



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PÚBLICO

CARLOS ALBERTO MIRANDA SANTOS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: DA RESOLUÇÃO
CONSENSUAL DOS CONFLITOS À RESSIGNIFICAÇÃO
DA RESPOSTA AO CRIME.**

Salvador
2017

CARLOS ALBERTO MIRANDA SANTOS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: DA RESOLUÇÃO
CONSENSUAL DOS CONFLITOS À RESSIGNIFICAÇÃO
DA RESPOSTA AO CRIME.**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista em Direito Público.

Salvador
2017

CARLOS ALBERTO MIRANDA SANTOS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: DA RESOLUÇÃO
CONSENSUAL DOS CONFLITOS À RESSIGNIFICAÇÃO
DA RESPOSTA AO CRIME.**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

A Deus, por nossa existência com saúde e possibilidade de aproveitar a convivência com todos os amigos.

À família, pela compreensão e apoio.

AGRADECIMENTO

A Deus, pela oportunidade de nossa existência e por permitir a finalização desta tarefa.

Aos nossos familiares, pelo carinho e paciência durante esta jornada, sempre pensando positivamente e com palavras de incentivo para a conclusão desta missão.

Aos professores da Pós-graduação realizada da Faculdade Baiana de Direito que em dedicadas exposições balizaram o estudo do Direito Público ratificando a certeza da especialização que seguirei em minha vida profissional.

Aos colegas do PROGESP e PPGD pelas colocações durante as aulas, que foram muito importantes para a realização desta especialização com tranquilidade.

Aos colegas da Pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito pelas intervenções enriquecedoras durante todo o curso.

A sempre orientadora Profa. Dra. Selma Santana por lutar pelo ideal restaurativo em busca de uma justiça humanizada.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta pesquisa.

“Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação”.

(Luís Alberto Warat)

RESUMO

A falência anunciada do sistema carcerário ganhou novos contornos no cenário brasileiro, evidenciando sua capacidade de gerar violência extrema. As recentes rebeliões ocorridas nos presídios dos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte surgem como consequências da escolha do paradigma punitivo-retributivo e do encarceramento em massa como respostas ao crime. A partir das hipóteses ralsianas da posição original e do véu da ignorância desenvolveram-se os princípios que devem orientar o caminho à justiça com equidade em busca da coexistência humanizada e mais justa. Por outro lado os Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos (MERCs) podem se constituir num excelente mecanismo para conquista da paz social, pois se propõem a sanar os conflitos comunitários sem a necessidade de uma intervenção estatal; e nos casos em que haja crimes, diante da ineficácia do sistema penal, a justiça restaurativa, com seus procedimentos humanizados, vem a substituir a pena aflitiva tradicionalmente imposta. Tomando-se por base as críticas ao sistema penal e as propostas alternativas à pena, até o surgimento do paradigma restaurativo, estabeleceu-se como objetivo geral desta pesquisa o de analisar em que medida a justiça restaurativa e os meios consensuais de resolução de conflitos podem ajudar na melhoria dos relacionamentos comunitários por meio da adoção de uma resposta ao crime diferente da tradicional de caráter punitivo-retributivo. Do analisado constatou-se que diante da crise de legitimidade sofrida pelo paradigma de punir, a justiça restaurativa nasce como novo modelo de resposta ao crime, porém não implicando na supressão total do modelo atual que poderá ser utilizado de maneira residual nos casos de maior gravidade.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Sistema penal. MERCs. Equidade. Prisão.

ABSTRACT

The announced bankruptcy of the prison system has gained new contours in the Brazilian scenario, evidencing its capacity to generate extreme violence. The recent rebellions in the prisons of the states of Amazonas, Roraima and Rio Grande do Norte arise as a consequence of the choice of the punitive-retributive paradigm and mass incarceration as responses to crime. From the Kalpian hypotheses of the original position and the veil of ignorance the principles have been developed which should guide the way to justice with equity in search of humanized and more just coexistence. On the other hand, the Extrajudicial means of Conflict Resolution (MERCs) can constitute an excellent mechanism for the conquest of the social peace, since they propose to heal the community conflicts without the necessity of a state intervention; And in cases where there are crimes, in the face of the ineffectiveness of the penal system, restorative justice, with its humanized procedures, replaces the traditionally imposed grieving punishment. On the basis of criticisms of the penal system and alternative proposals to punishment, until the emergence of the restorative paradigm, it was established as a general objective of this research to analyze to what extent restorative justice and consensual means of conflict resolution can help improve community relationships by adopting a response to crime that is different from the traditional punitive-retributive one. The analysis showed that in the face of the crisis of legitimacy suffered by the paradigm of punishment, restorative justice is born as a new model of response to crime, but does not imply in the total suppression of the current model that can be used in a residual manner in cases of greater severity.

Keywords: Restorative justice. Criminal system. MERCs. Equity. Prison.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 – Principais diferenças entre os paradigmas punitivo e restaurativo.....	59
Quadro 2 – Processos de respostas restaurativas sem intervenção judicial.....	71

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

MERCs	Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos
LEP	Lei de Execução Penal
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A JUSTIÇA ENQUANTO EQUIDADE À LUZ DE JOHN RAWLS: UM NOVO OLHAR SOBRE O CONTRATO SOCIAL	16
2.1 IGUALDADE E EQUIDADE: PRINCÍPIOS A SEREM ALCANÇADOS NA PRESENÇA DO CONFLITO DE INTERESSES.....	16
2.2 A POSIÇÃO ORIGINAL E O VÉU DA IGNORÂNCIA COMO HIPÓTESE DE SIMILITUDE ACORDADA	19
3 O CONFLITO: EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO DA VIDA EM SOCIEDADE?	25
3.1 UMA ABORDAGEM SOBRE O CONFLITO.....	25
3.2 MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DE INTERESSES	30
3.2.1 A mediação de conflitos e seu conceito	33
3.2.2 Características e indicação do uso da mediação	37
3.2.3 A prática do mediador	39
3.2.4 A dinâmica do procedimento de mediação.....	44
3.2.5 A conciliação	46
3.2.6 A negociação.....	49
3.2.7 A arbitragem.....	50
4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS À RESSIGNIFICAÇÃO DA RESPOSTA AO CRIME	53
4.1 A JUSTIÇA PENAL E A APORIA DA PENA AFLITIVA.....	55
4.2 ANTECEDENTES DO NOVO PARADIGMA: O ABOLICIONISMO PENAL E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS CATALISADORES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	58
4.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO MODELO DE RESPOSTA AO DELITO	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O modelo de política criminal adotado pela justiça penal brasileira, lastreado na pena aflictiva, mais uma vez mostrou-se incapaz de cumprir suas promessas de reabilitação e prevenção das condutas criminosas. A falência anunciada do sistema carcerário ganhou novos episódios de repercussão internacional evidenciando sua capacidade de gerar violência extrema. As recentes rebeliões ocorridas nos presídios dos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte são as consequências esperadas quando da escolha do paradigma punitivo-retributivo e do encarceramento em massa como principais instrumentos de resposta ao crime. Em contraposição a esta concepção tradicional da justiça criminal surge a justiça restaurativa, adotando o paradigma restaurativo como um modelo mais humanizado e capaz de combater altos índices de reincidência criminal, para reintegrar egressos do sistema penitenciário e solucionar conflitos em comunidades com condão de reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, permitindo-lhe a reapropriação do conflito avocado pelo Estado soberano, limitando o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos, e assim reforçar os laços e sentimentos de solidariedade social outrora rompidos.

John Rawls desenvolveu no século XX uma teoria da justiça como equidade oferecendo uma nova interpretação igualitária e radical da democracia liberal onde aborda os dilemas do dever de obediência a uma lei injusta, e da justiça como equidade, na busca de uma justiça social, destacando a compreensão do justo como resultado de um acordo hipotético escolhido pelas partes, ao que ele chamou de posição original¹, local onde os indivíduos não consideram condições sócio econômicas como justificativas para suas escolhas particulares, pois aderiram a um acordo inicial na escolha dos princípios da justiça, onde todos tem uma concepção do bem sendo possuidores do senso de justiça, o que serve para lançar legítimar alguns propósitos do paradigma restaurativo, visto que para cumprir o acordo cada

¹ Hipótese criada por John Rawls que possui como finalidade permitir que pessoas possam decidir sobre os princípios de justiça que possam ser aplicados a uma determinada situação ou sociedade sem que possam se utilizar de meios protetivos para que tenham privilégios em detrimento dos outros contratantes.

individuo deverá aceitar a ocorrência da perda de suas vantagens em benefícios maiores dos outros, num ideal onde as partes se encontram em uma situação similar de igualdade e capacidades de ação diante dos princípios adotados enquanto sujeitos morais, de forma semelhante ao estado de natureza² dos contratualistas.

A posição original deve vir acompanhada de um estado onde os sujeitos desconhecem o seu lugar na sociedade, sua condição social, seus gostos pessoais e ignoram suas características psicológicas estando envoltos num véu da ignorância³, em função do qual se estabelece a igualdade. Estes aspectos do pensamento de Rawls certamente assumem um enfoque especial da teoria restaurativa, pois seus princípios da igualdade e da equidade teorizam a proposta restaurativa como uma solução de justiça diferente da pena.

A partir dos anos 70 do século passado foi surgindo referências a justiça restaurativa como um modelo de resposta ao crime diferente da justiça penal. Afasta-se a possibilidade de condenação a pena aflictiva, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas. E ainda apresenta esta solução como mais pacificadora e capaz de reatar os laços comunitários rompidos pela ocorrência do delito.

A justiça Restaurativa firmou-se nas últimas décadas como resposta inovadora adequada às necessidades de vítimas, comunidade e autores da conduta criminosa, por considerar os crimes como violações de pessoas e relacionamentos interpessoais, e não somente ao Estado soberano, que acarretam na obrigação do infrator reparar os danos. O ordenamento jurídico brasileiro já permite, ainda que parcialmente, a transformação do antigo paradigma punitivo, basta que os tribunais deixem de escolher como único caminho a opção pela legalidade e o formalismo, e passe a aplicar uma escolha de política criminal, até que se institucionalize o novo modelo restaurativo.

A pesquisa tem como tema o surgimento da Justiça Restaurativa a partir da aporia do paradigma punitivo, focado no discurso da legitimidade sustentada pelo sistema criminal, vez que as promessas de ressocialização e prevenção não foram cumpridas, e por outro lado o aumento do encarceramento e da reincidência é constante. A utilização dos MERCs, há muito tempo conhecidos, porém pouco

² Estado no qual Thomas Hobbes afirma que os homens podem todas as coisas, e por isso, eles utilizam todos os meios disponíveis para consegui-las.

³ Descrição metafórica da barreira contra o uso de interesses parciais na determinação dos princípios da justiça.

manuseados, pode se constituir numa estratégia bastante adequada para romper com a espiral do delito, pois com a utilização da mediação, da conciliação, da negociação e da arbitragem, dentre outros, torna-se possível a resolução de pequenos conflitos comunitários, que não são poucos, de uma maneira consensuada, elevando-se a autoestima tanto da comunidade. E nos casos em que o delito ocorrer as ferramentas restaurativas se encarregarão de reatar os laços rompidos pelo crime, como já pudemos observar em pesquisa anterior.

Este tema se enquadra na linha de pesquisa do Direito Penal e Liberdades Públicas da Pós-graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito, com vistas ao enfrentamento científico e crítico dos principais e mais recentes temas do Direito Penal e do Direito Processual penal.

Estabeleceu-se como objetivo geral desta pesquisa o de analisar em que medida a justiça restaurativa e os meios consensuais de resolução de conflitos podem ajudar na melhoria dos relacionamentos comunitários por meio da adoção de uma resposta ao crime diferente da tradicional de caráter punitivo-retributivo.

Para o alcance do objetivo geral, foram estabelecidos como objetivos específicos os seguintes: a) revisar a literatura atinente à teoria da justiça, observando-se os princípios da equidade e igualdade; b) descrever quais são os principais Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos (MERCs), destacando a sua importância no tratamento das divergências, assim como evidenciando os seus conceitos, distinção e aplicabilidade aos tipos de conflitos; c) conceituar o conflito social sob a ótica sociológica; d) verificar o surgimento do paradigma restaurativo a partir da falência do paradigma punitivo.

A justificativa para escolha do tema reside no crescente discurso a favor do encarceramento em massa, fruto da racionalidade penal moderna, somados aos episódios violentos oriundos de alguns presídios brasileiros, internamente entre si e ou externamente, porém comandados pelos internos do sistema, nas últimas décadas, o que comprova que o encarceramento como forma de infligir dor e causar mal a quem causou o mal, só aumenta a violência, exclusão e reincidência.

É indiscutível a sua relevância social e científica, diante da atual dimensão que os fatos relativos ao sistema criminal alcançam, em virtude dos elevados índices de violência e criminalidade registrados nas grandes capitais brasileiras, gerando na sociedade as sensações de medo e insegurança. Por outro lado, as crises nos presídios já eram previstas como consequência de uma política criminal equivocada.

Este trabalho pode ser classificado uma pesquisa bibliográfica e explicativa, pois visa identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos, utilizando-se da revisão bibliográfica.

Esta monografia está dividida em mais quatro capítulos, além do de introdução, quais sejam: o segundo traz a teoria da justiça como equidade com base no pensamento de John Rawls; no terceiro, faz-se uma abordagem sobre o conflito social e os seus possíveis benefícios no relacionamento comunitário, descrevendo e discutindo os principais MERCs e suas adequações no tratamento das divergências; no quarto, descrevem-se as características da justiça restaurativa e o caminho percorrido até o novo paradigma, seus princípios e críticas; e, por fim, as considerações finais.

2 A JUSTIÇA ENQUANTO EQUIDADE À LUZ DE JONH RAWLS: UM NOVO OLHAR SOBRE O CONTRATO SOCIAL

Rawls (2000) desenvolveu sua Teoria da Justiça como uma importante obra de filosofia política do século XX, oferecendo uma nova interpretação para fundamentar a igualdade democrática liberal; apontou a possibilidade de se derivar princípios de justiça, mesmo numa sociedade marcada pelo pluralismo de pensamentos, por vezes antagônicos, atingindo o ponto de encontro por meio da hipótese da posição original. Defendeu também que as instituições públicas devem dispor de arranjos alternativos de justiça que possam ser postulados por teorias ou escolhas públicas rivais, e que as instituições sociais devem ser estruturadas para atender as expectativas das pessoas, onde a justiça institucional não pode ter por fim a si mesma.

É fato que as idéias rawlsianas foram calcadas na corrente racionalista, e que a justiça criminal não é um terreno adequado para a aplicabilidade racional. Porém não se pode olvidar seu importante legado para a melhor compreensão da proposta restaurativa como justiça, principalmente com as idéias de igualdade e equidade, cabendo à justiça restaurativa balizar seus procedimentos por meio do viés empírico, dos contextos históricos determinados e das relações comunitárias na prática.

2.1 IGUALDADE E EQUIDADE: PRINCÍPIOS A SEREM ALCANÇADOS NA PRESENÇA DO CONFLITO DE INTERESSES

Diversos são os conceitos de igualdade conforme o entendimento de cada autor a ter a idéia analisada, porém é cediço que ao menos duas das suas acepções conceituais servem de lastro para o seu entendimento e uma boa aplicabilidade. Advinda dos ideais do liberalismo clássico é fundamental para a análise no campo da idéia de igualdade sua acepção formal, ou seja, sua manifestação diante do direito e da lei com base no princípio da isonomia e na igual proteção legal sem distinções de gênero, etnia, posição social ou quaisquer formas discriminatórias. Igualmente importante, a idéia da igualdade material baseada na isonomia direcionada a proteção e gozo dos direitos que tão somente a igualdade formal não

alcançaria frente à existência de fatores sociais que influenciam diretamente na vida dos sujeitos, dividindo-os em grupos sociais fadados a aplicabilidade da igualdade de forma diversa, seja por diferenças qualitativas de mérito, por diferenças fenotípicas ou socioeconômicas.

