

JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL
O Novo Modelo de Justiça Criminal
e de Gestão do Crime



www.lumenjuris.com.br

EDITORES

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Cezar Roberto Bitencourt
Cesar Flores
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Fauzi Hassan Choukr
Firly Nascimento Filho
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcos Juruena Villela Souto
Nelson Rosenvald
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Salo de Carvalho
Victor Gameiro Drummond
Társis Nametala Sarlo Jorge

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Antonio Carlos Martins Soares
Augusto Zimmermann
Aurélio Wander Bastos
Elida Séguin
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Luiz Ferlizardo Barroso
Marcello Ciotola
Omar Gama Ben Kauss
Sergio Demoro Hamilton

Rio de Janeiro

Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 – Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E
Univercidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo

Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília

SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3225-8569

Minas Gerais

Av. Augusto de Lima, 479 sl. 1609
CEP 30190-000 – Centro
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3201-1148

Bahia

Rua Dr. José Peroba, 349 – CEP 41770-235
Costa Azul – Salvador - BA
Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul

Rua Uruguai, 287 - Conjunto 62
CEP 90010-140 – Centro – Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3212-8590

Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 565 - Sl. 911
Ed. Royal Center – CEP: 29055-131
Praia do Canto - Vitória - ES.
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

LEONARDO SICA

JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL
O Novo Modelo de Justiça Criminal
e de Gestão do Crime

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2007

Copyright © 2007 by Leonardo Sica

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 10.695, de 1º/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

“É de todos conhecido, porém, que a enorme carga de tradição, hábitos e costumes que ocupa a maior parte de nosso cérebro lastra sem piedade as idéias mais brilhantes e inovadoras que a parte restante ainda é capaz...

O melhor caminho para a desculpabilização universal é chegar à conclusão de que, porque toda a gente tem culpas, ninguém é culpado. Se calhar, não há nada que possamos fazer, são os problemas do mundo.”

(Reflexões do personagem central de *O homem duplicado*, de José Saramago, pp. 86 e 40).

Sumário

Prefácio.....	xi
Introdução.....	1
Capítulo 1 – Premissas e Noções Essenciais	3
1.1. Premissas	3
1.1.1. Além da falência da prisão: o fracasso das alternativas	8
1.2. Justiça restaurativa: aproximação ao conceito.....	10
1.2.1. Breve visão histórica e crítica.....	20
1.2.2. Objeto, perspectivas de escopo e princípios	27
1.3. A quebra do paradigma punitivo	34
1.3.1. Da sanção ao preceito.....	43
1.4. A mediação	45
1.4.1. Requisitos genéricos.....	53
1.4.2. Tipos e métodos	56
1.4.3. O componente comunicativo-relacional	60
1.4.4. O mediador	69
1.5. Relação entre mediação e justiça restaurativa	72
1.5.1. Relação entre mediação e direito penal	77
Capítulo 2 – Experiências, Modelos e Marcos Jurídicos de Referência de Mediação Penal, Justiça Restaurativa e Práticas Similares.....	81
2.1. Experiência práticas e projetos implementados	81
2.1.1. Nova Zelândia: projeto pioneiro.....	82
2.1.2. Os tribunais de menores e a experiência italiana	84
2.1.3. Reparação-conciliação na Alemanha	87
2.1.4. França: Maisons de Justice e Boutiques de Droit	90
2.1.5. Austrália e Canadá: dois modelos em avanço.....	93
2.1.6. América Latina	99
2.1.7. A Comissão para Verdade e Reconciliação na África do Sul..	102
2.2. Marcos jurídicos de referência.....	105
Capítulo 3 – Críticas e Obstáculos	119
3.1. As garantias jurídicas e o princípio da legalidade.....	119
3.2. A racionalidade penal moderna	135
3.3. Utilitarismo ou eficientismo jurídico-penal	138
3.3.1. A imagem bélica do direito penal e a percepção de realiza- ção de justiça.....	142

3.4. Expansão da rede de controle penal e privatização	149
3.4.1. Inviabilidade da justiça penal consensual ou da “negociação de pena”	155
Capítulo 4 – Aspectos Dogmáticos e Criminológicos	159
4.1. Restauração da paz jurídica, reparação do dano e conciliação ofensor-vítima	159
4.1.1. Reintegração da vítima.....	170
4.2. Teoria do delito: o funcionalismo redutor	177
4.2.1. Flexibilização favor rei do princípio da legalidade: superando o sistema “dos delitos e das penas”	179
4.2.2. Revisão do conteúdo semântico do direito de punir.....	185
4.3. Prolongamento e positivação do princípio da <i>ultima ratio</i>	188
4.4. Reformulação da idéia de prevenção	189
4.4.1. Nova prevenção geral: o “exemplo do soberano”	193
Capítulo 5 – Fundamentos Principais da Mediação Penal	199
5.1. Ampliação dos espaços de participação e deliberação.....	199
5.1.1. Democracia e justiça penal: o caráter disjuntivo da democracia brasileira	205
5.1.2. A mediação como forma de assegurar a continuidade democrática.....	211
5.2. (Re)Construção do sistema de regulação social: oportunidade para novos modelos	218
5.2.1. O modelo do “cruzamento Drachten”	221
Capítulo 6 – Proposta de Regulação Legal e Conclusões.....	225
6.1. Identificação dos espaços normativos existentes	225
6.1.1. Outros contextos problemáticos nos quais a mediação pode ser utilizada	231
6.2. Critérios, princípios e modelo organizativo correspondente.....	234
6.3. Algumas conclusões	238
Bibliografia.....	245

Prefácio

Justiça Restaurativa e Mediação Penal

É com muito prazer que apresento a obra *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*, de autoria do pesquisador e professor Leonardo Sica.

Com esta responsabilidade alerto o leitor sobre as circunstâncias que me aproximaram do trabalho e que podem levar a um resultado que não desejo, isto é, produzir aqui um texto excessivamente datado, marcado por fatos extraordinários que comoveram o País e produziram reações pontuais. Ser precisamente datada não é a pretensão desta apresentação.

Quero, porém, sublinhar as circunstâncias a que me referi para que o leitor compreenda a importância da obra que tem em mãos.

Com efeito, trata-se de excelente tese de doutorado, por meio da qual o autor, generosamente, propõe a adoção de um paradigma criativo e inovador, para os padrões brasileiros, de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos.

No lugar da aplicação da pena após o trâmite de processo com o respeito às garantias previstas na Constituição da República e em tratados internacionais, Leonardo Sica pretende abrir caminho para a chamada Justiça Restaurativa.

Segundo o autor, sem embargo de ser ilusória a crença de que a maioria dos concretos processos criminais observe escrupulosamente as garantias processuais – do contraditório e da ampla defesa, passando pelo dever de motivação das decisões etc. –, é certo que a imposição da sanção penal serve tão-somente ao propósito aduzido por Kant, de impor um mal legalmente definido (ou causar sofrimento) a quem causou outro mal a outrem (provocou o sofrimento alheio).

Crítico convicto e bem preparado do discurso racionalista de legitimação do poder de punir, Leonardo Sica afirma que o suposto controle dos impulsos de vingança privada e a racionalização da resposta aos fatos considerados criminosos não modificam a realidade, pois que o exercício deste poder de sancionar penalmente implica grave supressão de garantias individuais e direitos civis.

Em outras palavras e sempre em companhia de doutrina que partilha princípios humanistas, o autor denuncia uma vez mais a falácia da

retórica legitimadora da imposição do sofrimento como resposta ao sofrimento e dor provocados pelo delito! Salienta, então, na obra que a trajetória do poder de punir, que se faz paralela e às vezes sobreposta ao caminhar de formação desta sociedade de massas, impessoal e, em grande medida, individualista, vai ao encontro de signos fortes de “desintegração social e... (de) destruição dos laços comunitários”. Este seria o principal estuário para onde convergem os efeitos socialmente nocivos da punição irracional, da imposição da prisão como resposta principal e exemplar ao crime e de tudo o que marca indelevelmente uma sociedade que parece perder as referências comunitárias, suprimidas pela insensibilidade em face do Outro.

É neste ponto – ou nesta encruzilhada – que Leonardo Sica propõe novamente introduzir a vítima no circuito de soluções dos problemas gerados pelo crime. Fica evidente, aqui, a influência decisiva de escolas abolicionistas, especialmente as de perfil crítico, com Thomas Mathiesen à frente. Esta influência é ponderada com a experiência concreta de profissional do Direito e com a sensibilidade política do autor, cujo compromisso com o pluralismo e o respeito aos direitos humanos vai saltando aos olhos a cada página do livro.

São palavras suas: “reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público”.

A minha leitura da obra de Leonardo Sica parte da idéia de que este autor, politicamente comprometido com a efetividade dos direitos humanos, está em busca de estratégia que logre, ao mesmo tempo, de acordo com Zaffaroni, “reduzir o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos” e por esta via reforçar os laços (e sentimentos) de solidariedade social que resgatem a humanidade, pilar da modernidade que nós da periferia nunca conseguimos realizar!

O desafio para Leonardo Sica termina sendo o mesmo que se impõe a todos os que decidem percorrer esta mesma estrada: como recolocar a vítima no centro do debate e das soluções para a questão criminal sem permitir, com isso, o retorno à vingança privada ou a adoção de mecanismos de privatização do espaço público (da audiência, do processo e da execução penal), que poderiam ficar insubmissos a qualquer forma de controle!

O livro apresenta-se repleto de propostas sedutoras de solução. Dissecando com sofisticação intelectual as inúmeras experiências do (amplo) gênero, Leonardo Sica procura superar o desafio e mostrar que é possível restaurar no lugar de punir. O autor também pretende demonstrar que as iniciativas em vigor no Brasil, atualmente, fundadas no modelo consensual da Lei dos Juizados Especiais são por demais tímidas. Refuta, por último, as acusações de enfraquecimento das garantias e rejeita a tese de que a via restaurativa, como a das penas alternativas e das soluções transacionais típicas, serve ao propósito de ampliar o espectro de casos penais, no lugar de diminuir a incidência destes mesmos casos.

Mérito entre os méritos, a obra distingue com clareza e método as várias formas de intervenção que Legisladores descuidados e comentaristas apressados sugerem tratar-se da mesma coisa.

O teste de fogo do livro por ironia chega de forma dramática com os episódios reais de criminalidade que apontaram no Brasil deste último ano.

A tese é defendida na USP, no Largo de São Francisco, centro de São Paulo, na quarta-feira que se seguiu às ações de enfrentamento levadas adiante por grupo criminoso no Estado, mas principalmente na própria cidade. Àquela altura o medo tomava conta do imaginário coletivo. A cidade viveu estes dias paralisada. Nos jornais a repercussão indicava, quase à unanimidade, que a resposta haveria de ser dada com o incremento da violência legal. Mais prisão, mais tempo na prisão, mais isolamento na prisão, mais sofrimento aos presos. Esta era a demanda que, despida de qualquer racionalidade, dominava o ar que se respirava.

Foi neste contexto que, corajosamente, Leonardo Sica propôs menos de tudo isso, em resumo menos sofrimento. Ainda neste contexto o autor, em troca, propôs mais racionalidade na forma de compreensão dos atos e de reação a eles. A Justiça Restaurativa – e a mediação penal – não confere voz exclusivamente à vítima. Por meio dela os agentes também falam e é possível perceber demandas derivadas da escassez pós-moderna que condena à invisibilidade grupos formados por centenas de milhares de pessoas.

Controlar a violência consiste, igualmente, em tentar determinar os focos das explosões sociais. Certamente, o abrir espaço para a fala dos invisíveis (dos excluídos) é doloroso, pois expõe vísceras de uma (parte da) sociedade que se supõe saudável e que acredita que a crimi-

nalidade nada mais é que anomalia, doença estranha causada por corpos estranhos que merecem ser extirpados.

Esta prova dura a que se submeteu o livro, então tese que se defendia em clima de preocupação generalizada, demonstra, ao meu juízo, que em horas de pouca luz tornam-se necessários, mais do que isso, imprescindíveis, os “homens em tempos sombrios” de que nos falava Hanna Arendt.

Leonardo Sica impôs seu trabalho para além do estado emocional de ocasião que tomava conta dos “criminólogos dos meios de comunicação”. Demonstrou, de forma satisfatória, que existem alternativas ao exercício do poder punitivo e que estas alternativas, quando bem exploradas, podem servir ao propósito de reduzir drasticamente o sofrimento das pessoas. Destacou, porém, com propriedade, que estas alternativas não florescem no “espaço da ignorância” (expressão minha), que compreendo em duplo sentido: o espaço onde vicejam soluções “originais”, que abandonamos e repudiamos no passado, pelo que de cruel e insano elas representavam. Trata-se aqui da tentativa de reproduzir, como novidade, algo que a experiência civilizatória buscou abandonar porque contraria os princípios sobre os quais se convencionou regular a convivência humana. Salo de Carvalho diria que a falsa originalidade dos profetas do apocalipse, “descobrimo” soluções passadas e fundamentadamente enterradas, corresponde a um processo de “universalização da própria ignorância”; e ainda ignorância em outro sentido, significando brutalidade, como se somente o sofrimento alheio pudesse nos garantir paz e tranqüilidade.

Quer agora o destino impor nova prova ao autor. Nestes momentos que precedem o lançamento da 1ª edição, um grave crime é praticado no Rio de Janeiro e tem por vítima, brutalmente morta, uma criança de seis anos de idade.

Ninguém pode estar insensível a isso. É verdade. A dor e a comoção são reais. É preciso, contudo, em momentos de provação desta ordem buscar não perder o foco. A provação a que me refiro não tem sentido religioso. Trata-se de desafio às bases do Estado de Direito, esta instituição que, como sublinham Pietro Costa e Danilo Zolo, cumpre a tarefa de instaurar nexos funcionais entre os sujeitos e o poder.

Resistir à tentação da banalidade do mal como diagnóstico (incompleto e segundo meu julgamento equivocado) para a gravidade dos repetidos atos de violência é dever dos que estão comprometidos com a democracia. E desde o fim da Segunda Grande Guerra por democracia se entende rigoroso respeito aos direitos humanos, queiram ou

não alguns. É como está na Declaração Universal de Direitos, de 1948, e foi como se produziu o consenso constitucional brasileiro, em 1988, quarenta anos depois.

Neste novo cenário agora é a obra de Leonardo Sica que fala por ela própria. O castigo insano e a dor que se quer infligir (e dirigir) contra todos os menores de dezoito anos acusados de crimes graves embaçam a visão da realidade, desta realidade cultural, construída por nós e pela qual somos politicamente responsáveis. A dor concreta da morte brutal da criança reaviva sentimentos primários de vingança que quase sugerem rituais antropofágicos como forma de redenção do sofrimento.

O livro, porém, fala de experiências de lucidez em horas dramáticas. A obra considera possibilidades outras, para fora do círculo punitivo, como tentativa de quebrar o ciclo de violência. Não há inocência quer nas propostas, quer na visão do autor. O que existe de concreto – pesado e investigado com métodos científicos – são práticas sociais que podem ser aperfeiçoadas para dar conta da ruptura necessária desta corrente de violência que vai tornando quase insuportável a vida diária.

Há limites no horizonte destas práticas e Leonardo Sica não finge ignorá-los. Ao revelar, todavia, tais limites, a obra descobre cruamente os limites ainda mais estreitos da perversidade oficial como resposta à criminalidade. É tudo, enfim, uma questão de humanidade e de impossibilidades absolutas que levam a ter de escolher que caminhos a sociedade pretende percorrer.

Superar o teste de fogo dos episódios que têm conclamado reações de caráter meramente simbólico, permeadas pelos instrumentos de Lei e Ordem, é por certo o primeiro grande embate que se apresenta à Justiça Restaurativa.

O segundo passo está em colocá-la diante das (hoje) recentes alterações introduzidas pelas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Drogas. A capacidade operativa das ferramentas de que hoje dispõe a Justiça Restaurativa, no Brasil, sofrerão o impacto derivado de leis que, de um lado insistem em solucionar o conflito subjacente ao caso penal operando no trilho das penas criminais, com reduzido espaço para a mediação. De outro, pretendem manter a incriminação de comportamentos, que melhor seriam encaminhados em outra esfera, porém modificam de forma significativa o “arsenal” (para empregar a expressão de sentido bélico) de respostas.

A luta pela implantação da Justiça Restaurativa – e a mediação penal – conhecerá seus primeiros *rounds* no modo como os tribunais e

demais atores sociais configurarem os equipamentos sociais para aplicar as duas leis.

Neste ponto, trata-se de uma questão cultural. A Justiça poderá seguir sendo administrada em velhos termos ou sofrer as influências da idéia restaurativa e da mediação. O marco do dissenso entre as concepções em conflito está situado na vontade, hoje predominante no cenário jurídico-político nacional, de fazer da Justiça Penal instrumento de efetividade do Direito Penal. Para a maioria dos profissionais do Direito, incluindo aí muitos advogados, o principal papel da Justiça Penal é o de possibilitar a aplicação das sanções penais. Conforme esta ideologia – de Lei e Ordem – somente de forma residual caberia à mencionada Justiça garantir os direitos fundamentais.

A transformação paradigmática proposta por Leonardo Sica está dirigida a afastar-se deste objetivo quase hegemônico e orientar à Justiça Penal à solução dos conflitos. Como se extrai do livro, o ordenamento jurídico brasileiro está aparelhado, ainda que parcialmente, para dar conta desse desafio mesmo nos crimes de ação penal pública incondicionada. Daí que a trilha a ser escolhida pelos tribunais deixa de ser uma espécie de caminho único, determinado pela opção legal, e passa a ser escolha de política criminal.

Como não poderia deixar de ser, encerro esta apresentação tornando explícita minha discordância com um dos fundamentos (por certo central) da tese de Leonardo Sica, sem que isso represente menor admiração pelo livro. Mediação Penal me fez ver com outros olhos, mais abertos, compreensivos e respeitosos, a Justiça Restaurativa.

Ambos cremos na superioridade dos direitos humanos e na ingente tarefa de efetivação destes direitos, como trabalho que é oferecido a todos e, em especial, aos juízes no Brasil. Somos igualmente fiéis ao fim de reduzir o nível de desumanidade e sofrimento que as agências de controle social produzem cotidianamente.

Partimos, talvez, de concepções diametralmente opostas de ser humano e da relação deste com o Poder. Enxergo na concepção defendida por Leonardo Sica e por inúmeros abolicionistas a visão de John Locke acerca do homem e do papel que o poder legítimo tem na vida social. O homem “bom” que cede parte de sua *liberdade natural*, interessado na proteção que o Estado pode vir a proporcionar, como forma de viabilizar a vida social. E o Estado como sendo o ente que realizará este propósito para o qual estará instrumentalizado (também) com o poder de punir.

O que vejo na América Latina e, principalmente, no Brasil se aproxima mais da visão de Thomas Hobbes. O homem que tende a avançar sobre o homem, na luta desigual pela sobrevivência e que, para limitar este exercício de poder de fato, institui o Estado, cedendo a este a primazia do monopólio legal da violência. O Estado herda deste “homem em estado de natureza” não apenas o legado de poder ingerir na esfera de direitos civis como a tendência de fazê-lo, pois que o Estado é governado por homens que têm interesses nem sempre coincidentes com os da maioria da população. Daí a necessidade de erguer barreiras ao poder do Estado e, para os primeiros iluministas, fazer isso significava controlar o arbítrio punitivo estatal.

Não acredito, sinceramente, que o estágio atual da sociedade admita crer em um outro tipo de Estado e mesmo em novas formas de sociabilidade que prescindam de limites aos mais fortes para que estes não oprimam ou eliminem os mais fracos.

Pelo contrário! Creio que a experiência histórica contemporânea está a demonstrar que as garantias são essenciais. Por garantias identifico os “procedimentos funcionalmente dispostos pelo sistema jurídico para assegurar a máxima correção e o mínimo desvio entre os planos e determinações normativas do direito e suas distintas realizações operativas” ou “entre as exigências constitucionais ou normativas e a atuação dos poderes públicos, entre os valores inspiradores do sistema constitucional e sua configuração normativa ou institucional” (Antonio Manuel Peña Freire).

Crer que a emoção pode dar lugar à razão quando seres humanos com interesses contrapostos (réu e vítima; o Ministério Público e o réu) se encontram em relação desigual de poder e que o mais poderoso pode abrir mão desta superioridade estratégica para buscar o conforto de uma solução definitiva do conflito talvez seja extrair da exceção a regra, como assinala Salo de Carvalho.

Nos dois casos paradigmáticos citados nesta apresentação estou convicto de que apenas com o afastamento das vítimas e o exílio (sempre difícil na prática) da idéia de vingança privada será possível apurar o que realmente ocorreu de sorte a justificar a adoção das respostas institucionais, levando em conta o propósito de diminuição do sofrimento.

Estou consciente da insuficiência da minha posição e de que, ao fim e ao cabo, ela termina legitimando a brutalidade das prisões decorrentes de sentenças definitivas. É possível que em muitos casos isso impeça o exercício arbitrário do poder de punir, como também supõe

Ferrajoli. Em obra escrita já ao fim de uma longa vida, extremamente profícua do ponto de vista intelectual, e marcada pelas bárbaras experiências de duas Grandes Guerras Mundiais, Karl Popper assinalou, a respeito da reforma iluminista do Direito Penal:

“No início tínhamos esperança de que a atenuação das penas conduziria a uma atenuação dos crimes. Quando as coisas não evoluíram desse modo, nós, não obstante, fizemos a escolha de que nós próprios, e também em nossa convivência, preferiríamos sofrer – com crimes, corrupção, assassinio, espionagem, terrorismo – a realizar a tentativa bastante questionável de erradicar essas coisas pela violência e, com isso, correr o risco de também sacrificar inocentes” (Em busca de um mundo melhor. Martins Fontes, São Paulo, 2006).

É possível, também, que soluções como a proposta pela Justiça Restaurativa e a mediação penal ofereçam resultados mais compatíveis como o fim de humanização que todos perseguimos.

Como a obra de Leonardo Sica veio nos oferecer outros veios e rumos, eu fico com a sensação de que, de toda maneira, estamos percorrendo caminhos semelhantes em busca do resgate da dignidade da pessoa humana.

Rio de Janeiro, carnaval de 2007.
Geraldo Prado

Introdução

O objetivo principal deste livro é suscitar o debate sobre os temas justiça restaurativa e mediação penal, sem distanciar-se da preocupação em elaborar um discurso que possa influenciar ou informar as mudanças necessárias no sistema de justiça criminal. Essa necessidade de mudança, coloca a proposta sob a perspectiva mais ampla de enfrentamento da crise das modalidades de regulação social, verificável em vários aspectos: falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário; fracasso das políticas públicas de contenção da violência; esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime; *déficits* de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais, etc.

Assim, a linha de investigação é verificar a hipótese de a mediação qualificar-se como reação penal legítima, adaptável ao ordenamento jurídico nacional e, principalmente, capaz de servir à construção de um novo paradigma de justiça, baseado nos princípios da justiça restaurativa. Sem ilusões de que a mediação seja uma panacéia, a idéia é comprovar a sua viabilidade e necessidade no âmbito penal.

Para tanto, o ponto de partida será fixar algumas noções essenciais sobre ambos os conceitos, evidenciar sua relação com o sistema de justiça tradicional para, em seguida, ilustrar os conceitos com algumas experiências existentes e marcos jurídicos de referência. Após, a partir do capítulo 3, serão analisadas e respondidas as principais críticas e obstáculos e, ao final, propostas justificativas dogmáticas e político-criminais para um projeto de mediação penal. Em verdade, este livro é continuidade da indagação iniciada em trabalho anterior (Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão, Revista dos Tribunais, 2002), que se limitou a expor a problemática das penas e medidas alternativas em face da emergência penal e reunir alguns traços teóricos do que poderia ser feito naquela área para produzir mudanças significativas.

Foi naquela pesquisa que surgiu o esboço das principais questões tratadas aqui. Naquela oportunidade, a mediação foi considerada, timidamente, dentre as medidas alternativas à pena. Agora, parecia ser o momento de aprofundar a idéia, o que se confirmou ao longo do processo de pesquisa e maturação deste trabalho: a mediação ganhou contor-

nos mais nítidos e, enfim, qualificou-se para além de uma mera alternativa penal, como via de acesso para um novo modelo de justiça e de absorção da “transformação paradigmática do direito penal” (FARIA, 1998, p. 23), sem recorrer ao que essa transformação trouxe de pior: a ampliação das oportunidades de exercício do poder punitivo, o aprofundamento da seletividade e o aumento dos níveis de violência institucional.

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

Este livro, portanto, é fruto de inquietações antigas e agora amadurecidas por meio da sistematização de algumas inovações no modo de pensar e agir em relação à questão criminal.

Muitas questões aqui recorrentes chegarão ao final sem resposta definitiva. Não há como ser diferente. Mediação e justiça restaurativa são dois conceitos quase anárquicos, abertos, flexíveis, polissêmicos, multifuncionais. Mas, foi justamente isso que atraiu a atenção sobre o profícuo debate internacional que vem se desenvolvendo ao redor de idéias que não têm a pretensão de fechar-se em nenhum momento, não se esgotam, não aspiram à auto-suficiência que se verifica em algumas discussões tradicionais como, por exemplo, a teoria da pena.

Durante o debate e exposição dessas idéias, ampliou-se um pouco a abordagem para questionar a relação entre democracia e justiça penal. Por isso, o aumento das oportunidades de participação e deliberação popular na administração da justiça e na gestão pública do crime e a conseqüente ampliação dos espaços democráticos, formarão o fundamento mais forte da mediação, ao lado da reconstrução do sistema de regulação social.

Capítulo 1

Premissas e Noções Essenciais

1.1. Premissas. 1.1.1. Além da falência da prisão: o fracasso das alternativas. 1.2. Justiça restaurativa: aproximação ao conceito. 1.2.1. Breve visão histórica e crítica. 1.2.2. Objeto, perspectivas de escopo e princípios. 1.3. A quebra do paradigma punitivo. 1.3.1. Da sanção ao preceito. 1.4. A mediação. 1.4.1. Requisitos genéricos. 1.4.2. Tipos e métodos. 1.4.3. O componente comunicativo-relacional. 1.4.4. O mediador. 1.5. Relação entre mediação e justiça restaurativa. 1.5.1. Relação entre mediação e direito penal.

1.1. Premissas

A justiça penal,¹ manifestação única do *poder punitivo*, organiza-se a partir de uma exigência: garantir uma coexistência pacífica entre os membros da sociedade (MOCCIA, 1997b), controlando os impulsos de vingança privada e racionalizando a resposta aos fatos considerados criminosos. Em brevíssima síntese, esta é a definição clássica da *razão penal*. Indo um pouco além, o direito penal tem a função política de contenção e redução do poder punitivo, funcionando como um “dique colocado pelo estado de direito para conter a pressão do estado de polícia” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2001, p. 371). Assim, dentre os meios de controle social, a justiça penal assume papel extremo: é a esfera pública e política onde as normas têm sua validade expressada (comunicada) com mais força e onde se estruturam os seus mais duros instrumentos de imposição (estigmatização, pena, prisão), ou seja, em último estágio, é o local para onde são remetidas as situações-limite, aquelas consideradas mais problemáticas para o convívio social.

Por outro lado, é nesse mesmo espaço, do exercício do poder punitivo, em que são consentidas as mais sérias supressões de garantias individuais e direitos civis (liberdade, dignidade, etc.), razão pela qual

¹ Aqui, torna-se necessário breve esclarecimento terminológico, pois, ao longo do trabalho, este se alternará com outros (sistema penal e direito penal). *Justiça penal* (ou criminal) é um conceito mais amplo e ontológico, que inclui um ideal (de justiça, a que se refere nossa Constituição, art. 3º, I) e a própria administração da justiça (mencionada no art. 133, também da Constituição). Inclui, portanto, a administração e organização das agências incumbidas do exercício do poder punitivo (polícia, magistratura, promotoria e também a advocacia), logo, diz respeito à administração da justiça (penal). *Sistema penal* é um conceito empírico e será utilizado para designar o conjunto de práticas, mecanismos e instituições que governam a justiça penal, ou seja, diz respeito à operatividade real daquelas agências. *Direito penal* refere-se a um saber, logo, será empregado como um conceito epistemológico.

a administração da justiça penal deve *oferecer condições estruturais e modelos comportamentais* para o desenvolvimento pacífico da vida comunitária (SICA, 2002). 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,² os quais, assim, devem ser geridos dentro de um projeto humanista, condizente com o estágio cultural e tecnológico de nossa civilização.

Contudo, a realidade indica que a desintegração social e a destruição dos laços comunitários tornaram-se marcas fortes de um sistema que erigiu a privação de liberdade como resposta principal à criminalidade. 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. Esta, resumidamente, é parte das conclusões de nosso trabalho anterior (SICA, 2002), tomadas como ponto de partida para o presente estudo.

Da constatação da crise de legitimidade (ZAFFARONI, 1991) e eficiência do sistema penal, surge a necessidade de reforma, que, conforme a hipótese deste trabalho, inicia-se pela (a) *redefinição da missão da justiça penal*, partindo dos seguintes objetivos: (i) integração social; (ii) preservação da liberdade e ampliação dos espaços democráticos; (iii) diminuição do caráter aflitivo da resposta penal; (iv) superação da filosofia do castigo e (v) restauração e/o manutenção da paz jurídica.

Para o que, o caminho proposto é a (b) *elaboração de um novo paradigma de justiça criminal*, por meio da *construção de uma teoria própria das medidas alternativas à prisão e à pena*, na qual estas sejam formas de: (i) garantismo positivo; (ii) redução da violência punitiva; (iii) neutralizar as funções reais do cárcere;³ e (iv) não expandir a rede de controle social penal. Esta definição teórica é imprescindível para sus-

² Esse reconhecimento é fundamental para o rompimento com o paradigma punitivo e todos os discursos autoritários-repressivos que o sustentam e, embora seja uma constatação que durante muito tempo ficou restrita ao campo da sociologia (Durkheim) e da criminologia, a ciência penal moderna já trabalha com esse conceito, valendo como referência a posição de Miguel Reale Jr.: "O crime vem a ser um fato normal da vida social (...) não pode haver a pretensão de se instituir, por meio do Direito penal, uma sociedade sem crime, pois instalar-se-ia o mais tenebroso totalitarismo (...) pois, conforme tenho repetido o *preço da liberdade é o eterno delito*" (2002, pp. 10-11).

³ Conforme a construção de Mathiesen (1996), o Direito penal só encontrará reais alternativas à pena de prisão se delinear metas que, primeiramente, neutralizem as funções do cárcere para, assim e depois, relativizar seus efeitos.

tentar um discurso jurídico-penal capaz de introduzir medidas alternativas legítimas e que tenham operatividade real. Ou seja: é preciso encontrar uma base teórica forte e que possa refletir-se na prática. Nesse particular, desde já, vale frisar que a história da mediação revela uma constante preocupação com os aspectos práticos de cada projeto, ou mesmo, como será demonstrado adiante, em alguns lugares a mediação e outras iniciativas restaurativas foram movimentos que nasceram da atividade de resolução dos conflitos, buscando, depois, contornos teóricos apoiados no desenvolvimento empírico.

Para a reelaboração do paradigma de justiça penal, no plano cultural, é mais do que imperioso recuperar as idéias do *favor libertatis* e de humanização do sistema penal, projeto iniciado no Iluminismo, mas hoje enfraquecido. E, numa sociedade dominada pelo “medo da criminalidade” e por um sentimento de insegurança de características fóbicas, em que resultados são cada vez mais esperados da justiça penal – vendida como panacéia para tais anseios –, é razoável adotar uma lógica pragmática e realista, supondo que os esforços dessa reforma devam concentrar-se na busca de alternativas para a *resposta institucional e social* ao fenômeno do crime. Também é cogente reorganizar a noção de subsidiariedade (*ultima ratio*), compreendendo-a como manifestação de interação do direito penal com os outros ramos do direito e, principalmente, com outras formas de resolução dos conflitos.

Reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público. Essa medida passa, necessariamente, pela aceitação da reparação do dano e da restauração da paz jurídica, como finalidades do direito penal (e, logo, do processo), reorganizando, como dito, a idéia de subsidiariedade. Nessa linha, a permissão da renúncia à pena, o perdão judicial e o simples afastamento da intervenção penal caracterizam medidas alternativas e, sobretudo, estabelecem um vínculo do direito penal com o restante do ordenamento jurídico.

Mais do que isso, a justiça penal deve priorizar mecanismos de intervenção que fortaleçam os valores do convívio comunitário e considerem o caráter relacional do conflito, resultando num sistema que, como já mencionado, ofereça modelos comportamentais de agregação de consenso ao redor das regras do ordenamento, reforçando, assim, a mensagem normativa contida nos preceitos penais. Nisso

reside o único fim preventivo aceitável e realizável. É possível atribuir às decisões penais um papel positivo de solucionar os conflitos sem ter que, necessariamente, recorrer à punição aflagrada. Desse modo, aquele objetivo de integração deve, também, considerar os problemas sociais que geram e mantêm o fenômeno delitivo (BITENCOURT, 1999) e o quadro emergencial, ou seja: alternativas penais mais flexíveis, como a mediação, têm função reveladora e transformadora e não meramente retributiva.

A preocupação central deste livro resume-se em uma afirmação de Zaffaroni (1991): *“é preciso reduzir o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos”*. Assim, a premissa principal pode ser resumida como a apresentação de alternativas realmente inovadoras e capazes de ir além do paradigma punitivo.

Contudo, tal premissa remete a uma questão mais ampla que, ao final, será apresentada como principal fundamento para implementação da mediação penal (Capítulo 5): a justiça penal, por mais que se mostre ineficiente, seletiva, custosa do ponto de vista sócio-econômico e agrave os problemas que supostamente deveria resolver (criminalidade, violência), resiste intocada a quaisquer movimentos de reforma mais profunda, absorvendo apenas pequenas modificações tópicas⁴ e não orientadas por quaisquer objetivos funcionais, ou seja, por critérios político-criminais extraídos da observação da realidade social. Aqui, é importante frisar que o termo “reforma” não se refere necessariamente a modificações legislativas, muito pelo contrário. Como estas, sabidamente, são condicionadas pelo ambiente político-eleitoral, mais tendente a medidas populistas simbólicas e de impacto as quais, por sua vez, respondem a fobias coletivas de segurança e “lei e ordem” que nem sempre correspondem às necessidades reais, pois insufladas pela retórica do medo; ao falarmos em reforma, propomos a reconstrução teórica que forneça um discurso (com princípios e metas) capaz de moldar novas práticas dentro do sistema judiciário penal e, principalmente, consolidar um entendimento importante: a função política do direito penal e o papel fundamental que o exercício do poder punitivo cumpre na efetivação do Estado Democrático de Direito.

4 Tais como a Lei 9.099/95, que sob o pretexto de criar um espaço mais informal, flexível e aberto ao diálogo, apenas aprofundou a feição burocrática e autoritária das agências judiciais ou a Lei 9.714/98, que, também sob o louvável pretexto de estabelecer “novas penas alternativas”, apenas reprisou idéias superadas e absolutamente inócuas no que se refere à redução da carcerização.

Ao ligar os temas justiça restaurativa e mediação penal com a funcionalidade política dos conceitos jurídico-penais e, seguindo adiante, com a democratização do sistema de justiça, este estudo assume uma abordagem eminentemente político-criminal, o que implica a seguinte construção metodológica: a mediação penal será exposta e defendida como atividade de política criminal e, a despeito desse enfoque, serão avaliadas ou expostas, por vezes sumariamente, as principais manifestações dogmáticas e criminológicas que compõem o debate acerca de ambos os temas, com um aprofundamento lógico nas questões mais relacionadas à abordagem proposta, tais como a reparação do dano derivado do crime, as garantias jurídicas, a prevenção criminal, a reconstrução do processo de regulação social, etc.

A preocupação com a democracia, num estudo cujo foco é a ciência penal, pode parecer estranha ou mesmo equivocada, principalmente porque verifica-se uma despreocupação recíproca entre os estudos sobre punição e democracia, a qual, em grande parte, deriva da falta de reconhecimento inequívoco sobre qual a finalidade da primeira (objetivos díspares como reabilitação, retribuição e dissuasão compartilham esse espaço, tanto na doutrina, quanto no senso comum) e também da prevalência dos aspectos morais dentro das teorias da punição, razão pela qual, Pablo de Greiff constata que a teoria legal trabalha como se a punição estivesse colocada dentro de um vácuo político (2002, p. 374).⁵ Contudo, se, conforme a definição objetiva de Bobbio (1996, pp. 19-36), o regime democrático funda-se na existência e no respeito das regras do jogo, que devem ser definidas com o máximo grau de deliberação entre os “jogadores”, pergunta-se: não é nos domínios da lei criminal onde as regras mais agudas são definidas, expressadas e, ao mesmo tempo, questionadas? (tanto pelas condutas desviantes, como pela própria atividade das agências judiciais penais). Logo, há diversas afinidades não exploradas entre democracia e punição (GREIFF, 2002, p. 375), as quais tocam o cerne dos problemas abordados pelas práticas de justiça restaurativa, com destaque para a mediação.

Enfim, não houvesse essa profunda relação, que foi indicada sumariamente acima e será aprofundada ao longo do trabalho, não se justificaria uma inquietante tese, formulada por Teresa Caldeira (2000)

⁵ No mesmo sentido, Melissa S. Williams constata que “o lugar da justiça criminal tem sido pouco estudado na teoria democrática recente” (2002, p. 451).

após profundo estudo e pesquisa sobre crime, violência, segregação urbana e direitos civis: a esfera da justiça representa o principal obstáculo à expansão da democracia brasileira para além do sistema político, pois é nessa arena que a democratização continua sendo desafiada cotidianamente, por meio da ação de instituições que organizam e reproduzem práticas violentas e violadoras dos direitos da cidadania. Se está claro que “é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais” (BOBBIO, 1986, p. 20), conclui-se que instituições estatais não democráticas são incapazes de garantir as mesmas liberdades fundamentais.

Assim, este estudo apresentará indicativos de que a construção de um novo paradigma de justiça penal (a justiça restaurativa, baseada na mediação penal), pode colaborar para a efetiva transição para o Estado Democrático de Direito (ou seja, na transição democrática), promulgado em 1988 mas, até o momento, neutralizado por vários fatores, dentre os quais, a resistência articulada por meio do discurso do crime e da violência e através da atuação do sistema judiciário penal.

1.1.1. Além da falência da prisão: o fracasso das alternativas

Ante as premissas expostas, impossível não abordar a questão das penas e medidas alternativas, situando a constatação de seu fracasso como premissa secundária deste estudo. 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. A título de exemplo, pesquisas mais recentes constataam que, nos EUA, o crescimento da população em presídios federais é impressionante (e tendencialmente seguido pelos países marginais, por isso a importância do exemplo): de 1920 a 1980, a taxa de encarceramento variou de 80 para 150 presos em cada grupo de 100.000 residentes no país; de 1980 até o final de 2000, esta mesma taxa saltou para quase 450 presos em cada grupo de 100.000 cidadãos (TONRY; PETERSILIA, 1999, p. 21).

Pior do que os dados estatísticos, são as suas razões latentes. No mundo globalizado, as prisões, segundo a sagaz observação de Noam

Chomsky, ao analisar a chamada democracia dos mercados, têm uma função primordial: “limpeza social”, “controlar a população *surplus*” (os excluídos), pois

... o método favorito tem sido o de confinar as “pessoas supérfluas” em guetos urbanos (...) Se isso não dá certo, apela-se para as cadeias, que são a contrapartida, numa sociedade mais rica, dos esquadrões da morte (2000, p. 38).

Isso, no mínimo, põe sob severas dúvidas tudo que se realizou no campo das penas alternativas nestas mesmas décadas. O fato é que não houve a preocupação em construir um discurso teórico próprio às penas e medidas alternativas. Toda sua elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere. A insuficiência é evidente. Além disso, o problema pode ser outro: de nada adianta pensar em penas e medidas alternativas ao castigo prisional dentro de um paradigma exclusivamente punitivo-retributivo, no qual, pela própria natureza dos mecanismos existentes (basicamente a pena), acabará sempre prevalecendo a resposta de força, impulsionada por fatores externos ao sistema. Esse quadro suscita o inevitável questionamento: a finalidade das penas e medidas alternativas é apenas impedir o encarceramento? Trata-se do “fracasso” das alternativas ou de sua impossível convivência com uma política criminal reacionária e encarceradora? Ou seja: o problema é mais amplo.

Lola Aniyar de Castro (2004, p. 62) é incisiva ao analisar as propostas de uma política penal alternativa e, quanto às medidas alternativas à pena privativa de liberdade, resume que “deveriam ser um mandato constitucional”, mas,

... a realidade é que uma série de medidas alternativas não costuma ser mais que um guia que, por pressões coletivas e oficiais, acaba em mera aspiração programática (...) as medidas alternativas não reduzem a população carcerária

Uma das causas da carcerização crescente é a expansão do direito penal, que, sem realizar aqui qualquer juízo de valor sobre o fenômeno, parece ser uma tendência irreversível num curto prazo, posto que enraizada em fortes e diversos aspectos da sociedade contemporânea, tais como o surgimento de novos riscos, as ideologias de lei e ordem, a

institucionalização da insegurança e sua multiplicação emocional (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Nesse sentido, parece inteligente e oportuno reconhecer essa tendência e tentar estabelecer novas formas de gerir um sistema penal hipertrofiado, saindo de um imobilismo cíclico que se limita a criticar o modelo vigente, propor e esperar por improváveis provimentos de descriminalização e despenalização, que nunca ocorrem – ou ocorrem de maneira tímida e inócua, certamente por serem medidas mais acessíveis, menos ousadas.

Considerando esse importante fator, urge considerar a observação de Moccia quanto à hipertrofia do controle penal, que

... determinou não só uma ampliação quantitativa, mas também uma modificação qualitativa; não somente cresceu o número de fatos típicos, como também foi modificada a estrutura, mudando, por conseqüência, também os modos de intervenção (1997, p. 29).

Por isso, sem qualquer vinculação com a abordagem seguinte do penalista italiano, conclui-se que não adianta apenas reduzir a área de intervenção penal e mexer no “tamanho” do aparato punitivo, é necessário mexer em sua forma. Por isso, ao defender os avanços obtidos da justiça restaurativa, Antonio Beristain enuncia que

Desejamos algo mais que modificar, suprimir ou incluir muitos artigos nos Códigos, que reformem e melhorem as normas substantivas e processuais do *ius puniendi*. Buscamos outras metas diversas, avançamos em outro nível (2000, p. 172).

1.2. Justiça restaurativa: aproximação ao conceito

Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa (*restorative justice*, *giustizia riparativa*, *justice réparatrice*, *justicia restauradora*, etc.) projeta-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação (CERETTI, 1996). Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como “prática restaurativa”.

Segundo Myléne Jaccoud (2005, pp. 163-166), “recupera orientações, elementos e objetivos tão diversificados que é provavelmente mais pertinente considerar a justiça restaurativa como um modelo eclodido”, o qual, no entanto, tem alguns traços e elementos precursores bem nítidos. Destacando-se os seguintes traços: a regulação social centrada na manutenção da coesão do grupo, as reações às transgressões de normas orientadas para o restabelecimento do equilíbrio rompido; e as seguintes origens: os movimentos de contestação das instituições repressivas, marcados pelos estudos da Escola de Chicago e da criminologia radical, a redescoberta da vítima e a reação cultural à neutralização de práticas comunitárias⁶ de resolução de conflitos, decorrente da imposição de um sistema de direito único e unificador. Mas, mesmo reconhecido a pluralidade de objetivos e aspirações, a autora acaba por definir que

... justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as conseqüências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a este (2005, p. 169).

Ainda é de Jaccoud (Idem, p. 170) uma observação de importância central neste estudo: a justiça restaurativa apóia-se no princípio de *redefinição do crime*, que deixa de ser concebido como uma violação contra o Estado ou somente como uma transgressão de uma norma jurídica. A tendência natural do desenvolvimento da justiça restaurativa leva à reconstrução da noção de crime, especificando-o em dimensões complementares: a transgressão a um código legal (princípio da legalidade) e um ato que acarreta conseqüências e danos às pessoas e às relações (MCCOLD; WATCHEL, 2003), sendo que a preocupação principal é como lidar com esta segunda dimensão, de onde já se depreende um elemento fundamental: o *escopo relacional* da justiça restaurativa, abordado mais adiante. Sumariamente, significa que dentre os propósitos restaurativos está a elaboração de respostas ao crime que propiciem a transformação da relação tradicional entre ofensor e vítima,

⁶ Nesse ponto, a autora faz uma importante observação: “a apropriação política da noção de comunidade, uma noção onipresente nas teorias e nas práticas de justiça restaurativa, visa preencher o vazio deixado pela retirada progressiva do Estado em suas atividades de controle do crime.” (idem, p. 166).

entre ambos e a comunidade e entre estes três elementos e o sistema de justiça e de governo.

Agregando e sistematizando essas tendências, o Departamento de Justiça do Ministério da Justiça do Canadá elaborou um documento referencial⁷ no qual define que “justiça restaurativa é uma abordagem do crime focada em curar as relações e reparar o dano causado pelo crime aos indivíduos e às comunidades”. Buscando ampliar o suporte institucional aos exitosos programas implementados no país, o documento reconhece que as práticas restaurativas deram contornos a um novo paradigma de justiça criminal, no qual, conforme exposto acima, “o crime é considerado como uma ofensa ou um erro praticado contra outra pessoa, ao invés de somente significar a quebra da lei ou uma ofensa contra o Estado o que impõe uma reação penal diferenciada, não só “preocupada com a determinação de uma resposta adequada ao comportamento criminal, mas também com a reparação” que inclui todas as ações orientadas à tentativa de reparar os danos causados pelo crime, materialmente ou simbolicamente (importa observar que não há qualquer ênfase na reparação material, principalmente nas hipóteses em que a justiça restaurativa é efetivada por meio da mediação). Dessa maneira, encorajam-se a vítima e o ofensor a assumir papéis ativos em resolver o conflito através da discussão e da negociação, reservando para os agente públicos o papel de facilitadores, dotados de um só instrumento de intervenção: a linguagem, o que os coloca ao mesmo nível de poder das partes (uma vez que, aqui, o poder limita-se à comunicação). O governo inglês também elaborou documento estratégico na área, no qual definiu que “a justiça restaurativa, mais do que reparação material, pode reparar relações e a confiança que foram afetadas pelo crime” (TICKELL; AKESTER, 2004, p. 13).

Numa definição mais ilustrativa, a justiça restaurativa é o processo por meio do qual todas as partes com interesse em uma particular situação problemática encontram-se para resolver coletivamente como lidar com as conseqüências do fato (crime, ofensa, conflito...) e suas implicações futuras (STRANG, 2001), o qual, para Adolfo Ceretti e Grazia Mazzonni (2000), representa o último “epiciclo” da justiça penal, movendo-a na direção de um modelo de justiça que

⁷ Resumo preparado pelo Federal-Provincial-Territorial Working Group on Restorative Justice. Disponível em <http://canada.justice.gc.ca>.

envolve a vítima, o réu a comunidade na busca de soluções para o conflito com o objetivo de promover a reparação, a reconciliação e o reforço do sentimento de segurança.

Como já se nota, a justiça restaurativa tende a intensificar a participação da comunidade, a qual passa assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser a destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das conseqüências do crime (CERETTI; MANZONI, 2000). É por isso que costuma falar-se em *neighbourhood justice* (EUA) ou *giustizia del vicinato* (Itália), para destacar que a justiça restaurativa procura gerir o *aspecto relacional* da ofensa, sobretudo por meio da mediação, como se especificará adiante.

Uma boa e concentrada noção está na decisão de 4 de julho de 2002, do Conselho da União Européia, que por iniciativa do Reino da Bélgica criou uma *Rede Européia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça restaurativa*:

Artigo 2º Definição e formas de justiça restaurativa: Para efeitos da presente decisão, o termo “justiça restaurativa” refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo.

Em setembro de 2005, após o seminário “*Building Restorative Justice in Latin América*”, foi lançada a *Declaração da Costa Rica sobre Justiça restaurativa na América Latina*, a qual enunciou o seguinte:

Art. 1º

§ 1. processo⁸ restaurativo é aquele que permite vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participar em conjunto, quando adequado, na busca da paz social.

§ 2. Arrependimento, perdão, restituição, *accountability*, reabilitação e integração social, entre outros, podem ser incluídos dentre as metas restaurativas.⁹

Esta aproximação inicial, embora ainda superficial, já expõe alguns problemas metodológicos consideráveis: a definição de comunidade, de *accountability* e o alcance da potencialização do papel da vítima.

Nos programas de justiça restaurativa mais antigos, comunidade é usualmente considerada como a comunidade de relação (*community of concern*) da vítima e do autor, que são aquelas pessoas na suas vidas que mais se preocupam com ambos, mas pode considerar uma comunidade mais extensa, na qual a ofensa (crime) teve lugar (STRANG, 2001). No capítulo seguinte, a exposição de diversas experiências e modelos distintos servirá para definir mais claramente o que pode ser considerado esse elemento essencial à implementação da justiça restaurativa.

Realmente, é difícil resgatar o significado de comunidade, principalmente nas cidades modernas, onde as relações pessoais são cada vez mais pulverizadas, os espaços de convívio social raros, estreitos e, via de regra, excludentes e tensionados por sentimentos de separação, distanciamento e segregação. Contudo, a proposta da justiça restaurativa é, justamente, reavivar as relações comunitárias, aproveitando-se da inevitável oportunidade que surge de cada conflito para criar novos

8 “Processo” aqui, e na maioria das resoluções internacionais que serão mencionadas, é tradução literal do inglês *process* e não *procedure*, portanto, deve ser compreendido mais como procedimento ou conjunto de práticas, do que como processo penal ou legal.

9 A Declaração, de maneira geral, apenas sintetiza os enunciados da *Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU* (ANEXO 1), a qual será avaliada no capítulo seguinte, tópico 2.2.

espaços de transparência¹⁰ e acesso para o sistema de justiça e construir uma comunidade em lugar da insegurança (PARKER, 2005, p. 252): *encontro* e *inclusão* são duas regras axiológicas comuns a todos programas de justiça restaurativa. Contudo, o que se observa é que o preenchimento do conteúdo do termo “comunidade” deve ser obtido de acordo com as peculiaridades operativas de cada programa. Por exemplo, em certos lugares a comunidade é compreendida no sentido de *community of concern*, ou seja, aquelas pessoas mais diretamente relacionadas com o ofensor e com a vítima (familiares, amigos, vizinhos) e que, de alguma forma, podem dimensionar os efeitos ou foram afetadas pelo crime e colaborar para uma solução consensual. Em outros lugares, a comunidade pode ser concebida por meio da participação de entidades da sociedade civil organizada que trabalham em determinadas situações, ou seja, a regra básica é “respostas diferentes, para contextos diferentes”.

O termo *accountability* é de uso recorrente, mas não encontra tradução exata para o português, principalmente considerando a conotação que a doutrina da justiça restaurativa lhe confere, o qual se opõe ou diverge do sentido usual de responsabilidade em nossa linguagem jurídica. No sentido meramente literal, poderia ser traduzido por “responsabilidade” mesmo, o que não corresponderia ao conteúdo que lhe é atribuído no contexto específico, no qual pode ser equiparado a algo como “responsabilidade ativa”, pois supõe que o autor deve reconhecer o dano causado à vítima por sua ação e deve tomar passos ativos em prol de restaurar, emendar ou minimizar as consequências, superando o caráter individualista ou de reprovação moral da responsabilidade penal tradicional. A *accountability* é extraída de um contexto comunicativo e que expressa os aspectos sociais, econômicos, pessoais e emocionais compartilhados no espaço em que o crime ocorreu, razão pela qual o resultado *reparação* não tem dimensão necessariamente indenizatória ou financeira, conforme concebe nossa lei penal e civil.

Por fim, quanto ao papel da vítima, também discutido detalhadamente ao longo do estudo, é fundamental fixar, desde já, que, embora a justiça restaurativa tenha origens nas reivindicações dos movimentos pró-vítimas, no seu atual estágio não permite a sobreposição dos interesses e direitos da vítima aos do ofensor, nem deve instrumentalizar-

¹⁰ Ao falar especificamente sobre a mediação, Baruch Bush e Folger afirmam que “o conflito proporciona às pessoas a ocasião de desenvolver e demonstrar respeito e considerações mútuos” e, nessa linha, “aparecem como fecundas oportunidades de crescimento e a mediação representa um modo de aproveitar cabalmente tais oportunidades” (1996, pp. 132-133).

se como meio de canalizar sentimentos de vingança ou retaliação. Muito pelo contrário, a contenção desses sentimentos e a neutralização do caráter retributivo da reação penal é um pressuposto básico da justiça restaurativa.

Retomando a tarefa de procurar definições mais claras, no campo penal, um marco simbólico de definição poderia ser: *justiça restaurativa x justiça retributiva*, já que a oposição entre os postulados de ambos os modelos é traço marcante das aspirações que redundaram na justiça restaurativa que, pela sua natureza polissêmica e multifatorial e pela pluralidade de técnicas e iniciativas que abarca, carece de uma definição monolítica. Ao reverso, procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista de uma proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais. Por isso, torna-se relevante esclarecer o panorama, o contexto histórico que proporcionou o seu surgimento (ou ressurgimento?) e desenvolvimento.

Duas importantes correntes de pensamento, na Europa e nos EUA, tiveram influência inegável sobre o esboço do modelo de justiça restaurativa: o abolicionismo e a intervenção mínima. Tanto assim, que Guadalupe Sanzberro classifica as propostas de reparação-conciliação como “abolicionismo intermediário”, porquanto se identificam pelo ideal de reduzir o âmbito de aplicação da pena privativa de liberdade e, mais além, pelo deslocamento da pena como resposta principal frente ao delito, na direção do princípio de *ultima ratio* e do reconhecimento dos efeitos negativos da intervenção punitiva (1999, p. 14). Mais do que isso, o ponto de encontro de tais movimentos é a tentativa de modificar as arraigadas concepções sobre o significado do “crime” e a missão do direito penal na sociedade (alcance também do *labeling approach*). Seja como um “meio caminho” ou como “utopia orientadora”, é inegável a influência da provocação abolicionista e do pensamento crítico (que deu origem à doutrina do direito penal mínimo).

Para melhor entender a justiça restaurativa, deve-se basear no método sugerido por Grazia Mannozi (2003, p. 44): colocar em foco o mais nitidamente possível as macroestruturas comuns aos modelos de justiça restaurativa, o que permitirá uma comunicação entre diversos estudos na direção de uma “ontologia compartilhada”. Assim, o essencial é definir o que “não pode ser” justiça restaurativa. As-

sumindo, ainda, as dificuldades de investigar um novo paradigma e não uma simples teoria.

Na França, Aertsen e Peters (2003) afirmam que a justiça restaurativa surge de uma nova abordagem da delinquência: vem para substituir a reação judiciária repressiva e (neo)retributiva e/ou o modelo de reabilitação (também, Bonafé-Schmitt, 2003, p. 29) e, no mais, não pode ser considerada somente como um movimento que se posiciona atrás ou em oposição ao atual sistema penal; ele, de pouco em pouco, manifesta o objetivo de integrar-se a uma nova visão do sistema de administração da justiça penal, de modo a modificar o alcance e os fundamentos deste sistema.

Inicialmente, tentaremos encontrar as raízes desse paradigma por meio dos “*Fatores que distinguem o modelo tradicional e alternativo de justiça*”, segundo o esquema de Scardaccione, Baldry e Scali (1998), o qual, frise-se desde já, não oferece definições inteiramente consoantes com o que se propõe neste estudo. Porém, expõe certas distinções fundamentais, às quais complementamos consoante as premissas deste livro (destaques em sublinhado e negrito):

	MODELO TRADICIONAL	MODELO ALTERNATIVO
OBJETO	o crime e seu autor ↓	a parte ofendida pelo crime (e as suas conseqüências) ↓
OBJETIVOS	verificação da responsabilidade punição do culpado ou reabilitação do réu (mod. retributivo e mod. Reabilitativo) ↓	ressarcimento da vítima (material, moral, simbólico) <u>restauração da paz jurídica</u> ↓
CRIME	ofensa contra o Estado ↓	ofensa à vítima e/ou à <u>comunidade</u> (parte ofendida pelo crime) ↓
MEIOS	aplicação de pena detentiva medidas alternativas ↓	atividade em favor da vítima solução consensual ↓
FIGURA PROFISSIONAL	operadores penitenciários e sociais ↓	mediadores: também alheios à Justiça envolvimento da comunidade ↓

Figura 1: Fatores que distinguem o modelo tradicional e alternativo de justiça.

O paradigma restaurativo situar-se-ia dentro do “modelo alternativo”, sendo apenas uma das possíveis manifestações deste.

No campo da política criminal, Mireille Delmas-Marty (2004, p. 92), sem referir-se especialmente ao tema sob enfoque, faz referência a um quadro que descreve “*quatro estilos de controle social*”, cujos traços, também de maneira imperfeita, servem para elucidar algumas peculiaridades de nosso objeto, assim como seu embasamento:

	Penal	Compensatória	Terapêutica	Conciliatória
Padrão	Proibição	Obrigação	Normalidade	Harmonia
Problema	Culpa	Débito	Necessidade	Conflito
Início do processo	Grupo	Vítima	Infrator	Litigantes
Identif. do infrator	Agressor	Devedor	Vítima	Litigante
Solução	Punição	Pagamento	Ajuda	Resolução

Com pequenos ajustes e necessárias adequações terminológicas, é possível localizar os fundamentos da justiça restaurativa entre os modelos compensatórios e conciliatórios de controle social, embora, desde já, surja outra distinção importante: no âmbito do movimento restaurativo, o termo *controle social*¹¹ é substituído por *regulação*

11 Quanto à acepção atribuída ao termo neste trabalho, adota-se o sentido que mais reflete a prática: “O controle social, logo, caracteriza-se como uma reação institucionalizada contra os comportamentos desviantes. Institucionalizada, pois, como visto, o processo histórico da racionalização credita ao Estado o papel primordial de controlador (...) Como constatam Scheerer e Hess, porém, o controle social vem sendo concebido muito mais como mera reação à desviação e não como forma ativa de produzir e obter conformidade no meio comunitário. Portanto, o que se vê atualmente é a tendência de atribuição cada vez maior ao “punitivo” (Direito penal), mesmo que sua atuação seja meramente simbólica. Para este estudo, importam duas idéias cardeais: a) o conceito de controle social deve ser pensado como o oposto ao de controle coercitivo, uma vez que este repousa no domínio da força, enquanto aquele se funda no consenso e requer um mínimo de coerção, circunscrita por um legítimo sistema de normas; b) o conceito de conduta desviada, que pressupõe a existência de comportamentos humanos apartados do “consenso”, sendo que este só pode ser concebido num panorama que reduza o máximo possível o espaço formal de conflito, em um Estado que satisfaça as demandas sociais básicas, garantindo a igualdade de oportunidades, ampliando, assim, as bases do consenso.” (Sica, 2002, pp. 28-29).

social, o que traz, semanticamente, importantes mudanças quanto ao escopo da intervenção direcionada à solução de conflitos.

Após a exposição dessas definições, repetitivas mas necessárias, uma vez que o conhecimento jurídico-penal ainda está alheio ao objeto sob observação, constata-se que a noção geral de justiça restaurativa pode oferecer um quadro aparentemente restrito em face das premissas fixadas no início deste estudo. Por isso o conceito mais abrangente e adaptável em relação àquelas metas é fornecido por Tickell e Akester (2004, p. 12):

... justiça restaurativa representa uma mudança de linguagem e orientação, criando a oportunidade de revigorar o debate num ambiente político que esteja explicitamente tentando focar as causas do crime, ao invés de responder às demandas de “severidade” ou “endurecimento” e punição. O que isto oferece é inclusão para as vítimas e uma abordagem determinada, cujo alvo são as causas do crime, e pode, para o ofensor, ser tão “forte” quanto qualquer resposta oferecida pela justiça criminal convencional e pode ser mais efetiva em longo prazo.

Uma última referência a ser sublinhada neste tópico é feita por Giuseppe Mosconi (2000, p. 57), que faz remissão ao pensamento de Claudius Messner: o novo modelo põe em relevo a necessidade de um *empowerment*,¹² como fundamento de uma nova subjetividade que atribua aos indivíduos um papel ativo, um papel de redefinição dos problemas, de reafirmação da própria esfera de autonomia e poder, seja em termos culturais, políticos, psicológicos, enfim, a partir das diversas

¹² Trata-se de outro termo cuja mera tradução literal aparenta-se impossível e redutiva do seu alcance conotativo. “Apoderamento” ou “empoderamento” não seriam adequados. *Empowerment* pode ser entendido como recuperação ou apropriação de poder. Marshal, Boyack e Bowen (2005, p. 273) assim definem: “todo ser humano requer um grau de auto-determinação e autonomia em suas vidas. O crime rouba este poder das vítimas, já que outra pessoa exerceu controle sobre elas sem seu consentimento. A Justiça restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas deve ser satisfeitas. Isto também dá poder aos infratores de responsabilizar-se por suas ofensas, fazer o possível para remediar o dano que causaram e iniciar um processo de reabilitação e reintegração”. Aprimorando essa definição e adequando-a aos moldes do presente estudo, o *empowerment* verifica-se com a recuperação do poder de diálogo e entre as partes, suprimido pelo processo penal, assim como o poder de evitar o processo e definir outras formas de regulação social distintas daquela única oferecida pelas agências judiciais tradicionais.

orientações que encontram lugar para fluir na justiça restaurativa, mas são sufocadas pelas abstrações e esquematizações do sistema tradicional e estruturas burocráticas correspondentes (cuja transformação também se insere dentro dos objetivos da justiça restaurativa).

1.2.1. Breve visão histórica e crítica

O panorama político-institucional é de “crises”: crise do modelo tradicional de justiça, crise do *Welfare State* (CERETTI, 1997; SCARDACIONE; BALDRY; SCALI, 1998; PRADO, 2002), crise de comunicação entre operadores do direito e comunidade, enfim, crise de legitimidade de uma ordem baseada em um discurso jurídico esvaziado (GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, 2002, p. 57). A crise do *Welfare State*, ou seja, a perda de força das políticas públicas de promoção do bem-estar social tem sintomas diretamente ligados com o desenho de um modelo alternativo à justiça retributiva, pois, principalmente após as grandes guerras, verificou-se, por um lado, um enfraquecimento da solidariedade primária em razão de uma sociabilidade estatal garantida pelo assim chamado “Estado assistencial” e, por outro, o esgarçamento dos espaços sociais que, como seria lógico, impôs demanda pela gestão de novos conflitos (CERETTI, 1997). Assim, a exigência de pensar na elaboração e aplicação de outras formas de justiça cresceu quando esta crise impôs reclamos de custos sociais menores e prisões menos lotadas (SCARDACIONE; BALDRY; SCALI, 1998), ambas decorrentes do “recrudescimento das providências punitivas de exclusão” (PRADO, 2002, p. 82).

É neste ponto, que Ceretti aponta a engenharia de um circuito perverso conhecido e estudado pelos criminólogos, que está na raiz do fenômeno de expansão do direito penal e desenvolve-se a partir do sentimento de impotência das vítimas reais (e mais ainda daquelas potenciais), até um sentimento generalizado de insegurança individual e coletiva, “sentimentos que, por sua vez, vêm manipulados e concorrem para promover políticas criminais de natureza retributiva-repressiva” (1997, p. 90).

Nesse histórico, interessante notar onde e como se registraram as primeiras práticas institucionais de justiça restaurativa. Dentre os países ocidentais, várias manifestações são apontadas como influentes ou formadoras da base histórica do paradigma restaurativo, na qual é possível identificar a convergência de diversas tendências político-criminais.

Na América do Norte, os movimentos descarcerizantes da década de 70 e a utilização da *diversion*¹³ compõem essa malha de tendências e, cronologicamente, talvez possam ser considerados como embriões da justiça restaurativa.

Na verdade, a perspectiva de um sistema de justiça mais baseado na comunidade – e na vítima – não parece ser fenômeno novo, mas, possivelmente, indica o ressurgimento de uma abordagem antiga sobre crime e conflito, conforme sugere recente pesquisa desenvolvida no Canadá (LATIMER; KLEIKNECHT, 2000), considerado um dos berços da justiça restaurativa. Braithwaite (1997) sustenta que foi o modelo dominante de justiça criminal ao longo da maior parte da história humana. De fato, o paradigma punitivo (principalmente o atual, orientado à prisão e com fins retributivos-preventivos) domina a nossa compreensão de crime e justiça há apenas dois ou três séculos.

Se ainda está pouco nítida a exata origem das práticas restaurativas no ocidente, no oriente reconhece-se íntimas ligações com mecanismos de resolução de conflitos encontrado em tradições atávicas dos antigos povos. Nesse sentido, Blanco, Díaz, Heskia e Rojas (2004) referem-se à teoria confucionista de controle social, que se apoia precisamente na compreensão dos efeitos que as próprias ações causam nos outros e na exposição pública de boas ações, centrando a resposta ao crime mais na vergonha e no arrependimento do que no castigo e também o caso do Japão onde, embora o sistema atual de justiça criminal tenha todos os elementos formais dos modelos alemão e norte-americano, na prática os operadores encontraram espaço para introduzir uma série de elementos restaurativos.

Neste ponto, vale a pena fazer uma abordagem mais detida sobre as práticas restaurativas no Japão que, dentre os países industrializa-

13 Mais uma vez, não há tradução literal para o termo, apenas aproximações ao significado, como "diversificação" ou "derivação", mais próximo do termo usado em língua espanhola *derivación*; em síntese, a medida é um desvio do sistema formal de justiça penal a instâncias informais ou para penas alternativas à detenção. *Diversión* indica um sistema de intervenção correcional mediante o qual se renuncia à intervenção penal em favor de um tratamento extrajudicial do caso. Ao contrário do *probation*, não requer que o procedimento judicial venha ligado ao término do período de prova, mas substitui concretamente esse procedimento (Mathiesen, 1996, p. 186). O instituto é utilizado tradicionalmente nos sistemas da *common law* e se manifesta com a resolução dos conflitos previamente à jurisdicionalização propriamente dita ou com a intervenção mínima do Judiciário, apenas para obstar o processo sob condição do cumprimento de injunções ou obrigações determinadas consensualmente, com um regime de prova antecipado. Também serve para saldar os compromissos de reconciliação entre as partes através do trabalho em favor da comunidade.

dos, é o que possui menores taxas de criminalidade e, o mais importante, taxas decrescentes nas últimas décadas, tanto em termos internos, como em comparação com outros países desenvolvidos (HALEY, 1992). Numa sociedade que enfatiza a comunhão social como base para a identidade pessoal, percebeu-se a importância de manter o sentido de inclusão (*insideness*, é o termo usado pelos autores) e harmonia e, assim, a abordagem restaurativa consiste em conferir uma discricionariedade formal à polícia, promotores e juizes para agir com indulgência ou tolerância (*leniency*) no trato com os autores de delitos; assim, o processo é baseado em dois princípios *chotei* e *wakai* (conciliação e compromisso) e reconhece amplas possibilidades de perdão judicial, instituto cuja existência e respectivo desuso, abre oportunidade para fecundas reflexões acerca da perspectiva reducionista e fraturada da questão criminal proporcionada pelo paradigma punitivo, que mesmo reconhecendo a possibilidade abstrata de soluções como o perdão, trata-a como mera ficção jurídica ou como um instituto de significado irrelevante (apontando para a necessidade indelével de punir).

John Haley (1992) reconhece a notória predisposição cultural dos japoneses para a disciplina e o respeito à harmonia coletiva. Indica, porém, que diversas pesquisas admitem que práticas restaurativas atuam decisivamente na contenção da espiral de violência (alimentadas pelas práticas retributivas), revertendo esse movimento em sentido contrário: uma espiral de não-violência, pois conforme as taxas de crime caem, a sociedade tem menos razões para demandas punitivas e se posiciona mais a favor da abordagem restaurativa na justiça penal e, paulatinamente, abre mão de penas afluivas. Basta ver que a taxa de encarceramento no Japão é de 45 por 100.000 habitantes (nos EUA o número passa de 400).

De outro lado, as origens dos recentes movimentos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e no Canadá estão ligadas à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas que habitam aqueles territórios desde tempos remotos (o povo maori no primeiro e os aborígenes e as *First Nations* no segundo), razão pela qual é defensável a hipótese de que o declínio das práticas restaurativas coincidiu com a consolidação dos conceitos de crime e castigo (fator cuja delimitação temporal também é bastante difícil, mas que será investigado mais detidamente no tópico seguinte).

Latimer e Kleinknecht (2000) relembram que, especificamente em 1974, ocorreu no Canadá o primeiro programa de *Victim-Offender Mediation* (VOM), quando dois acusados de vandalismo encontraram-

se com suas vítimas e estabeleceram pactos de restituição. Os programas VOM espalharam-se, preconizando, ainda de forma pouco articulada, princípios como *perdão* e *reparação*. Os pesquisadores afirmam que as raízes do modelo restaurativo de justiça canadense originaram-se dos tradicionais métodos *aborígenes*¹⁴ de resolução dos conflitos, com o envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas. A razão disto é reveladora: a superpopulação de pessoas de origem aborígene nas instituições correcionais do país alertou para a demanda de abordagens mais adequadas, como os *sentencing circles* para criminosos aborígenes.

