109).

De modo unânime, é possível afirmar que suas bases estruturais são dadas pelo respeito, diálogo, apoio e pela inclusão, portanto denota-se que seu conceito é aberto e propicia o encontro, reunião dos atores sociais envolvidos no conflito, e o reconhecimento recíproco. Assim sendo, a justiça restaurativa é voltada para o conflito entre pessoas e não para a infração de uma norma de modo que analisa tanto a responsabilidade individual (do ponto de vista de cada um dos atores sociais envolvidos) quanto social (análise dos reflexos daquela conduta isolada no seio da comunidade, podendo propiciar inclusive a reintegração do transgressor).

O rol de protagonistas envolvidos nessa sistemática de justiça – dentro do contexto brasileiro, por exemplo - é diverso do atual panorama criminal onde encontramos a figura do magistrado criminal, do promotor de justiça, do acusado, da vítima e eventuais testemunhas. Na forma restaurativa de abordagem do conflito temos a presença dos atores essenciais: vítima, ofensor e, eventualmente, a comunidade. Não há presença de diversas pessoas externas com variadas funções na busca pela imposição final de uma punição.

Não há, também, uma relação adversarial de opostos já que as práticas restaurativas são marcadas por uma associação dialogal que, como antes já informado, é voltada para o conflito entre indivíduos. Este diálogo entre agressor e vítima possibilita que seja dada voz e vez (oportunidade) uma vez que ambos poderão expor suas razões e sentimentos e, juntos, por meio do conhecimento e reconhecimento (alteridade) constroem um entendimento acerca do fato pretérito.

Dentre as inovações trazidas pela justiça restaurativa, como antes mencionado, temos a atenção dada à vítima e, mais do que isso, a possibilidade de responsabilização e reparação como formas de solução ao conflito social, em detrimento da antiga prática de imposição de sanções penais (TONCHE, 2016, p. 134). O envolvimento não só da vítima e do ofensor, mas também da comunidade, é outro destaque que pode ser agregado ao conjunto das novidades.

No que tange à sua aplicabilidade, a justiça restaurativa vem atrelada à esfera penal como antítese ao clássico sistema de justiça criminal haja vista que é voltada ao atendimento à vítima. Neste sentido, a justiça restaurativa pode inclusive ser compreendida como espécie de reforço da cidadania na medida em

que “amplia o círculo dos interessados no processo para além do Estado e do ofensor” (ZEHR, 2014, p. 24), emergindo daí seu caráter altamente democrático porque baseado na participação e na inclusão.

Ademais disso, a definição da justiça restaurativa ainda pode ser relacionada como a garantia do acesso à justiça tendo em conta seus aspectos democráticos e participativos, o que já demonstra, também, sua atuação enquanto reforço da cidadania.

Importa destacar, ainda, que as chamadas práticas restaurativas se manifestam de diversas formas: conferências familiares, círculos sentenciais, reuniões de restauração e a mediação penal (VELOSO et al, 2012, p. 04), esta última, em especial, será analisada mais adiante. Tais espécies são, todas elas, baseadas na troca havida entre vítima e ofensor, e têm sempre como foco primordial “a pacificação social e a restauração do dano causado à vítima e à comunidade” (FARIA, 2012, p. 02).

Considerando o foco da presente pesquisa, não abordaremos aqui as outras espécies como as conferências familiares, os círculos sentenciais tampouco as reuniões restaurativas, ainda que todas se demonstrem valiosos instrumentos à disposição da sociedade que busca a pacificação dos seus conflitos. Assim sendo, após concluído o estudo relativo à origem da mediação penal, seguiremos examinando, melhor e mais detalhadamente, os contornos que a definem.

2.2 Bases conceituais da mediação penal

Antes de tentar conceituar o instrumento da mediação penal, é preciso que se faça uma pequena digressão acerca da sua terminologia como forma de melhor compreender os seus propósitos e modo de atuação. O termo ‘mediação’ provém do latim “*mediare* que significa mediar, intervir, dividir ao meio” (SPENGLER, 2017, p. 20) ou seja, decorre naturalmente da ideia de meio, centro, estar entre duas coisas.

E, como tal, este ‘ficar no meio’ se concretiza pelo fato de estar entre dois lados e, portanto, nunca sobre os lados. O vocábulo vem atrelado também à

ideia de intermediar, permear. Através desta análise, podemos notar facilmente, já na nomenclatura do instituto, a intenção e, portanto, a direção dada à esta ferramenta. Tendo em vista estas noções acerca do vocábulo, cumpre frisar que a conceituação precisa, concisa e exata de mediação é algo praticamente impossível haja vista que pode se manifestar sob as mais diversas formas conforme o local em que se encontre. Sendo assim, torna-se possível somente fixar os fundamentos acerca do que pode ser este instrumento.

Por conseguinte, podemos afirmar que a conceituação do instituto da mediação penal perpassa por entre suas próprias características, sobretudo pela aproximação entre o ofendido e o agressor já que também é conhecida e intitulada como espécie 'mediação vítima-ofensor'. Esta prática tem por base o restabelecimento da paz social mediante aplicação de estratégias como o reconhecimento (alteridade) e o encontro.

Segundo a Recomendação do Conselho de ministros da Europa nº R (99) 19²⁸, a mediação penal (*victim-offender mediation*) é definida como o procedimento no qual ofendido e ofensor poderão, desde que livremente consintam, participar de forma ativa na resolução dos problemas que surgem da prática do ilícito penal, por meio da ajuda de terceiro imparcial denominado mediador.

Destarte, torna-se possível afirmar que pretende pôr um fim ao desequilíbrio das relações através do diálogo entre infrator e ofendido. Conforme salienta MIRANDA, “o principal valor da mediação reside em oferecer aos envolvidos a possibilidade de enfrentar os seus problemas pessoais em conjunto e de compreenderem-se mutuamente, reconhecendo as necessidades e culpas recíprocas” (2012, p. 04).

Esta forma de procedimento colaborativo, utiliza-se da comunicação entre os envolvidos visto que “a interação entre os participantes facilita a superação dos traumas sofridos” e, mais do que isso, permite a regeneração da própria identidade pessoal de cada um enquanto expõe seus sentimentos, seus pontos de vista (OLIVEIRA, 2013, p. 88).

Não obstante, seus importantes aspectos, como já mencionados, a comunicação, o encontro, o diálogo, o reconhecimento e a autonomia dos

²⁸ Disponível em: [https://www.mediacio.hu/files/EU_dok/CoE_R\(99\)19_mediation.pdf](https://www.mediacio.hu/files/EU_dok/CoE_R(99)19_mediation.pdf) Acesso em Out 2017.

envolvidos propiciam que tal modelo seja concebido de forma democrática, cidadã e participativa. Consoante destaque dado por TOURINHO, a teoria acerca da mediação penal “revela o início de uma ação legitimadora da justiça penal participativa, no contexto revelador do pluralismo jurídico, no sentido de afirmação de espaços decisórios e de construção jurídica diversos dos estatais, num processo de democratização e participação comunitária” (2016, p. 115).

É nessa linha que se compreende a mediação penal como uma ferramenta para “religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento” (SPENGLER, 2017, p. 20). Assim, torna-se inequívoco afirmar que esta fórmula “valoriza a autonomia dos sujeitos e o diálogo entre eles, criando espaços protegidos para a auto expressão e o protagonismo de cada um dos envolvidos e interessados – transgressor, vítima, familiares, comunidades - na busca de alternativas de responsabilização” (BRANCHER, p. 10) haja vista que, contrariando a lógica de justiça criminal tradicional que se detém sobre a violação de uma norma penal, a mediação penal enfoca nas consequências resultantes de uma ação.

Agregando-se dos preceitos oriundos da justiça restaurativa, a mediação penal pode ser definida, portanto, como um método de tratamento ou de resolução do conflito criminal mediante o encontro face a face. Assim, “promovendo um encontro mútuo entre vítima e ofensor, perante a sociedade, surge a resposta positiva de convívio, já que esta se desenvolve com a reflexão de situações vivenciadas em conjunto, e não em regras emanadas pelo Estado” (MIRANDA, 2012, p. 02).

Liga-se intimamente a este novo olhar voltado ao consenso sendo, portanto, uma divergência ao atual modo de resolver os conflitos e, principalmente, de conceber o crime. Para que o padrão do consenso seja efetivado é preciso, primeiramente, admitir que o crime é um fenômeno social altamente complexo e que envolve variadas causas. Isso reforça, sem dúvidas, a constatação de que “o sistema penal desempenha um papel bastante secundário na sua prevenção” (LOPES JR., 2002a, p. 104).

A respeito disso, GIAMBERARDINO aduz que “levando-se em conta o contexto e a realidade material local, a perspectiva de um modelo restaurativo de censura pode significar um contradiscurso capaz de conter o poder punitivo

na medida em que transforma e ressignifica a demanda e as expectativas por censura e punição” (2015, p. 134).

Nesse sentir, TIVERON afiança que “a nova proposta paradigmática é pelo reconhecimento do crime como um conflito humano, que gera expectativas outras, além do mero castigo ou da satisfação da pretensão punitiva estatal” (2014, p. 126). Assim, de modo incontroverso, a mediação penal proporciona, a partir de um novo olhar, um novo entendimento acerca do fato penal.

Buscando definir a mediação penal, FARIA afirma que a mesma “consiste no processo informal e flexível no qual se insere a figura de um terceiro imparcial – mediador –, que age com a finalidade de recompor um conflito originado de um ato delituoso” (2012, p. 03). Nota-se aqui a presença do mediador como mola propulsora da reconstrução da relação.

Por sua vez, GHISLENI e SPENGLER definem a mediação penal como decorrência do direito fraterno ao afirmarem que “pressupõe uma convivência baseada na cidadania, direitos humanos, jurisdição mínima, consenso, direito compartilhado e mediação”. Portanto, para elas, é tida como uma prática democrática, não violenta e voltada ao bem comum. Destacam que os ideais consensuais e a propositura da mediação enquanto alternativa foram fomentados pelo direito fraterno, baseado na solidariedade e na amizade, como forma de lidar com a crise jurisdicional e a ebulição dos conflitos sociais cada vez mais recorrentes (2011, p. 10 et seq.).

A vinculação ao direito fraterno se dá, na visão das autoras, pelo pensamento de ELIGIO RESTA que delimita a mediação como “a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa” (RESTA, apud GHISLENI e SPENGLER, 2011, p. 24).

Indo um pouco além, o italiano PALIERO, entende que a mediação pode ser tida como o mais empírico dos instrumentos de reação ao ilícito já que é o único que permite constatar, rapidamente, seus resultados, que podem ser dois: ouse obtém êxito e concilia as partes, ou falha e abre margem aos outros tipos de soluções mais invasivas para o réu:

La mediazione appare il più empirico degli strumenti di reazione all'illecito, l'unico che cioè permetta di verificare in tempi brevi i risultati del suo utilizzo: o riesce e concilia le parti, o fallisce lasciando spazio ad altri tipi di soluzioni più invasive per il reo (2007, p. 132).²⁹

Para o autor, a mediação tem início com a suposição de que o valor da intenção pode compensar e restabelecer o desvalor do fato e, desta forma, serve de ferramenta para a composição de conflitos antes direcionados aos tipos penais:

La mediazione parte dal presupposto che un valore d'intenzione possa compensare e reintegrare il disvalore del fatto, è quindi uno strumento compositivo di conflitti programmaticamente e pregiudizialmente orientato alla profilo suggestivo del comportamento tipico (PALIERO, p. 123).³⁰

Outrossim, há que se atentar para o fato de que a mediação penal não pode se reduzir ao entendimento e conceito como uma forma de burlar a imposição de pena aos infratores, mas uma forma de resistência ao poder punitivo eis que “no se trata meramente de evitar ese poder, sino de diseñar otras formas de ejercer la punición que no sean exclusivamente las de la pena de prisión” (MARTÍN, 2010, p. 154).

Nesse sentido, TOURINHO afirma, categoricamente que:

A mediação de conflitos na esfera criminal deve possuir sua esfera de atuação, com uma resposta alternativa e autônoma ao delito. Não se afasta, com ela, a aplicação de outras espécies de sanção penal, todavia, promove-se um esvaziamento destas penas, notadamente, quando se refere à pena privativa de liberdade, lócus da discussão mais acirrada em matéria penal. O que se percebe, portanto, não é a extirpação da regulamentação estatal, principal agente normativo, como afirmado outrora, mas sua minimização, considerando a

²⁹ Tradução livre: A mediação parece ser a mais empírica das ferramentas de reação ilícita, a única que é capaz de verificar rapidamente os resultados do seu uso: ou é bem-sucedida e reconcilia as partes, ou falha, deixando espaço para outros tipos de soluções mais invasivas para o infrator.

³⁰ Tradução livre: A mediação parte do pressuposto de que um valor de intenção pode compensar e reintegrar a desvalorização do fato, é, portanto, uma ferramenta composicional de conflitos programática e prejudicialmente orientada para o perfil subjetivo do comportamento típico.

possibilidade de existência de outras fontes do Direito além dos limites do Estado (2016, p. 111).

À vista disso, a mediação penal visa contribuir com uma justiça penal menos retributiva, voltada mais para a vítima e para o infrator visto que “lo que persigue la mediación es la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos” (MARTÍN, 2010, p. 155). Em outras palavras, a mediação indica “um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significa uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes” (SPENGLER, 2017, p. 26).

Entretanto, para SICA, é importante que a mediação penal não seja instrumentalizada como a atual lógica punitiva de retribuição, pois assim seu objetivo se esvaziaria por completo. A mediação penal, portanto, deve ser recebida como um modo complementar e nunca como substituto penal na medida em que “situa-se numa fronteira móvel ou, justamente, tem a pretensão de demarcar a fronteira da penalidade numa perspectiva mais humanista, menos inflexível e centrada na participação popular na administração da justiça” (2007, p. 80). Deste modo, não se pode afirmar que a mediação penal surgiu para substituir a pena e o processo penal, segundo o autor.

Entretanto, a contrário senso, PRADO entende que a mediação aplicável à seara penal subentende o não exercício do direito punitivo estatal na medida em que o mediador, interventor desinteressado, conduzirá a reconciliação dos envolvidos sem que uma pena seja imposta ao transgressor da norma penal. Ocorreria, desta maneira, a preponderância da autonomia das partes sobre o *jus puniendi* (2002, p. 89).

Em que pese a validade e pertinência da discussão trazida acima, o presente trabalho não tem o condão de esgotar a tônica haja vista o recorte temático dado à pesquisa. Assim sendo, após delimitada a origem e depois de esboçadas as bases conceituais sobre as quais se desenvolve o estudo da mediação penal, analisaremos os elementos que a compõem bem como os princípios a ela aplicáveis e os desdobramentos encontrados na doutrina.

2.3 Elementos, princípios e desmembramentos da mediação penal

Diversos são os elementos caracterizadores da mediação penal que, inclusive, podem ser facilmente confundidos com os princípios que a norteiam. No que toca às suas características, temos que a mediação penal é formada por: privacidade; economia financeira e de tempo; oralidade; reaproximação das partes; autonomia das decisões; equilíbrio das relações e a satisfação das partes (GHISLENI et al, 2011, p. 48). Aliadas à essas, some-se a intervenção de um terceiro imparcial; o consenso das partes sobre sua opção e sua natureza extrajudicial (SICA, 2007, p. 54).

A Resolução nº 2002/12 da ONU trata dos princípios básicos para utilização dos programas de justiça restaurativa em matéria criminal e, conseqüentemente, fixa também os princípios norteadores da mediação penal. São essencialmente: neutralidade do mediador; participação voluntária das partes; confidencialidade das sessões e informalidade do procedimento. Na visão de SICA, “os requisitos para qualificar a mediação penal são voluntariedade; confidencialidade e oralidade; informalidade; neutralidade do mediador; ativo envolvimento comunitário; autonomia em relação ao sistema de justiça” (2007, p.55).