Para Aristóteles (2003) apesar da evidente relação de identidade entre a igualdade e a equidade, e de ambas inaugurarem os princípios que fundamentam as democracias modernas e suas políticas sociais, estes conceitos, por vezes, confundem-se em sinonímia e antonímia, e a equidade é entendida como virtude inerente aos sistemas normativos com vistas à aplicação da justiça aos casos concretos, e como faculdade do julgador na aplicação às normas jurídicas controversas na lacuna do direito positivo. O conceito de equidade traz consigo os princípios da diferença e o da eficiência sendo que em sentido clássico a equidade supõe uma diferença, de forma consensual, com referência as partes que cedem a cada um o que lhes é proporcional, dependente ou não da igualdade, a qual juntamente com a justiça guarda semelhança, remontando o pensamento aristotélico onde a justiça e a equidade não se apresentam absolutamente idênticas, e nem especificamente diferentes. Para separar equidade de justiça Aristóteles define que:

A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existem por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado diferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma *mina*, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas), e também todas as leis promulgadas para casos particulares (como a que mandava oferecer sacrifícios em honra a Brásidas), e as prescrições dos decretos. (ARISTÓTELES, 2003, p. 117).

Percebe-se que ele separa equidade de justiça quando apresenta a divisão do justo natural e do justo legal numa compreensão exemplificativa da noção de justiça política. A equidade aristotélica tinha a missão de sobrepor o justo natural ou absoluto nas situações em que o justo legal não fosse capaz de promover a justiça política, corrigindo os equívocos do legislador e as lacunas da legislação nos casos concretos, atuando como ferramenta da justiça, fornecendo-lhe as soluções necessárias ao seu melhor funcionamento e aplicação nos casos não regulados e imprevisíveis, como esclarece:

O equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça (justiça legal), embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade. É por isso que nem todas as coisas são determinadas pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos. (ARISTOTELES, 2003, p.125).

A equidade já fora entendida, e até mesmo confundida, com o sentido de justiça, porém na atualidade não é sinônimo de justiça, e sim o entendimento conceitual que abrange uma justiça fundada na igualdade e no respeito aos direitos alheios com a finalidade de corrigir as deficiências encontradas na lei para alcançar sua melhor aplicação na presença do caso concreto.

A igualdade, como princípio, é fundamento de vital importância para a construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, exercendo papel importantíssimo na contemporaneidade, principalmente na efetivação das políticas públicas e sociais. Se por um lado conceituar de forma determinada o termo igualdade não é tarefa fácil, por outro se pode recorrer a algumas classificações e problemáticas apontadas por alguns doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, a exemplo de Perelmann (1996) que traz as idéias dos tratamentos igual ou desigual na análise das concepções de justiça, e aponta que a igualdade depende e é definida pelos critérios de dar a cada um conforme o seus méritos, mas também observando suas necessidades e posição social, sempre sob a orientação da lei.

Os critérios de igualdade trazem consigo fórmulas a serem consideradas nos casos de tratamento igual ou desigual onde não se exige ponderação, e se caracteriza pela concepção igualitária onde todos são parte de uma única categoria essencial. Dentro dos critérios apontados do Perelmann (1996), pode-se perceber certo senso de equidade, porém quando do processo de aplicação pura e simples da regra positivada aos casos concretos se tem uma resposta ineficaz ou injusta, obriga-se o intérprete da lei a optar por uma decisão lastreada no senso de equidade que estava presente na intenção do criador da norma positivada, ao invés de simplesmente aplicar ao caso concreto a regra positivada, o que confere melhor aplicabilidade da norma como se vê:

Mesmo se a distinção entre a justiça formal e as diferentes fórmulas de justiça concreta não tivesse servido senão para evitar lamentáveis confusões, ela já teria constituído um progresso na compreensão da noção de justiça. Mas ela se mostra ainda muito mais útil, pois nos permitirá esclarecer e até resolver problemas que, sem ela, poderiam ter parecido insolúveis (PERELMANN, 1996, p.33).

A noção de equidade é de extrema importância, vez que até mesmo na lacuna da lei aquela poderá ser aplicada conduzindo o julgador à decisões mais justas. Rawls (2000) apresenta uma idéia de igualdade que, em linhas gerais, assenta-se no entendimento de que todos têm direito a um projeto de direitos e liberdades básicas iguais, onde a liberdade política seria a única com o papel equitativo garantido; as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a cargos e posições iguais a todos, com oportunidades equitativamente iguais, onde os membros menos privilegiados da sociedade devem alcançar o maior benefício possível. Traz ainda, em diversas passagens da sua obra, os conceitos básicos de igualdade e equidade, especialmente na hipótese onde são definidas as regras da justiça que regulamentam certa sociedade e seus membros estabelecendo certo equilíbrio ao ponto de pensar numa hipotética de posição de igualdade a qual denominou de posição original.

2.2 A POSIÇÃO ORIGINAL E O VÉU DA IGNORÂNCIA COMO HIPÓTESE DE SIMILITUDE ACORDADA

Ao ocupar a posição original os indivíduos não consideram condições socioeconômicas como justificativas para suas escolhas particulares, pois aderiram um acordo inicial na escolha dos princípios da justiça, todos têm uma concepção do bem sendo possuidores do senso de justiça. Para cumprir o mandamento da hipótese da posição original, cada indivíduo deverá aceitar a ocorrência da perda de suas vantagens em benefícios maiores dos outros, e é na idéia de igualdade inicialmente apresentada na hipótese da posição original onde as partes se encontram em uma situação similar de igualdade e capacidades de ação diante dos princípios adotados enquanto sujeitos morais, de forma semelhante ao estado de natureza dos contratualistas.

Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todos têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios, cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para sua aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas [...] que são capazes de ter um senso de justiça (RAWLS, 2000, p. 21).

Porém a posição original deve ser acompanhada de um estado onde os sujeitos desconhecem o seu lugar na sociedade, sua condição social, seus gostos pessoais e ignoram suas características psicológicas estando envoltos num véu da ignorância, em função do qual se estabelece a igualdade.

Rawls (2000) volta a citar a questão da igualdade ao definir o que vem a ser o véu da ignorância onde as situações de disputas entre os indivíduos são anuladas através do desconhecimento de suas posições socialmente construídas e não reconhecem as suas aspirações individuais, condições necessárias para melhor aplicação da justiça, como se observa nesta passagem:

Juntamente com o véu da ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como sendo aqueles em que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses, consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais (RAWLS, 200, p. 21).

É sob o véu da ignorância que a posição original se torna possível, pois os indivíduos desconhecem sua posição inicial, e podem escolher os princípios da justiça sem interesses pessoais, o que irá garantir a equidade no momento desta escolha eliminando as distinções arbitrárias. A igualdade democrática seria obtida através da combinação do princípio da igualdade de oportunidades com o princípio da diferença, onde o princípio da diferença se encarregaria de resolver a indeterminação do princípio da eficiência criando uma nova posição de onde se poderiam julgar as desigualdades sociais e econômicas da estrutura básica, melhorando as expectativas dos menos favorecidos. Para Rawls (2000) a igualdade equitativa de oportunidades se apresenta como um princípio que se encontra ligado ao princípio da diferença, sem, contudo criar a idéia de abertura ou valorização de um indivíduo sobre outro, assegurando um sistema de cooperação com a idéia de justiça procedimental pura conduzindo a resultados justos.

Na Teoria da Justiça, Rawls (2000) entende a equidade como a ferramenta eficaz no combate aos resultados negativos causados pela desigualdade. Para ele a equidade deve ser pontual e localizada com o intuito de atingir a malha social mais desfavorecida, e a esta direcionar os mecanismos legislativos compensatórios em busca da correção das injustiças, vez que a sociedade está estruturada em diferentes situações sociais, o que desemboca na diversidade de aspirações e expectativas quanto à vida, variando de acordo com a posição do indivíduo no grupo social ao qual se encontra imerso. Assim Rawls vê no acordo social, a partir de uma posição original, a maneira de se realizar o que chamou de Justiça com Equidade; entretanto alerta que os conceitos de justiça e o de equidade apesar de parecerem uma sinonímia, não os são esclarecendo que:

[...] alcançados são equitativos. Isto explica a propriedade da frase “justiça como equidade”: ela transmite a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. A frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa, assim como a frase “poesia como metáfora” não significa que os conceitos de poesia e metáfora sejam a mesma coisa. (RAWLS, 2000, p. 14).

A equidade orienta as relações entre os indivíduos revelando suas obrigações para com o outro de acordo com o papel social de cada um em busca da boa ordem, via juízos moralmente ponderados e equilíbrio reflexivo que é o resultado da análise dos juízos ponderados com os juízos refletidos. Os conceitos de justiça e equidade são diversos, ou seja, diferem em seu significado, porém subsistem na situação da posição inicial equânime. O princípio da equidade analisado por Rawls foi acrescido por Nozick (1991) ao sugerir que:

Se acrescentarmos ao princípio da equidade a alegação de que os demais a quem as obrigações são devidas, ou seus agentes, podem impor as obrigações decorrentes desse princípio (incluindo a obrigação de limitar as próprias ações), então grupos de pessoas no estado de natureza que concordem com um procedimento para escolher aqueles que praticarão certos atos terão direitos legítimos de proibir “proveitadores” (NOZICK, 1991, p. 108).

A observação de Nozick foi uma resposta a Teoria da Justiça de Rawls, onde aquela faz uma crítica à obra e acrescenta a possibilidade de imposição pelos obrigados, vê-se que ele trata a posição inicial no estado de natureza numa revelação de seu pensamento em relação às idéias rawlsianas, que vê na

distribuição da oportunidade o único modo eficaz para equilibrar as relações sociais, ressaltando que a igualdade deve ser relativizada ao afirmar que:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos (RAWLS, 2000, p. 66).

Nessa esteira repousam os princípios da igualdade e da equidade numa expressão generalizada de justiça donde se infere que uma distribuição desigual só será válida se trouxer vantagens para todos, sendo peremptório que uma relação social equilibrada melhora a vida de todos os membros de uma sociedade, vez que participam de um sistema que gira em torno de todos.

Partindo-se para as críticas as idéias de John Rawls, Nozick (1991) não acha justo retirar do indivíduo o diferencial obtido, muitas vezes, por meio de esforços próprios, e sim deve ser valorizado de modo a tratar os diferentes com diferença e os iguais com igualdade. Aponta também que apesar de afirmar a prioridade da liberdade, RAWLS permite a ingerência na liberdade individual para manter um esquema particular de partilha, e apesar de criticar o utilitarismo, no entanto não respeita a distinção entre as pessoas, já que rejeita a premissa da posse de si mesmo. Porém esta aparente contradição apontada pode ser justificada quando se parte do entendimento da justiça com equidade, onde se encaixa a idéia de para que outras pessoas tenham oportunidade de obter determinado valor deve-se partir do local denominado por posição original, onde os benefícios já existentes são esquecidos em função de um bem maior, pois a igualdade deve ser entendida em concreto, e não uma igualdade em abstrato.

A partir dos ideais alçados na posição original e no véu da ignorância Rawls (2000) desenvolve os princípios que devem orientar o caminho à justiça, sugerindo uma série de comportamentos que demonstram uma dualidade nas ações, onde de um lado opera a instituição e do outro lado os indivíduos. Cada um destes atores seria orientado por princípios específicos desembocando na união entre liberdades individuais e igualdade social, onde se permitiria a coexistência de concepções de vida diversas. Dois princípios seriam escolhidos por todos: o primeiro, “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdade para as outras”; e o segundo “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal

modo que sejam ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável; e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. Entretanto na ideologia restaurativa a uma relativização da idéia de superioridade dos princípios que tem como sujeito as instituições sobre os que tem como sujeitos os indivíduos segundo a ordem serial que deveria ser respeitada, como na citação:

Esses princípios devem seguir uma ordem serial, o primeiro antecedendo o segundo. Essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas sociais. Essas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando em conflito com outras liberdades básicas (RAWLS, 2000, p. 65).

Os princípios que tem como sujeito os indivíduos são apresentados como sendo apenas dois: a equidade e o dever natural. O princípio da equidade supõe a própria concepção de justiça comum, e decorrem da aplicação dos princípios das instituições da liberdade democrática e da diferenciação distributiva. Ressalta, ainda que o princípio da equidade deva orientar os indivíduos em suas relações com os outros indivíduos estabelecendo as obrigações a serem obedecidas pelas pessoas que aceitam o acordo, justo, proposto pela instituição, e a ele estão sujeitos, uma vez que aceitaram os seus benefícios. O princípio do dever natural são os deveres relacionados à mútua cooperação entre os indivíduos. Entre os deveres naturais se destaca o dever de justiça, ou seja, o de ajustar-se, adequar-se à ordem estabelecida, cooperando para que ela possa atingir sua própria justiça, podendo ser considerado positiva e negativamente. Apesar de não dá tanta importância a idéia de que o dever natural pode ser considerado positiva e negativamente, faz algumas considerações sobre as suas possibilidades de ocorrência:

Há muitos deveres naturais, positivos e negativos. Não vou tentar reuni-los sob um único princípio. Com certeza esta falta de unidade cria o risco de exigir muito das regras [...] São exemplos de deveres naturais: o dever de ajudar o próximo quando ele está necessitado ou correndo perigo, contanto que possamos fazer isso sem perda ou risco excessivo para nós mesmos; dever de não lesar ou agredir o próximo, e o dever de não causar sofrimento desnecessário. A distinção entre deveres positivos e negativos [...] só é importante em sua ligação com o problema prioridade (RAWLS, 2000, p. 122).

Nesta perspectiva, são os deveres morais oriundos do próprio senso moral intrínseco da natureza humana, inclusive no que tange a autopreservação diante da transitoriedade do indivíduo, vez que as instituições são perenes enquanto os indivíduos são temporários, por isso aquelas devem ter mais importância diante de interesses privados, do contrário não se pode obter uma verdadeira justiça social. Deve-se conhecer a autoridade e o poder de coerção institucional para poder preservar o respeito e a tolerância para com os diferentes e se possa mitigar conflitos em busca da diminuição das desigualdades. E é assim que os princípios e ideais defendidos por John Rawls podem servir de lastro para uma melhor aplicabilidade na resolução da ocorrência criminosa por meio da justiça restaurativa e suas ferramentas para que as instituições eliminem as desigualdades oportunizando aos atores envolvidos no cenário do conflito evoluam como junto com a comunidade da qual são autóctones, e tenham acesso aos bens primários a exemplo da liberdade e das bases sociais de autoestima.

3 O CONFLITO: EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO DA VIDA EM SOCIEDADE?

O conflito não deve ser encarado como um aspecto negativo da vida em sociedade. Ao contrário, conforme retomaremos nos próximos tópicos deste trabalho, a existência do conflito é fator importante para que as sociedades evoluam; e a aplicabilidade dos meios consensuais de resolução de conflitos, como uma ação institucional, são mecanismos eficazes na redução da criminalidade em busca da pacificação social (SANTOS, 2016).

3.1 UMA ABORDAGEM SOBRE O CONFLITO

Segundo Bomfim e Menezes (2008), diferentemente do que o senso comum nos leva a crer, o conflito é algo inerente ao convívio social, sendo, inclusive, visto como um elemento importante para o seu desenvolvimento, e surgindo a partir do momento em que duas partes apresentam, simultaneamente, interesses divergentes acerca de determinado assunto.

Os citados autores destacam que o conflito, ao longo do decurso histórico, foi observado de diferentes maneiras. De acordo com a primeira delas, prevalecente no intervalo de tempo entre 1890 e 1940, o conflito foi observado como uma disfunção, levando alguns administradores de grupos de trabalhos, em algumas fábricas, a recrutarem indivíduos que tivessem perfil psicológico com facilidade de aceitação da autoridade. Já no início da década de 1950, com o desenvolvimento da abordagem comportamental da psicologia (behaviorismo), o conflito passou a ser visto como algo inerente aos grupos. Numa terceira abordagem, inaugurada por Lewis A. Coler, que pode ser chamada de interacionista, o conflito passa a ser visto, então, como algo salutar para a sociedade, pois as mudanças seriam motivadas por ele. Ao bom gestor competiria saber bem administrar os conflitos surgidos numa determinada organização (ibidem).

Os autores continuam informando que, nos diferentes níveis de relacionamento, seja pessoal; profissional; informal; entre grupos de pessoas e até entre diferentes nações, o conflito será encontrado, podendo ser abordado sob múltiplos vieses, a depender do ramo do conhecimento, a exemplo da psicologia, sociologia, economia, antropologia (ibidem).

Se for observado o viés econômico e tomando-se por base uma análise marxista, Karl Marx defendia a noção de que o conflito teria o seu nascedouro nas contradições existentes na estrutura econômica das sociedades. Assim, no caso de uma sociedade em que predomina o modo de produção capitalista, os conflitos adviriam das contradições entre aqueles que possuem os meios de produção e os que teriam apenas a sua força de trabalho para vender e prover o seu sustento e o de sua família. É por isso que Marx deu origem ao que passou a ser chamado em sociologia de “teoria do conflito” (BOMFIM; MENEZES, 2008).