Na Nova Zelândia, país referencial neste tema,¹⁵ a justiça restaurativa desenvolveu-se depois de décadas de insatisfação com o tratamento oferecido aos menores autores de delitos, especialmente aqueles com formação maori,¹⁶ o que levou à introdução do *Children, Young Persons and Their Families Act*, que mudou radicalmente os princípios e o processo da justiça de menores no país. O *Act* objetivou incluir ele-

14 O termo aborígene engloba várias e distintas categorias de pessoas descendentes daquelas que ocuparam o extremo norte do Canadá, enquanto *First Nations* foram os povos que viviam no sul. O fator que torna a particular situação desses povos interessante para este estudo é o seguinte: por viverem em estado de notória desvantagem econômica e alienação cultural (marginalização) em relação à sociedade dominante canadense, as pessoas pertencentes a tais povos passaram a se envolver mais freqüentemente com a justiça criminal e pesquisas constataram que, sistematicamente, condenados aborígenes recebiam sentenças mais pesadas, que tal população estava super-representada nos presídios (em clara desproporção em relação aos não-aborígenes) e que havia um *déficit comunicativo* entre eles e o sistema tradicional de justiça, posto que os aborígenes não reconheciam uma série de valores e métodos daquela (WILLIAMS, 2002). Ou seja, o paralelo entre os aborígenes e a clientela majoritária de nosso sistema penal é perfeitamente realizável.

15 As constantes referências à Nova Zelândia, pelo fato de o país ser mesmo pioneiro nessa campo, podem ser relativizadas sob o argumento, mal informado, de se tratar de um local distante, quase pitoresco. Pelo contrário, o panorama lá apresenta características que apenas ratificam o paralelo com os projetos de justiça restaurativa neo-zelandeses: o país possui elevadas taxas de encarceramento, acima de Canadá, Inglaterra, Alemanha, França, Austrália; apresenta elevados percentuais de vitimização; setores expressivos da população vivem na pobreza e marginalizados; alguns desse grupos manifestam visões extremamente negativas sobre a polícia e sentem-se profundamente alienadas da sociedade; o tratamento da justiça é considerado discriminatório (MORRIS, 2005, p. 461) o que gera um sentimento disseminado de que a justiça não sabe interpretar essa sua clientela majoritária.

16 A redescoberta da justiça restaurativa na Nova Zelândia ocorre por força da constatação de que esse povo "estava sentindo-se não interpretado pelas instituições imperantes", principalmente no que se refere à justiça juvenil, onde o sistema formal não permite a participação da família na resolução do conflito, enquanto para os maori a descendência e a responsabilidade dos pais pelos seus, são valores sagrados (BLANCO, DÍAZ, HESKIA E ROJA, 2004, p. 29).

mentos das práticas tradicionais *maori* de resolução de conflitos, principalmente o envolvimento direto, na resolução do problema criado pelo “crime”, de ofensor, vítima e seus familiares ou apoiadores, com o objetivo de “curar” ou “sanear” o dano causado pela ofensa (STRANG, 2001). Neste cenário, o mecanismo pelo qual tais práticas foram implementadas foi o *Family Group Conference*. Depois de uma década de experiências com jovens, agora a Nova Zelândia está estendendo os programas restaurativos à justiça penal comum, seguindo a Austrália o mesmo caminho (STRANG, 2001).

A despeito de algumas diferenças, naquelas comunidades (aborígene e maori), o conflito é visto como uma ação que origina desequilíbrio do contexto social e, conseqüentemente, é gerido pela comunidade com o objetivo de reprimir a ordem abalada e de ressarcir o dano sofrido. O inevitável encontro entre tais práticas de resolução dos conflitos e o sistema de justiça estatal produziu, sobretudo no Canadá e Nova Zelândia, interessantes mesclas e adaptações, que podem ser lidas como uma adequação do sistema judiciário às práticas e ao sentido de justiça que emergem da coletividade.

Percebe-se uma redefinição do papel da justiça penal, no sentido de superar um duplo *déficit comunicativo*: entre os cidadãos, trazidos para a cena como vítima e ofensor e, principalmente, entre o sistema de justiça e eles, cada vez mais alienados do processo de resolução dos seus conflitos por meio de cerimônias e procedimentos judiciais complexos e de uma linguagem técnica inacessível.

Outra evidência interessante das origens da justiça restaurativa e dos valores que devem informar qualquer projeto que pretenda efetivá-la como alternativa real e não como mais um braço da burocracia estatal-policial, está na coligação entre o ideal africano de *ubuntu* e os esforços para superar o sentimento de vingança remanescente do *apartheid* na África do Sul, por meio do trabalho das Comissões para Verdade e Reconciliação (ver capítulo 2, tópico 2.1.7), cujos esforços, inspirados nos princípios de justiça restaurativa, no sentido de “superar a distância entre duas posições aparentemente inconciliáveis” ensinou um modelo que Adolfo Ceretti (2002) qualificou como uma “revolução negociada”.

Em síntese, a partir dos anos 70, vários fatores puseram em xeque a justiça tradicional: (i) fortes movimentos entre advogados e acadêmicos para proteger os direitos dos condenados, restringir o uso da prisão e aperfeiçoar as condições dentro das instituições, tudo isso impulsionado por uma nova compreensão do comportamento criminoso e sua ligação com o ambiente social; (ii) as crescentes taxas de criminalida-

de nas zonas urbanas; e (iii) a organização de grupos de apoio às vítimas (que também permitiam um reforço da política de “lei e ordem”), assim como a pesquisa criminológica também se voltou para a figura da vítima (vitimologia). A situação (i + ii + iii) demonstra a tensão daquele momento, o qual pressionou o aparecimento de alternativas, ao mesmo tempo eficientes e garantidoras dos direitos humanos.

Fora do campo jurídico-penal, começaram a ser implementadas as técnicas de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), algo mais amplo e alheio ao nosso tema, uma vez que abarcava as idéias de composição, conciliação, mediação e arbitragem, ocupando-se de temas como divórcio, desavenças comerciais, patentes, altas tecnologias e muitos outros contextos (BARUCH BUSH; FOLGER, 1996, p. 87). Mas, de qualquer forma, duas idéias eram latentes: alternativas ao sistema tradicional de justiça e processo de diálogo.

O que se percebe é a preocupação com a (re)legitimação do sistema de justiça: a correspondência entre o funcionamento das instituições e aspirações da comunidade; a relação de aproximação entre “autoridades” e “jurisdicionados”; a observância dos valores próprios a cada base cultural local e até subculturas¹⁷ (que num país como o Brasil são múltiplas); a informalização no sentido de evitar as cerimônias degradantes do processo penal e a liturgia incompreensível para a população e, principalmente, o estabelecimento de uma *linguagem*, de um procedimento comunicativo de integração, não de distanciamento.

Mesmo dentro das esferas institucionais, sem abrir mão do caráter público do controle do crime – a escolha pela redução do formalismo exa-

17 A compreensão da formação das subculturas criminais é de especial importância para analisar a adaptabilidade da justiça restaurativa ao contexto dos grandes centros urbanos, onde, evidentemente, não há como identificar povos com necessidades específicas como os maori mas, sem dúvida, é fácil reconhecer a existência de grupos marginalizados e mal interpretados pelo sistema de justiça. Shecaira (2004, p. 242) sublinha que a idéia de subcultura delinqüente foi consagrada pela obra de Albert Cohen e, embora a conceituação de subcultura não seja muito pacífica, remete à idéia de “uma cultura dentro da cultura”, e nas grandes cidades sua constituição representa a reação necessária de algumas minorias desfavorecidas diante da exigência de se orientar dentro de uma certa estrutura social que lhes dá poucas oportunidades legítimas, criando *standards* próprios de comportamento e até normas distintas das oficiais, os quais podem resultar em condutas criminosas. Por isso, Shecaira conclui que “a principal lição que se pode tirar de tais teorias, sem qualquer dúvida, é que dadas suas características particulares, o combate a essa criminalidade não se pode fazer através dos mecanismos tradicionais de enfrentamento do crime. Primeiro porque a idéia central dessa forma de prática delituosa tem certas particularidades que são dessemelhantes de outras formais mais corriqueiras. Ademais, algumas dessas manifestações não se combatem com a pura repressão” (2004, p. 268).

cerbado e da ritualização da justiça dever ser observada como caminho para o alcance (ou recuperação) da legitimidade. Por isso, ainda no início do trabalho, portanto sem analisar idéias que serão aprofundadas, parece conveniente fixar que a presente proposta tem como escopo ampliar e reformular os espaços públicos de controle do crime, afastando-a de naturais incompreensões no sentido de tratar-se (mais) de uma forma de enfraquecimento do Estado, de privatização, desregulamentação, etc.

Todas essas referências históricas, aparentemente desconectadas, convergem para a visão crítica de Zaffaroni e Nilo Batista quanto ao processo de nascimento do sistema penal atual, o qual se iniciou por meio do *confisco do conflito*, verificado com a gradativa prevalência do modelo de decisão vertical e punitivo sobre o modelo de solução entre as partes, sob o pretexto de limitar a vingança da vítima ou de suprir a sua debilidade, o que, no fundo, apenas serviu para “descartar a sua condição como pessoa”, rebaixando sua condição humana e, ao mesmo tempo, instrumentalizando o autor da ação lesiva, reduzindo, ambos a um “objeto sobre o qual se pode exercer poder”, resultando apenas na imposição de um “talião limitativo” direcionado à ampliação das oportunidades para o exercício de um poder (2003, pp. 384-386). Ainda dos mesmos autores, vale a citação:

Quando o conflito deixou de ser lesão contra a vítima e passou a significar delito contra o soberano, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como inimizade para com o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca (2003, pp. 392-393).

Finalizando essa breve indicação da trajetória da justiça restaurativa, nos EUA e no Canadá (Kitchner, Ontario), dois projetos fundamentais desenvolvidos entre 1974 e 1984 são referenciais, conhecidos como *Victim-Offender Reconciliation Programs* (VORP), cuja orientação era conseguir a pacificação do conflito e a conciliação entre infrator e vítima (SANZBERRO, 1999, p. 16) por meio de técnicas de mediação. Em linhas gerais, o VORP surgiu a partir da necessidade de responder à demanda de informação, formação e assistência técnica em matéria de alternativas à prisão (BONAFÉ-SCHMITT, 2003, p. 27). No VORP, a orientação predominante dirigia-se pelas idéias de *conflict resolution*

ou *solving problem*, razão pela qual, posicionou-se num plano mais restrito daquelas experiência de mediação penal.

Paralelamente, na Europa desenvolveram-se mais os programas *Victim-Offender Mediation* (VOM), cuja abordagem difere daquela VORP, basicamente, pelo objetivo menos utilitarista: restabelecer o diálogo entre as partes, construir uma comunicação rompida ou impedida pelo conflito, mirando a reorganização das relações, num processo constitutivo de um espaço projetual de regulação relacional (PISAPIA, 1997). No VOM, portanto, o resultado “acordo” ou “conciliação” tem menor relevância.

Os projetos VOM e VORP remetem, segundo Gianvittorio Pisapia, ao esquema clássico: *conflito (gestão e eventualmente resolução do conflito) ou conflito (gestão dos efeitos do conflito)* (1997, p. 06).

Por fim, mas não por ordem de importância, ou melhor, invertendo a hierarquia de importância que costuma atribuir-se a esse tema, os *movimentos em favor das vítimas*, em alguns países e em muitos estudos é posicionado como principal fator de impulso à justiça restaurativa, mas, neste trabalho, é fator que será relativizado, uma vez que, tendencialmente, potencializa os valores retributivos que se pretende neutralizar.

Deste breve percurso histórico, a conclusão evidente é aquela de Bonafé-Schmitt:

... desde o início dos anos 70, assiste-se a uma gradual modificação das nossas políticas penais, com um progressivo deslocamento do modelo baseado sobre a “punição”, na direção de um orientado à “reparação” (1997, p. 21).

Mas, é inegável que essa modificação, além de gradual, tem sido lenta e diminuta.

1.2.2. Objeto, perspectivas de escopo e princípios

Agora, resta sistematizar: *objeto, perspectivas de escopo e princípios* da justiça restaurativa.

Como se propõe a alteração de paradigma, importa redefinir a noção de comportamento criminal. O ponto de partida para o novo é a *inversão do objeto*. Assim, o objeto da justiça restaurativa (e do saber que se pretende construir ao seu redor) não é o crime em si, considerado como fato bruto, nem a reação social, nem a pessoa do delinqüente, que são os focos tradicionais da intervenção penal. A justiça restaurativa enfoca as *conseqüências do crime* e as relações sociais afetadas

pela conduta. Na justiça penal, como já foi dito, o crime (objeto) é uma infração da norma penal e contra o Estado, reconhecido com ofensa do indivíduo contra o Estado; na restaurativa o crime é um ato, uma ação que causa dano a outra pessoa ou à comunidade (dano não necessariamente material), reconhecido na sua dimensão relacional (tanto na relação entre as pessoas, como na relação destas com as instituições e as normas) e como um conflito interpessoal, logo, é reconhecido o próprio valor do conflito (BERISTAIN, 2000) como elemento caro à evolução e compreensão das inter-relações sociais.¹⁸

Neste ponto específico, quanto ao enfrentamento do conflito, sempre é válido recuperar a compreensão de Durkheim que, ao discorrer sobre a normalidade dos fatos sociais e a cautela necessária para considerá-los normais ou anormais, elegeu o crime como exemplo para demonstrar como estamos acostumados a resolver questões difíceis a partir de observações sumárias e à base de silogismos. Assim, Durkheim parte de uma constatação do senso comum, que ainda vigora atualmente: “se há um fato cujo caráter patológico parece incontestável é o crime” (1999b, p. 66). Então, propõe o inverso: “não há fenômeno que apresente de maneira mais irrecusável todos os sintomas da normalidade” do que o crime, pois a criminalidade é um fato inerente à constituição fundamental de toda sociedade, um fenômeno inevitável (ainda que não desejado), é “parte integrante de toda sociedade sadia”, basicamente, porque uma sociedade isenta de crime seria inteiramente impossível.¹⁹

Desta proposição Durkheim deduz outro argumento, que coincide com orientação para o conflito da justiça restaurativa: mais do que normal, o crime é saudável, necessário e útil à transformação das sociedades, uma vez que estas nunca atingirão uma situação imutável de equilíbrio total. Como as “condições da existência coletiva se modificam” constantemente e considerando que o crime representa uma ofensa a sentimentos coletivos, há que se reconhecer que se não houvesse crimes estabelecer-se-ia uma situação irreal de consciência moral excessiva, consenso pleno, de ausência de contestação e, logo, de evolução. Se

18 Para McCold e Wachtel (2003): “O postulado fundamental da justiça restaurativa é que o crime causa danos às pessoas e relacionamentos e que a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível.”

19 Em citação literal: “Assim, como não pode haver sociedade em que os indivíduos não diverjam em maior ou menor grau do tipo coletivo, é também inevitável que, entre essas divergências, haja algumas que apresentem um caráter criminoso” (p. 71).

notarmos que tais considerações foram formuladas em 1895, quando as condições de vida eram bem mais estáveis e as comunidades mais homogêneas, torna-se absolutamente imperioso considerar a tese de Durkheim diante de um mundo marcado pela aceleração quase frenética das condições de vida, pela diversidade crescente e pela pluralidade. Ao desmistificar o senso comum de que o crime é uma doença, Durkheim desdobra outra conclusão, valiosíssima para o presente estudo:

... se o crime é uma doença, a pena é seu remédio e não pode ser concebida de outro modo; assim, todas as discussões que ela suscita têm por objeto saber o que ela deve ser para cumprir seu papel de remédio. Mas, se o crime nada tem de mórbido, a pena não poderia ter por objeto curá-lo e sua verdadeira função deve ser buscada em outra parte (1999b, p. 73).

Em relação a um problema complexo como a criminalidade, nenhuma observação é tão sumária e simplista do que aquela baseada no silogismo: “o crime exige a pena”, pois, “pena = justiça”. E, por excessivamente superficial, tal raciocínio não se presta a revelar as causas que geram o fenômeno e, tampouco, a abrir caminhos para respostas eficientes.

É naquela “outra parte” mencionada por Durkheim que a justiça restaurativa procura situar-se, utilizando a mediação como reação penal passível de ocupar o lugar da pena.

As perspectivas de escopo são variadas, decorrendo, principalmente, de qual o *ponto de entrada ou de contato* da justiça restaurativa com o sistema de justiça penal tradicional. Dos diversos modelos estudados (ver capítulo 2), visualizam-se cinco entradas para a justiça restaurativa:

- (i) pré-acusação, com encaminhamento do caso pela polícia (por exemplo: Inglaterra e Japão);
- (ii) pré-acusação, com encaminhamento pelo juiz ou pelo Ministério Público, após recebimento da *notitia criminis* e da verificação de requisitos mínimos, que, ausentes, impõem o arquivamento do caso e devem ser estabelecidos conforme as particularidades de cada ordenamento;
- (iii) pós-acusação e pré-instrução, com encaminhamento imediatamente após o oferecimento da denúncia;

- (iv) pré-sentença, encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa na forma de reparação do dano, ressarcimento, etc.;
- (v) pós-sentença, encaminhamento pelo tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução.

No âmbito deste estudo, interessam as entradas que evitam o processo e possibilitam um solução extra-processual (*i*, *ii*, e *iii*), à semelhança da *diversion* do direito anglo-saxão, pois, a sobreposição ou acumulação dos dois modelos (punitivo e restaurativo) sobre um caso concreto cria alguns problemas sérios: *bis in idem* para o ofensor, revitimização e incongruência sistemática (pois, ou um caso é passível de ser resolvido por métodos restaurativos e, em caso de solução satisfatória nessa esfera,²⁰ não se autoriza a deflagração do poder punitivo ou o fracasso da intervenção restaurativa resulta no reenvio do caso para o sistema formal ou, por fim, a situação não se enquadra nos critérios de envio para a justiça restaurativa e deve ser tratada diretamente pelo sistema formal). Ainda, quanto à entrada (*i*), não parece adaptável ao nosso sistema, pois a discricionariedade conferida à polícia dependeria de um aprimoramento da própria instituição (por exemplo, no sentido do policiamento comunitário e preventivo) ainda distante de nossa realidade. Contudo, isso não deve ser descartado como meta.

Feita essa classificação, a hipótese será confirmar que a mediação é a atividade mais adaptada para servir como reação penal alternativa e atingir as finalidades político-criminais propostas.

Nos programas de MVO (mediação vítima-ofensor) há um objetivo comum para ofensor e vítima: *recuperação de um papel ativo no sistema de justiça*. No mesmo plano, quanto ao autor os objetivos podem ser, segundo Scardacione, Baldry e Scali (1998): (i) confronto direto com as conseqüências do crime e (ii) aquisição de um nível diverso de responsabilidade (e não culpa). E quanto à vítima: (i) reelaboração do evento traumático e (ii) contenção do medo de sofrer outro evento traumático.

20 Uma das dúvidas ainda não esclarecidas neste ponto é quanto à possibilidade de revitimização no caso de insucesso da mediação. Wemmers e Canuto (2002), relacionam pesquisas que indicam que algumas vítimas manifestam esse sentimento quando, após passar por uma mediação frustrada, são compelidas a rediscutir e vivenciar novamente o caso durante o processo. A mesma sensação pode ocorrer para os ofensores.

Numa perspectiva mais orientada à *integração social*, H. Messmer e H-U. Otto (1992) listam quatro orientações aptas a definir os escopos do modelo: *subjéitiva, contextual, conflitiva e relacional*. Subjetiva, pois os procedimentos informais permitem que as partes demonstrem referências subjetivas durante a estimativa de um caso. Assim, não é só o geral, mas o aspecto individual de cada caso que deve ser discutido. Daí a orientação contextual: o interesse centraliza-se nas particularidades situacionais do caso. A combinação de fatores pessoais e situacionais fornece uma base de decisão mais rica e compreensiva da extensão de um comportamento incriminado, pois as informações sobre a conduta pessoal dentro de um contexto pode transcender o caráter fenomênico da delinqüência e esclarecer suas causas. Mesmo que não ocorra uma solução consensual, a probabilidade do processo corresponder positivamente às questões que interessam em cada caso cresce através da liberdade de uma definição e justificativa individual acerca do problema, uma vez que os programas restaurativos de mediação (nosso enfoque) pressupõem voluntariedade de participação.

Esses dois escopos assumem especial relevância quando contrastados àqueles que norteiam o sistema penal vigente: na justiça penal tradicional, os operadores preocupam-se com os *standards*: identificar o lugar-comum de cada caso (ou melhor, de cada processo) em relação à lei e à jurisprudência é o mais importante, o que sufoca a individualidade e a dimensão humana. A justiça penal “coisifica” ofensores e vítimas, transformando-os em meros e repetidos réus e testemunhas, de um paradigma que pressupõe que cada caso pode e deve ser igual aos casos anteriores, daí as decisões pasteurizadas, súmulas vinculantes, etc.

Decisões judiciais arbitrárias são servidas como solução, quando nada solucionam. Não só os aspectos pessoais e situacionais são ignorados: mesmo a argumentação e a interpretação de cada caso seguem estereótipos, traçando um padrão ajustado ao *status quo* e amoldado a um discurso neutro e irresponsável quanto aos seus custos sociais, escorado no pretexto do legalismo (“prendo porque a lei manda...”). E, quando essa decisão pode resultar na aplicação de uma pena privativa de liberdade (ou seja: imposição de sofrimento), assume contornos nefastos e francamente aviltantes da dignidade da pessoa humana.

É evidente: a orientação subjetiva e contextual preconizada na justiça restaurativa não tem lugar dentro do sistema tradicional de justiça, que busca a “solução” de cada caso nos *precedentes*, logo, olha para o passado e o reproduz. Na orientação restaurativa, como o que

importa são as conseqüências do crime, mais do que o crime em si, olha-se do presente para o futuro, buscando-se a solução justamente na individualidade de cada caso.²¹

A orientação para o conflito reforça a idéia de Durkheim (1999b), de que o crime é um fato social normal, que deve ser compreendido, não necessariamente reprovado e utilizado para melhorar a organização da sociedade e renovar os mecanismos institucionais. O crime é, acima de tudo, uma conduta rotulada como tal, fruto de uma escolha política localizada no tempo e às vezes merecedora de nova leitura.

21 Nesse ponto, vale a referência a um levantamento feito pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em 605 processos de roubos julgados em segunda instância que foi objeto de interessante matéria do jornal "Folha de S. Paulo" (02.09.04), cujos grifos têm profunda relação com a necessidade de ruptura com o paradigma atual: "**Os motivos dos juízes:** Ao fundamentar a opção pelo regime fechado nas condenações por roubo, os juízes citam argumentos genéricos como a gravidade do delito, a periculosidade do agente e a necessidade de defesa da sociedade em 81,5% dos casos analisados na pesquisa. São frases como: "o crime é grave", "o autor de roubo é perigoso" e "o roubo desassossega a sociedade".

(...) Juiz reflete a sociedade, diz desembargador

Produto de uma sociedade egoísta e de uma academia conservadora, os magistrados brasileiros tendem a usar suas sentenças como instrumento de **uma exigida faxina social**. É esse o diagnóstico que faz do Poder Judiciário o presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, José Renato Nalini, 58, defensor de alterações profundas no processo de formação dos juízes. Leia trechos da entrevista que ele concedeu à Folha.

Folha – Por que quem rouba vai, em geral, para o regime fechado?

José Renato Nalini – Por que nós trabalhamos com standards consolidados. O que o povo quer em relação à criminalidade? Redução da maioria penal, pena de morte. E o juiz é um reflexo dessa sociedade. Ele se sente compelido a dar resposta. Essa sociedade é egoísta e hedonista. Não quer sofrimento, não quer preocupação. Então, qual é a solução? Tranca. Tranca e, se possível, mata. Por que ninguém se comove com as dezenas de cadáveres no IML? Porque de certa forma achamos que é uma faxina social. **Folha – E as sentenças do Judiciário refletem esse raciocínio?**

Nalini – Também, claro. **O juiz tem uma espécie de intuição messiânica.** Ele pensa: "Faça Justiça. Limpe a sociedade". Tem uma coisa de quixotismo, de achar que está colaborando para que as coisas não fiquem ainda piores.

Folha – O sr. concorda com isso? Nalini – Não, mas sou parte de uma minoria no Judiciário.

(...)Folha – O sr. defende a revisão da Lei de Crimes Hediondos? Nalini – Acho que devem rever, sim, e dar mais possibilidade para o juiz liberar ou não algum benefício. Mas para isso devem investir na formação dele. **O juiz criminal tem de saber dimensionar as conseqüências de suas decisões.** **Folha – Ele não sabe? Nalini –**Nem sempre. O cidadão sai do bacharelado e entra numa imersão de decorar. **Decora tudo e vira juiz.** Quem é que me garante que ele é sensível e tem noções de ética? **Quem é que me garante que ele se sente um agente transformador e não um burocrata aplicador inflexível da lei?**

Folha – A pesquisa do IDDD mostra que os juízes ignoram as circunstâncias específicas de cada crime ao fixar o regime de cumprimento da pena, adotando argumentos genéricos sobre a violência nas grandes cidades para justificar a escolha pelo sistema mais rígido. Isso não é um artifício extralegal?

Nalini – Não. O tipo penal é subtrair coisa alheia com violência ou grave ameaça. É a lei

O *escopo relacional* pauta o principal instrumento da mediação: a comunicação, que é o meio de contrapor as partes e buscar o balanceamento entre tolerância e autonomia pessoal daqueles envolvidos no conflito.

Elencar princípios é o mais difícil, porquanto o modelo restaurativo ainda se encontra em elaboração e a variedade de programas orientam-se para realidades distintas. Porém, é necessário fixarem-se alguns, o que fazemos com base em três princípios básicos (LATIMER; KLEINKNECHT, 2000; VAN NESS, 1993; STRANG, 2001):

- o crime é primariamente um conflito entre indivíduos,²² resultando em danos à vítima e/ou à comunidade e ao próprio autor; secundariamente, é uma transgressão da lei;
- o objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime;²³
- o sistema de justiça criminal deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades.

Na verdade, uma definição mais clara de princípios virá com a escolha dos meios e técnicas de consecução da justiça restaurativa, a desenvolver-se nos tópicos seguintes, uma vez que a opção pela mediação adicionará regras mais claras de funcionamento.

Finalizando, é óbvio que existem críticas na doutrina e problemas nas práticas restaurativas, os quais não serão descuidados. Quanto à

que dá a ele essa generalidade. O processo judicial é assim, uma coisa mecânica e repetitiva. Você precisa pensar o seguinte: a criminalidade é muito maior do que a que chega ao Judiciário. Das milhares de ocorrências da Polícia Civil, centenas viram inquéritos e só dezenas geram denúncia. Então, quando algo passou por esse filtro já é uma coisa comprovada, certo? Vai falar o que do sujeito que bate, ameaça, empurra e subtrai uma coisa? Aí o juiz tende a ver um videoteipe: mais um, mais um, mais um. E quem já começa no crime com um roubo denota mesmo certa periculosidade.

Folha – O sr., então, acha que o juiz pode fundamentar sua decisão dizendo que o roubo, por si só, revela a periculosidade?

Nalini – O juiz precisa fundamentar, mas isso não quer dizer que ele deva ser criativo e original. O que mais se pode dizer de um roubo além de que é terrível? O juiz tem um standard na consciência dele ..."

22 Por isso, outra questão aberta na justiça restaurativa são os crimes supra-individuais ou que ofendam bem jurídicos difusos (SILVEIRA, 2003), ante os quais ainda não há um posicionamento claro. No entanto, alguns autores já abordam o tema: Mannozi considera os "crimes corporativos" a fronteira da justiça restaurativa, mas não exclui a hipótese de aplicação nesse contexto problemático, principalmente sob o aspecto de ressarcimento do dano (2003, pp. 219-223).

23 O sistema restaurativo tem como objetivo não necessariamente reduzir a criminalidade, mas também o impacto do crime sobre os cidadãos (MCCOLD; WATCHEL, 2003).

implementação dos programas, constata-se que: (i) em que pese um grande número de decisões legislativas e pesquisas, estas têm sido aplicadas de um modo assistemático e com pouca planificação, dependendo, ainda, da discricionariedade dos responsáveis pela administração da justiça; (ii) os programas têm limitado sua “clientela” a infratores contra a propriedade e primários; (iii) não têm servido como alternativa efetiva à prisão e podem conduzir a uma expansão das redes de controle; (iv) concentraram-se em infratores jovens, sendo em alguns casos particularmente seletivos; (v) põe-se em dúvida a efetividade para reduzir a reincidência.

No campo doutrinário, as críticas mais fortes são que este paradigma representa um retrocesso, uma volta à formas primitivas de controle, possibilitando a autotutela e fomentando a vingança privada. A concentração do poder punitivo no soberano, conquista do racionalismo jurídico, seria abalada em favor de um sistema carente de garantias individuais e “privatizado”. No entanto, tais críticas não vêm amparadas em indicativos do sucesso deste modelo racional: pelo contrário, olvidam-se de seu fracasso. Além disso, pesquisas sérias (ver tópicos 2.1.1 e 3.3) apontam que a justiça restaurativa, ao reverso, diminui o sentimento de insegurança coletivo e aumenta a percepção de justiça, e, assim, reduz os impulsos de expiação e vingança.

1.3. A quebra do paradigma punitivo

Antes de explorar o porquê da necessidade da quebra de paradigma, é importante frisar que a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, pois que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite. Ainda, noutra perspectiva, que não será objeto deste trabalho, é possível conciliar o conceito de justiça restaurativa com o de pena, uma vez que compreende também modalidades alternativas de sanção, como o trabalho substitutivo, o ressarcimento punitivo ou as multas convertidas para a vítima.

Contudo, a aceitação da justiça restaurativa passa por uma necessária quebra do paradigma punitivo (de inspiração retributiva-preventiva), arraigado em concepções e postulados que bloqueiam a construção de um modelo alternativo. Também, a mediação penal apresenta algumas incompatibilidades com o ordenamento jurídico erigido a partir do modelo punitivo, que podem ser facilmente superadas com a

mudança de paradigma. Por isso, a observação de Guadalupe P. Sanzberro deve ser tomada como premissa neste tópico: “não há um ‘modelo’ social apriorístico de necessidade do castigo, senão um modelo aprendido”. Assim, frente a um direito penal concentrado no castigo, que consolida certas tendências irracionais, o paradigma restaurativo surge como etapa de um processo orientado à construção de um direito penal “capaz de dismantelar os componentes irracionais que alimentam as exigências de exacerbação punitiva” (1999, p. 234).

A mudança, mais do que uma necessidade teórica ou retórica, é um pressuposto de efetividade, pois a avaliação de alguns projetos em andamento já indica que o principal obstáculo à adoção do modelo alternativo é a *barreira cultural* existente nas agências judiciais. Mesmo em países onde há previsão legal para a mediação penal, os operadores resistem em enviar os casos e retirá-los da esfera da justiça punitiva. David Miers (2003, p. 49), analisando a implementação da justiça restaurativa na Alemanha, constatou que nas cidades mais importantes houve grande disponibilização de recursos, construção de edifícios, treinamento de mediadores e empenho político do Ministério da Justiça, mas, mesmo assim,

... a implementação desse serviço foi subvertida pelas autoridades judiciárias que, não convencidas acerca das potencialidades da mediação vítima-agressor, não encaminharam para este mecanismo, no primeiro ano de trabalho, um único caso.

Na mesma direção, Marc Groenhuijsen (2003, p. 111), discorrendo sobre a experiência europeia em geral, anota que é necessário que a legislação facilite a nova abordagem, pois “muitas autoridades envolvidas, designadamente as judiciárias, demonstram habitualmente alguma relutância em recorrer a novas abordagens, como a mediação vítima-agressor”, sendo, então, imperioso estabelecer um novo modo de pensar que ultrapasse a natural inibição imposta pelo paradigma punitivo.

Mais do que uma simples acomodação ao *status quo* ou o conservadorismo do meio jurídico, as agências judiciais bloqueiam quaisquer alternativas reais e efetivas por razões latentes, relacionadas àquela visão da justiça penal como manifestação de autoridade. John Haley (1992, p. 121), em análise acerca da experiência norte-americana com a mediação penal, afirma que mais do que as demandas pública por punição, as barreiras institucionais ao novo modelo sustentam-se na recusa dos operadores do direito em aceitar a justiça

restaurativa, a qual o autor identifica como uma “reação a qualquer ameaça ao seu controle exclusivo sobre o processo de justiça criminal”. Grazia Mannozi compartilha dessa mesma percepção, ao alertar que um dos obstáculos à justiça restaurativa são os esforços para “garantir a auto-conservação da máquina judiciária” (2003, p. 16), que é um fator que se insere na preservação do poder exclusivo de intervir nos conflitos penais.

Outro bom exemplo da necessidade de quebra do paradigma punitivo vem de uma pesquisa mencionada por Martin Wright (1992, p. 531), que analisou a pena de prestação de serviço à comunidade na Inglaterra (considerada o berço dessa pena) e concluiu que a tendência de considerar a compensação pelo condenado e o serviço comunitário como uma forma de punição ao invés de uma medida alternativa à punição, vem sendo uma das causas do declínio na efetividade dessa modalidade sancionatória, outrora muito tradicional e elogiada no sistema inglês. Wright assevera que, colocar o serviço comunitário sob o objetivo de punição compromete a meta da reparação à comunidade, pois enfoca a medida na imposição de uma aflição ao ofensor. Em suma, o ideal punitivo sempre se impõe, seja pela natural força de seus mecanismos, pela sua carga emocional impactante ou, principalmente, porque viabiliza a concentração de poder e autoridade distante das deliberações dos cidadãos.

Mas também há fundamentos teóricos para a reformulação. Beristain (2000, p. 176), lembra que “a noção retributiva do crime padece de múltiplos anacronismos”, dentre os quais “seu crasso maniqueísmo, sua excessiva abstração filosófica, seu casamento com a moral religiosa, seu falso pressuposto de que toda a sociedade está de acordo com o Estado, com a classe dominante”, razão pela qual conclui que “o conceito restaurativo do delito avança plausivelmente”. Por isso, a justiça restaurativa está

sem sombra de dúvida historicamente e filosoficamente fundamentada sobre a crise da concepção retributiva da pena (a pena como custódia e incapacitação do réu, com finalidade de prevenção geral e especial por meio da punição do culpado, mas baseada sobre o princípio do merecimento e do acertamento da responsabilidade penal) (SCARDACCIONE; BALDRY; SCALI, 1998, p. 07).

O novo conceito avança pois, conforme McCold e Watchel (2003), a justiça restaurativa não tem como objetivo principal reduzir a crimi-

nalidade, mas reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos, sem quaisquer aspirações retributivas ou pseudo-preventivas. Nessa linha, Martin Wright afirma que o novo conceito é simples: as balanças da justiça não são mais vistas como uma ponderação entre o dano causado pelo criminoso e a aflição infligida ao criminoso em seguida, pois isto só aumenta a soma total de dano e aflição no mundo (1992, p. 525). O paradigma restaurativo, assim, é construído a partir das falhas do sistema vigente, pois sua proposta é evitar o pior do velho sistema (o punitivo), sem introduzir novos problemas.

De qualquer forma, a pretensão de formular um novo paradigma não prescinde da compreensão de como se formou aquele a ser rompido. Há certo consenso que, ao longo da história, conviveram ou alternaram-se três modelos de justiça penal: o (i) punitivo-retributivo, o (ii) reabilitativo e o (iii) restaurativo. Desde o último século, a partir das teorias da pena, a idéia de prevenção penetrou os dois primeiros modelos, incorporando definitivamente o segundo (prevenção especial) e estabelecendo, então, um modelo preventivo, cuja principal intenção teórica seria erradicar o retributivismo, reservando-o, no máximo, à função de delimitar a punição em parâmetros proporcionais à culpa do infrator. Porém, como esse suposto modelo preventivo continuou operando sobre mecanismos e práticas eminentemente punitivas, parece mais adequado classificá-lo como *preventivo-punitivo* (por mais paradoxal que pareça a construção, o fato é que esse termo é revelador e adequado, pois o discurso dos operadores do sistema é voltado para a prevenção, mas a prática resume-se ao exercício do poder punitivo). Quanto ao modelo reabilitativo, experimentado em menor escala, está ligado à idéia de justiça terapêutica e fundado nas idéias de reeducação e reinserção do condenado. Da mesma maneira, parece incongruente tentar sobrepor as tarefas de reeducar e de punir, assim como a reabilitação não tem sido um resultado minimamente demonstrado na prática.

Portanto, não há como não compartilhar a perplexidade expressa por Grazia Mannozi (2003, p. 361): seja qual for a etiqueta (preventivo ou retributivo), o fato é que ambos são marcados pela prevalência de uma única dimensão: aquela *repressiva*.

A perspectiva dessa variação entre modelos distintos de justiça penal é importante não só para localizar as possíveis raízes da justiça restaurativa mas, para além disso, é necessária, para afastar a impressão de que a adoção de métodos restaurativos pode representar um retrocesso maléfico, uma ameaça às conquistas iluministas de raciona-

lização e delimitação do poder punitivo. Nesse ponto, Zaffaroni e Batista (2003, p. 389), afirmam que

... o modelo de solução dos conflitos pelas partes se sustentou enquanto não foi gerado um poder central verticalizante, mas quando este apareceu e adquiriu força suficiente, confiscou a vítima mediante o modelo decisório ou punitivo.

Sendo que a linha demarcatória entre os modelos é, justamente, a posição da vítima. Notam os autores, ainda, que a diferença entre ambos,

... provém da díspar natureza abstrata dos modelos a que correspondem: ao passo que o modelo reparador ou restitutivo é de solução de conflitos, o punitivo é de decisão de conflitos (que de fato não resolve, mas, como já se disse, apenas suspende no tempo). A extensão do primeiro amplia o número de conflitos resolvidos e melhora a coexistência; a do segundo estende a margem de puros atos unilaterais do poder, resolve menos conflitos e deteriora a coexistência (2003, p. 101).

A visão crítica e até cética dos avanços derivados da construção do modelo punitivo e supostamente racional, encontra forte amparo no pensamento de Michel Foucault, que identifica os processos de acumulação de riquezas e do poder das armas com a constituição do poder judiciário nas mãos de alguns, ocorridos do meio para o final do século XII. Naquele momento, a justiça centralizada e verticalizada surgiu com força e, então, os indivíduos perderam o direito de “resolver, regular ou irregularmente, seus litígios” e passaram a “submeter-se a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político” (2003, p. 65). Foucault, reiteradamente, demonstra que essa apropriação do conflito foi um fenômeno que permitiu ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciários (2003, p. 66) e, assim, ampliar-se por meio da elaboração de novos conceitos e figuras, tais como o procurador (“que vai dublar a vítima”) e a noção de infração (que estende o dano sofrido pela vítima até o soberano, sendo “uma das grandes invenções do pensamento medieval”). Esse processo perdura por alguns séculos: “As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça” (FOUCAULT, 2003, p. 67).

É nessa linha, de reapropriação do conflito e reconhecimento de que o atual sistema nasce dos jogos de força política e das relações de

poder (FOUCAULT, 2003, p. 73) – mas sempre mantendo o caráter público do controle penal –, que o modelo de justiça restaurativa proposto pretende situar-se. E, transportando Foucault para a atualidade, adiciona-se um dado que realça a necessidade desse reconhecimento: uma das conseqüências mais notadas da globalização foi o enfraquecimento do poder de intervenção estatal em diversas áreas, em especial da economia. Contudo, a retirada progressiva do Estado do papel de controlador e regulador de várias atividades, resultou num reforço do poder punitivo, como “último reduto de soberania estatal”. Assim, como o poder punitivo transformou-se num dos poucos campos, senão único, de monopólio estatal, os agentes políticos, desprovidos de outros meios de controle vêm reforçando o exercício do poder punitivo, dando origem a diversas anomalias, tais como a administrativização do direito penal e o grave acentuamento no uso da punição legal como forma de contenção e neutralização dos excluídos (uma vez que o aumento da exclusão e de diversas tensões sociais relacionadas também são efeitos notados da globalização).

Logo, acrescenta-se o impacto da globalização no direito penal como argumento em prol da mudança de paradigma.

A necessidade de reelaboração do paradigma visualiza-se com maior nitidez se nos afastarmos, um pouco mais, do saber jurídico. Ou melhor, a integração do direito penal com outras ciências sociais, consideradas usualmente “ciências auxiliares”, é um ponto de partida seguro para fundamentar o novo paradigma, até porque, o saber jurídico parece ter sido dominado pelo hábito de punir, fundando o castigo como um imperativo de existência do direito penal. Na sociologia, ao discorrer sobre o que chamou de “leis da evolução penal”, Durkheim formulou a hipótese de que “a intensidade do castigo é maior na medida em que a sociedade pertence a um tipo menos desenvolvido e no grau que o poder central tem um caráter mais absoluto”, de tal forma que a hipercentralização desse poder (punitivo) “dá lugar a uma força social *sui generis* tão intensa que domina e subordina a todas as outras” (1999a, p. 73).

Percorrendo um caminho histórico similar àquele revelado mais tarde por Foucault (diz Durkheim que a partir do momento em que o poder real se estabeleceu mais solidamente, as penas reforçaram-se também, principalmente por meio das figuras até então desconhecida dos crimes de *lesa majestad* e crimes religiosos), o autor identifica variações qualitativas e quantitativas no castigo que culminaram no estabelecimento da prisão como pena e principal resposta punitiva e sequer considera a idéia, hoje predominante, de que a intensidade das

penas varia conforme os índices de criminalidade. Segundo Durkheim, o reforço da penalidade viabilizou-se, de um modo geral, em razão da mudança de concepção do crime: antes uma ofensa praticada pelos homens contra os homens, torna-se uma ofensa “dirigida à divindade” e, portanto, digna de uma reprovção maior, pois “o atentado de um homem contra um homem não pode levantar tanta indignação como o atentado de um homem contra deus”. Nesse específico ponto reside a mola propulsora da repressão penal e sustentam-se todos os discursos repressivos que canalizam os sentimentos de vingança privada para dentro do processo penal.

Em resumo, Durkheim antecipa que o movimento no sentido de moderação das penas vivido até então – 1900 –, iria paralisar-se num certo momento ou até retroceder com a crescente criminalização dos mais diversos atos, pois o sistema repressivo não estaria destinado a “uma decadência ininterrupta”, pelo contrário: as instituições penais do passado (castigos corporais, penas cruéis, etc.) só desaparecem quando outras nascem e, por mais que variem na qualidade e quantidade, as leis penais continuam amarradas a um paradoxo:

... há uma verdadeira e irremediável contradição em vingar a dignidade humana ofendida na pessoa da vítima, violando-a na pessoa do culpado. O único meio, não de levantar a antinomia (que, a rigor, não é solucionável), mas de reduzi-la, é reduzir a pena tanto como seja possível (1999a, p. 80).

Em outro campo, a psicologia também ofereceu elementos úteis para a crítica da justiça punitiva. Em 1918, George H. Mead publicou interessante artigo, demonstrando que atitudes hostis, originadas em instintos de auto-afirmação e distanciamento do inimigo, tomam a forma de atos sociais organizados no âmbito da justiça penal. O aparecimento da *atitude hostil na justiça punitiva*, consoante a proposta de Head (1997), surge de uma curiosa combinação dos conceitos de sofrimento retributivo (justificação para o castigo) e de prevenção (entendida como a necessidade da pena para a convivência social), os quais estruturam um *sistema de castigos calculados*, disfarçado sob a solenidade da corte, na majestade da lei e no caráter supostamente imparcial e impessoal da justiça.

Mead refere-se à justiça penal como canalizadora de uma atitude de hostilidade em face de quem rompe com a lei, “um inimigo da sociedade à qual pertencemos”, contra o qual defende-se uma estrutura

social com toda a paixão que desperta qualquer ameaça a nossos interesses: “não é a operação da lei definindo a invasão de direitos e suas preservação adequada que constitui o centro de nosso interesse e sim a captura e o castigo de um inimigo pessoal”. Essa lógica, desperta emoções de batalha, de guerra (“guerra contra o crime” é o jargão moderno), as quais reforçam sentimentos de distanciamento e exclusão, redundando num efeito colateral: o sistema concebido para frear sentimentos de vingança, acaba por fomentá-los e organizá-los na forma de resposta legal, devida e necessária. A atitude hostil da justiça, representada como atitude legal do soberano, oferece aos cidadãos um padrão de comportamento evidentemente hostil e violento – lembrando aquela função primordial da justiça –, o qual, mercê da forte carga comunicativa do direito penal, acaba transmitindo aos consorciados a idéia de que a hostilidade é um método legítimo para a resolução dos conflitos.

Ainda com Mead,

... a concentração de sentimentos públicos (de vingança) na direção do criminoso que mobiliza a instituição da justiça, paralisa o empreendimento de descobrir nossos bens comuns em termo de seus usos.

Pois “a atitude hostil frente ao transgressor, inevitavelmente, aparelha atitudes de retribuição, repressão e exclusão” as quais não contribuem para erradicação do crime, nem para devolver o infrator às relações sociais normais e nem mesmo para definir os direitos vulnerados. Porém, se é verdade que a justiça penal atua dessa maneira, fracassando na supressão ou diminuição do crime e ainda segregando pessoas, o que justificaria a manutenção do modelo? A linha de raciocínio de Head, pode sugerir que a justiça, então, seria mera expressão da “maldade” humana e de seus piores instintos. Não é assim. O próprio autor responde a essa dúvida com uma assertiva que, novamente, remete ao reconhecimento das funções políticas do direito penal: para Mead a atitude hostil como resposta à transgressão tem a única vantagem de “unir os membros da comunidade na solidariedade emocional da agressão”, ou seja, crime e pena passam a ser fatores de coesão social, pois a sociedade se agrega em torno do medo do crime e dos apelos pela pena: cidadãos separados por interesses divergentes unem-se frente ao inimigo comum. Tal realidade é facilmente notada no cotidiano, bastando um olhar sobre os noticiá-

rios para perceber que o discurso contra a impunidade (ou seja, pela punição) é um “mantra” que une setores dos mais diversos e até opostos do cenário nacional.

A coesão ao redor da punição cria uma situação insólita: proporciona um sentimento de solidariedade no sentido da pena que se opõe à solidariedade em relação às pessoas. A solidariedade ao redor da pena se dá pelo mesmo mecanismo que impõe a hostilidade contra o infrator! O psiquiatra Paulo Gaudêncio (2000, p. 60) reforça a crítica à prevalência do modelo punitivo, o qual fomentou uma geração que “perdeu a noção que a colocação de limites faz parte do processo educacional”, confundindo “colocação de limites com repressão”, sendo que esse desajuste chegou ao campo das leis, especialmente as penais, pois

... quando há uma transgressão à lei, a punição aplicada não é vista como parte de um processo educacional. E, sim, como um ato repressivo (...) Vista apenas como castigo, é uma manifestação de vingança da sociedade contra aquele que infringiu as normas.

O foco na pena traz outro efeito pouco estudado: a desvalorização do preceito ou a supervalorização da sanção em detrimento do preceito, o que resulta numa evidente falha de comunicação: “matar alguém” ou “subtrair coisa alheia móvel” são considerados problemas apenas pelo fato de serem condutas às quais se comina uma pena e não pelo fato de a vida e o patrimônio serem valores dignos de respeito e proteção. Em outras palavras, “matar alguém” é errado porque “dá cadeia”, ou seja, uma conduta é reprovada apenas na medida que sua prática resulte em um castigo e, logo, quanto maior o castigo, maior o grau de reprovação. O valor protegido pela norma deixa de fazer parte do processo comunicativo entre o sistema de justiça e seus destinatários, uma vez que o primeiro centra toda sua atenção e seus esforços no fator pena. E, como é sabido, “são muitas as dúvidas que suscita a pretensa eficácia motivadora da pena”, isto é, da ameaça da pena e sua efetiva imposição para provocar, por si só, o respeito pelas normas (SANZBERRO, 1999, p. 337). Então, nesse ponto, aprofunda-se o déficit comunicativo entre justiça penal e cidadãos para além do mero problema da linguagem jurídica incompreensível. Daí a relevância de introduzir instrumentos que viabilizem e estruturem uma nova forma de comunicação, tal como a mediação.

1.3.1. Da sanção ao preceito

Guadalupe Sanzberro, com precisão, adverte que:

a concentração do discurso penal no aspecto punitivo tem atingido como consequência que – expressado simbolicamente – a atenção às “árvores” (as penas) não permite ver o “bosque” (o sistema penal em sua complexidade) (...) ao concentrar-se no mecanismo estímulo-resposta, sendo o último a pena, tende ao automatismo em sua imposição e prescinde da valoração de outros fatores que favorecem a aceitação social de reações não punitivas (1999, pp. 338 e 343).

Essa restrição de perspectiva foi alimentada pela teoria da prevenção geral, que aderiu ao paradigma punitivo, conferindo à cominação e à aplicação da pena todo o efeito do direito penal, relegando qualquer outra interpretação da operatividade do mesmo. É a partir daqui que Luciano Eusebi (1990, p. 47) propõe outra interpretação, para que o *centro da eficácia motivadora do direito penal seja deslocado da sanção para o preceito*, que encontra campo fecundo para ser trabalhada no paradigma restaurativo. Esse deslocamento supõe que o direito penal deve centrar-se nas funções de orientação da conduta, por meio da previsão de que determinada ação tem o caráter delituoso, funcionando como *motivação normativa*, expressa, dentre outras formas, pela reação penal, que pode vir tanto na forma de pena, como em qualquer outra, por exemplo, a mediação.²⁴ O importante é que a reação penal ponha em relevo a *mensagem normativa* (SANZBERRO, 1999, p. 342) contida no preceito, a qual se expressa por meio do acionamento dos mecanismos jurídico-penais e pela ativa participação de autor e vítima no seu desenrolar (nesse aspecto, sendo a voluntariedade de ambos, requisito para o envio de um caso concreto para a mediação, há que se ponderar que essa participação voluntária, potencialmente, pode manifestar um sentido preventivo geral de aceitação e reafirmação da mensagem normativa muito maior do que

²⁴ A mediação, devido à sua natureza polissêmica, pode ser definida como um instrumento de composição dos conflitos e pacificação social, isto seria correto. Contudo, para adaptá-la ao contexto penal, parece mais conveniente considerá-la como uma verdadeira reação penal, pois só assim conseguiremos encontrar um local idôneo para a mediação dentro do direito penal, sem convertê-la em um simples instrumento de alívio do aparato punitivo.

a submissão coercitiva ao processo penal, onerosa para o autor e inócua para a vítima).

Voltando aos três modelos prevalentes ao longo da história, chega-se à fácil conclusão de que o único modelo que não trabalha com ou não incorpora a dimensão repressiva, é justamente o modelo restaurativo. Por mais que sejam feitos para abandonar a visão retributiva, a realidade é que o funcionamento da justiça criminal ainda se orienta assim, talvez porque, de fato, esta seja sua essência. Por outro lado – e curiosamente – a idéia de prevenção, que surgiu como resposta à necessidade de abandonar o ideal retributivo, foi elaborada dentro do mesmo paradigma punitivo, alterando apenas o pretexto para punir: reduzir a criminalidade. Assim, reduzir a criminalidade ou retribuir o mal praticado são duas justificativas recorrentes para a manutenção do modelo punitivo, ou seja, não importa a maneira de fazer, mas faz-se o mesmo.

O modelo atual não mais se sustenta por diversos fatores, que passam pelo seu uso pretextual para fins de reforçar o poder político de controle social e desembocam na conduta hostil que seus mecanismos fomentam, combatendo a violência por meio de medidas violentas, o que não pode funcionar.

A reação penal deve ser eticamente aceitável, ao contrário do que faz a punição, que usa o princípio “não faça o que eu faço, mas faça o que eu digo”, (WRIGHT, 1992, p. 529) ou seja: não use da violência para resolver os conflitos, embora eu use-a para tanto. Nessas bases, estabelece-se um verdadeiro curto-circuito na comunicação entre o sistema penal e os cidadãos: o primeiro pretende coibir reações violentas, mas oferece um padrão violento de conduta. Diversos autores compartilham dessa compreensão, com assertivas aparentemente simples, mas surpreendentemente pouco compreendidas pela ciência jurídica, assim: “renunciar ao uso da força e da violência não pode ser compreendido por meio do uso da força” (PELIKAN, 1992, p. 163) ou “não achamos que a vingança, mesmo quando canalizada dentro de uma moldura legal, é uma boa base para uma reação social civilizada” (WALGRAVE, 1992, p. 343). Logo, às razões expostas para justificar a definição de um novo paradigma, some-se, por fim, a insustentabilidade ética do modelo exclusivamente punitivo.

Sintetizando, existem razões operativas (bloqueio às alternativas), funcionais (a finalidade orientadora do direito penal) e éticas para a quebra do paradigma punitivo, com a elaboração de um novo, mas complementar, paradigma. Mas talvez não seja só. Voltando àquela

premissa de relacionar os temas punição e democracia, encontra-se outro motivo para o novo paradigma. Para Pablo de Greiff, a legitimação da lei penal depende, também, da aceitação racional da lei por todos aqueles por ela afetados, sendo que a “aceitação racional” pode ser estabelecida apenas sob condições de deliberação livre e aberta, propondo o autor a democracia deliberativa como um meio racional de resolução dos conflitos (2002, p. 377), a qual funda-se nos valores de participação, aceitação, persuasão, acordos mútuos, etc.; os quais, à evidência, não encontram espaço para desenvolver-se dentro do atual modelo de justiça penal. Sem aprofundar esse ponto, tratado no capítulo 5, Greiff complementa seu raciocínio afirmando que uma noção robusta de participação requer um alto nível de engajamento daqueles sobre quem recai a atuação específica (no caso da justiça penal, ofensor e vítima e contextualmente a comunidade), os quais podem tornar mais racional o exercício de poder (seja qual for o poder, mesmo o punitivo), aumentando as possibilidades de reconhecimento da validade das normas através do diálogo (Idem, p. 378). E, ainda o mesmo autor, lança uma indagação pertinente: por que a reprovação sempre tem que tomar forma de punição?

A hipótese, portanto, é verificar se a mediação pode representar a superação do modelo autoritário de resolução dos conflitos que, intrinsecamente e estruturalmente, é violento, pois a justiça penal recorre sempre à espada para pôr fim a todas controvérsias, com ela cortando todas as ligações entre as partes em conflito (MANNOZZI, 2003, p. 9). A espada, símbolo de poder, é o ícone da justiça, é usada para punir e dividir.

O desafio, então, está na metáfora acima: a justiça pode renunciar à espada?

Vejamos, então, o que é a mediação penal e se esta pode representar um instrumento diverso da espada e apto a ser empunhado pela justiça penal.

1.4. A mediação

O panorama político-institucional do desenvolvimento da mediação é o mesmo descrito no tópico acima (“crises”). Na realidade, existem diversas “mediações”, o que, mais uma vez, impossibilita um conceito fechado. Países diferentes desenvolveram formas distintas de mediação, assim como, em âmbitos diferentes, também se definem modalidades desiguais, mesmo que se restrinja a pesquisa à matéria

penal. Mas, é possível e necessário fixar uma noção de mediação penal, salientando, todavia, o risco em fazê-lo e acabar por preterir ou suprimir abordagens interessantes.

A expressão mediação, do latim antigo *mediare* (dividir, abrir ao meio) é adaptada para indicar a finalidade de enfrentar dinamicamente uma situação problemática e abrir canais de comunicação bloqueados; refere-se a uma atividade em que uma parte terceira, neutra, ajuda dois ou mais sujeitos a compreender o motivo e a origem de um conflito, a confrontar os próprios pontos de vista e encontrar uma solução, sob a forma de reparação simbólica, mais do que material (CERETTI, 1997, pp. 91-92). A mediação visa restabelecer o diálogo entre as partes para poder alcançar um objetivo concreto: a realização de um projeto de reorganização das relações, com resultado o mais satisfatório possível para todos (PISAPIA, 1997, p. 05).

Inicialmente, a mediação surgiu como um processo de resolução de conflitos que prevê a intervenção de uma terceira parte neutra, com o intento de favorecer a comunicação e, eventualmente, acordos voluntários entre as partes. A *Recomendação do Conselho da Europa nº R (99) 19*, define a mediação, particularmente aquela desenvolvida no âmbito penal (*victim-offender mediation*), como todo processo no qual a vítima e o autor do crime podem, desde que o consintam livremente, participar ativamente na resolução dos problemas que surgem com a comissão do ilícito penal através da ajuda de uma *terceira parte imparcial*, qual seja, o mediador. O que se infere da Recomendação é de particular importância, uma vez que identifica algumas características e alguns limites da atividade de mediação penal que valem para a mediação em geral, em qualquer âmbito no qual esta intervenha. Em particular, a atividade de mediação baseia-se no *consentimento livre* das partes, efetivo a todo momento, e na *confidencialidade* das discussões: os fatos trazidos na mediação não podem ser usados em outra sede, senão com a concordância das partes.

Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (1997, p. 36), define-a como um processo através do qual uma terceira pessoa neutra tenta, por meio da organização das trocas entre as partes, permitir a estes confrontarem seus próprios pontos de vista e procurar, com a ajuda do mediador, uma solução ao conflito que as opõe. Adolfo Ceretti (1997, p. 94), reforça a presença da parte terceira neutra como elemento ínsito ao conceito de mediação e faz uma distinção importante: o conceito de mediação não pode ser equiparado àquele de *conflict resolution*, (resumindo-se ao esquema já mencionado neste trabalho *conflito?*

gestão, eventualmente resolução, do conflito) (PISAPIA, 1997), uma vez que a mediação não oferece às partes somente uma possibilidade de encontrar uma modalidade de conciliação, vai além disso: oferece também uma chance para a abertura de espaços comunitários, para construir um segmento do tecido social e reconstruir o processo de regulação social de forma negociada.

Mesmo diante dessa observação, a mediação, em primeira e superficial análise, pode ser lida apenas como uma forma de “conciliação”, compreendida como encontro entre pessoas em contenda, na presença de um facilitador, para a discussão de eventual acordo. Por isso, a necessidade de qualificá-la como uma forma de reação penal, cujo desenvolvimento pode afetar a necessidade de pena.

Mas, mesmo assim, é difícil dar um significado específico à mediação que lhe identifique os aspectos essenciais em relação a outros instrumentos de resolução de conflitos. Uma maneira profícua de defini-la é a partir da distinção entre mediação e conciliação. Conciliação, cuja noção é mais próxima do senso comum em nosso país, pois é aplicável às medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), sendo que a oposição das noções de “justiça consensual”, (mal) contida em nossa Lei 9.099/95 e de justiça restaurativa, contida na mediação penal, é um ponto central para afastar, desde já, possíveis críticas à mediação, baseadas numa equivocada assimilação entre essa e a prática de conciliação dos Juizados Especiais Criminais.

Na tabela abaixo,²⁵ são indicados alguns dos traços essenciais da mediação em comparação com aqueles da conciliação. A tabela parte do trabalho de Baruch Bush e Folger (1996), no qual são comparados duas diferentes abordagens da mediação: *transformative* e *problem solving* (que segue a linha de *conflict resolution*). A mediação transformadora é similar àquilo que neste trabalho se entende por mediação penal, enquanto a abordagem do *problem solving*, assim como descrita por Baruch Bush e Folger, é muito próxima àquilo que entende pela intervenção de conciliação/negociação:

²⁵ Agradecimento especial ao professor Roberto Cornelli, doutorando em Criminologia na Universidade de Milão-Bicocca, pela elaboração e envio da tabela, ainda não publicada.

	MEDIAÇÃO	CONCILIAÇÃO
Visão do conflito	é uma relação entre pessoas que deve ser gerida de modo construtivo.	é um problema que deve ser resolvido.
Resposta ideal ao conflito	facilitar o diálogo através do reconhecimento das emoções e dos valores.	propor um esboço de acordo e orientar a discussão sobre os elementos comuns, de modo a maximizar a vantagem para todos.
Objetivo	potencializar a capacidade das partes de gerirem os efeitos do conflito.	solução negociada do conflito.
Papel do mediador (terceiro neutro)	secundário: as partes são consideradas em condição de gerir as consequências do conflito de modo duradouro.	diretivo: o conciliador é o expert que conduz o processo de resolução do problema.
Atividade do mediador	<p>explica o conceito de mediação, esclarecendo que o acordo é só uma das possibilidades resultantes da mediação.</p> <p>deixa que as partes discutam se é isso que querem.</p> <p>encoraja um exame do passado como modo de permitir o reconhecimento do outro.</p> <p>encoraja a expressão das emoções como elementos úteis ao processo mediador.</p> <p>focaliza sua atenção sobre as relações entre as partes.</p>	<p>explica que o objetivo é alcançar um acordo, estabelece as etapas para tal fim e define as regras básicas. Pode propor um esboço do acordo.</p> <p>dirige a discussão para as questões que mantêm mais fins úteis para o acordo.</p> <p>desencoraja as partes a falarem do passado, focalizando, ao invés, o presente e seu futuro – como resolver o problema posto à mesa.</p> <p>as emoções são vista como estranhas ao processo de resolução dos conflitos e desviam deste. O conciliador procura evitar exibição emocional.</p> <p>focaliza a atenção sobre o problema e sua solução.</p>
Definição de sucesso	Bem-estar das partes e aumento de sua capacidade de gerir as consequências do conflito.	acordo assumido pelas partes.

A preocupação em não identificar a mediação com a conciliação da Lei 9.099/95 ou com idéia de *conflict resolution*, reside na constatação de que ambas concentram toda a atenção na obtenção do acordo e, mesmo que disfarçadamente, no desafogamento da máquina judiciária, reduzindo e empobrecendo as possibilidades de revalorização e

reconhecimento entre as partes (BARUCH BUSH; FOLGER, 1996, p. 22) e desprezando a oportunidade de reconstruir o processo de regulação social por meio do componente comunicativo-relacional da mediação (ver tópico 1.4.3). A opção mais pragmática, voltada à obtenção de acordo e à celeridade, seria válida, é claro, mas traz o risco, para não dizer o resultado certo de, em poucos anos, a mediação padecer dos mesmos problemas que já afetam o sistema tradicional de justiça (mais uma vez, vale o exemplo do fracasso da Lei 9.099/95, que, vista apenas sob a primeira abordagem, acabou reduzindo-se a mais um instrumento burocrático e autoritário de administração de um sistema penal hipertrofiado).

A perspectiva da mediação considera o conflito como parte integrante da vida do homem, por isso não parte da premissa que é um problema a ser resolvido/decidido a qualquer custo e de forma rápida: a mediação permite que as pessoas compreendam-se a si mesmas e se relacionem com as outras através do marco do conflito (BARUCH BUSH; FOLGER, 1996, p. 22). O conflito provoca sofrimento, é vivido como uma ameaça ou simplesmente incomoda e, por isso, na medida do possível, se tenta evitá-lo. Esta reação de evitamento às vezes não é factível, porque as conseqüências do conflito incidem pesadamente na vida das pessoas envolvidas; outras vezes não é nem mesmo desejável, porque evitar o conflito significa renunciar à afirmação dos próprios direitos ou da própria dignidade.

Ao longo da história, os homens elaboraram numerosas modalidades de gestão dos conflitos, algumas baseadas na força, ou seja, na utilização de uma posição de supremacia real ou presumida, outras baseadas no diálogo, no reconhecimento, ao menos formal, de uma posição de paridade. Todas as modalidades de gestão do conflito (baseadas na força ou no consenso) têm em comum a vontade de resolver um problema que criou um *dissídio* entre as partes ou entre essas e o sistema normativo.

O que as difere é a modalidade da ação e as suas conseqüências, mais ou menos destrutivas. A resolução não violenta do conflito que opõe dois indivíduos pode ser feita diretamente sem o envolvimento de outras pessoas. Todavia, comumente, a presença de um terceiro neutro ao conflito torna-se necessária, uma vez que com freqüência a diversidade de visões gera comportamentos hostis e dificuldade na comunicação: são as próprias partes que pedem a intermediação de um terceiro que garanta a discussão num nível de civilidade e que se desenvolva no interesse dos contendores de encontrar uma solução ao proble-

ma. A arbitragem, a conciliação e a mediação se inserem na categoria mais ampla de ADR (*alternative dispute resolution*) ou seja, daquelas técnicas de resolução dos conflitos diversas do recurso à autoridade judiciária e ao processo adversarial.

A arbitragem é um processo baseado na vontade dos contendores de dirigir-se a um sujeito neutro, terceiro e competente, para delegar-lhe a decisão do problema. Na arbitragem, o papel dos contendores é somente aquele de previamente acordar sobre a escolha da pessoa merecedora da confiança de ambos para decidir sobre o objeto submetido a uma decisão, e sempre que possível sobre os limites de eficácia da decisão. Ressalvados esses limites atinentes a uma fase preliminar da atividade de arbitragem, a análise do problema, a consideração das posições das partes e a decisão final cabem exclusivamente ao árbitro.

Na conciliação, o terceiro neutro não tem o poder de decidir sobre o problema trazido pelas partes (ao menos enquanto aja na qualidade de conciliador), mas tem um papel ativo na resolução da disputa: na tentativa de chegar a um “compromisso” entre as partes, ou seja, de um balanceamento dos interesses destas, o conciliador tem uma função *diretiva* na promoção da conciliação e no controle e orientação da discussão sobre elementos tidos como úteis para a resolução do problema. Não obstante a decisão final ser tomada formalmente pelos contendores, o conciliador exerce um papel determinante na construção dos termos do acordo e na proposição deste às partes para que o aceitem. Usualmente, a função diretiva é exercitada a partir da posição de autoridade que reveste o conciliador (é o caso do juiz que promove a conciliação entre as partes) e que torna mais determinante a sua intervenção.

A mediação, ao inverso, é um processo de resolução dos conflitos no qual é deixado às partes, por inteiro, o poder, e conseqüentemente a responsabilidade, de decidir se e como encontrar uma solução ao conflito, na presença de um ou mais mediadores, cuja tarefa exclusiva é facilitar a comunicação.

A imparcialidade dos mediadores não diz respeito apenas aos interesses das partes, mas também refere-se às relações de poder entre as partes: o acordo a que se chega na mediação não tem as características de “compromisso” que fixa de uma vez por todas um equilíbrio entre os interesse em jogo e que se funda, necessariamente, no desequilíbrio das posições iniciais das partes, mas sim aquele de um pacto baseado na progressiva (re)construção de uma relação entre as partes, que consen-

te a criação de novas regras para afrontar concretamente os efeitos do conflito e o desconforto que as partes estão vivendo e de outros com os quais se confrontarão. A mediação, através do instrumento da escuta das emoções, permite a revelação e o reconhecimento pleno das necessidades e dos valores das pessoas em conflito e, portanto, o incremento das possibilidades que cheguem a um acordo estável e duradouro.

A possibilidade de a mediação representar um elemento importante para a superação do paradigma punitivo e, mais do que isso, a via de construção de um novo modelo de justiça penal, recomenda um enfoque diferenciado, distinto e distante dos projetos de reforma da justiça que se fixam nas idéias de descongestionar o judiciário, como se o único problema fosse o excesso de trabalho, ou de instituir mecanismos premiais de evasão ao processo, também com a única finalidade de “esvaziar prateleiras”. Nessa linha, o enfoque *transformador* de Baruch Bush e Folger (1996) parece oferecer a moldura mais compatível com a presente proposta. Em síntese, a promessa transformadora da mediação reside em sua capacidade para transformar o comportamento dos antagonistas individuais e da sociedade em geral, pois a informalidade e a consensualidade permitem que os participantes adquiram um sentido mais claro de respeito, de afirmação de suas próprias forças (é um “exercício de autodeterminação”) e de fortalecer sua capacidade intrínseca de relacionar-se com os problemas dos outros (idem, 1996, pp. 46-47). O diálogo livre e mediado exercita a capacidade relacional dos cidadãos (idem, 1996, p. 145), a qual é absolutamente abolida pela justiça penal tradicional, pois, no processo penal, a regra é o *distanciamento*, na mediação, o *encontro*.

Logo, a potencialidade da mediação depende de um projeto com o fulcro de *reconstrução do processo de regulação social* (ver tópico 5.2).

Aqui, faz-se necessária uma observação crítica: grande parte dos estudiosos da mediação não trabalham exclusivamente sobre a mediação penal, notadamente B. Bush e Folger. Como instrumento mais amplo de atuação, a mediação vem sendo aplicada em diversos contextos, razão pela qual torna-se necessário buscar uma base própria para a mediação penal, principalmente em face do saber penal caracterizar-se como um sistema de pensamento fechado e isolado de outros saberes. Mesmo dentro do direito, o direito penal criou um mundo à parte, separado e alienado dos “outros direitos”. Por isso, tornou-se mais “penal” e menos “direito”.

Dieter Rössner não vê dificuldades na superação desse problema, pelo contrário, demonstra que a *mediação é um elemento básico do con-*

trole do crime (2000, p. 213). Assim, ainda com o autor, o fato é que a teoria criminal tenta se auto-imunizar contra a realidade social, ignorando a complexidade do conflito entre vítima e ofensor, decidindo-o sobre *standards* legais e escusando-se de compreendê-lo. Contudo, os procedimentos de pacificação, reconciliação e recomposição, tal como a mediação, sempre compuseram a noção de justiça penal, sempre foram um hábito nas comunidades humanas, mas foram suprimidos pelos limites artificiais do sistema legal e substituídos pelas práticas punitivas por uma razão: “um Estado fraco revela sua fraqueza através do controle brutal do crime” (idem, p. 215). O fortalecimento do poder punitivo levou a teoria criminal tradicional a deixar de considerar o que Rössner classifica como *dependência mútua* entre os dois sistemas (mediação e punição), a qual justifica, amplamente, a incorporação da mediação no sistema estatal de controle do crime, pois “a característica do sistema penal legal é o controle estatal, não a punição” (idem, p. 219).

Nessa linha, Rössner propõe que a mediação penal localize-se entre a não-intervenção e a punição, o que põe em relevo sua funcionalidade para a efetivação do princípio da *ultima ratio*. O mais importante na proposta de Rössner é a percepção de que o controle estatal do crime é imprescindível, mas deve ser compreendido apenas como uma parte do sistema geral de controle social. Parte integrada a um todo, complementada por outros sistemas e, principalmente, subsidiária. Parte na qual ambos os meios de controle são necessários (pena e mediação) e devem ser balanceados. Esse balanceamento pressupõe que, ao ofensor, seja dada a oportunidade de associação voluntária, afirmação da norma (*rule-affirmation*) e integração à comunidade (idem, p. 218), antes do acionamento dos mecanismos punitivos.