Tanto seus princípios quanto seus elementos caracterizadores encontram-se intimamente interligados fazendo com que, por vezes, haja confusão entre eles. Assim acontece com a ‘oralidade’ haja vista que “é um elemento da mediação capaz de demonstrar sua informalidade, pois traz a oportunidade de as partes debaterem seus problemas à procura de uma solução plausível” (GHISLENI et al, 2011, p. 48).

Quanto à informalidade do procedimento cabe ressaltar que esta decorre da não prática de um rito tal qual ocorre no processo criminal. Além disso, a linguagem utilizada pelos mediadores também faz com que o caráter informal seja sensivelmente notado pelos envolvidos.

Um dos destaques da mediação penal é o seu caráter reparador que também pode ser tido, por muitos, como sua função primordial. Esta reparação deve aqui ser entendida como uma restauração da situação fática anterior ao

conflito, isto é, busca o restabelecimento da paz na sociedade e o entendimento entre os sujeitos.

Para a consecução da finalidade reparatória, o interventor, intitulado mediador, deverá exercer sua função de modo independente, imparcial e colaborativo. A própria complexidade da relação fática submetida à mediação determina, inclusive, que seja feito uso de conhecimentos interdisciplinares. Por conseguinte, não é raro que a figura do mediador intervenha fazendo uso de compreensões das mais diversas áreas do conhecimento tais como Direito, Sociologia e Psicologia.

Destarte, temos que “o papel do mediador não é o de impor um acordo entre os intervenientes, [...] mas sim o de promover a interação entre vítima e infrator, de modo que cada um assuma um papel ativo na construção de uma solução considerada como justa por ambos” (MIRANDA, 2012, p. 06).

Em vista disso, “o diálogo deve manter sempre o tom de colaboração e não de competitividade, sob pena de que a mediação se reduza a um instrumento de vingança privada” (OLIVEIRA, 2013, p. 87). A comunicação deverá ser, portanto, inclusiva visando a harmonização da relação fragilizada pelo delito. O mediador deverá agir, desta forma, como facilitador do diálogo entre a vítima e o ofensor, o que torna o procedimento, até mesmo, mais humanizado.

E mais do que isso, o elemento reparador de toda mediação necessariamente trabalha com a mitigação da punição (ou da pena de prisão em si mesma) uma vez que a vítima renunciará ao castigo do ofensor quando resolve apagar o fato da sua chamada ‘memória dolorosa’, seguindo adiante na construção da solução consensual do conflito, segundo bem observa PALIERO:

La mediazione che giunge alla riparazione può qui atteggiarsi in modo diverso rispetto al disvalore del fatto. Il barometro de rapporto tra questi è costituito dalla applicazione o meno della pena e dalla misura di questa. La rinuncia alla pena indica che il disvalore del fatto è stato cancellato dalla "memoria dolente" della vittima e della collettività, per rifluire al più in una "memoria atarassica", cioè non problematica. La mitigazione della pena segnala invece che si è giunti solo ad una

riduzione del disvalore del fatto e del correlato impatto emotivo sulla vittima, e per espansione, sull'intera collettività (ibidem, p. 121).³¹

Segundo destaca o autor, o elemento que visa a reparação permite que seja reabsorvido o delito cometido pelo agressor, seja de forma total ou parcial. Assim, podemos afirmar que a mediação tem o condão de ampliar o fato, incluindo nele as vozes que não são levadas em conta pelo método tradicional de análise do crime:

La riparazione permette di riassorbire interamente o anche solo in parte questa offesa, così che il disvalore di evento prima allargato in sede di mediazione, perché portato a comprendere anche "voci" di danno che tradizionalmente non vengono considerate nella "Tort Liability" (latamente intesa), viene alla fine ridotto o eliminato dalla riparazione (ibidem, p. 123/124).³²

Quando comparada ao atual modo de resolução e tratamento de conflitos, a mediação penal ainda se constitui em procedimento mais confiável na medida em que se caracteriza pela participação ativa na construção da solução para o seu conflito. Assim, ao inserir a vítima na resolução do conflito, “dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público” (SICA, 2007, p. 05).

Acerca do papel e da atuação da vítima neste novo panorama, BIANCHINI ressalta que, “como principal integrante da lide, é o elemento que sofre os maiores danos. Recebe a agressão em diversas perspectivas, de modo que se

³¹ Tradução livre: A mediação que chega à reparação pode assumir uma atitude diferente em relação ao valor negativo do fato. O barómetro da relação entre estes é constituído pela aplicação ou não da frase e a mistura dela. A renúncia ao castigo indica que a desvalorização do fato foi apagada da "memória dolorosa" da vítima e da comunidade, para retornar a uma "memória atarácica", ou seja, não problemática. Por outro lado, a mitigação da punição indica que apenas a redução do valor negativo do fato e o impacto emocional correlacionado sobre a vítima e, por expansão, sobre a coletividade.

³² Tradução livre: A reparação possibilita a reabsorção total ou parcial dessa ofensa, de modo que a desvalorização do evento se expandiu pela primeira vez na mediação, porque também incluiu "vozes" de danos que tradicionalmente não são considerados na "responsabilidade extracontratual" (de forma latente), ao fim é eventualmente reduzido ou eliminado da reparação.

faz necessário que o seu papel seja atuante para recuperação e superação do fato” (2012, p. 112).

Outrossim, importa mencionar que a existência ou não de culpa na conduta penal praticada pelo infrator não é objeto de discussão da mediação penal, assim como sua inocência, já que um dos pressupostos para sua realização é que esteja incontroversa a prática do delito, conforme a própria Resolução da ONU assim o determina³³. Nesse sentir, PINTO ressalta que:

Releva notar que o processo restaurativo só tem lugar quando o acusado houver assumido a autoria e houver um consenso entre as partes sobre como os fatos aconteceram, sendo vital o livre consentimento tanto da vítima como do infrator, que podem desistir do procedimento a qualquer momento (2005, p. 24).

No que tange aos seus predicados, como antes informado, tanto vítima quanto agressor possuem garantida a oportunidade de se manifestar, de forma que podem, assim, expressar o que sentem relativamente ao fato ocorrido. Assim, é possível notar seu caráter fortemente dialógico aliado ao respeito, também presente nesta modalidade. Tal situação se coaduna, aliás, com o caráter dialogal desta modalidade de resolução dos conflitos penais.

Nessa perspectiva MIRANDA afirma que “indubitavelmente, o principal valor da mediação reside em oferecer aos envolvidos a possibilidade de enfrentar os seus problemas pessoais em conjunto e de compreenderem-se mutuamente, reconhecendo as necessidades e culpas recíprocas” (2012, p. 53).

Formada pelos elementos obtidos a partir da teorização da justiça restaurativa, a mediação penal permite então que paradigmas sejam rompidos e que se avance no sentido de um fortalecimento democrático e cidadão, sobretudo como modo de consolidação da dignidade humana. Tudo isso corrobora para uma nova visão sobre o crime já que passa a ser visto como uma

³³ Segundo informa o item II – utilização de programas de justiça restaurativa, número 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. Texto completo da Resolução 2002/12 disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_2002_12.pdf Acesso em out 2016.

ruptura entre as relações, deixando-se de lado a antiga interpretação binária – crime e castigo.

É nesse sentido que SICA declara que “o conceito elaborado de mediação como reação penal e não como pena, evita os problemas da negociação promovida sob a ameaça do poder punitivo, uma vez que, tanto na forma, como no conteúdo, a mediação não recepciona qualquer resposta sancionatória” (2007, p. 156).

Considerando a matriz de onde se origina, “partilha dos princípios humanistas, mostrando que é possível restaurar em vez de punir. Visa, ainda, reforçar os sentimentos de solidariedade social, pilar da modernidade” (FARIA, 2012, p. 06). Tal lógica é expressamente percebida, no cenário nacional, quando da análise dos princípios definidores da mediação geral, contidos no artigo 2^a da Lei 13.140/2015 – Lei da Mediação:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

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.

Outro destaque dado a este instituto inovador decorre do fato de que seus custos são reduzidos quando comparados ao valor gasto com o processo criminal já que se demonstra também como um procedimento mais célere. Contudo, ao mesmo tempo, a mediação não pode ser concebida como exclusivamente uma forma de acelerar a resolução dos embates penais, tampouco pode ser usada como forma estrita para a redução da quantidade de processos criminais uma vez que, “diante da complexidade das questões em causa, é necessário que exista um período de maturação para a consecução do acordo” (OLIVEIRA, 2013, p. 84).

Dentre seus elementos, destaca-se também o sigilo do procedimento bem como a confiabilidade envolvida nas atividades do mediador. A técnica intitulada

rapport significa que o mediador deverá ser escolhido pelas partes envolvidas no conflito conforme a proporção de confiança que possuem naquele. Além disso, o sigilo exigido para as sessões faz com que vítima e ofensor confiem mais no procedimento como um todo (SPENGLER e NETO, 2012, p. 195).

Quanto aos seus desdobramentos, o estudo da mediação penal enfrenta muita resistência quando à sua aplicabilidade no Brasil. Tal se dá por parte tanto dos operadores do Direito, como alguns membros do Ministério Público, juízes e advogados, quanto pela própria população em geral que não dá crédito às formas não judiciais de resolução do conflito.

Dentre as críticas que recebe, a preocupação com o fomento da vingança privada e, portanto, um retrocesso histórico, encontra-se entre seus fundamentos. E, a respeito disso, cumpre informar que a mediação penal, em verdade, representa a retomada das antigas formas de solucionar os embates sociais pautada por regras que promovem a pacificação social ao invés da violência por todos seus elementos característicos, antes expostos.

Outrossim, importa mencionar também que, enquanto procedimento complementar ao atual sistema de justiça criminal, a mediação penal utiliza-se de uma nova metodologia para recompor as relações sociais e com seus instrumentos promove a reintegração do ofensor no seio social da comunidade; transforma os sujeitos envolvidos de modo a prevenir futuras reincidências delitivas; oferta o empoderamento das vítimas penais e, sobretudo, estimula, e porque não, recupera, a dignidade humana dos envolvidos.

Os obstáculos que enfrenta tal instrumento de pacificação social não são poucos assim como as críticas existentes, ainda que nenhum projeto específico de mediação vítima-ofensor esteja em aplicabilidade no cenário brasileiro na atualidade. Mas, diante disso, indaga-se: o que impede que tal inovação seja implementada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro? Alguns apontam a carência legislativa como resposta a este questionamento.

Isto porque, não obstante o caráter democrático e inovador que tal modalidade de justiça propõe, ainda não encontramos recepção normativa no ordenamento jurídico nacional, a despeito dos outros diversos projetos restaurativos em prática atualmente. Em que pese as discussões sobre sua viabilidade sejam sensivelmente registradas desde 2004, notadamente pela aprovação da Emenda Constitucional nº 45 (reforma do judiciário), bem como

através da missão de ampliar o acesso à justiça, ainda não há regulamentação legislativa no Brasil especificamente para a mediação penal.

Todavia, para aqueles que estudam afundo tal temática, a não existência de legislação que a regule não deve ser um impeditivo para sua experimentação e implementação haja vista que, ao contrário do que se espera, não é a normatização que a fará eficiente. Alguns autores³⁴, inclusive, mencionam que a regulamentação do instituto poderá ocasionar o mesmo efeito negativo obtido pela conciliação, sobretudo aquela preconizada pela Lei dos Juizados Especiais. Não se pode perder o foco; se tratamos aqui de uma forma alternativa de solução dos litígios, como alternativa ela deverá ser mantida para o bom andamento e funcionamento do instituto.

A Lei 13.140, chamada Marco Legal da Mediação, promulgada em junho de 2015, trouxe, sem sombra de dúvidas, inovações ao ordenamento jurídico brasileiro ao dar, oficialmente, existência legislativa à figura da mediação. Entretanto, assim sendo, regulamentou o procedimento da mediação sem prever nenhum artigo que menciona a possibilidade de aplicação na esfera criminal. Em linhas gerais, a “mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias” foi regulamentada no país.

Por sua vez, a Resolução 125 do CNJ do ano de 2010 trouxe a regulamentação da mediação em seus mais variados aspectos e tem como objetivo fomentar o uso de práticas não adversariais, como o processo judicial. Mais do que isso, tal resolução consolidou a mediação enquanto política pública nacional dando ênfase à participação social do cidadão por meio de mais uma forma de acesso à justiça (SPENGLER, 2017, p. 66).

Conforme expectativa de SPENGLER significa, conseqüentemente, possuir uma “alternativa que pretende mais do que simplesmente desafogar o judiciário, diminuindo o número de demandas que a ele são direcionadas. O que se espera é uma forma de tratamento dos conflitos mais adequada, em termos qualitativos”. Assim, pela via reflexa, contribuirá também para a “construção de outra mentalidade” com vistas à pacificação social, “abandonando a cultura do litígio” (2017, p. 69).

³⁴ Dentre as obras e artigos científicos lidos e dentre os adeptos desta opinião, destacamos: Leonardo Sica, Rafaela Pallamolla e Daniel Achutti.

Além disso, outro fator de impacto mencionado diz com a baixa aceitação da população, ainda descrente em formas alternativas ao processo judicial e à famigerada prisão. Pela via reversa, tais situações representam grande risco ao ideário consensual já que acabam reforçando e consolidando ainda mais o atual modelo justiça penal retributiva-punitiva. Entretanto, a despeito do clamor público que pugna, cada vez mais, por punições e penas mais severas aos infratores penais, é cediço que:

Já está ultrapassada a equivocada visão que o cárcere é o remédio para a criminalidade, e que as medidas alternativas são muito mais justas e eficazes como resposta para a maioria dos delitos, embora, ressalte-se, as penas alternativas enfocam mais a perspectiva do infrator, e têm sido desacreditadas, com o pagamento de cestas básicas, no Brasil, numa desmoralização da Justiça, principalmente por se acabar privilegiando acusados com poder aquisitivo alto, fazendo as pessoas se sentirem até mesmo insultadas (PINTO, 2005, p. 29).

No que tange ainda à crítica quanto ao não uso da pena privativa de liberdade pela mediação penal, não podemos deixar de mencionar a flagrante ineficácia do cárcere e o atual índice de pessoas reclusas. Não só no Brasil, como em diversos países mundo a fora, a criminalidade aumenta e a prisão já não é mais tida como única resposta a este complexo problema social:

O grau de efetividade dessa intervenção estatal, que privilegia o encarceramento, é muito baixo. Não há dados seguros a sustentar a conclusão que o encarceramento implica redução das taxas de criminalidade ou reincidência; ao contrário, o caráter dissuasório da pena privativa de liberdade perde força quando se ultrapassa uma determinada taxa de encarceramento, em razão da banalização da medida (DE VITTO, 2005, p. 42).

Os fins da pena, tais como preconizados pela legislação brasileira, por exemplo, não são cumpridos quando analisado o sistema carcerário do país. Nem a ressocialização, nem a reinserção do condenado na sociedade são possíveis na prática. Assim, a mediação penal, quando contraposta ao atual modo de justiça criminal baseado na retribuição a partir da prisão, demonstra-se

muito mais efetiva por propiciar a reinclusão social do ofensor uma vez que, enquanto participa do procedimento mediador, reflete suas ações e as implicações ocasionadas aos outros. Consequentemente, possibilita a percepção do fenômeno como um todo porque construída por meio da comunicação entre as partes envolvidas no conflito, o diálogo é a mola propulsora das técnicas de mediação.

Não obstante as razões expostas acima que dão conta de rebater, com tudo, as críticas quanto à mediação penal, um detalhe ainda salta aos olhos no quesito prisão: a atual situação degradante dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Este fator crucial já foi abordado outrora, nesta mesma pesquisa, e acaba sendo retomado na medida em que desbanca com facilidade qualquer tese sobre a efetividade da pena privativa de liberdade.