Buscando fazer uma superação da visão marxista do conflito, segundo a qual está baseada no antagonismo de classes (burguesia x proletariado), Dahrendorf apud Junior (2007), sem abandonar a visão dialética dos fenômenos, considera que existem duas teorias na sociologia contemporânea que pretendem explicitar as questões relativas ao conflito. A primeira delas é a teoria da “integração da sociedade”, segundo a qual a sociedade seria um sistema funcionalmente integrado, em estado de equilíbrio, em virtude de processos padronizados e repetitivos. Já a “teoria da coerção da sociedade” entende a mesma como num constante processo de mudança, sendo mantida a sua coesão ou unidade em razão da força e da própria coerção. No entanto, na sua análise, a união seletiva das duas teorias é o desejável, em vez da sua exclusão mútua.

Dahrendorf apud Junior (2007) também entende que o conflito é um fato imanente ao convívio social e necessário para o seu desenvolvimento, tratando-se de discussões violentas que ocorrem em diversos níveis e ocasiões, tendo como fator motivador a desigual distribuição de poder e autoridade nos grupos sociais. Assim, na visão do citado autor:

Não se podem enquadrar, sob o aspecto do sistema social, as consequências dos conflitos sociais; pelo contrário, os conflitos só podem ser compreendidos, na sua efetividade e importância, quando referidos ao processo histórico das sociedades humanas. Os conflitos são indispensáveis, como um fator do processo universal da mudança social [...] exatamente porque apontam para além das situações existentes, são os conflitos um elemento vital das sociedades, como possivelmente, seja o conflito geral de toda vida (DAHRENDORF, 1981b, p. 82 apud JUNIOR, 2007, p.207).

De acordo com a sua tipologia, são reconhecidos cinco tipos arbitrários de conflitos: conflito dentro e entre *papéis* sociais individuais; conflitos dentro de certos grupos sociais; conflitos entre agrupamentos sociais organizados; conflitos entre

agrupamentos organizados ou não organizados, mas que afetam toda uma sociedade; conflitos entre unidades maiores.

Como na teoria de Dahrendorf apud Junior (2007) o conflito é um fato inerente ao relacionamento social, somente é possível regulá-lo. Para tal mister, Dahrendorf indica as formas de regulação, que seriam a conciliação, a mediação e a arbitragem, podendo ser aplicadas de forma individualizada e de acordo com o tipo do conflito.

Buscando corroborar com a definição, segundo (PASQUINO, 2000, apud BOMFIM; MENEZES, 2008, p.20), “[...] [conflito é] uma das possíveis formas de interação entre os indivíduos, grupos, organizações e coletividades [...] é o controle sobre os recursos escassos. Prevalentemente estes recursos são identificados no poder, na riqueza e no prestígio”.

O conflito pode assumir variadas formas. Nesta perspectiva, sob a observação de Thomas (1992) apud Bomfim e Menezes (2008), os conflitos assumiriam três formas: conflito de julgamento, conflito de objetivos e o conflito normativo. Na primeira, estaria envolvida a forma de percepção diferenciada sobre questões reais ou práticas, sendo que uma das partes chegaria a conclusões diferentes ou incorretas com relação à outra parte. No conflito de objetivos, como o próprio nome nos indica, as partes estariam buscando objetivos diferentes ou incompatíveis. No normativo, o conflito seria originado numa espécie de frustração relativa ao comportamento social da outra parte, que violaria questões éticas, morais, hierárquicas, dentre outras.

Os conflitos seriam devidamente administrados a partir do momento em que fossem empregadas estratégias para identificá-los, compreendê-los e utilizá-los em benefício do próprio aprimoramento de cada autor, do meio social ou organizacional, conforme (FISHER, 2007, apud BOMFIM; MENEZES, 2008).

Considerando o conflito como uma questão quase atávica, e constatando que o conflito não é algo negativo na vida das pessoas (contribui para o seu crescimento interior), Targa (2004), baseando-se na definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1995), entende-o como um embate, como uma luta, podendo ocorrer nos planos individual, interpessoal, intragrupal, intergrupar e internacional.

Para corroborar o seu entendimento, Targa (2004) traz à baila o lúcido conceito desenvolvido por Serpa (1999), para quem o conflito contribui com as mudanças sociais, abrangendo as questões relativas tanto ao foro pessoal (aspectos psicológicos), quanto social e até mesmo internacional. É no conflito que o indivíduo

necessita estabelecer prioridades para a sua solução. As mudanças sociais têm no conflito a sua mola propulsora, constituindo-se o conflito num mecanismo de estímulo ao processo de autoconhecimento. É possível, inclusive, o homem conflitar consigo próprio, na medida em que possui natureza dialética e não aceita os seus próprios sentimentos. Na esfera social:

[...] o conflito, frequentemente, ajuda a revitalizar normas existentes que se tornaram sem sentido no tempo e no espaço; ou contribuiu para o surgimento de novas leis. Funciona como mecanismo de controle e ajuste e adequação de regras a novas condições. Através dessas mudanças e continuidade a sociedade se beneficia. Socialmente o conflito é entendido como fator de diferenciação e cooperação entre grupos, como resultado de não segmentadas pressões, superpopulação, ou falta de ameaças externas. O conflito é parte integral do comportamento humano, não existe movimento ou mudança sem ele. A interferência de padrões de energia causada pelas diferenças causa motivação e oportunidade para mudanças. Todas as tomadas de decisão contêm um elemento de conflito; troca de ideias envolvem conflitos; o processo democrático é construído com base na normalidade do conflito de ideias e interesses (SERPA, 1999, p.33-34).

Morais e Spengler (2008) explicitam, de início, que o conflito é uma das possíveis formas de interação social, existindo, também, a cooperação como outro viés. Mesmo destacando que não é tarefa tão simples definir conflito, começam por apontar a raiz ou etimologia da palavra, que remete à noção de choque ou ação de chocar, confronto de ideias, ideologias. Trata-se de um enfrentamento voluntário entre dois grupos da mesma espécie, que têm uma intenção hostil ou agressiva com relação à outra parte e, como substrato ou força motriz do conflito, há uma questão normalmente relativa a um direito.

Os autores atentam para o fato de que, para ser considerado um conflito, o enfrentamento tem que se dar entre indivíduos da mesma espécie, pois se assim não for, esta denominação não seria adequada, como no caso de um enfrentamento entre um homem e um animal irracional.

De outra parte, se um conflito é manifestado a um terceiro e tornado público, e esse terceiro passa a interferir no sentido de saná-lo, de transformá-lo em entendimento entre as partes, diz-se que elas estão em processo de disputa, em vez de conflito (ibidem).

Em sequência, tomando-se como base a própria teoria social de Dahrendorf, os autores evidenciam os três pressupostos fundamentais que fazem parte do conflito, quais sejam: “posse individual de interesses de base que cada um procura realizar e que são peculiares a cada sociedade”; a “ênfase sobre o poder como

núcleo das estruturas e relações sociais e na luta para obtê-lo”; “ideias e valores utilizados pelos mais diversos grupos sociais como instrumentos para definir sua identidade e os seus objetivos, o que vai desembocar na discussão da raiz “identitária” do conflito (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.47).

Em arremate, os autores evidenciam a inevitabilidade do conflito e a sua salubridade para o convívio social, principalmente no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, que não devem encará-lo como uma patologia, mas sim como um fato a contribuir para o desenvolvimento social, pois uma sociedade, sem a existência do conflito, é estática.

Sem entrar numa definição ou conceito, Sales (2007) comunga com o entendimento de que o conflito não deve ser observado apenas sob o viés negativo, pois ele contribui para o progresso das relações sociais, sendo algo ínsito ao convívio humano. Sem ele, as sociedades poderiam ficar estagnadas. A questão crucial está no fato de o conflito ser bem ou mal administrado.

Interessante é o fato de Sales (2007) trazer à baila a noção de conflito aparente e conflito real. No primeiro caso, apesar de o indivíduo se expressar sobre o problema, ele não reflete exatamente o fato gerador do conflito. É como se a pessoa, por razões internas, não quisesse revelar o real motivo do conflito. Por exemplo, um vizinho denuncia o outro, demonstrando como motivo aparente o som alto, porém, quando investigada a fundo a situação, descobre-se que o que existia, efetivamente, era uma antiga inimizade, sendo o som alto apenas um pretexto para a denúncia. Já no conflito real, como o próprio nome já revela, o indivíduo expressa a verdadeira motivação do conflito.

Assim, esta breve noção sobre o conflito e as suas repercussões no convívio social são de grande importância para o entendimento da importância em se utilizar os meios consensuais de resolução.

3.2 MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS DE MITIGAÇÃO DE INTERESSES

Após abordagem realizada sobre o conflito, neste tópico serão caracterizadas as principais formas consensuais, alternativas ou extrajudiciais de resolução de conflitos, a exemplo da mediação, conciliação, negociação e arbitragem, buscando-se explicitar as suas definições, características e sua adequação aos tipos de conflitos.

Os homens, por natureza, são seres gregários, que sempre buscaram viver em comunidades, com o objetivo principal de vencer as dificuldades apresentadas pela natureza, garantindo, dessa forma, a sua existência.

Segundo ponto de vista de Medina (2004), os meios não formais ou “alternativos” de resolução de controvérsias e conflitos foram a primeira iniciativa que as sociedades mais antigas encontraram de solucionar as suas divergências. Segundo o citado autor, já são encontrados relatos, na mitologia grega, de que Páris, filho de Príamo e Hécuba, teria interferido, como árbitro, no conflito estabelecido entre Atena, Hera e Afrodite, as quais pelejaram em função de uma maçã de ouro destinada pelos deuses à mais bela.

Tem-se notícia, por exemplo, de que a arbitragem, que é uma forma de resolução de conflito em que é confiada a um terceiro (árbitro) a resolução da querela, já era conhecida na Babilônia há três mil anos antes de Cristo e, durante a Idade Média, por exemplo, a própria Igreja Católica a utilizou, pois foi um período de quase ausência de leis, e as poucas que existiam eram aplicadas com rigor excessivo. Além disso, as garantias jurisdicionais, tais como são conhecidas hoje, eram praticamente inexistentes, porém, os conflitos envolvendo Estado e Igreja eram frequentes (ibidem).

Exemplos também existem sobre a utilização da conciliação quando, na Babilônia, era utilizada para a resolução de litígios de natureza patrimonial:

Ao retrocedermos no tempo, deparamo-nos com o Conciliador Sumeriano, árbitro público, juiz não togado, a quem cabia o mister de executar as Leis da Suméria, que possuía um sistema de direito consuetudinário que veio a se tornar elemento de composição do Código de Hamurabi, nome tirado do instituidor da dinastia amonita da Babilônia (1728 a 1689 a.C.). Acredita-se que o conciliador sumeriano era autorizado a conciliar as partes em todos os litígios a ele submetidos, relativos ou não a direitos patrimoniais disponíveis (MEDINA, 2004, p.22).

Os períodos da vingança divina e privada, explicitados por (2008), são tidos como representativos de tempos imemoriais da convivência dos homens em sociedade, sendo caracterizados pela autotutela. Ou seja, na vingança divina, o castigo era impingido ao indivíduo em decorrência de uma ofensa a uma divindade que, quanto maior fosse na hierarquia, maior seria o grau de rigor e crueldade na aplicação do castigo, cuja função era, precipuamente, de intimidação. Seriam deste período o Código de Manu e o Pentateuco.

De acordo com Bitencourt (2008), logo após o período da vingança divina, segue-se o da vingança privada, que poderia envolver apenas um indivíduo ou todo um grupo em batalhas sangrentas, podendo gerar a extinção de todo um grupo social. Assim, realizada uma conduta tida como ilícita pelos membros do grupo, ou até por membros de outra sociedade vizinha, ocorreria uma imediata resposta do ofendido ou até mesmo de todo o seu grupo social, buscando a sua vingança. Agiasse, na maioria das vezes, sem proporção à ofensa, atingindo não só o agressor, mas também todo o seu grupo.

É Justamente para evitar tal dizimação de grupos sociais inteiros que, com a evolução social, surgiu a lei de talião, instaurando uma noção de proporcionalidade na reação ao mal praticado, tratando-se de forma igualitária vítima e infrator. Apresentando como jargão representativo do período o “olho por olho, dente por dente”, a lei de talião foi introduzida também no Código de Hamurabi, no Êxodo dos hebreus, bem como na Lei das XII Tábuas (BITENCOURT, 2008).

Logo após o período da lei de talião, evoluiu-se para a composição, sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição, que foi largamente aceita na sua época, constitui um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal (ibidem).

Ainda nos dias atuais, como exemplos de resquícios da autotutela, porém amparada pelo Estado, verifica-se no direito penal as excludentes de ilicitude representadas pelo estado de necessidade, pela legítima defesa e pelo estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, todas explicitadas no art. 23 do Código Penal brasileiro, instituindo que “não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

No âmbito do Direito Civil, tem-se a legítima defesa da posse e o desforço imediato, que consistem no direito de autoproteção da posse no caso de esbulho, de perda da posse.

Na década de 1970, Santos (1998) ao realizar trabalho de campo numa das favelas do Rio de Janeiro, à qual ele denominou Pasárgada, detectou que, em virtude da ausência do Estado, representado na figura do Poder Judiciário, as pessoas resolviam as suas divergências com o auxílio, por exemplo, de líderes comunitários, que utilizavam, de forma intuitiva, a conciliação e a mediação como ferramentas de resolução de conflitos, conforme verificamos deste trecho extraído de sua obra:

A actividade da associação de moradores, enquanto fórum jurídico, reparte-se por duas áreas distintas: a ratificação de relações jurídicas e a resolução das disputas ou litígios delas emergentes. Quando dois ou mais moradores desejam celebrar um contrato (ou estabelecer entre si outra relação jurídica), podem vir avistar-se com o presidente da associação de moradores. Vêm normalmente acompanhados de outros familiares, vizinhos ou amigos, alguns dos quais servirão de testemunhas. As partes explicam os seus propósitos ao presidente e este, depois de as ouvir, interroga-as até se considerar esclarecido sobre a natureza e legitimidade da relação jurídica, o seu objeto, a firmeza e autonomia da vontade das partes, e sobretudo a seriedade do compromisso para cumprir as obrigações reciprocamente assumidas. O teor do contrato é então elaborado pelo presidente, por vezes com base num texto preparado pelas partes (SANTOS, 1998, p.15).

No decurso da história, os homens foram se desligando desse livre – arbítrio para a resolução dos seus problemas, sendo observado por Sica (2002) que, já no período Paleolítico, a despeito da incipiente organização social (quando se compara com a sociedade atual), evidenciava-se que determinadas ações eram permitidas e outras proibidas, inclusive com a previsão da punição. No Neolítico, já era verificada uma embrionária justiça criminal a reprimir as ações indesejadas em relação à vontade da maioria.

No período Colonial da História do Brasil, por exemplo, foi notória a atuação de pessoas leigas ou particulares nas decisões de alguns litígios, mesmo porque o aparato técnico-jurídico vindo de Portugal para o Brasil foi escasso para o atendimento da crescente demanda:

Segundo o sistema estabelecido pelas Ordenações portuguesas, eram por demais diversificadas as funções judicantes. Havia os juízes da terra ou juízes ordinários, os juízes de fora, os corregedores, os ouvidores de comarcas e ouvidores gerais, os almotacés, os juízes da vintena ou juízes pedâneos, e os juízes de paz. Salvo os juízes de fora, os corregedores e os

ouvidores, que eram, em geral, juízes letrados (como os qualificavam as Ordenações), os demais ofícios eram exercidos por leigos (MEDINA, 2004, p.29).

Na Constituição de 1824, é possível encontrar referências à arbitragem, em seu Art. 160: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim convencionarem as partes”.

De acordo com os ensinamentos de Amaral (2009, p.59), na temática relativa à resolução de conflitos podem ser reconhecidas três diferentes formas de resolvê-los, que são: a) a autotutela, segundo a qual as partes tentam dirimir o conflito, através do emprego da força e por conta própria; b) na autocomposição, os próprios interessados tentam resolver a divergência, de forma pacífica e, às vezes, com a ajuda de uma terceira pessoa, como no caso da mediação, em que um terceiro imparcial ajuda na resolução do conflito; c) e, por último, a heterocomposição, na qual a resolução da querela é atribuída a um terceiro “estranho” ao objeto da controvérsia, sendo o nosso Poder Judiciário o exemplo desta última situação, onde o juiz é quem decide sobre o objeto da controvérsia..