Mesmo estreitando o conceito de mediação para mediação penal, ainda resta um certo embaralhamento de noções (mediação, conciliação, resolução de conflitos, etc.). A sistematização de Grazia Mannozi (2003, p. 340), elucida quais as dimensões conceituais mais importantes da mediação e, de certa forma, organiza o entendimento sobre o que pode ser a mediação penal:

- a) a mediação pode ser considerada, em primeiro lugar, como uma mera técnica de intervenção social, em que um sujeito terceiro e neutro, tende a promover a superação do conflito existente entre dois indivíduos, por meio do encontro e do confronto;

- b) em segundo lugar, a mediação emerge na sua função de modalidade de solução de conflitos que tem intersecção com o processo penal, na perspectiva mais ampla da *justiça restaurativa*;
- c) em terceiro lugar, a mediação põe-se como uma nova abordagem de dinâmicas sociais, que consente em prescindir da resposta judiciária²⁶ em relação a alguns conflitos interpessoais ou entre grupos.

Há outros elementos que definem a mediação penal aqui desenhada: diálogo, comunicação, comunidade, participação, os quais apontam para a definição analítica da autora italiana (Idem, 2003, p. 359):

... a mediação é um processo dialético de ativação do conhecimento entre autor e vítima (que pode funcionar também como fator de estabilização social) em que o mediador é chamado para reconstruir o espaço comunicativo inter-subjetivo entre as partes e para encontrar um “sinal” comum que possa conduzir à superação do conflito.

A desvinculação da mediação com o resultado final de “acordo” revela sua “não-instrumentalidade” em relação ao processo penal, por um simples motivo: a *mediação penal não é um meio e sim um fim*, uma atividade, cujo alcance pode resultar em uma solução que indique a desnecessidade de pena, afastando, assim, as necessidades materiais de acionamento da tutela penal repressiva. Nessa linha, o conceito que se encaixa no âmbito da construção do novo paradigma é: *a mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e da paz jurídica.*

1.4.1. Requisitos genéricos

Existem *características comuns* às mediações promovidas em todos os âmbitos: (i) a intervenção de terceiros imparciais na função de

²⁶ A extrajudicialidade é uma característica fundamental da mediação.

facilitadores, (ii) o envolvimento das partes em conflito, (iii) o consenso das mesmas à atividade de mediação e (iv) a natureza extrajudicial. As três primeiras características, permitem identificar a mediação como atividade específica consensual de resolução dos conflitos. Fixemos, agora, sobre a natureza extrajudicial da mediação.

A Recomendação do Conselho da Europa mencionada, identifica, entre os princípios gerais da atividade de mediação, o princípio da autonomia com relação ao sistema de justiça criminal: é o reconhecimento claro de que o processo de mediação, mesmo relacionando-se com o sistema da justiça, está fora do processo judiciário, configurando-se como “espaço-outro”.

De outra parte, a mediação nasceu e se desenvolveu no seio de teorias e experiências dirigidas à superação do instrumento processual como único meio para resolução dos conflitos. Basta pensar na importância das contribuições de teóricos do abolicionismo como Nils Christie e Louk Hulsman, mas também nas práticas de resolução dos conflitos utilizadas nas populações indígenas tais como os índios da América, os aborígenes canadenses e os maori. O surgimento da mediação insere-se numa pluralidade de debates: a perda de centralidade do Estado e a recuperação da centralidade da “comunidade” (no sentido de coletividade) na gestão das problemáticas sociais; a inadequação do instrumento legislativo (crise da visão legicêntrica do direito) e a pesquisa de novos instrumentos de gestão dos conflitos; a expansão moderna da liberdade e dos direitos e as conseqüências negativas de tudo isto no funcionamento da justiça em termos de sobrecarga do judiciário. A ativa participação da comunidade surge como outro requisito importante, sendo que a comunidade pode ser representada de diversas formas. Alguns estudos defendem, inclusive, que o componente “comunidade” se aperfeiçoa na própria pessoa do mediador, uma vez que, em geral, estes são selecionados e treinados nas localidades onde se instalam os escritórios de mediação e, por não serem necessariamente profissionais do direito, contribuem para oxigenar o procedimento e infiltrar-lhe de participação comunitária.

Exatamente a mediação se propõe, de um lado, como instrumento para dar fôlego ao sistema da justiça, permitir a atenuação da carga de trabalho, e de outro, oferecer um lugar simbólico outro e alternativo em relação à justiça, enquanto agente externo ao processo, com modalidades operativas e finalidades diversas. A mediação não é uma atividade desenvolvida pelo juiz e pelos operadores da

justiça, mas acontece fora das salas de audiência e utiliza instrumentos voltados para a escuta das emoções e para o reconhecimento dos valores, tomando conta da relação entre as partes. A mediação não tem a finalidade de definir a verdade dos fatos e estabelecer quem está certo e quem está errado, mas visa estabelecer uma comunicação entre as pessoas e permitir-lhes afrontar os problemas entre elas. Nesse sentido, o mediador não tem poder sobre as partes e visa criar no encontro de mediação um clima (espaço e tempo) de confidencialidade (obrigação do segredo profissional), que permite às pessoas se expressarem livremente.

Evidentemente, no âmbito penal, a mediação deverá ser submetida a controle jurisdicional, seja na decisão de enviar o caso à mediação, seja na aceitação de seu resultado como forma de exclusão da intervenção penal. Assim, é necessário definir parâmetros de regulação legal, para que não se torne um procedimento privado de garantias ou uma forma de privatização do conflito, cuja gerência seria conferida ao Estado, como espécie de “administração pública de interesses privados”.

Pelo contrário, o controle jurisdicional preserva o caráter público da demanda, reconhecendo, apenas, a possibilidade de intervenção direta das partes em sua solução e, ainda, garante o envolvimento comunitário, ao qual já se fez várias referências pois é, justamente, o elemento que diferencia a mediação penal de outras mediações. Caberá ao juiz, com participação ou não do Ministério Público, decidir qual caso será remetido à mediação e, adiante, recepcionar seu resultado dentro do sistema de justiça, conferindo-lhe forma jurídica, seguindo critérios definidos em lei ou pela dogmática. Vale dizer: a lei deve fixar os critérios para admissão da solução alternativa e conformar seu resultado ao ordenamento jurídico.

Em suma, os requisitos para qualificar a mediação penal são: (i) voluntariedade; (ii) confidencialidade e oralidade; (iii) informalidade; (iii) neutralidade do mediador; (iv) ativo envolvimento comunitário; (v) autonomia em relação ao sistema de justiça.

Quanto á voluntariedade, trata-se do requisito fundamental, pois é ele que vai caracterizar o aspecto preventivo geral da mediação como reação penal, pois a participação livre e consentida expressa um sentido de confiança no ordenamento e de reconhecimento da mensagem normativa muito maior que aquele efeito ilusório derivado da ameaça de pena. Mas, o engajamento voluntário de ofensor e vítima deve ser considerado em bases realistas, ou seja, não há como desconsiderar que a simples possibilidade de reenvio do caso para o

sistema formal de justiça sempre pressionará as partes em algum sentido: o ofensor, mais naturalmente, tentará evitar a estigmatização e a possibilidade de pena e a vítima, ocasionalmente, poderá ver na mediação uma via rápida para o ressarcimento dos prejuízos materiais ou, por outro lado, poderá evitar o encontro com o ofensor temendo a revitimização. Por isso, os praticantes de mediação penal preferem falar em *consenso informado* para os ofensores e *escolha informada* para as vítimas (TICKELL; AKESTER, 2004, p. 24). Essa informação prévia deve incluir assistência jurídica (advogado) tanto para ofensor, quanto para vítima.

Já a confidencialidade é o elemento de garantia para, no caso de mediação infrutífera, evitar que os fatos debatidos naquela sede possam ser usados em juízo, a não ser que as partes consentam para tanto.

1.4.2. Tipos e métodos

Quanto aos contextos, a mediação como modalidade de resolução dos conflitos atua em vários. Vejamos rapidamente os vários ambientes nos quais se falou, e se fala hoje, de mediação. Bessemer (1999) fornece um quadro do vasto campo no qual a mediação tem sido empregada como instrumento de gestão de conflitos, no qual destacamos os contextos em que se vislumbra a possibilidade de mediação penal propriamente dita:

- matrimônio e família (conflitos matrimoniais, violência doméstica, divórcio);
- matéria de locação (conflitos entre inquilinos e proprietários);
- escola (conflitos entre estudantes e professores, entre estudantes, entre professores e corpo administrativo);
- **vizinhança/bairro** (violência, vandalismo, perturbação de sossego);
- economia (agitação de trabalhadores, conflitos sobre postos de trabalho, reivindicações salariais);
- tutela ambiental (localização de plantas industriais, utilização de área, construções);
- política de transportes (na Alemanha: pesquisa sobre a localização do novo aeroporto de Berlim, 1993, e política de transportes em Heidelberg, 1992-93);
- municipal (construção de moradias provisórias, utilização de área, desenvolvimento econômico para a região);

- **justiça/criminalidade (conflito em prisões, VOM e trabalho da polícia);**
- **conflitos étnico-raciais** (conflitos entre neo-nazistas e judeus, enfrentamento da segregação racial);
- parlamento (entre presidente e comissões)
 - crises internacionais (política).

Para cada âmbito foram desenvolvidas modalidades diferenciadas, inclusive com base nas exigências ditadas pelo contexto operativo. Assim, no que diz respeito às relações interpessoais ou entre pequenos grupos, as modalidades de mediação focam muito sobre a exploração das emoções e dos interesses de fundo; no âmbito da política internacional, a mediação nunca é uma atividade definida, confundindo-se frequentemente com a atividade de conciliação (papel ativo do terceiro neutro); no campo dos conflitos ambientais foram desenvolvidas modalidades de mediação preferencialmente dirigidas a descobrir os interesses das partes envolvidas e de basear sobre esses as soluções. Neste último caso, as investigações sobre a situação emotivo-pessoal têm um papel secundário.

Em seu vasto estudo sobre os grandes sistemas de política criminal, Mireille Delmas-Marty (2004, pp. 12-13) localiza a mediação penal dentre as “categorias vizinhas” do penal, desenvolvida a partir da necessidade de “novas estratégias sociais” para responder às infrações (XIX Conferência de Pesquisas Criminológicas do Conselho da Europa, 1990) e mantendo uma relação ambígua de proximidade e exclusão (do penal), pois “qualquer fracasso da mediação leva à recondução do caso ao sistema penal, na tentativa de impedir que a situação penal do delinqüente seja agravada devido a esse fracasso”. Sublinhando, ainda, um importante aspecto procedimental atinente ao modelo francês: a mediação é delegada, pelo Ministério Público, a uma instância exterior capaz de geri-la ou pode ser praticada por alguns juízes de instrução. De qualquer maneira, “o poder de declinar o caso a um mediador também é acordado aos tribunais”, seja por meio do arquivamento do caso ou pela suspensão da pena.

No ambiente informal e extraprocessual da mediação, o método empregado é, basicamente, a linguagem. Por meio da qual as partes podem problematizar o conflito, expor as emoções e trocar suas impressões sobre o fato e sua possível solução. A discussão do que pode ser considerado como um acordo restaurativo, a partir da livre deliberação das partes, permite aquilo que George H. Mead (1997)

qualifica como “reconhecimento também emocional dos valores”, o qual, para o autor, é uma etapa imprescindível de prevenção do crime, uma vez que sem esse reconhecimento emocional torna-se impossível a internalização da norma, a compreensão do preceito e, logo, sua valorização.

Ainda quanto ao método, verificam-se duas metas diferentes: a mediação voltada para a reparação-conciliação (com função diretiva do mediador) e a mediação voltada para facilitar a comunicação e permitir a reestruturação das relações entre as pessoas (com função não diretiva do mediador). Mais uma vez, não se tratam de métodos incompatíveis, são apenas duas perspectivas com amplitude diferenciada, tanto que, como visto, a segunda pode abarcar a primeira, nas hipóteses em que da mediação resulta um acordo efetivo de reparação-conciliação.

A mediação penal desenvolve-se, basicamente, em quatro fases:

- (i) envio do caso, fase em que a autoridade (juiz, promotor, polícia) encaminha o caso para o ofício de mediação e este assume a responsabilidade pelo conflito;
- (ii) fase preparatória para a mediação, em que os mediadores estabelecem contato com as partes, prestam as informações necessárias e colhem o consentimento para a participação;
- (iii) as sessões de mediação;
- (iv) monitoramento do êxito da mediação e reenvio do caso à autoridade inicial.

Cada uma daquelas fases contém passos, os quais podem ser assim representados, conforme resumo de Umbreit, reproduzido por Mannozi (2003, p. 142):

	Descrição do modelo geral de mediação
I. Recebimento do caso	- tomada de competência sobre o caso - coleta e análise das informações relativas ao contexto em que se desenrolou o conflito
II. Preparação para a mediação	- aquisição de informações ulteriores por meio do contato com as partes em conflito - explicação direta às partes do significado e do iter da mediação - colheita do consenso à participação - programação das sessões de mediação - individualização da estratégia a ser utilizada para conduzir aquela mediação

Justiça Restaurativa e Mediação Penal
O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime

III. Condução da mediação	<ul style="list-style-type: none">- considerações introdutivas pelo mediador- narração da própria vivência pela parte ou por quaisquer das partes- identificação dos pontos da questão e dos interesses encobertos das partes em conflito- formulação de diversas opções para a reparação/reconciliação- alcance de um acordo formal, eventualmente rubricado pelas partes
IV. Follow-up (monitoramento)	<ul style="list-style-type: none">- considerações conclusivas da parte do mediador- valoração da conformidade da conduta restaurativa ao acordo de reparação rubricado pelas partes- verificação do nível de satisfação das partes

No campo penal, pode ocorrer tanto a mediação direta ou indireta, conforme a opção da vítima, pois, muitas vezes, esta teme ou sente-se desconfortável em encontrar o ofensor pessoalmente. Na mediação indireta, ocorrem sessões separadas, nas quais o mediador ouve as partes e transporta as impressões e pretensões de lado a lado. Evidentemente, a mediação direta, onde as partes se encontram, é preferível, mas nem sempre possível. Essa variável, aparentemente negativa, tem um importante papel de *empowerment*, pois confere às partes poder sobre a marcha do processo, sobre as regras de debate e sobre a forma que tomará o procedimento de discussão do seu problema, que é uma reivindicação notada em diversas pesquisas acerca da insatisfação das vítimas com a justiça penal: ter algum poder sobre o desenvolvimento do método de resolução do conflitos que as atingiu. Embora possa abalar a previsibilidade da intervenção (uma antiga e recorrente aspiração da racionalidade penal), essa variável é um indicativo que permite afirmar a mediação como prática relevante para a ampliação dos espaços democráticos, no sentido de introduzir possibilidades de democracia deliberativa e participativa na administração da justiça penal.

No entanto, assume-se a preferência pela *mediação direta*, que pode se articular, em geral, em seis etapas:

FASES DE ENCONTRO NA MEDIAÇÃO DIRETA

1. Exposição de algumas considerações introdutivas pelo mediador
2. Narrativa da experiência vivida pela vítima e reconstrução do fato pelo autor

3. Esclarecimento do desenvolvimento dos fatos e encorajamento à compreensão recíproca das emoções provocadas pelo crime
4. Análise do tipo de dano sofrido pela vítima
5. Formalização de um acordo escrito de reparação (ou conciliação)
6. Considerações conclusivas do mediador.

Em particular, a fase 1 contém a exposição do papel do mediador e das regras de discussão (tal como, não interromper a fala alheia), é o momento do mediador declarar que o objetivo da sessão não é, necessariamente, a obtenção de um acordo e garantir que ambas as partes possam debater em condições de equidade. Daí em diante, a sessão de mediação pode seguir dois modelos de condução: *diretivo* ou *não-diretivo*. Este segundo, também chamado de *empowering style* (MANNOZZI, 2003, p. 145) é caracterizado pela atuação não-diretiva do mediador, que tende a deixar uma ampla margem de definição do conflito em aberto e, por conseqüências, maiores possibilidades para as partes negociarem uma solução mais duradoura e adequada. No modelo diretivo, o mediador tende a circunscrever os pontos da discussão e o encontro é funcionalizado à obtenção de um acordo. Em suma, a principal distinção entre ambos é a maior ou menor possibilidade de comunicação direta entre as partes.

1.4.3. O componente comunicativo-relacional

Conforme visto acima, os métodos de mediação, sejam quais forem, indicam que o componente comunicativo-relacional tem um papel fundamental. Primeiramente, permite à mediação diferenciar-se das técnicas de resolução do conflito de perspectiva utilitarista e, num segundo plano, é por meio dele que pode atingir-se o objetivo de redefinir a missão da justiça penal e reelaborar o paradigma de justiça vigente.

A mediação é uma atividade de conhecimento (situacional, normativo, etc.) que se funda na comunicação. Para Sanzberro (1999, p. 61), o conceito de reparação-conciliação que viabiliza

... oferece um marco específico para abordar o delito baseado na comunicação direta entre os sujeitos implicados, que possibilita o

intercâmbio de perspectivas diversas sobre o fato e estimula a capacidade dos indivíduos para uma resolução pacífica ...

de conflitos vinculados à prática de um crime, por meio do instrumento da linguagem. Mannozi, por sua vez, enxerga a correção dessa impostação (o diálogo é o fulcro da mediação) na teoria de Habermas, que vê na sociedade “uma rede de cooperação para transmitir a comunicação” (2003, p. 349).

Fixando-se na comunicação, para adiante anexá-la ao fator relacional, o primeiro argumento que surge em favor de uma alternativa penal que a facilite, é a linguagem jurídica, cuja complexidade e a formalidade atingiram níveis tais que a atividade dos tribunais tornou-se absolutamente incompreensível para o cidadão leigo. Heinz Messmer lembra que a despeito da vida cotidiana oferecer abordagens para os problemas interpessoais que podem ser resolvidos por várias regras de compreensão comunicativa, a comunicação na corte é caracterizada por rígidas limitações, que funcionam como “barreiras de linguagem” (1992, p. 461). Não é só na forma, no estilo barroco e na eloquência pseudo-erudita, que a linguagem jurídica constitui-se como barreira: na essência, a comunicação nas varas criminais não permite a menor expressão das emoções das partes, mesmo aquelas derivadas do ato sob julgamento; não se preocupa em colher e estabilizar as expectativas dos jurisdicionados em relação à justiça e, muito menos, preocupa-se em transmitir qualquer compreensão acerca do valor da norma violada ou questionada.

Na verdade, a linguagem jurídica patrocina uma metamorfose: transforma o problema das pessoas em eventos jurídicos, por meio de *standards* pouco transparentes para os leigos. O controle exclusivo do juiz sobre a comunicação dos fatos levanta uma tela institucional através da qual desenvolve-se um *monólogo*: o juiz escolhe as informações conforme as suas necessidades de decidir aquele processo, sendo que a necessidade de informação para esse fim é “altamente seletiva” e “favorece a introspecção do juiz” (MESSMER, 1992, p. 462), alienando-o da realidade, favorecendo a simplificação extrema de temas complexos (A furtou a carteira de B e fugiu, para o juiz, essa informação só interessa na medida em que a fuga poderá qualificar o crime como tentado ou consumado) e desprezando explicações divergentes.

Essa falha de comunicação ou “comunicação em mão única” estabelecida pela justiça penal, resulta num efeito mais problemático, auferido também por Messmer (*idem*): a oportunidade do jurisdicionado

influenciar no desenrolar do processo é sensivelmente reduzida, ou melhor, ela é reduzida proporcionalmente à diminuição de suas chances de se comunicar livremente e compreender a mensagem normativa transmitida por meio do padrão de comunicação das cortes (note-se que é muito comum advogados procurarem cursos de oratória. Por que? Para tentar dominar esse padrão de comunicação, pois para o tribunal conta apenas a eloquência, a apresentação verbal, o poder da voz e a competência oratória, o que cria um código restrito de comunicação, de difícil acesso aos leigos e absolutamente distante das diversas subculturas que compõem a clientela majoritária da justiça penal).

Para Antoine Garapon,

... o mundo judiciário é um mundo frio, solene e separado da vida cotidiana. A comunicação é a oposta daquela da mídia. As partes ficam distantes do juiz e devem falar em público e num lugar impressionante. A comunicação do processo é frustrante; tudo é formal, por isso, artificial. Parece uma antítese da ideologia atual de uma comunicação direta (1997, p. 171).

Constata-se, então, um *déficit comunicativo* em dois níveis: (i) entre o sistema de justiça e os cidadãos e (ii) entre as partes envolvidas num determinado conflito submetido à justiça penal (ofensor e vítima). No segundo nível, o diálogo entre as partes é bloqueado, de um lado pela supressão da vítima, em geral dublada pelo promotor público que incorpora a atitude hostil pessoal, e, por outro, pela opressão sobre o ofensor, que, pressionado pela ameaça de pena, procura apenas enquadrar seu comportamento a partir do marco legal definido, ou seja, tenta demonstrar que não praticou o ato típico ou que praticou-o justificadamente. E, quanto mais severa a reprimenda prevista, acentua-se a tendência do ofensor em neutralizar a ofensa praticada com o argumento de que está sofrendo uma injustiça (as chamadas “técnicas de neutralização”).

Messmer afirma que várias pesquisas demonstram que dois terços daquela clientela sente que não são corretamente interpretados pelos tribunais (Idem, p. 463). O próprio autor entrevistou dezenas de jovens infratores, vítimas e parentes de ofensores envolvidos em processos perante um tribunal de menores na Alemanha e apurou dados interessantes e bem ilustrativos. Em conversas cujo teor foi determinado livremente pelos entrevistados, por exemplo, 31,7% das entrevistas enfatizaram as razões da conduta desviada (motivos, condições de

vida, aspectos situacionais) e apenas 14,3% das entrevistas centraram-se nos fatos tratados pelo tribunal (*idem*).

Esse *déficit comunicativo* agrava-se quando relacionado com a finalidade preventivo-geral atribuída ao direito penal. Na sua vertente mais moderna, a prevenção geral positiva preconiza a reafirmação da validade das normas pela atuação da justiça penal (atuação entendida única e exclusivamente através da pena), o que pressupõe que os destinatários dessa atividade compreendam suas decisões, pois o valor da norma reafirma-se da cominação da pena à sua aplicação, a qual se concretiza por meio das decisões judiciais. Sem questionar a validade dessa proposição, bastante duvidosa, para que ela se efetive, no mínimo, é preciso que os destinatários compreendam o conteúdo e a forma das decisões judiciais. Simplificando, ainda com Messmer (1992, p. 463): se nenhuma compreensão é alcançada, como, então, a decisão pode ser compreendida? Se não é compreendida, evidentemente, não pode cumprir qualquer função de transmitir o valor da norma.

A mediação penal impõe o reconhecimento de que a sociedade civil, especialmente moderna e complexa, não necessita apenas e necessariamente de normas reafirmadas pela sanção, mas também de “uma ética da comunicação que à norma possa oferecer uma legitimação e uma confirmação de validade”, conforme sustenta Mannozi (2003, p. 349), com apoio num ensaio de Dahrendorf que defende que a validade das normas não repousa somente sobre sua sanção ou seu poder, mas também sobre o “consenso dos interessados” que é atingido com um debate racional e com a força da razão plausível (*idem*). Ao falar em consenso, retornamos à idéia de conflito, uma vez que consenso e conflito são lados opostos da dinâmica social cotidiana, duas faces em constante tensão. Tensão, que pode ser estancada por meio da atitude hostil do poder punitivo, que confisca o conflito e impõe um consenso artificial, baseado num padrão pré-estabelecido e cuja adaptabilidade ao caso concreto não pode ser discutida. Tensão, que pode ser encarada de uma maneira dialética, que permite um movimento constante de ida-e-volta entre consenso e conflito, o qual flui naturalmente por meio da mediação, cuja tarefa aqui é reconhecer o conflito e tentar restabelecer a comunicação entre aqueles indivíduos que estão contrapostos por um antagonismo criado no interior do sistema social.

Por isso a mediação deve ser considerada como um fim: encontrar uma “linguagem comum” que leva à superação do conflito; conduzir autor e infrator a uma interpretação comum do crime, sob sua dimensão humana, sobretudo, encorajando uma compreensão recíproca que,

assim, pode resultar numa composição dedutível no acordo de reparação-conciliação. A mediação produz uma nova interpretação do fato, distinta da interpretação binária crime-castigo e que, portanto, tende a fazer regredir a dimensão conflitual daquela relação enfocada.

Aqui, adiciona-se o segundo elemento ao componente estudado neste tópico: a mediação considera o crime, fundamentalmente, como uma ruptura de relações; mesmo nos casos em que ofensor e vítima não se conheçam, pois pode-se dizer que existe uma relação em virtude de um pacto de cidadania, tomado ao interno das normas que regulam o comportamento social (CERETTI, 2002). Somente em segunda instância, vale dizer, em *ultima ratio*, o crime passa a ser considerado com uma ofensa contra o Estado e suas leis. A mediação, no âmbito penal, significa,

... acima de tudo, a superação da visão do crime como um ato isolado e abstrato praticado por um sujeito desviado e o início de sua leitura como uma extensão de complexas vivências de relacionamento (ZOMER SICA, 2003, p. 117).

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

Para Foucault a identidade entre o crime e a ruptura do pacto social já deveria, há muito tempo, ter resultado numa interpretação distinta da reação penal, pois “se o crime é uma perturbação para a sociedade (...) é claro que a lei penal não pode prescrever uma vingança, a redenção de um pecado”, ao inverso,

... a lei penal deve apenas permitir a reparação da perturbação causada à sociedade (...) de tal maneira que o dano causado pelo indivíduo seja apagado; se isso não for possível, é preciso que o dano não possa ser mais recomeçado pelo indivíduo em questão ou por outro. A lei penal deve reparar o mal (2003, p. 81).

Contudo, Foucault demonstra que ao invés de aperfeiçoar esse entendimento, que parecia consolidar-se a partir do iluminismo, prefe-

riu-se inventar uma “bateria de penalidades” que culminou com o surgimento da pena de prisão.

O que está a se mostrar aqui é a potencialidade da mediação para a redefinição da missão do justiça penal, pois a discussão sobre a reparação-conciliação tem dinamizado, em certa medida, a reflexão sobre as bases do próprio direito penal, “destacando sua vinculação com as funções gerais do direito, não suficientemente valoradas como aquela relativa à regulação pacificadora dos conflitos” (SANZBERRO, 1999, p. 355). Ao considerar que a reação penal ao delito incide, em muitos casos, nas relações entre sujeitos e que tais relações não podem ficar à margem do interesse jurídico-penal (*idem*), o novo paradigma enfrenta um dogma da racionalidade penal, que sempre justifica a impossibilidade do recurso à reações penais não-punitivas, justamente, na separação radical entre o direito penal e o âmbito privado. O reconhecimento do valor da norma expressa no preceito penal é comunicado através dessas inter-relações pessoais, as quais imbricam-se com as expectativas de uns em respeito ao comportamento de outros, do que infere-se que a necessidade de revalidação das normas em face de uma conduta desviada, pode ser suprida por meio de uma atividade comunicativa que permita às pessoas, dentro suas capacidades e da forma que lhe seja possível, interpretar o conflito que vivenciaram e propor uma saída para retornar dele ao consenso.

No pólo oposto da reação penal punitiva e verticalizante, a mediação oferece a possibilidade de uma reação negociada que inclua a reparação-conciliação e surge como um mecanismo fundamental para restabelecer as relações de reciprocidade e reconhecimento mútuo; um meio para equilibrar as relações rompidas pela prática de um crime. Esse reconhecimento mútuo pode trazer um acentuado efeito preventivo-geral, muito maior do que o efeito simbólico da ameaça da pena que, numa sociedade complexa e plural, só pode ser atingido por meio de um esforço comunicativo que se desenvolva num ambiente livre de coerções e ameaças, o que não se vislumbra no âmbito do processo penal (basta lembrar que qualquer manifestação das partes é precedida de avisos solenes do juiz, advertindo acerca dos ônus que suas palavras, seu silêncio, seus gestos podem trazer).

O significado da reação penal, nessa perspectiva comunicativa-relacional, deve ser assinalado em sentido amplo, seguindo a proposta de Guadalupe Sanzberro (1999, p. 341), de englobar não só as decisões sobre a sanção aplicável, mas também o conjunto de decisões prévias, pautas de atuação e princípios que a regulam (e eventualmente resul-

tem na sua desnecessidade). Na construção da autora, é *através da reação penal que se expressa a vigência da mensagem normativa*. A mensagem normativa está contida no preceito e transmite-se com a deflagração dos mecanismos jurídico-penais de controle, dentre os quais, necessariamente, inclui-se a mediação, conforme demonstrou Dieter Rössner em estudo já mencionado.

No paradigma punitivo, a reação penal é a confirmação da ameaça (de pena) e, por consequência, a mensagem normativa somente é transmitida pela aplicação da pena. A simplicidade dessa construção, talvez, tenha feito sentido em outros tempos, em sociedades mais simples, estáticas e homogêneas, com um grau de tensão social mais reduzido. Contudo, atualmente, o raciocínio simplório estímulo-resposta, onde o estímulo é a pena e a resposta o comportamento conformado à norma, não se sustenta, seja pela sua inflexibilidade, seja por prescindir da valoração de outros fatores que favoreçam a aceitação social de reações não-punitivas, tal como o perdão judicial, instituto em completo desuso no ordenamento. Mas não é só: o *déficit comunicativo*, já mencionado, transforma-se num *curto-circuito comunicativo* quando o direito penal foca sua mensagem normativa na pena: a mensagem transmitida está contida no preceito, mas o meio de comunicação escolhido é a consequência do descumprimento do preceito, ou seja, utiliza-se apenas uma parte, para comunicar a validade do todo. Na criminalidade violenta, o curto-circuito é maior: a mensagem é não pratique a violência, o meio de transmiti-la é uma reação violenta!

Christa Pelikan (2003, p. 73) busca no pensamento de Luhmann uma importante contribuição para a construção do paradigma restaurativo: a função da lei é a estabilização contra-fática das expectativas normativas. Expectativas normativas, que são geradas a partir de um denominador comum, a lei, no caso, o código penal, que cumpre a função unificadora e orientadora, a qual só pode se concretizar diante de uma situação concreta de rompimento (prática de um delito) que, então, faz surgir a função principal da lei: fornecer “ao potencial queixoso/parte ofendida uma forma ou meio de comunicação que possa ser usado para assegurar os seus interesses” (idem). Assim, se o uso de violência para resolver os conflitos é ilegal, as vítimas podem usar esta interdição de violência como um meio de comunicação, o que representa um “recurso importante, muito mais importante do que ‘ir a tribunal’” (idem). O envio de um caso à mediação e a consentimento em participar é um “sinal” de que a norma começa a ser confirmada; a obtenção de um acordo restaurativo, ratifica o sinal, recupera o equilí-

brio e estabiliza as expectativas, tornando a pena absolutamente desnecessária e ilegítima.

Chega-se, portanto, ao significado desse componente comunicativo-relacional: a lei penal transmite expectativas de comportamentos aos cidadãos, contudo, numa sociedade plural e extremamente heterogênea, a leitura dessa mensagem formal não é inequívoca, unânime, ou seja, não é consensual, embora tenha a pretensão de ser. O dissídio em relação à mensagem normativa revela-se, da maneira mais aguda, com a prática de um fato rotulado como crime; assim, cada conflito, conforme Adolfo Ceretti, será sempre contraposto ao poder unificante da lei, cuja validade deve reafirmar-se, então, pela busca de “uma linguagem compartilhada, capaz de traduzir e interpretar os dialetos das partes em conflito” (2002, p. 12). Aquela pretensão ao consenso, que, enfim, significa harmonia e pacificação, pode ser melhor atingida por meio da gestão comunicativa e relacional do conflito.

Por fundar-se na gestão comunicativa do conflito, a mediação pode agir como fator de estabilização social, como instrumento de veiculação do consenso. Nessa perspectiva, o ofício de mediação surge como esfera pública onde produz-se reconhecimento recíproco entre as pessoas, propagado sobre a forma de discurso; esclarecimento e confirmação de reivindicações legítimas geradas ao redor de expectativas normativas transmitidas pela lei, de forma muito mais concreta e palpável do que poderia fazer uma sentença penal condenatória confirmada apenas muitos anos depois. Por isso Christa Pelikan reafirma que a “mediação vítima-agressor ou outros procedimento de justiça restaurativa podem transmitir a mensagem de que a reivindicação legítima da vítima é apoiada pela sociedade”, sem, ainda, constituir-se numa justiça centrada nos ofensores, nem centrada só nas vítimas, pois

... todo o esforço e idéias subjacentes almejam ir além da orientação para o agressor e além da orientação para a vítima. É sobre interação, é sobre trabalhar em conjunto para alcançar a compensação, por vezes até a reconciliação, é sobre esforçar-se para resolver as questões que resultaram do crime (2003, p. 74).

Esse esforço de interação pode ser considerado como um imperativo de convivência pacífica no mundo moderno, em que o distanciamento, a exclusão e o medo tomaram o lugar de sentimentos como a solidariedade e a compreensão, não há como debitar ao poder abstrato da ameaça de pena todas as possibilidades de ampliação dos espaços

de consenso. Heinz Messmer alerta para o fato de que a necessidade de punir está ligada a valores obsoletos, alocados dentro de um senso de justiça compartilhado e mútuo que já não mais atende suficientemente as demandas de uma sociedade complexa e rapidamente mutável, a qual requer uma compreensão verbal sobre as normas consensuais, mais do que nunca (1992, p. 474). Essa constatação, segue Messmer, implica que “respostas corretas ao comportamento desviado requerem negociação sobre a orientação normativa como uma premissa de intervenção”; negociação que funcionaria como base material para o conhecimento de um senso de justiça, que só pode ser alcançado e estendido através de perspectivas de vida orientada comunitariamente (idem). Logo, essas interações, necessárias e atualmente bloqueadas pelo hábito de punir, poderiam assegurar o conhecimento, a compreensão como pré-requisito essencial para uma apropriada aplicação da lei em determinado contexto problemático, focando em suas causas, o que, para Messmer, talvez nos levaria a perceber que a punição não tem efetividade.

Por fim, retomando aquela proposta de fazer um caminho inverso, da sanção de volta ao preceito, o debate acerca da pacificação das relações sociais por meio do direito, fundado numa concepção democrática e participativa da sociedade, não encontra espaço para desenvolver-se no âmbito do monólogo processual penal. No aspecto comunicativo, o monólogo ocorre pois não há livre comunicação entre as partes. Há, ao contrário, uma rigorosa e excludente seleção de informações a serem “debatidas”, dentre as quais não se inclui o valor protegido pelo preceito penal. No aspecto relacional, o processo penal limita a questão ao rompimento da lei e aprofunda-se essa limitação ao prever que a esse rompimento a única reação é a pena, cuja aplicação raramente conecta-se ao valor expresso pelo preceito, manifestando-se simplesmente como ato de autoridade devido a quem desobedeceu a lei. Ao reverso, com a mediação, permite-se ressaltar o valor autônomo do preceito, ou como diz Sanzberro, “a mensagem normativa que contém as condutas desvaloradas do ponto de vista penal”, pois, “as normas penais contém uma mensagem sobre o que uma sociedade, em um momento histórico e cultural determinado, considera pressupostos fundamentais para sua convivência” (1999, p. 356).

O estudo da chamada questão criminal, atualmente, não pode desprezar da necessidade de abater o sentimento de insegurança dos cidadãos. Insegurança que, no entanto, não pode ser concebida como resultado único e direto da ausência ou fraqueza da repressão estatal,

tal como propagam o senso comum e os discursos midiáticos. É verdade que um fator relevante de insegurança nas relações sociais é o rompimento com aquelas expectativas essenciais de comportamento dentro do grupo, geradas a partir da mensagem normativa. Por isso mesmo, essa mensagem dos preceitos penais “expressa a necessidade de manter determinadas expectativas recíprocas de comportamento para que a convivência em sociedade se desenvolva de modo pacífico” (idem), logo, não é razoável reduzir a função das normas penais à ameaça da pena, que não aparenta qualquer função estabilizadora, somente intimidadora. Este enfoque, reducionista em tudo, limita as possibilidades de desenvolvimento do ser humano e seu processo de motivação a uma só dimensão, aquela do castigo, da punição, como única *ratio*, aprofundando o isolamento do direito penal em relação a outros instrumentos de controle social extrapenais e extrajurídicos.

Conforme será demonstrado adiante, existem indicativos otimistas de que a mediação penal e outras práticas restaurativas, reforçam a sensação de segurança, a confiança no ordenamento jurídico e na efetividade da justiça em graus muitos mais elevados do que os pífios resultados vividos e sentidos após séculos de prevalência do modelo punitivo. Além disso, cumprindo sua missão comunicativa no sentido de redução da violência, contribuem decisivamente para reduzir as demandas por punição e pela severidade das penas, as quais, reconhecidamente, compõem e alimentam o ciclo de violência crescente.

1.4.4. O mediador

Todo o exposto suscita enorme curiosidade sobre a figura do mediador. Num ambiente completamente novo, distinto dos palácios de justiça e livre de uma autoridade centralizadora e verticalizante, a função do mediador, como elo entre a atividade de mediação e o sistema formal de justiça, merece uma atenção especial.

Usualmente, o mediador é intitulado como *facilitador*. Esse termo bem traduz o seu papel primordial, que é facilitar a comunicação e a compreensão entre as partes e, ainda, contém um significado mais profundo: o mediador não tem poder, ou melhor, não exerce poder sobre as partes ou sobre o procedimento; daí a expressão muito comum na doutrina italiana para se referir ao mediador penal: *mediatore senza potere*. Se a mediação é um instrumento de *empowerment* das partes e baseia-se em valores de deliberação e participação, a presença de uma autoridade revestida de poderes diretivos, obviamente, inibe as carac-

terísticas mais marcantes e transformadoras da mediação. Assim, o papel inicial do mediador é encontrar as partes separadamente, escutar as respectivas experiências e vivências relativas ao fato em questão e expor a mediação como possível via de solução (MOSCONI, 2000, p. 59). Neste momento, o mediador colhe o consentimento das partes e a definição quanto ao método, direto ou indireto, e começa a avaliar se existe terreno viável para as partes elaborarem uma solução conjunta para o problema.

Durante as sessões de mediação, direta ou indireta, o mediador deve manter-se neutro e seu papel principal concentra-se na fase de preparação, onde ele procura colocar em evidência os pontos de vista distintos, focar as questões que possibilitem conhecer as razões do conflito e, principalmente, definir a modalidade de discussão sob regras mínimas, como o uso de linguagem respeitosa, não interromper a fala do outro, estabelecer um tempo para as deliberações, etc.

Ao início da sessão, considerando que o método não-diretivo é o mais adequado às metas deste estudo, B. Bush e Folger propõem uma única formalidade: uma declaração inaugural do mediador, na qual ele deve deixar claro que o objetivo principal da sessão não deve concentrar-se na realização de um acordo (1996, p. 181). Daí em diante, o mediador deve, no máximo possível, reduzir sua influência sobre as discussões ou, ainda com Bush e Folger, canalizar sua natural influência para garantir que o resultado permaneça nas mãos das partes (idem, p. 163) e tentar garantir que todos entendam o que está sendo discutido e as possíveis conseqüências da formalização do acordo. Essa é a neutralidade esperada do mediador.

Sem perder de vista que os autores mencionados defendem o enfoque transformador, no qual o êxito da mediação ocorre quando: (i) as partes obtenham a consciência de revalorização e reconhecimento que lhes foi oportunizada durante a mediação; (ii) as partes estejam esclarecidas quanto às metas, alternativas e recursos para, em seguida, adotar uma decisão refletida, livre e informada acerca de sua decisão e (iii) a mediação tenha viabilizado que as partes outorguem-se conhecimento, quando sua decisão manifeste-se nesse sentido (idem, p. 149). Esta observação demonstra que a importância da atividade do mediador está no método, no escopo do projeto de mediação e naquilo que é definido como êxito.

Outro aspecto a se destacar é a sua atuação como reforço ao componente “comunidade”, o qual, consoante já exposto, é fundamental para a concretização do novo paradigma. Os mediadores, normalmen-

te, são selecionados e treinados dentre leigos ou mesmo voluntários,²⁷ o que possibilita que sua participação como facilitadores represente, ao menos um pouco, o sentido do envolvimento comunitário. Essa construção é sugestiva no sentido da “desprofissionalização” ou da “desburocratização” do contato com as partes em conflito e também entre elas, apoiada na proposta de Nils Christie, em seu célebre artigo *Conflicts as property*, no qual defende que a especialização na resolução dos conflitos, que desembocou na profissionalização extrema dessa função, bloqueou a possibilidade de as pessoas confrontarem-se diretamente com os problemas que lhes atingem e compreendê-los, criando uma “dependência dos profissionais dentro do sistema de controle penal” (1992, p. 176), os quais, na linha de tudo o que vem sendo debatido, apropriaram-se dos conflitos. A maior utilização de profissionais leigos ou não tão especializados na técnica processual é, justamente, uma das propostas de Christie para desinterditar o processo de compreensão e resolução dos conflitos por aqueles que diretamente sofreram suas conseqüências. Nessa hipótese, o mediador é mais membro da comunidade e menos parte de um órgão estatal; está mais próximo do sentimento comunitário do que juízes e promotores.

Ainda nessa linha, nos grandes centros urbanos, os mediadores selecionados na comunidade têm uma condição muito maior (do que juízes, promotores e advogados) para captar as particularidades situacionais de determinado problema e permitir que estas pautem a discussão. Na verdade, essas circunstâncias sequer interessam para os operadores da justiça penal, que, em regra, anulam os aspectos contextuais e subjetivos de um fato ao encaixá-lo em *standards*, como, por exemplo, a jurisprudência. Simplificando, as possibilidades de comunicação entre o mediador e as partes são muito mais amplas e facilitam o encontro de uma linguagem comum (para interpretar o crime) e radicada mais nas aspirações da comunidade do que nos códigos de interpretação dos tribunais.

Como fortalecedor da participação comunitária, o mediador contribui para a construção de uma nova ordem simbólica, que se define por meio da individualização dos valores compartilhados, na direção da busca de vantagens recíprocas (MOSCONI, 2000, p. 60), que viabilizam a adoção de uma solução também compartilhada. Enfim, o

²⁷ A formação e seleção dos mediadores é uma discussão polêmica. Mas não será desenvolvida neste trabalho, uma vez que diz respeito mais a aspectos organizativos, cujo debate seria um passo seguinte, adiante da formulação teórica e da discussão acadêmica.

mediador é o terceiro neutro, facilitador da comunicação, que não pode impor ou sugerir uma solução (o que remeteria ao modelo arbitrário de exercício de poder) e atua para atingir dois objetivos, bem sintetizados por Grazia Mannozi (2003, p. 353): (i) reconstruir o espaço comunicativo intersubjetivo e (ii) ajudar réu e vítima a encontrarem uma base interpretativa comum a respeito do fato/crime que os leve à superação do conflito.

1.5. Relação entre mediação e justiça restaurativa

Diante de dois conceitos abertos e cuja natureza identifica-se pela inexistência de uma definição teórica única e por desenvolvimentos práticos assimétricos, parece necessário estabelecer um liame claro entre as duas idéias, muito embora, ao longo do que se debateu até aqui, fique mais ou menos aparente os pontos de contato entre a justiça restaurativa e a mediação.

A justiça restaurativa abarca uma série de práticas, dentre as quais a mediação, mas, por ser um modelo em construção e em constante mutação, não há como delimitá-la a esta ou aquela medida. Basta ver medidas como *sentencing circles* e *family-group conferences*, muito utilizadas nos programas restaurativos do Canadá, Austrália e Nova Zelândia. Por outro lado, mesmo a mediação penal também pode ser aplicada em diversos âmbitos, bastando lembrar da mediação penitenciária, aplicada no âmbito das instituições carcerárias, com a finalidade de melhorar as condições de cumprimento da pena e viabilizar benefícios para o condenado. Logo, a relação entre ambos os conceitos deve ser estabelecida a partir de premissas teóricas já expostas: a justiça restaurativa como um novo paradigma, calcado em princípios que podem ser efetivados por meio da mediação penal, tomada, então, como a alternativa mais viável e adequada para sustentar o novo paradigma, sem recorrer nos defeitos do antigo.

David Miers confirma que “o conceito de justiça restaurativa é mais restrito do que o conceito de mediação, uma vez que se confina à área criminal”, mas, por outro lado

... é mais amplo pelo facto de contemplar uma variedade de possíveis respostas por parte do infractor que nada têm a ver com mediação, como sejam a indemnização determinada pelo tribunal ou a prestação de trabalho tendente à reparação, quer como medi-

da de diversão, quer como parte de um acordo integrado na sentença (2003, p. 52).

Essa exposição adianta uma das razões que sustentam a relação estreita entre mediação e justiça restaurativa: existem medidas restaurativas que podem cumular-se às medidas punitivas, indicando uma possibilidade de *bis in idem* e, mais do que isso, sobrepondo dois modelos cujas bases, cujas racionalidades, são inconciliáveis. A mediação penal, por sua natureza extrajudicial e pré-processual, mantém a separação funcional entre ambos os modelos, evitando os riscos da sobreposição (até porque, no confronto entre uma racionalidade de diálogo e outra de força, a segunda acabará por sufocar a primeira), diminuindo a estigmatização do ofensor, e preservando os enunciados mais importantes da justiça restaurativa, tais como a recuperação de um papel ativo no sistema de justiça, a mudança de objeto (“o crime é primariamente um conflito entre indivíduos, resultando em danos à vítima e/ou à comunidade e ao próprio autor; secundariamente, é uma transgressão da lei”); o objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime, etc.

Além disso, a neutralidade do mediador e a confidencialidade das discussões ocorridas na sessão da mediação, operam como garantias na hipótese de o caso voltar para o sistema formal de justiça e, ainda, são elementos que conferem maior potencialidade ao modelo, pois, muitas vezes, o ofensor, descoberto dessas garantias, tentará evitar assumir a responsabilidade pelo fato, o que inviabilizará uma solução consensual e, antes disso, poderá bloquear a discussão livre entre as partes, criando um clima de desconfiança mútua.

Ainda no âmbito da justiça restaurativa, o mero ressarcimento material, a restituição ou a reconciliação podem ser aceitas como respostas viáveis, mas reduzem o horizonte comunicativo e relacional que a mediação amplia. Por isso, pode-se até falar em ressarcimento ou reconciliação, que continuam a ser finalidades legítimas, desde que também a mediação venha a ser considerada não somente um meio, “mas o fim de uma atividade que prevê a ativação e criação de um contexto no qual vítima e autor de um crime se encontram e se confrontam” ao redor do conflito que as envolve (SCARDACIONE; BALDRY; SCALI, 1998, p. 14). Reforçando a prevalência de mediação penal como pilar de sustentação do novo paradigma, vejamos a conclusão de Scardacione, Baldry e Scali (1998, p. 22):

... a mediação representa a modalidade de aplicação da justiça restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo penal pelas partes, enquanto outras formas de justiça restaurativa permanecem fundadas na função de autoridade do Estado.

No mesmo sentido, Umbreit e Roberts (1997, p. 64), consideram que a mediação vítima-ofensor é uma das mais importantes expressões da justiça restaurativa.

Outro argumento em prol da construção mediação/justiça restaurativa, é aquele sublinhado por Haley (1992), Rössner (2000) e Ceretti (2002), dentre outros: a mediação sempre foi um aspecto normal da vida em sociedade, uma atividade cotidiana de troca entre expectativas recíprocas e da convivência pacífica, que foi progressivamente suprimida pela apropriação do conflito pelo soberano e pela necessidade política de concentração de poder e substituído pela atitude autoritária e hostil da justiça punitiva, que expurgou da administração da justiça o conceito de mediação. Na atualidade, Haley menciona como exemplo dessa realidade, o Japão, onde não há programas oficiais de MVO (mediação vítima-ofensor), não há treinamento de mediadores, nem estudos, mas, mesmo assim, as agências judiciais praticam a mediação por meio do incentivo ao perdão, à conciliação e à restituição, em momentos extra judiciais, sendo que tribunais aceitam, sem problemas, o resultado mediado.

Contudo, o que merece maior destaque nessa relação é a possibilidade da mediação conferir modernidade à justiça restaurativa, o que pode parecer mero exercício de retórica, mas não é. Como visto no tópico 1.2, o surgimento da justiça restaurativa tem raízes em práticas antigas de resolução de conflitos e em métodos de justiça de povos nativos de alguns países. Essa origem, levanta algumas ressalvas quanto ao novo paradigma representar uma possível “volta ao primitivo”, aniquilando os progressos vivenciados com a evolução de nossa civilização. Sem questionar tais progressos – o que seria viável, ante o quadro de iniquidade e distribuição de injustiça patrocinado pela justiça penal –, há que se admitir que a complexidade da sociedade acentuou-se de forma vertiginosa nas últimas décadas, o que coloca sérias dúvidas sobre a implementação de métodos informais de justiça, supostamente mais apropriados para sociedades mais simples e estáticas. Essa dúvida não procede, por duas razões.

A primeira remete ao pensamento crítico da criminologia que, incessantemente, desnudou as funções latentes do sistema penal, colo-

cando o atual modelo numa posição pouco sustentável. Vale dizer, mesmo que não haja evidências seguras de que a justiça restaurativa possa resolver todos ou grande parte dos problemas a que se propõe, o modelo vigente já deu reiteradas mostras de seu fracasso e de seus elevados custos sociais, o que, por si só, justifica a (re)construção de um novo.

A segunda razão aponta para a ótica moderna da mediação. A inflexibilidade (de forma e conteúdo) da intervenção punitiva não só aprofundou o déficit comunicativo entre o sistema de justiça e os cidadãos, como é o ponto crítico da crise de nossos sistemas de regulação social. A justiça punitiva formatou-se em torno de uma concepção homogênea e unívoca das relações sociais, impondo um modelo decisório vertical, autoritário, intolerante e não-participativo de resolução dos conflitos. A sociedade pós-moderna clama por diversidade, pluralismo e ampliação dos espaços democráticos. Pluralismo que não é correspondido por meio das lógicas binárias simplistas da justiça penal: culpado/inocente, crime/pena, etc.

Embora, desde Beccaria o direito penal tenha incorporado a noção de livre-arbítrio, só utilizou-a para aumentar as possibilidades de criminalização e punição da clientela selecionada da justiça. O livre-arbítrio para exercer ou não o direito ao processo ou para, minimamente, influir nas pautas de decisão que vão habilitar o exercício do poder punitivo, não penetrou no direito penal, tanto para os ofensores, quanto, de forma mais dramática, para as vítimas.

Messmer e Otto (1992, p. 12), enfocam a mediação penal justamente sob o signo da pós-modernidade, observando que com o declínio dos valores tradicionais da sociedade, aumentaram as necessidades de auto-afirmação das normas. Necessidades as quais, ao invés de serem impostas em forma de ordens, devem ser também negociadas, pois, na sociedade atual, o lado comunicativo tornou-se o foco do problema. Vista da perspectiva de integração social, então, a mediação é mais do que uma maneira de intervir para manter a ordem ou restabelecer a paz sob a lei: sua expansão na prática judicial pode estabelecer novas atitudes na direção do comportamento criminal, tanto nos “controlados, quanto nos controladores”.

Por isso, Grazia Mannozi enfatiza que a mediação não pode ser considerada com vestígio do passado, recordação da regulação de conflito das sociedades simples, ou uma filiação “pragmática” da ordem “imposta”: na ótica moderna, representa, mais que tudo, um modo realmente “secularizado” de pensar a justiça e, mais ainda, um método

democrático de confrontar a complexa dinâmica das relações sociais (2003, p. 22).

As linhas de pesquisa mais atuais no tema de prevenção criminal confirmam essa impressão. Theodomiro Dias Neto, nota que a sociedade de risco (ou pós-moderna) exige o redirecionamento das estratégias de controle do crime no âmbito penal (2005, p. 31), criando novos “espaços públicos de liberdade onde o poder possa ser questionado e os temas relevantes possam adquirir visibilidade e ser objeto de deliberação coletiva” (idem), sendo absolutamente viável entender que esse poder inclui o poder punitivo e o crime seja um desses temas relevantes. Dias Neto continua que os fundamentos desses novos espaços públicos estão na Constituição, “mas a sua existência e vitalidade dependem do exercício constante das liberdades públicas” e da possibilidade de os cidadãos tratarem de seus problemas pela linguagem da política, “ou seja, por meio de ‘palavras e persuasão’ e não da ‘força e violência’” (idem, p. 41). A sinalização é evidente no sentido do paradigma restaurativo, na direção da criação de espaços públicos de diálogo e mediação.

Diga-se, ainda, que ao contrário do que pode parecer, a mediação penal é mais recomendada para o contexto social dos grandes centros urbanos, do que para as áreas remotas e cada vez mais raras de pequenas comunidades. A preocupação central na mediação é a abertura de um “espaço-comum” e o estabelecimento de uma linguagem compartilhada, fatores que encontram uma carência muito maior nos centros urbanos, nas sociedades mais complexas e dinâmicas, nas “cidades de muros” (CALDEIRA, 2003), onde as arenas públicas e os espaços de convivência comunitária são cada vez mais escassos e seletivos. Nas pequenas cidades ou nas “antigas sociedades”, tais espaços ainda estão, em maior medida, preservados, o distanciamento entre as pessoas é menor. E, a mediação, por meio do valor encontro, visa precipuamente encurtar a distância entre as pessoas, distância que o processo judicial adversarial só aumenta. As diversas tensões sociais, derivadas do isolamento vivido nas cidades “grandes e modernas”, são agravadas no âmbito hostil da justiça penal, surgindo a mediação como um possível remédio para enfrentar tais tensões num ambiente diverso, menos hostil, menos ameaçador (lembre-se sempre da ameaça de pena...) e mais inclusivo.

Giuseppe Mosconi reconhece que, quando se fala de mediação, surge a idéia difusa de um “direito fraco e mitigado”, o que é uma impressão equivocada, pois a flexibilidade da mediação.

se funda essencialmente na constatação de que estamos diante de uma realidade sempre mais complexa, que não pode ser governada e reduzida, segundo a hipótese de Luhmann, pelo instrumento jurídico, mas requer, mais do que tudo, uma extrema flexibilidade do direito em relação à complexidade social (2000, p. 53).

Nesta ótica, considera-se a pluralidade de valores, de opiniões, de culturas e de instâncias, que recomendam novas formas sociais de produção do direito, as quais podem referir-se ao papel do juiz, mas também podem aceitar outras figuras, como o mediador (*idem*).

Ainda há outro fator a ser ponderado, a inflação legislativa penal, que resultou na sobrecarga de trabalho para as agências judiciais, fez surgir uma forte pressão para a implementação de mecanismos processuais evasivos inócuos ou medidas meramente deflativas (transação penal, p. ex.) e impulsionou movimentos pontuais de despenalização e, em menor escala, de descriminalização, mal planejados, os quais, em geral, apenas retiram certas situações do âmbito do controle público, remetendo-as para um vazio e, por isso, não satisfazem as necessidades de regulação social dessa sociedade complexa e conflitiva, como, em tese, pode fazer a mediação.

1.5.1. Relação entre mediação e direito penal

À primeira vista, é comum ao penalista conceber a mediação penal como mais um instrumento processual de solução de conflitos, razão pela qual, urge uma distinção inicial para afastar essa primeira idéia de que a mediação seria um tema localizado e restrito ao processo penal. Como já foi dito, é preciso evitar qualquer intenção de instrumentalizar a mediação em face do processo penal, pois isso subverteria sua natureza eminentemente extraprocessual e, ao final, a reduziria como mais um mecanismo de evasão ao processo, tal qual a transação penal da Lei 9.099/95.

Aliás, é da análise do fracasso do modelo de “justiça consensual” introduzido pela Lei 9.099/95 que Miguel Reale Jr. extrai a lição que não se justifica o enquadramento desses institutos sob a ótica processual, tendenciosamente utilitarista e limitadora, a qual reforçou uma

visão reducionista do acordo e da conciliação, da transação e da suspensão do processo, como questões exclusivamente processuais, quando, na verdade, são penais e de filosofia do direito ...

sobre a qual “promulgou-se a Lei 9.099/95, vista a questão por seus autores, pelos comentadores e aplicadores como mero instrumento de alívio do acúmulo de processos” (2002, pp. 19-20). Reale Jr., traz como exemplo contundente de como o vício da processualização pode distorcer a essência dos movimentos de informalização da justiça calcados na participação ativa dos jurisdicionados na resolução do conflito, a consideração da suspensão condicional do processo como direito público subjetivo do acusado, o que esvaziou o sentido do instituto como meio de negociação e acordo e, mais uma vez, excluiu a vítima e a reparação do dano (expressamente prevista como requisito à sua aplicação) do âmbito penal.

Bernd Schünemann (2000, p. 44) esclarece que “os pré-requisitos para que a restituição ocupe o lugar da punição são, entretanto, não um problema de processo, mas da lei penal substantiva”. O acordo obtido através da mediação afeta os critérios de carência e necessidade da tutela penal, de tal forma que o resultado seria a renúncia à tutela, seja pela satisfação da vítima, pela reparação do dano ou pelo alcance de finalidades preventivas, derivado da estabilização das expectativas normativas. Mesmo a interpretação do princípio da *ultima ratio*, considerado como uma barreira para a intervenção penal quando outros meios de tutela tenham tratado a situação satisfatoriamente, indica que a mediação deve ser compreendida como uma reação penal autônoma, cujo êxito impede a legitimação do exercício do poder punitivo, que inicia-se com a instauração dos procedimentos penais judiciais. Contudo, a concepção da mediação indica mais para um modelo integrado de ciências penais, reconhecendo as necessárias imbricações entre direito penal e processo penal.

Albin Eser (1992), discorrendo sobre as disposições de proteção/reparação à vítima que levam à atenuação da pena ou mesmo à sua renúncia, ratifica que é no direito material que a solução reparatória produz seus efeitos, observando que esta é a solução adotada por vários países que já aplicam tais dispositivos. Em suma, o enfrentamento exitoso do caso em sede de mediação penal pode interferir na relevância penal do problema, atenuando-a ou eliminando-a. Não há, de fato, uma separação fixa e auto-excludente entre as esferas de mediação e punição, a relação entre ambos os campos é marcada por uma constante tensão, assim descrita por Peter-Alexis Albrecht (2000, p. 98): num primeiro momento, o Estado deve atuar como mediador, abrindo espaço para a busca do consenso acordado entre as partes, então, se isso não é possível, o conflito retorna para a sociedade sob o contro-

le do Estado penalizador. Essa tensão, para Albrecht, é expressão natural do princípio da *subsdiariedade*, cujo alcance se reflete no direito material, e que também deve ser concebido por meio na redistribuição de poder entre o público e o individual; tensão que, enfim, está fundada naquela preocupação central de justiça penal: limitar a execução de poder (idem, pp. 92-99).

Outra confusão recorrente é a identificação da mediação com a *diversion* do direito anglo-saxão. Embora ambas tenham raízes semelhantes, não se pode classificar a mediação penal como uma forma de *diversion*. A *diversion*, assim como, em geral, todos os instrumentos classificados como medidas e penas alternativas ou substitutivos penais, tem como objetivo a mitigação da resposta punitiva em favor do réu, o que não é o escopo central da mediação, embora seja, evidentemente, um de seus fundamentos e, ainda, não considera a posição da vítima como elemento essencial. A reparação perde campo quando aplicada por meio de um instrumento que, embora válido, insere-se dentro da lógica do paradigma punitivo. Importante pesquisa realizada na Inglaterra, acerca dos instrumentos de reparação aplicados sob forma de *diversion*, amplamente utilizada naquele país, concluiu que o objetivo mitigatório *pro reo* reflete a prevalência do modelo retributivo, pois os tribunais continuam enxergando a reparação apenas como um meio de amenizar a resposta repressiva, o que acaba reforçando a marginalização da vítima; comprovando que os princípios restaurativos e retributivos não podem ser conciliados (GWYNN DAVIS, 1992, p. 454) e reafirmando a idéia de que a reparação não pode ser vista só como uma forma de auxiliar os ofensores a evadir-se da pena, mas como parte integrante do processo de realização da justiça.

Metodologicamente, Giuseppe Mosconi (2000, p. 64) oferece uma boa sistematização dos tipos de relação entre mediação e direito penal, os quais resumem, em geral, a divisão encontrada no restante da doutrina e nos projetos implementados:

- (i) relação de “total estranheza” da esfera de mediação em respeito à esfera penal, verificada em hipóteses onde é possível até o auto-encaminhamento das partes diretamente à mediação, cuja estrutura recebe o caso e não tem qualquer vinculação com o reenvio ou envio ao sistema de justiça, normalmente, não se tratam de mediação penal propriamente dita, embora possa ocorrer;

- (ii) complementariedade estrutural ou alternativa, onde há uma divisão de competência definida por matéria jurídica, verificando-se uma “coexistência pacífica” entre as esferas; e
- (iii) complementariedade funcional, vale dizer “onde não funciona um instrumento, entra o outro” e o funcionamento de um é, pelo menos indiretamente, orientado à boa operatividade do outro; aqui há uma constante tensão entre a mediação e o sistema formal.

A questão a responder para definir essa relação é: a mediação pode e deve substituir o processo e a pena?

A maioria dos estudos e pesquisas produzidos até o momento indicam que não. A mediação penal e a justiça restaurativa são encaradas como uma forma complementar de reação penal e não como um substituto penal. Aqui, é oportuno repetir a definição de Mireille Delmas-Marty (2004, pp. 12-13): a mediação penal está entre as “categorias vizinhas” do penal e mantém uma relação ambígua de proximidade e exclusão (do penal), pois “qualquer fracasso da mediação leva à recondução do caso ao sistema penal, na tentativa de impedir que a situação penal do delinqüente seja agravada devido a esse fracasso”. Assim, a mediação penal situa-se numa fronteira móvel ou, justamente, tem a pretensão de demarcar a fronteira da penalidade numa perspectiva mais humanista, menos inflexível e centrada na participação popular na administração da justiça.

Christa Pelikan sintetiza essa relação como *autonomia condicional* (2003, p. 76), pois a mediação delimita um espaço em que a justiça restaurativa conserve a sua autonomia e sua própria fundamentação lógica, diversa do sistema punitivo, mas, também, implica a conservação de outro espaço (subsidiário) para o sistema de justiça penal clássico, com a intenção de preservar suas virtudes e aperfeiçoar seus mecanismos.

Capítulo 2

Experiências, Modelos e Marcos Jurídicos de Referência de Mediação Penal, Justiça Restaurativa e Práticas Similares

2.1. Experiências práticas e projetos implementados. 2.1.1. Nova Zelândia: projeto pioneiro. 2.1.2. Os tribunais de menores e a experiência italiana. 2.1.3. Reparação-conciliação na Alemanha. 2.1.4. França: *Maisons de Justice* e *Boutiques de Droit*. 2.1.5. Austrália e Canadá: dois modelos em avanço. 2.1.6. América Latina. 2.1.7. A Comissão para Verdade e Reconciliação na África do Sul. 2.2. Marcos jurídicos de referência.

2.1. Experiência práticas e projetos implementados

Antes de analisar as experiências escolhidas para dar concreção às noções expostas no capítulo anterior, é imprescindível remeter à advertência de Geraldo Prado (2002, p. 91):

... a importação das soluções consensuais deve ser medida com cautela na América Latina, assim como sua idolatria deve ser precedida de aguda reflexão e séria pesquisa atinente aos efetivos destinatários das medidas e à estabilidade das resoluções dos conflitos.

Justamente por isso, refletindo acerca da realidade e da tradição jurídica brasileira, optou-se por abordar a mediação penal (i) sem vinculação necessária com uma solução consensual e célere e (ii) considerando os resultados de pesquisas acerca da operatividade real de cada projeto. Este, portanto, o enfoque preferencial das experiências resumidas a seguir, às quais devem ser precedidas de algumas observações fundamentais.

A pluralidade de métodos abarcados pela justiça restaurativa, evidencia a necessidade do controle público, garantindo o caráter estatal da função de controle do crime. Uma recente avaliação, feita entre abril e agosto de 2003 dos programas de justiça restaurativa na Europa (MIERS, 2003) demonstrou que o êxito dos programas depende muito da existência de linhas de orientação nacionais, visando uma uniformidade mínima de práticas adotadas, não com a finalidade de inibir a natural flexibilidade da mediação, mas com o objetivo de enfrentar uma preocupação constante em vários países: diminuir ou evitar a potencial

discrepância de tratamento em situações semelhantes, pois diversos pesquisadores notaram esse problema. Por isso, David Miers (2003, p. 59) finaliza essa avaliação consignando que

uma das indubitáveis conclusões deste exercício comparativo é a de que jurisdições que têm uma estratégia nacional a partir da qual se estrutura a implementação a nível local são normalmente mais seguras, bem geridas e bem sucedidas na sua intervenção.

Além de desenvolver padrões nacionais que assegurem o tratamento igualitário de ofensores e vítimas, o principal papel do Estado como administrador da justiça penal é o estabelecimento de critérios para adentrar naquela primeira fase (envio do caso para o ofício de mediação) e regras para recepcionar o resultado da mediação no ordenamento jurídico. Essas questões serão enfrentadas ao longo do estudo, primeiramente, com a exposição de experiências e marcos jurídicos de referência e, ao final, com a proposta de regulação legal.

2.1.1. Nova Zelândia: projeto pioneiro

A Nova Zelândia é considerada o país pioneiro na implementação de práticas restaurativas. Esse pioneirismo é devido, em grande medida, à reivindicação da população maori, em vista da desproporcional taxa de encarceramento de membros dessa comunidade em relação à população branca de origem europeia, pela aplicação de métodos menos invasivos no trato de adolescentes infratores, que não implicassem o afastamento do jovem de sua comunidade. Em uma tentativa de melhor compatibilizar o sistema de justiça da infância e da juventude com as tradições culturais do povo maori, foi editado, em 1989, o *Children, Young Persons and Their Families Act*, pelo qual passou a família a ser a instância privilegiada na tomada de decisões quanto às consequências derivadas da prática infracional do jovem. Esse novo marco normativo tem como objetivos incentivar a utilização de alternativas ao procedimento criminal, optar por medidas que fortaleçam ou, ao menos, não comprometam os laços familiares ou comunitários do jovem, reconhecer a idade como fator de mitigação da responsabilidade e preferir, tanto quanto possível sanções não restritivas da liberdade e considerar os interesses da vítima (TICKELL; AKESTER, p. 40).

De acordo com o *Children, Young Persons e Their Families Act*, a autoridade policial tem à sua escolha quatro opções de encaminhamen-

to quando apreende um jovem autor de um ato infracional (MAXWELL, 2005). A primeira alternativa é, simplesmente, advertir o jovem, de modo oral ou escrito. A segunda opção é o chamado encaminhamento alternativo – nesse caso, após receber o relatório do policial a cargo da investigação do ato infracional, um policial do *Youth Aid* (Departamento de Auxílio à Juventude) reúne-se com o jovem e sua família para a elaboração de um plano de ação, que pode incluir um pedido de desculpas, a reparação financeira do dano causado, doações a instituições de caridade, prestações de serviços à comunidade, inserção em programa de continuidade de estudos ou de treinamento profissional, instituição de toque de recolher ou qualquer outra medida adequada ao caso concreto. A terceira opção é a realização de uma *Family Group Conference* (FGC), uma reunião organizada por um *Youth Justice Coordinator*, empregado do Departamento de Bem-Estar Social do Child, *Youth and Family Services* (CYFS) que funciona como facilitador, da qual participa, além do jovem, sua família, imediata ou estendida, outros eventuais apoiadores, a vítima e seus apoiadores e um representante da polícia. A quarta e última opção é o encaminhamento do caso ao Tribunal de Jovens, o qual pode decidir por submeter o caso a julgamento ou realizar uma *Family Group Conference*, hipótese em que, além dos participantes comuns, poderá também estar presente um advogado nomeado pelo juízo e assistentes sociais, se necessário. A escolha do tipo de encaminhamento a ser conferido ao caso está sujeita à discricionariedade policial, que se vale de critérios como a gravidade do ato e o histórico do adolescente. Apenas no caso de homicídio é imperativa a remessa do caso diretamente ao Tribunal de Jovens.

Nos estudos realizados sobre a experiência neozelandesa, constatou-se que os índices de reincidência são de 9% entre os jovens advertidos, 16% entre aqueles encaminhados alternativamente pela polícia, 37% entre os participantes de conferências familiares e 51% entre aqueles submetidos ao Tribunal de Jovens (MAXWELL, 2005, p. 284). Verificou-se, a fim de evitar um novo envolvimento do jovem com atos infracionais, ser preciso garantir que o jovem se sinta envolvido na tomada das decisões, que concorde com o acordo deliberado e que tenha sido capaz de reparar o dano.

A experiência no âmbito juvenil estimulou a adoção de práticas restaurativas também no sistema de justiça adulto. Em 1995, foram implementados três projetos pilotos: o *Projeto Turnaround*, o *Projeto Te Whanau Awhina* e o *Community Accountability Programme*. O último deles segue o modelo das FGC, ao passo que os dois primeiros apre-

sentam algumas peculiaridades. No Projeto *Turnaround*, cujo público é composto essencialmente de brancos de origem européia, o encaminhamento para a realização do encontro restaurativo é realizado pelo magistrado, no primeiro comparecimento do infrator perante o tribunal. No Projeto *Te Whanau Awhina*, direcionado à população maori, a participação do acusado não interrompe, necessariamente a continuidade do procedimento formal, nem exclui a eventual aplicação de sanções adicionais. Ademais, a presença pessoal da vítima é rara, eis que se costuma, conforme a tradição maori, considerar como vítimas a família do próprio infrator e a sua comunidade. São objeto desses três programas crimes como roubo, ameaça, homicídio culposo na direção de veículo automotor, direção sob efeito de álcool, dano, furto e invasão de domicílio (MAXWELL, 2005, pp. 286-7).