Quanto à tal crítica, rebatemos de forma contundente com o pensamento cirúrgico de CHIES:

Que o “bom presídio” é um mito... Mesmo as mais adequadas e salubres estruturas, acompanhadas de dignos serviços de hotelaria e do acesso aos direitos da utopia da pena neutra, não retiram – apenas anestesia – os efeitos perversos do sequestro. A prisão é uma instituição antissocial, deturpa qualquer possibilidade de reprodução de condições mínimas de sociabilidade saudável, motivo pelo qual é muito difícil se realizar análises que, ao final, concluam por uma solução de seus paradoxos. Nenhuma conclusão será pelo melhor, mas sim pela maior possibilidade de redução de danos ou por sua abolição (2013, p. 33).

Outro óbice é representado por sua flagrante incompatibilidade com alguns princípios norteadores do processo penal, tais como a presunção de inocência ou não culpabilidade e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública pelo Ministério Público.

Com respeito ao princípio da oportunidade da ação penal, vale ressaltar a reflexão trazida por PRADO:

Assim é que as questões criminais passaram a receber tratamento penal diversificado, que varia da aplicação do princípio da oportunidade da ação penal – em – às soluções diretamente negociadas, quer por

meio da mediação propriamente dita, quer por força de conciliação ou transação, envolvendo desde a definição do objeto litigioso (acordo sobre a infração penal atribuível ao imputado) até o acerto a respeito da medida de pena (2002, pág. 87).

Assim sendo, não se cogita da incompatibilidade da técnica de mediação penal com o princípio da obrigatoriedade penal já que decorre naturalmente de outro enunciado, princípio da oportunidade da ação penal.

Relativamente ao princípio de não culpabilidade temos que a mediação penal se coaduna perfeitamente com tal lógica na medida em que é pressuposto para sua realização que o fato típico seja incontroverso. Da mesma forma e, como já antes referido, é necessário que não haja discussão acerca da autoria do delito para que a mediação penal possa ser proposta e iniciada, ainda que se trate de prática que dispensa a atividade probatória (SICA, 2007, p. 87).

Outra indagação vem expressada por GOMES PINTO acerca do princípio da irrevogabilidade do acordo restaurativo/mediador e a renúncia ao direito de queixa ou representação da vítima. “Considerando que o acordo extingue o direito de queixa ou representação, caso o infrator descumpra o acordo restaurativo, como fica o resultado restaurativo estabelecido anteriormente?” (p. 31). “Uma vez que desde que a vítima seja informada de maneira clara e inequívoca de que acordo importará em renúncia ao direito de queixa ou representação, de sorte que lhe restará apenas a busca da reparação cível negociada” (idem *ibidem*).

Diversas controvérsias são formuladas a respeito da compatibilidade da mediação penal com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com os princípios norteadores do processo penal. Entretanto, devido ao prolongamento que tal análise demandaria, optamos por demonstrar alguns dos aspectos controversos encontrados na pesquisa bibliográfica realizada.

Ainda no que toca à previsão legislativa acerca da mediação penal no Brasil, cabe registrar que em 2006 foi apresentado o projeto de lei nº 7.006 visando sua regulamentação dentro do sistema criminal, trazendo inovações como a previsão do princípio da disponibilidade da ação penal, além de acrescentar nova hipótese ao artigo 107 do Código Penal – o cumprimento do acordo restaurativo é inserido como nova causa extintiva da punibilidade do

agente. Porém, até então encontra-se em tramitação, tendo sido apensado ao projeto de lei 8.045/2010 que trata do novo Código de Processo Penal.³⁵

Tal projeto trouxe no artigo 1º o cabimento do uso facultativo da justiça restaurativa – considerando o texto legal expresso no artigo 2º, a mediação penal encontra-se abarcada no rol de práticas. Todavia, não previu quais condutas lesivas podem ser submetidas ao procedimento restaurativo:

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 2º - Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Salienta OLIVEIRA que a principal crítica diz respeito ao espaço de discricionariedade do Juiz para determinar, ou não, a realização da mediação penal (encontro vítima-ofensor), após ouvido o representante do Ministério Público (2013, p. 97).

Desta forma, como nos adverte TIVERON, a chamada prática restaurativa no Brasil vem sendo desenvolvida onde encontra brechas, ou seja, nos casos em que há *locus* para o consenso - designadamente nos juzizados especiais criminais mediante conciliação - ou ainda nas situações que não envolvem a ocorrência de crimes (2014, p. 379).

Ainda que não haja previsão nem regulamentação no ordenamento jurídico, o Brasil já vem colocando em prática alguns projetos restaurativos que demonstram bons índices de eficácia, entre eles destacamos: a) Justiça para o século XXI implementado em Porto Alegre junto à 3º Vara da Infância e da Juventude em parceria com a UNESCO³⁶; b) Justiça para maiores no Distrito

³⁵ Informações disponíveis em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>

³⁶ Surgiu a partir do projeto piloto intitulado “promovendo práticas restaurativas no sistema de justiça brasileiro, promovido pelo PNUD e Ministério da Justiça, em 2005. Visava a resolução de

Federal³⁷; c) Projeto Largo do Tanque³⁸; d) Projeto Cantareira³⁹. Frisa-se que tal rol é meramente exemplificativo acerca da existência de propostas práticas mesmo que ausente legislação correlata que as regulamente.

A seguir analisaremos brevemente as experiências de mediação penal obtidas junto ao direito comparado, o que nos permite, além de ampliar o espectro de aplicação prática, conhecer e até mesmo exportar seus preceitos e a forma como são empregadas, de modo a contribuir para a experiência brasileira.

2.4 As experiências do Direito comparado

Diversas experiências de mediação penal ao redor do mundo vêm chamando atenção. Neste espaço, a título informativo e incentivador, abordaremos alguns dos casos encontrados no direito comparado, obtidos a partir de pesquisa bibliográfica. Frisa-se que a presente pesquisa não pretende esgotar a temática haja vista a profundidade e extensão que tal estudo demandaria, entretanto cabe demonstrar aqui a viabilidade do instituto da mediação penal a partir das experiências existentes.

Ao fazer um breve histórico acerca do surgimento das primeiras experiências internacionais, BIANCHINI informa que em 1980 a Austrália criou centros experimentais de justiça comunitária na cidade de Nova Gales do Sul e

conflitos baseada na doutrina da proteção integral da infância bem como pelos movimentos pela cultura de paz. Fonte: http://www.justica21.org.br/j21.php?id=89&pg=0#.V_OwVWogrLIU

³⁷ O projeto partiu da “Comissão para o estudo da adaptabilidade da justiça restaurativa à justiça do DF” e começou a funcionar em 2005 junto aos juizados especiais do Fórum do núcleo bandeirante. Era aplicado às infrações de menor potencial ofensivo. Se destaca entre os projetos restaurativos por ter sua aplicabilidade voltada aos adultos infratores, mediante técnica de atuação da mediação entre vítima e ofensor. Outra inovação fica por conta da possibilidade de participação de apoiadores, interessados, supostos responsáveis civis ou até lesados (TIVERON, 2014, p. 375).

³⁸ Iniciado em 2005, conta com equipe interdisciplinar e também com a ajuda das polícias civil e militar. Oferece tanto a mediação penal quanto a conferência comunitária restaurativa. Além disso, existe uma preocupação com o cumprimento dos acertos já que a equipe procura os envolvidos, passados seis meses, a fim de obter informações (FARIA, 2012, p. 08).

³⁹ Neste caso, a atuação da mediação penal é voltada aos delitos de menor potencial ofensivo e não há suspensão do feito criminal. Permite que os envolvidos estejam acompanhados dos seus respectivos advogados e trabalha com a mediação transformativa, buscando fazer com que os sujeitos voltem a conviver da melhor maneira possível (FARIA, 2012, p. 08).

que em 1982 o Reino Unido passou a fazer uso do primeiro serviço de mediação comunitária. Mas o autor ressalta que o instituto só começa a alavancar quando, em 1988, a Nova Zelândia implementa o uso da mediação penal com apoio dos oficiais de condicional, junto aos processos criminais (2012, p. 101).

Segundo nos informa PRADO, “ao longo da história da humanidade diversos grupos sociais, cuja cultura está embotada ou ocultada pela predominante cultura ocidental, difundida intensamente pelos meios de comunicação de matriz capitalista, conheceram o consenso como modo de resolução de suas questões controvertidas” (2002, p. 96). O autor justifica esta situação afirmando que os povos “eram movidos por propósitos de solidariedade e coesão social”, demonstrando assim que a cultura do consenso começa a tomar forma e impulsiona as mudanças de paradigmas (ibidem, p. 96).

Em termos de previsão legislativa, podemos perceber que em 1991 a Colômbia promulgou sua nova carta constitucional política e inseriu em seu texto a permissão para o uso da justiça restaurativa na esfera criminal (BIANCHINI, 2012, p. 102). Outrossim, em 1997 a primeira Conferência internacional de justiça restaurativa juvenil ocorre na Bélgica e, a partir deste encontro, diversos outros ocorreram na Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, Grã-Bretanha e África do Sul (ibidem, p. 103).

Diante disto, é possível também notar-se que as novas experiências de mediação penal surgidas no contexto europeu derivam da proposta de consolidação deste instituto promovida por diversos documentos, dentre eles a Recomendação 19 do Conselho da Europa (do ano de 1999) e a Decisão-quadro 2001/220/JAI (do ano de 2001) elaborada pelo Conselho da União europeia (OLIVEIRA, p. 91).

A seguir, examinaremos as experiências de mediação penal de forma separada conforme os continentes, destacando os países em que há manifestações, os projetos em execução e a legislação pertinente conforme resultados obtidos junto à doutrina.

2.4.1 A mediação penal na América do Sul

Dentro do contexto latino-americano, ressalta-se, primeiramente, que o Uruguai pratica a mediação, contudo não permite seu uso para os conflitos da seara penal (BALLETO et all, 2015, p. 98). A Bolívia, por sua vez, também não apresenta possibilidade de aplicação da mediação na esfera penal tendo em vista que sua legislação sobre mediação, Lei nº 1.770 de 1997⁴⁰, não contempla tal previsão.

O ordenamento jurídico da Colômbia prevê a mediação penal dentro do Código de Processo Penal, no livro VI (específico sobre justiça restaurativa), capítulo III, do artigo 523 até o 527.⁴¹ Segundo o texto legal, é cabível apenas para os crimes patrimoniais, desde que praticados sem violência, e que envolvam valores inferiores a duzentos (200) salários mínimos.

Artículo 523. Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

No contexto colombiano, a mediação penal poderá ser requisitada tanto pela vítima ou pelo acusado, dirigida ao fiscal (promotor) ou juiz de controle de garantias ou juiz de conhecimento, conforme previsão taxativa do artigo 525. Outrossim, tem cabimento para os crimes cuja pena mínima não exceda cinco (05) anos de prisão e desde que o bem jurídico lesado não ultrapasse a órbita pessoal da vítima (artigo 524).

Quanto aos seus efeitos, ainda importa mencionar que a opção pela mediação penal (tanto para vítima quanto para o infrator) possui como consequência a exclusão do exercício da ação civil decorrente do delito bem como o incidente de reparação integral. Além disso, o mediador elaborará um relatório contendo os resultados da mediação para que o Juiz avalie e determine

⁴⁰ Disponível em:

<http://www.justicia.gob.bo/images/stories/pdf/ley%201770%20arbitraje%20concilia.pdf> Acesso em out 2017.

⁴¹ Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html Acesso em out 2017.

os efeitos sobre o exercício da ação penal, a escolha da coerção pessoal e a individualização da pena no momento da sentença (artigo 526).

A Argentina, por sua vez, possui uma lei que versa especialmente sobre mediação, nº 26.589 datada de 2010, tratando-a como obrigatória e prévia aos processos judiciais. Todavia, tal legislação expressamente proíbe o uso da mediação prévia para as ações penais em seu artigo 5º, letra 'a'. Assim sendo, a mediação penal argentina vem sendo aplicada com base na regulamentação legislativa de suas províncias (equivalentes aos Estados brasileiros), dentre eles: destacamos a província de Chaco, Buenos Aires, Salta que serão aqui abordadas, por opção⁴².

A Câmara dos Deputados da província de Chaco, ao norte da Argentina, sancionou a Lei nº 4.989 em 2001⁴³ e estabeleceu a mediação penal como forma de resolução dos conflitos. Segundo a legislação, o objetivo da mediação penal é *“la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, víctima u ofendido”* (artigo 2º). Conforme expressa previsão do artigo 4º, o cabimento da mediação penal está vinculado *“aquellos hechos delictivos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así de inhabilitación o multa”*. Aplica-se também às contravenções penais.

Importa ressaltar, entretanto, a existência de limitação quanto ao número de mediações a que pode se submeter o infrator uma vez que o artigo 5º taxativamente prevê o limite de dois (02) acordos de mediação, a exceção dos crimes culposos que podem ser submetidos à várias oportunidades. Ainda, de acordo com a previsão legislativa a prescrição será suspensa desde o momento de remissão do conflito submetido à mediação (artigo 10) e não serão submetidos à mediação os fatos delitivos cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções (artigo 11).

Outro destaque deve ser dado ao fato de que a mediação penal possui prazo de encerramento dado pelo artigo 16, segundo o qual a resolução do

⁴² Ressalta-se a existência de previsão da mediação penal também nas províncias de Mendoza, Neuquén e Rio Negro conforme se depreende da análise completa obtida no Mapeamento de Normas e Leis sobre Justiça Restaurativa, 2013. Todavia não serão todas analisadas aqui tendo em vista a extensão do trabalho.

⁴³ Disponível em: <http://www.todosobremediacion.com.ar/wp-content/uploads/2017/07/Ley-4989.pdf> Acesso em out 2017.

conflito deverá ser obtida em sessenta (60) dias úteis. Em não sendo feito, o feito é remetido ao Tribunal que dará por fracassada a tentativa de mediação penal. A pedido do mediador e mediante consenso das partes, poderá ser solicitada a prorrogação do procedimento, por igual período, ou, ainda, quando o Juiz entender pela gravidade do fato, pelo número de vítimas ou pela complexidade do caso, poderá determinar-se um prazo mais longo.

A província de Buenos Aires também promulgou uma lei regulamentando a mediação penal, Lei nº 13.433 de 2006⁴⁴ que prevê o regime de resolução alternativa dos conflitos penais daquela região. Segundo tal ordenamento, as sessões de mediação penal acontecem nas Oficinas vinculadas ao Ministério Público (artigo 4º); são aplicáveis aos crimes cuja máxima não exceda seis anos e não se submetem à mediação os casos em que a(s) vítima(s) for(em) menor(es) de idade e nas causas dolosas dos delitos contra a vida, contra a integridade sexual ou roubo (artigo 6º).

E a província de Salta, situada a noroeste da Argentina, também se destaca pela previsão legislativa da mediação penal, além de ser tida como local pioneiro e referência quando o assunto é mediação. Através da Lei nº 7.690 de 2011⁴⁵, que instituiu o Novo Código de Processo Penal local, a mediação penal foi incluída como *“la posibilidad de tratar una gran variedad de delitos que surgen cuando existe una denuncia policial o en cualquier otro organismo habilitado para ese fin”* (MATTA et al, 2016, p. 15). Deste modo, diferencia-se dos demais formatos de mediação na medida em que não existe obrigatoriedade para o seu uso de forma prévia ao processo, além disso, é o fiscal quem determina sua necessidade conforme certas objeções processuais (idem ibidem).