Percebe-se, então, que, ao contrário da noção que se tem hoje, as primeiras formas de resolução dos conflitos nas sociedades foram não estatais ou espontâneas, – mesmo porque os Estados-nação, tais como são compreendidos, ainda não estavam formados –, assim como a noção de monopólio jurisdicional.

Nos dias atuais, apesar de haver uma maior divulgação acerca dos meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente com o advento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, disciplinados na Lei 9.099/1995⁴, parece existir ainda muita desinformação e desinteresse, por exemplo, por parte de advogados e juízes, na sua utilização.

3.2.1 A mediação de conflitos e seu conceito

Antes de avançar para os aspectos distintivos dos meios consensuais de resolução de conflitos, torna-se necessário discutir o conceito de mediação já que esta, atualmente, vigora no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.140 de 26 de Junho de 2015. Para tanto, inicialmente será tomada por base a obra de

⁴ A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Nesta Lei há espaços reservados para a realização de composição de litígios e conflitos, utilizando-se da mediação, conciliação.

Warat (2004), onde o autor oferece um conceito abrangente, porém sem nenhuma rigidez, pois faz questão de frisar que a mediação não é uma ciência, mas sim um processo espontâneo e “amoroso” de resolução de conflitos, e que está bastante ligado ao aspecto psicológico das pessoas, pois muitas das divergências geradas entre elas são decorrentes de processos psicológicos mal resolvidos e que estão, de certa forma, embutidos muito mais nos “não-ditos” do que naquilo em que nós falamos e expressamos. Portanto, é assim que Warat (2004), em uma abordagem inicial, define mediação:

A mediação, em uma primeira aproximação, não seria outra coisa do que a realização com o outro dos próprios sentimentos. Fazer mediação nada mais é que viver em harmonia com a própria interioridade e com os outros, viver em harmonia com a própria reserva selvagem. Juntando todos esses sentidos, poderíamos afirmar também que a mediação é uma possibilidade de poder ter o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio com os outros. Seria um ponto de equilíbrio entre os sentimentos e as razões para evitar os excessos dos sentimentos, os sentimentos desmedidos. A mediação como um encontro consigo mesmo é uma possibilidade de cada um sentir com o outro, produzir com o outro a sensibilidade de cada um: o entre- nós da sensibilidade (WARAT, 2004, p. 29).

Percebe-se, então, como a abordagem sobre a mediação é mais abrangente sob o ponto de vista de Warat (2004), ou seja, ele não apresenta uma fórmula para a realização da mediação e, inclusive, ao longo da sua obra, critica as escolas de mediação, que tentam apresentar fórmulas prontas para a atuação dos mediadores, pois a mediação envolve muito de sensibilidade, sendo quase que intuitiva.

A mediação, sob o olhar de Warat (2004), transforma-se numa “terapia do reencontro amoroso”, pois os sentimentos de maior ternura ou agressividade se encontram em todas as relações e a mediação se evidencia como uma forma alternativa de intervenção. Ela vai além de uma simples mútua cooperação, transformando-se numa possibilidade de transformar o próprio conflito e a si próprio, pois o indivíduo, no momento do diálogo, tem a possibilidade de se colocar no lugar do outro, entendendo os seus próprios sentimentos e emoções e os do próximo:

É um olhar para o outro, que permita chegar a nossa reserva selvagem (com esse conceito aponto todos os componentes amorosos ou afetivos que ignoramos em nós mesmos) e a reserva selvagem do outro (o que o outro emocionalmente ignora de si mesmo). Enfim, é a alteridade, a outriedade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no

mesmo, a diferença com o outro. A outridade afeta os sentimentos, os desejos, o lado inconsciente do conflito, sem que exista a preocupação de fazer justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo. Nesse sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de fazer do direito, no litígio (WARAT, 2004, p.62).

Diferentemente de Warat (2004), que realiza uma abordagem sobre a mediação que beira o misticismo ou o holismo, outros autores que aqui neste trabalho já foram citados são mais pragmáticos, fazendo uma abordagem sobre mediação de forma menos psicologizante. É o caso Sales (2007) para quem a mediação de conflitos é:

[...] um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida e aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo (SALES, 2007, p. 23).

Percebe-se, então, que a autora, de forma mais objetiva, toca nos pontos principais que caracterizam a mediação: a autocomposição do conflito pelas partes, o terceiro imparcial, que ajuda as partes a chegarem a um consenso, porém sem interferir no sentido de forçar a realização de um acordo.

Morais e Spengler (2008), aproximando-se mais da abordagem de Warat (2004), porém sem deixar de apontar os traços característicos da mediação e enfatizando a sua aplicabilidade nas relações continuadas, assim a conceituam:

A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação de desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 133).

Observa-se, no posicionamento acima, que a realização do acordo não é obrigatória e nem se constitui numa etapa obrigatória no processo de mediação,

mesmo porque existe uma mediação cujo objetivo é simplesmente a prevenção do conflito.

Sem se preocupar tanto com os traços característicos da mediação, mas sim com os seus objetivos, Amaral (2009), contribui com o conceito de mediação, afirmando que ela se trata de uma forma não adversarial de resolução de conflitos na qual as partes só têm a ganhar, quando a mediação é comparada ao modelo tradicional ou jurisdicional. Com a utilização da mediação, método mais rápido, barato e eficaz de resolução de controvérsia; o conflito é resolvido de maneira integral e não apenas o litígio é sanado.

A autora destaca o caráter preventivo da mediação, atuando antes que o conflito surja, ajudando, inclusive, a educar as pessoas no sentido de lhes estimular na busca da solução por sua própria iniciativa. Com isso, mudam-se os relacionamentos sociais e se alcança a pacificação social.

Bomfim e Menezes (2008) fazem referência ao conceito de mediação desenvolvido por Serpa (1997), para quem a mediação é:

[...] um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas (SERPA, 1997, p.105, apud BOMFIM; MENEZES, 2008, p. 11-12).

Nota-se, então, neste conceito formulado por Serpa (1997), um caráter mais pragmático da mediação, que se aproxima mais de uma negociação ou conciliação, afastando-se um pouco mais da proposta apresentada por Warat (2004), em que os aspectos subjetivos, psicoafetivos das pessoas são mais valorizados do que o próprio conflito, pois, no seu cerne, estão questões de natureza psicológica mal resolvidas.

Interessante é trazer à baila a possibilidade de realizar uma mediação que envolva toda a comunidade e que receba, por isso, a denominação de mediação comunitária. De acordo com Sales (2007), é uma modalidade de mediação realizada nos bairros das cidades metropolitanas, geralmente pelos próprios moradores (mediante uma capacitação prévia), tendo como escopo propiciar uma convivência cotidiana entre as pessoas que solucione conflitos e possibilite a paz social.

Sales (2007) aponta alguns pontos positivos na sua utilização, dentre eles o estímulo ao diálogo entre os vizinhos; o incentivo à participação ativa dos cidadãos nos conflitos individuais e coletivos; a criação de espaços de escuta; prevenção da má administração de futuros conflitos, assim como o incentivo ao pensamento coletivo. É por isso que, no seu entendimento, a mediação comunitária tem como objetivo:

Desenvolver entre a população, valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz (SALES, 2007, p. 202-203).

3.2.2 Características e indicação do uso da mediação

Warat (2004), por considerar a mediação como um processo quase que intuitivo, holístico, indisciplinado, em que são empregadas muito mais a sensibilidade e a escuta do que necessariamente técnicas específicas, ele não estabelece em sua obra uma rigidez na explicitação das características, estando elas já no próprio conceito, ou seja, ele ressalta a questão de a mediação ser um procedimento (“responde a rituais, técnicas, princípios”, etc); ela é indisciplinada (é um procedimento “heterodoxo”, pois não precisa obedecer a nenhuma “teoria consagrada”); procedimento terceirizado (requer a presença de um terceiro imparcial) e, por último, a autocomposição (as partes é que chegam à solução do conflito). Porém, informa-nos sobre o seu cabimento, que pode, na verdade, ser empregada em qualquer tipo de conflito, seja ele comunitário, escolar, penal, principalmente naqueles em que há uma necessidade de continuidade nas relações entre os envolvidos na divergência. Nas palavras do autor:

A mediação é um procedimento de intervenção sobre todo tipo de conflito. Para falar de mediação temos que introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. Quando os juristas falam de conflito o reduzem à figura do litígio, o que não é a mesma coisa. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa); desse modo, o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro. Os juristas, quando intervêm em um conflito, apelam ao imaginário jurídico, que denomino senso comum teórico do direito (WARAT, 2004, p. 61).

Morais e Spengler (2008, p. 134-137) apresentam maior quantidade de principais características ou princípios na abordagem da mediação, num total de seis, quais sejam: a “privacidade”, pois o seu procedimento se dá em ambiente mais reservado, somente sendo divulgado se for por vontade das partes; “economia de tempo e dinheiro”, quando a mediação é comparada ao processo judicial tradicional, que leva um lapso de tempo grande entre a propositura da ação e o julgamento final, representando elevados gastos; “a oralidade”, que está diretamente ligada à informalidade do processo e, a partir do diálogo das partes, chega-se à resolução do conflito; a “reaproximação das partes”, já que o maior objetivo da mediação é a resolução do conflito com a manutenção da relação que existia entre as partes; “autonomia das decisões”, pois são as partes envolvidas no conflito que chegam à solução para o mesmo, tendo o mediador um papel de condutor para o bom diálogo entre as partes, sem impor um acordo entre as mesmas, num sistema de “ganha-ganha”, que é característico da mediação, e sem a necessidade de homologação por parte do Judiciário; “equilíbrio das relações entre as partes”, pois ambas devem ter a mesma oportunidade em expressar as suas divergências para que a harmonia possa ser restaurada.

Sobre a indicação para a aplicação da mediação, os autores citados destacam que ela pode ser empregada principalmente nas questões relativas ao cotidiano e de vizinhança, nos conflitos familiares, nas questões relativas ao meio ambiente, e outros.

Para aquilo que Moraes e Spengler (2008) chamam de características, Bom fim e Menezes (2008) passam a denominar de vantagens da mediação, dando destaque para os seguintes aspectos: “preservação dos laços entre as partes”, já que um dos grandes objetivos da mediação é que sejam mantidas as relações entre as partes em conflito, ao contrário do que ocorre no processo judicial em que as partes se vêem como inimigas e, assim, permanecem após o término da lide; “confidencialidade”, pois o processo de mediação corre em segredo ou confidencialidade, a menos que as partes desejem que ele se torne público; “economicidade”, pois o procedimento da mediação é simples e concentrado, dispensando o pagamento de custas e taxas, como ocorre no processo judicial; “rapidez”, pois, como já dito anteriormente, o procedimento da mediação é concentrado, não existindo prazos, como no processo judicial, respeitando-se o

tempo que as próprias partes dependam para, juntas, chegarem a uma solução, através do diálogo.

Para Colaiácovo (1999) apud Amaral (2009), as principais características da mediação são: a voluntariedade, a confidencialidade, a flexibilidade e a participação ativa. A primeira característica se refere ao fato de as partes procurarem um terceiro imparcial para ajudar na condução do diálogo, de forma espontânea, bem como a aceitação tem que se dar da mesma forma, ou seja, no mecanismo de mediação não há imposições, pois a espontaneidade é que a caracteriza. A confidencialidade está ligada ao fato de a mediação correr em segredo, pois importa mais às partes que estão sendo mediadas. A flexibilidade está diretamente ligada à simplicidade e espontaneidade do procedimento, já que o mediador, em consonância com as partes, pode estabelecer um cronograma de encontros, o local das reuniões, e demais aspectos. A última característica, participação ativa, decorre do fato de as próprias partes chegarem à solução para as suas divergências ou conflito, tendo o mediador apenas um papel de condução do diálogo, sem impor às partes uma solução ou acordo.

Em linhas gerais, essas são as características do procedimento de mediação apresentadas pelos autores, que não são uniformes entre eles, pois alguns as chamam de características, outros as denominam de vantagens e até mesmo princípios. No entanto, todos os autores apontam para os mesmos aspectos caracterizadores da mediação.

3.2.3 A prática do mediador

Importante é detalhar o papel que o mediador deve desempenhar num procedimento de mediação, pois a depender do seu comportamento, uma determinada forma alternativa de resolução de conflito poderá se reverter em outra. É por isso que Warat (2004), apesar de não oferecer em sua obra fórmulas prontas sobre a mediação, – pois a mesma é um procedimento espontâneo e “indisciplinado” –, dá algumas orientações a quem pretende realizar o trabalho de mediação.

Antes de tudo, na sua ótica, quem se propõe a ser mediador deve estar mediado, ou seja, deve estar com os seus próprios conflitos internos trabalhados a fim de poder ouvir e conduzir o diálogo dos que pretendem ser mediados, porém sem decidir a controvérsia. O trabalho de um mediador, na obra de Warat (2004), muito se aproxima ao de um psicoterapeuta que, inclusive, pode se valer de

conhecimentos adquiridos nos ramos da Psicologia, Psicanálise, devendo ele prestar muita atenção também aos “não-ditos”, pois neles estão os detalhes do conflito.

O conflito deve ser visto pelo mediador não como algo negativo, mas sim como um aspecto natural da convivência em sociedade e uma oportunidade para o crescimento, pois lhe cabe a função de ajudar as partes a reconstruírem, simbolicamente, a relação conflituosa, a ponto de afirmar que o mediador tem que ajudar as pessoas em conflitos para que:

[...] elas o aproveitem como uma oportunidade vital, um ponto de apoio para renascer, falarem-se a si mesmas, refletir e impulsionar mecanismos interiores que as situem em uma posição ativa diante dos seus problemas. O mediador estimula a cada membro do conflito para que encontrem, juntos, o roteiro que vão seguir para sair da encruzilhada e recomeçar a andar pela vida com outra disposição. A atitude de busca do comum não deve fazê-los perder de vista que devem tomar o conflito como uma oportunidade para gerenciar melhor as suas vidas, ir além do problema comum e apostar em melhorar o próprio transcurso vital (WARAT, 2004, p.58).

Percebe-se, então, o cunho altamente pedagógico, pacificador e de melhoria da qualidade de vida das pessoas que a mediação assume na obra de Warat (2004). Ele prefere lidar com uma mediação a que denomina de “alternativa”, “transformadora”, “contra dogmática” ou “terapia do reencontro” e, neste caso, o mediador ajuda na interpretação das partes. Elas é que devem interpretar os problemas existentes nos seus vínculos. Avançando um pouco mais na sua obra, assim ele leciona:

O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. Ele tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território ao qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). Ele tem que tentar “efetivar” o conflito, inscrevendo o amor, entre as pulsações destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder, no meio da dependência e da dominação. As intervenções mediadoras adquirem incalculável importância no exame dos modos em que efetuam seu processo de implicação, escuta, interpretação e transferência, o que não é o mesmo que falar em neutralidade do mediador. (WARAT, 2004, p. 65).

Diferentemente de Warat (2004), os demais autores que escrevem sobre a mediação dão um destaque mais pragmático à atuação do mediador, estabelecendo

uma série de procedimentos, transformando-o quase num conciliador, que tem um papel de maior ingerência na administração do conflito.

Sales (2007), ao falar sobre o papel do mediador, evidencia-o como um condutor imparcial do conflito, destacando, como atributos, a paciência, a inteligência, a criatividade, a confiança, a humildade, a objetividade e habilidade na comunicação como algumas das qualidades pessoais do bom mediador.

Além das qualidades acima, Sales (2007) destaca que o mediador deve acalmar os ânimos para que as partes possam resolver suas divergências com base na razão e com bons sentimentos, facilitando o diálogo e, acima de tudo, ouvindo, em vez de querer resolver o conflito, pois o papel do mediador é auxiliar as partes no sentido de que entendam o conflito como algo transitório, e que devem conversar para alcançar o momento da concordância.

Em referência ao trabalho desenvolvido por Warat (1999), Sales (2007) nos informa alguns passos a serem dados pelo mediador:

- a) ouvir e tranquilizar as partes, fazendo-as compreender que o mediador entende o problema;
- b) passar confiança às partes;
- c) explicitar a sua imparcialidade;
- d) mostrar às partes que seus conceitos não podem ser absolutos;
- e) fazer com que as partes se coloquem uma no lugar da outra, entendendo o conflito por outro prisma;
- f) auxiliar na percepção de caminhos amigáveis para a solução do conflito;
- g) ajudar as partes a encontrar soluções alternativas, embora não deva sugerir o enfoque;
- h) compreender que, ainda que a mediação se faça em nome de um acordo, este não é o único objetivo (WARAT, 1999, apud SALES, 2000, p. 70).