Até o ano de 2005, havia 19 programas de justiça restaurativa para adultos na Nova Zelândia. Um dos mais importantes é o *Court-referred Restorative Justice Conference Pilot* (Projeto Piloto de Conferências Restaurativas por Encaminhamento Judicial), implementado desde 2001 nas cidades de Auckland, Waitakere, Hamilton e Dunedin. O encaminhamento para a realização de conferências restaurativas é feito pelos magistrados, nos casos em que o acusado admite a autoria da ofensa. São passíveis de indicação casos de crimes contra a propriedade cuja pena não ultrapasse dois anos e outras infrações cujas penas variam entre um e sete anos. Estão excluídas ofensas que envolvam violência doméstica e sexual. É necessária a presença da vítima, sem a qual a conferência não pode ter lugar. Uma vez realizada a conferência, é remetido um relatório ao juiz, o qual, no entanto, pode ou não considerar o resultado do encontro no momento da sentença. O juiz pode, ainda, optar, em vez de proferir a sentença, por suspender o processo até que o acordo seja integralmente cumprido.

2.1.2. Os tribunais de menores e a experiência italiana

O campo mais profícuo e possivelmente originário da mediação penal é a justiça de menores. Todos os países que a adotaram, iniciaram por esta área, na qual a mediação vem se desenvolvendo com mais força e não encontra os mesmos óbices que há na justiça penal comum. Em especial, destaca-se o trabalho desenvolvido no Tribunal de Menores de Milão e Turim, detalhado por Adolfo Ceretti (1996).

Mathiensen narra a experiência norueguesa dos “conselhos para resoluções dos conflitos”, utilizados em caso de delinquência juvenil,

onde o “serviço útil à sociedade” é imposto como forma de evitar a pena – embora pareça-se muito com sanção alternativa – e fazer com que o jovem repare o dano causado à coletividade, normalmente em casos de furto, atos de vandalismo e outros (1996, p. 184).

Existe uma explicação, talvez de cunho psicológico, para justificar o fato de que praticamente todos os projetos de justiça restaurativa e mediação penal na modernidade nasceram a partir dos tribunais de menores. George H. Mead, no estudo já mencionado, sublinha que, se, por um lado, a justiça penal “dos adultos” é marcada pela hostilidade em relação ao acusado, nos tribunais de jovens verifica-se a ausência da “parafernália do procedimento hostil” pois existe (ou existia, já que o estudo é de 1918) um senso comum de que os jovens merecem tratamento mais compreensivo, mais voltado para sua reeducação, pois o objetivo seria menos o castigo e mais a “obtenção de resultados futuros. Simplificando, os mais jovens ainda “têm conserto”. Para Mead, no tribunal de adultos essa preocupação é substituída pela hostilidade, pois este “não se propõe a reajustar uma situação social pervertida” e, por consequência, qualquer tratamento menos rude passa a ser visto como permissividade perigosa, leniência inaceitável.

Em virtude do princípio da obrigatoriedade da ação penal, consagrado no art. 112 da Constituição italiana, existem dificuldades institucionais, na Itália, para a implementação de programas de mediação penal. Não obstante, desde a metade da década de noventa, foram implementadas experiências de mediação penal no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, facilitadas pela existência de dispositivos legais, na legislação de menores, que viabilizam a aplicação de soluções alternativas. As primeiras experiências foram realizadas em Turim e Bari, oferecendo subsídios para outras iniciativas, dentre as quais se destaca a realizada em Milão. Em 1996, é idealizado, pelo chamado grupo promotor, composto de juristas, psicólogos e professores universitários, com o apoio do Tribunal de Menores, da Procuradoria da República para os Menores da Lombardia e de outras instituições atreladas ao sistema de justiça da infância e da juventude, o *Ufficio per la Mediazione di Milano* (Escritório para a Mediação de Milão), que entra em funcionamento junto ao Tribunal de Menores de Milão em 1998.

Na experiência de Milão, a mediação pode ser acionada em dois momentos distintos, vale dizer, antes ou depois do início do processo de apuração da infração (BRUNELLI, 2000, p. 67). No que diz respeito à mediação ocorrida antes do início do processo, ainda no contexto investigatório, há três dispositivos legais que permitem o seu desenca-

deamento. O primeiro deles é o art. 9 do d.p.r. 448/88, que permite que o juiz, ao reunir dados sobre a relevância social do fato e a personalidade do jovem, com o fim de melhor aferir seu grau de responsabilidade, valer-se, ainda que informalmente, do parecer de especialistas. Nesse sentido, pode o juiz requerer ao *Ufficio per la Mediazione* uma avaliação sobre a possibilidade de realização de uma mediação naquele caso concreto. O segundo dispositivo é aquele constante do art. 27 do d.p.r. 448/88, segundo o qual, em se tratando de um fato “tênue”, isto é, de pouca significância, e de um comportamento meramente ocasional do jovem, o Ministério Público pode requerer uma sentença de arquivamento, se considerar que o processo pode prejudicar seu desenvolvimento educacional. A mediação penal pode ser tomada em conta quando do requerimento do Ministério Público. Por fim, o terceiro dispositivo que viabiliza a realização da mediação antes o início do processo é o art. 564 do Código de Processo Penal italiano, que confere ao Ministério Público, nos crimes de ação penal privada, a faculdade de promover uma tentativa de conciliação entre as partes. Uma vez iniciado o processo, a mediação pode ocorrer por força do art. 28 do d.p.r. 448/88, do qual consta a previsão da suspensão do processo, a qual pode vir acompanhada uma prescrição do juiz para a reparação do dano ou para a conciliação do menor com o ofendido.

Mesmo quando a mediação é realizada antes do início do processo, é necessária a prévia constatação da responsabilidade do acusado. O magistrado coleta o consentimento do jovem acusado e de seus genitores no interrogatório ou na audiência e, se possível, também da vítima, encaminhando o caso ao *Ufficio per la Mediazione*. O mediador faz um primeiro contato, geralmente telefônico, com a vítima e, depois, com o ofensor, a fim de verificar a viabilidade da mediação e de elucidar às partes em que ela consiste. O mediador deve explicar que a mediação pode ser considerada pelo magistrado, mas não gera efeitos obrigatórios sobre o processo. Podem ser realizados encontros preliminares e, uma vez designada uma data, tem lugar a mediação, depois da qual é encaminhado ao juiz um informe em termos bastante sintéticos, em respeito à confidencialidade, com uma breve indicação acerca do resultado: se é “positivo”, “negativo”, “incerto” ou se a “mediação não foi efetuada” (BRUNELLI, 2000, p. 75). É possível, também, que o mediador envie informações ulteriores, se considerá-las relevantes ou a pedido das partes. O êxito da mediação não é medido apenas em termos materiais, considerando-se também a reparação simbólica, isto é, eventuais gestos direcionados a reconstruir positivamente a relação

entre as partes e que demonstrem uma mudança no relacionamento entre ambas (BRUNELLI, 2000, pp. 78-9). Como repercussões possíveis da mediação sobre o processo estão o arquivamento por irrelevância do fato e o perdão judicial (CERETTI, 1996, p. 106).

São exigências para a participação em uma mediação que o jovem infrator tenha, preferivelmente, entre 16 e 18 anos e que a vítima não tenha idade inferior a 14 anos. Ademais, estão excluídos os jovens reincidentes e aqueles dependentes de substâncias entorpecentes ou acometidos de doença mental (CERETTI, 1996, p. 107).

2.1.3. Reparação-conciliação na Alemanha

O complexo de noções e técnicas que se reúnem sob o título comum de justiça restaurativa tiveram seu desenvolvimento, na Alemanha, a partir do início da década de oitenta, quando floresceu a idéia de incorporação de métodos de conciliação entre vítima e ofensor na resolução de conflitos penais, na justiça criminal de adultos, e infra-cionais, na justiça da infância e da juventude.

A primeira fase desse desenvolvimento consistiu na realização de uma série de debates, discussões, jornadas e congressos sobre o tema. Destaca-se, pelo pioneirismo, o Congresso da Associação Alemã de Assistência na Prova (*Deutsche Bewährungshilfe – DBH*), sucedido em 1982, que, em 1983, deu origem ao Grupo de Trabalho Conciliação Autor-Vítima (*Arbeitskreis Täter-Opfer-Ausgleich*), o qual, a partir de 1986, passou a celebrar reuniões anuais, dedicando-se à formulação de linhas básicas de implementação da conciliação autor-vítima. Com base nesse trabalho, em 1992, a Associação Alemã de Assistência na Prova inaugurou, com o auxílio do Ministério de Justiça Federal, um serviço especial (*TOA-Service-Büro*) destinado a apoiar e assessorar iniciativas práticas de conciliação entre autor e vítima.

Importantes também, nessa fase de debates, o 19º Congresso Alemão de Tribunais de Jovens, realizado em 1983 com o incentivo da Associação Alemã em Apoio dos Tribunais de Jovens e Assistência Judicial de Jovens (*Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte um Jugendgerichtshilfe – DVJJ*), e o 55º Congresso Alemão de Juristas, ocorrido em 1984, do qual resultou uma recomendação que teve reflexos sobre debates posteriores e, em especial, sobre o 59º Congresso Alemão de Juristas, em 1992, durante o qual foi produzido o célebre Projeto Alternativo, versando especialmente sobre sanções penais não privativas de liberdade.

Depois dessa etapa voltada essencialmente à concepção de diretrizes sobre a conciliação vítima-ofensor, entraram em atividade os primeiros projetos-piloto de implementação dessa nova maneira de resolução de conflitos, desenvolvidos ora no seio de instituições ligadas à administração da justiça, ora de modo autônomo. O projeto pioneiro foi o *Täter-Opfer-Ausgleich* (Conciliação Vítima-Ofensor), iniciado na cidade de Braunschweig em 1985. A instância na qual o projeto foi implementado foi a Assistência Judicial de Jovens (*Jugendgerichtshilfe*), instituição integrante da Administração Pública, prevista no ordenamento jurídico alemão desde 1923, cuja atuação consiste em oferecer subsídios, por meio do exame das características pessoais e das circunstâncias sociais do jovem, à autoridade judicial quando da aplicação de sanção resultante da prática de ato infracional, bem como acompanhar o cumprimento da medida aplicada, a fim de promover a reinserção social do jovem. Tendo em vista a sobrecarga de casos sofrida pelos assistentes judiciais, o projeto de *Braunschweig* tinha entre seus objetivos institucionais o alívio dos tribunais juvenis quanto aos delitos de bagatela, a aceleração do procedimento, a redução dos custos da persecução penal e a acentuação da perspectiva social do trabalho da Assistência Judicial. Quanto ao jovem, o projeto tinha por fito capacitá-lo para a resolução não criminal de seus conflitos (SANZBERRO, 1999, p. 73).

Entre os projetos posteriores, destacam-se quatro. O primeiro deles se denominava *Handschlag* (aperto de mãos), tendo sido realizado na cidade de Reutlingen. Também inserido no âmbito da infância e da juventude, tratou-se de uma iniciativa do Instituto de Ciências da Educação da Universidade de Tübingen e da Associação Ajuda para Auto-ajuda, tendo contado com o financiamento do Ministério Federal da Juventude, Família, Mulher e Saúde. Por não estar institucionalmente atrelado à administração da justiça, no entanto, não havia garantia absoluta da suspensão do procedimento judicial, embora a conciliação fosse colocada como um meio de *diversion*.

O segundo projeto, realizado em Colônia, chamava-se *Die Waage* (a balança), tendo sido iniciativa da juíza de menores Ruth Herz, a qual criou a Associação para o Fomento da Conciliação Autor-Vítima – daí a peculiaridade do projeto, que forjou um marco próprio de atuação em vez de valer-se de organizações já existentes como os demais programas (SANZBERRO, 1999, p. 77). O projeto contou com o apoio da Associação Alemã de Assistência na Prova (DBH) e com a Associação Alemã em Apoio dos Tribunais de Jovens e Assistência Judicial de Jovens (DVJJ).

O terceiro projeto, sediado nas cidades de Munique e Landshut, foi denominado simplesmente de *Ausgleich* (conciliação). Tratou-se de um projeto implementado conjuntamente pela Promotoria da Infância e da Juventude, pelo escritório de proteção de menores de Munique, pela Assistência Judicial e pela Associação *Die Brücke* (a ponte), cujo objetivo estatutário era estimular a aplicação de medidas pedagógicas que, embora previstas em lei, eram pouco utilizadas pelas autoridades judiciais.

O quarto projeto, enfim, é o único entre os primeiros projetos surgidos direcionado especialmente a adultos. Foi implementado inicialmente na Assistência Judicial da cidade de Tübingen, mas expandiu-se, mais tarde, para cidades como Bochum, Düsseldorf, Hagen e Hamburgo.

Em vista dessas primeiras iniciativas, que se avolumaram no final da década de oitenta, houve, no início dos anos noventa, esforços de alteração legislativa dispostos a melhor acomodar a conciliação entre vítima e ofensor no ordenamento jurídico alemão, de modo a conferir-lhe efeitos jurídico-penais. Talvez a mais significativa modificação foi a dos §§ 153 e 153a da Lei Processual Penal (StPO), ocorrida em 1993 com a Lei para o descongestionamento da Administração da Justiça. O §153, antes mesmo da reforma de 1993, já tratava das chamadas infrações de pouca importância, as quais, no entanto, receberam novo tratamento. Tal dispositivo permite que o Ministério Público não proceda à persecução penal caso se trate de delito punido com pena mínima inferior a um ano ou multa (são os delitos pertencentes à categoria dos *Vergehen*), a culpabilidade do autor seja ínfima e não exista interesse público na persecução. Caso as consequências do delito tenham sido insignificantes, não é necessária sequer aprovação do tribunal para o arquivamento. O §153a, por sua vez, autoriza o Ministério Público a deixar de oferecer denúncia, com o consentimento do acusado, impondo a ele algumas condições, entre as quais figura a reparação dos danos causados pelo fato. Para tanto, é necessário tão-somente que se cuide de delito da categoria dos *Vergehen*, não sendo mais, a partir da reforma, exigida que a culpabilidade seja ínfima. Assim, são passíveis de arquivamento sob o cumprimento de obrigações, por exemplo, os delitos contra a honra, o aborto, o homicídio culposo, as lesões corporais leves, o furto, a apropriação indébita, os crimes ambientais, a receptação e a falsificação de documentos. Desse modo, embora não se fale expressamente em conciliação, se ela resultar na reparação do dano pode dar ensejo ao arquivamento do feito. Por assim dizer, o Ministério Público pode retardar o oferecimento da denúncia pelo prazo de até

seis meses, conferindo uma oportunidade de conciliação à vítima e ao ofensor, que, se bem sucedida, leva ao arquivamento do caso.

Uma outra reforma legislativa bastante importante no que toca à conciliação vítima-ofensor é a Primeira Lei de Reforma da Lei dos Tribunais de Jovens, de 1990, que alterou o § 45 desse diploma legal. Tal dispositivo já permitia que o Ministério Público prescindisse da persecução penal caso já se tenha realizado ou iniciado qualquer medida de caráter educativo, mas a reforma avançou no sentido de equiparar expressamente à noção de medida educativa os esforços do jovem para chegar a uma conciliação com o ofendido. Ademais, é possível que o Ministério Público promova o arquivamento do feito, se o jovem tiver confessado a infração e se o juízo assentir, com a imposição de instruções ou mandatos, dentre as quais foram incluídos os esforços do jovem para alcançar a conciliação, a reparação do dano e o pedido pessoal de desculpas. Assim, o jovem dispõe de seis meses para levar a cabo essas instruções ou mandatos, os quais, uma vez cumpridos, dão ensejo ao arquivamento do caso.

Por fim, cumpre destacar o § 380 da Lei Processual Penal (StPO), cujo conteúdo já integrava o ordenamento jurídico alemão desde 1851, na lei introdutória ao Código Penal prussiano. Esse dispositivo impõe a tentativa de conciliação como pressuposto ao exercício da ação penal privada, cabível em delitos como a violação de domicílio, a injúria, a ameaça e o dano. Assim, a conciliação é uma exigência legal nos crimes de ação penal privada, que só é elidida quando houver interesse público envolvido na persecução penal do delito.

2.1.4. França: Maisons de Justice e Boutiques de Droit

Ao contrário do que sucedeu na Alemanha, em que a implementação de práticas alternativas de justiça penal foi precedida de uma fase de aprofundamento teórico, na França, a origem das experiências que hoje se identificam como restaurativas foi eminentemente pragmática. Desde a década de oitenta, pela iniciativa de alguns magistrados e procuradores, surgiram em cidades francesas programas de mediação penal em um contexto de medidas mais tarde reunidas sob o título de “justiça de proximidade”, destinadas a promover uma maior penetração da justiça em localidades consideradas problemáticas (WYVEKENS, 2000, p. 17). Com a disseminação da mediação penal, foi ela regulamentada em uma circular de 1992 e, depois, consagrada na lei 93-2 de 1993, cujo art. 41 permite aos procuradores da República que re-

corram à mediação penal, com o consentimento das partes, quando for ela um meio apropriado à reparação do dano, ao apaziguamento do conflito e à reinserção social do autor do delito. Inaugurou-se, então, a chamada “terceira via”, tendo-se a mediação penal como meio termo entre o processamento em juízo e o arquivamento (FAGET, 2000, p. 77). Os conflitos mais comumente submetidos à mediação penal são a violência física, os conflitos de família – como o não pagamento de pensão alimentícia, que constitui infração penal na França –, o dano, a violência moral – como os crimes contra a honra e a ameaça –, o furto, o estelionato, a apropriação indébita e os crimes de falso. Ademais, é reservada, no mais das vezes, a réus primários que possuam algum vínculo prévio com a vítima (FAGET, 2000, p. 81).

A partir do seu surgimento, a mediação penal estruturou-se na França ao redor de dois eixos: a mediação delegada e a mediação retida (BONAFÉ-SCHMITT, 2003, pp. 29-32). Na chamada mediação delegada (*médiation deleguée*), os casos são encaminhados, pelo procurador, a entidades paralegais, especialmente aquelas voltadas à proteção das vítimas, destacando-se a atuação de associações como a Auxílio e Informação às Vítimas (*Aide Information aux Victimes – AIV*), em Grenoble, a Associação Convivial de Coordenação para a Reinserção dos Detidos, a Prevenção e o Auxílio a Vítimas (*Association Conviviale de Coordination pour la Réinsertion des Détenus, la Prévention et l’Aide aux Victimes – ACCORD*), em Strasbourg, a Associação de Auxílio a Vítimas de Infrações (*Association d’Aide aux Victimes d’Infractions – AAVI*), em Besançon, e a Associação de Readaptação Social e de Controle Judiciário (*Association de Réadaptation Social et de Contrôle Judiciaire – ARESCJ*), em Bordeaux. Pelo perfil dessas associações, dá-se ênfase na questão da reparação do dano. Na chamada mediação retida (*médiation retenue*), por sua vez, os casos são tratados por órgãos especializados que integram o próprio Poder Judiciário, como as Casas de Justiça e do Direito (*Maisons de Justice et du Droit*), surgidas da iniciativa da Procuradoria de Pontoise, na região de Paris, em 1990, e regulamentadas pela lei 98-1163 de 1998. Instaladas em bairros sensíveis, as *Maisons de Justice et du Droit* reúnem no mesmo espaço físico uma série de serviços jurídicos, de modo a facilitar o acesso à justiça, e valem-se da mediação penal na abordagem dos pequenos delitos (WYVEKENS, 2000, p. 21), ocupando-se essencialmente dos crimes contra o patrimônio (FAGET, 2000, p.85). Se, de início, por conta de sua origem experimental, as *Maisons* constituíam uma prática marginal nas rotinas judiciárias, a partir da sua consagração legislativa, tornaram-se

uma opção institucionalizada na abordagem do delito, com o que deixaram de ser uma alternativa à justiça para transformarem-se, na realidade, em uma simples alternativa judiciária (WYVEKENS, 2000, p. 31).

Desde então, quando o Estado institucionalizou passou a financiar a mediação, estima-se que acontecem mais de 50.000 mediações por ano, todas visando, basicamente: assegurar o ressarcimento do dano causado à vítima; pôr fim à turbulência gerada pelo crime e contribuir para a reabilitação do autor dos fatos.

Inserida em um modelo gerencial de justiça, na qual prevalecem preocupações de eficiência institucional e econômica, a mediação retida é caracterizada pela presença de mediadores cuja capacitação é mais precária, do que resulta uma atuação mais autoritária. Os mediadores são, em geral, operadores do direito aposentados, remunerados a cada caso em que participam. Exercitam seu papel de mediadores sozinhos, sendo elevado o número de acordos e breve o tempo durante o qual se desenrola o procedimento. Na mediação delegada, diferentemente, a capacitação dos mediadores é de melhor qualidade, os quais são ou empregados ou voluntários e exercem suas funções geralmente em duplas. Em relação à mediação retida, na mediação delegada o número de acordos é mais baixo, eis que se busca primariamente forjar um canal de comunicação entre as partes e o tempo tomado pelo procedimento é mais longo (FAGET, 2000, pp. 88-9).

Nas *Maisons de Justice e du Droit*, primeiro instrumento da “justiça de aproximação” na França, o tempo médio de um processo de mediação é de 34 dias, podendo chegar até os 137 dias. Os crimes orientados à mediação são diversos: violência física (36,49% dos casos), família (14,85%), danos (14,39%), violência moral (10,91%), furto (8,43%), fraudes (5,68%). O “sucesso” da mediação, verificado quando as partes manifestam satisfação em relação ao conflito, chega ao índice de 62,6% (FAGET, 2000, p. 80-84). Nos crimes patrimoniais verifica-se a proporção mais alta de acordos, a revelar o rumo equivocado do sistema penal, que descarrega a maior carga do poder punitivo sobre esses crimes.

Numa perspectiva mais informal e horizontal, surgiu outro projeto: a *Boutique de Droit*, que trabalha com o conceito de mediação comunitária. As *Boutiques* foram desenvolvidas a partir de uma experiência em Lyon, que envolveu advogados e moradores de um mesmo distrito, considerado uma “vizinhança em dificuldades”, ou seja, uma área problemática e conflitiva (daí a expressão *neighbourhood justice*). No modelo da *Boutique de Droit*, os casos podem ser enviados por delegação dos juízos ou diretamente pelas partes em conflito, que é, então, o

seu grande diferencial, que insere o projeto no que Bonafé-Schmitt (1992, p. 186) chama de *empowerment perspective*, uma vez que lá a mediação não representa apenas uma técnica de gerenciamento de disputas, mas configura a emergência de novos modelos de regulação social, que dão uma importância maior às formas “não judiciais” de resolução do conflito.

Assim, na *Boutique de Droit*, os mediadores, mantendo sua neutralidade, têm liberdade para desenvolver outros tipos de mediação, não só a penal, ou seja, a *Boutique* é um “fórum de mediação”, que também cumpre importante papel de acesso à justiça e impedimento da expansão do controle penal, uma vez que absorve os conflitos não penais ou situados numa fronteira incerta e não os institucionaliza. A base territorial sobre a qual trabalha o projeto, é fortalecida por meio da seleção e treinamento de mediadores oriundos de cada comunidade específica, inclusive com critérios de representatividade étnica e social definidos de acordo com as características da localidade. Para Bonafé-Schmitt (1992, p. 188), o maior resultado do trabalho das *Boutiques de Droit* tem sido a (i) reconstrução da solidariedade primária dentro da vizinhança, daquela localidade e (ii) ensinar novamente às pessoas a se comunicarem diretamente e a negociar seu bem-estar.

2.1.5. Austrália e Canadá: dois modelos em avanço

Seguindo os passos da experiência neozelandesa, a Austrália elegeu a Justiça da Infância e da Juventude como instância privilegiada para a implementação de mecanismos restaurativos de justiça. Há programas de justiça restaurativa, no âmbito juvenil, dispersos em todas as regiões do país (STRANG, 2001).

Na região de Novas Gales do Sul, inspirados no chamado modelo *Wagga Wagga* de justiça, membros da polícia local implementaram, em 1991, *Community Youth Conferences*, criando um programa gerido conjuntamente pela polícia, pelo *Department of Juvenile Justice*, pela *New South Wales Children's Court* e pelos *Community Justice Centres*. Como produto dessa experiência, foi promulgado, com validade para todo o Estado de Nova Gales do Sul, o *Young Offenders Act*, de 1997, pelo qual se regulamentaram as sanções aplicáveis a jovens infratores, dispondo-as em uma hierarquia de opções que passou a incluir conferências restaurativas.

Podem participar das conferências, além do jovem, a família, o advogado, policiais, a vítima e seus apoiadores. Se optar por não parti-

cipar, a vítima pode enviar representantes e, uma vez presente, tem poder de veto sobre a solução deliberada. Eventualmente, podem participar também membros mais velhos de comunidades indígenas, oficiais de *probation* e assistentes sociais.

O encaminhamento dos casos é feito pela polícia e, mais raramente, pela corte, quando o magistrado inclui entre as disposições constantes da sentença a realização de uma conferência. É preciso, para que haja encaminhamento, que se cuide de jovem entre 10 e 17 anos que tenha cometido infração sujeita ao procedimento sumário, entre as quais estão o roubo, o furto, o dano e as chamadas condutas desordeiras. São excluídas de plano ofensas sexuais, ofensas que tenham resultado em morte e algumas ofensas relacionadas a drogas. Uma vez indicado pela polícia, o caso é encaminhado ao *Department of Juvenile Justice* (DJJ), no qual ele é recebido por um administrador de conferências, que nomeia um facilitador (chamado de *conference convenor*). Se houver conflito sobre a conveniência ou não de realização da conferência entre o DJJ e o órgão que houver encaminhado o caso, a decisão cabe ao *Director of Public Prosecutions* (DPP).

Uma avaliação realizada pelo *New South Wales Bureau of Crimes Statistics and Research* atestou um elevando grau de satisfação das partes depois das conferências.

Na região de Victoria, funciona junto à *Melbourne's Children's Court*, desde 1995 o *Juvenile Justice Group Conferencing Pilot Program*. Trata-se de programa inspirado primariamente nos modelos de solução alternativa de disputas, sem influência direta da filosofia restaurativa, mas que utiliza métodos semelhantes. Integram a rede do programa, além do Tribunal de Menores de Victoria, na figura do Tribunal de Melbourne, a polícia, a Assistência Legal de Victoria e o Departamento de Recursos Humanos. É requisito para a realização da conferência a admissão de autoria da infração pelo jovem. Diferentemente de outros programas australianos, em que é essencial que a infração cometida seja leve, priorizam-se em Victoria jovens com maior risco de envolvimento ulterior com o sistema de justiça. Podem participar da conferência, além do ofensor, sua família, policiais, advogados e membros da comunidade. A vítima pode optar entre participar ou enviar um representante. Trata-se, ainda, de um programa bastante circunscrito, que não se ampliou para todo o Estado.

Na Austrália do Sul, um programa de conferências foi introduzido, em todo o Estado, por força do *Young Offenders Act* de 1993. Trata-se, a exemplo dos programas anteriores, de um mecanismo de *diversion*,

que tem lugar antes da entrada do caso no Poder Judiciário. O encaminhamento às conferências é realizado, também, por policiais. O órgão responsável é o *Courts Administration Authority Family Conference Team*, o qual é responsável pela nomeação do facilitador – o *Youth Justice Coordinator*. Além dele participa da conferência um policial, chamado de *Police Youth Officer*, o qual tem poder de veto sobre o plano elaborado pelas partes. Avaliação feita pelo *South Australia Office of Crime Statistics* detectou como problema o elevado índice de não comparecimento das vítimas, mas atestou, por outro lado, um alto grau de satisfação entre as vítimas presentes em conferências.

Em Queensland, em 1996, com base no *Juvenile Justice Act* de 1992, foi criado um órgão responsável pelo programa, chamado *Youth Justice Program, Families, Youth and Community Care Queensland*. O encaminhamento do caso para a conferência é feito pela polícia, quando o jovem admite a autoria da infração e a vítima consente com a realização da conferência. A peculiaridade desse programa consiste, justamente, em que, diferentemente dos demais, se não houver concordância da vítima, não pode ter lugar a conferência. Magistrados também podem fazer o encaminhamento, desde que antes da sentença. Avaliação da Griffith University demonstrou que, embora o índice de conferências bem-sucedidas seja alto, é ainda baixo o número de encaminhamentos.

Na região da Austrália Ocidental, existem, desde 1993, dois *Pilot Juvenile Justice Teams*, integrados pela justiça, pela polícia, por agências de educação e bem-estar e comunidades aborígenes. O programa foi formalizado com o *Young Offenders Act* de 1994. Jovens, de 10 a 17 anos, desde que admitam a autoria da infração, podem ser encaminhados pela polícia, promotores ou magistrados. Quando o jovem integra alguma minoria étnica, participa da conferência um representante dessa comunidade. O programa é direcionado a jovens primários que tenham praticado crimes patrimoniais leves. São excluídos crimes violentos e de índole sexual, além de ofensas de trânsito, mas existe previsão de ampliação do programa para infrações mais graves.

Na Tasmânia, trinta policiais foram capacitados como facilitadores em 1995. Com o *Youth Justice Act* de 1997, institucionalizaram-se as conferências como método de *diversion* anterior à intervenção da corte, sob a responsabilidade da polícia e do *Department of Health and Human Services*. Jovens de 10 a 17 anos são indicados pela polícia, desde que tenham admitido a autoria da infração. Não podem ser objeto de conferências ofensas violentas, sexuais ou cometidas com armas perigosas.

No Território da Capital Australiana (Australian Capital Territory – ACT), a Polícia Federal Australiana, desde 1994, realiza conferências em que estão presentes, necessariamente, um policial, um facilitador e, pelo menos, quatro apoiadores do jovem. São excluídas de plano ofensas violentas, ofensas de índole sexual ou doméstica e direção sob efeito de álcool. Uma pesquisa realizada pela Australian National University, tendo como objeto quatro classes de delitos, demonstrou, por meio da comparação entre jovens participantes de conferências restaurativas em Canberra e jovens, componentes do grupo de controle da pesquisa, submetidos ao procedimento tradicional, que os índices de reincidência dos dois grupos não são muito distintos. Na classe das infrações violentas, o grupo de jovens envolvidos em experiências restaurativas reincidiu 38% menos que o grupo de controle, mas no caso da direção sob o efeito de álcool, os jovens sujeitos a procedimentos restaurativos reincidiram 4% mais que os demais e, nos casos de crimes patrimoniais, contra pessoas e contra estabelecimentos comerciais, a diferença entre os dois grupos não foi estatisticamente relevante. Com isso, os pesquisadores apontaram para a necessidade de adequar melhor a resposta conforme a infração praticada e lançaram, como base nos dados colhidos sobre ofensas violentas, a possibilidade da aplicação da justiça restaurativa a crimes mais graves que aqueles para os quais ela é geralmente destinada (SHERMAN; STRANG; WOODS, 2000).

No Território do Norte, desde o período entre 1995 e 1996, a polícia tem levado a cabo conferências restaurativas, sendo necessárias a admissão da autoria pelo jovem e o consentimento da vítima. São excluídas ofensas violentas, inclusive aquelas de caráter sexual e doméstico. Em 1999, também nessa região, o *Department of Correctional Services* passou a realizar conferências restaurativas em casos já entrados no sistema de justiça juvenil, com encaminhamento de magistrados, envolvendo jovens reincidentes em crimes patrimoniais entre 15 e 16 anos.

No que toca ao público adulto, vale ressaltar que os programas de Queensland e do Território da Capital Australiana, embora direcionados primariamente a jovens, têm envolvido também adultos. Na Austrália Ocidental, há um projeto piloto voltado especificamente a adultos que tenham se declarado culpados em determinados crimes, geralmente de caráter patrimonial. É necessário que haja concordância tanto da polícia quanto do magistrado para a realização da conferência.

Têm sido apontados como problemas a serem enfrentados pelos programas de justiça restaurativa, na Austrália, a limitação dos critérios de elegibilidade de casos, a violação de garantias do devido pro-

cesso legal, o risco de revitimização, o pequeno envolvimento das comunidades aborígenes e a ausência de fontes de financiamento (STRANG, 2001).

Quando se discute a origem da justiça restaurativa, o Canadá é lembrado como o país em que tiveram lugar as primeiras experiências dessa sorte. Aponta-se como antecedente da justiça restaurativa o programa de mediação entre vítima e ofensor instalado na cidade de Kitchener, na província de Ontário, no ano de 1974. Conta-se que dois jovens foram condenados pela depredação de algumas propriedades na região e que, ao saber do ocorrido, um grupo vinculado à *corrente cristã menonita*, que discutia à época alternativas à prisão, sugeriu ao juiz do caso que fosse realizado um encontro entre os jovens e suas vítimas. O juiz acatou a sugestão e determinou na sentença a realização do encontro, que resultou na reparação dos danos sofridos pelas vítimas (ZEHR, 1995, pp. 158-159). A partir do exemplo oferecido por essa experiência, estruturou-se o primeiro programa de mediação do país.

Desde então, vários programas amparados em princípios restaurativos foram implementados no Canadá. Calcula-se que até 1998, havia quase 200 iniciativas dessa índole no território canadense (Consultation paper, 2000, p. 6). Ocorre que, embora a elaboração de leis penais seja competência federal, a administração da justiça está a cargo das autoridades provinciais e, portanto, os programas existentes são bastante distintos entre si. De modo geral, no entanto, é possível dizer que a justiça restaurativa, no Canadá, não é encarada como um substituto do sistema de justiça tradicional, mas como apenas uma das respostas possíveis à prática do crime de que se pode dispor conforme o caso.

Quanto à natureza dos programas existentes, pode-se dizer que eles seguem três modelos básicos. O primeiro é, justamente, a mediação entre vítima e ofensor, técnica utilizada pelas primeiras iniciativas, em que há a participação das duas partes e de um terceiro imparcial. O segundo modelo é o do *Family Group Conferences* (Conferências de Grupo Familiar), inspirado nas experiências da Nova Zelândia e caracterizado pela participação da família do ofensor. O terceiro modelo é constituído por iniciativas inspiradas nas práticas aborígenes, como os *sentencing circles* (círculos de sentença), nos quais, a vítima, o ofensor, a família, a comunidade, policiais e advogados se reúnem perante o juiz e fazem uma recomendação a ele a respeito da medida mais adequada a ser aplicada, os *healing circles* (círculos de cura), cerimônias destinadas a cuidar do aspecto emocional do conflito, e os *community-based hearings* (oitivas baseadas na comunidade), as quais se equiparam a

consultas realizadas para a concessão do livramento condicional, mas que, em vez de ter sede na instituição responsável pelo benefício (o *National Parole Board*), é realizada na comunidade, de modo a facilitar a reintegração do ofensor (Consultation paper, 2000, p. 5). O respeito à cultura aborígine, evidenciado nessas práticas, é uma peça fundamental na justiça restaurativa canadense.

Uma reforma de 1996 acrescentou ao Código Criminal o dispositivo 718.2 (e), segundo o qual “todas as sanções disponíveis que não o encarceramento que sejam razoáveis diante das circunstâncias devem ser consideradas para todos os acusados, com particular atenção às circunstâncias dos acusados aborígines”. Esse dispositivo foi discutido em pormenores, pela Suprema Corte do Canadá, no caso *Gladue v. the Queen*, tendo sido elucidada a origem da reforma, motivada pelas desproporcionais taxas de encarceramento da população aborígine, esclarecidas as dúvidas que pairavam sobre a letra da lei (por exemplo, se era aplicável a aborígines que residiam nas cidades, concluindo-se afirmativamente) e reafirmada a necessidade de consideração das particularidades do povo aborígine, mais suscetível a condições desfavoráveis como o desemprego e a falta de acesso à educação.

A mesma reforma ocorrida em 1996 incluiu, entre os objetivos da pena estipulados no Código Criminal, dois novos fins consentâneos com princípios restaurativos, nos dispositivos 718 (e) e (f), quais sejam: prover reparações por danos sofridos pela vítima ou pela comunidade e promover um senso de responsabilidade nos acusados, com vistas ao reconhecimento do dano causado às vítimas e à comunidade. Esses fins podem ser buscados em quatro diferentes momentos do procedimento criminal. Uma primeira opção, prevista na seção 717 do Código Criminal e na seção 4 do *Young Offenders Act*, é o encaminhamento a programas de *diversion* ou a aplicação imediata de medida alternativa, incluídas tanto em um caso quanto em outro as iniciativas de índole restaurativa, por policiais, antes de submetida em juízo a acusação. Uma segunda opção é proceder a tal encaminhamento depois da acusação, caso em que o procedimento é suspenso. A terceira opção é a realização de círculos no momento da sentença, cuja recomendação pode ser considerada pelo juiz na sua decisão. A quarta e última opção é a realização de painéis ou círculos depois da sentença, privilegiando-se, nesse caso, a reparação emocional da vítima e a reintegração social do ofensor.

Além dessas quatro opções, existe também uma outra alternativa, introduzida na legislação penal canadense também em 1996 e discutida em maior profundidade pela Suprema Corte do Canadá no caso

Proulx v. the Queen. Trata-se da *conditional sentence of imprisonment*, que reúne elementos punitivos, já que implica sempre alguma restrição de liberdade, como a prisão domiciliar, a obrigação de se reportar a um supervisor e a proibição do exercício de certas atividades, como consumir álcool ou drogas e possuir ou portar armas de fogo, e elementos restaurativos, eis que viabiliza ao juiz impor como condição a ser cumprida pelo ofensor a prestação de serviços à comunidade e a reparação do dano. Aproxima-se ao instituto da *probation*, por ser uma alternativa ao encarceramento, mas dele se diferencia por seu caráter mais rigoroso – só é aplicável, em realidade, quando não for possível, em razão da maior gravidade do caso, a *probation*. É permitida a aplicação da *conditional sentence* quando a lei não estipular pena mínima de prisão para a ofensa cometida, quando a pena que seria aplicada não ultrapassar dois anos de prisão, quando a medida não ponha em perigo a segurança da comunidade e, enfim, quando a medida seja consistente com os fins da pena estipulados no Código Criminal. A violação das condições impostas na sentença pode implicar a privação de liberdade pelo tempo restante da pena.

2.1.6. América Latina

Talvez por conta do descrédito de que goza o Poder Judiciário nos países que a integram, a América Latina tem sido palco, nos últimos anos, de variadas reformas legislativas voltadas ao incentivo do uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Assim, na maioria dos países da América Latina, técnicas como a arbitragem, a mediação e a conciliação encontram-se bem regulamentadas, especialmente nas áreas civil, comercial e trabalhista. No âmbito penal, no entanto, iniciativas dessa índole ainda encontram-se bastante incipientes, já que, no mais das vezes, o uso desses mecanismos é restrito aos conflitos que versem sobre direitos disponíveis.

Na Argentina, a legislação contempla leis específicas sobre mediação (lei 24.573) e conciliação (lei 24.635), além de várias leis sobre arbitragem, de acordo com a matéria versada (LÓPEZ GONZÁLEZ; CHOLAKIAN, 2002). Não há, todavia, disposição legal específica sobre a aplicação de meios alternativos de solução de conflitos na área criminal. De qualquer maneira, em 1998, uma parceria entre a Faculdade de Direito de Buenos Aires e o Ministério Nacional de Justiça deu origem a um projeto piloto de justiça restaurativa denominado Proyecto RAC. Assim que o crime é notificado, a equipe do projeto entra em contato

com as partes envolvidas para averiguar o grau de complexidade do conflito, conforme o qual será escolhida a técnica a ser adotada. Se houver predisposição das partes para a comunicação e abertura para a realização de um acordo econômico, a mediação é levada a cabo por um terceiro neutro. Se, no entanto, se tratar de um caso de desigualdade social patente entre as partes, de comunicação difícil ou com o envolvimento de mais de uma pessoa em cada um dos pólos do conflito, é realizada uma conciliação, conferindo-se ao conciliador maior liberdade para pontuar aspectos do conflito e para oferecer sugestões de resolução. Por fim, caso se cuide de uma situação em que as partes discordem sobre os fatos, realiza-se uma Conferência de Conciliação com Moderação (CCM), na qual participam três conselheiros, sendo um deles ligado ao projeto e com conhecimentos jurídicos e os demais escolhidos pelas partes, realizando-se uma série de reuniões para a elucidação do episódio, depois das quais as partes decidem se querem prosseguir com o procedimento informal ou retornar às vias formais (PARKER, 2005, pp. 3-4).

No Chile, a Lei 19.334 de 1994 tornou a conciliação obrigatória nos processos que envolvam menores de idade e, no âmbito penal, viabilizou a sua utilização em casos como as chamadas faltas e nos delitos de caráter patrimonial em que não haja interesse público (COX U.; SALGADO M., 2002). No mesmo sentido, a reforma do Código de Procedimento Penal chileno (lei 19.696 de 1996) previu a possibilidade de negociação entre as partes para a obtenção de um acordo reparatório em alguns crimes de índole patrimonial (PARKER, 2005, p. 5) e introduziu, como repercussões possíveis do acordo e de outros institutos como a suspensão condicional do processo, a paralisação, o término ou a abreviação do procedimento (COX U.; SALGADO M., 2002). Os acordos reparatórios, em especial, apresentam significativo potencial restaurativo, como demonstra a Instrução Geral nº 34 do Procurador Nacional, que confere três possibilidades de atuação aos promotores de justiça quando da celebração do acordo reparatório – além de poder desencadear um processo de negociação diretamente com o acusado e seu advogado, o promotor é autorizado, conforme esse regulamento, a dar início a um processo de mediação ou de conciliação na Unidade de Atenção a Vítimas e Testemunhas da própria promotoria ou encaminhar o caso a um programa de mediação externo (BLANCO; DÍAZ; HESKIA; ROJAS, 2004, p. 79). Destaca-se, também, no Chile, o Projeto CREA (Centro de Resolução Alternativa de Disputas), realizado pela

Universidade Católica de Temuco, que tem implementado experimentalmente práticas de mediação penal (PARKER, 2005, p. 10).

Na Guatemala, técnicas de mediação e conciliação têm espaço no âmbito penal tanto na utilização dos chamados métodos de saída do procedimento comum, como a aplicação do princípio da oportunidade, a suspensão condicional da persecução penal, o procedimento abreviado e a conversão, quanto no Juízo de Faltas e no Juízo de Delitos de Ação Privada. Tem relevância também o papel dos Centros de Mediação e Conciliação, nos quais a intervenção judicial é mínima, sendo necessário somente obter a autorização do Ministério Público e a homologação da ata de acordo (HERRERA, 2002).

Na Nicarágua, a mediação é praxe em todos os juízos sumários, responsáveis pelo processamento de delitos cuja condenação não pode ultrapassar três anos. Nos juízos ordinários, procede-se à mediação, geralmente, quando vítima e agressor a requerem por meio de seus representantes (OROZCO, 2002).

No Uruguai, por sua vez, foram implantados em Montevideu tribunais de mediação para a resolução de conflitos em matéria civil e contravencional. No Código Geral de Processo uruguaio, a mediação em matéria penal só é prevista, porém, para o delito de injúria (LEO; ROSEMBERG; PIERONI, 2002).

No Peru, a conciliação consiste em uma etapa específica dos processos que dizem respeito aos direitos da criança e do adolescente. Ademais, a Lei de Proteção frente à Violência Familiar (Lei 26.260 de 1992) outorga os promotores provinciais de família o poder de convocar vítima e agressor a uma audiência de conciliação, com o fim de buscar uma solução que faça cessarem os atos de violência (CASTILLO CLAUDETT, 2002).

A Colômbia, por fim, talvez possa ser considerada como o país latino americano em que as práticas de justiça comunitária encontram-se mais disseminadas. Ainda em 1991, foi criada pela Lei 23, com o objetivo de descongestionar os ofícios judiciais, a chamada Conciliação em Equidade, uma instância informal de resolução de conflitos caracterizada por uma maior penetração nas comunidades locais e lavada a cabo por conciliadores leigos selecionados com o auxílio de organizações não-governamentais, responsáveis também pela divulgação do programa e pela sensibilização das comunidades, e capacitados pelo Ministério da Justiça (PARAFÁN; SPRAGGON, 2002, p. 59). Ademais, em Bogotá, a partir de 1998, entraram em funcionamento das Unidades de Mediação e Conciliação, geridas por entidades públicas e privadas,

em cooperação interinstitucional (PARAFÁN; SPRAGGON, 2002, p. 65). O Código Processual Penal colombiano prevê, em seu artigo 38, o uso da conciliação em casos de crimes patrimoniais, cometidos sem violência, que envolvam valores inferiores a duzentos salários mínimos (PARKER, 2005, p. 4).

2.1.7. A Comissão para Verdade e Reconciliação na África do Sul

No curso da transição democrática que viveu nos anos noventa, uma das maiores dificuldades enfrentadas pela África do Sul foi responder satisfatoriamente à série de violações de direitos humanos sistematicamente praticadas pelo governo do Partido Nacional desde 1948, sob o regime do *Apartheid*. Duas opções se colocavam: esquecer o passado para concentrar esforços na reconstrução nacional, como queria o governo, ou punir os responsáveis pela política segregacionista por meio da instituição de um tribunal especial, com base no modelo de Nuremberg, como defendiam organizações como a *African National Congress*. Adotou-se uma solução de compromisso. A simples inação poderia gerar grande insatisfação por parte da população, ao passo que perseguir criminalmente os violadores de direitos humanos, além de exigir recursos de que o recém-instituído governo de Nelson Mandela não dispunha e desrespeitar a disposição constitucional que o novo presidente teve de negociar com o governo anterior, que assegurava a anistia aos envolvidos nos conflitos do passado (MARKEL, 1999, pp. 394-5), poderia implicar uma grave crise econômica, se provocasse o êxodo da população branca, a cargo da maior parte das atividades econômicas do país (CERETTI, 2002, p. 2). Daí a conveniência de uma solução intermediária, obtida com a criação da Comissão da Verdade e da Reconciliação (*Truth and Reconciliation Commission*).

A Comissão, encarregada de investigar as violações de direitos humanos ocorridas no período de 1960 a 1994, era composta por dezesseis membros, sendo presidida pelo Arcebispo Desmond Tutu. Embora não houvesse oficialmente qualquer vinculação religiosa, o discurso da Comissão valeu-se da teologia cristã, remontando a noções com as de perdão e arrependimento, e do conceito tradicional africano de *ubuntu*, palavra de difícil tradução que significa “minha humanidade está intrinsecamente ligada à sua” (CERETTI, 2002, p. 9) ou “uma pessoa só é uma pessoa através de outra pessoa” (GRAYBILL; LANEGRAN, 2004, p. 6) e que, geralmente, designa pessoas benévolas, acolhedoras, aber-

tas ou solícitas. Tentando explicar o *ubuntu*, cujo significado é muito difícil de ser traduzido para uma língua ocidental, anota Ceretti (2002) que a justiça retributiva não é congênita à concepção africana de origem, que, ao contrário, atribui um significado profundo ao aspecto restaurativo: na tradição africana, um crime cometido contra uma pessoa não é percebido como um episódio isolado, mas como um fato que envolve a comunidade inteira, ameaça a estabilidade e, para reconstituir o equilíbrio alterado, os tribunais africanos tradicionais não recorriam à punição, procuravam uma reconciliação entre as partes e aprovada pela comunidade, “utilizando a mediação, a conciliação e a força lenitiva dos rituais” (CERETTI, 2002).

Quando um negro sul-africano quer elogiar alguém diz “tal pessoa tem *ubuntu*”, ou seja, é generosa, solícita, solidária; o ideal é um traço particular da visão africana do mundo e, na prática, inclui o princípio concreto de que o processo de adjudicação conciliatório pode restaurar a paz, em oposição ao processo adversarial que enfatiza a retribuição (CROCKER, 2002). A Comissão utilizou o termo *ubuntu* ampliando seu significado tradicional, combinando-o como o discurso dos direitos humanos e princípios de justiça restaurativa e a reconciliação como um tema ligado à coexistência pacífica.

Para o Arcebispo Tutu, cujo livro “Não há futuro sem perdão” tornou-se referência histórica, o *ubuntu* é, antes de tudo, um “argumento contra a vingança” e a favor da reconciliação (CROCKER, 2002), entendida como a restauração da harmonia social, obtida pela anistia da sociedade e o perdão das vítimas, foi esse ideal, para Tutu, que levou tantas pessoas a escolher perdoar, ao invés de reclamar pelo castigo, ser magnânima e disposta à clemência, ao invés de liberar o fogo da vingança (CERETTI, 2002).

A Comissão foi estruturada em três Comitês: o Comitê de Violações de Direitos Humanos, o Comitê de Anistia e o Comitê de Reparação e Reabilitação. O Comitê de Violações de Direitos Humanos foi incumbido da realização de audiências públicas para a oitiva de relatos de vítimas de violações de direitos humanos, a fim de obter maior esclarecimento sobre os fatos passados, trabalho que foi coroado com a publicação de um Relatório Final em 1999. O Comitê de Anistia, por sua vez, era responsável pela concessão desse benefício aos autores de violações que comprovassem a motivação política de suas ações e que se dispusessem a confessar integralmente os atos por eles cometidos, eximindo-os de qualquer responsabilidade civil ou criminal. Ao Comitê de Reparação e Reabilitação, enfim, cabia fazer recomendações ao

governo em relação à provisão de recursos para o ressarcimento das vítimas. Além do trabalho dos Comitês, podia a Comissão, por si mesma, empreender investigações próprias, realizando oitivas de atores institucionais e audiências sobre conflitos específicos (LLEWELLYN; HOWSE, 1999, pp. 367-8).

A idéia fundamental da Comissão de Verdade e Reconciliação era a de que o esclarecimento a verdade era um pressuposto para a reconciliação nacional, tendo sido paradigmática, para a estipulação das diretrizes da Comissão, a perplexidade de uma das primeiras vítimas ouvidas, que perguntou como seria possível perdoar, se não sabia quem perdoar nem pelo que perdoar (LLEWELLYN; HOWSE, 1999, p. 369). O objetivo premente da Comissão, portanto, foi obter esclarecimento sobre os fatos ocorridos, depositando suas expectativas no potencial curativo do conhecimento da verdade. Uma pesquisa realizada por James Gibson, que procurou testar a assertiva de que a verdade leva à reconciliação, concluiu que a Comissão serviu para que a população tomasse consciência da responsabilidade coletiva sobre os eventos (GRAYBILL; LANEGRAN, 2004, p. 4), o que, certamente não teria sido logrado com o procedimento criminal formal, no qual a necessidade de atribuição individual da responsabilidade eclipsaria a dimensão histórico-coletiva do conflito. A mesma pesquisa, no entanto, apurou que a Comissão não contribuiu para a criação de ambiente de tolerância política e, de fato, a Comissão não serviu para aplacar a insatisfação de várias correntes existentes na África do Sul, especialmente por não ter correspondido aos anseios de responsabilização das vítimas, as quais, por conta da anistia, foram privadas da possibilidade de buscar ressarcimento por vias próprias. No mais das vezes, a frustração de certos grupos encontrava-se relacionada ao apego a uma concepção essencialmente retributiva de justiça, que a atrela estreitamente à noção de punição. Nesse sentido, a Comissão de Verdade e Reconciliação, realmente, não deu vazão a reivindicações de índole punitiva, por se valer de mecanismos essencialmente restaurativos de justiça. Se adotada uma perspectiva restaurativa, no entanto, à parte de algumas críticas dirigidas contra o fato de a anistia ter sido concedida de maneira independente da reparação dos danos, que ficou a cargo exclusivo do Estado, a Comissão é apontada, de modo geral, como uma aplicação relativamente bem sucedida da justiça restaurativa em contextos de transição política (LLEWELLYN; HOWSE, 1999, p. 388).

Uma das lições da Comissão para Verdade e Reconciliação, é a ética do *ubuntu*, a possibilidade real de conflitos, mesmo aqueles de

gravidade inaudita, serem enfrentados e solucionados por meio de um compromisso de conciliação e que estabeleça condições de convivência segura e pacífica não só naquele momento, mas também para as gerações futuras.

2.2. Marcos jurídicos de referência

Com a finalidade de fornecer parâmetros para avaliar as possibilidades da mediação penal no Brasil, serão expostas três espécies de marcos jurídicos: (i) resoluções e documentos internacionais; (ii) projetos de reforma legislativa e (iii) alguns dispositivos legais codificados que disciplinam a reparação e conciliação como medida alternativa, tais como § 46a StGB e (Alemanha), §§ 42 e 167 ÖStGB (Áustria).

O documento internacional referencial na matéria é a *Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU – Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* (ANEXO 1), que foi elaborada em face das discussões dos últimos anos sobre os temas de prevenção criminal, respeito às vítimas e a necessidade de desenvolver instrumentos e princípios para o uso da justiça restaurativa.

No preâmbulo da Resolução, consta que: considerando o crescimento mundial das iniciativas de justiça restaurativa; reconhecendo que estas iniciativas desenham-se sobre formas tradicionais e indígenas de justiça, nas quais o crime é visto, fundamentalmente, como um dano às pessoas; enfatizando que a justiça restaurativa oferece uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a equidade e promove harmonia social por meio da cura das vítimas, ofensores e comunidades e que se trata de uma abordagem que capacita às comunidades sublinhar as causas do crime; convoca-se os Estados-membros a adotar práticas de justiça restaurativa e disseminar o conceito, assim resumido:

2. Procedimento restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetada pelo crime, participam em conjunto e ativamente na resolução dos problemas nascidos do crime, geralmente com ajuda de um facilitador. Os procedimentos restaurativos podem incluir mediação, conciliação, conferências e *sentencing circles*.

Formulado o conceito, que no geral coincide com as definições da doutrina, a Resolução define as bases principiológicas para um programa de justiça restaurativa, sempre ressaltando sua adaptabilidade a qualquer dos sistemas jurídicos dos Estados-membros. Destacam-se as seguintes disposições:

II. Uso dos programas de justiça restaurativa:

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, sujeitos à lei nacional.
7. Os procedimentos restaurativos devem ser utilizados apenas onde existam evidências suficientes para acusar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário dele e da vítima. A vítima e o ofensor devem ser capazes de elaborar este consentimento em qualquer tempo, durante o processo. Acordos devem ser obtidos com voluntariedade e devem conter apenas obrigações razoáveis e proporcionais.
8. (...) A participação do ofensor não pode ser utilizada como evidência de admissão de culpa nos procedimentos legais subseqüentes.
9. Disparidades, consideradas como desequilíbrios de poder, bem como diferenças culturais entre os participantes, devem ser levadas em consideração no envio e na condução do caso para e durante o procedimento restaurativo.

Quanto à operatividade dos programas, a Resolução estabelece que cada país deve fixar as condições de envio do caso, os critérios de recepção pelo sistema de justiça e os padrões de competência e regras de conduta que governam os programas restaurativos. Há uma preocupação marcante quanto às garantias das partes, expressa por disposições como aquelas contidas no artigo 13 (a) e (b): de acordo com a lei nacional as partes devem ter o direito de assistência legal em relação ao procedimento restaurativo e, antes de firmarem um acordo, ambos devem estar informados de seus direitos, da natureza do processo e das conseqüências daquela sua decisão.

Ainda quanto às regras de garantia, o artigo 14 prevê a confidencialidade das discussões, que só pode ser quebrada com a concordância das partes; o artigo 15 que o resultado do acordo deve ser subme-

tido a controle jurisdicional e, de alguma forma, incorporar-se às categorias de decisão judicial e o 16 ratifica que o fracasso em obter um acordo não pode ser considerado no momento em que o caso retorna para a justiça penal. Por fim, a Resolução se encerra com uma *saving clause*: “23. Nenhum destes princípios básicos pode afetar quaisquer direitos de ofensor ou vítima, estabelecidos na lei nacional ou em lei internacional aplicável.”

Anteriormente, a *Recomendação do Conselho da Europa nº R (99) 19* (ANEXO 2), disciplinou o “uso da mediação em problemas penais como opção flexível, compreensiva, *problem-solving*, participativa, e complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal”; e pode ser considerada embrião da Resolução da ONU, tanto assim que disciplinou de maneira semelhante a proporcionalidade e razoabilidade dos acordos, a voluntariedade, a confidencialidade, a manutenção das garantias fundamentais em face da justiça penal e, reiteradamente, a neutralidade do mediador em relação às discussões e às possibilidades de acordo, que devem ser elaboradas exclusivamente pelas partes.

A Recomendação enfoca a mediação penal sob a importante função de prevenir o crime e encorajar uma justiça menos repressiva, enfatizando que deve ser um serviço disponível em todas as jurisdições e, de especial, dispôs que:

- 17 Os arquivamentos baseados nos acordos mediados devem ter o mesmo status de decisão judicial ou julgamento e devem precluir a persecução em relação aos mesmos fatos (*ne bis in idem*).

No campo dos projetos de lei, o trabalho mais expressivo e que serviu de referência para vários programas foi o *Projeto Alternativo sobre Reparação*, PA-R, (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, AE-WGM), de 1992, que surgiu na Alemanha, 25 anos depois do primeiro Projeto Alternativo, seguindo a linha de progredir na realização do princípio da subsidiariedade do direito penal e de conseguir uma maior diferenciação no sistema de conseqüências jurídicas do delito (SANZ-BERRO, 1999, p. 268). Foi elaborado por um grupo de trabalho em que se destaca o nome de Claus Roxin, além de outros membros originários, como Baumann, Schulz, Brauneck, Klug, aos quais se uniram Rössner, Jung, Eser, Schöch, Riess, dentre outros.

A primeira disposição do PA-R confirma a total adaptabilidade da reparação ao ordenamento jurídico alemão e, por conseqüência, a todos

aqueles que partilham da mesma raiz. Reafirmou, ainda, sua idoneidade como consequência jurídica do delito e como reação penal destinada a restaurar a paz jurídica:

§ 1. Reparação.

- (1) Se entende por reparação a compensação das consequências do fato delitivo através de uma prestação voluntária do autor. Seu objetivo é servir ao restabelecimento da paz jurídica. A reparação deverá realizar-se preferencialmente em favor do ofendido; se isso não for possível, não permitir prever um bom resultado ou por si só não for suficiente, caberá admitir a reparação em favor da generalidade (reparação simbólica).
- (2) Se considera também uma prestação voluntária aquela na qual o sujeito responsável cumpre a obrigação assumida em um procedimento de reparação judicial ou extra-judicial.

Como se vê, a construção dogmática dos penalistas alemães, também percebeu que a reparação só pode ser viabilizada se inserida numa lógica distinta da justiça punitiva, daí o destaque à consensualidade e a extrajudicialidade. Disciplinando essa nova forma de reação penal, ainda constou do projeto o seguinte:

§ 4. Reparação no lugar da pena.

- (1) O Tribunal decretará a renúncia à pena no caso em que o infrator tenha reparado o fato (§§ 1 e 3), a não ser que resulte indispensável uma pena para incidir no sujeito ou na coletividade.
- (2) Por regra geral, se suporá a necessidade de pena no sentido do pfo. 1º, unicamente no caso de o sujeito, que não tenha procedido a reparação, tiver incorrido em pena privativa de liberdade superior a um ano.

Ainda, o § 13(2) prevê que a promotoria poderá solicitar uma instância de conciliação idônea para o fim de conseguir a reparação, informando ao infrator e ao ofendido que não estão obrigados a cooperar no procedimento de conciliação. Quanto ao processo, § 11(1) e (2), regulam a renúncia à ação nos casos de reparação em que já tenha sido iniciado, como forma de possibilitar o seu arquivamento. E, por fim, § 11(3) estabelece uma garantia importante: arquivado o caso em razão da reparação, só poderá ser desarquivado caso surjam novos fatos ou meios de prova que mostrem se tratar de um delito grave (*Verbrechen*)

ou menos grave com a pena elevada por alguma causa de aumento (*Vergehen*), lembrando que a reparação seria cabível, nos casos de delitos menos graves com a pena não aumentada. Também consta do PA-E a limitação temporal das prestações e proporcionalidade do acordo, como forma de evitar uma resposta aflitiva e desmedida.

O que os idealizadores do PA-R quiseram demonstrar é que a reparação pode ser uma reação penal construtiva frente ao delito, constituindo a “terceira via”, capaz de, ao menos parcialmente, satisfazer a demanda jurídico-penal de restabelecimento da paz jurídica, na medida em que a pacificação das relações interpessoais dos afetados diretamente pelo crime é aspecto essencial daquela aspiração do direito penal (SANZBERRO, 1999, p. 114). Assim, satisfeita a expectativa de reparação à vítima, em certos casos, o interesse público na persecução penal desaparece.

Também, o teor das disposições projetadas deixa claro que a reparação-conciliação pode configurar-se como instituto jurídico penal distinto e mais além da indenização civil do dano, principalmente em face da natureza da situação que busca apaziguar, das possibilidades de prestações voluntárias distintas do ressarcimento financeiro serem aceitas e do conteúdo de reintegração social da resposta.

O PA-R inspirou a reforma do Código Penal de 1994, notadamente no que se refere à redação dos § 46 e § 46a, que estabeleceram disposições de determinação, atenuação e renúncia à pena em face da reparação-conciliação, de maneira mais tímida do que o projetado, mas suficiente para conferir apoio aos diversos projetos de mediação que estavam em andamento no país e, desde então, evoluíram mais. Assim:

Fundamentos da determinação da pena

§ 46.

- I. A culpabilidade do autor será o fundamento da medição da pena. Dever-se-ão considerar os efeitos derivados da pena para a vida futura do autor em sociedade.
- II. Na determinação da pena o tribunal ponderará as circunstâncias favoráveis e contrárias ao autor. Com este fim se contemplarão particularmente: os fundamentos da motivação e os fins do autor, a intencionalidade que se deduz do fato e a vontade com que este se realizou, a medida de descumprimento do dever, o modo de execução e seus efeitos inculpatórios do fato, os antecedentes do autor, sua situação pessoal e econô-

mica, assim como sua conduta depois do fato, especialmente seus esforços para reparar os danos e seus esforços para acordar uma compensação com o prejudicado. (grifo nosso)

A valorização dos esforços para recompor a ordem abalada pelo crime por meio da compensação à vítima, foi reconhecida em seu potencial construtivo como resposta ao delito, tanto assim que o artigo seguinte disciplina especificamente a matéria:

Compensação autor-vítima, reparação dos danos

§ 46a Quando o autor

1. tenha se esforçado seriamente para acordar uma compensação com o prejudicado (compensação autor-vítima), e tenha restabelecido em sua maior parte a situação jurídica anterior ou
2. tenha indenizado a vítima totalmente, ou em sua maior parte, numa situação que a reparação dos danos exija notáveis prestações ou renúncias pessoais, o tribunal poderá atenuar a pena de acordo com o § 49, apartado I ou, quando não se deva aplicar uma pena maior de um ano de privação de liberdade ou de multa de até 360 dias-multa, privar de pena.

Na Áustria, país cujo ordenamento também tem raízes germânicas, foi elaborada uma regulação normativa extremamente inteligente para recepcionar as novas tendências de reparação-conciliação, tanto assim que o país possui programas de mediação penal dos mais elogiados.

O Código Penal contém uma figura bastante ampla que permite a renúncia à pena e a extinção da punibilidade em uma série de crimes patrimoniais em que ocorra a reparação do dano e o arrependimento ativo, sendo que esse dispositivo, na prática, tem sido utilizado para evitar a intervenção penal, servindo de base para o envio de casos para a mediação e outras formas de *diversion* (que é o local sistemático da mediação), assim como para recepcionar os acordos na justiça penal:

§ 167 ÖStGB: Arrependimento ativo:¹

- (1) O arrependimento ativo elimina a punibilidade devida a danos materiais, danos em dados, furto, subtração de energia, malversação, apropriação indébita, subtração continuada de objetos, violação do direito de caça e pesca de outros, subtração, estelionato, abuso fraudulento na elaboração de dados, obtenção subreptícia de serviço, estelionato por necessidade, infidelidade, aceitação de presentes pelos que detenham poder, usura, quebra fraudulenta, prejuízo de credores alheios, favorecimento de credor, quebra imprudente, obstaculização da execução, receptação, apoderamento imprudente, ocultação ou venda de objetos.
- (2) O arrependimento ativo beneficiará o sujeito quando se produza a favor do ofendido, sempre que não se veja obrigado a fazê-lo, se antes que as autoridades tenham conhecimento de sua responsabilidade:
 1. Repara todo o dano derivado do fato ou
 2. Se obriga contratualmente a realizar tal reparação ao ofendido num certo prazo de tempo. No caso de o

¹ § 167 Tätige Reue: (1) Die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung, Datenbeschädigung, eine Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems, Diebstahls, Entziehung von Energie, Veruntreuung, Unterschlagung, dauernder Sachentziehung, Eingriffs in fremdes Jagd- oder Fischereirecht, Entwendung, Betrugs, betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs, Erschleichung einer Leistung, Notbetrugs, Untreue, Geschenkannahme durch Machthaber, Förderungsmissbrauchs, Wuchers, betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers, grobfahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, Vollstreckungsvereitelung und Hehlerei wird durch tätige Reue aufgehoben. (IdF BGBl I 58/2000, geändert durch BGBl I 2002/134).
(2) Dem Täter kommt tätige Reue zustatten, wenn er, bevor die Behörde (§ 151 Abs. 3) von seinem Verschulden erfahren hat, wenngleich auf Andringen des Verletzten, so doch ohne hiezu gezwungen zu sein.

1. den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schadensgutmacht oder.
2. sich vertraglich verpflichtet, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit solche Schadensgutmachung zu leisten. In letzterem Falle lebt die Strafbarkeit wieder auf, wenn der Täter seine Verpflichtung nicht einhält.
- (3) Der Täter ist auch nicht zu bestrafen, wenn er den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden im Zug einer Selbstanzeige, die der Behörde (§ 151 Abs. 3) sein Verschulden offenbart, durch Erlag bei dieser Behörde gutmacht.
- (4) Der Täter, der sich um die Schadensgutmachungen ernstlich bemüht hat, ist auch dann nicht zu bestrafen, wenn ein Dritter in seinem Namen oder wenn ein anderer an der Tat Mitwirkender den ganzen aus der Tat entstandenen Schaden unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen gutmacht.

sujeito não cumprir sua obrigação, ressurgirá a punibilidade.

- (3) Não se castigará tampouco ao sujeito quando, a partir de uma autodenúncia de sua infração levada ao conhecimento das autoridades, repare completamente o dano derivado do fato.
- (4) Não se castigará tampouco ao sujeito que tenha se esforçado seriamente para reparar o dano, se um terceiro em seu nome ou outro interveniente no fato repara por completo o dano derivado do fato sob os pressupostos assinalados no § 2º.

A funcionalidade do § 167 ÖStGB é garantida através de uma articulação simples com outros dois dispositivos: o § 42 ÖStGB, cuja rubrica é *falta de merecimento de pena ao fato* e prevê que não será punível o fato para o qual esteja cominada pena de multa ou pena não superior a três anos, quando:

1. a culpabilidade do autor seja ínfima,
2. o fato não tiver ocasionado conseqüência alguma, ou somente tenha produzido conseqüências de escassa significação, ou bem, o autor pelo menos tenha se esforçado seriamente para que tenham sido eliminadas, compensando de outro modo, as conseqüências do fato.

E outro artigo, este do código de processo: o § 90 ÖStPO, autoriza a renúncia ao exercício da ação em casos de bagatela, sem mesmo o recurso a qualquer medida alternativa, incluindo a reparação ou a mediação. Essa articulação evita que os centros de mediação sejam reservados aos casos de escassa relevância penal, destacando-lhes uma importância maior e mais congruente com o papel que as resoluções internacionais e a doutrina vêm atribuindo ao novo mecanismo. Além disso, a lei austríaca demonstra que a mediação funda-se no modelo integrado de ciências penais.

De ambos os exemplos, Alemanha e Áustria, extrai-se a conclusão de que a mediação é uma reação penal (i) que deve incidir e estar disciplinada no direito material e (ii) perfeitamente adaptável aos ordenamentos jurídicos que não da *common law*.

Na Austrália, foi apresentado na Assembléia Legislativa do Australian Capital Territory, o *Crimes (Restorative Justice) Bill 2004*, um documento extenso que definiu com minúcias a estrutura, os princípios

e o funcionamento da justiça restaurativa, aplicável para ofensores jovens e adultos nos casos de crimes menos graves.

Sublinhando fortemente a voluntariedade, o *Bill* contém várias disposições (incisos do artigo 25), que enfatizam a importância da fase de preparação, que é aquela na qual as partes vão, justamente, elaborar sua participação voluntária e onde deverão ser informadas dos propósitos do programa, da natureza da justiça restaurativa e, se necessário, requerer assistência jurídica para tomar uma decisão livre e informada, sendo que o profissional (defensor, advogado) não pode tomar parte nas deliberações entre as partes, somente pode aconselhá-las previamente.

Para eleger os crimes cabíveis, a autoridade tem como critérios a natureza da ofensa, o nível de dano causado ou a violência envolvida, as quais, em conjunto, podem indicar a ofensividade suficiente para recomendar ou impedir a justiça restaurativa. O instrumento disciplinado é aquele da tradição restaurativa australiana: as conferências, nas quais podem tomar parte, ofensor, vítima, seus parentes, pessoas de relações domésticas, o oficial de polícia que encaminhou o caso e qualquer pessoa relacionada à vítima ou ao ofensor que possa prover apoio emocional e prático a ambos durante a conferência. Os advogados, repetindo, não podem participar das conferências, que podem se desdobrar em vários momentos e de várias formas, desde face a face até por cartas ou videoconferência.

Por fim, consta do artigo 51 do *Crimes (Restorative Justice) Bill 2004* um rol ilustrativo da natureza de acordos que podem ser aceitos, sendo que a reparação financeira é elencada como última hipótese, realçando que a justiça restaurativa não deve ser uma forma de “comercialização” da justiça: (i) desculpas; (ii) plano de acompanhamento da conduta do ofensor; (iii) prestação de serviço em benefício da vítima, da comunidade ou de parte desta; e, como dito, por último a (iv) reparação financeira e (v) qualquer outra providência acordada durante a conferência que possa reparar o dano causado pelo crime.