Outra manifestação da mediação penal dentro da América latina acontece no Chile onde a conciliação tornou-se obrigatória junto aos processos que envolvam adolescentes, através da Lei 19.334 de 1994⁴⁶, que permite, inclusive, o uso da mediação penal em determinados casos específicos (FELIX, 2013, p. 14). Além disso, cabe mencionar ainda a existência da Lei nº 20.084/2007, ‘Lei de Responsabilidade Penal Juvenil’, que define a Mediação Penal Juvenil bem

⁴⁴ Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/intranet/digesto/PDF/I13433.pdf> Acesso em out 2017.

⁴⁵ Disponível em: <http://boletinoficialsalta.gob.ar/anexos/CodigoProcesalPenal2011.pdf> Acesso em out 2017.

⁴⁶ Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30701> Acesso em out 2017.

como importa destacar que a iniciativa para tanto foi dada pelo Ministério Público chileno, órgão de grande atuação no procedimento mediador (DAHMEN, 2008, p. 256).

Analisando a proposta chilena, DAHMEN afirma que:

La experiencia comparada muestra que los programas de mediación atienden especialmente los conflictos relativos a delitos menos graves, si bien también es posible desarrollar la mediación-reparación en delitos de mayor entidad.

[...]

En este marco, la mediación penal resulta del todo conveniente de incorporar a las acciones jurídico-penales seguidas contra adolescentes que cometen delitos, pudiendo llegar a convertirse en un procedimiento que apunta con mayor precisión al logro de la meta de hacer efectiva la responsabilidad y, ulteriormente, lograr la integración social y comunitaria del joven infractor (2008, p. 256).

A seu turno, o Paraguai vem demonstrando bastante interesse na implementação da mediação penal sobretudo após ter sido concretizado o programa de 'mediação penal adolescente' no país. Assim, a situação dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MASC) no Paraguai faz parte do "mapeamento desenvolvido pelo Programa de Acesso à Justiça (PIAJ) e em julho de 2015, durante o 'Encontro regional sobre métodos alternativos de resolução de conflitos (MASC), destacou-se o papel do Paraguai através do trabalho conjunto e coordenado entre o Ministério da Justiça e o Poder Judicial".⁴⁷

O programa de mediação penal adolescente paraguaio trazido pela Acordada nº 1023, de dezembro de 2015, titulada "*Reglamento de la Mediación Penal de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal*" é voltado aos menores infratores. Na visão de LEGUIZAMÓN, "*nada favorece más el proceso de autoresponsabilización y socialización del adolescente infractor, que el contacto con la víctima y el conocimiento directo de las consecuencias del hecho delictivo, que son posibles a través del proceso mediador*" (2016, p. 05).

⁴⁷ Informações disponíveis em: http://segib.org/wp-content/uploads/Paraguay_Cooplber_JUN2016_PT.pdf Acesso em out 2017.

Cumprir referir que na mediação penal paraguaia é imprescindível que as partes envolvidas estejam representadas por seus respectivos advogados e que os casos penais mais recorrentes são conflitos de vizinhança, difamação e lesão corporal culposa decorrente de acidentes de trânsito (SOARES, 2011, p. 31)

O autor informa ainda que a primeira previsão legislativa do Paraguai sobre mediação foi a Lei nº 1879, conhecida como lei de arbitragem e mediação. Posteriormente, a Corte Suprema de Justiça editou o regulamento da mediação penal através da Resolução nº 4767, em 2013 e estabeleceu claramente que *“la aplicación de la justicia restaurativa a través de la mediación y la dignificación de la víctima en el proceso, suponen un importante y complejo cambio de paradigma cultural en la aplicación del derecho penal”* (LEGUIZAMÓN, 2016, p. 06).

Dentre suas finalidades, destaca que *“disminuye la tasa de reincidencia procurando la reintegración del joven en la sociedad”* bem como *“promueve en las instituciones que intervienen condiciones de respeto a los derechos fundamentales de los jóvenes pero también promueve en estos la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones”* (idem ibidem, p. 10).

Ainda, ressalta-se que no cenário paraguaio, a mediação penal de jovens adolescentes é feita enquanto parte integrante da estrutura do poder judiciário, contando assim com a presença de juízes criminais que acabam sendo considerados peças chave no desenrolar desta proposta alternativa (idem ibidem, p. 13).

Adiante será feita uma incursão no cenário da América do Norte a fim de que possamos conhecer, ainda que de modo breve e resumido, algumas das propostas existentes naquele continente acerca da mediação penal.

2.4.2 A mediação penal na América do Norte

Neste item esboçaremos os panoramas da mediação penal encontrados nos Estados Unidos, Canadá e México. Na década de 1970, o direito norte-americano criou o *“alternative dispute resolution”* (resolução alternativa da

disputa) com traços mais ágeis na busca pela solução do conflito, objetivava também evitar que as controvérsias fossem remetidas ao poder judiciário.

Como bem delimita BIANCHINI, “no fim do século XX pequenas comunidades nos Estados Unidos da América fizeram uso de encontros restaurativos para a resolução de seus conflitos”, frisa-se conflitos estes de natureza penal. Como consequência disto é criado, inclusive, o Instituto para Mediação e Resolução de Conflito. Após, em 1976, criou-se o Centro de Justiça restaurativa comunitária de Victória, no Canadá, e a mediação de conflitos sobre propriedades passou a ser aplicada na Europa (2012, p. 100). Aos poucos, após o sucesso de cada programa implementado, passou a ser aplicada a redor do mundo de forma mais intensa.

Segundo nos definem SALES E SOUZA, “são mecanismos confidenciais e sigilosos, que apostam, prioritariamente, no diálogo colaborativo para a solução de um problema. São utilizados antes ou depois do processo judicial instaurado, prevenindo possíveis ações judiciais ou auxiliando na resolução da questão, uma vez o processo judicial já iniciado” (2014, p. 379).

Dentre suas características notamos a presença da imparcialidade da terceira pessoa que promove o diálogo, a eficiência, a competência e a confidencialidade. Para que tivesse ampla aceitação e aplicação, as cortes norte-americanas passaram a incentivar tais práticas mediante “o encorajamento dos advogados e das partes; aperfeiçoamento do fluxo de informações” feito previamente; “aumento da participação do cliente no litígio” e sobretudo mediante “promoção do realismo e aceleração da resolução”. Visava, assim, “resultados mais satisfatórios em certos tipos de casos”, de forma a ampliar “a satisfação do público com o sistema jurisdicional” (ibidem, p. 381).

No que toca às suas diferenciações, “a meta primordial nesse caso foi fazer com que as partes envolvidas na querela economizassem tempo e dinheiro”. Ao passo que desenvolvem um estudo histórico sobre os ADR's, SALES E SOUZA afirmam que, a despeito dos poucos casos em que foi rechaçado pelas partes, o instituto “chega ao século XXI como um conjunto de procedimentos a serem adotados em vez de um único processo” (ibidem, p. 384).

Segundo a pesquisa realizada, em 1986 haviam 47 projetos de mediação penal em funcionamento nos Estados Unidos e já na década de 1990 existia uma

verdadeira rede com cerca de 150 programas de mediação penal no país (UMBREIT et al, 1996, p. 04).

Contextualizando para os anos mais recentes, importa destacar a pesquisa realizada por UMBREIT e ROBERTS uma vez que traça muito bem os efeitos obtidos a partir das experiências com mediação penal no cenário estado-unidense. Segundo a pesquisa, os índices de satisfação com a mediação penal podem alcançar os 90% para as vítimas e 91% para os ofensores que manifestaram sua satisfação com a mediação penal de seu conflito (1996, p. 19).

Quando analisado o cenário canadense, percebemos que a mediação penal vem sendo aplicada desde muito cedo conforme demonstram diversas pesquisas, inclusive, como antes referido quando da análise sobre a origem deste procedimento, o país é considerado como uma das nascentes desta alternativa à resolução dos conflitos penais (SICA, 2007, p. 97).

Nesse sentido é o pensamento expressado pela pesquisa de UMBREIT e ROBERTS, antes mencionada:

The origin of what is today known generically as the “victim offender mediation” field (referred to as criminal court mediation by some) is to be found many years ago in the province of Ontario, Canada. In May of 1974, an experiment began in Elmira, a few miles north of Kitchener, Ontario, that would later trigger the international development of a new justice reform. Two young men pleaded guilty to twenty-two counts of property damage. Their probation officer and a colleague of his with theennonite Central Committee in Canada, had the vision and courage to try some basic peacemaking principles in resolving the conflict between these young men and the twenty-two people they victimized (1996, p. 01).

Cabe salientar ainda que no Canadá, o instituto da mediação penal restaurativa não é considerado um substituto do sistema de justiça tradicional, e sim “apenas uma das respostas possíveis à prática do crime de que se pode dispor conforme o caso” (idem *ibidem*). No que toca à natureza dos programas existentes, é possível afirmar que existem três modelos fundamentais: 1 – mediação vítima-ofensor; 2 – conferências de grupo familiar e 3 – círculos de sentença (SICA, 2007, p. 97).

Assim, a mediação penal canadense é marcada por forte presença no seu ordenamento jurídico, com a aplicabilidade e aceitação quase que total pela sociedade. O programa intitulado '*victim offender reconciliation Project*' – VORP – já se espalhou por mais de vinte jurisdições dentro do país, além de ter influenciado diversos outros programas no contexto europeu (idem *ibidem*). Os resultados da pesquisa chamam atenção: 89% das vítimas ficam satisfeitas com o resultado da mediação enquanto que 91% dos ofensores também o ficam (idem *ibidem*, p. 19).

A seu turno, o México prevê a mediação penal enquanto instituto derivado da justiça restaurativa que foi incluída na reforma constitucional mexicana ocorrida no ano de 2008. O texto constitucional, em seu artigo 17, prevê que os entes federados deverão legislar internamente no prazo máximo de oito (08) anos. Há que se ressaltar, ainda, que, embora esta inovação seja considerada recente, antes mesmo disso já era praticada a mediação penal no país (FELIX, 2013, p. 15).

Continuamente, passaremos ao estudo das manifestações de mediação penal realizadas no cenário europeu, segundo a pesquisa bibliográfica realizada neste trabalho. Evidencia-se, por oportuno, que não se pretende analisar de forma profunda e exaustiva todas as experiências existentes e sim somente aquelas de maior destaque na doutrina.

2.4.3 A mediação penal na Europa

O cenário europeu teve as primeiras manifestações de mediação nos ordenamentos jurídicos a partir do impulso-determinação da Recomendação nº 19 do Conselho de ministros da Europa, com o objetivo primordial de regular a mediação penal como o próprio enunciado assim o determina: "iniciativa do Reino da Bélgica tendo em vista a aprovação da decisão do Conselho que cria uma rede europeia de pontos de contatos nacionais para a justiça reparadora".

Outrossim, do seu texto se nota o reconhecimento do interesse das vítimas a fim de que sejam preservados e, ao mesmo tempo, incita a percepção

acerca da responsabilidade do ofensor pelo ato cometido, tudo com vistas a reintegrá-lo e reabilitá-lo ao contexto social.⁴⁸

Destaca-se, ainda, que dentro da Decisão-quadro foram fixadas “disposições legislativas, regulamentares e administrativas” necessárias à promoção da “mediação como um complemento ao processo penal”. Salienta-se que tal previsão ainda determinou um prazo para que os integrantes da União europeia promovessem a aplicação do seu conteúdo, tendo como limite final a data de 22 de março de 2006 (OLIVEIRA, p. 91).

Nesse sentido, após a determinação do Conselho de Ministros e da decisão-quadro, o regime de mediação penal em Portugal foi anunciado por meio da Lei nº 21 de junho de 2007 que prevê expressamente:

- 1 – A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular;
- 2 – A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património;
- 3 - Independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos seguintes casos:
 - a) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a cinco anos;
 - b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual;
 - c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência;
 - d) O ofendido seja menor de 16 anos;
 - e) Seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo.
- 4 – Nos casos em que o ofendido não possua o discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa ou tenha morrido sem ter renunciado à queixa, a mediação pode ter lugar com intervenção do queixoso em lugar do ofendido;
- 5 - Nos casos referidos no número anterior, as referências efectuadas na presente lei ao ofendido devem ter-se por efectuadas ao queixoso.⁴⁹

⁴⁸ Informações disponíveis em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-vitima-agressor/> Acesso em set 2017.

⁴⁹ Texto completo disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-penal5271> Acesso em set 2017.

Considerando a enorme quantidade de países integrantes da Europa, esboçaremos aqui, por questão de escolha, algumas das manifestações de mediação penal encontradas na pesquisa bibliográfica feita com este trabalho.

Primeiramente, analisaremos melhor a experiência obtida em Portugal. Conforme BRANDALISE, o projeto intitulado “mediação penal de adultos”, do contexto português, deriva-se do caso denominado “Mediation for Redress” aplicado na Bélgica (2016a, p. 131/132). Dentre seus aspectos mais relevantes, salienta-se que é tida como meio alternativo ao processo e, por conta disso, ocorre durante a fase prévia ao processo penal.

Importa salientar aqui que, no caso português, ainda que a mediação seja tomada como variação ao processo judicial, denota-se forte participação do Ministério Público em diversos momentos do procedimento mediador (especificamente presente nos artigos 3º, 5º, 6º, 7º, 10º e 11º). Exemplo disso é a previsão legal de que “caso o Ministério Público entenda que através da realização do acordo se responda adequadamente às exigências de prevenção” o processo será indicado para o profissional mediador (OLIVEIRA, p. 92). Evita-se, assim, a abertura de nova demanda judicializada.

Além disso, conforme o próprio texto legislativo informa, a mediação penal em Portugal “é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”.⁵⁰

Dentre suas peculiaridades, ressalta-se o prazo de duração do acordo firmado pelos envolvidos já que a legislação portuguesa expressamente prevê o tempo máximo de seis meses (artigo 6º, nº 2), bem como a suspensão do processo penal, do inquérito e da prescrição (artigo 7º).

BRANDALISE aduz que a escolha do ordenamento jurídico português quanto à aplicação da mediação penal aos crimes considerados de menor gravidade foi acertada uma vez que “preserva as instâncias formais de controle penal para os delitos de maior vulto e para quando a própria mediação for insuficiente, sem buscar apoio nas ideias abolicionistas” (2016b, p. 26).

⁵⁰ Texto literal do artigo 4º da Lei 21/2007.

Particularmente, não concordamos com a exposição do autor quanto à restrição de aplicação da mediação penal somente aos delitos ditos de menor potencial ofensivo uma vez que outras experiências têm demonstrado que quanto mais violento e grave for o fato, maior a probabilidade de alcançarmos o consenso através da mediação. Contudo, para que possamos melhor analisar esta possibilidade, seguiremos na abordagem das outras manifestações encontradas no ordenamento estrangeiro.

A mediação no cenário europeu ainda tem seu destaque na Bélgica, um dos países que mais desenvolve atributos para a prática deste instituto. Constata-se a existência de legislação específica sobre ‘mediação para a reparação’ no cenário belga datada de 2005 e a criação da Comissão Federal de Mediação com atribuições para promover a mediação que envolvam o direito civil, comercial e do trabalho.⁵¹

A mediação penal, em especial, não se encontra dentro da competência desta comissão federal, de forma que vem sendo amplamente praticada como mecanismo integrante do processo penal ou até mesmo fora dele. Dentre suas características mais relevantes, destaque merece ser dado ao fato de que não existe um formato rígido definido para o processo de mediação; a mediação penal é compreendida como “processo comunicativo de restabelecimento do diálogo” e, em especial, funciona fora do poder judiciário e do ministério público belga (GIAMBERARDINO, 2015, p. 224). Outrossim, destaca-se que pode ocorrer em todos os momentos do processo penal.

A Espanha não ficou de fora e também inseriu a mediação penal em seu ordenamento jurídico por meio da Lei orgânica nº 8 de 2006 que versa sobre a responsabilidade penal dos menores – LORRPM que tem como princípio norteador a supremacia do interesse do menor de idade. Frisa-se que tal legislação prevê diferentes modalidades em razão do momento processual em que for proposto o acordo entre menor infrator e vítima (MARTÍN, 2010, p. 163).