A autora em comento também faz referência aos estudos do Projeto de Negociação da Universidade de Harvard, elaborados por Ury e Patton (1994), que põem maior enfoque no conflito do que nos conflitantes, estabelecendo quatro dimensões do trabalho dos mediadores: separar as pessoas dos problemas; concentrar-se nos interesses e não nas posições; elaboração de opções de ganhos mútuos e trabalhar com critérios objetivos.

No caso da primeira dimensão, às vezes estão subjacentes ao conflito interesses que não vêm logo à tona. São os “não ditos” dos conflitos esclarecidos por Warat (2004), cabendo ao mediador explorá-los, principalmente naqueles que envolvem relacionamentos. É importante que se estimule a uma parte se colocar no lugar da outra, bem como o mediador deve sempre repetir o que as partes falam

sem dar ênfase às atribuições de culpa e fazendo com que ambas vislumbrem situações futuras de maior tranquilidade (WARAT, 1999, apud SALES, 2007).

Com relação à segunda dimensão, é importante que o mediador alivie os sentimentos de competição entre as partes, evidenciando a possibilidade de ambas terem ganhado com o procedimento de mediação, pois existe a possibilidade de muitos interesses serem comuns, através da organização de uma lista de opções que as próprias partes sugerirão (ibidem).

Trabalhar com critérios objetivos também é importante para o mediador, pois deixa mais evidente a sua imparcialidade, bem como uma maior satisfação com o acordo final que as partes chegarão (WARAT, 1999, apud SALES, 2007).

Amaral (2009), corroborando com os aspectos destacados por Sales (2007), ressalta a imparcialidade da figura do mediador e a necessidade de estímulo ao diálogo das partes, com uma contínua diminuição dos embates, objetivando se chegar a uma solução que satisfaça a ambas. Apoiando-se ainda no trabalho de Targa (2004), para explicar que o mediador é um terceiro imparcial, Amaral (2009) assim define a prática ou papel do mediador:

Aquele que facilita o processo de entendimento, controlando a conversa e auxiliando as partes a vislumbrar pontos de interseção em seus interesses, que podem ser importantes para a elaboração de um acordo e, principalmente, para a efetivação de um futuro relacionamento, mais agradável (TARGA, 2004, apud AMARAL, 2009, p. 100).

Na sequência de sua exposição, Amaral (2009) faz referência ao estudo desenvolvido por Slaikeu (2004), e comenta sobre um modelo de mediação chamado de integrativo, no qual o mediador tem três enfoques a serem seguidos: no primeiro, o mediador procura sondar e esclarecer os mediados sobre os seus anseios e interesses, bem como que o poder de decisão lhes pertence. No segundo, o mediador estimula a compreensão dos pontos de vista de uma parte em relação à outra. No último enfoque, são enfatizadas a reconciliação e a possibilidade de realização do acordo, que tem uma importância secundária em todo o procedimento, ou seja, ele é uma consequência do entendimento ou não dos mediados.

É praticamente unanimidade entre os autores que, para a realização da mediação de cunho mais transformador, não necessariamente o mediador precisa ter uma formação específica em curso superior, por exemplo. Porém, deve adquirir alguns conhecimentos, através de cursos ou treinamentos, que o capacitem a lidar

com as pessoas envolvidas no conflito. Esses treinamentos podem ser nas áreas de comunicação, psicologia, gestão de conflitos, negociação, sociologia, etc. Além disso, o mediador deve ser um sujeito paciente; que inspire confiança para os mediados; comunicativo; imparcial (AMARAL, 2009).

Em arremate, a autora assim leciona:

[...] são qualidades essenciais a um bom mediador: a paciência, a confiança, a tenacidade, o conhecimento, a inteligência, a imparcialidade, a neutralidade e possuírem habilidades em comunicação. É preciso que o mediador tenha consciência da importância de seu papel para o exercício da mediação. Além disso, os cursos de formação devem ter em mente que é necessária uma boa capacitação dos mediadores para se alcançar uma alta qualidade do serviço de mediação, visando contribuir de forma efetiva para a prevenção e solução de conflitos (AMARAL, 2009, p. 106).

Morais e Spengler (2008) também não fazem referência à necessidade de formação superior do mediador, podendo ser qualquer pessoa facilitadora do diálogo entre as partes, sem pensamento “binário”, mas sim “ternário”, proporcionando-lhes as condições para o alcance da melhor solução do conflito, numa relação de “ganha-ganha”. Apenas ressaltam a necessidade da aquisição de alguns conhecimentos técnicos na área de manejo comportamental.

Interessante é a referência que Moraes e Spengler (2008) fazem sobre as dezesseis características do bom mediador, citadas, de forma lúdica, na obra de Simkin (1986):

1) a paciência de Jó; 2) a sinceridade e as características de um bulldog de um inglês; 3) a presença de espírito de um irlandês; 4) a resistência física de um maratonista; 5) a habilidade de um *halfback* de esquivar-se ao avançar no campo; 6) a astúcia de Machiavelle; 7) a habilidade de um bom psiquiatra de sondar a personalidade; 8) a característica de manter confidências de um mudo; 9) a pele de um rinoceronte; 10) a sabedoria de Salomão; 11) demonstrada integridade e imparcialidade; 12) conhecimento básico e crença no processo de negociação; 13) firme crença no voluntarismo em contraste ao ditadorismo; 14) crença fundamental nos valores humanos e potencial, temperado pela habilidade, para avaliar fraquezas e firmezas pessoais; 15) docilidade tanto quanto vigor; 16) desenvolvido olfato para analisar o que é disponível em contraste com o que possa ser desejável suficiente capacidade de conduzir-se e ego pessoal, qualificado pela humildade (SIMKIN, 1986 apud MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 163-164).

Bomfim e Menezes (2008), ao tratarem da figura do mediador, ressaltam que, no Brasil, não existe formação universitária para mediadores e, por isso, qualquer

pessoa que reconheça possuir alguma habilidade para lidar com os conflitos pode ser mediadora. Porém, quando tratam sobre quem pode atuar como mediador, numa visível contradição com o que haviam escrito anteriormente, dizem que: “Ele deverá ter conhecimento específico decorrente de sua formação superior em um domínio do saber e a sua formação concentrar-se-á em...” (BOMFIM; MENEZES, 2008, p.57).

É importante frisar que, no Brasil, não se dispõe, como no caso da arbitragem, de uma lei específica que discipline o procedimento da mediação. Portanto, não existe obrigatoriedade para que o mediador possua um curso superior, existindo modalidades de mediação, como na comunitária, por exemplo, onde a função de mediador, normalmente, é exercida por alguém com alguma liderança, escolhido no seio da própria comunidade, sendo prescindível formação universitária. Inclusive o próprio professor Warat (2004) ressalta como uma das características mais importantes do mediador a sensibilidade para lidar com o conflito, e não grandes conhecimentos técnicos. A exigência de um curso superior se transformaria num fator de limitação, principalmente para a realização da mediação comunitária.

Bomfim e Menezes (2008), de forma mais pragmática, estabelecem primeiramente, a realização de uma entrevista de coleta de informações por parte do mediador, com o objetivo de serem explicitadas as regras para o procedimento da mediação. Em seguida, cada uma das partes exporá a sua versão sobre o conflito, oportunidade em que o mediador, num clima de confiança e cordialidade, anotará os pontos de convergência e divergência, bem como listará questões a dirimir. Em seguida, deverá ser feita a redação do termo de acordo, juntamente com os ajustes jurídicos, fiscais, pessoais e financeiros de suas decisões respectivas. Será um termo redigido pelo mediador com a assinatura das partes ou de seus advogados. Este termo não necessariamente precisa abarcar todos os pontos de divergência das partes, mesmo porque nem todos eles podem ter sido resolvidos.

3.2.4 A dinâmica do procedimento de mediação

Uma das características do procedimento de mediação é a sua espontaneidade ou voluntariedade, não existindo uma única maneira de realização do procedimento, além do que não se pode obrigar a ninguém a se submeter a ele.

No Brasil, como dito em linhas anteriores, ao contrário de diversos outros países como Estados Unidos, França, Portugal, Argentina, não há uma lei que discipline este procedimento, mas apenas projetos de lei na tentativa de

regulamentar a mediação. Mesmo assim, a mediação é praticada no país, e a maioria dos autores estabelece uma espécie de roteiro ou dinâmica a ser seguido (a), pois, como todo procedimento, é preciso ter um mínimo de organização e etapas. Porém, é importante atentar para não cair no procedimentalismo excessivo e esquecer que o foco principal está no conflito interior das partes a serem mediadas, requerendo-se um bom preparo do mediador para lidar com tal questão. Como observa Warat (2004):

No entanto, o procedimento de mediação, tal como foi descrito, tem apresentado alguns impasses, quanto a efetividade, na administração da relação conflituosa. Além de problemas práticos como a falta de preparo do mediador, como a exemplo da Argentina, onde os mediadores mantêm uma postura “armada e defensiva” em relação ao conflito, atitude característica do exercício da advocacia, existem problemas na estrutura do procedimento de mediação, que desconsidera o conflito interior e individual de cada parte (WARAT, 2004, p. 60).

Esse roteiro pode variar de cinco a doze etapas, às vezes com denominações diferentes, a depender da abordagem do autor, bem como da natureza e da complexidade da controvérsia a ser mediada. É tanto que Lília Sales (2007, p. 99), em alusão ao trabalho de Adolfo Braga Neto (2006), fala em oito etapas a serem percorridas na mediação: “1) pré–mediação; 2) abertura 3) investigação; 4) agenda; 5) criação de opções; 6) escolha das opções; 7) avaliação das opções; e 8) solução”.

Ao tratar da pré–mediação, destaca que é feito o contato inicial com as pessoas a serem mediadas e feitos os esclarecimentos gerais sobre o procedimento por parte do mediador, ou seja, princípios a serem seguidos, esclarecimentos acerca do contrato e o comportamento dos mediados (ibidem).

Na abertura, as partes já terão lido o contrato sobre o procedimento, sendo feitos novos esclarecimentos e anotações, iniciando-se a escuta atenta por parte do mediador sobre o relato das partes (ibidem).

Na fase de investigação, são realizadas perguntas reflexivas, incentivando as partes a perceberem os seus reais interesses, assim como os pontos convergentes e divergentes. Em seguida, na etapa da agenda, são discutidos os pontos considerados mais relevantes e anteriormente anotados pelos mediados e mediador.

Na etapa de criação de opções, todos vão trazer possíveis idéias para a resolução da divergência. Quanto maior for a quantidade de alternativas, maior será a probabilidade de se chegar ao acordo (ibidem).

Na fase de escolha das opções, o mediador poderá auxiliar os mediados a escolherem a melhor opção para se chegar ao consenso e, em seguida, vem a fase de avaliação das opções na qual todos vislumbrarão as repercussões das suas escolhas no futuro de suas vidas (ibidem).

Por último, os mediados, conjuntamente, elaborarão o termo final sobre as decisões tomadas, caso elas tenham sido tomadas, pois, como já dito anteriormente, nem sempre se chega à elaboração de um acordo após o término de um procedimento de mediação (SALES, 2007).

Morais e Spengler (2008) trazem os nove estágios da mediação explicitados no trabalho de Kimberlee K. Kovach, muito utilizados nos Estados Unidos e que possuem denominações diferentes, apesar de ser mantida a essência. São eles: arranjos preliminares; introdução do mediador; depoimentos iniciais pelas partes; arejamento; obtenção de informações; identificação da causa; acerto do cronograma; reuniões; criação de opções; teste de realidade; barganha e negociação; acordo; fechamento.

3.2.5 A conciliação

Antes de se passar à conceituação desses dois meios consensuais de resolução de conflitos, cumpre esclarecer que eles serão trabalhados de forma conjunta, pois em apenas um aspecto eles se diferenciam. Além disso, a dinâmica dos procedimentos e o papel da terceira pessoa (no caso da negociação, não há) imparcial são praticamente os mesmos já trabalhados quando foi explicitada a mediação, sendo, portanto, despendendo voltar a citá-las.

A conciliação é outro meio consensual de resolução de conflitos considerado muito antigo e popular, admitindo-se a sua existência, segundo Medina (2004), entre os hebreus e na Lei das XII Tábuas. Credita-se a sua popularidade ao grau de aproximação que se tem com o Poder Judiciário, já que há previsão, na ritualística processual, conforme poderá ser visto adiante, de utilizá-la no andamento de um processo judicial (BOMFIM; MENEZES, 2008).

No Brasil, a Constituição de 1824 já fazia previsão da conciliação no seu art. 161, ao estipular que “Sem fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum” (AMARAL, 2009, p. 71).

A atual Constituição Cidadã⁵ de 1988, no Art. 98, I, faz referência aos juizados especiais e a sua competência para a realização de conciliação nas causas cíveis e nos crimes de menor potencial ofensivo, sendo que a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995⁶ traz toda a parte procedimental, especificando a utilização da conciliação.

Assim, a conciliação pode ser definida da seguinte forma:

[...] meio judicial ou extrajudicial de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo (BOMFIM; MENEZES, 2008, p. 69).

Vê-se, a partir deste conceito, o quanto há de aproximação com o conceito de mediação. É por isso que, amiúde, as pessoas usam indistintamente as duas expressões como sinônimas. No entanto, mais adiante, demonstrar-se-á que há diferenças entre elas.

Destacando as semelhanças entre a conciliação e a mediação, Sales (2007) conceitua a conciliação como:

[...] um meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe o nome de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma da condução do diálogo entre as partes (SALES, 2007, p. 42).

Chamando à atenção para a etimologia da palavra, do latim *conciliatione*⁷, Amaral (2009, p. 76) traz à discussão o conceito desenvolvido por Moraes (1999), para quem a conciliação seria uma tentativa de “chegar voluntariamente a um

⁵ Art. 98, I – “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

⁶ A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 estabelece o procedimental para a realização das conciliações nos Art. 73 e 74.

⁷ No latim, a expressão *conciliatione* significa ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de litigante (AMARAL, 2009).

acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo”.

O primeiro aspecto a ser destacado é que a conciliação pode ser realizada tanto no interior de um processo judicial, podendo ser chamada de endoprocessual e, quanto fora de uma lide processual, passa a ser chamada de conciliação extraprocessual (TARGA, 2004). Com esta assertiva aquiesce Amaral (2009), trazendo à informação os números de conciliações realizadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que realizou, por exemplo, em 2007, através do Setor de Conciliação em 1ª Instância do Fórum João Mendes Júnior, cerca de 635 (seiscentas e trinta e cinco) audiências, das quais 484 (quatrocentas e oitenta e quatro) resultaram em homologação de acordo, que é o objetivo principal da conciliação.

Warat (2004) pontua que a conciliação não trabalha o conflito e o conciliador seria uma espécie de “negociador do litígio”. As partes envolvidas no conflito apenas cederiam em determinados pontos até que se chegasse à realização de um acordo, porém se correria o risco de resolver o litígio e permanecer o conflito. É por isso que ela não é adequada para os casos de relações afetivas, em que há vínculos entre as partes envolvidas no conflito, a exemplo de desavenças familiares, entre vizinhos, etc.

Sales (2007) volta a destacar que o traço principal diferenciador entre a mediação e a conciliação reside num papel mais ativo que exerce o conciliador na conversa entabulada pelas partes, não no sentido de dizer o que seria justo ou injusto, certo ou errado, mas sugerindo e propondo soluções para o conflito a partir da observação das falas. Já na mediação, a interferência do mediador seria somente no sentido de manter um padrão amistoso e educado do diálogo entre as partes e não no sentido de sugerir ou propor uma solução, que competiria às próprias partes encontrá-la.

Neste sentido são, também, as observações de Amaral (2009), que destaca o papel do conciliador no sentido de forçar um acordo e, se possível for, evitar o processo judicial. Já na mediação, a confecção de um acordo final seria mera consequência do bom diálogo mantido pelas partes na resolução do conflito, e não necessariamente a resolução de uma querela processual.

Tratando da natureza do conflito para o qual a conciliação seria mais indicada, Sales (2007) enfatiza os conflitos esporádicos, de menor complexidade e

que não envolveriam vínculos afetivos e emocionais, a exemplo dos conflitos de natureza patrimonial.