Todas essas formas de acordo aceitáveis pelo sistema de justiça desde que: (i) o acordo não seja contrário à lei, (ii) não requeira a restrição de liberdade do ofensor, (iii) não seja degradante ou humilhante, (iv) não imponha aflição ao ofensor ou a qualquer pessoa e, no caso de acompanhamento ou prestações de serviço, (v) a medida não se prolongue por mais de 6 meses, contados da data do acordo.

Finalmente, uma referência necessária ao sistema canadense, cujo artigo 718.2 do Código Criminal e sua interpretação pela Suprema Cor-

te (casos *Gladue v. the Queen* e *Proulx v. the Queen*) são marcos jurídicos de referência paradigmáticos para o debate da justiça restaurativa.

No caso *Gladue v. the Queen* (também mencionado como *R. v. Gladue*), julgando a aplicação de princípios restaurativos no momento de sentenciar caso de homicídio doloso, após tecer longas considerações sobre o problema da superpopulação carcerária no país² – tema que é quase um tabu nos tribunais pátrios, pois passa longe das decisões judiciais – e sobre a discriminação de classes marginalizadas pelo sistema de justiça (em especial os aborígenes), a Suprema Corte reiterou o entendimento de que todas as soluções penais diversas da prisão devem ser privilegiadas, especialmente aquelas que reconhecem a diversidade cultural e a existência de percepções de justiça variadas em qualquer sociedade. A Suprema Corte percebeu que, como os fatores de formação (*background factors*) são uma das causas da criminalidade, obrigatoriamente, devem ser considerados no momento de julgar uma conduta criminosa:

O juiz que é chamado a julgar um ofensor aborígene deve prestar atenção à formação única e fatores sistêmicos que podem jogar um papel significativo para trazer aquele particular ofensor à presença do tribunal. (...) Em certas instâncias, os princípios restaurativos para sentenciar ganham uma relevância primária, justamente porque a prevenção do crime, assim como a cura individual e social não pode ocorrer por outros meios.³

Considerou-se, assim, que a justiça restaurativa oferece mecanismos mais flexíveis para analisar as circunstâncias individuais do caso sobre a seguinte base: “para este crime, cometido por este ofensor, que causou dano a esta vítima, nesta comunidade, qual a sanção apropriada de acordo com o Código Criminal?” (transcrição conforme o original). A questão, então, para a Suprema Corte, é “reverter a discriminação” que se verifica em especial sobre a clientela da justiça penal, pela interpretação do artigo 718 do Código Criminal, cuja redação, especialmente do 718.2(e), deve ser entendida como um “remédio” contra naturais injustiça que se reproduzem dentro dos julgamentos:

2 130 presos por 100.000 habitantes, algo irrisório perto de outros países como os EUA, mas preocupante para os padrões canadenses.

3 A decisão está disponível em <http://www.usask.ca/nativelaw/publications/jah/gladue.html>.

Purpose and Principles of Sentencing

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and**
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.**

Fundamental principle

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing:
 - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,
- (...)
- (d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and**
- (e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. (grifos nossos).**

O artigo 718.2(e) “convida ao reconhecimento e ao aperfeiçoamento do impacto da discriminação sistêmica da justiça criminal sobre os povos aborígines” (*Gladue v. the Queen*), os quais, lembre-se, podem ser perfeitamente assemelhados à clientela majoritária da justiça penal no Brasil.

Dando conta do avanço do modelo restaurativo sobre o modelo tradicional, em outra oportunidade, a Suprema Corte do Canadá, analisando a aplicação da justiça restaurativa aos princípios legais da finalidade da pena, assim definiu:

Justiça restaurativa diz respeito à restauração das partes que foram afetadas pela prática de uma ofensa. O crime, geralmente, afeta pelo menos três partes: a vítima, a comunidade e o ofensor. A abordagem da justiça restaurativa visa remediar os efeitos adversos do crime, de maneira a focar as necessidades de todas as partes envolvidas. Isto é realizado, em parte, através da reabilitação do ofensor, reparação em favor da vítima e da comunidade e promoção de um senso de responsabilidade no ofensor e reconhecimento do dano causado à vítima e à comunidade (caso *Proulx v. the Queen*).⁴

Nessa mesma decisão, a Suprema Corte lançou outras duas considerações relevantes, principalmente por se tratar de conclusões de um tribunal e apoiadas em casos concretos: (i) a justiça restaurativa e a justiça penal não se excluem, complementam-se e (ii) há evidência empírica do efeito preventivo-geral das práticas restaurativas, os quais se opõem à falta de evidências de que a prisão tenha algum efeito dissuasório.

Dessa breve exposição de alguns marcos jurídicos de referência, selecionados de forma meramente ilustrativa, conclui-se: (i) nos últimos anos, vem ocorrendo uma constante ampliação do suporte legal às práticas restaurativas, como incentivo a resultados satisfatórios, mas ainda limitados a contextos pouco expressivos, ou seja, a justiça restaurativa é uma realidade e em movimento crescente; (ii) seus princípios são adaptáveis a qualquer ordenamento jurídico; (iii) já existe um conjunto mínimo e seguro de princípios e garantias para a sua implementação, tais como a voluntariedade, a confidencialidade, a participa-

⁴ Disponível em <http://canlii.org/ca/cas/scc/2000/2000sccr.html>.

ção ativa das partes, as regras de *ne bis in idem*, a proporcionalidade e equidade dos acordos e sua limitação temporal, etc.; (iv) a mediação penal é uma atividade que se reflete no direito material, abatendo ou eliminando a necessidade de pena, sob a perspectiva da subsidiariedade do direito penal.

Capítulo 3

Críticas e Obstáculos

3.1. As garantias jurídicas e o princípio da legalidade. 3.2. A racionalidade penal moderna 3.3. Utilitarismo ou eficientismo jurídico-penal. 3.3.1. A imagem bélica do direito penal e a percepção de realização de justiça. 3.4. Expansão da rede de controle penal e privatização. 3.4.1. Inviabilidade da justiça penal consensual ou da “negociação de pena”.

3.1. As garantias jurídicas e o princípio da legalidade

Os críticos da mediação penal e os obstáculos opostos por seus argumentos, podem ser agrupados em dois itens: a) aqueles que acreditam no processo e b) aqueles que acreditam na pena. Mesmo aqueles que reconhecem a inoperância de ambos os institutos e colocam-se numa perspectiva reformista, mas recusam a utilização da mediação em matéria penal, mantêm acesa uma ou outra daquelas crenças, justificando a atual situação como se fosse resultado de um suposto estágio de subdesenvolvimento cultural (má formação de juízes, promotores e advogados, decisões judiciais padronizadas e que desrespeitam os princípios garantistas e humanistas, etc.) ou estrutural (número insuficiente de tribunais, falta de vagas no sistema prisional, poucos recursos para investimento na administração da justiça, etc.), a ser superado com o progresso do conhecimento e da máquina judiciária, que, enfim, permitirá a aproximação da teoria e da prática.

A hipótese com que trabalho é distinta: a falência do sistema penal não é fruto de uma fase passageira, nem tende a ser superada com a natural (?) evolução do saber penal ou das condições estruturais do judiciário, que influiriam nas práticas punitivas e autoritárias arraigadas nas agências judiciais. Em que pese os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por um pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício de poder. Tudo isso garantido sob pretextos “nobres”, tais como a prevenção geral, a reinserção social ou, agora e com mais força, a segurança pública e a tranquilidade dos “cidadãos de bem”. Essa equação entre os discursos repressivos de segurança pública e as

práticas autoritárias dos operadores é o mecanismo que a mediação penal propõe-se a desativar. Se isso é possível, não há como assegurar, mas, é certo que há alguns indicativos positivos nesse sentido. Vejamos, então, as principais críticas e algumas respostas elaboradas.

Mesmo dentre os defensores da mediação penal, há a consciência de que as garantias do processo representam talvez o maior “nó a desatar” no seu difícil desenvolvimento como resposta institucional ao delito. Guadalupe Sanzberro adverte para a existência de sérias críticas

no que se refere aos riscos que traz para a esfera das garantias próprias de um Direito penal liberal, em concreto aquelas que derivam dos princípios de legalidade, igualdade, proporcionalidade e o princípio processual da presunção de inocência (1999, p. 47).

O regime de garantias caracteriza-se pela estrita legalidade consubstanciada nos axiomas: *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* e *nullum poena sine crimine, nullum crimine sine legge*, os quais, aparentemente, seriam contrariados pela mediação, uma vez que esta possibilitaria tanto a “pena sem culpa”, quanto o “crime sem pena”. Jesús Maria Silva-Sánchez refuta com veemência a mediação em matéria penal, com argumentos que valem ser observados, porquanto sintetizam o coro geral dentro do mundo jurídico contra a informalização da justiça.

Começando pela afirmação de que nas formas de “justiça negociada”, “a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano” (2002, p. 69), Silva-Sánchez, acrescenta que na mediação o direito penal aparece “como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores” e a diminuição de garantias as quais a informalização “pode implicar”, resultaria em déficits de legalidade ou de imparcialidade, pois o que se pretende é “contornar os estreitos atalhos dos princípios de igualdade e generalização para implantar uma ‘justiça do cádi’ que dê a cada situação a solução que seja ‘necessária’, sem vinculações externas” (Idem, pp. 70-71).

O penalista espanhol defende, ainda, que a contenção da violência social contida nas reações informais da comunidade ao crime, a redução da própria violência estatal e o planejamento de manter em limites toleráveis a comissão de delitos, só podem ocorrer sobre as bases dos princípios garantistas (1992, pp. 211 e 241) e, quanto à prevenção das reações informais, supõe que

la renuncia al Derecho penal tendría como efecto inmediato la aparición de sistemas informales de control, los cuales, dada la ausencia de formalización y la incidencia de fenómenos coyunturales o subjetivos, se mostrarían como mucho peores cuanto al grado de intervención, que el propio Derecho penal.

Afirmando, nisso, uma legitimação plenamente garantística do direito de punir, ao ponto de dizer que essa intervenção serve para dar à coletividade uma satisfação legítima à necessidade psicológico-social de castigo (1992, p. 224).

Neste ponto, já é possível identificar uma diferença filosófica fundamental: a corrente representada pela obra de Silva-Sánchez ainda filia-se ao objetivo de *satisfazer* a *necessidade* (há necessidade?) psicossocial de castigo, ou seja, parte de uma premissa, equivocada, de que, *a priori*, há uma necessidade de castigar, quando a evolução da justiça penal e das leis penais, já sintetizadas por meio das visões de Durkheim (1999a), Foucault (2003), Zaffaroni e Batista (2003) e Sanzberro (1999), mostra que há, na verdade, um hábito de punir que tomou conta da noção “moderna” de justiça. Esse hábito, não é uma necessidade psicossocial, mas uma necessidade político-institucional, ligada, antes, ao processo de apropriação da justiça e, agora, à instrumentalização do direito penal para manter o distanciamento e o isolamento de determinadas pessoas e para rotular os “inimigos” da sociedade (função diversiva do direito penal: esconder os problemas reais e mais graves, através da supervalorização e dramatização de alguns problemas selecionados).

A mediação situa-se em outro nível: pretende abater esse sentimento punitivo, reconhecendo essa tentativa como uma etapa fundamental para a evolução da vida comunitária, cuja harmonia é mais ameaçada do que preservada pelas tendências irracionais alimentadas pela “necessidade de castigo”.

No mais, a redução da violência estatal e a contenção da violência social por meio da atuação exclusiva da justiça punitiva é um ideal que não se sustenta, embora Silva-Sánchez utilize-o como argumento central para manter o monopólio da pena como instrumento de controle do crime. Incontáveis estudos, sob ângulos diversos (antropologia, criminologia, psicologia, sociologia, direito) atestaram, à exaustão, que o atual modelo de justiça penal fracassou nessa missão, pois vem contribuindo mais para a reprodução da violência do que para sua contenção, lembrando: George Mead (1997), Pires (2004a), Garapon (1997), Nils

Christie (1998) Baratta (1985), Bergalli (1996), Zaffaroni (2003), etc. E, a partir dessa constatação e das experiências de mediação penal, diversos outros autores demonstram que o novo paradigma tem potencial para efetivar aquela missão, assim: Ceretti (2000 e 2002), Bonafé-Schmitt (1992), Haley (1992), Mannozi (2003); o que já começa a ser constatado em pesquisas, ainda incipientes, mas com resultados otimistas (STRANG, 2001; UMBREIT, 2002).

O raciocínio baseado na necessidade de punir, é pontuado com uma conclusão extraída da interpretação da pensamento de Luigi Ferrajoli – que também parece rejeitar a mediação penal –, na qual Silva-Sánchez aceita que, apenas num plano teórico, poderia se pensar em normas penais sem sanção ou com sanção simbólica, pois há que se ter em mente que tais normas poderiam aplicar-se excepcionalmente. Mesmo reconhecendo no direito comparado a existência de preceitos como a mera declaração de culpa com renúncia à pena, o autor afirma que se tratam de casos supostos de bagatela que não podem ser generalizados, uma vez que, em geral, “la sanción en forma de pena privativa de libertad o alternativa sigue siendo necesaria”. Manifesta, ainda, uma preocupação com os processos de despenalização, que, ao enviarem a solução dos conflitos para outro sistema, redundarão em prejuízo para o indivíduo, expondo-o a um controle menos limitado, mais abusivo e intolerável pela perspectiva garantística da legalidade.

Por paradoxal, parte-se de uma premissa garantista para assegurar a manutenção da intervenção penal além da mínima. No fundo, a doutrina garantista é utilizada para legitimar uma intervenção penal repressiva e obsoleta, alimentando o “desejo psicossocial do castigo” e a necessidade de sempre punir com pena de prisão ou suas penas alternativas, sem outra saída. Essa visão, fecha as portas do direito penal a alternativas de não-punição, despenalização, reparação, perdão, aplicação de sanções não afitivas, etc. O mais grave, contudo, é que como tais alternativas passam a ser tidas como antigarantistas, só é aceitável o sistema inflexível: prisão ou, talvez, alguma pena alternativa (sequer concebida como pena principal).

O que se percebe, é que Silva-Sánchez parte de premissas falsas e/ou não demonstradas. Falsa é a premissa de que há uma necessidade de castigo, a qual converte-se em imposição e prescinde de verificar a *desnecessidade da pena*. Num sistema fechado e binário, esse raciocínio elimina as possibilidades de o direito penal limitar o poder punitivo, transformando-o em mero saber chancelador do exercício de um poder, sem mesmo questioná-lo. Premissas não demonstradas são

aquelas de que a mediação pode implicar em déficits de legalidade e igualdade, é uma atividade sem conexão com valores ou vinculações externas. Primeiramente, essas ponderações parecem supor que do outro lado, a justiça punitiva, opera com um alto índice de respeito à legalidade e à igualdade, ou sobre uma base valorativa legítima e correspondente à diversidade e à pluralidade da sociedade contemporânea.

A realidade não é essa. A doutrina processual mais atual reconhece, com ênfase, os defeitos do atual sistema. Paula Bajer F. Martins da Costa, em profundo estudo sobre a igualdade no direito processual penal brasileiro, conclui que “a legalidade não tem cumprido sua função de garantir a liberdade com igualdade”, pois nossa Constituição tem sido “relativizada por leis penais e processuais penais, bem como pela jurisprudência” (2001, p. 74), esta última, refém dos discursos de segurança pública e da “fala do crime”, que confrontam o Estado de Direito, pressionando-o na direção do Estado de Polícia.

O que Silva-Sánchez despreza é, justamente, aquilo que os defensores da mediação apontam como uma interdependência necessária entre os dois sistemas (mediação e punição), de forma que, em relação de complementariedade funcional, um possa fazer o outro funcionar melhor. A preferência pela repressão como único meio de controle do crime, no fundo, revela opção extremamente conservadora e possivelmente autoritária, ou, pelo menos, com traços autoritários.

A “vinculação externa” a qual se prende a atividade de mediação é a equidade, que é o valor que norteia o diálogo e os possíveis acordos. Evidentemente, se os acordos podem ser mesmo equitativos é uma questão a ser observada na prática mas que, de forma alguma, autoriza o afastamento liminar da possibilidade de mediar delitos. O conservadorismo de Silva-Sánchez, talvez fizesse sentido num mundo mais estático, ao reverso, a mediação aponta para situações mais complexas, sugerindo, conforme Ceretti (2000), que estamos caminhando na direção de uma pluralidade de regulações jurídicas, correspondente a uma nova economia de relações entre as normas sociais e jurídicas. Essa direção aponta para a necessidade de uma ordem negociada, ante o malogro em obter-se uma ordem imposta.

Da mesma maneira, a questão da “busca da verdade” não pode ser levantada como obstáculo à mediação pois seu êxito não se funda na pesquisa da culpabilidade e nem sobre a restauração da ordem social (pontos que só o direito e o Estado podem resolver), mas funda-se sobre “dar um lugar à desordem”; a mediação promove novas formas de “ordem” que devem emergir exclusivamente dos sujeitos que,

envolvidos no conflito, devem aceitar, em certa medida, a desordem por ele representado (CERETTI, 2000) e negociar a sua governabilidade dentro de parâmetros aceitáveis. O acertamento da verdade, de fato, não é primordial na atividade de mediação, embora, diga-se, que é factível que a verdade possa fluir mais livremente num ambiente isento de pressões, ameaças (de pena) e, principalmente, sem a presença de uma autoridade superior. O processo adversarial e suas liturgias formais, naturalmente, impedem que as partes se expressem com naturalidade e, logo, obstaculizam a busca da verdade, não só dos fatos, mas também das impressões e das emoções afetadas pelo fato sob julgamento. Um modelo que não recompensa substancialmente a verdade (por exemplo, enriquecendo as possibilidades de aplicação do perdão), não pode sustentar sua exclusividade e sua autoconservação justamente nesse argumento.

Pelo contrário, a lógica do processo penal é o evitamento da verdade, uma vez que, se respeitadas as garantias formais, a verdade leva o ofensor ao destino certo e único da pena afluente; e, para a vítima, do que vale a verdade? No final, a “verdade” obtida por meio do processo penal é, apenas, a “verdade” imposta pelo juiz, que lê os fatos através de uma tela institucional (os códigos legais) e seleciona-os de acordo com a necessidade do processo, podendo, inclusive, desprezar aquelas informações que não tenham relevância técnico-jurídica.

A mediação, não sendo vinculada pelos rigores das normas processuais e substanciais, consente aos indivíduos reapropriarem-se concretamente de seus conflitos e tornarem-se os sujeitos principais, mas, tal potencialidade, não é, em absoluto, privada de vínculos. O reconhecimento recíproco que nasce entre as pessoas diretamente envolvidas faz nascer um acordo que até pode ser diverso daquilo estabelecido pela lei, mas, por ser relacionado com as expectativas dos indivíduos, deve ser, tendencialmente, mais equilibrado e congruente do ponto de vista distributivo/compensatório. Este “acordo equitativo” encontra, contudo, limites próprios e insuperáveis nas normas substanciais e processuais que regulam os comportamentos que deram lugar ao conflito e que não podem, de maneira alguma, serem colocadas de lado (CERETTI, 2000).

Essa construção aberta e mais flexível, contudo, não significa que a atividade de mediação ocorra ao arpejo da lei e das garantias formais. Pelo contrário, a mediação implica uma outra maneira de enxergá-las e efetivá-las. Ceretti (2000) afirma que a mediação penal não compreende aplicar diretamente a lei violada, tarefa que permanece e

deve permanecer nas mãos da justiça formal e propõe uma imagem de elaboração (mais do que resolução) dos conflitos que não se situa na lei, nem fora da lei, mas sob a insígnia da lei: a finalidade da mediação seria aquela de utilizar a lei como “ponto de referência” para favorecer a aproximação entre perspectivas diversas, operação que contribuiria, ao final, para reforçar a dimensão metafórica da mesma lei. Nisso, não há qualquer risco de revogação da ordem normativa vigente, pelo contrário, esta reforça-se legitimamente quando estabilizam-se as expectativas geradas pelo preceito penal. Pois, se o preceito contém a descrição do que não se deve fazer, é sob a descrição desse fato que ocorre o encontro entre ofensor e vítima: o encontro ocorre sob a insígnia do preceito, que não é o comando a ser mediado, mas o comando a partir do qual os sujeitos em mediação vão debater maneiras restaurativas (simbólicas ou não), em uma relação face a face que contribui para criar as premissas de um novo laço social (CERETTI, 2000).

Com isso, evidencia-se que a mediação não representa um espaço privado da lei, nem privatizado em relação àquela. E, considerando que a função simbólica da lei penal talvez seja seu papel mais proeminente na atualidade (senão único), principalmente em face das elevadas cifras negras, a mediação revela sua total compatibilidade com o direito penal.

Quanto às garantias do devido processo legal, contraditório e a da ampla defesa (*nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla acusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*) são insuficientes, meramente formais e não agregam qualquer potencial preventivo (da violência) num sistema que trabalha com a certeza e a proporcionalidade vertical das penas. De nada adianta a observância formal desses princípios, se só servirem para levar o acusado ao destino certo e “seguro” da punição severa. O sistema garantista, assim visto, constitui um percurso em que, se respeitadas as proteções formais, justifica-se, ou melhor, obriga-se a imposição da pena cominada. Porém, num quadro emergencial, essas garantias *a priori* pouco representam.

Por isso, a insistência necessária no estudo de garantias positivas, que tragam alternativas à certeza da punição severa e subtraíam do sistema penal sua característica autoritária, fechada, repressiva e obsoleta, evitando, também, a indulgência de paliativos que não neutralizam a pena em sua face aflagante-dissuasória, como soluções burocratizadas de fuga do direito penal.

A realidade é que tais garantias são insuficientes. Se, conforme constata Geraldo Prado:

a cultura que conformou a sociedade e teve papel de destaque na formação dos Estados latino-americanos é predominantemente autoritária e não costuma ceder frente ao princípio da legalidade (2002, p. 93).

É evidente que as demais garantias, como corolários da legalidade, também vêm sendo derogadas ou mitigadas pela prática das agências judiciais.

Na mesma direção, Ghiringhelli de Azevedo reconhece a importância das regras e garantias jurídicas que visam controlar o poder de punir, mas assevera que

algumas dessas regras de funcionamento estão longe de produzir todos os efeitos desejados, seja porque são neutralizadas ou derogadas por outras práticas da justiça penal e de suas instâncias auxiliares, seja porque a situação fática se alterou tanto desde que foram criadas que perderam de todo a eficácia (2002, p. 62).

Assim, mesmo a legalidade, princípio vetor do sistema garantista, revela-se uma segurança básica inútil ante a expansão do direito penal. Num sistema hiperinflacionado, onde existem leis para incriminar a generalidade das condutas, surge um dado de situação fática que minimiza muito tal garantia: *nullum crimine sine legge* de nada adianta se existem “legges” em excesso, se estão formuladas em termos vagos e abertos e orientadas de forma paleorepressiva. Carlos Enrique Arenillas (2004, p. 2), lembra que, na prática, o “*principio de legalidad que no es otra cosa que la reacción estatal, inexorable en todos los casos y con la misma energía, frente al delito*”.

Ainda, quanto à compatibilidade do sistema de garantias com a mediação penal, nada melhor de que remeter ao pensamento de Luigi Ferrajoli, que, ao debater as possibilidades de controle social alternativo, elenca quatro modelos privados de qualquer garantia contra a opressão e o arbítrio. Nenhum deles refere-se à perspectiva da justiça restaurativa construída através da mediação penal, pelo que o garantismo não veda ou, ao menos, deixa uma porta aberta para a consideração dessa idéia.

Os sistemas de controle antigarantistas seriam: (a) social-selvagem, expresso nos ordenamentos arcaicos, baseados na lei do mais forte, na vingança de sangue, duelo, etc; (b) estatal-selvagem, expresso nos ordenamentos despóticos antigos e nos modernos autoritários, onde a pena é imposta de acordo com os interesses de quem a comina;

(c) social-disciplinar, próprio das comunidades moralistas ou ideologizadas, que submetem o indivíduo a forte autocensura, pressões coletivas, policiamento e linchamento moral, demonização pública, etc.; (d) estatal-disciplinar, produto tipicamente moderno, caracterizado pelo desenvolvimento de funções preventivas de polícia e segurança pública, de vigilância, etc. (FERRAJOLI, 1998, pp. 514-515).¹

A reforma proposta neste trabalho não se identifica com nenhum dos sistemas de controle antigarantista, segundo as próprias definições do maior artífice do garantismo.

Geraldo Prado (2002) e Aury Lopes Jr. (2002), ainda, sustentam que as formas de justiça consensual afetam uma garantia básica: o *direito ao processo, justo e de qualidade*. Lopes Jr., com mais intensidade, critica a “eficiência antigarantista” que estaria na base de todos os movimentos de justiça consensual, sendo comum a crítica à ideologia utilitarista, refletida nas idéias de “fazer justiça rápido”, pois “quando discutimos a justiça negociada, estabelece-se o conflito garantismo versus utilitarismo” (LOPES JR., 2002, p. 113).

Pois bem: as críticas dos processualistas pátrios procedem. Ocorre que ambos, corretamente, lançam suas observações a partir do modelo de justiça consensual introduzido no Brasil pela Lei 9.099/95 e no *plea bargaining* anglo-saxão, com os quais os fundamentos da proposta de mediação penal em nada se identificam.

Primeiramente, a celeridade não está na pauta do projeto da mediação penal. Pelo contrário, as sessões de mediação podem se multiplicar, sempre que o mediador ou mesmo as partes verificarem essa necessidade. Logo, nem sempre que se discute a justiça negociada estabelece-se uma oposição entre garantismo e utilitarismo. Por tudo o quanto foi exposto nos capítulos anteriores, fica evidente que os melhores projetos de mediação e justiça restaurativa procuram manter distância cautelosa dos utilitaristas, embora, é claro, sempre exista a pressão para transformar a mediação em mero instrumento de alívio da carga de trabalho dos tribunais.

Cindindo a expressão que resume a preocupação dos autores (*direito ao processo, justo e de qualidade*), vejamos primeiro que o direito ao processo mantém-se intacto no modelo de justiça informal que

1 Contudo, partindo de algumas críticas ao modelo consensual de justiça, é possível que a justiça restaurativa tangencie os sistemas (c) e (d), daí a necessidade de fundar o novo paradigma sobre bases claras e bem definidas, distanciando-o daqueles sistemas não desejados.

tem como finalidade a mediação. Colocando-se a voluntariedade como requisito básico – e não como direito público subjetivo – sempre que assim quiserem, quaisquer das partes podem recusar o envio do caso ao ofício de mediação, exercendo seu direito ao processo. Por outro lado, o *direito ao processo*, deve ser concebido como direito, não como obrigação, ou seja: *o direito ao processo, para ser pleno e realizável, deve incluir o direito de evitar o processo*, naquelas circunstâncias em que a resposta punitiva possa ser substituída por outras reações penais, como a reparação-conciliação, a qual entendemos que só pode ter lugar no espaço extrajudicial e extra processual da mediação.

É razoável supor que, ter *direito* a alguma coisa compreende, necessariamente, a opção de não usufruir dela, não recorrer ou, pelo menos, renunciar. Se a opção transforma-se em imposição, não há como falar em *direito ao processo*. O direito a ser compelido a participar do processo penal, reduz o alegado direito ao processo, ao direito de defesa para o acusado e ao direito de ser testemunha (?) e não encontrar-se com o acusado para a vítima. A opção, voluntária, livre, informada e regulada para apropriar-se do conflito, discuti-lo e, eventualmente, negociar uma solução, tem que ser incluída na pauta de decisões públicas que consolidam o direito ao processo. Sem essa possibilidade, tal direito não existe.

Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Estrasburgo (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) tem repetidamente determinado que o infrator pode abdicar do direito de acesso ao tribunal “desde que esta abdição seja alvo de estrita vigilância”. Tanto assim que, no caso *Deweer*, estabeleceu que o fundamental é que a decisão de abdicar ao processo ocorra sob condições adequadas, ou seja, em circunstâncias que o acusado não seja coagido, forçado ou induzido a aceitar a proposta de discutir uma solução consensual (GROENHUIJSEN, 2003, p. 112). É o que neste trabalho chamamos de consenso informado à participação na mediação.

O direito ao processo, de qualquer forma, remete ao princípio da legalidade como obstáculo à mediação penal. Visto como imperativo para imposição de pena em face de toda e qualquer violação das normas penais, o princípio deixou de lado sua feição democrática e liberal, transformando-se mais em comando de proibição/punição, do que interdição ao exercício do poder punitivo e demarcação de fronteiras entre o proibido e o permitido. A aceitação da mediação, logo, impõe a remoção desse entrave cultural, que passa por uma necessária revisão

do conteúdo semântico do *ius puniendi*, que será objeto do capítulo seguinte, tópicos 4.2.1 e 4.2.2.

E, quanto ao direito ao processo *justo e de qualidade*, parece-nos que o atual regime de garantias é inócuo para “garanti-lo”. Por diversas e históricas razões, “justo e de qualidade” são qualidades quiméricas ao processo penal que, infelizmente, não se mostra como instrumento suficiente para coibir a seletividade e a violência inerentes ao exercício do poder punitivo e sequer tem conseguido conter a atitude hostil que se ritualiza e se reproduz no cotidiano dos tribunais.

Mesmo os autores extremamente críticos em relação à justiça consensual, admitem os fundamentos da mediação penal aqui defendida, talvez sem percebê-lo. Aury Lopes Jr. sublinha que “existe uma profunda relação entre o atual modelo de Direito Penal mínimo e seu correspondente processo penal garantista” (2002, p. 111), Daí resulta que os princípios da intervenção mínima são pontos importantes e congruentes com o garantismo, sendo que, mais uma vez, encontram-se em consonância com a presente proposta. A mediação penal, mais do que respeitar formalmente, valoriza substancialmente e potencializa a concreção daqueles princípios considerados como os mais relevantes por Alessandro Baratta, que formulou a articulação programática da idéia de mínima intervenção do direito penal como uma política para curto e médio prazo baseada em uma teoria dos direitos humanos como objetivos e limites da lei penal. Vejamos quais os princípios básicos desse programa que se alinham com a proposta de mediação penal, ou mesmo, recomendam a idéia (BARATTA, 1986, pp. 444-473).

O ponto de partida do minimalismo penal desenhado por Baratta é conhecido: a luta para a contenção da violência estrutural é a mesma luta para a afirmação dos direitos humanos. Como conseqüência, a redução do direito penal deve implicar no aumento das possibilidades de utilizar de modo alternativo os instrumentos da justiça penal para a defesa dos direitos humanos.

Dentro deste programa, o autor define *princípios de limitação funcional* que mantêm relação direta com a constatação das conseqüências derivadas da atuação do sistema penal no meio comunitário, discussão também “esquecida” por muitos e, como já visto, bastante valorizada pela perspectiva restaurativa. Dentre esses princípios, localizam-se aqueles que dão suporte à proposta em debate.

São eles: o princípio do *respeito pela autonomia cultural*, que preconiza retirar o sistema penal de dentro desse processo global de colonização e opor-se ao totalitarismo do “pensamento único”. Os conflitos

culturais não podem ser confundidos com criminalidade. Assim, o princípio refere-se à necessidade da preservação de certas margens de conflito, concedendo à desviação e à diversidade o máximo espaço compatível em relação às exigências mínimas de controle social.

O princípio da *primazia ou o primado da vítima*, também articulado na base do programa de Direito Penal Mínimo e bastante valorizado pela mediação. Como visto, uma das razões para a vítima ter sido subtraída da esfera de interesse da justiça penal foi a centralização do monopólio da força. A expropriação dos interesses e direitos da vítima também importou no inchaço do sistema punitivo e no aumento da repressão penal. Substituir, em parte, o direito punitivo por um direito repressivo e valorizar o papel da vítima é uma importante indicação para a realização de um direito penal de mínima intervenção e reduzir os custos sociais da pena.

Quanto aos princípios extra-sistemáticos do Direito Penal Mínimo, seguindo o raciocínio de Baratta, tem-se os chamados *princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais*, dentre os quais aquele considerado pelo autor como o mais importante deste grupo: a *articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais*, sem o qual, nenhuma mudança da política de controle social será factível. Passa por uma tomada de atitude coletiva diferenciada: os portadores das necessidades e desejos devem conseguir converter-se de sujeitos passivos de um tratamento institucional e burocrático em sujeitos ativos na definição dos conflitos que os envolvem e na construção das formas e dos instrumentos de intervenção institucional e comunitários idôneos a resolvê-los, segundo os legítimos anseios. Aqui a indicação é clara para a procura de alternativas penais que estabeleçam um processo de diálogo e envolvam a comunidade com a resolução de seus próprios problemas.

O princípio da *privatização dos conflitos* complementa o primado da vítima, tratando-se de estratégia de reapropriação dos conflitos, afasta a intervenção penal onde a restituição, os acordos, a reconciliação sejam suficientes. Esse princípio complementa-se pela *politização dos conflitos*, que em direção oposta, mas não incompatível, considera como característica fundamental do sistema penal seu modo de intervir nos conflitos ("pena"), reconhecendo o surgimento de novas formas de criminalidade que requerem um redimensionamento político para considerar outros modos de intervenção institucional, confiados não só aos órgãos administrativos da justiça penal.

Completando a cadeia principiológica da mínima intervenção, há o enunciado de *conservação das garantias formais*, a qual exige, no caso de transferência dos conflitos para fora do campo penal, que a posição do indivíduo não seja reconduzida a um regime de menor garantia em relação àquele formalmente previsto pelo direito penal, o que não ocorre com a mediação.

As idéias de articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais; politização dos conflitos; respeito pela autonomia cultural; primazia da vítima e conservação das garantias formais, adequam-se com facilidade ao programa restaurativo e, se existe uma profunda relação entre o modelo de direito penal mínimo e o processo penal garantista (LOPES JR., 2002, p. 111), tal relação também é verdadeira frente ao projeto de mediação penal. Ocorre que, como o garantismo é um sistema fechado (em tese, ao arbítrio), pode ensejar uma leitura que acaba por torná-lo, ao invés de um avanço, um empecilho à construção de um novo modo de pensar o penal, uma barreira epistemológica ao enfrentamento e conhecimento da questão criminal em toda sua complexidade.

Quanto à obrigatoriedade da ação penal, em trabalho anterior afirmei que “a renúncia à obrigatoriedade da ação penal, o ‘apressamento’ das soluções e a implementação de medidas que violam o debate processual e político-criminal são formas recorrentes de reação – inócua – às carências do sistema” (SICA, 2002, pp. 177-180). Contudo, naquele mesmo trabalho ressaltou-se que não seria aceitável “a renúncia à obrigatoriedade da ação penal, o que também implica em supressão de garantia, sem a contrapartida de integração social ou de minimização da aflição imposta” e “devem ser repensadas novas regras de exercício da ação penal, reestruturando a obrigatoriedade, v.g., em face da desnecessidade da persecução criminal devido ao ressarcimento do dano, à reconciliação ou ao reenvio a outras esferas de controle social, disciplinando hipóteses de renúncia do Direito Penal” (SICA, 2002, p. 179-180). Em países cujo sistema do devido processo se assemelha ao brasileiro, afirma-se que “uma das maiores dificuldades que obstaculizam o ingresso das políticas de mediação e/ou reparação em nosso ordenamento é constituída pela presença do princípio de obrigatoriedade da ação penal”, reconhecendo que uma “parcial renúncia a tal princípio” é um preço para sua aceitação, sendo que é necessário encontrar fundamento legal para tanto (CERETTI; MANNOZZI, 2000), o que ocorre no Brasil, mais flagrantemente após a edição da Lei 9.099/95, mas já antes com o artigo 98, I, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Ceretti e Mannozi (2000) constatam que a experiência desenvolvida durante anos na Alemanha no setor da justiça restaurativa indica que é possível pensar numa “atenuação” do princípio da obrigatoriedade da ação penal para fazê-lo de modo que a composição do conflito nascida a partir da mediação – a qual, no setor de menores na Itália, o juiz sempre é chamado a promover – ou da reparação voluntária do dano atuem consentindo o arquivamento do processo ou a renúncia à pena.

Quanto à presunção de inocência, é uma garantia fundamental que, no âmbito da mediação, é contemplada pela confidencialidade das discussões ocorridas nas sessões de mediação, as quais só podem ser reveladas em juízo com a concordância do ofensor e da vítima, ante a possibilidade de viabilizar uma resposta penal mais benéfica.

Enfim, de maneira geral, as garantias representam um obstáculo mais retórico do que efetivo. Tratam-se de premissas indeclináveis e cuja suposta incompatibilidade justifica-se mais pelo desconhecimento do que é mediação, confusão que é favorecida pela malsinada experiência pátria de justiça consensual, a qual se assemelha muito pouco às experiências de mediação enfocadas. Tanto a transação penal e a conciliação da Lei 9.099/95, como o *plea bargaining* do direito anglo-saxão são exemplos de justiça consensual que não se aplicam à mediação, muito pelo contrário: esta procura distanciar-se daqueles instrumentos autoritários e/ou burocráticos, que impõem uma “negociação” forçada sob a ameaça de pena e processo, desvinculada de quaisquer preocupações com a restauração da paz jurídica e o restabelecimento da comunicação.

Por considerar o garantismo como ponto de partida irrenunciável, é que o presente estudo situa a mediação, justamente, como uma forma de *garantismo positivo*, ou seja, a premissa da mediação também é a máxima efetivação dos postulados garantistas (LOPES JR., 2002, p. 111), o que pode ser concebido num espaço extrajudicial e sob uma nova e construtiva abordagem, a qual não pode ignorar o quadro de insuficiência e debilidade das garantias processuais existentes, principalmente no seu confronto com a expansão emergencial do poder punitivo. Esse espaço seria externo, mas vinculado ao sistema de justiça, porquanto submetido ao controle jurisdicional. Tanto assim que, num dos painéis do Fórum Europeu para Mediação Vítima-Ofensor e Justiça Restaurativa, realizado em 2002 na Bélgica (p. 60), uma das conclusões foi que a mediação também tem como finalidade reforçar o sistema clássico pelo seus próprios princípios, mais do que confrontar visões

opostas, através de procedimentos transversais em todos estágios da intervenção jurídica formal (essa transversalidade diz respeito aos diversos pontos de entrada ou de contato das práticas restaurativas no sistema formal, elencadas no tópico 1.2.2).

O *garantismo positivo* afasta, definitivamente, as garantias jurídicas como obstáculo à mediação. O conceito de garantismo positivo foi desenvolvido por Alessandro Baratta e, segundo Dias Neto (2005, p. 103), orienta-se não somente à contenção do poder punitivo estatal “através dos chamados direitos de defesa, mas à segurança dos indivíduos em todos os seus direitos fundamentais, o que inclui os direitos de prestação positiva”. Funda-se na constatação da fragilidade das garantias penais tradicionais frente às regras de funcionamento real do sistema de justiça e propõe, sem abrir mão daquelas, estabelecer formas positivas de evitar os malefícios do poder punitivo sobre o cidadão e sobre a comunidade, no contexto de “uma política integral de proteção dos direitos” (BARATTA, 1999, p. 108), que passa pela reestruturação do direito punitivo como *ultima ratio* e reconhece sua esfera de competência em relação a outros instrumentos de intervenção (DIAS NETO, 2005, p. 104), dentre os quais pode inserir-se a mediação.

Para compreender o conceito, vale recorrer à metáfora de Álvaro Pires (2004b), para quem as garantias formais construíram a *linha Maginot*² do direito penal, pois fornecem uma sentimento de segurança ilusório, uma vez que não se prestaram, na história do direito, como respostas suficientes contra a severidade das penas (PIRES, idem, p. 17) e tampouco cumpriram a missão de autolimitação do poder do soberano. Portanto, faz-se necessária uma construção que permita que o princípio da *ultima ratio* obtenha uma “recepção na estrutura normativa interna do direito penal”, funcionando com “princípio motor de garantias positivas e de autocontrole interno do direito penal” (Idem, p. 18). E, para Pires, isso impõe a aceitação de outras formas de resolução do conflito que não somente a punição, para que o tribunal penal possa, por exemplo, aceitar o acordo entre as partes num grande núme-

2 A linha Maginot foi uma fortificação erguida pelos franceses na guerra para evitar ataques do inimigo, em especial o avanço do exército alemão. Foi considerada uma “defesa intransponível” pelos franceses, pois se tratava de uma verdadeira cidade subterrânea com canhões apontados para a fronteira. Porém, a fortificação foi concebida considerando uma guerra estática e acabou fornecendo um “sentimento de segurança ilusório”, pois as tropas alemãs, utilizando a estratégia de “guerra de movimento”, passaram comodamente por trás da linha Maginot, sem poder ser alcançada pelos canhões que só apontavam para a fronteira.

ro de situações, por um lado e, por outro, permitir outros tipos de sanções não afitivas (Idem).

A imagem da *linha Maginot* funda-se no fato de que

a experiência dos últimos tempos demonstrou que o garantismo é frágil, tanto como teoria, como prática, se agir somente como um limite, e não também como um projeto: se limita-se a dizer que coisa não se deve fazer, quais são os meios e fins do exercício da função punitiva (...) e não oferece também indicações positivas para uma política de proteção dos direitos (BARATTA, no prefácio de MOCCIA, 1997b).

Assim, segundo Baratta, o que faz-se necessário é a integração entre um discurso crítico e outro propositivo, entre o controle negativo e o controle positivo, construindo o garantismo sobre uma base *multi-disciplinar*, como a emancipação de todas as necessidades reais, a proteção dos direitos fundamentais em face de todo tipo de repressão, pois uma visão meramente “defensiva e formalística da política de direitos” é insuficiente no cenário mundial de emergência repressiva e presta-se, somente, a um garantismo de padrões, um “pseudogarantismo”, um garantismo “*só penal*”.

O garantismo positivo, sem dúvida, faria o direito penal tornar-se mais complexo e mais diversificado em seus métodos de resolução de conflitos, o que o tornaria mais adaptável às necessidades da sociedade contemporânea, inaugurando, segundo Pires, uma nova racionalidade, marcada por uma “preferência cidadã” (Idem, p. 21). Esta nova racionalidade “consiste em crer que essas garantias não são suficientes para ‘impedir o fracasso’ contra a razão repressiva e a ingerência do príncipe; e, ainda, consiste em crer que elas constituem uma base suficientemente sólida para a construção de um direito penal novo, moderado e complexo” (PIRES, idem) no qual as garantias já existentes não impeçam a criação de outras alternativas para “desalojar o automatismo de uma reação essencialmente punitiva” (Idem).

Assim, o ponto de partida é simples: “as proteções do processo para a cuidadosa determinação da culpa são mais importantes se culpa significa a perda da liberdade” (HALEY, 1992, pp. 118-119), *mutatis mutandi*, com a eliminação da possibilidade de pena afitiva, torna-se possível trabalhar em outro nível de garantias, seguindo o conceito de Baratta, que afirmou a necessidade de pensar em termos de “garan-

tias positivas” e não somente em “garantias negativas” dirigidas a limitar a ação estatal.

O rol axiomático do sistema de proteção sintetizado por Ferrajoli é todo baseado em princípios penais de índole negativa (*nullum, nulla*) e indeclináveis, sem dúvida. Porém, as garantias formais e negativas não são o único meio legítimo de solução de conflitos na esfera penal. A indagação é: poder-se-ia oferecer maior garantia a alguém do que o afastamento do risco da pena e da prisão, evitando toda a estigmatização do processo penal? Bem está que reconhecer os elevados custos sociais da pena e o potencial criminógeno da lei penal também é uma forma de garantir a não dessocialização e a redução da violência punitiva. A ótica do estrito garantismo é o oferecimento de garantias ilusórias num quadro punitivo exacerbado no qual, tal como se acostumou a observá-lo, respeita-se todas as garantias do acusado, mas o fim do caminho é único: a pena e severa. Não se aceita supressões das garantias negativas nem que seja para expor o indivíduo a um sistema menos aflitivo e estigmatizante.

A perspectiva da mediação oferece uma oportunidade de emancipação para ofensor e vítima em relação ao conflito e emancipação do direito penal em relação às teorias da pena, sem expor o ofensor a qualquer risco de sancionamento, pelo contrário, aumenta a oferta de reações penais disponíveis, garantindo uma chance positiva de enfrentar as conseqüências do crime sem recorrer à pena aflitiva e sequer ao processo judiciário.

No entanto, contra a mediação, ainda existem outros fatores, mais amplos e mais complicados de serem contornados do que as garantias jurídicas, uma vez que, como demonstrado, estas encontram pontos de convergência com o projeto de mediação aqui esboçado.

3.2. A racionalidade penal moderna

Na história do pensamento penal, sucederam-se escolas e teorias que, convergindo para a “necessidade de punir”, enraizaram esse sistema de pensar e agir (a racionalidade penal moderna) em postulados intocáveis: (i) obrigação prática e política de punir; (ii) analogia entre crime e pena; (iii) proporcionalidade vertical (cresce a “criminalidade”, aumentam as penas...) e (iv) exclusão das alternativas (penas e medidas), conforme a análise de Álvaro Pires (1998), adotada com linha condutora para muitas conclusões deste trabalho.

Em breve síntese, a racionalidade penal moderna, conforme a construção de Pires, é um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como “justiça penal”, tal como a expressão é empregada neste trabalho. Essa maneira de pensar o sistema penal, assumiu, no Ocidente, uma forma de organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento, mesmo dos sistemas jurídicos “extrapenais”, especialmente a partir da segunda metade do século XVIII (PIRES, 2004a), quando, dentre outras, foi publicada a obra clássica de Beccaria. Esse sistema, ou melhor, esse subsistema do sistema jurídico é a chamada racionalidade penal moderna. Subsistema, pois a partir da Escola Clássica, passou a produzir uma maneira de pensar e fazer a justiça penal de forma totalmente desvinculada da globalidade do ordenamento e das outras formas “não penais” de enfrentamento do seu objeto (o crime). E, enraizando-se nos postulados mencionados acima, essa racionalidade constituiu-se em um “obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação” (Idem, p. 43), encapsulando tal questão dentro de uma “estrutura normativa telescópica”, segundo a expressão de Pires. Telescópica, pois justapõe sempre uma norma de *sanção* a uma norma de *comportamento*, numa relação fantasiosa de necessidade e identidade entre ambas (daí a analogia, a proporcionalidade vertical, a obrigação de punir e a exclusão das alternativas).

Uma rápida revisão da evolução do pensamento penal moderno, demonstra que todas as contribuições até hoje mais destacadas unem-se por um mesmo radical: a *obrigação de punir* (PIRES, 1998 e 1999). Beccaria trouxe o utilitarismo, afirmando a exigência política e prática em punir para não enfraquecer o efeito dissuasório do direito penal; Kant, por meio do retributivismo, acrescentou a obrigação moral de impor a pena; e, por fim, Feuerbach, (que pode ser substituído por Ferrajoli), transforma essa exigência prática ou moral numa consequência jurídica certa e necessária ao cometimento do delito. Nessa linha, observa o criminólogo:

em suma no início do século XIX, já se tinha em nossa cultura jurídica pelo menos três ‘boas’ razões de punir sem trégua: uma necessidade prática, uma necessidade moral e uma necessidade jurídica. Vocês podem combiná-las ou escolher sua preferida (PIRES, 1999, p. 82).

Inegavelmente, a expansão dessa racionalidade se deu por força das teorias da pena e dos discursos nelas apoiados, os quais, em conjunto, representam o grande obstáculo à adoção de formas não repressivas de controle e resposta institucional ao crime. A racionalidade penal moderna, como pode notar-se, tem seu fundamento teórico forte na(s) teoria(s) da pena, que ao longo da história ocupou-se de definir a própria missão do direito *penal* (e não do *direito* penal ou do direito criminal, expressão que cai em desuso com a ascensão dessa nova maneira de pensar). Isso, desde já, impõe um raciocínio de associação, espreado desde a obra de Beccaria: *direito penal = pena e punir = bem-estar comum*, que, assim formulado, conferiu à pena o papel de principal freio às condutas desviadas e impôs ao Estado, detentor do monopólio penal, a obrigação pragmática e política de punir (PIRES, 1998). Como o direito de punir materializa-se por meio da pena, esta passa, então, a ser uma necessidade, e só de sua certeza derivam a segurança, a possibilidade de viver em paz.

As teorias da pena podem ser resumidas por meio de quatro vocábulos, que, à evidência, povoam o senso comum que comanda a atividade dos operadores do sistema penal: *retribuição*, *reeducação*, *dissuasão*, *denúnciação*.

Na vertente retributiva, encontram-se as concepções mais vindicativas: o mal (crime) se paga com o mal (pena), logo, a pena é um mal necessário ou um imperativo categórico. No campo da reeducação, traduzida na dogmática penal como prevenção especial, podem situar-se todas as doutrinas que preconizam objetivos como a “recuperação do delinqüente”, ressocialização ou reinserção social, finalidades já esmaecidas pela realidade, que demonstra, à exaustão, que o sistema penal é fonte de dessocialização ou “escola do crime”, etc.

Modernamente, visando superar tais teorias, filosoficamente desgastadas e empiricamente falidas, num ramo teórico rotulado como prevenção geral, abarcam-se as doutrinas de *dissuasão* e/ou *denúnciação*: pune-se para dar o exemplo, para dissuadir os demais cidadãos de praticar aquela conduta proibida e rotulada como crime, ou seja, a pena, mesmo que de forma metafísica, funcionaria como um contra-estímulo ao crime. Ou, ainda, pune-se pois é necessário revelar perante a sociedade o funcionamento da ordem normativa, denunciando aquela conduta como punível e efetivamente punida. Assim, todas as teorias expostas de forma sumária, servem para caucionar a idéia de que é *necessário* punir sempre e de preferência com rigor. Daí em diante, as garantias individuais e as expectativas legítimas das pessoas

envolvidas no conflito, passam a constituir-se num “detalhe”, quando não um óbice, a ser superado para atingir-se os nobres fins da pena, ou seja, para justificar o exercício do poder punitivo.

A pena, como elemento central da racionalidade penal moderna, fundou-se, então, em teorias mais justificativas do que legitimadoras: a natureza da pena é retributiva, não há como continuar sustentando o contrário. Mesmo que sob funções manifestamente preventivas, as funções latentes da pena são a imposição de sofrimento e estigmatização, a exclusão da vítima e a apropriação de sua voz como forma de manter um sistema de castigos calculados (racionalmente) que nada previne. Mais ilude, do que previne. Por isso, a elaboração de uma nova racionalidade penal, parte da aceitação de uma teoria agnóstica da pena (ver definição no tópico 4.4) e da conseqüente reformulação da idéia de prevenção (tópico 4.4.1).

A discussão da racionalidade penal moderna como obstáculo à inovação na maneira de pensar e agir da justiça penal está difundida por diversos capítulos do presente estudo, como não poderia deixar de ser, uma vez que é o eixo central de todas as principais objeções opostas à mediação penal, consoante é possível deduzir da observação de cada ponto abordado seja como crítica, seja como justificativa para a construção do novo paradigma.

Na atualidade, diversos fatores concorrem para promover a reativação da racionalidade penal moderna – dois deles discutidos nos tópicos seguintes – e, assim, formam uma barreira contra quaisquer movimentos de reforma que incluam temas como descriminalização de comportamentos, diminuição de penas e das hipóteses de encarceramento, desjudicialização da solução dos conflitos e diversificação dos procedimentos para aceitar a negociação, o acordo e o diálogo, barreira que, enfim, posiciona os direitos humanos (contemplados por todos esses temas) como um entrave à manutenção da ordem e da segurança dos “homens de bem”.

3.3. Utilitarismo ou eficientismo jurídico-penal

O utilitarismo ou eficientismo jurídico-penal representa uma dupla barreira à proposta em estudo e traz um paradoxo: para os garantistas e defensores de uma intervenção penal mais respeitosa aos direitos humanos, a eficácia utilitária (assim descrita por Aury Lopes Jr.: obtenção de resultado + fator tempo) é inaceitável, pois expõe o cidadão a uma lógica perversa, onde o que importa é o resultado célere do pro-

cesso, pelo que, atropelam-se critérios de justiça e equidade. Já para os movimentos repressivos de “lei e ordem” a eficácia do direito penal depende da resposta sancionatória forte, da severidade máxima, as quais não podem aceitar uma “justiça doce”, sem pena e sem castigo, como ocorre com a mediação. Se movimentos ideologicamente antagônicos utilizam o mesmo argumento mas distorcem-no conforme seus propósitos para criticar uma mesma idéia, algo está errado.

Essas críticas não procedem pois partem de premissas equivocadas: de um lado, não é verdade que a mediação se insira dentro de uma lógica de celeridade e obtenção de resultado a qualquer custo, pelo contrário, o fator tempo não importa e a solução consensual ou o eventual acordo não são metas da mediação penal. De outro, já está demonstrada à exaustão a falácia da panacéia da repressão penal, pois a eficácia do direito penal não aumenta proporcionalmente ao aumento da severidade penal, assim como não diminui com a redução dos graus de aflição impostos.

Contudo, essa é uma barreira difícil de ser removida, uma vez que a dramatização do crime, a ritualização da violência e a manipulação do medo, pressionam uma sociedade insegura no sentido único da crença na repressão penal. O fracasso ou a inexistência de outras políticas públicas de reforço do sentimento de segurança, resulta, inevitavelmente, no discurso contra a impunidade, situando-a como único e principal fator responsável por uma série de problemas que, somados, aumentam aquela sensação de insegurança. Além disso, a potencializar o obstáculo, há que se considerar que as necessidades reais de segurança são sabidamente inferiores àquele sentimento de insegurança.

A única maneira de enfrentar esse óbice é assumindo um discurso radicalmente pragmático, pois, infelizmente, a sociedade contemporânea está brutalizada (em grande parte pela reação institucional aos conflitos) e não aceita sequer ponderar argumentos de cunho humanista. O pragmatismo, então, apontaria para os resultados de cada um dos sistemas (mediação e punição), procurando responder à seguinte indagação: se a eficiência almejada consiste na redução da criminalidade e da violência, quais os êxitos do modelo vigente de justiça penal? Vale dizer, se a opção é eficientista, isto significa que o que importa são os resultados.

Desnecessário repetir dados e estatísticas que indicam, sem a menor margem de dúvida, que a atuação da justiça penal é um fator criminógeno destacado, posto que estimula a reincidência. Como afirmado anteriormente “antes de evitar a reincidência, o aparelho punitivo –

centrado na pena de prisão – incita a recidiva” (SICA, 2002).³ Os elevados índices de reincidência, por si só, serviriam para desmontar o argumento do eficientismo ínsito aos discursos repressivos de “lei e ordem”. Não bastasse essa constatação, o crescimento geral ou a ausência de decréscimo substancial nas taxas de criminalidade também reforçam a conclusão de que o atual sistema fracassou nessa busca por resultados.

Restaria, então, voltar-se para as experiências de justiça restaurativa em curso e tentar extrair delas alguns resultados. Nesse sentido, é importante registrar que como se tratam de experiências incipientes ou recentes, é muito difícil obter alguma conclusão segura em relação ao efeito real da justiça restaurativa em relação à diminuição da reincidência e do números de crimes cometidos. Mas há pesquisas que indicam alguns bons resultados.

Na Inglaterra, foi realizado um estudo comparativo entre o impacto das cautelas restaurativas e das cautelas tradicionais impostas pela polícia (WILCOX; YOUNG; HOYLE, 2004) nas taxas de reincidência (*resanctioning*, que, na verdade, ocorre quando uma pessoa recebe outra condenação ou outra advertência policial). Num período de 2 anos, a pesquisa analisou a reincidência em relação a 29.000 ofensores oriundos de três forças policiais distintas: Sussex e Warwickshire, onde a polícia usa os métodos tradicionais e da região do Vale do Tâmsa, onde a polícia usa as chamadas cautelas restaurativas. No Vale do Tâmsa, ocorreu uma queda nas taxas de reincidência significativamente maior do que nas outras duas jurisdições, muito embora todas as três regiões tenham apresentado taxas decrescentes no período, o que, em princípio, não permite concluir que as práticas restaurativas foram o fator decisivo para o abatimento da reincidência, conforme concluem os próprios autores, que consideram prematuro afirmar isso num período curto de observação.

No entanto, os pesquisadores adicionam duas observações: primeiro, não há qualquer evidência de que as práticas restaurativas aumentem a reincidência, o que é significativo, pois as práticas prisio-

3 Remetendo ao estudo essencial de Erving Goffman (1999, p. 16) sobre as instituições totais, no qual desmentiu-se todo o “idealismo” de recuperação do homem por meio da prisão que, apenas, é uma resposta “simbolizada pela barreira social com o mundo externo” e, como barreira ao mundo externo apenas contribui para a dessocialização. Lembrando, também, das palavras de Manoel Pedro Pimentel (1985, p. 55): “a prisão faz é apenas envernizar a personalidade do interno por fora, ao mesmo tempo que introjeta mais profundamente sua fatoraçoão criminógena, reforçando-a”.

nais e punitivas já demonstraram que são causas de aumento da reincidência. Segundo, a justiça restaurativa proporciona muitos resultados positivos para vítimas e ofensores em relação ao impacto da atuação da justiça sobre eles (ajuda o ofensor a entender o impacto do crime, facilita a reparação simbólica e material à vítima e, principalmente, proporciona um *sentimento de solução do problema*).

Na Nova Zelândia, pesquisa sobre os resultados do *Rotorua Second Chance Community-Managed Restorative Justice Program* e do *Wanganui Community-Managed Restorative Justice Program* indicaram, no mesmo sentido, duas conclusões importantes, uma objetiva: os programas restaurativos não aumentaram as taxas de reincidência; e outra subjetiva: os níveis de satisfação dos participantes com o resultado dos programas é muito alto, aumentando a percepção de justiça naquelas comunidades (no programa Rotorua, 83% das vítimas ficaram satisfeitas com o acordo e 95% satisfeitas com a oportunidade do encontro e 90% dos ofensores cumpriram o acordo satisfatoriamente; no programa Wanganui, 90% das vítimas ficaram satisfeitas com sua participação no encontro restaurativo).

O estudo mais relevante em relação ao impacto da justiça restaurativa na reincidência criminal foi produzido na Austrália e ficou conhecido como RISE (*Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments*) (SHERMAN; STRANG; WOODS, 2000). Jovens envolvidos apenas em crimes violentos e cujos casos foram encaminhados ao projeto RISE, reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à justiça penal. O dado mais interessante da pesquisa foi que essa alta queda na reincidência só ocorreu especificamente nos crimes violentos, não sendo auferida, por exemplo, nos crimes de trânsito e outros. Na Nova Zelândia, a justiça restaurativa também vem apresentados resultados concretos de abatimento da reincidência (ver tópico 2.1.1).

Scardacione, Baldry e Scali (1998, p. 19), referem-se a pesquisas feitas nos EUA, que apontaram resultados positivos na redução de reincidência, obtidos em programas de *probation* associados à reparação do dano. Comparando os programas de *probation* sem finalidade restaurativa com aqueles em que se incluiu um acordo restaurativo, constatou-se uma diminuição da reincidência 6% maior no segundo grupo, o que demonstra que, de fato, mesmo medidas alternativas não conseguem ser tão efetivas se aplicadas dentro do modelo punitivo ou sob sua lógica.

Vê-se que os dados “eficientistas” mais claros dizem respeito à satisfação dos participantes nos programas restaurativos, o que não pode ser desconsiderado, pois isso tem relação direta com a sensação de insegurança que impulsiona os discursos repressivos. Um maior nível de satisfação com a atuação da justiça, evidentemente, resultará numa percepção maior de eficiência do sistema de justiça. Essa constatação remete ao problema da percepção de realização de justiça, que, no fundo, é o fator utilizado pelos discursos populistas contra a “impunidade”, que manipulam o medo social e buscam caucionar a seguinte idéia: só a punição traz justiça. E, dentre outros fatores, o que mantém esse visão equivocada é a imagem bélica do direito penal que, na linha do eficientismo, soma-se como obstáculo a qualquer inovação na maneira de lidar com a questão criminal.

3.3.1. A imagem bélica do direito penal e a percepção de realização de justiça

A terminologia bélica usualmente associada à justiça penal (guerra contra as drogas, batalha contra o crime, etc.) revela, mais do que um deslize de linguagem, a concepção arcaica e retributivista de que a violência deve ser respondida com mais violência. É visível a contradição que esse discurso tenta esconder: não se obtém a paz declarando guerra (essa, enfim, é a contradição incorporada pela “doutrina Bush”). Mais do que isso, a comparação busca esconder uma evidência, bem detectada por John Holloway e Eloísa Peláez, “o problema com a metáfora é que sugere que haja simetria entre as partes em conflito: na guerra, um exército é a imagem refletida do outro” (2002, p. 221). Assim, ao mergulharmos nesse jogo, poderemos, ao invés de buscar a almejada paz, estar caminhando para uma guerra infinita.

Esta imagem bélica, erigida a partir do discurso jurídico-penal (ZAFFARONI; BATISTA, 2003), ganha mais força com o fenômeno da *juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal* (PIRES, 2004a),⁴ fortemente condicionado pela idéia de eficiência exposta no

⁴ “Nesse processo, o público começa a ser observado, descrito e percebido como um componente do sistema penal, o qual, a fim de integrá-lo, cria novos mecanismos jurídicos e teorias ou reativa mecanismos que estavam adormecidos. Trata-se de diversas formas de integração, que vão muito além do papel estrito e bem delimitado do júri ou ainda do simples papel de espectador de suplicios públicos ou de rituais judiciários, de modo que o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica ou mais um aspecto do ambiente do sistema penal para se tornar um critério na construção da justiça.” (Pires, 2004a, p. 49).

tópico acima. O que se propõe é avaliar se a mediação penal aumenta ou diminui a sensação de insegurança e o sentimento de injustiça generalizado. A diminuição parece ser difícil, uma vez que a sociedade contemporânea foi domesticada para acreditar que segurança e paz são fatores diretamente dependentes do grau de repressão estatal aos fatos rotulados como crime.⁵

Essa recepção do público pelo sistema penal, multiplicou-se nas últimas décadas em virtude, dentre outras coisas, “da difusão midiática cada vez maior de várias tramas discursivas da racionalidade penal moderna” (PIRES, 2004a, p. 51), o que pode ser notado pela propagação quase folclórica daquela máxima de Beccaria (o que intimida o criminoso é a certeza da punição), que passou a ser veiculada pelos mais diversos meios e repetiu-se como bordão na voz de pessoas das mais variadas tendências: na edição de 20 de junho de 2003 do periódico de maior circulação do país (*Folha de São Paulo*, p. C2), a articulista Barbara Gancia, que ocupa uma coluna destinada a comentar de forma leve, bem humorada e sarcástica, “barbaridades e extravagâncias” do cotidiano, tal como a vida de artistas ou dúvidas de leitores, enveredou pelo saber penal e sentenciou que:

No clássico “Dos delito e das Penas”, ponto de partida da história moderna do direito penal, o filósofo e marquês italiano Cesare Beccaria (1738-1794) já dizia que o que intimida a ação cri-

⁵ Adolfo Ceretti (2000), dentre outros, demonstra o equívoco dessa percepção largamente difundida, lembrando que a sensação de justiça tende a se desenvolver mais em relação aos conflitos que nascem no local em que se desenvolve a socialização (família, bairro, escola, trabalho, etc.), local que, hoje, não consegue mais dar respostas satisfatórias por causa de diversos fatores, como o crescimento urbano e industrial, a alta mobilidade interna, as ondas migratórias e, por fim, a fragilidade de uma sociabilidade estatal em tese garantida pelo Estado assistencial: “é neste ponto que uma espiral produz e alimenta um sentimento de insegurança difícil de controlar, espiral que se consolida, entre outros, com a difusão entre os consorciados daquele senso de vulnerabilidade e de medo gerados pela impotência frente às situações cotidianas que criam insegurança no tecido social. Sem querer abrir uma discussão neste capítulo sobre o ‘medo da criminalidade’, é útil recordar que este último, como revelaram diversas pesquisas conduzidas em vários países ocidentais, não depende unicamente do número efetivo de crimes predatórios mais ou menos graves cometidos cada ano ou da percepção subjetiva da probabilidade que estes sejam apurados, mas se difunde e se reforça ‘também por causa da repetição, na zona em que a pessoa vive, de ações e de eventos aparentemente de escasso relevo, mas que vêm percebidos como sinais de que a ordem moral da comunidade está abalada (...) Os edifícios abandonados, os muros pichados, a sujeira acumulada são consideradas pelo cidadão como ‘sinais de criminalidade’, advertindo por antecipação de um perigo pendente”.

minosa não é o tamanho da pena, mas a certeza de que o criminoso será punido.

Esta citação é um sinal da força da juridicização da opinião pública pelo sistema penal. A mediação (tardia) da racionalidade penal moderna, na era da informação, repercute decisivamente nas políticas públicas de controle do crime e, mais ainda, na atuação do poder judiciário, seja na decisão de casos, seja nas barreiras institucionais que as suas agências levantam contra qualquer nova abordagem do problema criminal que se distancie das máximas punitivas impregnadas no senso comum. A punição, num sentido forte, torna-se a regra geral e a exemplaridade uma necessidade social de justiça, fazendo perenes as já desgastadas palavras de Beccaria.⁶ E, como a justiça restaurativa não trabalha com a dimensão da repressão, da punição ou com aquelas categorias difundidas pela racionalidade penal moderna, não poderia, então, lidar satisfatoriamente com a percepção de justiça apoiada nas bases do pensamento do velho marquês.

A difusão dessa imagem bélica consolida aquele auto-retrato essencialmente repressivo da justiça penal, fundado na identidade crime/pena e, logo, fortalece a idéia de que a pena é um imperativo de realização da justiça. Logo, qualquer reação penal que aponte a desnecessidade de pena, é refutada, tanto pelo sistema, como pelo seu público.

No entanto, há pesquisas que apontam o contrário: a justiça restaurativa amplia a sensação de realização de justiça nas comunidades, assim como contribui para “consertar” a visão equivocada acerca da questão criminal, demonstrando que a (i) ação dos tribunais, por si só, não determina o aumento ou decréscimo da criminalidade e (ii) o controle do crime não é (só) um problema de polícia e nem (só) uma questão de aplicação da norma violada.

Analisando a experiência de mediação penal nos centros de Coventry e Leeds, considerados dentre os mais desenvolvidos na Inglaterra, Umbreit e Roberts (1997) colheram dados interessantes em relação à percepção de justiça dos participantes. Ambos os centros foram instituídos em 1985, atendiam, à época da pesquisa, uma popu-

6 “O fim das leis, portanto, não é outro senão o de impedir que o réu ocasione novos danos a seus concidadãos, e o de impedir aos demais de ter o mesmo irregular comportamento. As penas, por conseguinte, e o método de aplicá-las, devem ser escolhidos de tal forma que, guardadas as devidas proporções, impressionem, de forma mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens ” (Beccaria, 1978, pp. 177-178).

lação de, respectivamente, 300.000 e 500.000 pessoas, prevendo a voluntariedade como requisito básico, sendo que, em Coventry 41% dos casos enviados pelo tribunal evoluíram para a mediação, sendo 16% em mediação direta e 84% indireta (basicamente eram casos de crimes menores ou cometidos por menores); em Leeds, 49% dos casos enviados evoluíram para a mediação, 16% na forma direta, 84% indireta (UMBREIT; ROBERTS, 1997, pp. 70-71).

Quanto à satisfação das vítimas, em Coventry 62% daquelas que participaram da mediação disseram-se satisfeitas com a justiça; em oposição, 55% daquelas que não participaram manifestaram a mesma satisfação, apontando uma ligeira diferença. Importante notar que houve uma diferença mais substancial quando limitou-se a pesquisa às vítimas que participaram de mediação direta: 84% mostraram-se satisfeitas. Em relação aos ofensores, a diferença em ambos os centros foi maior: 79% ficaram satisfeitos com a mediação, contra 55% de satisfação dentre aqueles que não participaram. No entanto, as respostas mais relevantes para indicar a percepção de justiça foram aquelas dadas ao seguinte quesito: *“qual a percepção de correção do sistema judiciário expressada pelos ofensores e vítimas de crimes que participaram da mediação”*: 71% das vítimas que participaram de mediação direta, expressaram um juízo mais favorável à mediação do que ao sistema tradicional e 50% das participantes de mediação indireta expressaram o mesmo sentimento. Entre os ofensores, 89% dos que participaram da mediação evidenciaram uma percepção de maior retidão no confronto com o sistema judiciário, enquanto apenas 56% dos que não participaram da mediação exprimiram a mesma percepção (*“a mediação me parece uma coisa positiva”* (...) *“me ofereceu a oportunidade de compreender o que sentiu a vítima”*, foram algumas das respostas) (idem).

A despeito dos dados mais favoráveis surgirem das respostas dos ofensores, as respostas mais positivas no sentido de que a mediação reforça a percepção de realização de justiça, foram dadas pelas vítimas: 90% disseram que entraram na mediação para poder exprimir o impacto do crime em sua vida, 80% consideravam que o mais importante era *“receber respostas”* às suas aflições e 73% receber desculpas, ainda, 65% acharam muito importante ter a chance de negociar uma reparação diretamente (é o sentimento de *empowerment*). Quanto ao *temor da vítima de sofrer uma nova vitimização*, apenas 16% daquelas que participaram em ambos os projetos manifestaram esse medo, contra 33% daquelas que não participaram. Esse dado é bastante significativo para apontar uma possibilidade real, e não simbólica, de reforçar o

sentimento de segurança na comunidade. Wemmers e Canuto (2002, p. 8), encontraram dados semelhantes quanto ao decréscimo do sentimento de vitimização (23% vs. 10%), sugerindo que a mediação pode ter impacto positivo nas emoções das vítimas, abatendo a sensação de insegurança por elas vivida e, conseqüentemente, por meio delas espalhada para a comunidade.