Outrossim, importa ainda salientar que a mediação penal vem sendo aplicada também na seara prisional em Madri, Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera e Granada. Nesta situação, ainda que marcada como grande desafio a ser

⁵¹ Informações disponíveis no portal: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-be-pt.do?member=1 Acesso em out 2017.

cumprido, a mediação carcerária é realizada desde 2005 e tem seus objetivos voltados para o tratamento penitenciário, para a convivência nos presídios e em prol dos apenados (idem, p. 165).

Além disso, cumpre ainda informar a situação do governo italiano que também inseriu a mediação penal em sua legislação e a coloca em prática em variados projetos. Como influxo decorrente da Diretiva nº 52/2008 da União Europeia (HILL, 2010, p. 295), a mediação vem regulamentada pelo decreto legislativo nº 28 de 2010, com uma série de características especiais. Todavia, a doutrina entende que o nascimento da mediação italiana se deu através do Direito fraterno, instituído por ELIGIO RESTA, como já mencionado nesta pesquisa.

Dentre suas peculiaridades, merece destaque a tentativa de inovação legal de obrigatoriedade da mediação ou ‘tentativa de mediação prévia’ ao processo judicial. Tal situação tem levantado muitas discussões no cenário italiano e não há consenso acerca da sua viabilidade tampouco constitucionalidade (DE PINHO et all, 2011, p. 458).

Especificamente no caso da mediação penal italiana importa mencionar que diversos programas a implementaram para a solução dos conflitos penais envolvendo jovens delinquentes, em particular merece destaque o chamado ‘L’atro Diritto’ – centro di documentazione su cárcere, devianza e marginalità⁵² localizado em Florença.

Para este projeto, a mediação criminal infantil ocorre dentro do espaço normativo oferecido pelo art. 9, 27, 28 do Decreto presidencial no. 448 de 1988. O centro possui diversos escritórios em regiões variadas da Itália que se dedicam à mediação penal de menores (IMPERIALE, 2007).

No cenário alemão “a mediação não é uma técnica de *diversion* pensada para crimes de bagatela e sim um mecanismo autônomo de renúncia à ação penal voltada precipuamente para crimes de base violenta”. Naquele país, 70% dos casos envolvendo lesão corporal são objeto de mediação e, ainda, os crimes

⁵² O Centro de Documentação "O Outro Direito", fundado em 1996 no Departamento de Teoria e História do Direito da Universidade de Florença, realiza reflexão teórica e pesquisa sociológica sobre questões de exclusão social, desvios, instituições penais e prisões, e através de seu próprio site oferece profissionais sociais e acadêmicos com os resultados mais relevantes e realizados dessa atividade. Informações disponíveis no portal: <http://www.altrodiritto.unifi.it/chisiamo/index.htm> Acesso em set 2017.

contra o patrimônio, que representam 25% das mediações efetuadas” (SICA, 2007, p. 151).

Assim, de forma não extenuante, mas sim elucidativa e informativa, demonstramos algumas das experiências de mediação penal ao redor do mundo, obtidas junto à doutrina nacional e internacional, tanto no que diz respeito às previsões legislativas, quanto às práticas desenvolvidas em projetos-piloto. A partir daqui, passaremos para o estudo de um dos elementos centrais que norteia todo o procedimento de mediação penal, qual seja, a chamada ‘ética da alteridade’.

2.5 A ética da alteridade como elemento norteador

Para que possamos melhor analisar a chamada ‘ética da alteridade’ enquanto elemento fundante da mediação penal é preciso, primeiro, revisitarmos a definição de alteridade e seus significados segundo as diferentes vertentes teóricas possíveis. Frisa-se que não o faremos de forma exaustiva, mas sim reflexiva.

O que é alteridade? A indagação surge tão logo nos deparamos com a palavra. Esmiuçando o vocábulo temos que alteridade provém do latim *alteritas* que significa: outro. Segundo o dicionário⁵³, alteridade seria a qualidade do que é outro ou do que é diferente. Assim sendo, o termo alteridade vincula-se estritamente ao outro, seja analisar o outro; colocar-se no lugar do outro; pensar como o outro; etc.

Como um dos elementos norteadores da mediação penal, a alteridade expressa ser imprescindível que “uma nova concepção de sujeito” seja perpetrada para que se efetive a prática consensual (OLIVEIRA, 2013, p. 113). E esta nova percepção ou nova forma de pensar o próprio homem aparece, também, como característica predominante da crise da modernidade, como já antes mencionada.

⁵³ Dicionário online Priberam, disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/Default.aspx>

E o que, exatamente, representa esta nova forma de pensar o ser? De que forma isto se desenvolve? É obtida, preliminarmente, pelo reconhecimento da complexidade intrínseca das relações com as quais o sujeito é implicado e, sobretudo, pelo reconhecimento e foco na figura do outro. Isso somente é possível se analisarmos, não só o fato típico em si, mas todo o contexto que rodeia o indivíduo infrator. Deste modo, a reflexão deve abarcar todo o convívio social do agressor, incluindo-se a análise de si próprio bem como a comunicação com seus semelhantes e com o outro (adverso).

De acordo com OLIVEIRA, “pensar o sujeito na sociedade, diante de um órgão institucional, suscita resgatar o conceito de cidadania, intrinsecamente vinculado às ideias de igualdade e de fraternidade”. Conseqüentemente, “sob o manto da ética, garante-se a todos os cidadãos existir em sua diferença, resultado de uma concepção pluralista de sociedade” (2013, p. 132).

Por conta disso, a autora menciona que a própria temática da justiça é assentada pela ética da alteridade visto que “aponta para o verdadeiro humanismo do outro homem, tendo como alicerce a responsabilidade de um para e pelo outro” (idem *ibidem*, p. 133).

Deste modo, a fim de que a mediação se efetive enquanto inovação dialogal “é indispensável que o sujeito seja afetado pelo outro, que receba o outro em si mesmo numa relação que promova encontros entre ‘eus’ diferentes que se reconhecem numa dimensão ética de responsabilidade de ‘um-para-o-outro’ e não de um em direção ao outro” (GHISLENI e SPENGLER, 2011, p. 07-08).

A chamada ‘ética da alteridade’, teoria concebida por Emmanuel Levinas, traça dois conceitos importantes para a compreensão da alteridade: o outro e o rosto (forma de apresentação do outro, não o rosto em si de uma pessoa). Cumpre destacar, por oportuno, que não se pretende aqui esboçar toda a teoria elaborada por ele haja vista grandiosa extensão do seu trabalho, contudo serão utilizados, no que couber, alguns preceitos pertinentes encontramos em sua obra e nos pesquisadores que se detiveram ao seu estudo.

Para LEVINAS, o encontro face a face é tido como a base do reconhecimento e, portanto, da própria alteridade. A interação social dada por este encontro proporciona o que titula ‘outridade’, representada pelo simbólico uso do ‘rosto’ que possui diversas acepções como mandamento ético; fonte de sentido; condição de objetividade e educação para o bem. Ou seja, o rosto nada

mais é do que a representação do que o outro é para mim, logo a verdadeira essência do 'outro' é perceptível pelo 'rostro'.

La identidad del sí no opone límites al experimentar, ni ain la resistencia última que la materia “em potencia” opone a la forma que la inviste. La vulnerabilidad es la obsesión por el otro o la aproximación del otro. Es para el otro, desde detrás del otro del excitante. Aproximación que no se reduce ni a la representación del otro, ni a la conciencia de la proximidad. Sufrir por el otro, es tenerlo al cuidado, soportalo, estar em su lugar, consumirse por él. Todo amor o todo odio del prójimo como actitud, refleja, supone esta vulnerabilidade previa: misericordia, conmoción de las entrañas (2013, p. 124/125).

Para BUTLER, o autor “deixa claro que o rosto não é exclusivamente um rosto humano e ainda assim constitui uma condição para a humanização” (p. 2009, 176) na medida em que representa apenas simbolicamente o 'outro', servindo como medida para reflexões éticas. O rosto, de forma figurativa, não se apresenta apenas enquanto linguagem, acaba por ir além e revela sua essência o que faz com que o observador perceba a precariedade do outro (2011, p. 18).

Além disso, o reconhecimento através do 'rostro' do 'outro' provoca o exato estranhamento de si na medida em que o 'outro' representa algo que o 'eu' não é ou não compreende de forma que nada que esteja relacionado com o alheio poderá nos deixar indiferentes. Assim, a noção de humanidade se faz presente também nas reflexões propostas pelo autor:

Los hombres se buscan en su incondición de extranjeros. Nadie está en su casa. El recuerdo de esta servidumbre reúne a la humanidad. La diferencia que se abre entre el yo y el sí mismo, la no coincidencia de lo idêntico, es una no indiferencia fundamental con respecto a los hombres (LEVINAS, 2013, p. 130).

O autor nos “fornece uma filosofia existencial a partir da experiencia ética do encontro com o 'outro', a qual pode auxiliar na compreensão do impacto e do efeito transformativo de atitudes sobre os participantes do procedimento de justiça restaurativa” (TIVERON, 2014, p. 166).

Dentro desta perspectiva, devemos partir sempre do quesito 'diálogo' que, por sua vez, deve ser compreendido como um ato de liberalidade e

voluntariedade das partes envolvidas no conflito penal. Isto implica, conseqüentemente, na aceitação, tanto da vítima quanto do agressor, do objetivo de buscar o restabelecimento daqui que foi rompido com o delito.

A compreensão dos motivos que levaram o infrator a cometer a infração refletirá uma aceitação, livre, da vítima. Por tal razão, é possível afirmarmos que a “mediação penal autoriza o resgate da alteridade fomentada pela relação comunicacional, enquanto possibilidade de reconhecimento da humanidade do outro” (OLIVEIRA, 2013, p. 136). E mais do que isso:

Para afastar a personagem e humanizar os sujeitos que participam do conflito, torna-se necessário seu encontro direto para que, durante a exposição de suas percepções sobre os fatos e seus sentidos acerca das razões que o justificam, surjam novas interpretações, aptas a desconstruir também preconceitos (ou visões unilaterais) resultantes da assunção de uma condição mais realista e concreta das qualidades do outro (idem ibidem, p. 142).

Partilhando da concepção acerca de alteridade e do ‘outro’, BUTLER vai além ao criticar o discurso por trás do ‘rosto’ que, muitas vezes, não é percebido nas relações. Segundo a autora, a estrutura do discurso não traduz visivelmente a forma como a autoridade moral é introduzida nos sujeitos e, por conta disso, os discursos vinculam nosso modo de ver o outro, nossa percepção acaba sendo contaminada, por assim dizer (2011, p. 15).

A respeito disso, enfatiza:

Essa concepção do que é moralmente vinculante não é dada por mim mesmo; ela não procede da minha autonomia ou de minha própria reflexividade. Ela chega a mim de um lugar desconhecido, de forma inesperada, involuntária e não planejada. Na verdade, ela tende a arruinar meus planos e, se meus planos são desfeitos, isso pode muito bem ser o sinal de que uma autoridade moral pesa sobre mim (2011, p. 15).

Por conseguinte, tendo a ética da alteridade como norte de sua prática, a mediação tornará possível “a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro” (SPENGLER,

2017, p. 21). Ao alterarmos a forma de ver o conflito, ou seja, com a 'troca de lentes', proporcionamos também um novo modo de compreendê-los.

Portanto, segundo a visão restaurativa, a vítima e o ofensor devem compartilhar do sentimento de administrar os resultados do crime de modo construtivo e para tanto é preciso considerar a presença do outro, "sob o manto de identidade", como forma de resgatar a ética da alteridade (OLIVEIRA, 2013, p. 68). Conseqüentemente, "o ideal da justiça restaurativa se realiza apenas por meio da outridade, de colocar-se no lugar do outro, com foco nas possibilidades do futuro ao invés de nas perdas do passado" (TIVERON, 2014, p.172).

Ademais, voltar-se ao futuro na construção de uma solução pacífica pode significar, também, a aceitação de um acordo, tanto pelo ofendido quanto pelo infrator. Deste modo, temos que "a responsabilização pelo dano causado com fulcro na alteridade só é possível se estruturada dentro de uma mesma prática que evite conscientemente a ativação dos mecanismos de desumanização recíproca entre responsável ou acusado pelo ato e os sujeitos vitimizados" (GIAMBERARDINO, 2015, p. 136).

Por tudo isto, a prática da mediação penal, calcada na ética da alteridade e no diálogo, tem o condão de "potencializar a relação entre subjetividades, ganhando um estatuto que deve basear-se em princípios humanistas de reconciliação e de capacidade de compreensão do outro" (OLIVEIRA, 2013, p. 63). Diante disso, emerge como incontroverso seu caráter emancipatório e, por que não, democrático.

Contudo, adverte-se que tanto a teoria do reconhecimento, a chamada ética da alteridade, quanto a obra e a contribuição do autor Emmanuel Levinas não se esgotam nas simples observações trazidas nesta pesquisa, porém foram escolhidas pontualmente devido à contribuição e suporte que dão para esta pesquisa.

A seguir, após vistos, de forma não exaustiva, os elementos que caracterizam a mediação penal, bem como suas origens e suas bases conceituais, abordaremos, no próximo capítulo, outra temática à qual está intrinsecamente ligada haja vista os efeitos práticos que produz em sociedade: justiça social.

CAPÍTULO 3 - A JUSTIÇA SOCIAL

3.1 Noções sobre justiça social, justiça legal e justiça geral

Desde a antiguidade a temática da justiça vem sendo discutida e definida sobre as mais variadas formas e conjunturas. Todavia, por opção e para fins didáticos, iniciaremos aqui o estudo pelas concepções dadas por Aristóteles quanto ao que possa ser a justiça e suas decorrentes variações até a sua contextualização com os tempos atuais.

Segundo enfatiza BARZOTTO, “Aristóteles é o primeiro a propor uma teoria sistemática da justiça” (2003, p. 01). Para o filósofo grego a definição de justiça passa, obrigatoriamente, pela análise do ato justo que abrange tudo aquilo que “respeita a lei e é probo” (ARISTÓTELES, 2015, p. 124). Considerada a maior das virtudes, a justiça aristotélica vem associada ao respeito pelo outro, pois as “ações justas produzem e conservam a felicidade com as suas partes, pela comunidade política” (ibidem, p. 125). Assim, o justo deve estar conectado à proporção do ato, fazendo assim surgir um meio-termo (ibidem, p.137).

Afirma ainda poderem existir diversas formas de justiça possíveis, e as divide entre: justiça geral (ou legal) e justiça particular. A justiça particular, a seu turno, é subdividida entre distributiva ou corretiva e ambas possuem a política como forma de realização (PORTELA, 1980, p. 22). A forma distributiva de justiça, dada pela distribuição das honras, do dinheiro e das demais coisas divididas entre os membros da comunidade política, vem relacionada à proporção e equidade, enquanto que a justiça corretiva é determinada pela intervenção nas transações e, desta forma, nota-se vinculada à ideia de proporção aritmética, isto é, a busca pelo meio termo, medida entre lucro e dano (ibidem, p. 23).

A partir destas definições estabelecidas, ARISTÓTELES conceitua a justiça política para então, depois, delimitar a justiça legal. Segundo ele, a justiça política é aquela verificada entre os sujeitos que vivem em comunidade como homens livres e iguais, tanto pela igualdade proporcional quanto pela aritmética (2015, p. 138). Derivada do gênero justiça política, emerge a justiça legal, assim

definida como sendo aquela que se impõe independentemente da origem, ou seja, as coisas justas dependem da convenção e da conveniência, são determinadas e não naturalmente concebidas – como ocorre na justiça natural (ibidem, p. 140).