Amaral (2009) também observa que a conciliação tem cabimento nas situações em que não há relação continuada, em que não há vínculos entre as partes, a exemplo de um acidente de trânsito, em que a ocorrência é registrada e a culpa pelo acidente verificada, porém não há vínculo afetivo entre as pessoas.

3.2.6 A negociação

Sales (2007) nos informa que a negociação é um dos procedimentos mais comecinhos de nossa vida, pois nas mais variadas ações, se bem forem observadas, há momentos de negociação. E Sales (2007) continua explicando que há duas formas de se apropriar do conceito de negociação. A primeira delas se refere ao seu sentido amplo, que abrangeria todos os meios consensuais de resolução de controvérsia. Já o sentido estrito quer se referir ao meio alternativo de resolução de conflito, que prescinde da intervenção de uma terceira pessoa neutra, como acontece na mediação e conciliação. Por fim, ela nos informa que “A negociação é o meio de solução de conflitos em que as pessoas conversam e encontram um acordo sem a necessidade da participação de uma terceira pessoa como ocorre na mediação” (SALES, 2007, p. 41).

Reprise-se que o único aspecto, portanto, que distingue a mediação e a conciliação da negociação é o fato de as partes não necessitarem da presença de uma pessoa imparcial ou neutra, como acontece na mediação e na conciliação.

A negociação tanto pode ser formal quanto informal. Tem-se a primeira classificação quando as pessoas constroem um contrato ou acordo para que possam, em caso de descumprimento por qualquer das partes, demandar junto ao Judiciário. No caso da informal, como o próprio nome sugere, as pessoas não chegam a entabular um acordo escrito e, portanto, uma situação mais complicada para se pleitear junto ao Judiciário (SALES, 2007).

A negociação seria mais indicada para o saneamento de conflito de ordem patrimonial em que as partes ainda tenham um nível de diálogo, acreditando-se que, através de uma conversa franca, com boa fé, chega-se a uma solução do conflito (ibidem).

Ressaltando que a negociação é uma das formas mais naturais de resolução de controvérsia, podendo ser utilizada tanto nos mais simples quanto nos mais

complexos casos, Targa (2004), contribuindo com a discussão, conceitua-a da seguinte forma:

[...] é a atividade não-adversarial de solução de conflitos, desenvolvida mediante um processo encetado pelas partes nela interessadas, sem o auxílio de terceiros, que dura um determinado período e se destina à construção de um acordo total, parcial ou temporário (TARGA, 2004, p.113).

Mais uma vez, a partir do conceito visto, fica evidente a característica marcante da negociação, que é a busca da solução do conflito sem a necessidade da intervenção de uma terceira pessoa. É por isso que, no dizer de Targa (2004), a principal dificuldade está em vencer a resistência da outra parte em se submeter a uma conversação.

3.2.7 A arbitragem

Até a promulgação da lei da mediação de 2015, a arbitragem era o único meio consensual de resolução de conflito disciplinado por uma lei específica, a Lei 9.307/96⁸, a arbitragem pode ser conceituada, de acordo com (SALES, 2007, p.46), como “um procedimento em que as partes escolhem uma pessoa capaz e da sua confiança (árbitro) para solucionar os conflitos”.

A arbitragem pode ser também definida como aquele procedimento em que o Estado:

[...] em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado o mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial (ALVIM, 2002, apud MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 177).

Convergindo na direção dos conceitos anteriores, Amaral (2009) destaca os pontos principais caracterizadores da arbitragem, observando o cabimento de sua utilização para os conflitos ou controvérsias relativos aos bens patrimoniais disponíveis e a possibilidade das partes elegerem o árbitro que, a partir daí, torna-se juiz de fato e de direito da controvérsia, não podendo a sua decisão estar sujeita a

⁸ Também chamada de Lei Marco Maciel, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem.

recurso no Judiciário, bem como não necessitar de homologação por parte do mesmo.

De imediato, constata-se que, diferentemente do que ocorre na mediação, conciliação e negociação, na arbitragem a resolução do conflito não está nas “mãos” das partes envolvidas no conflito, mas sim nas do árbitro que, efetivamente, decide a controvérsia. É por isso que a arbitragem é um procedimento heterocompositivo (um terceiro decide a querela) e alguns autores, dada a semelhança com a prestação jurisdicional tradicional, denominam-na de justiça da causa particular.

Sales (2007) destaca o caráter mais formal da arbitragem, com todo um rito estabelecido pela Lei 9.307/96, pontuando ainda que, somente as pessoas com capacidade para contratar (agente capaz) podem submeter os seus litígios à arbitragem e desde que o assunto ou objeto motivador do litígio ou do conflito seja relativo a um direito patrimonial disponível, em que prevaleçam, preferencialmente, de acordo com as sugestões de Medina (2004), as questões jurídicas sobre as questões de fato.

Essa maior formalidade da arbitragem, – quando comparada aos outros meios consensuais de resolução de conflitos –, não significa inflexibilidade, conforme observado por Amaral (2009), pois os árbitros têm uma ampla margem de discricionariedade para atuar e o princípio da autonomia da vontade é preponderante.

Morais e Spengler (2008) citam a existência de dois tipos de arbitragem, a equitativa e a arbitragem de direito. No primeiro caso, os árbitros ficariam mais livres para resolver os conflitos de acordo com um sentido comum dos mesmos, sem se sentir aferrados a uma interpretação estrita do direito ou da norma. Na arbitragem de direito, os árbitros decidiriam determinada lide ou conflito lastreando-se no que preconizam os princípios jurídicos. Não seria possível, neste caso, buscar uma solução específica para o caso concreto, devendo-se decidir tomando-se por base o direito positivo.

Observando-se o procedimento da arbitragem e o papel a ser desempenhado pelo árbitro, Moraes e Spengler (2008) evidenciam que as partes, para poderem se utilizar do juízo arbitral, necessitam, previamente, ter convencionado, através do estabelecimento do que se denomina de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que são documentos que têm por escopo demonstrar que as partes estão renunciando à intervenção da jurisdição estatal. O aspecto diferenciador entre a cláusula e o compromisso arbitral está no fato de a cláusula se referir a questões

futuras, enquanto o compromisso diz respeito a uma situação que já está ocorrendo no decorrer de um contrato, por exemplo. É justamente no contrato que a cláusula pode estar inserta ou, então, em documento apartado do contrato, podendo, inclusive, ser exigido o cumprimento forçado do laudo arbitral, em caso de malogro do acordo.

Eisman (1986) apud Moraes;Spengler (2008) apresenta quatro funções essenciais da cláusula compromissória: produzir efeitos compulsórios sobre as partes; evitar a intervenção da jurisdição estatal até a produção do laudo arbitral; possibilitar aos árbitros a resolução das disputas que ocorram entre as partes e a criação de um eficiente procedimento que seja reconhecido como tal e que as partes possam cumprir.

Aspecto interessante é que, da mesma forma que o juiz togado faz tentativa de conciliar as partes em audiência, o árbitro também fará esta tentativa e, em caso de ser exitosa, lavra-se a sentença declaratória da extinção do procedimento em virtude do alcance do acordo (MORAIS;SPENGLER, 2008).

Alguns princípios comuns à jurisdição processual estatal também são aplicados na arbitragem, a exemplo do contraditório e ampla defesa; da igualdade de tratamento das partes; imparcialidade e independência; disponibilidade; princípio do livre convencimento do julgador (ibidem)

Por fim, Moraes; Spengler (2008) ressaltam algumas posturas que são fundamentais para o árbitro adotar, quando da realização de um procedimento de arbitragem: imparcialidade, independência, competência, diligência e discricão. Diante de todo relato sobre a utilidade dos MERCs, fica evidente seu importante papel como resposta consensual ao delito .

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DO DELITO À RESSIGNIFICAÇÃO DA RESPOSTA AO CRIME

Já é um consenso de que o crime é por natureza, um conflito entre indivíduos que resulta em danos à vítima, a comunidade e ao próprio autor, e somente de maneira reflexa torna-se uma transgressão ao ordenamento jurídico posto, que anteriormente tipificou a conduta como delituosa. Por tanto, toda resposta direcionada ao conflito terá repercussões que ultrapassam a figura do ofensor, ainda que a vítima ou a comunidade não sejam diretamente afetadas, visto que o Estado ao optar pela pena afliitiva retirando das partes o poder de conduzir a resolução do desencontro, condena-os às frustrações e angústias causadas pela sensação de impotência experimentada diante da insuficiência do modelo adotado pela justiça penal, que não atende as suas expectativas, já que:

A punição irracional, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que os oprime [...] Em outras palavras, a justiça penal deve dispor da mínima força e sempre que possível prescindir do recurso à violência legal, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência, são constantes impossíveis de eliminar. (SICA, 2007. p.5).

O discurso de combate ao crime tem servido de álibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos Direitos Humanos de uma classe social pré- selecionada, seja por ação ou omissão do Estado. Muitos estudos se ocupam em analisar a pobreza inclusive tentando, de alguma maneira, vinculá-la ao cometimento de ilícitos penais, porém sem buscar as estruturas e dinâmicas do problema, apontando para sua nascente reproduzida pelas elites econômicas, políticas e intelectuais de países periféricos e exemplo do Brasil.

O descrédito na eficiência do sistema penal tem gerado discursos a favor do endurecimento das leis em detrimento a outras estratégias coercitivas menos ofensivas à dignidade humanas, já previstas na Lei de Execução Penal (LEP), mas que por não serem efetivadas terminam por aumentarem a sensação de inoperância legal.

As posturas estatais, que em sua origem deveriam ser extraordinárias e temporárias passam a ser empregadas como técnicas de governo, sendo aplicadas de forma rotineira na sociedade transformando-se em um verdadeiro paradigma de

governo travestido de democracia, muitas vezes referendados e legitimados pelo Direito, como se percebe ao se analisar o artigo 86 da LEP e sua aparente permissividade à pena de degredo na medida em que autoriza construção de presídios em locais distantes da condenação do ofensor, para recolher condenados por interesse da segurança pública ou do próprio condenado, o que parece ser um contrassenso frente ao artigo 90 da própria lei que limita a distância de construção à possibilidade de visitação, com vistas a favorecer o processo (re)educativo e “socializador” do apenado, evidenciando o Estado de Exceção relatado por Agamben (2004).

O paradigma punitivo serve como um ótimo exemplo para este fenômeno, vez que na medida em que se percebe a apropriação do poder punitivo pelo Estado dito democrático, lastreado no discurso de manutenção da ordem e defesa da sociedade em geral, pode-se identificar a escalada das práticas de controle onde medidas que deveriam ser consideradas como excepcionais, são normalizadas pela sua frequente ocorrência, tornando cidadãos em objetos de controle, tal como os ditos como criminosos. O paradigma restaurativo surge como um novo modelo, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos.

O Estado de Exceção como paradigma de governo e como princípio político surge como leis integradas ao corpo do Direito vigente, utilizando-se deste para atingir a classe social escolhida para sofrer determinado controle através da criminalização de certas condutas e das constantes violações dos direitos humanos a exemplo do descaso pela obrigatoriedade trazida na lei de execuções penais relacionadas à assistência educacional do preso e do internado, também a assistência social direcionada ao egresso com vistas a sua reintegração na sociedade, para denunciar o sistema prisional como uma flagrante violação dos Direitos Humanos perpetradas pelo próprio Estado, com a anuência das instituições responsáveis pelo cumprimento e pela fiscalização das leis e com o silêncio da sociedade civil.

Outro exemplo claro de violação dos Direitos Humanos reside na atenção para compatibilidade da lotação dos estabelecimentos penais e da competência do juiz da execução em determinar o cumprimento da pena ou medida de segurança

em outra comarca, sem que interesse político e partidário seja o condutor da subjetividade no julgamento destas decisões, porém as notícias de presídios superlotados são recorrentes, o que denuncia a aporia da abordagem do sistema punitivo atual, que tem seu fracasso retratado pela anomia do Estado através do desalinhamento da lei formal com os anseios da sociedade atual diante da conduta desviante resultando em diversos movimentos alternativos para reformar ou mesmo extinguir a justiça penal, tendo como principal objetivo a ressignificação da resposta ao crime.

4.1 A JUSTIÇA PENAL E A APORIA DA PENA AFLITIVA

Por meio do entendimento conceitual da racionalidade criminal moderna como um sistema de legitimação do pensamento e da ação na necessidade da punição, pode-se identificar um sistema de idéias que dão suporte teórico e ideológico para as formas de intervenção adotadas pelo Direito Penal.

A racionalidade penal moderna legitima o mito da pena aflitiva como a melhor forma de assegurar a observância disciplinada das normas de comportamento, o que confere ao saber criminal o status de uma ciência voltada para o punitivismo. A adoção do castigo, como resposta aos crimes, proferido por processo público e aplicado de forma racional e humana, guarda relação visceral com a sociedade que se forma meio às revoluções e posteriormente governada pelas leis positivadas, planejadas e ordenadas, a sociedade disciplinar da lei e da ordem que vai ser erguida durante os séculos XVIII e XIX.

A justiça penal tem como mister a defesa da sociedade contra a violência gerada pelos conflitos, intrínsecos a natureza humana, e na dimensão política deve criar mecanismos que garantam e protejam os direitos fundamentais e a dignidade humana dos cidadãos contra a arbitrariedade do Estado polícia, o que ajuda a efetivar o mandamento contido na norma parâmetro que dita o Estado de Direito. Entretanto quando se escolhe adotar o paradigma da punição adotando a pena privativa de liberdade como única resposta a ser aplicada nas situações de crime, acaba-se por também gerando outra violência, tornando-se a principal violadora de tais direitos e garantias, o que gera insatisfação social e põe em xeque a legitimidade do sistema penal.

Para Sica (2007) a justiça penal é a manifestação do poder do Estado em punir condutas consideradas criminosas, como forma de controlar os impulsos de vindita, tendo em vista garantir uma existência pacífica entre os membros da sociedade, porém o exercício deste poder de sancionar penalmente termina por resultar em grave supressão de garantias individuais e direitos civis, o que o leva a criticar o discurso racionalista que legitima o poder de punir, ao enxergar a pena como um mal legalmente definido para causar sofrimento a quem causou sofrimento alheio, ou seja, de forma retributiva praticar o mal a quem causou o mal como um dado essencial da justiça, o que não é admitido pela ética já que o Estado não permite a vingança privada, porém usa da punição violenta contra quem viola as leis penais. Ao utilizar do castigo e da pena aflictiva como respostas ao delito, o Estado apenas aumenta a própria violência que vitima os seus administrados, destruindo laços comunitários lastreando-se na falácia do paradigma punitivo-retributivo, que sustenta a idéia de realização da justiça, que se corporifica na imposição de uma pena ao autor do crime, em retribuição ao mal por ele causado:

Cuida-se aqui de uma concepção da pena como reação, retribuição ou castigo punitivo, que tem como nota característica e diferenciadora sua desvinculação ou (dês) ligamento de qualquer fim social específico, que remonta ao ver de não poucos às origens vindicativas da pena e ao princípio do Talião; já no plano jurídico filosófico, liga-se sobretudo aos próceres do idealismo alemão. (CÂMARA, 2009, p.29).

O sistema penal retribucionista é caracterizado pela capacidade de potencializar toda situação que envolve o delito, a resposta que o Estado dá sociedade carece de legitimidade ética porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticam o mal. O foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, onde a culpa se apresenta como o fulcro do processo penal e o delito é visto como uma transgressão às leis, que o infrator se insere numa conduta proibitiva por ser danosa, ou imoral, ou ofensiva a lei penal, acredita-se que o crime é uma ofensa ao Estado soberano, e que o ofensor deve ser exemplarmente castigado.

Ao longo do tempo a justiça penal foi abandonando outras formas de responder ao crime, a exemplo da pena física do suplício, no sistema absolutista de punição, vez que nas monarquias absolutistas a punição apresentava-se muito mais como o símbolo do poder da majestade, para garantir a presença do rei, do que um

efetivo instrumento de controle e coerção social. Também era composto por algumas outras espécies de punições como os trabalhos forçados, as penas de deportação e as de multa. Por vezes, as penas de banimento e de multa vinham acompanhadas, quase sempre, de uma dose de sofrimento e demais alternativas ao encarceramento, como aponta Sica (2007). No Brasil, as Casas de Correção surgiram como o embrião de nossa atual concepção de prisão e eram estabelecimentos dedicados à caridade, à correção e à disciplina de um modo geral, apesar de que não gozavam de primazia enquanto modelo de punição, foram ganhando notoriedade tempos depois.