Apesar desses indicativos favoráveis, Wemmers e Canuto sublinham que algumas vítimas sentem-se revitimizadas quando são pressionadas, de alguma forma, a participar da mediação, daí a importância de reforçar o papel do mediador na fase de preparação, como elemento de garantia de voluntariedade (a *escolha informada* para as vítimas).

Na direção da superação do déficit comunicativo, 93% dos ofensores afirmaram que foi muito importante poder dizer à vítima o que ocorreu do seu ponto de vista.

Em Coventry e Leeds, sintetizando: (i) vítimas e ofensores que tomaram parte da mediação, expressaram uma maior satisfação e uma percepção de maior correição na resposta oferecida a eles pelo sistema judiciário, em relação àqueles que não participaram da mediação; (ii) as vítimas que participaram da mediação têm menos medo de sofrer uma nova ofensa do mesmo autor; (iii) os níveis de satisfação são maiores quando se realiza a mediação direta que, no entanto, segue sendo menos utilizada do que a indireta (Idem, pp. 81-83). Por isso, Umbreit e Roberts concluíram que a participação de vítimas e ofensores na mediação aumentou o grau de satisfação de ambos no confronto com o sistema penal, de maneira análoga o que foi constatado por pesquisas efetuadas no Canadá e nos EUA, que evidenciaram um elevado nível de satisfação em respeito ao processo e ao resultado da mediação e a diminuição do medo nas vítimas.

A referência aos EUA, remete a outra pesquisa, também desenvolvidas por Mark Umbreit (1992). Durante anos o autor cruzou dados do Centro de Mediação de Minneapolis, que começou a receber casos dos tribunais em 1985, com outros centros (St. Paul, Oakland e Albuquerque), obtendo resultados semelhantes.

Quanto à *percepção de justiça com o tratamento do caso pelo sistema*, 85% das vítimas encaminhadas à mediação indicaram que o caso foi tratado com justiça, contra 39% de respostas iguais dentre as vítimas não enviadas à mediação. Dentre os ofensores, 95% vs. 79%. Quanto à *revitimização*, os resultados foram mais destacados: *antes da mediação, 24% das vítimas expressaram medo de que o ofensor voltasse a delinquir e após a mediação, o número caiu para 6%* (no centro de

Albuquerque, a variação foi de 27% para 0% e em Minneapolis de 24% para 4%, enquanto em Oakland, a variação foi oposta, de 19%, pré-mediação para 20% pós-mediação, o que revela que a mediação não é uma panacéia e que os projetos devem ser geridos de acordo com cada contexto operativo). Seguindo o mesmo método, medindo as respostas pré-mediação e pós-mediação, Umbreit constatou também um declínio no sentimento de raiva em relação ao crime de 64% pré-mediação, para 47% pós-mediação (Idem, p. 443).

Na Alemanha, Kerner, Marks e Schreckling (1992), avaliaram a aceitação do projeto de mediação (Waage, em Colônia) desenvolvido desde o final de década de 80, e constaram que 64,5% das vítimas estavam “predominantemente” ou “completamente” satisfeitas com o resultado negociado; 79,1% “predominantemente” ou “completamente” satisfeitas com a assistência oferecida pelo projeto e 61,1% “muito provavelmente” ou “definitivamente” participariam novamente do projeto (contra 13,9% que responderam “nunca mais” ou “provavelmente nunca mais”). Após anos de funcionamento do projeto, foram feitas entrevistas com a população para orientar reformas do sistema de justiça, sendo que as respostas revelaram a potencialidade da mediação para abater as demandas punitivas e os sentimentos de vingança e repressão que condicionam a percepção de justiça: 27,8% das vítimas votaram pela introdução da mediação como *diversion* da persecução criminal; 37,5% acharam que a mediação deveria fazer parte do processo penal e apenas 9,7% votaram para manter “apenas a persecução criminal” (22,2% não opinaram e 2,8% responderam “nem mediação, nem processo penal”).

Curiosamente, outros dados obtidos por Kerner, Marks e Schreckling (1992, pp. 38-41), mostraram que, a despeito da boa aceitação pela população, muitas instituições judiciárias sequer responderam aos questionários sobre mediação ou, quando responderam, demonstraram baixos níveis de engajamento, pois, mesmo dentre as jurisdições que têm serviço de mediação disponível, auferiu-se pouco interesse das autoridades em recorrer à nova abordagem.

Essa última constatação, até certo ponto antecipada por diversos autores, demonstra que o poder público procura compensar sua debilidade e falta de legitimidade concentrando a sua (e a nossa) atenção no exercício do poder punitivo. Incumbe ao saber jurídico-penal organizar discursivamente o mundo como convém a quem esta organização favorece, sendo que essa organização discursiva ganha uma dimensão extremada no momento em que os meios de comuni-

cação e a opinião pública são judicializados.⁷ Os tribunais passam a agir como receptores e geradores de expectativas que extrapolam a decisão do caso concreto. Na precisa observação de Álvaro Pires (2004a, p. 54)

os tribunais acreditam na sua capacidade de guiar a opinião pública por meio da severidade das penas, e em outros casos afirmam explicitamente que estão infligindo uma pena severa de tantos anos de prisão em razão da “forte publicidade” de um caso na mídia.

Fazendo um paralelo com a visão crítica de Noam Chomsky, é possível sugerir uma das razões da manutenção da imagem bélica pelos próprios tribunais: “O tom marcial traz benefícios maiores para os que defendem a violência e a repressão estatais a fim de assegurar privilégios” (2003, p. 159).

Esse quadro, por um lado, confirma a existência de um forte obstáculo (interno e externo) a qualquer forma de justiça informal e não repressiva. Por outro lado, ratifica a necessidade de (i) desmontar essa equação falsa que sustenta atuação dos tribunais e opinião pública numa aparência de justiça extremamente contraditória e essencialmente irreal e (ii) controlar “a propensão a uma justiça repressiva, errática ou mais preocupada com o que é exterior ao próprio caso” (PIRES, 2004a), voltando-a para a dimensão real, individual e humana de cada conflito.

7 Uma boa mostra dessa simbiose entre mídia e sistema penal com a finalidade de manter uma organização discursiva da sociedade foi publicada no Editorial de “O Estado de S. Paulo” (p. A3, edição de 17 de julho de 2003), em dois artigos editoriais inteiramente pautados pelo sistema penal: sob o título “Leniência preocupante”, um dos artigos atacou duramente o que considerou como “flexibilização” da lei dos crimes hediondos, fruto de supostas pressões do Poder Executivo que acabariam por “estimular os juizes a serem menos rigorosos”, concluindo que “a leniência da magistratura na aplicação da Lei dos Crimes Hediondos é preocupante, pois as taxas de reincidência são altas e muitos dos favorecidos por suas decisões são bandidos perigosos. Além de desmoralizar quem os prendeu, essa estratégia para aliviar as prisões também dissemina confiança na impunidade”. No mesmo dia, na mesma página, outro artigo compunha o editorial “Os limites da ação da PF”, no qual o editorialista, com a mesma ênfase, criticou duramente as operações da Polícia Federal que culminaram com prisões e apreensões em grandes empresas (uma de moda, outra de bebidas), pois tal ações poderiam “atropelar as liberdades públicas, pôr em risco a segurança jurídica e ameaçar a essência do regime democrático”. Vê-se que a democracia e as liberdades públicas, por meio da articulação proporcionada pela fala do crime, são utilizadas seletivamente para defender um ou outro interesse.

3.4. Expansão da rede de controle penal e privatização

Aqui se agrupam as críticas que enxergam na mediação penal um contínuo do ideal neoliberal e do processo de globalização,⁸ no sentido de enfraquecer o Estado e retirá-lo de suas funções primordiais, promovendo a “mercantilização” ou “comercialização” da justiça penal, a falta de controle jurisdicional (SALO DE CARVALHO, 2002) e a suposta valorização dos interesses das partes em detrimento do interesse público, daí o rótulo privatização.

Nessa mesma linha, há uma forte preocupação de que a institucionalização das práticas de mediação no campo penal resulte na expansão das redes de controle (efeito *net-widening*), com inclusão na área de criminalização de uma enormidade de conflitos banais ou a recriminalização de meras incivilidades, conforme, de fato, ocorreu com os Juizados Especiais Criminais no Brasil (GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, 2000), os quais, por exemplo, reprimaram uma série de contravenções penais e delitos menores que, antes da edição de Lei 9.099/95, já tinham perdido a relevância penal. Massimo Pavarini (2002) adverte para esse perigo, pois quanto mais se difunde a área da criminalização além da esfera do socialmente demarcado como merecedor de censura, não só se produz censura em excesso, mas também cria-se o risco de enfraquecer também aquelas áreas originariamente previstas como merecedora de censura. O mesmo autor diz, com acerto, que a mediação poderá apenas representar o “enriquecimento da ‘caixa de equipamentos’” do sistema penal e lembra que, nesse quadro, o objetivo deflatoivo, se existente, também seria contrariado.

A primeira crítica, assim como muitas das outras, está baseada na observação do modelo de justiça consensual introduzido no Brasil pela Lei 9.099/95 e no seu funcionamento real que, de fato, reduz-se a uma troca de favores, escambo de *ius puniendi* por cestas básicas, que pouco beneficia o acusado (uma vez que nosso JECRIM limita-se a uma faixa de criminalidade cujo processo, se tanto, resultaria em pena de multa) e não atende aos anseios da vítima, conforme já explicitamos em trabalho anterior (SICA, 2002, pp. 174-182). No Brasil, é fato que a justiça consensual resume-se ao objetivo utilitário de esvaziar prateleiras e aliviar a máquina estatal de suas funções essenciais. Nada mais.

8 Geraldo Prado (2002), fala na “introdução de economia de mercado na administração da justiça penal”.

E, a expansão do controle penal é um efeito colateral da sobreposição de duas lógicas distintas e incompatíveis (punitiva e consensual). Tais críticas, entretanto, não se aplicam à mediação penal, que inexistente em nosso ordenamento e tampouco ao modelo da justiça restaurativa, que preconiza o estabelecimento de dois espaços distintos, mantendo a solução negociada afastada do processo penal.

Mosconi (2000, p. 71) lembra que sempre que se fala em mediação penal, coloca-se o problema de como mantê-la em uma perspectiva tal que não venha simplesmente a configurar-se como privatização do conflito, mas constitua um instrumento de produção de significado social, de modificação de situações socialmente relevantes, de reorganização da construção social do problema e de difusão de um consenso mais amplo, tanto ao nível do contexto particular em que a mediação ocorre, quanto no complexo quadro de transformações culturais e sociais. Respondendo, o mesmo autor diz que

o consenso pode, nesse ponto, ser lido como um modelo de esferas concêntricas que, partindo dos dois sujeitos em conflito, se alarga à dimensão territorial em que o conflito ocorreu, à dimensão amplamente social em cujo âmbito a mediação atua

Em termos mais amplos, a mediação atuaria “como a tutela dos direitos humanos de um lado, mas também a reconstrução da definição legal dos problemas” (idem). Assim, ao perigo de *privatização*, opõe-se o projeto de mediação definido como forma de *apropriação e democratização da gestão dos conflitos* e ao risco de *expansão*, surge o novo modelo como uma via de *ampliação do acesso à justiça*. Ambos os aspectos serão tratados com cuidado neste tópico e também, com mais profundidade, no capítulo 5.

Messmer e Otto (1992, p. 3) são bastante claros quanto à origem dessa deformação e quanto ao modo de enfrentá-la:

Os problemas de expansão surgem se a justiça restaurativa é usada para aliviar a pressão sobre o sistema de justiça criminal causada pela sobrecarga de crimes pequenos e menores e, além disso, se é tratada como uma forma de sancionamento múltiplo. O sucesso nesse contexto requer que os programas de justiça restaurativa demonstrem um decréscimo nas medidas punitivas em favor da restauração.

A observação dos autores traz duas ressalvas importantes: a justiça restaurativa não deve ser concebida somente como uma forma de encurtar o processamento de infrações penais de menor potencial ofensivo e os eventuais acordos devem ser recepcionados pelo sistema de justiça de forma a evitar, com segurança, qualquer possibilidade de *bis in idem*. Ambas as preocupações são procedentes, pois diversos programas de justiça restaurativa têm apresentado um ou outro problema.

Quanto à proibição do *bis in idem*, deve ser enfrentada com a regulação legal da decisão judicial que recebe o resultado da mediação, ou seja, tal decisão deve ter força de coisa julgada, o que pode ser alcançado por meio da extinção da punibilidade, do perdão judicial ou da renúncia à pena (solução que não é prevista em nosso ordenamento, mais pode ser obtida pela reconstrução dogmática do artigo 59 do Código Penal, que será tratada no capítulo 4, tópico 4.2).

Quanto à expansão da rede de controle, durante o Fórum Europeu para Mediação Vítima-Ofensor e Justiça Restaurativa de 2002, Georg Zwinger (p. 85), resumiu que a tendência geral é de que mediação não deva ser aplicada para crimes menores (*minor offenses*) e que dentre os pré-requisitos para envio do caso esteja estipulado um esclarecimento mínimo dos fatos e suas circunstâncias, de forma a apontar a sua relevância penal. A expansão pode tornar a mediação uma forma autoritária de *soft control*, derivada da sujeição aos mecanismos penais de casos de bagatela ou de casos nos quais sequer houve a prática de um fato típico bem definido, contudo, existem várias disposições inteligentes e simples para evitar essa situação. Na Bélgica, o programa de mediação recebe os casos enviados pela promotoria e os devolve em seguida à mediação, sendo que o programa é reservado aos casos nos quais o promotor já tenha decidido pela persecução (WEMMERS; CANUTO, 2002, p. 21), vale dizer, o promotor constata a existência de indícios de autoria e materialidade suficientes para o oferecimento da denúncia antes de delegar o caso ao ofício de mediação.

No ordenamento alemão, a mediação não é uma técnica de *diversion* pensada para crimes de bagatela e sim um mecanismo autônomo de renúncia à ação penal voltada precipuamente para crimes de base violenta (por exemplo, o crime de lesão corporal, em que 70% dos casos são objeto de mediação e, ainda, os crimes contra o patrimônio, que representam 25% das mediações efetuadas), muito embora as autoridades judiciárias recorram à mediação nesses delitos quase exclusivamente quando são cometidos por menores (MANNOZZI, 2003, p. 210).

Nesse aspecto, a abordagem mais interessante é aquela do ordenamento austríaco: o limite da pena estabelecido para permitir a mediação inclui crimes de gravidade média (pena de até 5 anos, para adultos) e médio-alta (pena de até 10 anos, para menores) e há alguns requisitos fixados com o objetivo claro de evitar o recurso à justiça restaurativa para enfrentar casos que não mereçam a resposta penal clássica ou não devam ser geridos pelo aparato do controle formal (MANNNOZZI, 2003, p. 218). Assim, a lei estabelece que a mediação pode ser utilizada para viabilizar a renúncia à pena, mas exclui do “pacote” de medidas de *diversion* (no qual a mediação encontra seu posicionamento sistemático na Áustria) exatamente os crimes bagatelares, pois, nesses casos, o artigo 90 do Código de Processo prevê a renúncia à ação penal, sem que seja aplicada qualquer medida de *diversion*, inclusive a mediação. Um ulterior requisito, é que o fato esteja suficientemente provado, o que se verifica quando o Ministério Público vislumbra elementos de prova seguros a respeito da existência do fato e sua condutibilidade a um autor (*idem*), a exemplo do que ocorre na Bélgica.

Sanzberro (1999, p. 175) reitera esse entendimento, afirmando que é possível evitar o efeito de ampliação das redes de controle desde que não se estimule a reparação-conciliação em casos de escassa relevância, ante os quais normalmente, se decidiria pelo arquivamento do procedimento, pelo que a autora ratifica a proposta de que a justiça restaurativa deve ser aplicada para delitos de gravidade média e também sugere estabelecer como critério que a reincidência não seja um fator que afaste a possibilidade de uma solução consensual (o que parece muito relevante para o Brasil, onde a reincidência tem um tratamento jurídico paleorepressivo e profundamente excludente). Para a autora espanhola, em síntese, os obstáculos ora debatidos podem ser superados com a definição de *critérios de idoneidade* (para o envio do caso à mediação), assim propostos: (i) existência de uma vítima personalizada; (ii) exclusão dos casos de bagatela (exigência de uma certa entidade da infração penal) e (iii) reconhecimento do fato (é necessário que exista um fato atribuível a uma pessoa) (*idem*). Quanto a este último critério, parece muito importante, principalmente em face da experiência do JECRIM no Brasil, onde “acordos” são impostos em caso de duvidosa procedibilidade penal. Porém, também é importante sublinhar que isso não pode resultar em pressão para obter uma confissão do ofensor, que pode ocorrer, desde que livre; valendo a regra de que a voluntariedade em participar da mediação e discutir o fato não equivale à confissão. Mesmo a realização de um acordo de reparação do dano, não implica em reconhecimento de

culpa: reconhecer o fato e eventualmente assumir uma responsabilidade (*accountability*) por suas conseqüências, não equivale a assumir a culpa jurídico-penal, até porque o ofensor pode aceitar que o fato ocorreu, entender que deve reparar suas conseqüências e preservar o direito de alegar causas excludentes ou de justificação para sua conduta, o que só poderá ocorrer em juízo, já que o mediador não desenvolve qualquer atividade probatória e, no mais, as discussões são confidenciais.

Analisando a experiência do juiz de paz na Itália, que padece de defeitos semelhantes ao nosso JECRIM, Grazia Mannozi (2003, p. 330) conclui, na mesma linha,

que inscrever a mediação na lógica deflativa significa considerá-la como uma mera técnica de *diversion*, portanto, sempre e ainda, como uma resposta pertencente ao controle formal. Mas a mediação é ontologicamente diversa de todos outros instrumentos presentes na “caixa de ferramentas” do sistema penal, já que trabalha unicamente através da “comunicação”.

Logo, a superação das críticas deste tópico depende de uma profunda identificação entre fins e meios do projeto de mediação, sendo que daqueles devem permanecer mais distantes os objetivos de eficácia utilitária meramente processual ou burocrática.

Enfim, a construção do novo paradigma deve se direcionar à ampliação do acesso à justiça, sem aumentar as possibilidades de exercício do poder punitivo, mas cindindo o sistema penal num quadro de dupla entrada (mediação e punição), o qual poderá, em tese, diminuir tanto o número de castigos impostos, quanto a cifra negra, oferecendo uma resposta institucional mais acessível e viável para uma série de conflitos que ficam marginalizados ou não encontram respostas satisfatórias dentro de um sistema da mão única, fechado e inflexível. Um exemplo bem acabado dessa situação verifica-se nos casos de violência doméstica, onde diversas pesquisas (WEMMERS; CANUTO, 2002; SCARDACIONE; BALDRY; SCALI, 1998, p. 139) indicam que grande número de vítimas não registra o caso ou desiste do seu prosseguimento por temer uma resposta punitiva muito severa e que, ainda, não resolverá em nada seu problema (fazer cessar a violência, recompor a vida familiar, etc.). Da mesma maneira, em crimes patrimoniais, as vítimas também manifestam que deixam de registrar os crimes por saber que o sistema não lhes oferecerá uma possibilidade de obter a reparação (WEMMERS; CANUTO, 2002).

A via de acesso alternativa oferecida pela mediação, pode receptionar uma gama rica de crimes de pequena e média gravidade,⁹ promovendo a “despenalização ou a descriminalização na prática”, além de evitar a criminalização secundária imposta pelo sistema formal. A descriminalização na prática pode concretizar-se devido à polifuncionalidade da mediação: como a mediação é uma atividade que se desenvolve também fora do campo penal, numa estrutura tanto quanto simples, pode-se vislumbrar que nas hipóteses em que o centro ou ofício de mediação receba das agências judiciais um caso que não se trata de crime ou não apresenta relevância penal, a discussão pode ser deslocada para mediadores extrapenais, que então promoveriam a discussão e não devolveriam o caso para o sistema penal, evitando a estigmatização e “descriminalizando” a situação na prática. Essa providência parece recomendável, principalmente se considerarmos que nas regiões mais pobres ou mais conflituosas, uma quantidade expressiva de problemas é levada para a polícia, que muitas vezes acaba lavrando a ocorrência e enviando-a para o juízo criminal, até porque essa é a única possibilidade de atuação que o sistema lhe disponibiliza.

Por essa razão, um mapeamento nacional de programas de *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos*, publicado pelo Ministério da Justiça em 2005, concluiu que os sistemas alternativos de gestão do conflito devem ser considerados

como mecanismo complementar que pode ajudar a, cada vez mais, produzir espaços em que a gestão social de interesses antagônicos se faça com base no direito, no respeito aos direitos fundamentais, desvalorizando assim as formas violentas e opressivas de resolução de disputas, sempre tão presentes na sociedade brasileira.

É nessa perspectiva, de acesso à justiça e redução do controle punitivo, que se inclui a mediação. Adicione-se, ainda, que a desjudicialização permite um acesso mais livre à justiça para grupos sociais marginalizados, para quem o funcionamento do sistema de justiça é só mais uma maneira de prestar serviços aos “ricos” e penalizar os

9 Para ilustrar a discussão, o centro de mediação de Minneapolis, recebeu 379 casos durante 1989, dos quais 32% eram vandalismo; 25% furto; 15% *burglary* (invasão de domicílio com a finalidade de cometer crime); 11% *tampering* (tentativa de corrupção, oferecimento de propina ou falsificação); 8% furto de veículos; 6% agressão e lesão corporal e 3% roubo (Umbreit, 1992, p. 432).

“pobres” e, ainda, a informalização possibilita um abatimento do nível de estigmatização e coerção inerentes à justiça formal.

Quanto às críticas de privatização ou mercantilização, não se aplicam à mediação, embora, como já assinalado, sejam riscos presentes e concretos. Ceretti (2000) reconhece que a reparação do dano pode – se considerada em termos punitivos – privatizar o conflito nascido do crime e monetarizar a dor da vítima e a lesão ao bem jurídico ofendido (bem cuja tutela sempre é interesse da coletividade). Contudo, o novo paradigma prevê a reparação mais sob o aspecto simbólico, do que material, podendo incluir uma série de prestações voluntárias negociadas entre as partes, sem referência ao dinheiro. Por isso, o mesmo autor responde à preocupação, afirmando que

a reparação sublinha uma dimensão restitutiva diversa, que não deve confundir-se com a dimensão punitiva-aflitiva, própria do direito penal. Levantar a hipótese da introdução de um paradigma restaurativo significa – a juízo do que se escreve – dar uma nova resposta ao cometimento de um crime: a reparação não é uma sanção verdadeira, é uma medida consensual fundada sobre a “sensibilização e responsabilização do autor do comportamento danoso ou perigoso, a qual deve ativar-se concretamente e contributivamente em benefício do sujeito lesado” (CERETTI, 2000).

Situando-se a reparação, portanto, sobre uma fronteira móvel da penalidade, uma etapa prévia ao recurso à pena tradicional.

Lembre-se, sempre, que a mediação é uma atividade complexa e polifuncional que tem como objetivo a ativação do conhecimento e a abertura de um novo canal de comunicação, a partir do preceito violado e, assim, não mira o resultado acordo, portanto, não submetendo-se a uma lógica comercial ou mercantil. O escopo principal é a apropriação ou reapropriação do conflito e não sua privatização, o que pode ser muito bem concebido com uma visão democrática do processo de regulação social, que é o pano de fundo para o surgimento da mediação penal, situando-a num campo bem diverso da privatização.

3.4.1. Inviabilidade da justiça penal consensual ou da “negociação de pena”

Mais uma vez, aborda-se uma falha projetual ou uma distorção prática dos Juizados Especiais Criminais, onde negocia-se com a pena,

algo inaceitável, conforme observa David Teixeira de Azevedo (1996), pois a idéia de pena sem culpa viola princípios elementares do direito penal e não se adapta à nossa tradição jurídica que, nesse particular, parece ser mais acertada e coerente do que a tradição da anglo-saxã, cujas práticas de *plea bargaining* vem criando sérios problemas éticos e sendo duramente criticadas por ignorar a desigualdade intrínseca à “negociação da pena”, onde uma das partes (o acusado) é coagido e outra (a vítima) é desprezada, o que apenas aguça o processo penal como instrumento de autoridade e poder.

Além disso, a justiça negociada gera outros problemas, principalmente quanto à “predisposição mental do juiz de inverter a regra de tratamento derivada da presunção de inocência” (PRADO, 2002, p. 89), uma vez que a não aceitação de um acordo ou a mera manifestação de vontade para discuti-lo pode resultar nessa distorção. Contudo, a mediação afasta o juiz da negociação e do acordo, que, a rigor, não é a finalidade precípua da atividade.

Aqui, a natureza extrajudicial, as regras de voluntariedade, confidencialidade e oralidade da mediação e a neutralidade do mediador, são os elementos garantidores para afastar os inconvenientes do *plea bargaining* e imitações (transação penal, p. ex., que, repete-se, não se identificam com a mediação penal.

O conceito elaborado de mediação como reação penal e não como pena, evita os problemas da negociação promovida sob a ameaça do poder punitivo, uma vez que, tanto na forma, como no conteúdo, a mediação não recepciona qualquer resposta sancionatória.

A mediação surge como elemento importante para transformar a gestão político-administrativa da sociedade: de um modelo autoritário-impositivo, legicêntrico para um tipo de administração e de gestão integrada por formas de negociação (CERETTI, 2000). Essa transformação é necessária e funda-se naquilo que Ceretti qualifica como *crise da visão legicêntrica do direito*,¹⁰ decorrente da insuficiência do mecanismo centralizado de organização da sociedade, perante o surgimento de uma grande variedade de comportamentos, formas de expressão e de tolerância que promoveram uma liberalização na direção de um fenômeno:

10 Que é decorrência da perda de legitimidade do sistema penal, da inflação legislativa, dos textos legais imprecisos e de conteúdo contraditório, do déficit comunicativo entre o sistema de justiça e os cidadãos, aquele entendido desde o procedimento de elaboração, até a aplicação das leis.

as imposições e interdições provenientes do ordenamento jurídico, do mundo social ou da consciência individual que tenha interiorizado tais normas, perderam sua influência e sua autoridade (*idem*).

Logo, a ordem simbólica organizada ao redor de um paradigma autoritário-impositivo deixa definitivamente espaço para uma ordem simbólica organizada em torno de um paradigma da negociação, daí a expressão gestão negociada dos conflitos.

A ampliação dos espaços de consenso é um imperativo para reorganização da vida comunitária sobre base compreensíveis e aceitáveis para o maior número possível de cidadãos. A abertura para a negociação dos conflitos derivados do crime é necessária, também, em face da natural seletividade do sistema judiciário, no qual as pessoas mais influentes, mais fortes, conseguem, de alguma forma, negociar seus direitos e interesses de forma mais efetiva, mesmo que seja sob o manto do exercício do direito de defesa. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a lei só pode proteger quem tem capacidade para negociá-la e, pensando na elaboração das leis, é sabido que, especialmente em sociedades complexas e desiguais, o processo legislativo não permite que os destinatários das normas sejam protagonistas deste processo para poder fazer da lei, uma real expressão da vontade geral. Por isso, Ceretti defende que a mediação pode criar condições institucionais que consintam aos excluídos da negociação o benefício de poder tutelar suas posições específicas em face do direito, que permitam aos contratantes excluídos da discussão do contrato social, uma possibilidade de, ao menos, reinterpretá-lo a partir de uma particular situação que afligiu suas vidas.

A mediação, assim, deve inserir-se na pauta de decisões públicas sobre o controle do crime, uma vez que não faz sentido que o direito aceite a negociação da ordem privada e impeça qualquer margem de negociação da ordem pública, substituindo-a por uma ordem imposta, calcada somente em regras escritas, gerais e abstratas. O novo paradigma, reavivando a mediação como forma de negociação da ordem pública e preservando o controle jurisdicional reflete a necessidade de o direito abrigar novas formas de governabilidade da ordem social (é o que pode se entender por pluralismo jurídico). Nesse espaço, o juiz “deverá fazer do direito um instrumento da multiplicidade oferecida ao caso concreto” (CERETTI, 2000) e de valoração equilibrada dos interesses públicos que indicam a mediação ou a punição como resposta institucional legítima, suficiente e mais adequada à dignidade da pessoa humana.

Capítulo 4

Aspectos Dogmáticos e Criminológicos

4.1. Restauração da paz jurídica, reparação do dano e conciliação ofensor-vítima. 4.1.1. Reintegração da vítima. 4.2. Teoria do delito: o funcionalismo redutor. 4.2.1. Flexibilização *favor rei* do princípio da legalidade: superando o sistema “dos delitos e das penas”. 4.2.2. Revisão do conteúdo semântico do direito de punir. 4.3 Prolongamento e positivação do princípio da *ultima ratio*. 4.4. Reformulação da idéia de prevenção. 4.4.1. Nova prevenção geral: o “exemplo do soberano”.

4.1. Restauração da paz jurídica, reparação do dano e conciliação ofensor-vítima

Construir a mediação desde a dogmática penal não é simples, uma vez que se trata de conceito erigido, precipuamente, a partir de um marco político-criminal. Em seminário com participantes de diversos países europeus, cujo tema central foi justamente a sistematização das diversas formas de justiça restaurativa que brotam naquele continente, Leo Van Garsse (2003, p. 133) advertiu para o perigo de buscar a padronização dessas práticas nos moldes do pensamento jurídico clássico. Referindo-se a outros autores, como Wrigth na Inglaterra e Trenczek na Alemanha, Van Garsse engrossou o apelo “para não se continuar a procurar a conformidade com o sistema de justiça tradicional, afirmando-se antes, de uma forma muito mais radical, os objectivos específicos da mediação”, que se situam noutra quadro de valores e objetivos. A pressão para adaptar a mediação a padrões e dogmas existentes é válida, mas não pode desconsiderar a fase inicial na qual a prática se encontra no campo penal e a natural resistência de todos que pensam e estudam o assunto, a aderir ou criar um conjunto fixo e estático de regras reguladoras da mediação.

A singularidade de cada contexto institucional, social e cultural indicará quais os caminhos pelos quais a mediação pode encontrar-se e firmar-se. Contudo, entendemos que encontrar bases dogmáticas é uma tarefa importante, não só para criar um modelo mais sólido, mas, principalmente, para superar os obstáculos impostos contra a mediação em matéria penal, principalmente no que se refere à chamada racionalidade penal moderna (capítulo 3, tópico 3.2). Assim, encontrar uma justificativa dogmática para a mediação representa uma forma de achar o seu lugar dentro dessa racionalidade penal.

A indicação inicial quanto à justificação dogmática da mediação penal é aquela já vazada no primeiro capítulo:

o mais antigo objectivo do direito penal e processual penal é o de restaurar a ordem jurídica após o cometimento de um crime. No entanto, este objectivo tem que incluir a restauração dos direitos individuais das vítimas. Neste contexto, a mediação vítima-agressor pode ser encarada como servidora de todos os propósitos preventivos da punição (GROENHUIJSEN, 2003, p. 110).

Este esboço remete àquela idéia posicionada como fundamento à definição da missão do direito penal: a restauração ou manutenção da *paz jurídica*, conceito de relevo especial no discurso e na reflexão sobre a reparação-conciliação no campo penal.

A aproximação à idéia de paz jurídica no campo penal pressupõe um passo atrás, para conceber o direito penal, antes como “direito” e, só depois, como “penal”. A estranheza aparente dessa proposição é efeito da histórica desvinculação do direito penal com a globalidade do ordenamento jurídico e dos traços fortes da formação da racionalidade penal moderna, que se funda na analogia crime-pena e na ontologização entre civil e penal (PIRES, 1998). Roxin, nesse sentido, também manifesta que ao longo da história prevaleceu a concepção de que todas as medidas tomadas para atender à vítima ou reparar o dano são assuntos do direito civil (1992, p. 136).

Guadalupe Sanzberro faz uma síntese valiosa à construção da noção de paz jurídica dentro do direito penal:

desde a filosofia e a teoria geral do Direito se utiliza o conceito de “paz jurídica” como princípio orientador básico na formulação da missão que há de cumprir o Direito. LARENZ considera que a consecução e a manutenção da paz jurídica é, junto com a realização da justiça, fim último do Direito. Entende que a paz jurídica é um estado caracterizado pela “ausência de força, de temor e de desconfiança nas relações entre os homens”. Um estado assim pressupõe “que o ordenamento que garante a paz é aceitado pela maioria, porque em suas linhas gerais se considera como correto”, o qual, “conduz ao segundo componente da idéia de Direito, que é a justiça”. Paz jurídica, enquanto estado social, e justiça, são para LARENZ os dois componentes principais da idéia de Direito, estando entre si em uma relação dialética, o que implica que se condicionem reciproca-

mente. No mesmo sentido HENKEL realça que a manutenção da paz é a missão fundamental do Direito (1999, p. 346).

A doutrina penal também abraçou essa compreensão nítida quando Moccia enuncia que “*Il diritto penale nasce proprio da esigenze de politica criminale: consentire una pacifica coesistenza tra i consociati, intesi anche come titolari di diritti fondamentali*” (1997b, p. 18). Jescheck, citado por Sanzberro (1999, p. 347), reforça que o direito penal tem uma importância fundamental para as relações humanas, como ordem de paz e proteção.

O Projeto Alternativo sobre a Reparação alemão, recorre à idéia de paz jurídica para posicionar a reparação como reação jurídica válida ao delito.¹ Baumann e outros, comentando o Projeto, assinalam que “o fim do PA-R é ampliar o instrumental jurídico-penal de sanções com uma nova via que acentue a autonomia e se refira à vítima e que tenha um caráter prioritário de restabelecimento da paz jurídica” (SANZBERRO, 1999, p. 348). Sistematizam cinco perspectivas que devem ser consideradas para satisfazer este objetivo: o fato, a vítima, o autor, a relação autor-vítima e a coletividade, vinculando, assim, o direito penal à “função-base de todo Direito: resolver conflitos”² (idem). Os comentadores do projeto reforçam aspectos empíricos da reparação que convergem para o conceito de mediação:

A paz jurídica fica restabelecida quando a compensação (*Ausgleich*) entre infrator e ofendido ou ao ordenamento jurídico vulnerado se consegue por meio de prestações reparadoras, e por elas deixam de existir as necessidades preventivo-gerais ou especiais da pena (...) Se garantirá melhor o restabelecimento da paz jurídica através de prestações realizada voluntariamente, do que através de uma condenação a indenizar o dano (idem).

Claus Roxin (1993, p. 32), há muito destacou que “o estabelecimento da paz jurídica é o único que legitima a pena”, do que se deduz: a sua restauração por outros modos deslegitima a pena e, por conse-

1 Conforme a redação do artigo primeiro do Projeto:

§ 1. Reparação. (1) Se entende por reparação a compensação das conseqüências do fato delitivo através de uma prestação voluntária do autor. Seu objetivo é servir ao restabelecimento da paz jurídica.

2 Percebe-se que, mesmo a tentativa de estabelecer fundamentos dogmáticos, migra para proposições político-criminais, tais como a finalidade do direito penal e a consideração da vítima.

qüência lógica, a própria intervenção penal, uma vez que essa estrutura-se da ameaça da pena à sua confirmação.

Não sendo legítima a perspectiva de aplicação de pena, excluída pelo alcance da paz jurídica por outro caminho reconhecido pelo direito, não há como habilitar o poder punitivo (é o que se entende por *ultima ratio*).

Subjacente à idéia de paz jurídica, está a compreensão de que o objetivo de pacificação das relações sociais impõe que se reduza ao mínimo o uso da violência e que se mantenham certas expectativas de comportamento nesse sentido. Isso resulta que a paz jurídica deve ser definida a partir de um fundamento constitucional, centrado na dignidade da pessoa humana e no princípio da legalidade, como delimitador das prestações reparadoras e, mais do que isso, como garantidor de que a reparação seja buscada a partir daquele “denominador mínimo comum” comunicativo, expresso pelos preceitos penais. Isso, de forma alguma, significa que a reação penal deva subordinar seu caráter público em favor do interesse na relação ofensor-vítima; pelo contrário, dita relação deve ser tratada penalmente em um nível em que apareça como fator que incide na configuração da ordem social (SANZBERRO, 1999, p. 353). Assim, essa relação, que é a base sobre a qual ocorrerá a reparação-conciliação, adquire relevância penal – e, portanto, pode ser submetida à mediação – no momento em que repercute gravemente para além dos diretamente envolvidos, surgindo como relação entre membros da comunidade jurídica.

Então, a partir da finalidade de asseguuração da paz jurídica, serão desdobrados alguns fundamentos primordiais para demonstrar a adaptabilidade da mediação ao sistema jurídico-penal: a reparação do dano, analisada sob múltiplos aspectos, com destaque para a análise de Claus Roxin (1992), no que tange à compatibilidade das finalidades preventivas do direito penal com a reparação; a sua contribuição para a renúncia ao retribucionismo e para a satisfação do sentimento jurídico afetado pelo delito. Em outra perspectiva, Albin Eser (1992), aponta na idéia da proteção de bens jurídicos um dos fatores para a marginalização da vítima no sistema penal e para expansão do direito penal e propõe que se encontre um lugar para a vítima dentro do conceito de bem jurídico, introduzindo seu interesse, como e quando titular deste, na pauta de decisões que podem conduzir à limitação da punibilidade e/ou da sanção e, assim, balanceando lesão individual e violação institucional como componentes do conceito de *unrecht* (ilícito), de forma que ambos os fatores (vítima e bem) funcionem como limitadores da

punibilidade e/ou da pena, integrando, assim, a reparação à função precípua de proteção dos bens jurídicos.

Também se inclui aqui a conciliação autor-vítima, que apresenta uma perspectiva dupla: interação social (efeito pacificador) e “desarme do direito penal” (SANZBERRO, 1999, p. 163). Aqui, o enfoque no comportamento pós-delitivo oferece uma nova visão acerca da administração da justiça criminal e, também, materializa o princípio de *ultima ratio* desde a perspectiva de cada fato delitivo. Desde já, é importante fixar que reparação e conciliação seguem como instrumentos de política criminal, pois inegável que este é seu significado mais visível e aceitável, uma vez que, de fato, existem algumas dificuldades em relacionar ambos com as finalidades tradicionais do direito penal que, assim, têm que ser em parte abandonadas ou reelaboradas.

Cláudio do Prado Amaral (2002) elabora uma sistematização de como a reparação tem sido assimilada pelo direito penal, identificando quatro vertentes: (i) a primeira tentativa de assimilação alocou-a com o um fim da pena, diverso da retribuição e da prevenção, mas não como uma espécie de sanção, pois acarretaria a extinção de punibilidade quando atingida; (ii) como uma espécie de pena propriamente dita, tal como o ressarcimento coativo; (iii) como uma terceira via, entre pena e medida de segurança; (iv) a quarta vertente seria cética em relação à assimilação da reparação pelo direito penal, não a vendo como suficiente para receber o caráter penal.

Remetendo novamente a Roxin, o autor reconhece o significado da reparação como uma renúncia total à retribuição, mas vê dificuldades em adaptá-la desde o ponto de vista das teorias preventivas (1992, pp. 137-138). Por outro lado, também nota que a necessidade de reparar é clara em alguns delitos e o sistema atual “faz fracassar os interesses da vítima”, ao simplesmente ignorar essa hipótese de reação penal. Para superar essa ambigüidade, o penalista propõe que a reparação não pode ser considerada um fim da pena, mas, certamente, pode ser um instrumento de utilidade preventiva para o direito penal (*idem*, p. 146).

Essa visão ressalta que a prevenção criminal é uma finalidade maior e que tem um valor em si mesma, por isso deve ser desenvolvida e atingida pelos meios mais idôneos, não apenas os mais adaptados à lógica do direito penal tradicional.

Para Roxin, a abordagem da prevenção geral tendente à “integração e à satisfação do sentimento jurídico” e como expressão da “recomposição da paz jurídica alterada pelo delito”, torna a reparação compatível como resposta penal, “para delitos determinados e até um deter-

minado grau de gravidade”, onde pode satisfazer ou diminuir consideravelmente as necessidade preventivo-gerais e posicionar-se como reação penal autônoma legitimada no princípio da subsidiariedade (idem, pp. 151-154).

Mas, às barreiras teóricas misturam-se entraves empíricos usualmente levantados contra a reparação.

Os danos oriundos da conduta criminal são difíceis de ser mensurados, pois não há como medir uma ofensa à vida, à integridade física, à incolumidade pública, etc. Por essa razão, em casos de resolução do conflito em valor pecuniário, seria arbitrário deixar o juiz penal fixar o ressarcimento. Esse argumento, resiste: “é tão difícil fazer cálculos exatos nesta matéria, como é fácil estabelecer arbitrariamente um número qualquer de anos ou meses de cárcere...” (DEL VECCHIO, 1960, p. 196). A “racionalidade penal”, porém, prefere a arbitrariedade da fixação do tempo da prisão à eventual imprecisão em relação ao dano,³ que pode muito bem ser resolvida pela mediação, cuja base comunicativa viabiliza uma interpretação mais real do fato e, logo, o dimensionamento de suas conseqüência.

Conforme idéia exposta em trabalho anterior (SICA, 2002), o distanciamento radical entre os âmbitos civil e penal e a relação crime-pena ainda sustentam a racionalidade penal moderna. Porém, indaga-se: o Direito penal, antes de ser “penal” não é “direito”? O Direito penal não pode aceitar outros modos de resolução dos conflitos submetidos à sua esfera, que não a punição? E, mesmo punindo, não haveria outros meios de punir além da aflição e da imposição de um mal?

Remonta a Del Vecchio a proposta de substituir o “mal pelo mal” através da fórmula *bonus actionis propter malum actionis*. Sua inspiração está, à evidência, em postulados do Cristianismo e não há como negar que a idéia de não retribuir o mal com o mal e sim com uma ação construtiva (boa) é, em essência, mais compatível com o projeto de humanização, pelo que, julgamos que seu pensamento deve ser considerado e aperfeiçoado. Del Vecchio centra a finalidade da pena na reparação do dano, uma vez que não há como justificar, além do ressarci-

3 “Importa pois remontar àquele primeiro princípio que, salvo erro, é o único que oferece fundamento inconcusso tanto à justiça civil como à penal: ou seja, a exigência de reparar a ofensa, seja de que espécie fôr. Não quer isto dizer que deva existir apenas um modo de cumprir esta exigência; pelo contrário, convém advertir desde já que, sendo várias as espécies de ofensa, vários também podem e devem ser os modos da respectiva reparação (...)” (DEL VECCHIO, 1960, p. 195).

mento do dano, a inflição de sofrimento a quem tenha cometido uma ofensa. Assim, o imperativo elementar da justiça – civil ou penal – é que o mal praticado deve ser reparado (1960, pp. 193-202). Del Vecchio deixa claro que o ressarcimento do dano não tem característica necessariamente patrimonial e individual, já acenando com a possibilidade de os danos à coletividade serem passíveis de reparação que não estritamente pecuniária.

Ceretti lembra que a justiça restaurativa significa a renúncia ao responder o mal com o mal, o sofrimento causado pelo delito com o sofrimento da pena, lançando o desafio de superar a lógica do castigo, movendo-a para uma leitura relacional do fenômeno criminoso (2002).

No Brasil, Andreucci (1982) dedicou interesse ao tema e reconheceu a validade da idéia de que somente com a reparação do dano pode ser restabelecido, em tese, o equilíbrio violado, que, na prática, não pode ser inteiramente recomposto, concluindo, em resumo, que “(Del Vecchio) de uma conceituação própria sobre os fundamentos da pena, atinge uma solução conforme os postulados iniciais: não mais repressão ou prevenção, mas recomposição da ordem jurídica violada, centrando tudo na reparação do dano”.

O penalista pátrio completa que, mesmo sem termos que acolher o pensamento de Del Vecchio quanto à teoria da pena, “não podemos deixar de convir que a sua insistência sobre a reparação do dano assinala um ponto de grande interesse” (1982, p. 92), aceitando que um Direito penal de direção mais humana deve valorizar o ressarcimento do dano, ao menos no campo da extinção da punibilidade, relevando a necessidade da adoção de medidas eficientes em favor das vítimas. Também não descuida dos embaraços que a idéia causa a quem, como ele, “não adere à identificação da sanção civil com a penal”, porém, não vê dificuldade em superar o problema se considerado que a “assistência pela falta de cumprimento do dever estatal de vigilância na luta contra o crime daria razão de ser do auxílio, não confundida com a indenização civil, de espectro muito mais amplo”. Aduzindo, ainda, que não se pode negar o acerto da aplicação da reparação do dano, abrangente ao ressarcimento, nos casos em que seja possível a substituição da pena.

Ao recorrente argumento de que a lei já prestigia a reparação do dano, pois os códigos penais, em geral, prevêm como efeito da condenação criminal a obrigação de indenizar o dano na esfera civil, Del Vecchio opõe a escassíssima aplicabilidade do dispositivo, porque não se estende aos danos à coletividade e porque, na absoluta maioria dos casos, os apenados são insolventes. Ademais, a pena de prisão causa

a singular incongruência de retirar a possibilidade de um trabalho produtivo no sentido de ressarcir o dano.

Klaus Lüderssen vê como legítima a reparação do dano por meio de projetos regionais de pesquisa criminológica desenvolvidos na Alemanha, que, além de terem obtido aceitação das comunidades, puseram em relevo a satisfação da vítima e a ripristinação da paz jurídica (1998, pp. 143-152). Destaca o autor a posição de, para quem se adapta absolutamente ao direito penal contemporâneo, além de ser parte orgânica de sua evolução e servir sim “*alla realizzazione dei fini della pena*”, uma vez que permite a anulação das conseqüências do crime e a tranquilização da coletividade. Contudo, mais uma vez, a idéia de dissuasão contida na teoria da pena erige-se contra esse novo ponto de vista. O ingresso da idéia de prevenção geral introduziu um modelo de Estado disciplinador que prescinde do réu e da vítima para efetivar esse interesse totalitário e simbólico e, logo, abstrai a reparação do dano.

Marco Bouchard (1998, pp. 161-190), ao sopesar a crise estrutural da justiça penal, também defende a criação de novos modos de resolução dos conflitos, como “contra-tendência” ao fenômeno emergencial. Reconhecendo a necessidade do direito penal olhar para a vítima, Bouchard preconiza que sua função reequilibradora não pode prescindir da pretensão reparatória à ofensa criminal. Destaca também a total compatibilidade da introdução da vítima e da reparação do dano na administração da justiça penal, conforme recomendação da Convenção nº 116 do Conselho da Europa que, dentre outras, sugeriu que “*a reparação deveria poder constituir, na legislação, uma pena, substituir essa ou ser a ela associada*” (Idem, pp. 171-173). Pontua, ainda, que a intervenção penal compensatória pode advir da reparação do dano em forma coagida, que a define como instrumento necessário para manter a coatividade do Direito,⁴ a comprovar a viabilidade da reparação, porquanto “manter a coatividade” não é punir necessariamente. A punição aflitiva é um grau da coação, antecedida por outros.

Para analisar, refutar ou aceitar a perspectiva de uma justiça penal reparadora ou restaurativa, talvez seja mais isento fazer uma observação externa do sistema penal e questionar suas “verdades”.

Um dos pontos inabaláveis da racionalidade penal é a visão dicotômica entre um direito civil, voltado para o mundo e interesses privados das partes litigantes e um direito criminal, voltado para o mundo

⁴ Neste ponto, remete-se ao importante ensaio filosófico de Mario Cattaneo: *Pena, diritto e dignità umana*, 1990, p. 19.

público e os interesses da coletividade, com exclusão dos interesses das partes (salvo se coincidentes com os primeiros). O primeiro é flexível, ouve as partes e busca a justiça e a equidade impondo reparações, acordos, etc., para solucionar os conflitos; o segundo é inflexível, fechado e só dispõe de uma forma limitada para intervir nos conflitos, que é distribuir o mal, pagá-lo na mesma moeda (PIRES, 1999, p. 66).

Daí em diante, definem-se dois mundos jurídicos pela natureza da resposta oferecida aos conflitos. Do ponto de vista do penalista, a visão que a sanção penal contém um “dever ser” (punir), pelo que a *autorização* de punir erigida por meio do contrato social, em dado momento, transmuda-se em *obrigação* de punir. Assim, a necessidade de sanção punitiva define o que é do âmbito “penal”, e a possibilidade da reparação define o que é do “civil”.

Em suma, não existiria a possibilidade de dois sistemas poderem tratar do mesmo conflito e a possibilidade de pena exclui a composição, adstrita ao civil e quando requerida pela vítima. Entretanto, seguindo a proposta de observar o sistema penal “de fora”, uma breve e superficial visão da tutela civil demonstra a fragilidade desse dogma.

Muitos autores alertam para um provocativo e simples dado: embora o mundo penal permaneça inflexível quanto à aceitação de sanções de natureza “civil”, o contrário não ocorre: o direito civil e o administrativo trabalham normalmente com sanções punitivas. E, lembre-se, é o direito penal a *extrema ratio* (GALGANO, 1998). Na Espanha, estudos sobre as possibilidades da mediação em relação ao ordenamento jurídico em face do *Projeto Alternativo de Reparação* concluíram pela sua total viabilidade político-criminal, dogmática e empírica. Embora se reconheça as dificuldades de adaptação que, entretanto, não justificam o abandono da idéia, profícua sob diversos aspectos, em especial o de tutela da vítima (QUERALT, 1997, pp. 145-191).

Quanto à reparação do dano em face da proteção dos bens jurídicos, também não parece haver dificuldades em desenhar uma moldura dogmática de junção. David Teixeira de Azevedo (1998, pp. 32-34) resalta o caráter axiológico do bem jurídico, que se constitui no objeto concreto de tutela que encarna um valor para o homem e para a sociedade e coagula esse interesse social no âmbito do ordenamento jurídico. Logo, seu significado não se identifica com o objeto material sobre o qual recai a ação humana, e sim com o valor contido na norma (ou seja, a *mensagem normativa*), cumprindo a tarefa dogmática de classificar os tipos penais. Assim, faz-se necessária a correta identificação do bem jurídico protegido para definir as ações capazes de afligi-lo ou

colocá-lo em risco e, portanto, quanto às respostas jurídicas cabíveis, pois, como se reconhece “o custo-benefício da pena e a eleição de bem jurídico representam uma preocupação fundamental da Política Criminal, em busca de formas e estratégias de combate à criminalidade” (AZEVEDO, 1998, p. 39).

Destarte, a definição do bem jurídico assume também a função de delimitar a intervenção penal e, logo, a exigibilidade do concreto grau de afetação do bem surge como forma de diferenciar as implicações do ataque ao valor ou interesse tutelado capazes de autorizar a intervenção penal (MIR PUIG, 1994, pp. 159-167), dentre as quais o envio do caso à mediação, fazendo surgir, aqui, o princípio da ofensividade como critério inicial de submissão do caso à instância de mediação, como forma de evitar a expansão da rede de controle penal e um problema recorrente em muitas experiências: a concentração de bagatelas e incivilidades nos ofícios de mediação.

A compreensão da função de proteção do bem jurídico, sem apartar-se de sua função limitadora do *ius puniendi*, não pode esgotar-se num “existir” meramente estático, de modo a oferecer a seu titular – que pode ser a vítima – efetivas e concretas possibilidades de realização de suas próprias finalidades (MOCCIA, 1997a, p. 125). Tudo isso parece orientar para um direito penal como sistema mais aberto, mais flexível. Essa “abertura” também requer a liberação de certos freios impostos pela racionalidade penal moderna, adepta de um sistema fechado, mesmo que ineficiente. Essa racionalidade fechada apoiou-se “na possibilidade de indicar, para cada conflito, uma solução prévia e, através da jurisprudência, torná-la próxima da realidade” (CHAVES CAMARGO, 2001, pp. 124-125). Repete-se aqui a vocação do sistema penal em criar e crer em determinadas soluções e procurar legitimá-las a qualquer custo. Conservando a missão de proteção ao bem jurídico, legítima sob todos os aspectos, Chaves Camargo (*idem*) enxerga o seu significado dentro de um sistema aberto e busca adequar o direito penal à sociedade contemporânea de risco, às novas formas de criminalidade “próprias da complexidade globalizada desta era” e, principalmente, à pluralidade de idéias, interesses e valores, traços distintivos da vida moderna.

Requer-se que o bem jurídico protegido esteja em conformidade “com as características pessoais dos atores da comunicação” (o que pode entender-se por autor e vítima), tendo um referencial semântico decorrente da interpretação da norma, o qual só pode ser atingido por meio de uma atividade comunicativa e dialética fundada na obtenção

de conhecimento, mais do que uma decisão formal. Logo, o significado do bem “depende de uma delimitação semântica, cabendo ao intérprete a análise, no sentido de verificar se, naquele, há relevância para a imposição do direito penal” em cada caso (CHAVES CAMARGO, 2001, p. 128). Embora mais subjetiva, essa proposição, indubitavelmente, é mais conforme à realidade social atual e compatível com a dogmática penal, com destaque para o posicionamento de Juarez Tavares (2000, p. 131), que adotando a concepção material de delito de Miguel Reale Jr. (1998) ressalta que o exame do injusto deve ser submetido a um procedimento *dialético* rigoroso o qual

possibilitará que o injusto seja retratado, primeiramente, como sistema fechado, quando se trate de incriminar essa conduta, em face dos limites impostos primeiramente na tipicidade e depois na definição dos pressupostos das causas de justificação e como sistema aberto, quando se devam verificar as condições do sujeito de ampliar as possibilidades de justificação de sua conduta (2000, p. 131).

É nesse sistema aberto que tem lugar a abordagem dialética e comunicativa voltada à dimensão axiológica de cada situação que, sem dúvida, é privilegiada pela mediação penal, cujo conceito deve continuar aberto, sob pena de ceifar-se a riqueza de uma atividade que reside justamente na polissemia, na flexibilidade; para, então, ser gradativamente aprimorado, estreitado, de acordo com o contexto operativo cada projeto, às condições e às tradições de cada ordenamento jurídico.

Contudo, por mais variações dogmáticas que se possa fazer ao redor do tema, a realidade é que “os pilares da racionalidade penal moderna permanecem intocados”, pois “nenhuma das repercussões práticas dessas perspectivas implica alteração estrutural de funcionamento do sistema penal e, tal qual apontado por HIRSCH, muita delas já estão, inofensivamente, presentes nos ordenamentos jurídicos atuais” (BENEDETTI, 2005). Essa constatação é transferível para o ordenamento jurídico pátrio, o qual, mesmo que de forma quase despercebida, já contempla diversas disposições no sentido da reparação do dano, as quais são absolutamente inocuidadas pela racionalidade que move a atuação das agências judiciais. Basta lembrar que a reparação do dano pode ser requisito para a concessão de *sursis* (arts. 77 e 78 do Código Penal) e para elaboração do acordo de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). A prática demonstra o

absoluto desuso do instituto, mesmo no espaço supostamente consensual e informal prometido pela Lei 9.099/95, cujo fracasso nesse sentido reforça a necessidade da quebra do paradigma.

A pena de prestação pecuniária (arts. 43 e seguintes do Código Penal), instituída em 1998, também pretendeu implementar a reparação em favor da vítima, sem ter obtido grande êxito: na possibilidade de substituição por prestação pecuniária ou outra pena afliativa (prestação de serviço, limitação de final de semana), os juízes seguem privilegiando a resposta afliativa em detrimento da reparadora.

4.1.1. Reintegração da vítima

A integração ou reintegração da vítima ao processo de resolução do conflito, oferece aspectos dogmáticos e criminológicos para justificar a mediação. Nas últimas décadas, vitimologia e vítima-dogmática desenvolveram-se como ramos científicos autônomos, refletindo a necessidade de resgatar o papel da vítima na justiça penal. O processo de apropriação do conflito⁵ por parte do poder político, levou à sua exclusão completa do âmbito das decisões da justiça penal, justificando, amplamente, a afirmação de Ana Messuti (2003, p. 73): “não é difícil incorporar a vítima à categoria de *não-sujeito de direito*”. Menos do que um não-sujeito de direito, a vítima transformou-se num pretexto para intervenção na pessoa do acusado, para o reforço na severidade das penas e do tratamento hostil no âmbito do processo penal. Relembre-se que Zaffaroni e Batista (2003) enfatizam que a neutralização da vítima é justamente a linha que demarca o momento histórico em que o modelo punitivo, decisório e verticalizante passou a ocupar todo o espaço do sistema de justiça penal em detrimento do modelo reparador.

5 Situar a questão da vítima na perspectiva da apropriação do conflito é fundamental para distinguir entre privatização, não pretendida, e democratização, hipótese defendida, na linha do pensamento de Foucault, ao qual, novamente, remete-se: “O soberano, o poder político vêm, desta forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais (...) Enquanto o drama judiciário se desenrolava entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava ao outro (...) A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem ‘Também fui lesado pelo dano’, isto significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo ao outro, mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado (...) A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média.” (2003, p. 66).

Porém, a preocupação com a vítima é antiga. Em 1887, Garofalo escreveu um livro sobre o tema. Mesmo dentro dos postulados hoje taxados (erroneamente) como pitorescos, da Escola Positiva, levantou questões ainda abertas, partindo de uma crítica à Escola Clássica, que “concentrou seus estudos na qualidade e na quantidade da pena que devia impor-se às distintas espécies de delitos e deixou de lado, como coisa alheia à repressão penal, a matéria da reparação do dano” (1887, p. 58).⁶ Garofalo coloca a reparação do dano e a tutela da sociedade como finalidades do controle do crime pelo Estado: “sem dúvida que a lei não deve tender a dar satisfação aos sentimentos de vingança” (Idem, p. 60). E, discorrendo especificamente sobre a reparação pecuniária, já naquela época, asseverou que o direito indenizatório originado da sentença penal condenatória “é um ato de ironia para com a vítima” (idem, p. 64).

Para Garofalo, a satisfação à vítima preencheria as necessidades de reação penal (como sucedâneo da pena) em todos os casos em que não se verificasse incompatibilidade do réu com o particular ambiente social (idem, p. 85) e, principalmente, evitaria o “renascimento dos tristes sentimentos de vingança que deveriam ser apaziguados mediante uma reparação” (idem, p. 95). E, para finalizar esta breve referência ao criminólogo italiano, rebate Garofalo, desde aqueles tempos, as críticas de setores conservadores que imputam à reintegração da vítima uma volta aos tempos de vingança privada:

Diga-se agora, se quiser-se, que o que nós propomos seria um retrocesso. Não me assusta esta palavra. O voltar atrás quando se marcha por um caminho equivocado, não é censurável (...) Nada tem de estranho que o progresso de umas ciências obrigue a outras retroceder e as coloque de novo naquele sítio de onde, em bom sentido, as havia colocado desde um princípio (...) Em verdade, que é uma coisa estranha, e quase poderia dizer-se que o progresso jurídico nos faz retroceder aos tempos em que a pena era considerada como uma simples vingança do ofendido ou de seu família... (idem, pp. 62 e 101).

6 A edição utilizada como fonte é uma tradução para o espanhol, feita pela Universidade de Salamanca e publicada, ao que parece, poucos anos após a edição original em italiano, de 1887. Porém, a tradução não indica a sua própria data de publicação e, atualmente, está disponível na íntegra e em formato *fac simile* na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha, acessível via Internet.

No campo dogmático, Bernd Schünemann desenvolveu a vítima-dogmática como regra de interpretação, criada como derivação direta do princípio da *ultima ratio* e da exigência deste resultante que o emprego do direito penal deve ser necessariamente voltado para a proteção de um bem jurídico (2002, p. 166). A regra interpretativa da vítima-dogmática decorre da análise conjunta da satisfação legítima das expectativas da vítima (orientadas pela norma) e da carência de tutela penal, ambas indicando a relevância penal do fato. Tamarit Sumalla (1998, p. 23), analisando a abordagem de Schünemann, conclui que ela parte de uma nova leitura, de chave criminológica, para o princípio da *ultima ratio*, de tal forma que a “intervenção penal tão só estaria legitimada quando não existissem meios possíveis de tutela, incluindo aqueles que se encontrem à disposição da própria vítima”, ou seja, o juízo sobre merecimento da tutela também seria resultado da renúncia à tutela por parte da vítima, sem qualquer risco de uma volta à autotutela, senão considerando a abertura para a possibilidade de uma autotutela regulada, a ser exercida pelo titular do bem jurídico. Conclui Sumalla que, especialmente nos “delitos de relação”, a interação entre autor e vítima aparece como pressuposto da infração e pode até atingir a realização da conduta típica (idem, p. 26).

O que mais interessa no pensamento de Schünemann, é a afirmação de que a vítima também deve ser considerada sob o conceito de dano social, menos do que as questões de imputação à vítima ou a sua contribuição para a consumação do delito, pois, como a vítima é parte integrante da noção de bem comum (tutelado pelo direito penal), em alguns casos, ela tem o direito de dispor desse bem comum, principalmente naquilo que ele chama de *relationship offenses* (2000, p. 38). A favor da mediação penal, Schünemann elabora outra ponderação que opõe os dois modelos (pena x mediação): a tendência de tentar fazer a vítima participar mais do julgamento criminal dentro do sistema adversarial e até colocá-la como parte no processo penal, é “um absurdo”, desequilibra o contraditório, pois “como ator do processo penal” a vítima vai apenas “repetir os argumentos de outro ator (o promotor)” e seu testemunho se transforma numa declaração de parte, estrategicamente conduzido após a vítima ter revisitado os autos e preparado-se com um advogado (idem, p. 42). Com isso, considerando a estrutura adversarial do processo penal, alimentam-se os sentimentos de vingança e distanciamento e anulam-se os canais de comunicação entre as partes, que, antes opostas por um conflito passado e circunscrito no tempo,

agora perpetuam suas posições de opositores, acirrando sentimentos mútuos de dissenso e conflito.

Por mais essa razão, impõe-se a mudança do paradigma, pois é arriscado reintegrar a vítima dentro de um sistema punitivo que canaliza a atitude hostil e aprofunda a conflituosidade. A aceitação de acordos reparatórios torna-se viável

quando o julgamento criminal tradicional é transformado em um específico processo de restituição: processo em que, a vítima, naturalmente é parte e, então, pode reclamar, com boa razão, uma posição processual autônoma (SCHÜNEMANN, 2000, p. 44).

Em apertada análise, se a vítima-dogmática propõe que a posição da vítima seja analisada como uma regra de interpretação da necessidade de tutela penal, é razoável supor que a satisfação de seus interesses legítimos, por meio de um procedimento regulado, pode resultar no abatimento ou na eliminação dessa necessidade.

A reintegração da vítima, portanto, é movimento real, necessário e em andamento. Porém, a potencialização de seu papel pode servir a discursos repressivos e reacionários, opostos às metas de redução da violência punitiva e superação da filosofia do castigo, visto que muitos movimentos das vítimas são insuflados pela retórica de “lei e ordem” e instrumentalizam a manipulação do medo para o reforço e alargamento de limites do poder punitivo, por vezes, para muito além das barreiras das garantias constitucionais. A abertura desregulada às vítimas pode muito bem apontar para a privatização do sistema (estendendo o movimento crescente de privatização da segurança, dos presídios, etc.) e para a rearticulação do discurso do crime (a “fala do crime” estudada por Teresa Caldeira, 2003, ver capítulo 5, tópico 5.1.1) como obstáculo para a democratização do sistema de justiça. Confirmando essa preocupação, Peter-Alexis Albrecht ressalva que a privatização pode ser um meio de criar mais e incontrolláveis leis criminais e instrumentalizar a vítima para objetivos políticos de redução dos direitos civis (2000, p. 107). O sofrimento das vítimas é, por um lado, um ponto a ser tratado com mais atenção pela justiça penal, mas por outro, atrai um interesse pernicioso da mídia e, por consequência, também atrai a atenção de políticos, especialmente durante as campanhas eleitorais, porquanto esse sofrimento é um terreno fértil para a propagação de discursos demagógicos e sensacionalistas.

Ao que parece, a posição da vítima encontra-se numa encruzilhada entre sua neutralização total e os riscos que sua redescoberta pode trazer na direção da ampliação da face autoritária da justiça penal. Albrecht e Schünemann, dentre outros, sublinham esse risco, mas também defendem a recuperação de um papel ativo da vítima, desde que esse movimento não repercuta dentro do atual sistema de justiça, cuja lógica potencializaria o seu papel em prol da privatização do controle do crime, com todos os males decorrentes da cessão de poder punitivo para os particulares (aqueles mais privilegiados), dentro daquela pauta não desejada, que inclui a concentração elitista das prestações de segurança pública, privatização de presídios, etc.

Mas, essa equação não parece ser de solução tão difícil. Albrecht acena para aquilo este estudo denomina novo paradigma, asseverando que a redescoberta da vítima não requer que a “lei criminal – ou algo que seja apenas etiquetado como lei criminal – renuncie ao controle, ao invés, o controle molda novas demandas da lei criminal, que objetivem essa distorção”. O conceito parece apontar para menos Estado, menos execução de poder, e, então, mais esperança para o ofensor e para a vítima (2000, p. 100). O que se depreende da afirmação, assim como aquela anterior de Schünemann, é que a reintegração da vítima pode e deve ser planejada, desde que num “espaço outro”, interno à justiça penal, mas autônomo em relação à sua característica de exercício de poder e autoridade.

Então, do ponto de vista vítima-dogmático, reconhecendo a projeção da vitimologia nesse campo, a preocupação principal seria *superar a visão da vítima como sujeito passivo*, como ser em posição de debilidade impessoal e mero beneficiário (?) de uma atuação protetora do Estado, oferecida em forma de castigo sobre o corpo do réu, substituindo essa passividade por uma concepção na qual o titular do bem jurídico protegido adquira algum protagonismo (SUMALLA, 1998, p. 20) na discussão do fato que o atingiu e na estabilização das expectativas criadas ao redor da mensagem normativa dirigida à coletividade, mas sempre reinterpretada a partir de cada conflito.

Noutra abordagem, a pesquisa criminológica tem dedicado especial atenção ao impacto dos programas de justiça restaurativa na revitimização. Jo-Anne Wemmers e Marisa Canuto (2002) publicaram uma abrangente revisão crítica da literatura e de pesquisas recentes sobre experiências, expectativas e percepções das vítimas, que traz outros dados interessantes para justificar o incremento da participação da vítima por meio de programas restaurativos, em especial a MVO.

Claramente, os programas não são uma panacéia para as vítimas, mas há bons indicativos de que representam uma melhoria qualitativa considerável para elas, embora os estudos revelem que os ofensores tendem a se mostrar mais satisfeitos, por razões mais ou menos óbvias (evitam a estigmatização e o risco de punição).

A primeira conclusão das autoras refere-se aos motivos do consentimento das vítimas em participar de programas de justiça restaurativa. Surpreendentemente, aspirações vindicativas não apareceram com destaque nos resultados, muito embora tais pesquisas em justiça restaurativa não sejam absolutamente seguras, pois o campo de amostragem restringe-se àqueles que participaram voluntariamente, podendo existir uma pré-disposição que condiciona os resultados. De qualquer forma, a constatação é significativa: em primeiro lugar as vítimas querem *informação*, ou seja, querem ser incluídas na justiça criminal e ter notícia do desdobramento do caso; em algumas pesquisas constatou-se que 40% de vítimas ou ex-vítimas manifestaram esse desejo (WEMMERS; CANUTO, 2002, p. 3). Quanto à *reparação*, os dados mostraram que, num primeiro instante, as vítimas não noticiam o crime à polícia com essa intenção, mas por um senso de dever, pois não acreditam que o sistema judiciário possa resolver seu problema. Porém, quando a oportunidade da reparação (em forma de restituição, desculpas, etc.) é disponibilizada, a orientação muda, especialmente em crimes patrimoniais. Pesquisas na Alemanha apontaram que o anseio por reparação varia entre 60% e 70% e, no confronto entre crimes patrimoniais e violentos, a diferença é grande, mas não torna a cifra desprezível em quaisquer dos grupos: 85% (patrimoniais) e 37% (violentos) das vítimas expressaram querer reparação.

Outra pesquisa mencionada pelas autoras realizada nos EUA, revelou que 82% das vítimas responderam positivamente à pergunta “supondo que, no seu caso, o juiz fizesse a seguinte proposta: o criminoso vai ser sentenciado a fazer a restituição e, se ele cumprir essa imposição, então a pena vai ser reduzida ou remida”. Por fim, também há dados indicando que o interesse das vítimas na reparação não se limita somente aos danos materiais: muitas vítimas reportaram seu interesse em que o ofensor assumisse a responsabilidade (*accountability*) por seus atos (Idem, p. 4).

Esse resultado é importante, principalmente porque não aparece isolado e confirma uma das hipóteses fundamentais da mediação (diminuição da necessidade de vingança – e de pena – por meio da estabilização das expectativas normativas). Strang (2000) examinou os

sentimentos de vingança e descobriu que entre vítimas de crimes violentos, aquelas que participaram de conferências⁷ eram significativamente menos vindicativas do que aquelas cujos casos foram lidados no sistema tradicional de justiça criminal.

Ao lado de informação e reparação, há outros dois fatores que aparecem em relação aos anseios da vítima. O primeiro é *encontrar o ofensor*, ter a oportunidade de dizer como aquela conduta a afetou, compreender os motivos do conflito. Mencionando estatísticas oficiais do Canadá, quanto ao interesse das vítimas em participar de mediação direta, 24% disseram-se muito interessadas, 27% relativamente interessadas e 46% não demonstraram interesse e, mesmo entre vítimas de crimes seriamente violentos, houve interesse na mediação, por exemplo, 28% das vítimas de violência sexual (*sexual assault*) expressaram interesse na mediação (WEMMERS; CANUTO, 2002). E o último fator auferido foi o *decision-making power*, ou seja, as vítimas sentem-se inseguras com o fato de, após noticiarem o fato à polícia, perderem totalmente o poder de opinar, influenciar no andamento do procedimento ou apenas de manifestar as preocupações relacionadas ao problema, desejando um poder maior de influir na pauta de decisão do seu problema.