Todavia, CASTILHO ressalta que a finalidade do filósofo não era criar duas formas diversas de justiça, mas apenas “explicitar as formas variadas de perceber o mesmo fenômeno ético social. Justiça política, tanto em seu componente natural quanto em sua parcela convencional, é, na teoria aristotélica, uma, embora seja possível apreendê-la segundo diversas facetas” (2009, p. 16).

Avançando nos conceitos aristotélicos, Santo Tomás de Aquino propõe uma revisão e atualização destes, segundo a ótica do cristianismo, passando a definir justiça como sendo o ato voluntário de dar ao outro o que lhe pertence segundo o Direito, de modo constante e perpétuo (AQUINO, p. 17). Destarte, define o Direito como sendo o objeto da justiça e esta representaria assim uma virtude moral, sendo a lei certa razão do Direito (PORTELA, 1980, p. 12.). Vincula a realização da justiça à uma igualdade não somente em relação ao outro, mas como algo também voltado para si mesmo.

O elemento da alteridade também se demonstra fortemente presente nas lições de Aquino uma vez que dizer que o Direito é o objeto do ato humano, ou seja, da justiça, envolve definir a característica fundamental desta virtude como sendo a alteridade (idem ibidem, p. 13). Indo além, afirma que este caráter de virtude aplicável à justiça significa produzir no homem a ordenação das suas ações relativamente ao outro e esta consideração do outro, em última análise, consiste a justiça em igualdade (ibidem, p.14).

No que tange à justiça geral e à justiça particular, a filosofia tomística entende que além da justiça legal (ou geral, que *ordena o homem imediatamente ao bem comum*), “é necessário que exista outra que ordene imediatamente ao bem particular” (AQUINO, p. 28). Deste modo, diferencia a justiça legal da distributiva na medida em que se constitui através da distribuição do bem comum aos particulares (ibidem, p. 67). Outrossim, subdivide a justiça particular em distributiva e comutativa.

Portanto, segundo o tomismo, a relação existente entre a sociedade e os indivíduos pode se manifestar sob três formas: justiça legal – a ordem das

relações dos indivíduos para com o todo social (*ordo partium ad totum*); justiça distributiva – a ordem da comunidade para com os indivíduos (*ordo totius ad partes*); e justiça comutativa – a ordem de relações dos indivíduos entre si (*ordo partis ad partem*) (PORTELA, 1980, p. 24).

Especificamente quanto à definição de justiça legal, vemos reforçada a definição aristotélica anterior quanto ao fato de se ordenar as ações dos indivíduos ao bem comum. E, considerando que a lei pertence a esta ordenação ao bem comum, a justiça legal é, portanto, também a justiça geral. Por conta disto, “o homem concorda com a lei que ordena as ações de todas as virtudes ao bem comum” (ibidem, p. 34).

Inequivocamente, tanto em Aristóteles quanto em Santo Tomás de Aquino, a conceituação de justiça geral se assemelha à definição de justiça legal e contém a lei no foco central de desempenho dos atos justos. Deste modo, o núcleo da teoria nada mais é do que o bem comum, ou seja, “a garantia de que todos os indivíduos gozem de uma vida autossuficiente, provida de tantos recursos materiais e imateriais quanto necessários para o desenvolvimento pleno de suas potencialidades morais, físicas e psíquicas” (CASTILHO, 2009, p. 20).

Através desta noção de bem comum, bem da comunidade, bem de todos, explicitada pela tradição aristotélica-tomista, vai se delineando também uma conceituação acerca de justiça social. Com o passar do tempo, a justiça legal, como antes conceituada, passa a sofrer alterações tendo em vista a nova realidade societária. Imbuídos dos antigos ideais, os chamados neotomistas⁵⁴, a partir do século XIX, denotam a necessidade de repensar o conceito de justiça a fim de responder os anseios da sociedade igualitária instaurada (BARZOTTO, 2003, p. 03).

Atribui-se ao jesuíta italiano Luigi Taparelli D’Azeglio a primeira utilização do termo justiça social como expressão social e científica, em torno de 1840, na sua obra intitulada “o tratado teórico sobre direito natural baseado no fato”. Em sua exposição teórica, uniu observações empíricas e as comparou com a

⁵⁴ O termo “neotomistas” aqui utilizado é cunhado por diversos autores a fim de identificar os pensadores filosóficos que procuram resgatar os preceitos de Santo Tomás de Aquino, tendo em vista o contexto intelectual moderno, com defluência a partir de 1879 por meio da Encíclica de Leão XIII.

realidade do mundo concreto, durante a dramática alternância econômica e social, marcada inclusive por violência política. Buscava encontrar o caminho para o catolicismo compreender o fenômeno como um todo e responder à estas alterações da sociedade (BEHR, 2004, p. 03).

Segundo definia, a justiça social era dada “entre homem e homem”, adotando aqui o ser humano racional na condição de homem. Neste sentido, a justiça social para Taparelli era aquela que “tem por objeto aquilo que é devido ao ser humano simplesmente pela sua condição humana” (apud BARZOTTO, 2003, p. 03).

A partir disto então, a doutrina social do catolicismo passa a adotar e disseminar a definição neotomista de justiça social mediante inserção em seus textos políticos. BARZOTTO ressalta que em 1931 a encíclica 40º ano, de Pio XI, torna-se a primeira carta circular social a fazer uso da terminologia “justiça social” sobretudo no sentido econômico, visando “avaliar a distribuição de renda e de riqueza”, mas também determinando a sua observação por toda a sociedade (ibidem, p. 04).

A primeira definição de forma expressamente escrita acerca da justiça social é encontrada nesta encíclica (CASTILHO, 2009, p. 39), podendo ser sintetizada como: “a justiça social exige de cada um aquilo que é necessário para a efetivação da dignidade da pessoa humana dos outros membros da comunidade, ao mesmo tempo em que atribui a cada um os direitos correspondentes a esta dignidade. A justiça social considera o ser humano simplesmente na sua condição de pessoa humana, nos seus direitos e deveres humanos” (BARZOTTO, 2003, p. 04).

Assim, o uso da terminologia “justiça social” começou a ser amplamente difundido a partir da ótica da Igreja Católica, sendo um conceito por muitos revisado e atualizado até os dias atuais. Segundo Barzotto, “na sociedade democrática, desloca-se a ênfase do meio utilizado para alcançar o bem comum - a lei - para o sujeito do bem comum - a sociedade em seus membros - justificando a mudança de denominação, de justiça legal para justiça social” (ibidem, p. 03).

Hodiernamente, tem se associado o termo justiça social à concretização de direitos sociais diante do contexto de Estado democrático de Direito. Contudo, CASTILHO alerta que como tal não podem estes direitos serem confundidos com

caridade, como difundiram os neoliberais do século XX. Além disso, afim de verificarmos o que denomina “necessidade nacional da institucionalização dos direitos sociais é preciso que os compreendamos como condições *sine qua non* para o pleno exercício das liberdades individuais de primeira ordem” (2009, p. 48).

Para perfectibilizar esta análise demonstra-se indispensável também perquirir sobre, em especial, o respeito e reconhecimento do outro, dentre outros elementos que serão melhor delineados no item a seguir quando da análise da justiça social vista enquanto fundamento da ordem social.

3.2 A justiça social como fundamento da ordem social

A análise do texto constitucional brasileiro nos permite notar, em dois momentos, a previsão expressa da terminologia “justiça social” como fundamento tanto da ordem econômica e financeira (artigo 170, *caput*) quanto da ordem social (artigo 193). Destacamos que o foco deste estudo está imbricado com a ordem social, de forma que não abordaremos os aspectos atinentes especificamente à ordem econômica, salvo naquilo que lhes for pertinente ou semelhante.

A ordem social, de acordo com a previsão da Constituição Federal de 1988, tem como base fundamental o “primado do trabalho e como escopo o bem-estar e a justiça social” (artigo 193). De uma forma ou de outra, o conceito aristotélico-tomista, centrado na ação humana, anteriormente esboçado, é aqui retomado uma vez que os dispositivos constitucionais concernentes ao desenvolvimento da ordem social brasileira dão conta de uma série de direitos em favor do sujeito, tais como direito aqueles pertinentes à seguridade social (compreendida por saúde, previdência e assistência social - artigo 194); à cultura, educação e desporto (artigos 205 à 217); à ciência, tecnologia e inovação (artigos 218 à 219-B); à comunicação social (artigos 220 à 224); ao meio ambiente (artigo 225); à família, criança, adolescente, jovem e idoso (artigos 226 à 230) e aos índios (artigos 231 e 232).

Nota-se que o cerne da ordem social é, portanto, o indivíduo, a pessoa humana. Este deve pautar suas ações com vistas ao seu próprio bem-estar, mas também deve necessariamente promover o bem comum, objetivando assim a justiça social. Por conseguinte, retoma-se aqui toda a discussão acerca do que possa ser definido como bem-estar, vida boa, vida digna e, conseqüentemente, dignidade da pessoa humana.

E o que é, o que representa, esta vida boa, vida digna? Muitas indagações surgem deste estudo. Obviamente que conforme evolui a sociedade, modificam-se os anseios sociais. Mas contextualizando para o mundo globalizado em que vivemos atualmente, quais condições promovem verdadeiramente uma vida digna e boa? Teóricos dos mais variados ramos das ciências humanas se debruçam sobre esta temática, contudo abordaremos aqui alguns deles que, a nosso ver, melhor definem as limitações e desdobramentos desta “categoria”, porém não visando esgotar o tema.

BUTLER questiona aos seus leitores: o que é uma vida boa? E vai além, indagando: como é possível levar uma vida boa em uma vida ruim? (2014, p. 56) A filósofa norte-americana, filiada à corrente pós-estruturalista, apresenta críticas quanto às formas de representação do indivíduo em si e enquanto ser participante de uma certa comunidade, através do estudo da conjuntura atual de subordinação e estigmatização de certos sujeitos.

Conforme afirma, “de acordo com os valores dominantes” determinada vida é “desvalorizada e os demais não a julgam digna de ser suportada ou protegida enquanto vida” (idem *ibidem*, p. 65). Neste sentido, abarca em sua análise a percepção dos outros quanto à vida de cada um, ou seja, engloba a avaliação que a sociedade faz, enquanto conjunto de valores, sobre cada sujeito uma vez que se “apenas uma vida digna de luto pode ser considerada então apenas uma vida digna de luto pode ser objeto de assistência social e econômica, habitação, segurança social, emprego, direitos políticos, dimensões de reconhecimento social e condições de participar ativamente na vida política” (idem *ibidem*, p. 66).

DURO DIAS, ao sopesar sobre a célebre obra de Butler, é categórico ao afirmar que “a justiça social é a busca incessante para enfrentar o processo de desigualdade e uma ação constante contra a divisão e demarcação desigualizante”. A partir desta visão, percebemos que ela “necessita de

iniciativas institucionais (governamentais ou não governamentais) que permitam redistribuir e reconhecer direitos”, e, conseqüentemente a definição desta “se constrói em espaços em que existe o livre desenvolvimento para a democracia” (2015, p. 01).

A seu turno, CASTILHO entende que “a noção de vida boa deve ser explicada como a construção e a preservação de uma felicidade igual para todos” de forma que deve ser composta, portanto, “apenas de elementos e concepções objetivos de existência humana minimamente satisfatória” (2009, p. 99). Porém, como assevera SANTOS, vivemos hoje um período de transição calcado na construção de um novo modo de pensar, perceber e interagir com o mundo a partir de um outro paradigma (2011, p. 78/79).

Assim, para um novo modelo, necessitamos, indubitavelmente, de uma nova forma de Estado. Para o autor, este ‘novo Estado’ será possível desde que dois princípios sejam respeitados: primeiramente, “a garantia de igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática”; e segundo, a “garantia de padrões mínimos de inclusão que tornem possível a cidadania ativa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar os projetos alternativos” (idem *ibidem*).

Em outras palavras, o novo modelo de Estado deverá estar comprometido com os objetivos da justiça social, quais sejam, a redistribuição e o reconhecimento. Vê-se, assim, intrinsecamente interligados os conceitos de justiça social, cidadania, dignidade humana, inclusão, reconhecimento e democracia.

No que tange especificamente à dignidade humana, cabe ressaltar que é com Tomás de Aquino que surge, inclusive, a noção primeira de dignidade humana uma vez que para ele o sujeito somente era completo quando inter-relacionado, ou seja, somente através da *práxis* social é que se dava ação humana, contrariando a função de contemplação dos deuses, mencionada pelos pensadores da antiguidade. Nesta noção inclui-se o reconhecimento do outro, a alteridade como prática de respeito e de perfectibilização das relações sociais.

Ainda quanto à dignidade humana, nos exatos dizeres de COSTA: “possui uma forte carga de fundamentação jurídica, especialmente no que concerne à limitação do poder do Estado e aos direitos fundamentais” (2008, p. 36). Em vista disso, torna-se possível dizer que é tanto fundamento jurídico quanto postulado

normativo haja vista que “aporta como critério material para a estruturação da aplicação e interpretação das normas” (ibidem, p. 39).

Como bem assevera CASTILHO não basta, porém, somente “a declaração normativa de direitos e deveres iguais a todos os cidadãos”, para que tenhamos consagrada a dignidade da pessoa humana. É necessário também, sobretudo, que se reforce o papel estatal de concretização da justiça social (2009, p. 61) ou seja, respeito à estrita observação aos direitos fundamentais do cidadão. Consequentemente, “a dignidade da pessoa humana é o termo que expressa o princípio subjacente à justiça social: a pessoa humana é digna, merecedora de todos os bens necessários para realizar-se como ser concreto, individual, racional e social” (BARZOTTO, 2003, p. 08).

Todas estas análises se coadunam com o estudo da dignidade humana que deve abarcar também a questão do pertencimento ou sentimento de pertença do próprio sujeito em relação com a comunidade em que está inserido. CASTILHO explica que para que seja aperfeiçoada a relação de dever preconizada pelos ditames da justiça social, é preciso que o ser humano aceite a comunidade como “legítima credora de seus deveres, por qualificar a si próprio como integrante dela” (2009, p. 54).

Destarte, esta problemática envolve a concepção de cidadania praticada pelo Estado e pelos sujeitos. Esta cidadania, por sua vez, deve ser compreendida a partir das “regras de atribuição dos direitos de nacionalidade” (idem ibidem, p. 55), mas, mais do que isso, através das políticas de reconhecimento tanto de si próprio (pertencimento) quanto do outro (aceitar o outro enquanto cidadão também, alteridade).

O reconhecimento, a seu turno, enquanto atividade própria da justiça social, deve aqui ser entendido como a “prática de considerar o outro como sujeito de direito ou pessoa” e, consequentemente, a justiça social diz respeito precisamente a esta prática de mútuo reconhecimento no interior de uma comunidade (BARZOTTO, 2003, p. 06).

Para DUBET a análise de justiça social dada pela dicotomia entre a igualdade de posições versus a igualdade de oportunidades (meritocracia) já não mais possui representação na realidade fática, demonstrando-se assim ultrapassada uma vez que atualmente outros fatores influem e contribuem tanto para igualdade quanto para os casos de desigualdade (2014, p. 34 et seq).

Assegura, portanto, a necessidade do reconhecimento como prática a ser agregada à justiça social.

A vista disso, o autor afirma que:

La igualdad se ve limitada a los incluidos, mientras que los más frágiles, los outsiders, encuentran dificultades para entrar en el sistema y para acceder al núcleo duro del mundo del trabajo, con todos los derechos que ofrece (2014, p.34).

[...]

La igualdad de las posiciones reposa sobre una concepción orgânica de la solidaridad, sobre um contrato social en el cual cada uno está asegurado em función de su posición. Desde entonces, es el Estado (antes que la negociación directa de los intereses) el que protege y asegura la integración de la sociedad. Progressivamente, esta representación de la integración social es abandonada en provecho de uma Concepción sensiblemente diferente que coloca en primer lugar a la cohesión social. (ibidem, p. 41).