De um lado, as prisões deveriam ser reestruturadas de acordo com os princípios modernos da Escola Positiva. Do outro lado, havia a experiência do funcionamento da Casa de Correção desde 1850, que demonstrava um acúmulo de problemas naquela que foi criada para ser a prisão modelo do Império brasileiro. (LIMA; COSTA; BRETAS, 2009, p. 285).

Surgida como proposta de pessoas com importantes posições sociais como: médicos, políticos e juristas essa instituição prisional foi constituída durante o século XIX de forma bastante paradoxal, pois o seu propósito era realizar um avanço em relação às práticas que dominavam aquele período histórico, e servir de modelo para a regeneração dos criminosos por meio do trabalho, educação e religião, porém foi palco de estratificações sociais e terminou por servir as demandas político-econômicas da época.

Quando o modelo retributivo passa a dominar o sistema penal com as promessas de reeducação, ressocialização e prevenção logo se percebeu que na prática tais resultados não estavam sendo alcançados, e que o encarceramento e o endurecimento das leis penais não tinham influências na diminuição da criminalidade; por outro lado se percebeu que o encarceramento, além de romper com os laços comunitários, tendia a aumentar os casos de reincidência, vez que o egresso do sistema carcerário não encontrava oportunidades diante da vigilância, controle e estigmatização pós cárcere e pela criação de novas vítimas indiretas, como os membros da família do infrator, que passava a ter dificuldades financeiras.

O processo penal estigmatiza aqueles considerados culpados por toda a vida, provavelmente, e para responder às constantes críticas que recebia o sistema se utilizava de meios autorreferenciais, atribuindo o fracasso às técnicas e reforma do

modelo. Diante da aporia da pena aflitiva com suas promessas de prevenção e diminuições da violência surgiram diversos movimentos que questionaram a legitimidade e efetividade do modelo calcado no paradigma punitivo, apontavam soluções para sua reforma e até mesmo extinção total.

4.2 ANTECEDENTES DO NOVO PARADIGMA: O ABOLICIONISMO E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS CATALISADORES

O desgaste da justiça penal provocou movimentos ideológicos a como forma de reação ao paradigma punitivo, a exemplo do abolicionismo, penas alternativas, minimalismo, vitimologia que influenciaram na criação do novo paradigma. A fomentação do surgimento de novas idéias relativas à forma de abordagem do delito, nas décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos, somadas a crise da idéia de ressocialização através do encarceramento parece ser um bom marco histórico para situar o surgimento do paradigma restaurativo.

Pallamolla (2009) aponta que crise do sistema de justiça criminal remonta à época do próprio surgimento da prisão como pena por excelência, e as tentativas que buscaram reformá-la (dentre elas as penas alternativas como forma de reduzir o emprego da prisão). Ademais, desde o início dos anos 70, assiste-se uma gradual modificação nas políticas penais, com um progressivo deslocamento do modelo na punição, na direção de um modelo orientado à reparação.

O quadro abaixo sintetiza as principais diferenças que formam as bases teóricas que caracterizam o tradicional paradigma punitivo e o novo paradigma restaurativo, e que são alvos da crítica abolicionista entre outras propostas alternativas à pena.

ABORDAGEM PUNITIVA	ABORDAGEM RESTAURATIVA
Tem na culpa o como centro das atenções	Tem a resolução do conflito como central
Foco no fato delituoso pretérito, já ocorrido.	Foco nas consequências futuras que o fato delituoso causa

As necessidades das partes são vistas como secundárias	As necessidades das partes envolvidas e da comunidade são primárias
Enfatiza diferenças entre ofensor e vítima	Procura pelo comum entre o ofensor, a vítima e a comunidade
Imposição de dor considerada normativa	Restauração e reparação consideradas normativas
Foco voltado ao ofensor e no crime, a vítima ignorada	As necessidades da vítima são centrais, contudo não se despreza o autor e a comunidade
O Estado soberano como único responsável pela resposta à conduta delituosa	Reconhecidos os papéis da vítima, do ofensor e da comunidade na resposta ao crime

Quadro 1: Principais diferenças entre os paradigmas punitivo e restaurativo

Fonte: Dados próprios

Pallamolla (2009), ao citar a Zehr, elenca as características do modelo restaurador e retributivo em contraposição ao modelo da justiça restaurativa:

- o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos;
- analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime;
- os danos são definidos em abstrato e não em concreto;
- o Estado passa a ser a vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não queira. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor;
- terminada a ação e atribuída a culpa ao infrator, este é punido. É-lhe imposta alguma perda ou sofrimento;

- este processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que lhe acompanhará, provavelmente, por toda vida, mesmo depois de ter ‘pago sua dívida com a sociedade’;
- em razão dos danos causados por esta resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças;
- os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa.

É certo que o abolicionismo penal e o movimento em favor das vítimas inspiraram a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossaram seus princípios nem participou diretamente de seu advento. Porém a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa tem contornos complexos ao se comparar aspectos de convergência contraditórios, como aponta Santos (2014):

Um dos aspectos que torna mais complexa a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa prende-se com o modo como nela convergem correntes criminológicas e orientações político-criminais a um primeiro olhar contraditórios. Considerem-se a título de exemplo, as dificuldades inerentes à conciliação do abolicionismo penal com a vitimologia ou, no plano político-criminal, a contradição entre uma reação ao crime que aposta na diversão processual através de mecanismos de consenso e, por outro lado, o endurecimento no sancionamento penal preconizado por alguns para enfrentar uma criminalidade que se diz progressivamente mais grave. (SANTOS, 2014. p. 40).

Na década de 80 houve o crescimento dos movimentos abolicionista e vitimológico, que também denunciavam as nefastas conseqüências do modelo de justiça criminal, enquanto o abolicionismo tem foco na rejeição do sistema de justiça penal tradicional como forma de resolução do conflito, por ser deletério para o ofensor e para a comunidade; a vitimologia preocupa-se com o imperativo da reparação dos danos causado a vítima do crime praticado, e chama a atenção para o seu afastamento da resolução dos conflitos e a conseqüente despreocupação do sistema penal clássico com suas necessidades e direitos. Neste cenário (re) surge a idéia de práticas restaurativas aliadas a um modelo de justiça restaurativa. Muitos autores apontam a vitimologia e o abolicionismo penal como principais críticos do sistema de justiça criminal, porém Sica (2007) relativiza a importância dos movimentos em favor da vítima, apesar de alguns países e em muitos estudos ser considerado como principal fator de impulso à justiça restaurativa. Ele faz esta relativização pelo fato de considerar que, em tais movimentos, existe uma tendência em potencializar os valores retributivos os quais se pretende neutralizar, mas

entende-se que a fase em que a vitimologia ficou mais centrada nas conseqüências que a infração resulta para a vítima foi o maior fator de inspiração, principalmente considerando que a reparação e o empoderamento dela são os objetos definitórios da justiça restaurativa. Ressalte-se, porém que a vitimologia cuida do estudo das vítimas de crimes, e não cabe a esta estudar problemas relacionados a todas as formas possíveis de vitimização social; tem por medida e limite o problema do crime, não os problemas relacionados a todas as categorias possíveis de vítimas. Exacerbada ampliação no campo de pesquisa da vitimologia, significaria uma perda de densidade científica

O Abolicionismo, como doutrina que revela uma face ilegítima do direito penal e a não justificação para a sustentação dos institutos vigentes, prega a extinção do direito penal e dos seus elementos de justificação, buscando uma humanização contrária a violência penal. As teorias abolicionistas foram as que criticaram a punição com mais ênfase, propondo reflexões que foram além da simples legitimidade do direito criminal e suas penas, questionando a própria necessidade de existência do paradigma de punir.

As idéias abolicionistas, de maneira ampla, pretendem superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos. Primeiramente porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, problemas, casualidades, etc. e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda o autor do delito e a vítima. (PALLAMOLLA, 2009, p.39).

Duras críticas foram dirigidas ao abolicionismo, principalmente por deixar de participar da tentativa de reformar o Direito Penal, pugnano somente por sua extinção, afastando-se de outros setores que também criticam o sistema penal, mas que acreditam na impossibilidade e sua extinção. Entre os críticos Pallamolla (2009) cita a Ferrajoli que, apesar de ser um defensor do direito penal mínimo, acusa a abolição do direito penal oficial é uma “utopia regressiva”, ao ter a ilusão de uma sociedade boa e de um Estado bom, pois se fosse abolido, reações públicas ou privadas arbitrárias se multiplicariam. Também faz referência a idéia de Galeano que defende que a existência da utopia tem justificativa na necessidade da humanidade em continuar caminhando e sonhando.

O problema do esquecimento da vítima do delito é um dos mais preocupantes pontos que levantam crítica sobre a legitimidade do Direito Criminal na atualidade. O Estado soberano avoca para si o poder de punir deixando a vítima e ou a comunidade fora da resolução do conflito, não considerando o dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. Assim agindo, não se confere importância às relações interpessoais que vão além do delito, nem se leva em conta o aspecto conflituoso do crime, já que os danos são definidos em abstrato e não em concreto. Ao se apropriar de forma exclusiva da resolução do delito, o Estado afasta a vítima e a comunidade, passando a ser vítima da ação podendo iniciá-la contra o infrator. Note-se que Câmara (2009), ao sublinhar sobre a alteração do protagonista do jus puniendi discorre sobre a dimensão dos interesses do Estado nessa mudança. Daí que a intervenção penal terá como interesse maior a intimidação, geral ou especial, não a satisfação das vítimas concretas. Direito Penal público dotado de sanções também públicas. Aliás, no âmbito do processo penal, a vítima de crime é excluída quando da recepção na Europa continental do sistema inquisório, cujas principais características podem ser aqui esquematicamente elencadas: a função de julgar se especializa; o juiz já não é um árbitro nomeado pelas partes, agora é um técnico; a justiça penal perde seu caráter popular; o procedimento é escrito e secreto; o Estado procede de ofício (comparece, então, a figura do procurador do Rei, órgão rudimentar que, como se sabe, dará origem ao Ministério Público.

Aliás, no âmbito do processo penal, a vítima de crime é excluída quando da recepção na Europa continental do sistema inquisório, cujas principais características podem ser aqui esquematicamente elencadas: a função de julgar se especializa; o juiz já não é um árbitro nomeado pelas partes, agora é um técnico; a justiça penal perde seu caráter popular; o procedimento é escrito e secreto; o Estado procede de ofício (comparece, então, a figura do procurador do Rei, órgão rudimentar que, como se sabe, dará origem ao Ministério Público. (CAMARA, 2009, p. 177).

Segundo Câmara (2009), o interesse pela vítima sobreveio em épocas mais recentes, notadamente após a Segunda Guerra mundial, influenciado pela macrovitimização, resultante do holocausto judeu, e pelo aumento da criminalidade urbana. Há observações da comunidade científica, compromissadas com a figura da vítima, que, por vezes, chegam até mesmo a incidir em unilateral vitimocentrismo.

Ressalta-se que, por outro lado, uma orientação para o delinquente, fundada no conceito de reabilitação, dominou a política criminal durante os anos

sessenta e setenta. Apenas nos anos 90 a vítima alcança alguma densidade no contexto político-criminal. Nessa linha, vale salientar que, um olhar mais vigoroso para a vítima não pressupõe um automático retorno a estágios primitivos de justiça penal, tal como a prevalência da vingança privada, nem em uma reprivatização do Direito Penal. Traduz-se, alias, em benefícios para os protagonistas do conflito, mormente no sentido conciliatório, some-se a isso que a neutralização da vítima do conflito pelo processo criminal ocasiona um outro sofrimento, ou vitimização secundária, que ocorre já na delegacia ou outros locais de atendimento, quando a vítima procura as autoridades policiais ou agentes de saúde para noticiar o fato típico, e se não são bem orientados, esses profissionais darão mais importância às informações acerca do ofensor e do fato, de que as próprias necessidades da vítima.

O paradigma punitivo sofreu evoluções no decorrer da história passando das penas severas e sem correlação com o delito cometido, penas racionais focadas na reabilitação e na proporcionalidade entre o delito e a pena e as penas alternativas ao encarceramento, que ao invés de substituir a pena de cárcere por uma pena alternativa acabaram por aumentar o espectro de atuação do controle formal, adicionando nova pena alternativa à antiga pena privativa de liberdade, sendo bastante criticada por não introduzir mudança significativa na racionalidade do sistema penal, vez que, como pontuou Zehr (2009), ambas se apóiam numa mesma compreensão do crime e justiça que abrange pressupostos como o de que a culpa deve ser atribuída, a justiça é a medida do processo, devendo vencer e esta sempre comprometida em impor a aflição, já que o crime é definido através da violação da lei ficou evidenciado que:

Nas últimas décadas, muito se falou sobre penas alternativas: incontáveis projetos, experiências e supostas inovações surgiram nesse campo. Curiosamente, as taxas gerais de encarceramento subiram vertiginosamente, contrastando com o discurso das alternativas e, mais do que tudo, indicando que algo está equivocado no enfoque ou na transposição prática de todo esse arcabouço de idéias para diminuir a utilização da pena de prisão. (SICA, 2007, p.8).

Ao abordar sobre as penas e medidas alternativas Sica (2007) relata que foram um verdadeiro fracasso, visto que as taxas gerais de encarceramento subiram de maneira vertiginosa, o que contrastava com o discurso das alternativas, isso porque não se preocupou em construir um discurso próprio e toda sua elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere, por outro

lado as alternativas eram pensadas exclusivamente dentro do paradigma punitivo-retributivo.

4.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE RESPOSTA AO DELITO

Como resposta a falência do paradigma punitivo, Santos (2014) afirma que a partir dos anos 70 do século passado que foram surgindo referências a justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Enquanto novo paradigma de resolução dos conflitos penais, a justiça restaurativa foi frutificou-se a partir dos movimentos de diversão das sanções penais, como salienta Luz:

Esse novo modelo foi fruto do movimento que podemos denominar de “acordar criminal”, por meio do qual uma parcela dos estudiosos, que se debruçam sobre a questão criminal, verificou a necessidade de transcender as críticas ao sistema e buscar um modelo complementar, novo, que altere a racionalidade de conceber e pensar o sistema. Sem dúvidas, essa mudança adveio com a crise, com a quebra das promessas que o paradigma de punir não podia – ou nunca pôde – cumprir. (LUZ, 2012, p.102).

Afasta-se a possibilidade de condenação a pena de prisão, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas, e ainda apresenta esta solução como mais pacificadora para a comunidade. Os vinte e poucos anos de experiência e debates a justiça restaurativa não foram suficientes para definir o conceito e os objetivos deste modelo direcionados a conciliação e reconciliação entre as partes, a resolução do conflito, a reconstrução dos laços rompidos pelo delito, a prevenção da reincidência e a responsabilização.

Com conceito aberto e polissêmico a justiça restaurativa se apresenta como um sistema de práticas utilizadas com o escopo de prevenir conflitos ou atenuar as conseqüências decorrentes dos conflitos interpessoais através da devolução do poder de solução do conflito à vítima, ao ofensor e à comunidade para que decidam,

dialoguem e planejem a melhor forma de reparar os danos advindos do desencontro conflituoso.

Pallamolla (2009) corrobora com o caráter polissêmico do conceito de justiça restaurativa ao afirmar que buscar por um conceito unívoco e simples levaria a uma visão reducionista de uma proposta cuja riqueza esta na diversidade e na flexibilidade, permitindo a sua melhor adaptação frente aos diferentes cenários sociais já que diferente do paradigma punitivo focado no crime em si e na pessoa do autor, o foco da justiça restaurativa esta nas consequências do crime e as relações sociais afetadas. Este novo paradigma de justiça penal baseado na mediação penal pode colaborar com a concretização do Estado democrático de direito previsto na norma parâmetro de 1988, mas até o momento parece latente diante dos vários fatores característicos do pensamento racionalista moderno, onde as prisões têm uma função e público alvo pré-selecionados.

Crítico do discurso racionalista da legitimação do poder de punir e suas consequentes violações de garantias e direitos civis, Sica (2007) propõe a adoção da justiça restaurativa como um paradigma criativo e inovador capaz de substituir a pena aflictiva, como forma de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos. Para o autor o crime deve ser compreendido como um fato social normal que fora rotulado como tal, fruto de uma escolha política localizada no tempo e muitas vezes passível de releitura. Para tanto a mediação surge como reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico nacional, com capacidade de servir a construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena.