Nos EUA, 90% das vítimas que participaram de mediação mostraram-se satisfeitas com o resultado de sessão, principalmente em termos do impacto emocional, que resulta num abatimento do sentimento de revitimização (idem, p. 8). Já na Bélgica, avaliações concluíram que o propósito de mediação e comunicação entre as partes foram mais apreciados do que a possibilidade de acordo (idem, p. 22). Wemmers e Canuto (idem, p. 35), após longa revisão dos dados produzidos em diversos países e minimamente utilizados aqui, concluem que as expectativas das vítimas que participam na justiça restaurativa podem ser sintetizadas em: buscar reparação, ajudar o ofensor, confrontar o ofensor com as conseqüências do crime e fazer-lhe questões como “por que o crime foi cometido?”. De outro lado, vítimas declinam a participação porque: não acham que vale o esforço (geralmente quando a perda ou o dano foram muito pequenos ou triviais), têm medo do ofensor, estão muito ressentidas com ele ou não acreditam em sua sinceridade.

⁷ As conferências (*conferencing*) são um instrumento de JR bem difundidos na Austrália e Canadá e, basicamente, consistem em reuniões de grupo, em geral aplicáveis no âmbito de menores, nas quais participam as partes, seus familiares, representantes da autoridade pública (por vezes, polícia, assistentes sociais) e o facilitador.

Por fim, uma conclusão importante e que reforça a presente proposta: os programas de justiça restaurativa não podem ocupar o espaço do sistema de justiça criminal, pois sempre haverá vítimas e ofensores que escolherão ter seus casos mantidos naquele (*idem*, p. 38). Essas conclusões, enfim, estimulam o esforço de esboçar um novo modelo mais inclusivo e atento às falhas e insucessos do modelo atual.

A recuperação do papel da vítima deve ser concebida como o reequilíbrio das balanças da justiça sob uma plataforma humanista, onde os pratos passem a medir o sofrimento da vítima, sem contrabalançá-lo com o sofrimento do ofensor. A essência da sua integração é, então, abater, na medida do possível, o sofrimento do crime e evitar que esse sofrimento se desdobre com a revitimização, imposta pelo sentimento de injustiça que as vítimas provam em seguida, ao serem desprezadas pela justiça penal, consoante as expectativas indicadas pelas pesquisas acima. Conforme assevera Adolfo Ceretti (2000), devemos enxergar que

dar um nome ao sofrimento da vítima e reconhecer o *dano* a que esse acompanha, permite à mesma vítima estabelecer uma distância da própria vivência e iniciar a procura por uma modalidade mais satisfatória de gerir a sua dor.

4.2. Teoria do delito: o funcionalismo redutor

Reafirmando a dificuldade para encontrar bases dogmáticas definitivas para um conceito aberto e polissêmico como a mediação, se a vítima-dogmática e a vitimologia fornecem importantes contribuições para o desenho do novo paradigma, é possível ousar na direção da teoria do delito, buscando nela algo que o justifique. É na sistemática funcional redutora (ou funcional conflitiva) de Zaffaroni que tentaremos buscar outras colaborações para fortalecer a mediação penal (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2001, pp. 369 e ss.).

Mais que profunda ligações teóricas, destacam-se lineamentos iniciais semelhantes entre a proposta da mediação penal e a teleologia redutora de Zaffaroni, quais sejam: a admissão da função política do direito penal, cuja tarefa é a contenção e filtro da irracionalidade e da violência, devendo atuar como “dique de contenção das águas mais turbulentas e caóticas do estado de polícia”. Considerando que os dados sociais demonstram que o poder punitivo exerce sua violência seletivamente (seleciona pessoas e condutas como pretexto para operar e seleciona de forma arbitrária, recaindo sobre as pessoas mais vul-

neráveis), esse itinerário que percorre o poder punitivo deve ter etapas, como um sistema de comportas, que funcionem em conjunto, de forma a impedir que a água transborde aquele dique. Essas comportas, dividir-se-iam sucessivamente, sendo que a primeira serviria para verificar a existência dos pressupostos para requerer da agência judicial uma resposta que habilite o exercício do poder punitivo (Idem, pp. 356-357).

A teoria do delito, assim, surge como sistema de filtros para abrir sucessivos questionamentos de uma resposta habilitante do poder punitivo (idem, p. 357). E, como a perspectiva funcionalista exige que qualquer conceito penal seja construído em função de objetivos político-criminais e que estes encontrem respaldo na realidade social, Zaffaroni busca essa funcionalidade justamente na afetação do exercício do poder punitivo, ou seja, define-a como a relação entre os conceitos jurídicos e seus efeitos neste poder, que é o efeito político dos conceitos jurídico-penais (idem, p. 370). Para tanto, a construção deve ser, é claro, sistemática e orientada às finalidades propostas. Daí surge a teleologia redutora.

Nos limites deste trabalho e para não escapar de seu objeto, não há pretensão de analisar a teleologia redutora de Zaffaroni com a profundidade e riqueza que a idéia requer.

Em linhas gerais, a teleologia redutora também reconhece o marco do conflito, que o poder punitivo tende a reprimir, como fundamental à dinâmica social e à autorealização das pessoas. Por isso, propõe desenvolver uma estrutura conceitual funcional à contenção e redução do poder punitivo, de maneira diversa às sistemáticas funcionais de Roxin e Jakobs, que estabelecem a funcionalidade em razão dos fins da pena, o que não seria viável a partir da teoria negativa ou agnóstica da pena (ver tópico 4.5), a qual nos parece mais acertada. Então, o direito penal deve aumentar a oferta de reações possíveis para evitar a habilitação do exercício do poder punitivo, o que pode ser feito a partir da teoria do delito, por exemplo, aumentando a responsabilidade das agências judiciais em analisar pressupostos de exclusão e cancelamento da punibilidade (Idem, p. 374).

Zaffaroni, como exemplo, propõe a reconstrução dogmática do artigo 41 do Código Penal argentino, que trata de individualização da pena,⁸ para permitir a aplicação de penas abaixo dos mínimos legais, para abater o poder punitivo. De maneira análoga, o funcionalismo

⁸ Art. 41. Individualização da pena. Atenuantes e agravantes. Aos efeitos do artigo anterior (*remete a individualização da pena às regras deste artigo*), se levará em conta:

reduzidor permitiria a reconstrução dogmática do artigo 59 do nosso Código Penal para reconhecer o resultado da mediação como mais uma comporta de contenção do dique do Estado de direito, incidindo na *necessidade para reprovação e prevenção do crime*, de forma a não habilitar o exercício do poder punitivo pelas agências judiciais.

Num modelo organizativo simples e sem recorrer a qualquer reforma legislativa, a reconstrução dogmática baseada na teleologia redutora, permite ao juiz remeter um caso à mediação e analisar seu êxito como suficiente para suprir a *necessidade de pena* prevista no artigo 59 do Código Penal, legitimando plenamente, a exclusão da instância penal, de forma regrada e controlável. Resta identificar se e como a mediação pode ser considerada como atividade apta a satisfazer as necessidades preventivas e a transmitir para a comunidade a mensagem de reprovação contida no preceito (lembre-se, no preceito, não na pena...).

Estabelecendo-se a teleologia redutora como uma justificação dogmática forte e segura, podem ser desdobrados outros aspectos dogmáticos e criminológicos aplicáveis à mediação, sem o risco de compreendê-los negativamente. Mais do que isso, a construção de Zaffaroni permite a abertura necessária para discutir e remodelar outros conceitos subjacentes e inserir a mediação na racionalidade penal, cujos dogmas ainda funcionam como barreira a esta inovação: de um lado, o princípio da legalidade como demarcador da fronteira da penalidade e, de outro, as teorias da prevenção, como fixadoras daquelas finalidades que norteiam a funcionalidade dos conceitos jurídicos-penais.

4.2.1. Flexibilização *favor rei* do princípio da legalidade: superando o sistema “dos delitos e das penas”

A justificação da mediação em face do princípio da legalidade pode ser assim resumida: se a reserva legal é uma proteção do cidadão

¹ A natureza da ação e dos meios empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causados.

² A idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o sustento próprio e de seus filhos, a participação no fato, a reincidência e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, modo e ocasião que demonstrem maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto e *de visu* do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida requerida para cada caso.

contra o arbítrio, pode admitir-se sua flexibilização para evitar a ação desnecessária do poder punitivo sobre o indivíduo. Daí a necessidade de superação do sistema “dos delitos e das penas”, uma vez que a justiça restaurativa admite o delito sem pena (não o inverso, diga-se, pois as prestações voluntárias eventualmente assumidas pelo ofensor não têm caráter penal).

Enfim, já é tempo de a racionalidade penal evoluir para além de Beccaria, o que se propõe com base nas teses formuladas por Álvaro Pires (2004a, 1999, 1998), nas quais encontram-se os elementos mais instigantes à construção do novo paradigma. Vejamos, então, no que consiste a flexibilização.

Como premissa inicial, Andreucci, dentre outros, observa que o fundamento político da reserva legal é a proteção dos direitos individuais contra o arbítrio estatal, então, a interpretação e a criação do direito não podem servir ao alargamento do poder punitivo, mas podem conduzir a “soluções sempre benéficas ao réu, jamais contra ele, o que faria permanecer intocado o princípio da legalidade” (1989, pp. 82 e 89).

Porém, o pensamento penal clássico, de certa forma, tem sustentado uma inversão do significado do princípio da legalidade, levantando uma questão que poderia ser assim representada: “como admitir o reconhecimento de um delito, sem a correspondente imposição de pena?” (é o *nulla poena, sine crimine, nullum crimine, sine legge*, às avessas).

O desenvolvimento da reflexão sobre o fundamento e os limites do *ius puniendi* e da teoria da pena de Beccaria implicaram em conceitos permeados por todo o modo de pensar o direito penal até hoje e configuraram o paradigma de eficiência e garantia preconizado, mas sequer tangencialmente atingido.⁹ Modernamente, o crescimento da criminalidade impôs a essa racionalidade um novo sentido: a justificação da qualidade, a quantidade da pena e de penalização alargou-se em resposta ao medo social e ao fracasso das políticas públicas extrapenais de contenção à violência. As decisões penais, também, influenciaram-se pela emergência penal e passaram a ser cada vez mais autoritárias e duras, tornando inócuo o princípio da legalidade.

É justamente do “reconhecido fracasso do princípio da legalidade” (PAZ; PAZ, 2005, p. 134), na sua função de racionalizar e conter o poder

⁹ Anteriormente, afirmei que: “quanto à teoria da pena, esse paradigma transmutou-se: a eficiência passou a depender da certeza e da severidade da pena e a garantia tornou-se uma aspiração formal, vista muitas vezes como entrave à obrigação pragmática e política de punir” (SICA, 2002).

punitivo e o avanço do Estado de polícia sobre o Estado de direito, que surgem as bases de construção da justiça restaurativa, dentre as quais se inclui aquela noção essencial sobre o crime: visto mais como um conflito relacional e menos como uma infração legal. Essa mudança de objeto, relativiza o princípio da legalidade, apenas e somente no que se refere à sua concepção como mandato imperativo para imposição de pena. Na sua vertente limitadora, evidentemente, o princípio permanece intocado.

O desafio que a justiça restaurativa lança é justamente a superação do sistema “dos delitos e das penas”; é aquele desafio de “procurar superar a lógica do castigo, movendo-se para uma leitura relacional do fenômeno criminoso, entendido, primariamente como um conflito que provoca a ruptura de expectativas sociais simbolicamente compartilhadas” (CERETTI, 2002). Nessa leitura, o papel do princípio da legalidade é (i) demarcar o objeto da ruptura (o tipo penal), a ser interpretado, deliberado e, eventualmente, enviado para as agências judiciais habilitadas a exercer o poder punitivo e (ii) delimitar a reação penal.

A segunda função é especialmente preocupante, pois, mesmo dentre os defensores da justiça restaurativa, reconhece-se que “o problema central é a ausência de delimitação das fronteiras deste modelo” (JACCOUD, 2005, p. 179). Esse problema já tem sido resolvido nos programas mais avançados, como, por exemplo em Quebec, onde os organismos de justiça alternativa devem manter as partes envolvidas em uma mediação informadas de que não podem concluir acordos que comportem medidas mais severas que as prescritas na lei (idem, p. 178). Essa construção, simples e efetiva, preserva o princípio da legalidade naquilo que realmente importa para os cidadãos e para o núcleo do Estado Democrático de Direito.

Contudo, haverá resistências em abrir mão do hábito de punir. Em geral, resistências enraizadas na racionalidade penal moderna (ver tópico 3.2).

Para Ferrajoli (1997, p. 89), o principal axioma do sistema penal é o princípio da retributividade ou da conseqüenciabilidade da pena ao crime, expresso numa fórmula negativa, que estabelece a pena como negação do crime, e noutra positiva, que prevê a pena como implicação do crime. Ferrajoli elabora diversos teoremas que culminam naquele básico de que a pena é uma implicação da conjunção de todos os demais axiomas garantistas. Em suma, o sistema garantista tem seu ponto de convergência na pena e, como se funda na certeza e na previsibilidade, impõe que sempre que presentes os pressupostos formais, sobrevenha, a pena. Do contrário, nega-se sua almejada racionalidade.

Porém, a certeza preconizada como forma de oposição ao recrudescimento repressivo, remete, sempre, ao pensamento antigo de Beccaria: “Um dos maiores freios dos crimes não é a crueldade das penas, porém, a sua infalibilidade (...) A certeza de um castigo, ainda que moderado, despertará sempre uma impressão maior, do que o receio de outro mais cruel”; assim como Lardizabal, considerado o “Beccaria espanhol”: “*no es ciertamente la crueldade de las penas el mayor freno para contener los delitos, sino la infalibilidad de ella*”.

Esse raciocínio circular (crime/pena), engendrou uma “formidável ilusão de *necessidade e identidade* quanto à natureza dessa associação”, conforme a tese de Pires (2004a, p. 43), o que se manifesta em dois aspectos problemáticos. Em primeiro lugar, supõe que as normas de comportamento e sanção são igualmente obrigatórias, “quando na verdade é possível conceber a norma de comportamento (“não matar”) como a única realmente imprescindível”, e em segundo lugar, “estabiliza-se a suposição de que a sanção que afirma a norma no direito penal dever ser estritamente negativa” (idem). E o caráter problemático dessas associações verifica-se na dificuldade de pensar o crime e o sistema penal sem aplicar a esse objetos aquelas categorias de pensamento consolidadas pela racionalidade penal moderna, a qual, seguindo a construção de Pires, acaba por constituir um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e a quaisquer inovações na maneira de lidar com o problema do crime (idem, p. 44).

Pires observa que um dos resultados concretos dessa visão construída ao redor da associação crime/pena é que o sistema penal projeta um “auto-retrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime” (idem), que justifica as práticas de expiação e inflição de sofrimento como único modo de agir e, por fim, legitima-as como uma atitude devida em razão do regime de estrita legalidade, como se o princípio permitisse distinguir o *humano* da *justiça* (idem, p. 46): ser justo não tem mais relação com ser humano e sim com o cumprimento de um mandamento legal, neutro e destacado da realidade: a punição aflitiva e, se possível, sempre severa. Nessa perspectiva, o princípio da legalidade é invertido em seu significado e presta-se, apenas, para legitimar a justiça penal como sistema que pensa e age em completo isolamento a outros sistemas de controle social. O princípio de proteção converte-se em justificativa para vulnerar o protegido (!), pois sequer tem utilidade para conter o aumento das possibilidades jurídicas do poder de punir.

Contudo, o desenvolvimento da atividade de mediação demonstra ser perfeitamente admissível, no plano de uma nova racionalidade, romper com a certeza da pena, sem atingir os direitos fundamentais do homem. Mas, isso ainda criaria algumas incongruências aparentes: retirando a sanção da norma jurídico-penal, o que restaria de diferente entre esta e outras normas jurídicas, morais ou sociais? É possível pensar em alguma norma jurídica sem um correspondente instrumento coativo? A sanção, portanto, não é elemento essencial à coatividade do direito?

Em primeiro lugar, a mediação não elimina a possibilidade abstrata de pena, apenas altera a estrutura consagrada da tutela penal: A ? B, onde A é a infração à norma (crime) e B a sanção (pena aflictiva). A perspectiva da mediação poderia, então, ser esquematizada assim: A ? B1 | B2, ou seja, se A, surge a opção de B1 e, se não B1, B2 (onde B1 é a mediação e B2 a punição). Percebe-se que a ameaça hipotética de pena mantém-se intacta, uma vez que se as partes não aceitam participar da mediação ou não chegam a uma solução consensual, o caso é reencaaminhado para o sistema formal.

Em segundo, há dois fatores importantes a sublinhar: (i) a decisão voluntária em participar da mediação não está livre da ameaça de pena, ao ponto de alguns autores questionarem os limites reais dessa voluntariedade, sempre condicionada à consciência do ofensor de que a não participação o remeterá para uma situação de exposição à possibilidade de pena. Wemmers e Canuto (2002) relacionaram pesquisas em que mesmo algumas vítimas justificaram sua opção pela mediação por temer uma punição exacerbada ao ofensor ou mesmo por achar que ele não merecia uma pena e (ii) no esquema esboçado, a prática do crime continua resultando na possibilidade de pena, de uma imposição coativa do direito, a qual, apenas, é precedida de mais uma etapa à verificação de sua necessidade. A mediação, logo, é mais uma comporta de contenção das águas do poder punitivo, lembrando a figura utilizada por Zaffaroni para ilustrar a teleologia redutora.

Por último, a filosofia do direito reconhece a possibilidade de a norma existir e cumprir seu papel, sem estar acoplada à uma sanção, conforme a lição de Miguel Reale:

Grande mérito de Thomasius foi ter reconhecido que o Direito pode estar unido à coação, mas que não está necessariamente unido a ela. Thomasius viu – e, a nosso ver, viu muito bem – que o Direito não se realiza sempre pela força, porquanto é necessário admitir-se a sua realização espontânea, graças a motivos ditados

pelos interesses dos obrigados. A coação sobrevém quando falha o cumprimento espontâneo; o recurso à força é uma segunda instância, um elemento extrínseco ou exterior à regra jurídica, e não um de seus ingredientes essenciais. Para Thomasius, em suma, a coação é um elemento virtual da juridicidade, podendo existir ou não (...) (1994, p. 655).

Assim, respondendo às incongruências aparentes, ainda com base no pensamento de Reale (1994, p. 656), há uma diferença entre atualização e virtualidade da coação, entre coação *in acto* e coação *in potentia*, entre coercitividade e coercibilidade do Direito. O que poderia desfigurar o direito penal seria retirar-lhe a coercibilidade, a qual, entretanto, mantém-se intocada com a mediação.

A certeza da pena, ou seja a coercitividade imperativa, mesmo que dentro de um plano suposto de moderação (promessa reiterada desde Beccaria, mas nunca cumprida), não resolve o antigo problema da pena, senão cria um novo, ao encapsular a racionalidade penal dentro da necessidade de punir, infalivelmente. Tal leitura acaba por torná-lo, ao invés de um avanço, um obstáculo à construção de um novo modo de pensar o penal. Em outro estudo, Pires denuncia que dessa leitura resultam discursos marcados por certas concepções que

agem como sistemas de pensamento que nos impedem de sair de uma certa rotina e de um certo espaço fechado que nós mesmos construímos e que agora nos sufocam (1999, p. 65).

A racionalidade penal moderna fecha-se na preocupação de repensar apenas “quanto e como punir”, desprezando a pesquisa de “quando punir” e, principalmente “*quando não punir*”, o que, somado à idéia fixa do sistema fechado de previsibilidade e certeza, desemboca numa única alternativa: punir (prioritariamente com a pena de prisão).

A flexibilização pretendida se dá na direção de permitir maior grau de deliberação e participação da comunidade na administração de um poder que, enfim, dela emana, conforme nossa Constituição (art. 1º, parágrafo único). Preservando-se a reserva legal como (i) princípio delimitador da reação penal e dos termos do consenso estabelecido e (ii) transmissor da *mensagem normativa* contida no preceito e sobre a qual se fundará a atividade comunicativa de conhecimento (mediação). Na prática, a flexibilização tende a permitir uma amplitude da dimensão humana do direito penal, usualmente sufocada pelo determinismo legal

“*crime = pena*”. Na expressão de Ricardo Andreucci (1989, p. 61), “a lei deve ser reconstruída em relação ao caso concreto, conforme os valores que surgem do conteúdo de seu preceitos gerais e abstratos”, pois

o inacabamento das leis proporciona um nascimento do direito, existindo uma eterna mediação entre elas e a concretização dos fatos (*idem*).

A pena, atualmente, é o único destino certo e previsível da intervenção penal. Daí a perplexidade de Pires (1999, p. 66), que indaga: o que aconteceria com a esperança de nos libertarmos se todas as soluções imaginadas sempre levam apenas à mesma coisa?

A resposta remete, necessariamente, à revisão do conteúdo semântico do *ius puniendi*, ou seja, é necessário repensar qual a extensão do mandato conferido pela comunidade ao soberano para exercitar o poder punitivo.

4.2.2. Revisão do conteúdo semântico do direito de punir

A aceitação de um sistema “dos delitos sem penas”, passa pela revisão do conteúdo semântico do direito de punir, entendendo-o como direito-faculdade e não como direito-dever.

Zaffaroni (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2001, p. 356 e seguintes), ao elaborar a sistemática funcional redutora da teoria do delito, não aborda diretamente a proposta deste tópico, que é tratada mais diretamente por Álvaro Pires, mas fornece colaborações dogmáticas importantes a essa revisão. Como a prática de um delito é pressuposto básico para ativação dos mecanismos penais, Zaffaroni afirma que essa ação delitiva serve para habilitar o requerimento para que a agência judicial autorize o exercício de certa medida e forma do poder punitivo. O pressuposto delitivo significa que àquele requerimento “a agência punitiva tem a *possibilidade de responder (responsabilidade)* habilitando o exercício de poder punitivo no caso (o que importa a possibilidade de não habilitá-lo)” (*idem*, p. 373).

Da obra de Zaffaroni, deduz-se com segurança que o exercício do poder punitivo é uma *possibilidade* que surge frente à notificação de um crime às agências judiciais; mas, assim como é possível habilitá-lo, dando início ao processo de formalização da chamada criminalização secundária, é *possível não habilitá-lo*, ante as mesmas condições fáticas. Ainda, o mais importante para a dogmática penal, é ampliar as

hipóteses de não-habilitação por meio da análise de pressupostos legais de exclusão e cancelamento da punibilidade (Idem, p. 374).

Álvaro Pires, ainda dentro de sua crítica à formação da racionalidade penal moderna, é mais incisivo e fala em *direito-faculdade de punir* (2004a, p. 44), pois, estendendo aquela associação crime-pena, como um resultado previsivelmente lógico, a racionalidade penal moderna

fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. Com efeito, a fundamentação do direito de punir sofreu uma metamorfose durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas afluivas eram concedidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário (idem).

Mas o pensamento moderno vai patrocinar uma transformação cultural, sob o objetivo de limitar uma autorização de punir então ilimitada, constitui-se a noção da obrigação de punir limitadamente.

A revisão aqui proposta é, justamente, retomar a idéia de autorização de punir, sem abrir mão da limitação, compreendendo, então, o *ius puniendi* como uma autorização limitada. Voltando à construção de Zaffaroni, se a prática do crime é um pressuposto que torna o ofensor apto à pena, isso não quer dizer que essa aptidão implica obrigação, pois “essa aptidão configura antes uma *condição* do que uma obrigação”.¹⁰ Nesse sentido, Pires faz uma leitura de Grotius que, no começo do século XVII, entendeu que “quando dizemos que a pena é ‘devida ao delinqüente’, estamos produzindo um deslocamento de sentido e fazendo um jogo de linguagem, pois passamos do crime ao delinqüente e da idéia de *dever seu nascimento* (condição) à idéia de *tornar-se um dever* (obrigação)” (idem). Isso permite concluir que, dizer que a pena é devida ao crime, significa, apenas, que a possibilidade de pena deve seu nascimento ao crime, sem qualquer sentido obrigacional nessa relação.

A tese de Pires confere ampla validade às reações penais não punitivas:

O *direito-faculdade* de punir exige que o indivíduo esteja em situação de poder receber a punição, mas assim como na recompensa

¹⁰ O raciocínio é extraído do pensamento de Grotius, citado por Pires (2004a).

isso não significa que ela seja devida no sentido próprio de uma obrigação. Dessa forma, a obrigação de obedecer à norma de comportamento não está vinculada a uma obrigação de infligir sanção, e menos ainda uma sanção aflitiva, já que há outras maneiras de afirmar a norma (2004a, p. 45).

O perdão judicial é instituto que está na Parte Geral do Código Penal (artigo 120), cuja existência comprova que o *ius puniendi* é um direito-faculdade, uma autorização limitada do povo para o soberano, cuja limitação de uso, portanto, pode ser decidida a partir de deliberações (regradas) dos outorgantes do poder, mantidos os limites sobre os quais não é possível negociar, dada a gravidade da situação para a comunidade. O total desprestígio do instituto na Parte Especial e a indiferença com que a jurisprudência o trata, mesmo sob a perspectiva da criação judicial, revelam, justamente, a deturpação promovida pela racionalidade penal, que transformou aquela autorização em mandato imperativo e indiscutível para punir, daí o termo muito utilizado na doutrina pátria *poder-dever*.

A utilização maior do perdão judicial permitiria um novo horizonte ético para a justiça penal e, também, poderia ser uma das pontes entre os modelos punitivos e restaurativos (GEHM, 1992, p. 548), indicando a possibilidade de convivência de ambos, mas não de sobreposição.

Além dessa função reorganizadora da compreensão técnico-jurídica sobre o direito de punir, condicionada pelo hábito de punir, o perdão judicial forneceria amplas possibilidades de lidar mais construtivamente com os sentimentos de vingança e com a atitude hostil canalizados pelo processo penal, sem que isso diminuísse a importância ou a seriedade da ofensa, abrindo, apenas, mais uma forma de encará-la e, principalmente, superá-la.

Considerando, ainda, que o poder punitivo é exercido de forma seletiva e desigual, é possível afirmar que o direito de punir deve ser compreendido como uma autorização regulada e sem caráter obrigatório, para o uso de um poder emanado do povo e outorgado ao soberano. Nesse panorama, a prática do crime é apenas uma condição para exercício desse poder, não um comando imperativo. Basta lembrar do termo “mediação delegada”, utilizado na França (capítulo 2), para notar que a pretensão da mediação é pequena: em um número limitado de situações, o soberano poderia delegar a habilitação do poder punitivo a uma decisão daqueles que outorgam esse poder.

O crime, assim, é uma sinalização para colocar em pauta uma série de decisões de movimentação dos mecanismos penais, mas não uma ordem para o seu exercício em grau máximo (processo e pena). Dentre essas decisões habilitadoras do poder punitivo, podem e devem incluir-se reações não punitivas que, satisfazendo as necessidades de restabelecimento da paz jurídica e atendimento das reivindicações legítimas da vítima, resultariam na exclusão da punibilidade.

4.3. Prolongamento e positivação do princípio da *ultima ratio*

Se é verdade que o princípio da *ultima ratio* já está consagrado como fundamental na doutrina, uma análise mais atenta constata que tem sido “freqüentemente reduzido à função política do legislador”, fazendo com que os tribunais e o saber jurídico não se vinculem com esse princípio de realização da justiça (PIRES, 2004a). A atividade de mediação tende a fazer com que a pena assuma caráter subsidiário efetivo frente à reparação-conciliação, estendendo o princípio ao âmbito da decisão do caso concreto, assim: “a máxima de *ultima ratio* se projetaria mais além do campo de limitação do *ius puniendi* para o legislador e afetaria também a decisão jurisdicional sobre a resposta ao delito” (SANZBERRO, 1999, p. 222).

Analizando a relação entre reparação e fins da pena, Claus Roxin afirma que com tal perspectiva o princípio de subsidiariedade se prolonga, desde a sanção do preceito penal até o caso individual, pois, “a necessidade de ameaça penal abstrata não sustenta imposição de pena alguma em cada caso particular” (1992, p. 152). Esse prolongamento viabiliza a reorganização da idéia de subsidiariedade, compreendida, então, como interação funcional e complementar entre o direito penal e os demais ramos do direito, o que decorreria, principalmente, do caráter obrigacional (e não penal) dos acordos e prestações viabilizados pela mediação e excludentes da esfera penal. Parece correto falar em reorganização, pois a subsidiariedade do direito penal vem sendo entendida como a separação radical entre o penal e o direito, empobrecendo, consideravelmente, as possibilidades de lidar com a complexidade da questão criminal na atualidade.

Essa reorganização da subsidiariedade do direito penal é uma necessidade que não visa somente à mitigação da repressão penal sobre o ofensor, conforme observa Dias Neto (2005, p. 1004), também se referindo ao pensamento de Pires:

a expectativa é que, nesta dinâmica de interação com outros campos de intervenção, o sistema penal possa ainda transformar-se internamente, revendo suas premissas, estruturas e práticas para emancipar-se de sua natureza estritamente punitiva e ampliar o seu leque de respostas, tendo em vista a natureza heterogênea dos problemas e a necessidade de integrar a resposta penal aos enfoques, métodos e objetivos de outros instrumentos de proteção de direitos.

Isso possibilita que a efetivação do princípio da *ultima ratio* não sirva somente como providência deflativa (necessária); mais do que isso, é um passo vital para a reorganização da matéria penal. Também pode representar a via de acesso para a reconstrução do processo de regulação social, permitindo a integração mediação/punição, como forma de reservar a esta um espaço verdadeiramente último, subsidiário, residual e extremo, a ser verificado sempre em face do caso concreto e de exigências reais de coerção e, eventualmente, segregação.

Enfim, trata-se de providência que amplia a discussão referente aos limites da tutela penal, até o momento restrita à doutrina, forçando que os operadores pensem, em cada caso, a definição de quais situações são realmente dignas e carentes desta tutela máxima.¹¹ A criação de um espaço distinto, em relação de complementaridade funcional e constante tensão com a justiça formal, forçará aos operadores analisarem o aspecto da *ultima ratio* na prática, por meio das decisões de envio do caso à mediação e recepção do seu resultado.

Nos casos em que o resultado da mediação contribua para o restabelecimento da paz jurídica, a *ultima ratio* deve ser concebida como princípio limitador, do qual se infere os critérios de carência e necessidade da tutela penal, viabilizando o seu afastamento de forma legítima e regulada, uma vez que incumbirá ao juiz essa verificação pós-mediação.

4.4. Reformulação da idéia de prevenção

A reformulação da idéia de prevenção, esboçada como mais uma etapa metodológica importante para o melhor posicionamento da

¹¹ Figueiredo Dias e Costa Andrade (*Criminologia*, pp. 405 e ss.), apoiados em diversos outros doutrinadores, afirmam que os parâmetros de legitimidade da intervenção do Direito Penal balizam-se pelos conceitos de, num primeiro momento, **dignidade penal**, a qual só assume condutas que lesem bens jurídicos e sejam socialmente danosas e num segundo momento, **carência de tutela**, correspondente ao princípio da subsidiariedade, do Direito Penal como *ultima ratio* de controle social.

mediação no âmbito penal, pode ser considerada em duas vertentes: (i) reformulação teórica da prevenção geral positiva e (ii) construção da nova prevenção geral. Ambas, sem dúvida, partem da negação do caráter preventivo da pena, expressa no alerta de Günther Jakobs (2003): *é preciso acabar com a ilusão que se previne delitos por meio do direito penal*.¹²

Todas as teorias preventivas resumem-se em *reeducação, dissuasão ou denúncia*. Sem maiores digressões, a prática já tratou de desmentir toda eventual potencialidade reeducativa ou dissuasória da pena, o que se verifica pelos índices de reincidência e pelas taxas crescentes de criminalidade. Tivesse o direito penal qualquer capacidade de prevenir crimes pela reinserção do condenado ou pela dissuasão da generalidade dos cidadãos, algum efeito prático já teria sido notado, uma vez que todas as formas de reforço qualitativo e quantitativo das penas têm sido implementadas há tempos. Em suma, as prisões estão lotadas e lotando-se cada vez mais, sem que isso tenha abatido a criminalidade.

Quanto à denúncia, é uma idéia válida, mas perigosa pois, disfarçadamente, remete a tempos de barbárie, do espetáculo penal, da liturgia punitiva como forma de denunciar à comunidade que tal crime foi julgado e punido. Em suma, a denúncia contém a inaceitável idéia de exemplaridade do castigo. O terror penal moderno não ocorre nos patíbulo, mas pode ser veiculado pela mídia, mesmo que, de maneira subliminar, o horror das execuções públicas tenha sido substituído pelas detenções transmitidas ao vivo em rede nacional, pessoas algemadas, etc. Punir alguém para dar exemplo à sociedade é algo que viola profundamente a noção de direitos humanos e transforma o homem em objeto. É inadmissível toda punição não fundada na culpa pessoal do condenado e não dirigida exclusivamente a ela. Porém, a finalidade de prevenção como denúncia pode ser aceita dentro de um outro espaço, no qual esse reforço comunicativo não ocorra por meio do castigo do indivíduo.

George H. Mead (1997), em estudo sobre a psicologia da justiça punitiva já mencionado, demonstrou que existe uma relação quantitativa difícil entre a severidade da pena e o temor que inspira, cujo fracasso da lei penal em reduzir a criminalidade permite inferir com segu-

12 Segundo Jakobs “não existe prova da existência de um efeito preventivo-individual da pena” e “as condições de efetividade preventivo-geral são igualmente, em grande medida, desconhecidas” (2003, p. 4).

rança. Adicionando outra hipótese, que afasta a ilusão de que o castigo possa resultar em prevenção: “não temos sentido da responsabilidade sem um reconhecimento emocional dos deveres que entram na nossa posição dentro da comunidade”. Pode-se entender a lição de Mead sublinhando que, no campo de batalha que é a justiça penal, não há espaço para o reconhecimento das responsabilidades recíprocas de cidadania, as quais precisam de um ambiente comunicativo livre e aberto à veiculação de emoções, para ser transmitido com alguma eficiência.

A reformulação da idéia de prevenção, nesse primeiro aspecto, então, parte da incorporação do marco teórico já definido no campo da chamada prevenção geral positiva ou integradora, a qual pode ser esboçada desde a formulação de Jakobs: a função preventiva reside na manutenção da configuração normativa da sociedade, ou seja, a resposta penal age como confirmação da realidade das normas (idem, p. 8). Assim, não se previne a prática de um crime e sim a erosão daquela configuração normativa. Essa formulação, em certa medida, remete a Welzel (1997, pp. 2-8), para quem o fim do direito penal seria a formação de um juízo ético-social, o fortalecimento da “fidelidade jurídica”.

Partindo desse marco teórico, adiciona-se um conceito realista de pena, o qual não reconhece qualquer função positiva ou preventiva, denominado por Zaffaroni e Batista como teoria agnóstica da pena (2003, p. 99), construída levando em consideração que

*a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.*¹³

A adição desse conceito parece imprescindível, para evitar o tendencial autoritarismo contido na formulação de Jakobs, que permitiria deduzir que a coerção penal é necessária para evitar o caos na sociedade, a

¹³ Negar tal conceito seria negar o óbvio, consoante argumento exposto em trabalho anterior “Notável a idéia de imposição e de força do vocábulo pena. Não há como separar as noções de pena e aflição (principalmente sob o enfoque jurídico-criminal)”. “Penar”, nos léxicos, equivale a sofrer, afligir, padecer, desgostar, sentir ou causar dor, assim como o próprio vocábulo “pena” traduz-se em “profundo sentimento, aflição”. Em quaisquer das acepções ligadas aos sentimentos do ser humano, pena é sofrimento ou, curiosamente, compadecimento com aquele que sofre. Mesmo no vocabulário jurídico, pena, “em sentido amplo e geral, significa qualquer espécie de imposição de castigo, de aflição, a que se submete a pessoa por qualquer espécie de falta cometida” (SICA, 2002).

anomalia, entendida como o total desrespeito às normas, abrindo as portas para aquilo que o próprio autor chama de direito penal do inimigo.

Por tudo o quanto foi exposto, fica evidente que não se reconhece a punição como meio idôneo e legítimo para atingir a prevenção geral dissuasória; contudo, não há como ignorar as demandas crescentes de controle e estabilização das expectativas normativas geradas a partir daquele núcleo que Jakobs tentou preservar por meio da pena. Aqui, tentaremos demonstrar que pode ser preservado pela atividade de mediação.

Retomando minhas premissas, a prevenção deve ser reformulada na direção de reações penais que *ofereçam condições estruturais e modelos comportamentais* para o desenvolvimento pacífico da vida comunitária e para a ampliação dos espaços de consenso ao redor do ordenamento jurídico. Fixado esse norte e reconhecendo o conceito de pena de Zaffaroni e Batista, assim como as necessidades preventivas sublinhadas por Jakobs e Welzel, a atividade de mediação pode ser concebida com a finalidade de orientação de condutas e reforço da mensagem normativa contida nos preceitos penais (o que pode ser realçado num ambiente em que a sanção, a ameaça de pena, não obscureça a discussão sobre o valor protegido pela criminalização daquela conduta).

Repetindo o conceito da Mannozi, a confirmação das normas não requer somente sanção, sobretudo nas sociedades complexas, requer, sobretudo, uma nova ética de comunicação acerca do conteúdo da norma (2003, p. 349). Se, a ameaça de punição é também um meio de expressar que certa ação é reprovável e o suposto efeito de prevenção geral funciona através da internalização das normas (SCHÜNEMANN, 2000, p. 34), há que se reconhecer que a pena não pode alcançar nenhum desses efeitos, pois sua imposição não se funda (e não deve fundar-se), numa atividade dialética que permita aos envolvidos adquirir um conhecimento acerca da relação entre aquela situação específica que os envolve e o ordenamento jurídico. O conhecimento que a atividade voltada à pena (processo penal) permite, restringe-se à ameaça do castigo cominado abstratamente, o que, conforme Jakobs, não tem qualquer efeito preventivo comprovado.

Ao contrário, a justiça restaurativa pretende atribuir significado político-criminal próprio à reparação-conciliação, fazendo com que possa agir como fator de estabilização social, por meio daquela atividade comunicativa de conhecimento e interpretação das expectativas recíprocas de comportamento (mediação). Por isso, analisando as experiências existentes, Ceretti e Mannozi (2000), ponderam que

há condições para que o modelo restaurativo possa funcionar como dissuasório – talvez contribuindo, em longo prazo, para reforçar os standards morais coletivos – e que a prática e os êxitos da reparação venham comunicados à coletividade com suficiente persuasão, de modo a contrastar eficazmente com as crescentes e irracionais demandas de prevenção geral.

Nessa reformulação, a prevenção geral vislumbra-se pelo seu aspecto comunicativo, reconhecido pela doutrina penal, mas limitado à ameaça do castigo. A proposta é colocar a prevenção geral num plano mais construtivo e realista de estabilização das expectativas geradas pelas mensagens normativas. A tarefa de reforçar e internalizar a configuração normativa da sociedade pressupõe a possibilidade de compreender a mensagem (o que, como exposto no tópico 1.4.3, é inviabilizado pelo déficit comunicativo patrocinado pela justiça penal). E a concordância com as normas, por sua vez, pressupõe a liberdade de discordar, de discutir seus reflexos a partir do marco do conflito, que sempre abre a oportunidade para a mediação entre a comunidade e o sistema normativo e a estabilização de um consenso real, pois negociado, aceitável e livre da coerção penal.

4.4.1. Nova prevenção geral: o “exemplo do soberano”

A *nova prevenção geral*, idéia aqui elaborada, rompe com o marco teórico exposto acima, buscando uma orientação distinta, a partir da noção de *prevenção de associação*, assim sintetizada: a estabilização do discurso jurídico-penal e sua legitimidade passam pelo respeito real e pleno, por parte do Estado, às regras estabelecidas e impostas aos cidadãos (MOCCIA, 1997b, p. 210). Utilizando a construção de Lon Fuller, sobre a qual trabalha Oscar Vilhena Vieira (2001), a nova prevenção geral parte de três aspectos da eficácia do direito: *normatividade, coerção e reciprocidade*, sublinhando especificamente este último, que consiste na congruência entre as leis estabelecidas, o comportamento dos indivíduos e a atuação dos agentes estatais.

A racionalidade penal moderna reduziu a possibilidade de eficácia do direito penal aos dois primeiros aspectos (normatividade e coerção), sendo a pena o único instrumento para manter a coercibilidade. O que Vieira demonstra é que há um horizonte mais amplo para a eficácia do direito, pois o respeito às normas

está relacionado, assim, com uma série de variáveis jurídicas e não jurídicas, como a existência de regras gerais claras, bem definidas e razoavelmente justas (nos sentidos normativo e/ou procedimental); a existência de sanções e incentivos que estimulem a ação em conformidade com tais regras gerais; a monopolização dos meios de coerção nas mãos de um autoridade legítima; a congruência entre a ação destas autoridades e aquilo que foi determinado pelas leis; assim como a existência de uma sociedade formada a partir de relações voluntárias e recíprocas, que propiciem a generalização das expectativas de respeito recíproco pelos direitos dos outros (2001, p. 77).

Estabelecido o monopólio público dos meios de coerção, o qual, repita-se sempre, a mediação não pretende revogar ou mitigar, é necessário que as agências judiciais os utilizem em atenção a um princípio de reciprocidade, entendido, de maneira simples, como não agir de forma contrária às finalidades públicas que legitimam sua atuação. A necessidade de reciprocidade aprofunda-se ante a notória insuficiência das etapas de normatividade e coerção, fenômeno que Ceretti denomina de “crise da visão *legicentrica* do direito” (2000), derivada de vários fatores:

numa sociedade em que se permitem grandes hierarquias e desequilíbrios entre os cidadãos, dificilmente se alcançará a reciprocidade e, conseqüentemente, também será difícil que o direito sirva como instrumento de organização e pacificação social (VIEIRA, 2001, p. 82).

Essa perspectiva de insuficiência e esgotamento das possibilidades do direito escrito e formal, realça a potencialidade preventiva da mediação que, por muitos, é classificada como *meta-direito* (MANNOZZI, 2003, p. 18; CERETTI, 2000), representante do *núcleo liberal* do sistema de justiça, capaz de proporcionar uma “ordem negociada”, ao invés de uma “ordem imposta” (CERETTI, 2000), cuja consecução tem se mostrado mais difícil.

O desequilíbrio social apontado por Vieira, reproduz-se dentro de um sistema de justiça decisório, verticalizante e fechado à comunicação das expectativas dos cidadãos, resultando num “Estado violento e arbitrário com os excluídos moralmente; e um Estado doce e cordial como os privilegiados” (idem, p. 83). Ante essa realidade, a mediação volta-se para a busca da eficácia do direito naqueles últimos aspectos,

em geral esquecidos: a congruência e a construção do processo de regulação social a partir de relações voluntárias e recíprocas.

Congruência, que é a idéia central para posicionar a reciprocidade como substrato para a nova prevenção geral, a qual se remeterá à exemplaridade, mas entendida de outra forma. A exemplaridade extrai-se dos *modelos de comportamento* oferecidos pelos agentes incumbidos de exercer o monopólio da coerção. Logo, o que se requer é congruência entre as leis e atuação dos agentes estatais incumbidos de aplicá-la. Neste sentido, Vieira constata uma incongruência epidêmica no Brasil, que inclui o uso abusivo do poder punitivo, manifesto pelo desrespeito sistemático aos direitos humanos dentro da esfera da justiça penal, pela violação da integridade física, do devido processo legal e da liberdade de locomoção, como métodos perversos de “pacificação” social (idem, p. 87).

A incongruência representa-se, metaforicamente, pela imagem bélica do direito penal (ver tópico 3.3), que se apresenta como instrumento de manutenção da paz, mas propõe-se fazê-lo por meio de batalhas. Se a justiça penal tem a pretensão de conter a violência, e seu pressuposto de intervenção é justamente reprovar atos violentos praticados pelos cidadãos, esta não pode aceitar e muito menos abrigar práticas violentas. Daí a incongruência manifesta: o mesmo sistema de justiça que se move com a finalidade pública de interdição da violência entre os cidadãos, o faz lançando mão de um vasto arsenal de práticas violentas, manifestas (como a pena, a prisão) ou latentes (como a convivência com a violência policial, a atitude hostil durante audiências e julgamentos, as cerimônias degradantes, etc.).

A maior dificuldade para sustentar a nova prevenção geral a partir da exigência de congruência está no fato de que a violência disseminada pela justiça, em geral, não é percebida, ou é aceita, uma vez que tem uma clientela básica selecionada, que está distante daquela que possui o poder de influir na formulação e na aplicação das leis (talvez isso justifique algumas resistências à mediação: aqueles que têm a possibilidade de negociar seus direitos e interesses no momento de elaboração das leis ou mantêm o poder de negociar decisivamente à sua aplicação – é o problema do acesso à justiça – não precisam de novas formas de negociação das leis mais inclusivas e acessíveis). Pires (1999) ressalta a perplexidade ante uma sociedade que não enxerga a violência institucional como uma forma de violência e mantém a crença de que “modos violentos de resolução dos conflitos são o apanágio exclusivo do mundo privado; que a partir do momento em que se penetra na esfera sagrada do

público, do oficial, entra-se no melhor dos mundos”, onde a violência cederia lugar ao justo, devido e legal

É que a violência organizada e visível é paradoxalmente mais difícil de ver, e cria ainda mais costume porque se instala na surdina em resposta a reivindicações irrepreensíveis e nobres. Na verdade, esquecemos bastante rapidamente que o recurso ao direito penal (e especialmente à prisão) em um número ainda muito elevado de casos não é um meio livre de toda a violência. Ao contrário, o próprio sistema penal cria uma parte do problema e a violência que ele produz passa muitas vezes despercebida ou é escamoteada pelos motivos nobres que invocamos para seu emprego.

A racionalidade que justificou o monopólio da violência legítima, hoje, se demonstra insuficiente para, por si só, justificar a manutenção do atual modelo de justiça. Aquela racionalização do mundo a partir da razão iluminista não produziu a decomposição da violência, pelo contrário, trouxe a sua incorporação e regulação no sistema de direito e da política. Essa dimensão política da concentração da violência dentro de um mecanismo institucional, além de bloquear qualquer possibilidade de prevenção criminal, vai resultar no problema maior, discutido no capítulo 5, que é a disjunção da democracia brasileira por meio da atuação do sistema de justiça (CALDEIRA, 2000).

A resistência em reconhecer o caráter violento da justiça penal (como sistema promotor e abrigador da violência), passa por uma cultura jurídica narcisista e pouco afeita à auto-crítica e desemboca numa atitude generalizada de recusa da realidade, possivelmente porque a realidade é tão desagradável que é melhor não confrontá-la. A atitude do motorista que fecha a janela de seu carro para evitar o contato com a criança abandonada que pede esmola numa esquina é semelhante à atitude dos operadores da justiça penal, que ignoram que estão manipulando um instrumento de imposição de dor e sofrimento, que estão funcionando como gerentes de um sistema de castigos calculados.

O magistrado Antoine Garapon, manifesta que é surpreendente “ver em um palácio de justiça tanta representação violenta”, mesmo que em forma simbolizada, “*eufemizzata*” (1997, p. 174). O autor tem absoluta razão ao afirmar que a violência não é removida pela atividade dos tribunais, mas, ao contrário, é mostrada e sublimada (exaltada), por meio de representações que liberam nossa agressividade, “oferecendo um espetáculo terrificante, mas liberatório, da violência”, confir-

mado pela afinidade do processo com o sacrifício, como afirmou René Girard em sua obra *Violence and the sacred* (1977).

Diversos são os exemplos da atitude hostil e da reprodução da violência canalizada dentro dos órgãos da justiça penal que podem ser extraídos do cotidiano dos fóruns. Exemplos banais são vistos no maior fórum criminal do país (Fórum Central de São Paulo), onde há uma orientação expressa da direção obrigando os réus a caminhar de cabeça baixa pelos corredores, não sendo incomum serem duramente repreendidos pelos juízes por não o fazer; onde os réus são obrigados a assinar os termos de audiência algemados e não podem receber sequer uma lanche de seus defensores; onde as vítimas são duramente pressionadas quando não confirmam os fatos da denúncia e, não raras vezes, são ameaçadas com as penas do perjúrio; etc. Uma outra conduta rotineira nesse mesmo fórum, oferece uma boa dimensão de como a violência se propaga de maneira quase subliminar: praticamente em todas as trinta varas, há uma regra de aplicação automática do art. 217 do Código de Processo Penal:¹⁴ o réu sempre é retirado da sala de audiência quando da oitiva da vítima, independentemente de qualquer manifestação de vontade dela nesse sentido ou da ocorrência de qualquer fato que justifique a segregação e o distanciamento; ou seja, os juízes, autoritariamente, pressupõem que todo o contato entre réu e vítima é prejudicial, que todo réu é ameaçador e toda vítima está apavorada. É a violência ritualizada, sublimada, a agressividade liberada e fomentada pelo próprio judiciário.

Além de exemplos mais “sutis” como esse, poderia ser arrolado um vasto conjunto de violências legais, tais como o uso excessivo e automático da prisão provisória e o não relaxamento de prisões em flagrante como regra, invertendo o sentido da presunção de inocência; a relutância dos tribunais em reconhecer o excesso de prazo; a resistência da jurisprudência em flexibilizar os mecanismos férreos e inconstitucionais da lei de crimes hediondos etc.

Assim, o dever de fidelidade e observância por parte do Estado aos direitos e garantias fundamentais, o respeito real e pleno às regras do jogo, também tem papel importante na harmonização da sociedade em torno do ordenamento jurídico, por meio da exemplaridade, idéia

¹⁴ Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

concebida de forma equivocada pelas doutrinas preventivas vigentes (“punir para dar o exemplo”) e que aqui se define da seguinte forma: quem responde sem violência, dá exemplo nesse sentido e vice-versa.

A conformidade das instituições e de suas ações com os princípios defendidos por elas próprias também tem efeito preventivo, pois, o desrespeito sistemático pode até justificar um direito de resistência no confronto com o “soberano infiel”, que é uma figura resgatada por Moccia (1997b, p. 238), e que pode significar desde o direito de desobediência civil ante a governos ditatoriais até a criação de subculturas e técnicas de neutralização das normas vigentes, ante à clara percepção de que o soberano não aplica aquelas normas de forma íntegra ou oferece modelos de comportamento incongruentes com a mensagem normativa (voltamos à questão da atitude violenta e da ordem imposta em oposição à solução pacífica dos conflitos e à ordem negociada).

Em síntese, o soberano deve dar o exemplo, regulando a abertura de espaços públicos de produção de consenso, de discussão dos conflitos e de sua solução sem recurso ao uso da força, direta ou ritualizada, pois ambas têm o efeito óbvio de “não prevenir” a violência, mas fomentá-la. O soberano que mantém o monopólio da violência legítima mais como um mandato de interdição para a ela recorrer, passa o exemplo de que a violência, de fato, não é um meio legítimo de regulação social ou, mais do que isso, oferece modelos de comportamento capazes de garantir a estabilidade das relações sociais dentro de padrões que atendam as necessidades de paz e segurança da coletividade.

Mais do que uma retórica pacifista vazia, o exemplo da não-violência propagado pela atividade da mediação, já tem mostrado potencialidade preventiva, conforme atesta Haley (1992, p. 117), com base em pesquisas sobre reincidência que indicam que o tratamento mais leniente (menos violento) das autoridades diminui efetivamente a probabilidade de um ofensor cometer novos crimes e, por conseqüência, a queda dessas taxas resulta na diminuição dos clamores punitivos na sociedade e uma sensação concreta de segurança, abrindo possibilidades para as abordagens restaurativas, que, enfim, estão na raiz dessa abertura, serem implementadas com maior vigor. Em outra pesquisa, considerada referencial no assunto, Heather Strang (2001)¹⁵ auferiu dados otimistas no sentido de programas restaurativos contribuírem para a prevenção, especificamente de crimes violentos.

¹⁵ Acessível em <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>.

Capítulo 5

Fundamentos Principais da Mediação Penal

5.1. Ampliação dos espaços de participação e deliberação. 5.1.1. Democracia e justiça penal: o caráter disjuntivo da democracia brasileira. 5.1.2. A mediação como forma de assegurar a continuidade democrática. 5.2. (re)Construção do sistema de regulação social: oportunidade para novos modelos. 5.2.1. O modelo do “cruzamento Drachten”.

5.1. Ampliação dos espaços de participação e deliberação

A palavra democracia ou a expressão ampliação dos espaços democráticos podem ser usadas para justificar iniciativas e posturas das mais diversas¹ e são constantemente aplicadas de maneira indiscriminada e pouco criteriosa, pois, falar em democracia confere a qualquer discurso uma conotação simpática e mais aceitável. Ademais, defender a democratização, do que quer que seja, sempre dá a impressão de que se trata de uma defesa dos interesses de todos ou muitos em detrimento dos interesses de poucos, mesmo que não o seja. Por outro lado, como ser “contra a democracia” é algo impraticável, até as condutas mais autoritárias e arbitrárias abrigam-se, discursivamente, sob o termo. Logo, o passo inicial deste capítulo é esclarecer do que estamos falando, quando falamos em democracia.

Após essa definição, ainda restará investigar qual a relação entre democracia e justiça penal. Existe alguma relação? Deve-se atribuir à justiça penal o papel de assegurar a transição e a continuidade democrática? Isso não extrapolaria os limites de sua atuação e escopo, sobrecarregando de expectativas um sistema já hipertrofiado?

Aqui, vale lembrar uma das premissas deste estudo (ver tópico 1.1): artigos recentes apontam a existência de uma negligência recíproca entre o estudo dos temas democracia e punição, como se ambos estivessem situados em dimensões separadas e desconectadas (GREIFF, 2002; WILLIAMS, 2002).² Esse silêncio é surpreendente, por diversas

1 “A falta de exatidão com que se fala de democracia, ligada ao entusiasmo colossal que a democracia desperta no continente, constitui um dos desafios mais importantes para as ciências sociais” (Casanova, 2002, p. 167).

2 Pablo de Greiff constata que a teoria legal trabalha como se a punição estivesse colocada dentro de um vácuo político (2002, p. 374) e para Melissa S. Williams “o lugar da justiça criminal tem sido pouco estudado na teoria democrática recente” (2002, p. 451).

razões. Para Pablo de Greiff, surpreende porque a democracia deliberativa tem razões externas e internas para considerar a questão da punição, tais como as elevadas taxas de encarceramento e a tendência crescente da utilização de medidas penais como método para resolver uma variedade ampla de problemas sociais (2002, p. 374). Melissa S. Williams, por sua vez, lembra que o sistema de justiça criminal tem três funções: a definição do que é crime; a previsão do processo para determinar culpa ou inocência; a definição e imposição das respostas ao comportamento criminal, sendo que a definição do comportamento criminal pode, efetivamente, representar uma discriminação contra uma particular classe de pessoas, assim como as respostas punitivas podem ser aplicadas de forma diferenciada sobre os cidadãos (2002, p. 452). Essas impressões iniciais, já indicam que há afinidades não exploradas entre a democracia e a teoria penal (ou “teoria da punição” para Greiff). Afinidades, por exemplo, que afloram quando tentamos capturar o significado da punição e, mais ainda, a própria justificação dessa prática.

Seguindo a abordagem da democracia deliberativa, proposta por Greiff, esta vê a política como um meio de “resolução racional dos conflitos”, mais em termos de argumentação e comunicação, do que de barganha ou imposição, assim “a aceitação racional das leis pode ser estabelecida apenas sob condições de deliberação livre e aberta” (Idem, p. 377).³ Esse conceito de deliberação, inclui uma noção mais robusta de participação, pois, enquanto o liberalismo pensa na participação em termos mais limitados (somente durante as eleições ou para negociar interesses particulares, p. ex.), a democracia deliberativa requer um alto nível de engajamento, “cujo propósito é, em último nível, fazer o exercício de poder ser racional” (Idem, p. 378) (ao que acrescentamos não ser possível excluir daqui o exercício do poder punitivo). Democracia, nessa perspectiva, é um mecanismo que aumenta a probabilidade de obter decisões razoáveis também quanto à interpretação e aplicação da lei, segundo Greiff

permitir àqueles que são afetados pela norma participar das discussões nas quais a sua validade é determinada, pode incremen-

³ Segundo o autor, as deliberações, para serem democráticas, devem ser a) inclusivas e públicas; b) livres de qualquer coerção interna ou externa; c) deve ser possível deliberar sobre todos os interesses e desejos contidos no que está sendo deliberado e d) as deliberações visam acordos racionais e motivados (idem, p 381).

tar a possibilidade de que a decisão seja alcançada sobre a base de informações relevantes e mais acuradas (*idem*).

Participação e deliberação convergem para a “definição mínima de democracia” formulada por Bobbio, para quem um regime democrático caracteriza-se por (i) permitir a participação de um número muito elevado de membros do grupo nas decisões coletivas, identificando-se o processo de democratização com o alargamento progressivo desse número de indivíduos chamados a participar das decisões importantes para cada comunidade. Somam-se a essa primeira condição, duas outras: (ii) a existência de regras claras que regulam essas deliberações e (iii) a necessidade de que aqueles que sejam chamados a decidir sejam colocados diante de alternativas reais e tenham condição de deliberar entre uma ou outra (1986, pp. 19-20). Eleger os parlamentares que irão definir os crimes e as penas é, nessa perspectiva, uma forma ainda muito limitada de democratizar um assunto de evidente interesse coletivo: a gestão pública da questão criminal.

Noam Chomsky, um dos maiores críticos da democracia contemporânea, define de maneira simples e objetiva que “uma sociedade é democrática na medida em que seus cidadãos desempenham um papel significativo na gestão dos assuntos públicos. Se seu pensamento for controlado ou se suas opções forem drasticamente restringidas, é evidente que eles não estarão desempenhando um papel significativo: somente os controladores e os que forem servidos por eles o estarão fazendo” (2003, p. 19). Sendo a administração da justiça penal um assunto público (“público” entendido como aquilo que é referente ao povo e não ao Estado), deve-se, então, questionar qual o papel que os cidadãos desenvolvem na sua gestão. Por exemplo, quais as opções, que tem a vítima de um crime para elaborar a ofensa que sofreu e buscar a reparação? No que sua opinião pesa na solução do problema? Em que medida as justificativas oferecidas pelo ofensor interferem na decisão de um caso criminal, principalmente se não tiverem cunho técnico-jurídico? Para responder a tais perguntas, vale lembrar que numa hipótese de crime patrimonial em que, durante o processo, o réu resolva restituir a coisa ou reparar o dano, pedir desculpas e justificar-se e a vítima receba positivamente essas atitudes, tudo isso não terá qualquer significado para a justiça penal.

Logo, se tais indagações apontarem para uma participação significativa de ambos na gestão daquele assunto público, pode-se dizer que nossa sociedade é democrática, do contrário, ainda com Chomsky,

a participação representará apenas “meros gestos formais desprovidos de significado” (idem), tais como testemunhar sobre os fatos narrados na denúncia ou negar os termos da exordial acusatória. Os conceitos de Bobbio e Chomsky combinam-se para afirmar que a democracia pode definir-se pela manutenção e constante ampliação dos espaços de deliberação e participação no que se refere à decisão e/ou gestão dos assuntos públicos relevantes para a convivência comunitária.

Ainda, buscando aperfeiçoar o conceito, acrescenta-se a contribuição crítica de Pablo González Casanova, que desenvolveu inúmeros estudos sobre o tema e concluiu que “ao falar de democracia, é necessário incluir, pelo menos, cinco categorias: a repressão,⁴ a negociação, a representação, a participação e a mediação” (2002, p. 167), que formam um conjunto indispensável à sua análise completa. Ao elencar-se a repressão dentre as categorias imprescindíveis à compreensão do que é uma democracia, evidencia-se a imbricação entre esta e o direito penal, que, essencialmente, é uma forma de repressão legal. Quanto à representação (categoria à qual se limita a nossa democracia), Casanova lembra que sem a possibilidade efetiva de participação do povo, mesmo que seja na atuação dos representados, não haverá mais do que uma “sensação de representação”, a qual, então, pode se tornar real através das diversas formas de mediação que se desenvolvem no cotidiano de uma nação. Essas mediações são essenciais, pois contêm as formas de diálogo, negociação e conciliação que permitem ao povo afirmar sua liberdade, participando não só do sistema político-eleitoral, mas também do poder e das decisões do Estado.

No entanto, Casanova não limita-se à construção ideal de um conceito, o qual considera, como muitos outros, uma utopia, necessária e orientadora. Pelo contrário, faz uma profunda revisão crítica das democracias, em especial na América Latina, constatando que pouco avançaram no último século por uma razão primordial: as utopias democráticas não conseguiram alcançar seus objetivos pois foram incapazes de construir uma democracia includente (ou não excludente) (idem, p. 291). Assim, o postulado de construir uma democracia includente pode

4 “Por mais estranho que pareça, ao analisar qualquer democracia, é necessário se perguntar como anda a repressão, e não só a que se exerce fisicamente contra as pessoas com perseguições, prisões, desaparecimentos, crimes e massacres. Na análise de qualquer democracia, cabe ver o contexto da repressão física, moral e econômica contra as pessoas como indivíduos e como coletividades, como pessoas e como povos ou como classes, como violação de direitos de indivíduos ou como violação de direitos de coletividades” (Casanova, idem).

ser considerado como fundamental para alcançar “um mundo menos violento e autodestruidor” (idem).

Sob esse prisma, o crescente aumento de competências estatais, impulsionado pelo surgimento de novas demandas sociais e pela pluralidade cultural, pode representar um grave risco à democracia, se não vier acompanhado de um incremento proporcional das oportunidades de participação e deliberação dos cidadãos na gestão dessas novas necessidades. Notadamente, aqui se inclui a expansão do direito penal, considerada como aumento quantitativo e qualitativo das possibilidades de exercer o poder punitivo. Consoante a compreensão de Theodomiro Dias Neto:

a sociedade demanda novas incumbências do sistema estatal, mas não dispõe, em contrapartida, de mecanismos políticos e jurídicos capazes de vincular democraticamente o Estado com competências e poderes consideravelmente expandidos (...) e os instrumentos tradicionais de controle jurídico e político tornam-se anacrônicos em face do poder estatal ampliado e transformado (2005, p. 28).

Verifica-se, portanto, a necessidade de reforçar, ou melhor, renovar o conceito de democracia aqui esboçado, consolidando as categorias de participação e deliberação sob outras formas de expressão, mais distantes da imposição e mais próximas da negociação. A complexidade dessas teias entre demandas sociais e respostas institucionais requer “espaços democráticos cada vez mais amplos” e um maior esforço das ciências sociais (direito incluso) para estudar os “variados caminhos, práticas e opções das redes estruturantes e suas organizações” (CASANOVA, 2002, p. 302); esforço que compreende o “redirecionamento das estratégias de controle do crime” (DIAS NETO, 2005, p. 31).

Tal redirecionamento de estratégias, pode apontar também para práticas mais autoritárias, tais como a alardeada política de “tolerância zero”. Por isso, é preciso pesquisar por inovações que contemplem os ideais de democracia e pluralismo, os quais, em apertadíssimo resumo, têm em comum a limitação do poder estatal pela existência de “outros núcleos de poder” (DIAS NETO, 2005, p. 33), pois é perceptível que a própria continuidade da transição democrática (especialmente nas democracias mais incipientes como no Brasil) depende da identificação coletiva e da “proliferação extra-estatal de arenas públicas, onde os cidadãos possam debater os seus conflitos e viabilizar as transforma-

ções necessárias à sua governabilidade” (idem, p. 41). Embora Dias Neto não enfoque os temas de mediação ou justiça restaurativa, suas afirmações coincidem com as aspirações que compõem o novo paradigma, proposto a partir da junção dos dois conceitos; o que é reforçado quando o autor diz que essa abertura de novas arenas públicas, é necessária também para que “os conflitos sejam assimilados e adquiram sentido civilizatório, contribuindo ao aperfeiçoamento das regras e instituições sociais” (Idem, p. 42). Ao reverso do que se vem experimentando: o fechamento contínuo dos espaços de participação comunitária em prol de uma ordem simbólica imposta e estruturada sobre conceitos inflexíveis à deliberação.

Tudo isso, aponta para uma “nova compreensão da democracia”, plural e incluyente, que permita a inserção do cidadão como ator central de todos os espaços da vida comunitária, garantindo-lhe a oportunidade de solucionar seus problemas e construir o processo de regulação social a partir da interpretação dos marcos legais pré-definidos, compensando o “déficit de participação”, problema central da política contemporânea (DIAS NETO, 2005, p. 43) e elaborando novos consensos, justamente a partir de cada dissídio, que surge no cotidiano sob vários contornos, inclusive como conduta criminal. A construção da democracia na sociedade contemporânea, conflitiva e altamente complexa, apresenta-se como tarefa árdua, a ser desenvolvida a partir das instituições, das entidades autônomas e das redes de relação que se proliferam abaixo dos poderes constituídos, uma vez que “a continuidade do modelo predominante hoje leva a situações de insegurança individual, familiar, comunitária, nacional e estatal. Estimula a proliferação de guerras internas” (CASANOVA, 2002, p. 303).

A ampliação dos espaços democráticos, de participação e deliberação, deve seguir a utopia desenhada por Casanova, na qual

os valores de liberdade e de justiça social, de tolerância e de solidariedade ou fraternidade deverão ser determinados como parte de um projeto universal de “democracia de todos” com mediações a serem incentivadas e criadas a partir da sociedade civil (idem, p. 302).

Resta, então, verificar se a justiça penal cumpre ou deve cumprir algum papel nessa pauta de ampliação dos espaços democráticos, se é uma esfera institucional que pode ser aberta a algum grau de deliberação e permitir que a sua administração seja um assunto de gestão pública no qual os cidadãos exerçam uma participação mais ativa.

Enfim, a partir dos conceitos acima, surge a necessidade de fazer uma aproximação entre justiça penal e democracia.

5.1.1. Democracia e justiça penal: o caráter disjuntivo da democracia brasileira

O lugar tradicional de afirmação da democracia tem sido o Estado, provedor onipotente do bem-estar social. Foi essa a base sobre a qual se desenvolveram os regimes democráticos nos últimos dois séculos, em especial o brasileiro. Porém, Antoine Garapon demonstra que, na atualidade, “o lugar simbólico da democracia migra do Estado na direção da justiça” (1997, p. 33). A partir de um ponto de observação apropriado (o autor é magistrado e secretário-geral de uma entidade que organiza pesquisas e debates sobre a modificação do papel da justiça e dos juízes), Garapon analisa com profundidade as transformações mais recentes no senso de justiça, principalmente em face do deslocamento progressivo de novas expectativas sociais para a atuação do judiciário. O fracasso (crise do *Welfare State*) e o enfraquecimento (neoliberalismo e globalização) do poder de intervenção do Estado na distribuição de bens e prestações, desloca para fora da esfera tradicional a ação política, pois, “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito das instituições políticas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público” (GARAPON, *idem*). Assim, a *nova cena da democracia* é o tribunal, que é o local simbólico para onde são transportadas todas as reivindicações e todos os problemas. Isso, então, coloca a justiça num *local de visibilidade* destacado em relação à continuidade democrática, o que se explica pelo declínio da classe política:

o terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” da decisão política, a esta altura eleita para a mera administração e confere à sociedade aquele referente simbólico tão pouco identificável no parlamento (...) o juiz representa, portanto, a recuperação de uma democracia de “um legislativo, um executivo, sempre mais enfraquecidos, obcecados pelos períodos eleitorais” (*idem*).

Na *nova cena da democracia*, segundo o autor, esta é vista cada vez mais sobre a forma do direito e do procedimento, o que confere um relevo crescente à justiça, fruto de uma mudança profunda na própria democracia (*idem*, p. 31), consistente, agora, na compreensão de que o direito se define por meio das possibilidades de submeter um

comportamento ou uma situação ao juízo de um terceiro (quanto maiores essas possibilidades, maior seria a sensação de democracia). A justiça é, de fato, uma cena, posto que sua atuação é sempre associada a um espaço circunscrito, à suspensão do tempo, ao debate na presença de um terceiro; mas uma cena que oferece “um reservatório de imagens no qual uma democracia inquieta procura seu fundamento” (idem), ou seja, a cena judiciária permite à democracia representar-se e compreender-se, oferecendo a uma sociedade “privada de projetos” a oportunidade de se olhar no espelho. Conforme ratifica Ceretti, “a justiça, em definitivo, é a única coisa comum que resta quando o discurso político revela sua incapacidade de construir um senso para o futuro” (2000). A submissão de um caso à justiça faz com que as pessoas envolvidas sintam-se parte da comunidade, como talvez não consigam sentir-se em outra esfera pública. Não é raro que a primeira oportunidade de afirmação dos direitos de um cidadão marginalizado ocorra quando um delegado ou um juiz lhe lê os direitos do interrogando.

A cena retratada por Garapon é de duplo deslocamento: da democracia para dentro do cenário da justiça e desta para um “lugar de exigibilidade da democracia”, pois “a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se põe como a nova linguagem política para a formulação das reivindicações políticas” (idem, p. 34). Nesta nova configuração, o recurso ao judiciário dá ao cidadão uma impressão maior de controle sobre sua representação, não acessível por outros caminhos, o que, necessariamente, impõe uma abertura das agências judiciais a essas expectativas legítimas de maior participação. Em suma, esse movimento faz com que os cidadãos reivindiquem um papel mais ativo na administração da justiça, para influir na decisão do próprio destino e disto, consoante conclui, “deriva a propensão atual para a mediação, a negociação ou a conciliação, que é a outra face de um mesmo processo” (idem, p. 34).

De forma muito sintética, o que Garapon demonstra é a existência de uma dependência crescente entre a afirmação da democracia e a atuação do sistema de justiça: “a justiça se tornou o lugar eletivo das paixões democráticas e o tribunal o último teatro do desencontro político” (idem, p. 80). Esse interesse crescente pela justiça, também não escapa à preferência penal, o que “mostra ao mesmo tempo o desejo de reforçar um contra-poder e um interesse novo e menos nobre pela vingança” (idem). É neste ponto, ao identificar a preferência penal desse

novo cenário, que a visão do magistrado francês vai encontrar respaldo e ampliar sua repercussão se confrontada com a tese de Teresa Caldeira, sumariamente indicada nas premissas deste trabalho (tópico 1.1).