Este elemento denominado reconhecimento também é tratado como pressuposto fundamental para a reprodução da vida social, sobretudo no nível intersubjetivo, “sem o qual ele não pode preservar a identidade pessoal” conforme aduz HONNETH (2009, p. 143). Além disso, o autor destaca que um sujeito somente “adquire consciência de si” próprio quando consegue notar sua própria ação na perspectiva de outrem, representado de forma simbólica pelo ‘outro’ (ibidem, p. 131).

Nesse sentir, adverte que:

Um sujeito somente dispõe de um saber sobre o significado intersubjetivo de suas ações quando ele está em condições de desencadear em si próprio a mesma reação que sua manifestação comportamental causou, como estímulo, no seu defrontante: do que meu gesto significa para o outro, eu posso me conscientizar ao produzir em mim mesmo, simultaneamente, seu comportamento de resposta (p. ibidem, 129).

Mais do que isso, HONNETH afirma que “ao aprender a generalizar em si mesmo as expectativas normativas de um número cada vez maior de parceiros de interação, a ponto de chegar à representação das normas sociais de ação, o

sujeito adquire a capacidade abstrata de poder participar nas interações normativamente reguladas de seu meio” (ibidem, p. 135). Assim, o chamado ‘reconhecimento intersubjetivo’ ou reconhecimento recíproco entre os sujeitos ocorrerá quando estes, na reprodução da vida social, “aprenderem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais” (ibidem, p. 155).

A chamada luta por reconhecimento, portanto, agrega desde o interacionismo social dos sujeitos até a compreensão das desigualdades e adversidades na medida em que, para que possamos melhor compreender o ‘outro’ em sua dignidade, devemos primeiro aceitar as diferentes representações sociais existentes.

A justiça social, assim, representa a concretização dos direitos sociais dos indivíduos que, por sua vez, demonstra-se intimamente ligada à dignidade da pessoa humana. Assim sendo, não se cogita dialogar sobre justiça social sem que haja promoção dos direitos sociais e, acima de tudo, sem que se conceba a dignidade humana como cerne de qualquer definição. Partindo destas concepções, resta inequívoca a afirmação da justiça social como sendo o fundamento da ordem social.

A seguir trabalharemos o instituto da mediação penal vista enquanto forma de realização e concretização da justiça social haja vista seu caráter de exaltação da dignidade humana manifestado sobretudo pelo alto nível de participação dos sujeitos no procedimento e pela natureza tanto emancipatória e democrática, quanto consensual e colaborativa.

3.3 A mediação penal como realização da justiça social

A par de tudo o que já foi mencionado anteriormente, cabe agora analisar de que forma a mediação penal se aproximaria ou concretizaria a tão buscada justiça social.

Partimos da reflexão trazida por ADORNO, ainda que produzida em 1994, haja vista ser aplicável ao contexto atual, principalmente depois de analisados todos os pormenores que envolvem a ligação entre a justiça penal e a justiça

social. O autor indaga: “como é possível estabelecer a identidade entre justiça social e igualdade jurídica, em sociedades modernas nas quais esses princípios não se encontram assegurados?” (1994a, p. 134).

Complementando esta noção, GIAMBERARDINO salienta que “não há como se propor modelos alternativos de censura sem que a base teórica esteja marcada pela consciência crítica quanto aos discursos criminológicos tradicionais de explicação do desvio e do crime” (2015, p. 181). Portanto, a mudança é medida que se impõe: “suscita a construção de um novo olhar para o fenômeno criminoso” e, conseqüentemente, “resta essencial que os sujeitos, e suas interrelações, possam também ser observados sob uma nova ética” (OLIVEIRA, 2013, p. 107).

Assim, primeiramente, resta demonstrado que precisamos de um novo olhar, uma nova forma de pensar e de agir, com base na criminologia crítica e, sobretudo, mediante o reestabelecimento do foco central da atuação estatal dentro do sistema penal: a dignidade da pessoa humana.

Mais do que isso, além deste novo modo de pensar o delito e o próprio homem, como antes já traçado, necessitamos também ‘trocar as lentes’, isto é, modificar o próprio sistema. Nessa esteira, refletindo sobre a amplitude da alternância deste paradigma, SANTOS aduz que não basta falar-se em alteração legislativa ou lutar pela concretização da justiça social, é preciso ir além. Vejamos:

Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Uma outra formação de magistrados. Outras faculdades de direito. A exigência é enorme e requer, por isso, uma vontade política muito forte. Não faz sentido assacar a culpa toda ao sistema judiciário no caso de as reformas ficarem aquém desta exigência (2011, p. 38).

A realidade tem demonstrado, tanto através das pesquisas empíricas aqui analisadas (e que não se esgotam com esta breve apreciação uma vez que diversas outras existem e são igualmente importantes), quanto pelas notícias propagadas pelos meios de comunicação, que corriqueiramente nos deparamos

com afrontas brutais à dignidade humana. Até quando permitiremos que isso continue se perpetrando?

Em que pese se reconheça que o ente público estatal detenha o direito de punir, isto não deve nem pode significar, tampouco justificar, o que vem acontecendo na prática como uma série catastrófica de eventos em torno do sistema criminal.

A frequente desumanização da pena; a deplorável situação dos presídios brasileiros (em especial a precária situação do presídio central de Porto Alegre/RS não examinada detalhadamente neste estudo haja vista a extensão que tal trabalho demandaria, além de não ser o foco da pesquisa, ainda que muito instigante); a superpopulação carcerária coabitando espaços construídos para receber meia dúzia de seres humanos; entre tantos outros fatores cruciais que interligados apontam para o esgotamento do atual sistema de justiça criminal, fazendo surgir assim a emergência de um novo modelo de resolução dos conflitos.

A presente pesquisa demonstrou, portanto, e ainda que de forma superficial, a crise enfrentada pelo atual sistema de justiça criminal do país e, conseqüentemente, deixou claro que da maneira como está, não há forma de perfectibilizar a justiça social.

Em vista disso, “torna-se essencial repensar os novos contornos associados à definição do homem e à sua forma de interação no seio comunitário, e o modo como tais pontos são correlacionáveis com a crise de legitimidade que alcança o sistema jurídico (penal) da atualidade” (OLIVEIRA, 2013, p. 30). E é, portanto, dentro deste panorama de caos que surge a cultura do consenso como elemento central e fundante da mediação penal, visando sua aplicabilidade como forma de amenizar a quantidade de desigualdades e a ineficiência produzida pelo próprio sistema.

Outrossim, SICA sugere o que denomina como sendo a “redefinição do papel da justiça penal”, visando a suplantação do “duplo déficit comunicativo: entre os cidadãos, trazidos para a cena como vítima e ofensor e, principalmente, entre o sistema de justiça e eles, cada vez mais alienados do processo de resolução dos seus conflitos por meio de cerimônias e procedimentos judiciais complexos e de uma linguagem técnica inacessível” (2007, p. 24).

Não podemos esquecer, entretanto, que “além de revelar que o Estado e a sociedade se erigem centrados na pessoa, a dignidade humana confere legitimidade ao Estado e, por consequência, a seu *ius puniendi*” (COSTA, 2008, p. 37). Desta forma, urge que a lógica penal seja modificada, permanecendo a dignidade humana como núcleo duro e formador, porém com novas práticas que permitam a efetivação deste ideal de forma não violenta e sem a reprodução de mais criminalidade.

Nessa esteira, aflora a mediação penal como alternativa para a reconfiguração do sistema de justiça criminal que, segundo experiências obtidas no direito comparado, apresentam altos níveis de sucesso e satisfação. Dentre os destaques dados a este instituto, não se pode olvidar que se trata também de uma forma de concretização ou nova modalidade de acesso à justiça na medida em que permite aos cidadãos diferentes modos de resolver seus conflitos. Ressalta-se assim, também, seu alto caráter democrático e emancipatório para com os sujeitos envolvidos.

Conforme delimita DAHMEN:

La mediación, como mecanismo restaurativo, sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad: los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones, y las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución (2008, p. 254).

Por conseguinte, FARIA define que “a mediação penal, como instrumento de uma justiça restauradora, é uma alternativa ao poder punitivo do Estado e, quando bem desenvolvida e aplicada, pode ajudar a diminuir o sofrimento das pessoas envolvidas no delito, reduzir a insegurança e o medo da sociedade” (2012, p. 06).

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental previsto no texto constitucional brasileiro tem, por muitas vezes, sido concretizado apenas no seu aspecto formal enquanto que do ponto de vista material permanece latente a lide sociológica do conflito, ainda que o caso jurídico já possua inclusive sentença condenatória. A mediação penal, assim, consegue alcançar o caráter material do acesso à justiça na medida em que ataca o âmago do conflito e promove, na maioria das vezes, a satisfação pessoal dos envolvidos.

Em outras palavras, “garantir o acesso à justiça de forma igualitária, portanto, significa dotar de concretude os direitos assegurados pela Constituição”. E, especificamente no caso do acesso à justiça penal, temos que a inserção da mediação no cenário criminal permite evitarmos a forma privada de resolução dos conflitos, que normalmente se dá com muita violência, bem como impede também a perpetuação do atual caos decorrente do próprio sistema penal, excessivamente violento ao impor uma pena de prisão degradante ao agressor vistos os inúmeros casos de violação da integridade física e moral dos apenados (AZEVEDO e PALLAMOLLA, 2014, p. 178).

Assim sendo, diante de um cenário de “crise de legitimidade do sistema penal” aliado “ao crescimento da violência na sociedade brasileira e à crise da administração da justiça” nascem diferentes modos de administrar os conflitos. Quanto mais acentua-se a crise, mais eles se “multiplicam e procuram aumentar o acesso à justiça e, dessa forma, promover a equidade econômica e social de forma a fortalecer a democracia” (Ibidem, p. 178). Portanto, a prática da mediação penal, enquanto espécie derivada do gênero justiça restaurativa, demonstra-se altamente eficaz quando inserida em um contexto onde o conflito é entendido como uma forma de reconstrução, de constituir novas relações e diferentes entendimentos, sempre com vistas à pacificação social.

Mais do que garantir e efetivar o acesso à justiça, a mediação penal promove também a inclusão social uma vez que o cidadão, ao gerir o conflito pode dar voz aos seus sentimentos e percepções na promoção dos seus interesses e na busca de um “denominador comum” com o outro, longe do rigor e da formalidade presentes na demanda judicial, propiciando assim a pacificação mediante “diálogo eficiente” (TARTUCE et al, 2015, p. 16).

No sentir de GRINOVER, trata-se de buscar a racionalização na distribuição da justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição” (2008, p. 24). Além disso, aduz a autora que o fundamento social dos modos conciliativos é traduzido na função de pacificação social e ressalta que “a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro” (ibidem, p. 25).

Indo além, assevera que “inseridos os procedimentos conciliativos, ainda que de natureza não jurisdicional, no quadro da política judiciária, a intervenção

de leigos na função conciliativa também se coloca no âmbito da participação popular na administração da justiça”. Deste modo, pode simbolizar simultaneamente um “instrumento de garantia e instrumento de controle, configurando meio de intervenção popular direta pelos canais institucionalizados de conciliação e mediação” (ibidem, p. 27).

Ademais, dentre as inúmeras vantagens trazidas pela aplicação da mediação penal, em especial, ressaltamos algumas delas que se coadunam diretamente com o ideário de justiça social, são elas: o elemento da “transformação comunicativa” que acaba gerando, inevitavelmente, mais respeito nas relações e na própria comunidade em geral, reduzindo assim os casos de violência; a promoção da integração dos sujeitos envolvidos no conflito, possibilitando o pleno exercício da cidadania; além de preconizar o restabelecimento das relações mediante fixação de um denominador comum entre os sujeitos, favorecendo a convivência e prevenindo a criminalidade futura (FARIA, 2012, p. 04).

Nessa perspectiva, a mediação penal provoca a concretização da justiça social, também, pela efetivação da participação popular na administração da justiça e, conseqüentemente, exalta a democracia participativa presente em nosso ordenamento jurídico. Seus elementos de ordem colaborativa tais como o diálogo e o acordo corroboram com a efetivação do chamado escopo político da jurisdição, isto é, a participação (GRINOVER, 2008, p. 26 et seq).

Assim sendo, resta indiscutível que a mediação penal congrega todos os elementos necessários à realização e concretude da justiça social, sobretudo porque em sendo vista “novo modelo de justiça”, projeta-se “para uma ordem jurídica penal cooperativa, que é imprescindível para o estudo do pluralismo jurídico, para a compreensão do direito na atualidade, para a concepção de democracia contemporânea e para o efetivo exercício da cidadania” (FARIA, 2012, p. 09).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa debruçou-se sobre o estudo da mediação penal enquanto elemento formador de um novo paradigma de justiça criminal à luz da justiça social. O objetivo do trabalho era examinar o atual sistema de justiça penal brasileira, com seus pormenores e peculiaridades, a fim de verificar sua real efetividade e eficácia no que diz respeito à aplicação da pena e suas finalidades – ressocialização e reintegração do criminoso na sociedade.

A pesquisa permitiu explicitar o cenário atual em que se encontra o sistema de justiça criminal brasileiro e mediante a ponderação sobre suas particularidades obteve-se a reflexão sobre o papel e a atuação dos órgãos institucionais envolvidos, bem como a ponderação acerca dos problemas que enfrenta tal modelo. Neste sentido, conclui-se pelo esgotamento desta forma tradicional de resolução dos conflitos penais, dada pelo processo criminal, fazendo emergir, assim, a instauração de um novo paradigma de justiça penal voltado ao consenso.

Neste panorama de colapso foram encontrados e elencados diversos problemas que, quando interligados, conduzem à única conclusão de que é preciso o estabelecimento de um novo sistema ou, ao menos, de que devemos executar as opções que visam a modificação do atual modelo já fortemente extenuado.

Dentre as dificuldades enfrentadas atualmente, destacam-se a forte presença da cultura do litígio na população brasileira que ainda credita ao poder judiciário à satisfação dos seus problemas e a excessiva litigiosidade das relações sociais, até mesmo como sua decorrência, diante da não concretização dos direitos sociais pelo poder público, seja pela ausência de políticas públicas, seja pela não efetividade dos programas existentes que não contemplam a maior parte da população.

Além disso, os altos índices de criminalidade e violência são outro fator de destaque uma vez que geram um exagerado clamor público por mais punições e pela imposição de penas mais severas aos infratores. Agrega-se a isso, a situação de degradação quase que total da pena privativa de liberdade diante da realidade estrutural encontrada nos estabelecimentos prisionais do

país que, ao invés de realizar a ressocialização dos apenados, acabam por produzir ainda mais violência e mais criminalidade.

Outrossim, a chamada superpopulação carcerária nacional representada pelos altos índices de pessoas acauteladas em presídios com capacidade substancialmente menor do que aquela que realmente abrigam, demonstram, sobretudo, afronta crucial à dignidade humana dos apenados, outro aspecto relevante que contribui para a extenuação do atual sistema de justiça criminal.

Não obstante, a pesquisa permitiu, ainda, fazermos um comparativo entre as experiências obtidas junto ao direito comparado já que, ainda que de forma superficial, foram analisadas as diferentes manifestações da mediação penal ao redor do mundo, ressaltando suas práticas mais relevantes segundo a doutrina. Conseqüentemente, e através disto, foi possível denotar que a mediação penal vem sendo aplicada nos países estrangeiros, com ou sem legislação específica sobre o tema.

De mais a mais, alguns estudos de direito comparado permitiram termos a noção acerca dos percentuais de satisfação dos envolvidos em programas de mediação vítima-ofensor, a exemplo dos EUA e Canadá, como já antes referido. Outrossim, foi possível também constatar que a mediação penal pode e deve ser praticada, ainda que não haja regulamentação legislativa.