Com condão de reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, permitindo-lhe reapropriação do conflito afastando o direito penal do papel de vingador público, limitando o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos, e por essa via reforçar os laços e sentimentos de solidariedade social outrora rompidos. Isto criaria um sistema de dupla entrada: mediação e punição, gerando possibilidades outras, para fora do círculo punitivo, como tentativa de quebrar o ciclo da violência; e a justiça punitiva passaria a ser residual e aplicada nos casos mais graves, de extrema necessidade já que para alguns o principal papel da justiça penal é o de possibilitar a aplicação das sanções penais, conforme a ideologia de lei e ordem, e tão somente de forma residual caberia a justiça penal garantir os direitos fundamentais. Por fim seguiria os

princípios basilares de que o crime é primariamente um conflito entre indivíduos, resultando danos à vítima e/ou a comunidade e ao próprio autor. E somente secundariamente é uma transgressão a lei; o objetivo da justiça criminal deve ser reconciliar as pessoas e reparar os danos advindos do crime facilitando a participação ativa de vítimas, ofensores e comunidades.

O padrão restaurativo tem por objetivo conciliar os interesses de todas as partes envolvidas no conflito criminal, em busca por uma pacificação e ressignificação da relação social conflituosa que o originou, e assim almeja pela restauração de todas as relações abaladas, não se limitando à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura ativa e amadurecida do infrator durante a utilização do instrumental da mediação, o que redundará em vantagens para todos os envolvidos no episódio criminal, na medida em que devolve à vítima a relevância de sua participação na resposta ao dano sofrido, o que afasta possibilidade de uma vitimização secundária, e na recuperação da paz social da comunidade envolvida.

Tendo a flexibilidade como base para ser operacionalizada, a justiça restaurativa deve seguir alguns contornos basilares para se ajustar a realidade das partes envolvidas e a cultura da comunidade que estas integram, sob pena de incorrer nos mesmos erros característicos do modelo de justiça retributiva, ou seja, obrigar as partes a se adequarem aos procedimentos formais, rígidos e previamente positivados pelo sistema tradicional de justiça. O caráter voluntariado das partes é condicionante no processo restaurativo, entretanto estas devem ser estimuladas à participação no evento conciliatório, onde as vantagens do modelo na busca do consenso dos efeitos causados pela infração devem ser cuidadosamente demonstradas. Entretanto existem princípios básicos que podem servir para orientar a institucionalização da justiça restaurativa:

Os Princípios Básicos encontram-se na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e são referência internacional no âmbito da regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas. Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos. Estes princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la. (PALLAMOLLA, 2009, p.87).

O modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo, eles devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações limite.

Santos (2014) relata que apesar da explosão da justiça restaurativa acontecer somente nos anos 90, antes disto já existiam valores, processos e práticas consideradas restaurativas. Assim o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, eclode nos Estados Unidos na década de 90, e em pouco tempo é difundido pelo continente europeu com suas três principais concepções (encontro, reparação e transformação), que se diferenciam de acordo onde for enfatizado.

1ª a concepção do encontro -> vítima, autor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de se encontrarem em um local não tão formal. Saindo da passividade e assumindo posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito em relação ao delito.

2ª a concepção da reparação -> defende-se que o dano causado a vítima deve ser reparado: valorizando a vítima --- resignificar o conflito

Valorização do ofensor --- que terá a oportunidade do arrependimento e de reparar a vítima.

3ª a concepção da transformação -> transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprio e como se relaciona com os outros no dia a dia.

Rejeita qualquer hierarquia entre os seres humanos (ou entre outros elementos do meio ambiente).

A justiça restaurativa, como forma de vida a ser adotada, prega o abandono do eu isolado para compreender a nós mesmos como intrinsecamente conectados e identificados com os outros seres e o mundo externo.

Em comparação com a justiça retributiva, podem-se enumerar alguns valores gerais que caracterizam a justiça restaurativa: visão realista do crime como um ato que traumatiza a vítima causando danos; interesse na participação das pessoas e da comunidade envolvidas no delito, atribuindo-lhes responsabilidade na solução do crime considerando as diferenças e incentivando a tolerância numa dimensão de justiça social. Ao se referir aos valores obrigatórios a autora reforça que estes não

são estáticos, e vão sendo elaborados com base em análises empíricas que verificam como estão funcionando na prática. Entretanto estes valores devem ser respeitados ou até mesmo impostos.

a) Não dominação -> minimização das diferenças de poder existentes. O mediador não deve assumir uma postura ativa, tentando evitar a dominação.

b) Empoderamento -> se a vítima escolhe não aceitar as desculpas do ofensor, ou seja, não o perdoa, a conferência deve “empoderar” a vítima para que o faça.

c) Obedecer (ou honrar) -> os limites máximos estabelecidos como sanções. Evitar qualquer forma degradante ou humilhante de desfecho.

d) Escuta respeitosa -> escuta-se com respeito e sem opressão ou diminuição do outro.

e) Preocupação igualitária -> a justiça restaurativa precisa se preocupar com as necessidades de empoderamento do ofensor, da vítima e da comunidade afetada pelo delito. Todos de alguma forma devem sair ganhando.

f) ACCOUNTABILITY (responsabilização), APPEALABILITY (recorribilidade) > qualquer pessoa envolvida em um caso jurídico deve ter o direito de optar por um processo restaurativo ao invés do processo judicial tradicional. A opção contrária também deve ser admitida.

g) Respeito aos direitos humanos -> declaração universal e outros documentos internacionais.

Apesar das respostas restaurativas terem por base as necessidades da vítima e da comunidade, a culpa do ofensor não será alvo de destaque, inclusive tais respostas poder ser concretizadas tão somente com os instrumentos exclusivamente restaurativos, sem a necessidade da intervenção judicial. A figura abaixo traz processos adaptados de algumas práticas de impacto comunitário, tradicionalmente aplicadas nos Estados Unidos e Argentina.

<p>I. Mediação entre a vítima e o infrator</p>	<p>Oferece uma oportunidade à vítima de reunir-se com o infrator num ambiente seguro e estruturado. Acompanhados por um mediador, ambos têm a possibilidade de construir um plano de ação para abordar o conflito e resolvê-lo.</p> <p>Há mais de 300 programas nos Estados Unidos e mais de 500 na Europa. As análises destes programas vêm demonstrando um aprimoramento na relação vítima-infrator, a redução do medo na vítima e maior probabilidade do cumprimento do acordo por parte do infrator.</p>
<p>II. Encontro ou Reunião de Família ou Grupo Comunitário</p>	<p>Reúne a vítima, o infrator, a família, amigos e pessoas importantes para ambos para decidir como administrar e superar as conseqüências do delito.</p> <p>Os objetivos do encontro são: envolver a vítima na construção da resposta ao delito; conscientizar o infrator a respeito da maldade de seus atos e vincular a vítima e o infrator à comunidade.</p> <p>A reunião foi adaptada das práticas tradicionais dos Maori da Nova Zelândia, onde é praticada fora do</p>

	<p>Departamento de Serviço Social.</p> <p>Foi bastante modificada na Austrália para sua utilização pela polícia.</p> <p>Este processo é utilizado atualmente nos Estados Unidos, na Europa e na África do Sul.</p> <p>Vem sendo empregado com infratores juvenis e adultos.</p> <p>As pesquisas demonstram alto grau de satisfação, tanto em vítimas como em infratores</p>
<p>III. Tratado de Paz ou Grupos de Sentença</p>	<p>É um processo estruturado para gerar um consenso compartilhado entre membros da comunidade, vítimas, advogados das vítimas, infratores, juizes, fiscais, conselhos de defesa, polícia e funcionários da justiça.</p> <p>Será estabelecido um plano de sentença apropriado, que administre adequadamente as inquietudes e as demandas de todas as partes implicadas.</p> <p>Os objetivos são: promover a recuperação de todas as partes afetadas, gerar uma responsabilidade compartilhada para encontrar</p>

	<p>soluções duradouras, e construir um “ambiente comunitário”.</p> <p>Estes processos foram adaptados de certas práticas tradicionais nos Estados Unidos, onde são utilizados, e atualmente inicia-se sua prática também na Argentina pelos expoentes em delitos de abuso sexual, com impacto comunitário.</p> <p>Cada um dos processos da Justiça Restaurativa finaliza com um acordo centrado em como o ofensor reparará o dano causado pelo delito.</p>
--	--

Quadro 2: Processos de respostas restaurativas sem intervenção judicial

Fonte: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf.
Acesso em: 21.01.2017.

Todos os processos da justiça restaurativa, individualmente expostos acima, encerram-se com um acordo que definirá como o infrator irá reparar o dano por ele causado.

Algumas críticas surgem sobre a justiça restaurativa, no campo prático entre alguns começam a questionar se o novo paradigma não se apresenta como o “canto da sereia” ou uma “utopia regressiva”; que as decisões aplicadas de modo assistemático e com pouca planificação, dependente, ainda, da discricionariedade dos responsáveis pela administração da justiça; que sofre de limitação da “clientela” alcançada pelos programas (infratores contra a propriedade e primários); que não tem servido como alternativa efetiva à prisão e podem conduzir a uma expansão das redes de controle penal, violando garantias jurídicas; que se concentra em infratores jovens, e em alguns casos particularmente seletivos e há dúvida a efetividade para reduzir a reincidência. No campo doutrinário, as críticas mais fortes são de que este paradigma representa um retrocesso, uma volta às formas primitivas de controle, possibilitando a autotutela e fomentando a vingança privada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal deve uma garantia para coexistência pacífica entre os membros da sociedade. Entretanto é dentro desse sistema de justiça que observamos as maiores atrocidades e insurgências contra os princípios da liberdade e a dignidade da pessoa humana onde o encarceramento, equivocadamente, aparece como a resposta justa e ideal. Porém o ordenamento jurídico brasileiro esta aparelhado para transformação do antigo paradigma para a escolha de um paradigma mais humanizado como política criminal. Assim sendo e diante de tudo que fora abordado nos capítulos anteriores, apresentamos, em tópicos, as considerações finais desse trabalho:

a) a idéia de justiça com equidade serve para orientar, fundamentar e legitimar a ideologia dos procedimentos restaurativos, pois a preponderância do ideal da igualdade de oportunidades é mais uma ferramenta no combate a estigmatização do infrator, para que este tenha meios de recompensar a vítima sem sofrer outra violência como resposta ao delito cometido. Por outro lado confere um sistema de solidariedade e uma justiça procedimental, que levaria a resultados justos e equânimes atingindo as classes sociais menos favorecidas, predominantemente clientes do sistema penal, por meio de mecanismos compensatórios capazes de recuperar os laços sociais outrora rompidos pela ocorrência do crime;

b) o estabelecimento institucional para utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos diminui a ocorrência dos crimes, vez que o crime nada mais é que um conflito escolhido para tal. Geralmente fruto de um pequeno conflito não resolvido e que ganha dimensões, o crime pode ser evitado por meio da mediação quebrando a espiral do delito;

c) o paradigma punitivo é estruturado por uma racionalidade criminal moderna fundado nas normas positivadas de comportamento e de sanção, de forma que, havendo crime, deverá haver sempre a aplicação de uma resposta punitiva. Essa racionalidade não admite a criação de qualquer outra resposta para o crime;

d) A punição como castigo e a violência punitiva enquanto características principais da reação penal apostam no sofrimento como dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que diz combater;

e) o paradigma de punir atravessa uma crise de legitimação diante da aporia que a tradicional resposta aflagante e sancionatória ao delito sofre, por não cumprir as finalidades prometidas, por afastar da resolução do conflito penal a vítima do delito e a comunidade envolvida;

f) o direito penal, com fulcro no infrator e na culpa, esqueceu-se da vítima ao tratar apenas da proteção dos bens jurídicos, negligenciando o dano causado a vítima e a necessidade de reparação, gerando movimentos que pregam medidas alternativas e até mesmo a sua extinção, a exemplo do surgimento da vitimologia e do abolicionismo penal;

g) a crise que assola os presídios brasileiros surge como consequência do sistema penal retribucionista que potencializa a violência e a problemática situação atual que envolve o delito, na medida em que se oferece o mal que àqueles que praticam o mal;

h) a prisão fabrica, indiretamente, delinqüência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria, o rótulo de criminoso e a constante vigilância fazem com que egresso reincida na ação delituosa;

i) como respostas às críticas que lhes são dirigidas, o sistema penal tradicional, de forma autorreferencial, sugerem o aperfeiçoamento do modelo punitivo encarcerador como solução aos problemas, ou seja, leis mais duras e a construção de presídios;

j) A partir dos anos 70 do século passado foi surgindo referências à justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Afasta-se a possibilidade de condenação a pena de prisão, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas. E ainda apresenta esta solução como mais pacificadora para a comunidade. Torna-se, então necessário procurar compreender o seu sentido e a forma como podem coexistir e relacionar-se com a justiça penal na reação ao crime;

l) O modelo restaurativo tem por objetivo conciliar os interesses de todas as partes envolvidas no conflito criminal, restaurando as todas as relações abaladas, não se limitando à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir

de uma postura ativa e do infrator durante a mediação, o que redundará em vantagens para todos os envolvidos no episódio criminal;

m) as críticas à justiça restaurativa se concentram no risco de extensão da rede de controle penal, na ameaça às garantias nos processos e nos resultados restaurativos e de não passar de uma utopia regressiva;

n) importa salientar, contudo, que a justiça restaurativa como novo modelo de resposta ao crime não implica na supressão do modelo atual que poderá ser utilizado de maneira residual, nos casos de maior gravidade essa nova forma de aferição da culpabilidade só pode ser válida no contexto restaurador. Desta forma, não poderá ser utilizada para efeitos de antecedentes, reincidência, e nem, tampouco, admitir-se-á, caso o processo retorne às instâncias formais de controle, que os dados utilizados no processo mediativo consensual sejam utilizados como confissão do fato criminoso no processo tradicional.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARISTÓTELES, **Ética a Nicômano**. Trad. Pietro Nassetti ed. Martin Clareti, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 12.ed. Vol. I. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. **MESCs: Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- BRASIL. Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Estaduais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 set. 1995** Disponível em: <<http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>>. Acesso em: 15 set. 2015.
- BRASIL. Lei n.9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 set. 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.
- BRASIL. Lei n.13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- BRASIL. Lei n.7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a lei de execução penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.
- CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal - Orientado para a Vítima de Crime** Editora: Coimbra Editora Tema: Direito Penal Ano: 2009
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. **Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CERQUEIRA, Antonia Lílian Santana de; SANTOS, Dilson Antônio Rosário dos; SILVA, Deraldo Antônio Moraes da. **Manual de Metodologia Científica: desmistificando o método.** Salvador: Artset, 2013.

DALBERIO, Osvaldo; DALBERIO, Maria Celia Borges. **Metodologia Científica: desafios e caminhos.** São Paulo: Paulus, 2009.

DIAS JÚNIOR, Antonio Carlos. **Classe, Política e Conflito Social no Capitalismo: A contribuição de Ralf Dahrendorf.** www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/download/.../7164 Acesso em: 17out.2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

LUZ, Ilana Martins. **A Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a racionalidade criminal.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2012.

MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. **História das prisões no Brasil.** Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios Alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição.** 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1991.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAMOS, Silvia; LEMGRUBER, Julia. **Criminalidade e respostas brasileiras à violência.** Disponível em: <http://www.socialwatch.org/sites/default/files/pdf/en/panorbrasileirob2004_bra.pdf> Acesso em: 20 dez. 2016.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação.** BERLINER, Cláudia. (trad.); KELLY, Erin (org.); VITA, Álvaro de (rev.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, John. **Uma Teoria da Justiça:** Trad. Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Helena dos Santos. **A utilização da mediação de conflitos nas atividades policiais.** s/d. Disponível em:

<<http://www.policiamilitar.sp.gov.br/caes/artigos/Artigos%20pdf/Helena%20dos%20Santos%20Reis.pdf> > Acesso em: 17 dez. 2015.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e a segurança pública no século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes Sales. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALES, Lilia Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. **Mediação de conflitos sociais, polícia comunitária e segurança pública**. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Revista Sequencia, n. 58, p. 281-296, jul. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Carlos Alberto Miranda. **A Eficácia da Aplicabilidade dos Meios Consensuais de Resolução de Conflitos no Policiamento Comunitário**. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Universidade Federal da Bahia, 2016.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SALES, Lilia Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. **Mediação de conflitos sociais, polícia comunitária e segurança pública**. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Revista Sequencia, n. 58, p. 281-296, jul. 2009.

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

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TARGA, Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

WARAT, Luís Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

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