Nesse sentido, salienta-se que se concluiu pela opção de não instrumentalização da mediação penal enquanto procedimento institucionalizado uma vez que, assim sendo, restariam prejudicados seus elementos formadores tal qual a informalidade, a flexibilidade e a confidencialidade do rito mediador. Isso sem mencionar o risco que correríamos de, ao tornar a mediação penal um instrumento exclusivamente à serviço do poder judiciário nacional, vê-la abarrotada de demandas tal qual ocorre com a conciliação, notadamente no caso dos juizados especiais.

Foi possível verificar, ainda, a existência de divergência doutrinária acerca da aplicabilidade da mediação penal no Brasil haja vista a suposta alegação de que seria contrária à diversos princípios orientadores do processo penal. Contudo, a pesquisa demonstrou que, diante da apreciação de alguns dos princípios de maior relevo para o processo-crime, tal assertiva não se perfectibiliza e, conseqüentemente, a mediação penal pode ser entendida como

um instrumento de acordo com as normas processuais penais e, até mesmo, constitucionais.

Sobretudo, restou claramente demonstrado que a mediação penal é uma ferramenta, de certa forma, recente e que apresenta diversas inovações no que toca ao tratamento dos conflitos penais. A inserção da vítima e o reforço do seu papel são elementos que se sobressaem quando do estudo deste instituto, principalmente porque demonstram o caráter emancipatório e democrático desta nova proposta de administração dos embates penais.

Inobstante, a mediação penal também possui o condão de tornar a justiça penal mais humanizada e, assim, conferir-lhe maior grau de confiabilidade por parte dos usuários já descrentes na capacidade de resolução e satisfação de suas demandas pelo poder judiciário. Ainda, ressalta-se que a pesquisa conclui pela aceitação da mediação penal enquanto nova forma de acesso à justiça uma vez que amplia o rol de indivíduos que poderão submeter suas aflições ao olhar atento da justiça.

Além do mais, ressalta-se que a figura do mediador, enquanto terceiro estranho ao fato delituoso e às partes e, portanto, imparcial e neutro relativamente ao conflito penal existente, torna-se peça essencial na engrenagem da mediação penal. Segundo a pesquisa podemos concluir que este profissional deverá posicionar-se de forma natural e atenta, devendo promover o diálogo entre os envolvidos e, acima de tudo, fomentar o mútuo respeito entre vítima e ofensor.

Em especial e ligado ao papel do mediador, destacamos também a necessidade de observação estrita das técnicas impostas às mediações em geral, tais como o sigilo do procedimento; a confiabilidade; a informalidade e a economia de tempo e dinheiro.

Resta indubitável afirmar-se que, caminhar em direção à concretização da pacificação social, requer que se abra espaço ao consenso e, mais do que isso, que seja permitido que novas ferramentas estejam à disposição dos cidadãos, tais como a mediação penal. A concretização da justiça social restará alcançada quando assentada uma forma de justiça penal menos retributiva, como a atual, e mais voltada à vítima e ao infrator do que para a simples infração de uma norma penal.

Diante de tudo o mais já exposto neste trabalho, foi possível, ao fim, concluir que a mediação penal é instrumento realizador da justiça social uma vez que seus ideais se coadunam uns com os outros. Em especial, neste quesito, merece destaque o reforço da cidadania provocado pela mediação penal tendo em vista seu caráter altamente participativo, assim como colaborativo.

Especificamente no que toca à aplicabilidade da mediação penal, a pesquisa ainda precisará ser ampliada a fim de que seja verificada a possibilidade de aplicação quanto a todos os tipos de delitos, sejam eles de natureza grave ou não, envolvam eles violência ou não, tenham sido eles cometidos contra a vida ou não. Para que seja possível atingir tal conclusão, acredita-se que seja necessária uma incursão mais a fundo nos projetos de mediação penal existentes a fim de verificar a concretude de sua viabilidade.

Assim sendo, a presente pesquisa cumpriu com seus objetivos iniciais que foram o desvendar se a mediação penal contribui para a construção de um novo paradigma de justiça criminal calcado na justiça social. Contudo, sabe-se que é preciso continuar neste estudo e, só assim, avançar objetivando maiores resultados práticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel. Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri. In: Revista da USP, v. 21, 1994a, pp. 132-151.

_____, Cidadania e administração da justiça criminal: O Brasil no rastro da crise. São Paulo: ANPOCS, IPEA, Hucite, 1994b, pp. 304-327.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; TEIXEIRA, Alessandra; MARQUES DE JESUS, Maria Gorete; MATSUDA, Fernanda Emy; SANTIAGO, Caio; CORDEIRO, Veridiana Domingos. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.86, set/out 2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 247-288.

APAV – Associação portuguesa de apoio à vítima. Lisboa, Portugal. Site de consulta às informações: https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/ Acesso em out 2017.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica - Tratado de Justiça. Portugal: Resjuridica, 2002.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Coleção a obra-prima de cada autor. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v.4. Organizadores: André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, pp. 82-302. Disponível em:

<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/> Acesso em out 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, pp. 55-79.

_____. Sociologia da administração da justiça penal. In: *Crime, polícia e justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo*. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Ed. Contexto, 2014a, pp. 392-399.

_____; PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. Alternativas de resolução de conflitos e justiça restaurativa no Brasil. In: *Revista USP* nº 101. São Paulo: 2014b, pp. 173-184.

BALLETTO, Stella; BRIZ, Maria José; FALCA, Leslie. Manual básico de mediação. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay. Grupo Magro, 2015.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Tradução e prefácio Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: *Revista Jurídica Virtual, Presidência da República, Brasília*, v. 5, n. 48, maio 2003. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747> Acesso em out 2016.

BEHR, Thomas. Luigi Taparelli and Social Justice: rediscovering the origins of a “hollowed” concept. In: *Social justice in contexto, vol. 1, 2004*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264416427_Luigi_Taparelli_and_Social_Justice_Rediscovering_the_Origins_of_a_Hollowed_Concept Acesso em agosto 2016.

BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. In: *Revista Direito & Sensibilidade*, 1ª ed., v. 1. Brasília. 2011, pp. 211-226.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. Justiça restaurativa: um desafio a práxis jurídica. Campinas, SP: Servanda, 2012.

BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. Projeto justiça para o século 21. Relato da implementação do Projeto Piloto de Justiça Restaurativa junto à 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, RS, visando à introdução de práticas restaurativas na pacificação de situações de violências envolvendo crianças e adolescentes. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net/j21.php?id=244&pg=0#.WfHcaWhSzIU>
Acesso em set 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016a.

_____, Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa. In: *Revista de Derecho-UCU, segunda época. Año 12, n. 13*, 2016b, pp. 11-32.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de setembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Dispõe sobre os mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Dispões sobre o Novo Código de Processo Civil.

BUTLER, Judith. "Qu'est-ce qu'une vie bonne?". Éditions Payot & Rivages, Saint-Germain, Paris, 2014.

_____. Vida precária. In: *Contemporânea: Revista de Sociologia da UFSCAR. Dossiê diferenças e desigualdades*. V. 1, n. 1. Jan-Jun 2011, pp.13-33.

_____. Vida precaria: el poder del duelo y la violencia. Tradução de Fermin Rodriguez. Buenos Aires: Paidós, 2006.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. Pena e garantias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CASTILHO, Ricardo. Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. In: *Tempo Social - Revista de Sociologia da USP*, v. 25, n. 1. São Paulo, 2013, pp. 15-36. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/69031> Acesso em set 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros> Acesso em set 2016.

_____. *Relatório da Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arguivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> Acesso em set 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

DAHMEN, Miguel Morales. Análisis de la conveniencia de la mediación penal en la Ley N° 20.084 de responsabilidad penal adolescente. In: *Revista jurídica del Ministerio Público*, nº 37, 2008, pp. 253-256. Disponível em: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=30> Acesso em out 2017.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. In: *Âmbito Jurídico, Rio Grande*, XIV, n. 95, 2011a. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10855&n_link=revista_artigos_leitura Acesso em set 2016.

_____. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 8, n. 8, 2011b. Disponível em: www.redp.com.br Acesso em Out 2017.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: *Justiça restaurativa, coletânea de artigos*. Organização Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto De Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. Brasília: 2005, pp. 41-52. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/restorative-justice/> Acesso em set 2017.

DIAS, Renato Duro. Em busca da justiça social ou o que é uma boa vida? In: *Empório do Direito*, 2015. Disponível em: <http://emporiოდodireito.com.br/em-busca-de-justica-social-ou-o-que-e-uma-bo-vida/> Acesso em set 2016.

DUBET, François. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011.

DZIEKANIAK, Cibele V. *Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos segundo as normas da ABNT* [recurso eletrônico]. Rio Grande: FURG, 2014. Disponível em: <http://www.educacaoambiental.furg.br/> Acesso em out 2017.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*, 1ed. Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 171-189.

FARIA, Ana Paula. “Mediação Penal – um novo olhar sobre a justiça penal”. In: *Especial Mediação, Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, edição especial, MPMG Jurídico, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1106> Acesso em Out 2016.

FERNANDES, David Augusto. Direito humanos e vitimologia: uma nova postura da vítima no Direito Penal. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG*, n. 64. Belo Horizonte: 2014, pp. 379-411.

Disponível

em:

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2014v64p379> Acesso em Out 2017.

FLORES, Joaquin Herrera. Los derechos humanos em el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. Colóquio Internacional Direito e Justiça no Século XXI. Coimbra, 2003.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Organização, Introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. Graal, 8º Ed, 1982.

FREITAS, Carolina Mota de, e PELLEGRINI, Carolina Portella. Mediação: por uma cultura do consenso no âmbito cível e penal como forma de aproximação da justiça social. In: *V Jornada de Mediação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – seme(di)ador, cultivando suas competências*. Porto Alegre, out, 2016.

GHISLENI, Ana Carolina e, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Crítica da pena e Justiça restaurativa: a censura para além da punição. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOMES, Lauro Thaddeu. A posição da vítima no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2012. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4880> Acesso em Set 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 2, n. 5, 2008.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade: doze lições. Tradução de Sérgio Serpa e Ronei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: www.redp.com.br Acesso em Out 2017.

HONNETH, Alex. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa, apresentação de Marcos Nobre, 2ª ed. São Paulo: 34 Ltda, 2009.

HUSLMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas – O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karan, 1ª ed. Rio de Janeiro: Luam Ed. Ltda, 1993.

IMPERIALE, Nastaassya. La mediazione penale minorile - Aspetti giuridici e sociologici. In: *Rivista L'atro Diritto*, Centro di documentazione su cárcere, devianza e marginalità. Università di Firenze, Itália. 2007. Disponível em: <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/minori/imperial/index.htm> Acesso em Set 2017.

KANT DE LIMA, Roberto. Éticas e práticas na segurança pública e na justiça criminal. In: *Crime, polícia e justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo*. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2014, pp. 471-481.

KHALED JR., Salah Hassan. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LEVINAS, Emmanuel. Humanismo del otro hombre. 7ª reimpressão. Siglo Veintiuno Editores, 2013.

LEGUIZAMÓN, Mario Camilo Torres. Justicia restaurativa y mediación penal juvenil. In: Departamento de Investigación de la Universidad Columbia del Paraguay. Paraguai: 2016. Disponível em: <https://www.columbia.edu.py/presencial/derecho/investigacion/articulos-de-revision/209-justicia-restaurativa-y-mediacion-penal-juvenil> Acesso em out 2017.

LIMA, Fernanda e, VAZ, Vânia. Mediação: o caminho para a disseminação de uma cultura de paz. In: *Especial Mediação, Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, MPMG Jurídico, Belo Horizonte, 2012, p. 18-27.

LOPES JUNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002a, pp. 99-128.

_____. (Re)Discutindo o objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In: *Revista de Estudos Criminais*, v. 6, *Doutrina estrangeira*. Porto Alegre: 2002b, pp. 124-143.

MARTÍN, Nuria Belloso. Anotaciones sobre alternativas al sistema punitivo: la mediación penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 5, n. 5, 2010, pp. 146-186. Disponível em: www.redp.com.br Acesso em out 2016.

MATTA, Juan Pablo, GODOY, Mariana Inés. El movimiento de mediación em Argentina: procesos, tensiones y afirmaciones. In: *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 10, n. 1, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/19721/14029> Acesso em out 2017.

MIRANDA, Andréa Tourinho P. de. “Mediação penal e política criminal: uma terceira via para composição de conflitos”. In: *Especial Mediação, Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, MPMG Jurídico. Belo Horizonte: 2012. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/26> Acesso em Out 2016.

OLIVEIRA, Adriano. Polícia e Direitos Humanos no Brasil. In: *Polícia, Democracia e Sociedade*. Coordenadores José Luiz Ratton e Marcelo Barros. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, pp. 209-229.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, 29 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder/Imprim.html> Acesso em out 2017.

PALIERO, Carlos Enrico. *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*. In: Atti del Convegno, Associazione tra gli studiosi el processo penale. Itália, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: *Justiça restaurativa, coletânea de artigos*. Organização Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto De Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. Brasília: 2005, pp. 19-39. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/restorative-justice/> Acesso em set 2017.

PORTELA, Jorge Guillermo. Introducción al derecho: la justicia. Ediciones jurídicas, vol. 6. Buenos Aires: Ariel, 1980.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, pp. 81-97.

REIS, Ívano de Menezes; HOGEMANN, Edna Raquel; MACHADO, Consuelo de Freitas. Arbitragem: noções essenciais – entendendo a Lei nº 9.307/96. In: *Revista Eletrônica de Direito da UCB*, v. 04, n. 4, 2007. Disponível em: <http://www.castelobranco.br/sistema/novoenfoco/edicao/artigos/4/> Acesso em out 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes e, SOUZA, Mariana Almeida. A medição e os ADR's (alternative dispute resolutions) – a experiência norte-americana. In: *Revista eletrônica Novos Estudos Jurídicos*, vol. 19, n. 2, 2014, pp. 377-399.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. Modernidade tardia e violência. In: *Crime, polícia e justiça no Brasil*. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Ratton e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2014, pp. 16-25.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. Para uma revolução democrática de justiça. 3ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Cortez, 2011.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal – o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SOARES, Cíntia Machado Gonçalves. Visita à oficina de mediação. In: Fórum de Cortes Supremas do Mercosul - Programa Joaquim Nabuco vinculado ao Supremo Tribunal Federal, Brasília/DF. Assunção, Paraguai: 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Cintia_20111.pdf Acesso em out 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Organização de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: www.unisc.br/edunisc Acesso em ago 2016.

_____. Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2ª ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016.

_____. Mediação de conflitos: da teoria à prática. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Fernanda; BORTOLAI, Luís Henrique. Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidades e superações. In: *Civil Procedure Review*. V. 6. 2015, pp. 107-129. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=115&embedded=true Acesso em set 2017.

TARUFFO, Michele. *Senso comum*: experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: Revista da Escola paulista da Magistratura, vol. 2, n. 2. São Paulo: 2001, pp. 171-204.

TIVERON, Raquel. Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do Direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

TONCHE, Juliana. Justiça restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 3, n. 1, jan. 2016, p. 129-143.

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. Pluralismo jurídico e mediação de conflitos penais: a construção de um novo paradigma de justiça na pós-modernidade. In: Revista Jurídica da Presidência, v. 18, n. 114. Brasília: 2016,

pp. 97-118. Disponível em:
<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/124/showToc>
Acesso em set 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul. Coordenadoria da Infância e da Juventude. São Paulo, 2008. Disponível em:
http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf Acesso em set 2016.

VELOSO, Leticia e FELIPE, Ana Paula Faria. Mediação penal – um novo modelo de justiça. In: Congresso internacional interdisciplinar em sociais e humanidades. Niterói/RS, 2012. Disponível em:
<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf> Acesso em set 2016.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZEHR, Howard. Justiça restaurativa. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.