A partir do estudo de problemas como crime, violência, segregação urbana e direitos civis no Brasil, em especial em São Paulo, Teresa Caldeira reafirmou tese que elaborara antes, em conjunto com James Holston (1998), sobre o *caráter disjuntivo da democracia brasileira*. Também de maneira resumida, o conceito de democracia disjuntiva⁵ foi desenvolvido para “dar conta dos processos contraditórios que marcam a sociedade brasileira e indicar a esfera na qual a expansão dos direitos é mais problemática” (CALDEIRA, 2000, p. 55), qual seja: o sistema de justiça. O que Caldeira verifica é um fenômeno comum em países que passaram recentemente por transições democráticas: “muitos grupos sociais reagiram negativamente à ampliação da arena política e à expansão dos direitos” e “encontraram no problema do crime uma forma de articular sua oposição” (idem), o que se confirma quando percebe-se que, de um lado, houve uma expansão real da cidadania política, expressa por eleições livres e regulares, pela organização de partidos e sindicatos, pelo fim da censura e pela liberdade de expressão e de imprensa, etc.; mas de outro houve uma “deslegitimação da sociedade civil”, decorrente do aumento da repressão judiciária, o desrespeito aos direitos individuais, os abusos por parte das instituições de ordem, ao preconceito e à intolerância veiculados por meio do universo do crime; fatores que contrapõem-se às tendências democráticas, contribuindo para sustentar uma das sociedades mais desiguais do mundo (idem, p. 56).

Em suma: a democracia não penetrou no sistema judiciário, em especial no penal que, ao reverso, constitui-se, segundo Caldeira (Idem), na esfera em que a democratização é desafiada cotidianamente e a resistência às transformações que poderiam levar a uma sociedade mais igualitária estão articuladas de forma explícita.

5 “A cidadania brasileira é disjuntiva porque, embora o Brasil seja uma democracia política e embora os direitos sociais sejam razoavelmente legitimados, os aspectos civis da cidadania são continuamente violados” (Caldeira, idem, p. 343) mesmo dentro do sistema de justiça e pela atuação de suas instituições, sendo que a autora adota a seguinte distinção entre as dimensões civil, política e social da cidadania: civil refere-se aos direitos necessários para a liberdade individual, para a asserção da igualdade perante a lei e aos direitos civis em geral; política refere-se ao direito de participar de organizações políticas, de votar e ser votado e social refere-se aos direitos associados ao estado do bem-estar social (idem).

Para não deixar uma afirmação tão contundente como esta solta e também para conferir-lhe a validade que entendemos merecer, em apertadíssimo resumo, vale tentar colocar em evidência os principais argumentos que sustentam a inquietante hipótese trazida por Caldeira, cuja função metodológica para construir o fundamento da mediação penal esboçado neste livro é essencial.

Após profunda pesquisa, que incluiu centenas de entrevistas com moradores de São Paulo entre 1988 e 1998, uma vasta revisão das estatísticas da criminalidade e da violência na cidade e também das políticas de segurança pública nas últimas décadas, Caldeira concluiu que a experiência e a dramatização do crime passaram a ocupar um lugar central no cotidiano, sendo que o crime tornou-se um objeto de organização da narrativa da vida social dos centros urbanos: passou a fornecer uma linguagem para expressar outras experiências amargas, como a inflação e a queda social (em especial para as classes médias) e não o contrário, uma vez que oferece um código mais simplificado para se lidar com diversas mudanças sociais (idem, p. 35). Por ser mais fácil, tornou-se comum reduzir à criminalidade e à violência a explicação de várias angústias e problemas sociais, assim como crime e violência passaram a integrar uma só categoria, muito embora a pesquisa de Caldeira demonstre que, de fato, o que aumentou significativamente nas últimas três décadas foi a violência e não a criminalidade, esse aumento compreende, é claro, formas delitivas mais violentas, mas também e principalmente a violência policial e aquela que não é computada como crime pelos órgãos oficiais.

Essa organização narrativa dá origem ao que Caldeira chama de *fala do crime*. A fala do crime permite ordenar o mundo, promover a reorganização simbólica de um universo perturbado por diversas mudanças (não só a criminalidade) a partir de uma oposição entre bem e mal e “não é feita de visões equilibradas, mas da repetição de estereótipos” (idem, p. 38), dentre os quais está a figura do criminoso, elaborada para diferenciar e distanciar as pessoas “de bem” daquelas “do mal”. Caldeira procura chamar a atenção para a maneira como as narrativas do crime estão relacionadas com a reprodução da violência e também à democratização, considerando que toda fala produz um “certo tipo de significação” (idem, p. 39), a qual ganha uma força especial se é reproduzida em práticas institucionais, como ocorre na justiça penal. A institucionalização da fala do crime resulta na ritualização da violência, o que Caldeira demonstra com base no célebre estudo de

René Girard,⁶ ao qual Garapon (1997, p. 175) também se refere, para demonstrar como a justiça penal insere-se num ciclo de violência, ao simbolizá-la e ritualizá-la: “o propósito dos rituais é consolidar a diferença entre o bem e o mal, selecionar uma certa forma de violência e marcá-la como boa e necessária em oposição a outras formas, que são consideradas ruins” (CALDEIRA, 2000, p. 40).

No contexto das cidades modernas, a fala do crime oferece uma narrativa que, além de manter um sistema de distinções, cria estereótipos e preconceitos, separa e reforça desigualdades, multiplica regras de evitação, impõe divisão e distância, constrói separações; o que acaba por legitimar tipos de reação como: segurança privada para garantir o isolamento, encarceramento e distanciamento daqueles que são considerados perigosos (CALDEIRA, 2000, pp. 9 e 43). Enfim, “a fala do crime faz a violência proliferar ao combater e simbolicamente reorganizar o mundo”, é uma nova “tecnologia de exclusão social”.

Assim, ainda com Caldeira, a fala do crime é produtiva, mas produz autoritarismo, ajuda a “produzir segregação (social e espacial), abusos por parte das instituições da ordem, contestação dos direitos da cidadania e, especialmente, a própria violência” (idem, p 44). Essa produção é facilmente notada no debate público do tema dos direitos humanos, usualmente rotulados como “privilegio dos bandidos”, ou seja, a fala do crime levanta-se como obstáculo à afirmação dos direitos humanos. Na esfera de justiça, essa articulação da fala do crime percebe-se pela tendência quase unânime de justificar a imposição de penas duras e regime carcerário mais rígido com motivação na “gravidade do delito”, na “periculosidade” ou na “defesa da sociedade”, todos elementos não previstos em lei e, reiteradamente, considerados pelo Supremo Tribunal Federal como inidôneos como fundamento de punição mais severa, o que não tem impedido que continuem sendo largamente utilizados em primeiro grau e mesmo em tribunais estaduais, conforme demonstrou pesquisa recentemente publicada (*Decisões judiciais no crimes de roubo em São Paulo. A lei, o direito e a ideologia*. Ibccrim/Iddd, 2005).

6 Girard elabora uma teoria da transformação da violência em cultura, especialmente do mecanismo capaz de controlar a violência, descrevendo os processos de violência recíproca e generalizada como uma “crise sacrificial” pela qual a humanidade passa, que é uma espécie de guerra de todos contra todos, unidos e nivelados pela violência: “o mecanismo de violência recíproca pode ser descrito como um círculo vicioso. Uma vez a comunidade entre nesse círculo, está incapaz de livrar-se. Nós podemos definir este círculo em termos de vingança e repetição” (1977, p . 81).

Essa relação deletéria entre justiça penal e democratização tanto ressaltada por Caldeira, é confirmada, mesmo que de maneira indireta, por Garapon, quando o autor, após descrever a nova cena da democracia exposta acima, manifesta que a recepção dessa nova expectativa num cenário onde atua a preferência pela solução penal, diminui dramaticamente as possibilidades dessa relação resultar positiva, pois “responder com a repressão àquela demanda inédita, só pode fazer acelerar o processo de degradação do tecido social” (1997, p. 122), pois esta preferência detona mecanismos como a demonização do outro, a identificação nas vítimas, a sociedade de denunciadores, o retorno de práticas sacrificiais, etc. (1997, pp. 81-89).

A identificação do sistema de justiça como o elemento marcante da disjunção da democracia brasileira resulta, justamente, da análise de qual o papel que as suas instituições vem cumprindo em (i) garantir a plenitude dos direitos civis e (ii) conter a violência. Pois, “se o sistema judiciário é de fato crucial para impedir a difusão da violência, então a consolidação da democracia na sociedade brasileira contemporânea e a interrupção do atual ciclo de violência dependem da reforma desse sistema de acordo com princípios do estado de direito, *accountability*, e respeito aos direitos civis” (CALDEIRA, 2000, p. 206). O que a democracia requer do sistema de justiça, é a reciprocidade, entendida tal como abriga o conceito de nova prevenção formulado no tópico 4.4.1: sem a congruência da ação das agências judiciais com os princípios do Estado Democrático do Direito, não há como costurar essa disjunção:

Poderíamos sugerir, então, que, por meio da questão da punição violenta e do crime, os brasileiros articulam uma forma de resistência às tentativas de expandir a democracia e o respeito pelos direitos além dos limites do sistema político. No contexto da transição para a democracia, o medo do crime e os desejos de vingança privada e violenta vieram simbolizar a resistência à expansão da democracia para novas dimensões da cultura brasileira, das relações sociais e da vida cotidiana (CALDEIRA, *idem*, p. 375).

Resumindo, poderíamos afirmar que existe uma profunda relação entre democracia e justiça penal, a partir de dois aspectos fundamentais: (i) a justiça como nova cena da democracia e como lugar de sua exigibilidade; (ii) o sistema de justiça como principal barreira à expansão da democracia brasileira.

Sob outra perspectiva, menos incisiva e cujas conseqüências certamente são mais sutis, uma observação interna da democracia moderna revela a sua relação pouco íntima com o sistema penal, que limita sua atuação ao que podemos chamar de “moral da obediência política”, assim descrita: (i) o sistema político (parlamento) cria a lei, criminaliza uma conduta e decide a pena mínima e máxima; em seguida (ii) ao sistema jurídico (tribunais), resta, estritamente, interpretar e aplicar a pena dentro daqueles limites rígidos e pré-ordenados, com pouca autonomia para reduzi-la e nenhuma para dela prescindir.

Isto constitui a moral da obediência política, que, dentro de um sistema insuflado pela emergência penal e pela fala do crime, reduziu os tribunais a meros órgãos autômatos de repressão, segregação e reprodução de um discurso anacrônico e contraditório, mas, ao mesmo tempo, incrivelmente resistente. Numa sociedade onde a exploração do medo ao crime tornou-se uma arma política e a justiça a arena na qual a democracia é mais gravemente desafiada (CALDEIRA, 2000, p. 157), este aspecto interno apenas reforça que a justiça penal é mesmo uma das áreas mais problemáticas da cidadania brasileira.

5.1.2. A mediação como forma de assegurar a continuidade democrática

A democracia tem a ver com a abertura e indefinição de fronteiras, não com enclausuramentos, fronteiras rígidas e distinções dicotomizadas (CALDEIRA, 2000, p. 44).

Se o modelo vigente de justiça penal, vertical, inflexível e fechado, já demonstrou-se incapaz de atender à demanda por democracia e, mais do que isso, abriu um espaço para a articulação de discursos e práticas que impedem a continuidade democrática, iniciada com a transição posterior ao regime militar, é preciso pesquisar por um novo modelo, mais adequado à definição de Teresa Caldeira.

Ao analisar a fuga da democracia para a justiça e a fuga desta para o penal, Ceretti identifica “dois fenômenos paralelos, antitéticos, convergentes e densamente problemáticos: um recurso maciço às categorias penais, de um lado, e o desejo por reapropriar-se da gestão das relações sociais, por outro” (2000). Por todo o debatido até aqui, está evidente que a mediação é uma forma de reapropriação, de ativação da participação dos cidadãos na gestão dos conflitos que nascem do crime

e, enfim, de aceitar as suas deliberações como um ponto de referência que pode influenciar a administração da justiça no caso concreto.

Claudius Messner, autor com uma visão bastante crítica acerca da mediação penal, reconhece que, para esta seja concebida como uma forma de substituição da tutela penal, na medida em que oferece espaço para o dimensionamento social do conflito, deve apartar-se da idéia de defesa social (ínsita à justiça guiada pela fala do crime) e caminhar na direção de um Estado democrático de direito, voltando-se para a garantia da liberdade e a manutenção de “concretas possibilidades de desenvolvimento dos indivíduos” (2000, p. 100). Nesse sentido, a demanda é, portanto, que a mediação seja “um procedimento democrático de produção do direito no sentido da consolidação da liberdade individual” (idem) e da capacidade de autodeterminação dos sujeitos. A mediação, para Messner, poderá ser uma via democrática se não reduzir a vítima à definição legal restritiva e não levar o réu à estigmatização e à exclusão (idem, p. 101).

A produção do direito a partir de uma atividade dialética e informal como a mediação pode assustar àqueles que ainda mantêm uma visão exclusivamente legicêntrica do direito. Reação esta que vai justificar parte das críticas contra as chamadas formas de “justiça negociada”. Ocorre que, como já foi dito, a mediação põe em confronto os paradigmas do direito imposto e do direito negociado, partindo da premissa de que a

multiplicação vertiginosa de demandas de direito relaciona-se com a própria multiplicação das oportunidades de conflito, devidas a profundas transformações no plano sócio-econômico, ao aumento da comunicação, às trocas sociais, ao crescimento do número de bens de circulação que favoreceram a passagem de um modelo universalista, “geocêntrico”, que impõe as mesmas regras a todos os cidadãos de uma nação, a um modelo jurídico “egocêntrico”, particularista, onde cada sujeito vai regulamentar as relações jurídicas que lhe dizem respeito sobre a base de um código jurídico distinto (CERETTI, 2000).

É visualizando este pluralismo jurídico que se entende a necessidade de uma maior variedade de recintos jurídicos abertos à comunicação. Nesse contexto, a *ordem imposta* baseada em normas exclusivamente repressivas se dilui, se “desorganiza”, fazendo emergir diversas *ordens negociadas*, as quais, se não forem trazidas para a esfera da jus-

tiça, acabarão legitimando-se à margem desta, tal como ocorre com as chamadas subculturas criminais.

A mediação, assim, tem como escopo legitimar a negociação da ordem sob a insígnia da lei, trazendo essa atividade para a luz de um espaço público, reconhecido e valorizado como tal. A expressão *gestão negociada*, para Ceretti (2000), funciona, então, como uma

metáfora da autorepresentação moderna da democracia, entendida como um debate público e permanente, onde os valores e as normas que estão na base da sociedade e do direito restam sempre latentes e provisórios, submetidos à força da melhor argumentação.

Provisoriedade, não entendida como precariedade da ordem normativa: diz respeito à necessidade de reafirmação das normas diante da possibilidade que cada caso oferece para discuti-las e interpretá-las a partir de referências subjetivas e situacionais das partes e por meio de uma atividade de conhecimento (mediação) baseada na linguagem e na recepção da mensagem normativa conforme as particularidades dos atores da comunicação.

Ainda, consoante o argumento sublinhado no tópico 3.4.1, mesmo no paradigma atual, do direito imposto e supostamente inegociável, ocorrem formas implícitas de negociação das normas, que se desdobram desde a elaboração, até a compreensão e aplicação das leis. No contrato social, as partes mais influentes, que “dispõem de maior peso contratual” (CERETTI, 2000), conseguem negociar seus interesses e direitos já no momento de elaboração das leis, as quais, entretanto, têm efeito vinculante também para aqueles que não foram representados na contratação. Mesmo pensando em termos de devido processo penal, reserva legal e obrigatoriedade da ação penal, é sabido que, no desenrolar do processo, as pessoas com mais capacidade de compreender a lei e encontrar uma justificativa para seu comportamento, ou amparo para seu interesse no emaranhado legislativo (e jurisprudencial), conseguem criar condições de negociar o direito (capacidade esta que deriva diretamente da situação econômica da pessoa). Ao reverso, as pessoas privadas dos códigos de comunicação dos tribunais, sequer conseguem compreender a atividade jurisdicional e, muito menos, negociar uma solução que lhes seja mais justa. Sem falar, ainda, nos mecanismos evasivos ilegais (corrupção), cujas oportunidades são potencializadas, e muito, num sistema paleorepressivo, fechado e, logo, tendente à arbitrariedade. Nessa perspectiva, a justiça consen-

sual ou negociada difunde para um maior número de membros do grupo a possibilidade de tutelar suas posições em relação à lei (CERETTI, 2000), o que, lembrando Bobbio (tópico anterior), perfaz uma das condições essenciais do regime democrático.

Avaliando a experiência catalã de mediação penal, Nogueras Martin (2003, p. 69) concluiu que um dos seus benefícios é a aproximação entre a justiça e a população, pois

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

Ao falar da “mediação em qualquer área”, recorda-se das categorias indispensáveis para a análise da democracia propostas por Casanova (2002), nas quais se insere a mediação (considerada em sentido amplo), pelo que deduz-se que, uma sociedade que reduz as formas de mediação disponíveis para o desenvolvimento da vida comunitária, reduz suas próprias aspirações democráticas.

Discorrendo sobre as particularidades dos projetos de mediação penal em curso na Europa, Christa Pelikan conclui que a mediação tem cumprido a função de clarificar e confirmar as reivindicações legítimas através de um método diferente, que se distingue por alguns elementos basilares, dentre os quais o *elemento participativo* ou *democrático*, que está fortemente presente nas experiências de MVO (mediação vítima-ofensor) e decorre do requisito da *voluntariedade* (2003, pp. 74-75). Esta impõe o desafio participativo à mediação, pois nunca se realiza sem a concordância das partes, fator que, por si só, já confere um diferencial de democracia bastante destacado em relação à justiça penal tradicional. A *voluntariedade*, por sua vez, atende àquela condição essencial para uma definição mínima de democracia proposta por Bobbio (1986): a oferta de opções, de alternativas reais para que os membros do grupo possam efetivar sua participação por meio da deliberação entre uma ou outra coisa. No sistema complementar de dupla entrada (mediação e punição), há uma possibilidade concreta para o cidadão deliberar uma ou outra forma de solucionar o conflito que viveu; no sistema fechado, de mão única, não há a mais tênue possibi-

lidade. A voluntariedade, confere aos cidadãos aquele papel significativo na gestão de um assunto público, pleiteada por Chomsky (2003).

Ao falar sobre os chamados sistemas alternativos de resolução dos conflitos na América Latina, Juan Enrique Vargas (2002, p. 16) assevera que a mediação e a conciliação têm apresentado algumas vantagens em relação ao sistema tradicional, tais como promover uma maior e melhor comunicação entre as pessoas, instalando uma cultura de diálogo, e fazendo-as mais responsáveis por seus próprios atos, “em definitivo, se afirma que estes sistemas favorecem formas mais democráticas e participativas de resolução dos conflitos”.

O tema da participação popular na administração da justiça é abordado por Ana Paula Zomer Sica (2003, p. 114), que enfatiza já ser o momento de estender o conceito para além da instituição do júri, pois a idéia de soberania popular

“tem como sua base material o conflito entre as classes sociais e as contradições que se desenvolvem dentro delas; constitui o filtro através do qual a sociedade concebe e vive tais contrastes.” Ainda, e tocando no tema “participação popular”, diz o referido autor que tal expressão deve ser compreendida como uma possibilidade concreta de impedir que a neutralidade da magistratura se traduza na legitimação de escolhas que, negando a conflitualidade social e, bem por isto, procurem resolvê-la anulando o polo conflitual mais fraco, o interesse subalterno merecedor de tutela e o direito do cidadão à tutela dos direitos fundamentais de liberdade.

Assim, segue a autora, na esteira do autor mencionado, Fausto Cò, “consegue-se chamar o povo para exercitar a própria soberania ‘não apenas escolhendo seus prepostos no exercício das várias funções em que se articula a atividade estatal, mas, também em muitas hipóteses, no desempenho, em primeira pessoa, de algumas delas’” (idem), concluindo que a mediação pode representar um caminho adequado e compatível para essa ampliação da participação popular.

O trabalho da Comissão para Verdade e Conciliação (ver tópico 2.1.7), desenvolvido sobre os princípios mais avançados de justiça restaurativa, foi prova viva do seu potencial para concretizar a transição democrática. Marcelo Flores (1999), Ceretti (2002) e David A. Crocker (2002) analisaram a experiência e partilham dessa opinião. A “revolução negociada” (CERETTI, 2000) promovida na África do Sul, baseada sobre o perdão, a anistia, a reparação às vítimas e a conciliação de-

monstrou que é possível utilizar métodos de solução pacífica dos conflitos e abrir mão da resposta punitiva (*post-conflict peace building*), mesmo numa situação de conflagração nacional e de graves violações dos direitos humanos, com uma contrapartida considerável para a democracia. Após anos de *apartheid*, as comissões conseguiram suplantar sentimentos de vingança historicamente enraizados e, com a força da linguagem, abrir um espaço de co-habitação, de co-presença (CERETTI, 2002) que conduziu o país à uma estabilização democrática naquele momento intangível.

Lembrando, o desafio inicial das comissões era, justamente, assegurar a continuidade da transição democrática, evitando a ameaça que os sentimentos de vingança e punição pós-*apartheid* representava para esse processo. Havia, então, uma forte consciência de que liberar essa demanda sob a forma de repressão não poderia resultar na superação plena do período totalitário e impediria a criação de uma nova compreensão do regime político, mantendo-o atado ao passado violento e limitando a democracia à possibilidade de voto universal.

Crocker, então, ressalta que os africanos demonstraram que antigos inimigos, pessoas em conflito, podem acordar uma vida comunitária não letal, sob o regime da lei e reduzir suas diferenças através da deliberação pública (2002, p. 545). A reconciliação promovida na África do Sul, resultou na desnecessidade da punição, mesmo em face de graves crimes cometidos e reconhecidos. “As metas da justiça penal e da reconciliação, então, podem reforçar-se uma à outra”, a lição daquele momento histórico foi que não há como uma ignorar a outra e, segundo o autor: “daqui em diante, as sociedades e a comunidade internacional deveriam desenhar instituições nas quais ambos os ideais de punição e reconciliação sejam compreendidos simultaneamente, em várias instituições e mecanismos” (idem). Para Crocker, o que a Comissão para a Verdade e Reconciliação demonstrou foi, em síntese, uma nova visão da balança da justiça, bem resumida pelas palavras do Arcebispo Tutu: “nós temos que balancear as necessidades de justiça, *accountability*, estabilidade, paz e reconciliação”, ou seja, uma justiça que não pesa e contrabalança as necessidades de punição com as possibilidades de conciliação, não pode ser justa.

Em outro contexto, Melissa S. Williams (2002) analisou a relação entre justiça penal e democracia em face do pluralismo cultural, enfocando a situação dos aborígenes canadenses. Williams, igualmente, concluiu que a justiça restaurativa é um modelo capaz de abater a seletividade e a iniquidade de um sistema fechado às diversas concepções

de justiça que afloram no interior de uma nação. Reconcebendo a justiça através da linguagem, as práticas restaurativas implementadas naquele país, têm conseguido criar um “*espaço normativo compartilhado*” mais adaptável ao conhecimento local e à compreensão de justiça daquele povo marginalizado, cuja presença na justiça penal tem sido expressiva, sem, no entanto, abalar a estrutura jurídica canadense. Aliás, muito pelo contrário, a sentença *R. v. Gladue*, da Suprema Corte do Canadá (ver tópico 2.1.5), revelou um processo inverso: as práticas restaurativas introduzidas no sistema por causa da população aborígine, estão fornecendo uma base mais rica para aperfeiçoamento da justiça também em casos de não-aborígines, impulsionando até mesmo uma mudança expressiva no Código Penal.

Após detida análise, Williams concluiu que “os espaços abertos dentro de nossos conceitos, normas e regras têm uma importância crítica como recurso para a renegociação dos termos de nossas relações de maneira a não recriar dominação”, cultural e econômica que sempre existe nas sociedades e que o sistema de justiça tradicional tendencialmente reproduz e aumenta, tornando-se, de fato, uma barreira institucionalizada à expansão da democracia.

Philip Oxhorn e Catherine Slakmon (2005), também partem da construção de Caldeira sobre o caráter disjuntivo da democracia brasileira para concluir que “a justiça restaurativa pode ajudar de fato a compensar déficits democráticos importantes ao unir o Estado e a sociedade em um processo de sinergia” (idem, p. 189), posto que se insere num conceito que os autores chamam de microjustiça, cujas iniciativas podem tornar a justiça mais democrática em termos de acessibilidade, universalidade e legalidade, enfrentando, então, o maior desafio da transição democrática em nosso país (idem, p. 196).

Seguindo a proposta de complementar o sistema tradicional, a justiça restaurativa tem benefícios provados e potenciais (OXHORN; SLAKMON, 2005, pp. 200-205), tais como: (i) ajuda a construir a confiança nas instituições legais, que é sabidamente baixa no Brasil, tanto através de sua atuação específica, quanto por meio da racionalização que possibilita para o sistema formal; (ii) amplia o acesso à justiça, o que é um fator fundamental para coibir práticas de justiça alternativa ilegais, o que se verifica especialmente em regiões mais marginalizadas; (iii) o *empowerment*, pois a participação ativa na realização da justiça confere poder aos cidadãos e, mais do que isso, lhes abre a possibilidade de exercer um papel significativo na redução do exercício de um poder (punitivo) e (iv) transferência e produção de conhecimento,

em relação a diversos fatores que não importam para o sistema formal e são fundamentais para elaborar novas formas de pensar e agir em relação à questão criminal, como as causas do crime, o contexto específico em que ocorreu, a maneira que a comunidade traduz aquela conduta, sua relação com a lei, etc.

Enfim, revendo as experiências de justiça restaurativa no Canadá e Nova Zelândia, Oxhorn e Slakmon sugerem que esta pode oferecer um *locus* concreto para democratizar a justiça e construir cidadania civil de baixo para cima (idem, p. 205); considerando-se que a mediação pode ser tida como a atividade que melhor realiza os princípios da justiça restaurativa, abre-se chance real para que a mediação assegure a continuidade democrática e integre a cidadania brasileira, preenchendo o vácuo democrático criado pelo atual sistema de justiça.

5.2. (Re)Construção do sistema de regulação social: oportunidade para novos modelos

Ao lado da ampliação dos espaços democráticos, o principal fundamento para a adoção da mediação penal como iniciativa capaz de fundar um novo paradigma de justiça e não só representar mais uma técnica de resolução de conflitos ou um instrumento de alívio processual, é a reconstrução do processo de regulação social.

Bonafé-Schmmit (1992), um dos mais expressivos estudiosos da mediação, defende que a violência urbana também tem causas na crise de nossas modalidades de regulação social. Ampliando essa perspectiva, há que se lembrar, também, que o apoio do sistema de regulação social sobre o direito penal é indicativo de uma dupla falência: das regulações sociais intermediárias, como a família, o bairro, o trabalho e da resposta institucional, pois a justiça penal continua mantendo a prisão no centro de seu modelo (GARAPON, 1997, p. 80), o que se comprova pelo contínuo crescente das taxas de encarceramento, especialmente no que se refere ao uso de prisão cautelar, fato este que deve ser tomado como confissão explícita do fracasso na regulação social dos comportamento e relações sociais: o recurso excessivo ao instrumento de *extrema ratio* é a prova cabal de que as modalidades primárias de regulação social não estão funcionando.

De fato, a sociedade contemporânea abriga uma espiral de violência que passa pelo sistema de regulação social, reiteradamente denunciada por diversos autores, em especial Alessandro Baratta que, prefaciando Moccia (1997b), advertiu para uma das maiores contradições do

direito moderno, qual seja, ser ao mesmo tempo, instrumento de controle e de reprodução da violência, sendo que o desenvolvimento autoritário de políticas criminais inspiradas, principalmente, nos EUA, criaram um “circuito de reprodução que conecta a violência penal à violência na sociedade (violência estrutural e violência individual) que assumiu uma intensidade inaudita” a partir da década de 1980, cujo “sinal semântico” é o uso dominante da terminologia bélica para definir as atribuições da justiça penal.

O quadro de *déficits* (de comunicação, participação, confiança, democracia, etc.), repetidamente mencionado ao longo do trabalho, converge para a crise do sistema de regulação social, fundada na dificuldade de adaptação do sistema formal de justiça às mudanças vivenciadas pelo mundo na última metade de século. Conforme a análise de Ceretti (2000) apoiada no pensamento de Boaventura de Sousa Santos, estamos “testemunhando um crise generalizada de regulação social que, apenas, mostra a profunda e irreversível crise que está sucedendo o paradigma da modernidade”; paradigma cujo exaurimento simboliza-se, especialmente, pelo colapso do processo de regulação social.

A mediação com fundamento na reconstrução do sistema de regulação social surge, então, sob a perspectiva dupla de acompanhar as transformações mais recentes no direito em geral e conter a expansão do direito penal na sua vertente repressiva. Essas transformações se inserem no contexto debatido, que opõe os modelos do direito negociado e do direito imposto. Este último, cada vez mais ineficiente, pois, conforme aponta José Eduardo Faria (1998, p. 231)

suas normas vêm gradativamente perdendo a capacidade de ordenar, moldar e conformar a sociedade. E seus mecanismos processuais também já não conseguem exercer de maneira eficaz seu papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência.

Essa crise gera desordens, que se manifestam de diversas formas, dentre as quais a criminalidade. O êxito da mediação se apóia, justamente, em dar um lugar para essa desordem e em não impor qualquer tipo de ordem.

Remetendo à pesquisa sociológica, Ceretti (2000) constata que a compreensão atual sobre o funcionamento das sociedades industriais mais avançadas, logo, com sistemas sociais mais complexos, baseia-se sobre a “regulação social mediante equilíbrios mantidos ou reencontra-

dos ao interno de tensões, de rupturas, de contradições provocadas pela multiplicidade de instâncias e atores envolvidos numa pluralidade de estratégias sociais em atuação”. Isso, faz com que o problema da regulação social consista em encontrar um compromisso entre instâncias contrapostas, para garantir uma certa coerência entre as formas básicas de laços sociais, o que, sem dúvida remete ao modelo flexível, no qual mediação e punição funcionam como instâncias complementares e tensionadas.

A evolução do processo de reconstrução do modelo de regulação social, segundo Bonafé-Schmitt, indica que o momento é de transição de “um modelo repressivo para um modelo mais consensual de gestão dos conflitos”, “de uma modalidade conflitual e sancionatória para uma modalidade consensual e restaurativa” (1997, pp. 21 e 25); transição que pode ser percorrida com a mediação, desde que valorizada em seu aspecto comunicativo-relacional (ver tópico 1.4.3), o qual põe em relevo o objetivo de construir novas relações, entre os indivíduos e entre estes e o ordenamento jurídico e restituir às partes o poder de gerir os próprios conflitos. Nesse sentido, o diálogo, sem dúvida, é a melhor maneira de exercitar a capacidade relacional dos indivíduos.

Na verdade, a potencialidade positiva da mediação depende de um projeto cujo fulcro seja, exatamente, a reconstrução do processo de regulação social (PISAPIA, 1997, p. 13); sem isso, não passará de uma técnica tópica de gerenciamento de certas situações menos relevantes. Sua legitimidade como instrumento político criminal transformador “não se funda na defesa da ordem pública ou, mais em geral, de uma qualquer racionalidade jurídica, mas sobre a construção de um novo equilíbrio nas relações entre as partes em conflito e com a sua comunidade” (BONAFÉ-SCHMITT, 1997, p. 48). Sob esse fundamento, o objetivo, evidentemente, não pode ser resumido à resolução de determinada classe de conflitos sobre a qual a justiça punitiva perdeu o interesse: a redefinição da legitimidade do poder de regular os conflitos é a meta mais ampla e, certamente, mais difícil, da mediação. Por isso, Bonafé-Schmitt (1992, p. 193) observa que, mesmo tomando a crise do sistema legal como preocupação central, a mediação penal oferece duas abordagens para serem trabalhadas: a primeira, tomando por base o mau funcionamento das cortes, também derivado da sobrecarga de casos e, a segunda, em termos da crise do sistema de regulação social. Alerta, ainda, que não devemos descuidar de ambas as perspectivas, sob o risco de, em poucos anos, a mediação padecer dos mesmos problemas que já afetam o sistema tradicional de justiça (mais uma vez, vale o

exemplo do fracasso da Lei 9.099/95, que, vista apenas sob a primeira abordagem, acabou reduzindo-se a mais um instrumento burocrático e autoritário de administração de um sistema penal hipertrofiado).

Fala-se em novos modelos, no plural, pois a natureza polissêmica da justiça restaurativa e polifuncional da mediação, faz com que a sua prática, necessariamente, dê lugar para modelos distintos, conforme ficou claro quando tentou-se uma aproximação aos conceitos de justiça restaurativa e mediação, no capítulo 1. Tais novos modos de regulação social, em síntese, permitirão superar as antigas visões que focavam o modelo no delinqüente ou na reação social, para integrar ambos os aspectos sob o escopo de lidar com as relações que se embaralham diante de uma conduta criminosa e as suas respostas, num modelo, então, *multidisciplinar*, uma vez que os centros de mediação viabilizam a convergência de diversos “saberes” interessados em enfrentar a questão criminal, inclusive o conhecimento leigo. Por um lado, a mediação não oferece às partes somente uma possibilidade de encontrar uma modalidade de conciliação, vai além disso: oferece também uma chance para a abertura de espaços comunitários, para construir um segmento do tecido social e reconstruir o processo de regulação social de forma negociada. Por outro, práticas não-punitivas podem resultar na interrupção da espiral de violência, conforme algumas pesquisas vêm afirmando (SHERMAN; STRANG; WOODS, 2000).

Logo, a mediação deve ser “considerada como mais um elemento na construção, ou reconstrução, das regras dos contextos nos quais se desenvolvem ações sociais e das regras que nos contextos permitem o destacamento de interações sociais significativas” (CERETTI, 1997, p. 95). No discurso do mediador e dos participantes da mediação, se instaura uma lógica comunicativa que não se encerra na busca de uma solução livremente negociada, mas se estende também à instauração de um diálogo e de uma relação social (CERETTI, 2000).

5.2.1. O modelo do “cruzamento Drachten”

A figura do *cruzamento Drachten* remete a um fato noticiado pela imprensa,⁷ aparentemente banal, mas que oferece uma imagem meta-

7 Matéria intitulada “Road design? He calls it a revolution”. Por Sarah Lyall, *The New York Times*, 22/01/05. Acesso *International Herald Tribune*, http://www.ihf.com/bin/print_ipub.php?file=/articles/2005/01/21.

fórica bastante construtiva em relação aos novos modelos de regulação social contemplados pela mediação.

Na localidade de Drachten, Holanda, o engenheiro de tráfego Hans Monderman conduziu um projeto de *design* de ruas considerado revolucionário: num cruzamento, situado no centro da cidade e pelo qual trafegam cerca de 20.000 motoristas por dia, Monderman retirou todas as placas, luzes, linhas no chão e até a divisão entre calçada e rua. A jornalista que lá esteve descreveu o local como uma praça de tijolos descoberta. A única marca de organização imposta é a posição em que os tijolos foram colocados, indicando a direção de tráfego e a separação entre rua e calçada.

Surpreendentemente, mesmo com essa organização aparentemente anárquica, o tráfego flui facilmente pelo cruzamento, como se fosse dirigido por um “condutor invisível”: não há batidas, fechamento de cruzamento, atropelamentos, nem acidentes. Para testar o conceito, Monderman, deliberadamente, fez seu carro falhar antes de atravessar o cruzamento: ninguém buzinou, gritou ou berrou palavras enérgicas pela janela dos veículos, os motoristas apenas reduziram a velocidade e esperaram que ele cruzasse a via. “Quem está na mão correta?”, pergunta o engenheiro, “Não importa. As pessoas têm que encontrar sua própria mão, negociar entre elas, usar seu cérebro”, responde.

O conceito aplicado para regular o comportamento no trânsito é o de “espaço compartilhado” (*shared-space*), tema que está sendo debatido por *experts* em engenharia de tráfego em outros países da Europa. O conceito é intuitivo: para fazer as comunidades mais seguras e atrativas, Monderman argumenta que devemos, primeiro, remover a tradicional parafernália de controle das ruas. Na sua visão, os sinais exortando os motoristas a parar, diminuir a velocidade, as linhas centrais separando as pistas, os obstáculos e as luzes, acabam tornando o ambiente mais perigoso; em oposição, quando os motoristas param de prestar atenção nesses sinais e passam a olhar para os outros motoristas e pedestres, a rua se torna mais segura. Monderman procura comprovar que o mais importante é as pessoas olharem umas para as outras e não para os sinais de imposição das regras de trânsito.

Essa experiência foi apoiada em diversos estudos que indicaram um dado simples: espaços compartilhados são mais seguros. Dado que, coincidentemente, vem sendo repetido em recentes estudos de prevenção criminal e segurança pública: uma localidade é segura tanto quanto possua mais espaços públicos de convívio e de circulação, assim como é mais insegura na medida em que esses espaços são mais

restritos, substituídos por “enclaves fortificados” (CALDEIRA, 2000), por muros, grades e práticas de isolamento.

O *cruzamento Drachten*, assim, é uma experiência do conceito de espaço compartilhado, uma rua onde pedestres e motoristas são iguais e o desenho dos tijolos apenas indica aos motoristas por onde seguir e por onde não seguir (no caso, a calçada). Trata-se de uma maneira diferente de regular o comportamento no tráfego. Hamilton Baillie, urbanista que auxiliou Monderman, resume que, essencialmente, isso é um meio de dividir poder e responsabilidade do Estado com os indivíduos e a comunidade. O papel do Estado, então, é garantir um sistema de ruas e estradas bem regulado e bem organizado, ou seja, oferecer condições estruturais e modelos de comportamento sobre os quais motoristas e pedestres vão negociar suas posições no cotidiano do trânsito.

O conceito, ainda, parte da idéia de que todos os sinais passam uma sensação ilusória para os motoristas, dizendo “esse é seu espaço e nós já o organizamos para vocês, siga a sinalização e nada de errado acontecerá”. Isso não ocorre, pois a segurança e a fluência do trânsito dependem mais da atitude dos motoristas a cada cruzamento: num dia de tráfego mais livre, os motoristas podem dirigir de uma maneira, num dia de engarrafamento, têm que se comportar de outra maneira. E, isto não pode ser passado pela sinalização estática.

Num paralelo, retórico é claro, nessa nova engenharia de tráfego o desenho das ruas indica para os motoristas o que eles devem fazer: como fazer é uma tarefa a ser negociada entre eles, de acordo com a necessidade coletiva de compartilhar o espaço da rua, de passar pelo cruzamento e não sofrer um acidente; assim como no paradigma restaurativo, as normas trazem uma mensagem, que pode ser confirmada por vias diversas e não necessariamente só pela imposição de pena, a qual nem sempre será a resposta mais adequada e necessária.

No entanto, o próprio Monderman ressalta que o conceito, por enquanto, não parece ser aplicável nos maiores centros urbanos e avalia que cerca de 15% dos motoristas sempre se comportarão mal no trânsito, independentemente desta ou aquela forma de regulação. Este desvio natural das regras, não justifica o abandono do conceito de espaço compartilhado mas, ao contrário, reforça-o, pois esse grau de desvio é impossível de eliminar.

Retirar as placas de trânsito e retirar a possibilidade de pena não implica, necessariamente, num aumento dos comportamentos desviados das regras de cada contexto e, pelo contrário, abre a oportunidade para a negociação de novos consensos em relação àquelas regras.

Essa “pulverização” do processo de regulação social, poderia ser uma resposta à crítica de Chomsky quanto à excessiva centralização e verticalização dos critérios de resolução dos problemas da sociedade, que só se justifica mercê de nossa débil compreensão de democracia, ainda baseada na idéia de que o público, em geral, é “incapaz de lidar com a essência dos problemas”, papel que deve ser reservado a uma classe de *experts*, “homens responsáveis” e com uma “formação especial” para essa missão (2003, p. 454). Nesse quadro, o público, as “hordas aturdidadas” têm uma função: ser “espectadores interessados da ação e não participantes”, pois “oferece-se à classe especializada a oportunidade de gerir as questões públicas, em virtude de sua subordinação àqueles que detêm o poder real” (*idem*).

A relutância em aceitar um modelo de regulação mais horizontal, está ligada menos à impossibilidade real da comunidade gerir parte de seus problemas e mais ao “medo da democracia”, da “temível perspectiva da liberdade e da autodeterminação” (CHOMSKY, 2003, pp. 446/447).

Capítulo 6

Proposta de Regulação Legal e Conclusões

6.1. Identificação dos espaços normativos existentes. 6.1.1. Outros contextos problemáticos nos quais a mediação pode ser utilizada. 6.2. Critérios, princípios e modelo organizativo correspondente. 6.3. Algumas conclusões.

6.1. Identificação dos espaços normativos existentes

Iniciando o último capítulo, resta identificar os espaços normativos para a mediação no Brasil. A atividade de mediação e as práticas de justiça restaurativa não exigem, *a priori*, previsão legal específica para serem utilizadas no âmbito penal. Requer-se, apenas, dispositivos legais que recepcionem medidas como a reparação-conciliação ou soluções consensuais, afastando a possibilidade de pena ou atenuando-a. Essa adaptabilidade é uma das características marcantes do paradigma de justiça debatido ao longo deste trabalho e deve ser aproveitada, num primeiro momento, para viabilizar programas experimentais com o objetivo de testar a operatividade real da mediação no contexto nacional e aprender com as falhas para, num segundo momento, pensar-se em legislar a matéria. A existência de legislação, então, permitirá uma definição clara das especificidades da mediação em face da justiça penal e atenderá às necessidades que emergirão do confronto empírico dos primeiros projetos com o sistema de justiça e, principalmente, com a atitude dos operadores.

A flexibilidade do modelo confirma-se pela implementação de três projetos de justiça restaurativa no Brasil: nas cidades de Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP e no Distrito Federal. Experiências ainda incipientes,¹ razão pela qual não foram incluídas nesta análise. No entanto, o pouco que se observou destes três projetos,² foi suficien-

1 No Juizado Especial Criminal do Fórum Central de São Paulo, ensaiou-se um promissor trabalho de envio à mediação de casos de violência doméstica e familiar. Contudo, o projeto sucumbiu ante o colapso do Juizado, onde hoje há cerca de 15.000 casos paralisados, aguardando a prescrição. Esse fracasso, não é apenas resultado de uma caótica e irresponsável implementação da Lei 9.099/95, também é fruto das concepções processualistas utilitárias equivocadas que informaram a criação da lei.

2 O ILANUD está finalizando um relatório com a sistematização e avaliação dessas três experiências de justiça restaurativa no Brasil, após uma profícua pesquisa de cuja parte final tive a oportunidade de participar, a convite de Davi Tangerino e Karyna Sposato, aos quais agradeço pela enriquecedora oportunidade. Houvesse mais tempo para finalização desta tese, os resultados poderiam ser incluídos e avaliados.

te para confirmar alguma das conclusões esboçadas e sistematizadas a seguir, quais sejam: (i) crimes de bagatela, fatos pouco esclarecidos e/ou de duvidosa adequação típica não devem ser encaminhados para a justiça restaurativa, sob o risco de gerar graves ilegalidades, disfuncionalidades e a expansão disfarçada do controle punitivo (em São Caetano do Sul, menores de idade foram submetidos a conferências restaurativas supervisionadas pela justiça comum, em razão de fatos claramente atípicos e com objetivos meramente disciplinadores); (ii) a justiça restaurativa não pode sobrepor-se aos mecanismos da justiça formal, por tratar-se de lógicas diversas, pela possibilidade de *bis in idem* e de revitimização (em Porto Alegre as medidas restaurativas são propostas após a sentença, pela vara de execução de medidas sócio-educativas, cumulando-se a estas e, ainda, ocorrendo numa distância temporal do fato o que prejudica sensivelmente o diálogo); (iii) devem ser estabelecidos critérios de regulação legal da recepção dos acordos pela justiça penal. Os dois primeiros itens ratificam que a mediação é a atividade mais recomendável para superar incompatibilidades específicas da justiça restaurativa com o sistema penal brasileiro, cujas tendências autoritárias e ultraformalistas precisam ser consideradas com especial atenção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) representa uma esfera natural para o desenvolvimento do novo modelo, lembrando que todas as melhores experiências de justiça restaurativa e mediação surgiram nos tribunais de menores e expandiram-se para a justiça comum. Além de uma fácil adaptação normativa, a adoção da mediação nesse campo poderia ter efeitos positivos, tais como recuperar o sentido da medida socioeducativa, que hoje funciona como punição, e evitar estigmatização e segregação de crianças e adolescentes em conflito com a lei. Conflitos, cuja resposta institucional oferecida representa o tipo de compromisso com o futuro assumido pela sociedade. Uma sociedade que oferece uma resposta hostil, distanciadora e excludente, estabelece um compromisso de futuro análogo.

Saindo da esfera da justiça de menores, de início, destacam-se todos os crimes de ação penal privada ou ação penal pública condicionada. Por se tratar de casos em que a manifestação de vontade da vítima é suficiente para afastar a intervenção penal, abre-se uma oportunidade direta para a mediação ser incluída nas opções oferecidas às partes para conciliar-se ou discutir a reparação do dano.

As chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01 como aquelas em que a pena

máxima não ultrapasse 2 (dois) anos, oferecem um campo para o desenvolvimento inicial do novo modelo, mesmo porque, mal ou bem, já existe pré-disposição cultural para aceitar a solução consensual nesses delitos. Contudo, a previsão legal existente serviria apenas como porta de entrada para a mediação, pois, conforme exaustivamente repetido ao longo do trabalho, a transação penal e a conciliação previstas na Lei 9.099/95 não podem ser incluídas nos conceitos de justiça restaurativa e mediação, embora tenham natureza jurídica semelhante.

Ambas foram concebidas apenas para obter um resultado célere e instrumentalizadas mais como formas mitigadas de punição do que de ampliação dos espaços de consenso e de participação do jurisdicionado na administração da justiça. A transação penal é apenas uma forma abreviada de aplicar pena sem a necessária verificação de culpabilidade e sem qualquer contrapartida de integração social e participação da vítima.

Sequer o almejado efeito deflativo foi alcançado: a lei 9.099/95 apenas deslocou o acúmulo de processos de um setor para outro do sistema judiciário, repetindo no “novo” espaço a ineficiência crônica do antigo. Ocorreu que as varas criminais passaram a dar conta de uma delituosidade antes resolvida por “processos informais de mediação” (GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, 2000, p. 136) na polícia ou mesmo entre as partes e, ainda, levaram à justiça criminal situações que não apresentam dignidade penal. Os números globais de decisões dos juizados criminais analisados em uma pesquisa feita em Porto Alegre comprovam isso: apenas 5% dos casos que chegaram a juízo terminaram em conciliação ou transação; em 31% dos casos houve renúncias da vítima; 63% dos casos foram arquivados (decadência, prescrição, pessoas não localizadas, ausência de materialidade do fato); e 1% foram remetidos à justiça comum e obtiveram um julgamento de mérito (Idem, p. 151). A Lei 9.099/95, dada a falta de definição conceitual dos problemas a que propôs enfrentar, apenas ensaiou a ampliação dos espaços de consenso e participação, o que, em verdade, só ocorre por meio da mediação ou de práticas restaurativas que se desenvolvam num espaço outro, diverso, mas complementar às instâncias decisórias, treinadas para impôr decisões, não para negociar soluções ou gerir problemas.

Após dez anos de vigência, constata-se que os juizados especiais criminais pouco contribuíram para a remodelação do paradigma arcaico da justiça penal, não trouxeram nenhum progresso no campo da resolução de conflitos e, mesmo em relação ao objetivo utilitário de

celeridade e desobstrução do sistema de justiça, não se verificaram resultados expressivos.

Analisando esse quadro, o primeiro impulso para justificá-lo seria responder que “na prática as coisas funcionam diferente”, ou seja, as regras de funcionamento real das instituições teriam deturpado o bom projeto representado pela Lei 9.099/95. Logo, o problema seria a nossa condição subdesenvolvida, da qual derivaria um atraso cultural representado por “leis que não pegam...”. Assim, não haveria como o JECRIM ou qualquer outro projeto de reforma profunda do sistema de justiça prosperar. Isto não se justifica: houve também uma falha projetual. Os juizados especiais criminais não avançaram no sentido de desenhar um novo modelo de justiça e aperfeiçoar o existente, porque a lei tinha um objetivo declarado “alcançar um ‘processo de resultados’”, por meio da celeridade e simplificação da justiça (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1997, p. 24).

A transação penal é instituto que contradiz a índole consensual atribuída aos juizados especiais. De aplicação automática, é aplicada após frustrada a conciliação entre as partes (quando cabível): o juiz recebe o Termo Circunstanciado contendo a *notitia criminis*, designa audiência preliminar, o Ministério Público propõe-impõe a pena restritiva de direitos ou multa e, se o autor aceita-a e cumpre-a, arquiva-se o feito, sendo que ele não pode valer-se do benefício nos 5 (cinco) anos seguintes, o que gera uma forma disfarçada de reincidência. Não há qualquer discussão acerca da reparação do dano e a vítima não tem direito a se manifestar durante a “transação” que, em suma, é instituto que revela a total ausência de um ideal reparador e a impossibilidade de negociação e interpretação das normas a partir do marco do conflito. A vítima, embora trazida para o juizado especial, sequer é ouvida ou consultada: o promotor propõe a pena e a não-aceitação da proposta de transação, conforme cronograma feito por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2000, p. 130), em geral resulta no oferecimento da denúncia. Conclui-se que a “proposta” é imposta ao autor, coagido pela iminência do processo criminal. Na barganha entre acusado e acusação, cede sempre o mais fraco, pois a acusação obtém a desejada aplicação de pena, sem recorrer ao debate processual. Numa inaceitável distorção, isso acaba por reduzir a chance de absolvição na eventualidade de processo pois, ao acenar e insistir na aceitação da proposta para desincumbir-se do caso, o juiz elabora um pré-juízo da imputação. Logo, a opção do indivíduo é pena ou pena.

A mediação, ao reverso, afasta juiz e promotor da negociação, tentando fazer com que ocorra num ambiente livre de coerção direta e de equilíbrio de poderes.

Voltando à identificação dos espaços normativos, após uma crítica necessária do modelo brasileiro de justiça “consensual”, a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95), oferece um universo mais significativo para a mediação, pois permite a solução consensual em crimes cuja pena mínima é de 1 (um) ano (p. ex., homicídio culposo, aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, lesão corporal grave, extorsão indireta, apropriação indébita, estelionato, receptação simples, furto simples, falsidade ideológica, etc.) e prevê a reparação do dano (art. 89, § 1º, I) como condição do acordo, cujo cumprimento resulta na extinção da punibilidade. Ao receber a denúncia, o juiz, ao invés de designar o interrogatório, delegaria o caso para o ofício de mediação, que se incumbiria de estabelecer o contato com as partes, informá-las da possibilidade de negociar uma solução, realizar as sessões de mediação e conduzir o diálogo que pode ou não resultar na reparação do dano, suficiente para a justiça penal homologar o acordo e decretar a extinção da punibilidade. Frise-se que, nessa perspectiva, as demais condições de suspensão (comparecimento mensal em juízo, proibição de ausentar-se da comarca, etc.) não poderiam ser aplicadas pelo juiz, a não ser que as partes, livremente, acordassem alguma daquelas, concebidas como forma de reparação simbólica e de recomposição da paz jurídica.

Ainda, visando enriquecer as possibilidades jurídicas para a mediação, há que se notar que para muitos dos crimes relacionados acima, a suspensão condicional só é aplicável na forma simples. Por exemplo, no furto ou na receptação qualificados a pena mínima excede 1 (um) ano, o que resulta na inocuidade do dispositivo, pois basta a acusação incluir uma qualificadora na denúncia para afastar a sua incidência. Porém, interpretando-se a ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo trazida pela Lei 10.259/01 à luz dos princípios de isonomia e igualdade, conclui-se pela viabilidade jurídica de aplicação da suspensão condicional do processo para crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos,³ o que devolveria tais

³ Embora a jurisprudência tenha afastado essa tese, há uma decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nesse sentido: “... De qualquer sorte, em que pese o posicionamento jurisprudencial, que conclui pela permanência do critério da pena mínima de 01 (um) ano, em se tratando de suspensão condicional do processo, entendo, com a devida vênia,

casos à possibilidade de solução consensual e ampliaria as possibilidades de mediação.

No restante da legislação, são escassos os espaços normativos. O perdão judicial (artigo 120, Código Penal) poderia representar uma ponte entre os dois modelos de justiça. No entanto, as hipóteses positivadas estão limitadas aos casos de homicídio e lesão corporal culposos (artigos 121, § 5º e 129, § 8º) e de delação premiada. Caberia à criação judicial estabelecer novas possibilidades de perdão judicial, permitindo à mediação em crimes de maior gravidade e que exigem uma resposta mais solene. O perdão judicial, acima de tudo, representa um “desvio lógico do magistério punitivo”, sem, no entanto, enfraquecê-lo ou desprestigiá-lo (AZEVEDO, 2001, p. 87). Pelo contrário, oferece um referencial ético diferenciado para uma sociedade condicionada a compreender que a justiça só se atinge pelo castigo.

Nas leis de crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90, c.c. Lei 8.884/94) e contra o meio ambiente (Lei 9.605/98) há dispositivos que favorecem a solução consensual. Nos crimes contra a ordem econômica há o acordo de leniência, que é uma forma de delação premiada e, portanto, não se adapta aos conceitos aqui trabalhados. A lei dos crimes ambientais tem inúmeros dispositivos que privilegiam a reparação do dano e mesmo não havendo vítima individual, em perspectiva, não há porque não se pensar em mediação nessa área, realizável por meio do diálogo entre ofensor, Ministério Público, órgãos ambientais e entidades não-governamentais (comunidade) interessadas e habilitadas para debater uma forma de enfrentar as conseqüências de um dano ambiental específico.

que referido entendimento resulta em uma incongruência jurídica, além de que ofende o primado da isonomia ...” E, acrescentando que para fins de definição das infrações penais submetidas aos Juizados Especiais Criminais, em razão da isonomia, é aceita a nova disposição da Lei 10.259/01, conclui: “... Esse raciocínio lógico e isonômico contemplado na Lei nº 9.099/95 deve também nortear a aplicação da Lei nº 10.259/01, pois seria incongruente que alguém que não estivesse sendo processado e nem tivesse recebido condenação anterior, e que ainda contasse com os demais requisitos favoráveis do artigo 77 do Código Penal, o que levaria a que se fosse condenado viesse a ter uma pena máxima dentro do limite do conceito de infração de menor potencial ofensivo, e lhe fosse, mesmo assim, afastado do regime mais benéfico trazido pela norma ... Portanto, por uma questão de isonomia e de política criminal, inclusive, entendo que com o advento da Lei nº 10.259/01, a suspensão condicional do processo deve ser regulada pela pena mínima de 2 (dois) anos e não mais de 01 (um) ano. ...” (TRF 3ª Região, HC 2003.03.0073280-0, julgado em 15/03/2004).

Porém, excluindo-se, em princípio, os crimes mencionados no parágrafo acima, há espaços normativos suficientes no ordenamento jurídico brasileiro para viabilizar a adoção da mediação penal, pois é amplo o universo de crimes abrangidos pelo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo e pela suspensão condicional do processo, embora o primeiro inclua uma série de condutas penalmente irrelevantes e meras incividades.

6.1.1. Outros contextos problemáticos nos quais a mediação pode ser utilizada

Sem recorrer somente a categorias fechadas e pré-estabelecidas como a quantidade de pena e buscando uma definição mais conceitual das situações problemáticas que podem ser geridas pela mediação, é possível vislumbrar um campo mais profícuo para implementá-la. Limitar as possibilidades de mediar delitos somente pela quantidade de pena abstrata cominada, fomenta a concepção restrita de que a mediação é uma reação penal substitutiva à punição.

Em ordenamentos marcados pelo caos normativo, onde há leis criminalizando a generalidade das condutas, sob termos vagos e imprecisos, crime e pena perdem seu caráter de censura extraordinária. A banalização da punição como resposta institucional gera certa sensação de desorientação, de anomia, de insegurança. O clima de emergência penal, a exploração do medo e o populismo político que abraça o tema da segurança pública (resumindo-o à repressão), tornam pouco provável a reorganização da matéria penal por meio de medidas efetivas de descriminalização e despenalização. Nesse quadro, a mediação é um método diverso, dialético e mais democrático de demarcação das fronteiras da penalidade. Na prática, cada caso solucionado pela via negociada, reafirma a reprobabilidade da conduta, o valor tutelado pela norma e a possibilidade de reparar as suas conseqüências com medidas não punitivas.

Como não há um comportamento específico que pode ser definido como crime, para que um ato se transforme em crime é necessário uma prática institucional que classifique-o dessa maneira, que os atores pensem em uma categoria suscetível de abarcar o evento bruto e que, então, o enxerguem com “lentes penais”. Logo, o crime não se define como comportamento, mas pela maneira como o sistema penal o observa. Há uma tela institucional entre os membros da comunidade social e os atos e através dela é que passamos a enxergar determina-

das condutas como crime. Nils Christie afirma que “atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. É criado. Primeiro existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos” (1998, p. 13).

Nessa mesma linha, Paulo Queiroz (2001, p. 130) pondera que, se o que chamamos de crime é uma definição legal carente de substrato ontológico, o fim do direito penal é, em última instância, decidir conflitos e, “se assim é, impõe-se, à semelhança do direito não-penal, e sem prejuízo da segurança jurídica, flexibilizar os modos de atuação do direito e processo penais”, pois “se é missão da justiça criminal decidir conflitos, embora sem resolvê-los, em face de sua atuação local, superficial e cirúrgica, nada mais razoável do que lhe assegurar maior liberdade nesse papel”.

Logo, é possível explicar e agrupar tais comportamentos (criminosos) através de uma tela institucional (crime-pena), mas apenas de maneira aproximada, pois comportamentos semelhantes na sua forma de atualização podem ser justificados de maneiras diferentes, e comportamentos tratados de maneira diferente pelo Direito podem ter pontos em comum, também. Assim, é ilusório imaginar que a quantidade da pena (ou mesmo a pena em si) possa fixar a solução mais apropriada para cada conflito.

Notadamente, a maioria dos programas de justiça restaurativa ainda se concentra nos crimes patrimoniais ou de menor gravidade, seja pela facilidade de discutir a reparação do dano no primeiro grupo ou pelo desinteresse da justiça penal no segundo grupo, este derivado da ânsia em esvaziar prateleiras. Mesmo limitando a área de atuação aos problemas incluídos nesses grupos, a perspectiva seria ampla: estima-se que cerca de 70% dos processos criminais nos fóruns das grandes cidades tratem de furto, roubo ou outros delitos contra o patrimônio.

Violência doméstica, crimes sexuais e crimes de trânsito são contextos em que a mediação vem sendo testada e avaliada com algum otimismo. Em todas essas áreas, o que se destaca é o caráter relacional do delito e a inexistência de um critério rígido que indique quando mediar ou quando punir. Superado aquele requisito indispensável (participação livre, consentida e informada de ofensor e vítima), são as particularidades do caso concreto, tais como o grau de ofensividade e de violência, a necessidade de reprovação ou a dificuldade de esclarecimento dos fatos, que vão indicar esta ou aquela resposta.

O desafio será aceitar a mediação em crimes como o roubo, sobre o qual a face autoritária, repressiva e seletiva da justiça penal revela-

se com mais nitidez. Diversos países utilizam práticas restaurativas para lidar com roubo e outros delitos que envolvem violência interpessoal sem que isso tenha resultado numa sensação de injustiça, impunidade ou de debilidade da reação penal, muito pelo contrário. Relembrando da pesquisa de Strang (2001), na Austrália foi justamente nos crimes violentos, incluindo os de motivação patrimonial, em que se constatou o resultado mais positivo de queda da reincidência após a utilização de métodos restaurativos.

Sem referir-se a uma classe específica de delitos, há outros contextos indicados para a mediação: as chamadas “vizinhanças problemáticas”, bairros ou regiões particularmente conflituosas, nos quais a presença do Estado é nula ou ineficiente. Localidades em que há uma carência por alguma forma de regulação social que estabilize as relações e a convivência entre os moradores a partir dos códigos de comunicação próprios àquela comunidade. Essas localidades têm sido objeto de várias iniciativas de justiça alternativa ou comunitária, dentre as quais se incluem os centros de mediação.

Aqui, vale o exemplo das *Boutiques de Droit* na França, os *Family Group Conference* na Nova Zelândia e o programa *Community Youth Conferences*, implementado na Austrália com base no modelo *Wagga Wagga* de justiça, inspirado em compreensões comunitárias acerca da justiça e da vida social. Mais remotamente, a experiência marcante neste contexto foram os *Community Boards*, organizados no final da década de setenta, em São Francisco (EUA). Todos esses projetos, foram fruto não só da crise do formalismo, mas surgiram principalmente por força de outra razão: numa sociedade fragmentária e anômica, os cidadãos não têm quase mais nada em comum, a não ser um determinado conflito que os opõe. Assim, cada conflito é visto como uma oportunidade a ser aproveitada, até porque inevitável, de estabelecer laços sociais e de evidenciar relações de cidadania que só emergem da ocorrência de um conflito.

Outro contexto, da maior gravidade, é representado por fatos cuja importância histórica e os reflexos para a democracia são tais que requerem uma resposta distinta da repressão. Grandes conflagrações, conflitos étnicos, raciais ou mesmo sociais, podem ser enfrentados pela via da conciliação e do perdão. Remete-se ao exemplo da Comissão para Verdade e Conciliação, utilizada com mais destaque na África do Sul, mas também em outras situações, como em Greensboro (EUA), onde no final da década de setenta diversos homicídios sucederam-se em razão do racismo e, notando que a resposta punitiva só fomentaria

a espiral de violência, a comunidade e as autoridades optaram pelo enfrentamento pacífico da situação e, então, conseguiram conter a onda de crimes.

6.2. Critérios, princípios e modelo organizativo correspondente

Da combinação dos modelos analisados no capítulo 2 e das críticas e obstáculos debatidos no capítulo 3, deduz-se a necessidade de uma proposta de regulação legal que inclua três aspectos principais: (i) os critérios de envio do caso para mediação; (ii) as formas jurídicas para recepção da mediação pela justiça penal; e (iii) a definição de um modelo organizativo implementável.

Antes, é preciso fixar com clareza os princípios sobre os quais se assenta o novo paradigma de justiça, partindo da premissa de que somente uma identidade insolúvel entre fins e meios pode garantir coerência e legitimidade de qualquer sistema de gestão de assuntos públicos, tal como ocorre com a gestão da criminalidade e da violência.

A justiça restaurativa requer a observação de alguns princípios mínimos: (i) participação ativa, informada e voluntária de ofensor e vítima (*empowerment*); (ii) possibilidade de participação da comunidade; (iii) o crime considerado, primariamente, como um conflito entre indivíduos e um ato que causou danos à pessoa e/ou às relações sociais; (iv) a resposta ao crime deve focar a reparação de suas consequências, por meio de prestações voluntárias e negociadas, mais simbólicas do que materiais.

Optando pela mediação, como atividade-fim da justiça restaurativa, é importante retomar seus requisitos básicos: (i) voluntariedade (consentimento livre e informado); (ii) confidencialidade e oralidade, (iii) informalidade; (iii) neutralidade do facilitador; (iv) ativo envolvimento comunitário; (v) extrajudiciabilidade e (vi) autonomia em relação ao sistema de justiça. Esses requisitos formam a moldura do projeto de mediação proposto, a qual deve ser preenchida pela definição de êxito, ou seja, qual a finalidade da mediação.

A voluntariedade deve incluir assistência jurídica no momento da opção pela mediação e reconhecer que sempre haverá fatores limitativos a um consenso realmente livre. Por isso, deve ser concebida como consenso informado para os ofensores e escolha informada para as vítimas, enfrentarem o problema que os opõe por um caminho diverso da justiça formal.

A partir do enfoque transformador (capítulo 1), é possível afirmar que a celeridade e a obtenção do acordo não são finalidades da mediação, embora, circunstancialmente, possam ser atingidos. O êxito da mediação define-se com a abertura de um canal de comunicação que permita o encontro de uma linguagem compartilhada para interpretar, superar o conflito e facilitar uma solução consensual.

A definição dos critérios de envio ou delegação de um caso para a mediação é fundamental, tanto em termos de organização, quanto de transparência, pois, não raro, as iniciativas de informalização da justiça acabam sendo gerenciadas de maneira assistemática. Evidentemente, não há como fugir da *quantidade de pena* como um critério inicial, o qual, no entanto, deve servir como marco legal de referência a ser balizado conforme outros critérios.

Nesse sentido, o envio do caso à mediação deve ser precedido da verificação dos pressupostos materiais mínimos da tutela penal (BIANCHINI, 2002), dentre os quais destaca-se a determinação da *ofensividade*. O princípio da ofensividade como regra para legitimar a mediação, emana da Constituição e imbrica-se com a proteção de bens jurídicos (GOMES, 2002, p. 101) para afirmar a atividade extrajudicial também sob uma perspectiva garantista. A constatação da presença concreta de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico deve ser uma condição imprescindível para ativar a mediação. Recorre-se, indubitavelmente, aos mesmos pressupostos que habilitam o exercício do poder punitivo, o que pode parecer contraditório, mas não é: como a dialética da mediação desenvolve-se ao redor do comando emitido pelo preceito penal e seu resultado só pode ser recepcionado pela justiça penal em termos de afetação da necessidade de pena, não há como legitimá-la sem analisar aqueles mesmos pressupostos. Vale, então, traçar um paralelo com a doutrina penal, afirmando que as condutas que podem ser objeto de mediação penal “hão de ofender ou colocar em perigo bens fundamentais para a sociedade ou o indivíduo (*princípio da ofensividade*), excluída de qualquer possibilidade de incriminação aquelas ofensas (ou riscos) de pequena monta, nas quais subsiste um escassa ofensa (*princípio da insignificância*)” (BIANCHINI, 2002, p. 141).

Em consonância com a orientação da Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e da Recomendação do Conselho da Europa nº R (99)19, a mediação só deve ser utilizada quando existam evidências suficientes para iniciar a persecução penal, o que confirma que a suspensão condicional do processo pode representar um meio

seguro para a utilização, uma vez que pressupõe o oferecimento de denúncia.

Quanto à recepção do caso pós-mediação pela justiça penal, impõe-se disciplinar duas situações: quando há acordo e quando não há. Não havendo acordo, o caso retorna para a justiça penal nas mesmas condições em que foi enviado e a posição do ofensor deve estar resguardada pela cláusula de confidencialidade de tudo o que foi debatido no ofício de mediação e pela disposição de que o consentimento em participar da mediação não pode ser considerado sob nenhum aspecto durante o processo penal. Vale o exemplo do *Ufficio di Mediazione* de Milão: o resultado positivo ou negativo da atividade de mediação é referido à autoridade judiciária de forma extremamente sintética. Nos casos em que o resultado foi negativo, apenas é informado “não houve consenso”. Contudo, esta situação, pode, adiante, ser considerada pelo juiz para fundamentar uma concessão de perdão judicial ou para abater a pena, quando a simples disposição do ofensor em discutir um acordo, em face das circunstâncias e gravidade do fato, pareça suficiente para motivá-lo.

Já o resultado positivo (acordo), surge como premissa para o juiz não habilitar o exercício do poder punitivo. Aqui, é fundamental que a decisão que recepcione o acordo tenha força de sentença judicial, evitando a possibilidade de *bis in idem*. Essa decisão pode ser regulada de algumas formas, dentre as quais propõe-se duas: *extinção da punibilidade* e *renúncia à pena*. A extinção da punibilidade, prescindindo de reforma legislativa, pode ser decretada nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo, com base no artigo 84, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e de suspensão condicional do processo, fundada no artigo 89, § 5º, da mesma lei. Com uma alteração legislativa simples, o acordo obtido por meio de mediação poderia resultar na possibilidade de perdão judicial, na forma do artigo 107, IX, do Código Penal.

No entanto, a proposição que parece mais adequada à construção dogmática e político criminal desenvolvida no capítulo 4, é aquela na qual a mediação afeta a necessidade de pena, autorizando o tribunal a prolatar uma decisão de renúncia, nos moldes do disposto no § 46a StGB (ver capítulo 2, tópico 2.2) Verificando-se, no caso concreto, que a solução negociada foi suficiente às finalidades de reprovação e prevenção estipuladas no artigo 59 do Código Penal, desaparece a necessidade de pena, também disciplinada no mesmo artigo. A exemplo do perdão judicial, o resultado positivo da mediação torna forçoso reconhecer que “a reprimenda já não potencialmente atingirá a finalidade retribu-

tiva ou preventiva” (AZEVEDO, 2001, p. 92). Portanto, é desnecessária, não autorizando a deflagração do aparato punitivo.

Quanto à valoração do conteúdo do acordo, incumbirá ao juiz, apenas, verificar se o acordo estabelecido não ofende ao princípio da legalidade, ou seja, as prestações voluntárias assumidas pelo ofensor não podem exceder os limites da resposta penal cominada àquele determinado crime, principalmente no que se refere à limitação temporal para o cumprimento do acordo. Assim, o juiz tem a relevante função de zelar pela proporcionalidade e razoabilidade do acordo. O *Crimes (Restorative Justice) Bill 2004* australiano é exaustivo em indicar o que o juiz deve verificar, servindo de fonte segura para regulação legal dos acordos no nosso ordenamento.⁴ Porém, qualquer outra ingerência da autoridade judiciária sobre os termos da solução livremente negociada entre as partes, é prejudicial à índole consensual e democrática da mediação, violando seus princípios básicos e, enfim, seu potencial estabilizador. Se o acordo obtido foi suficiente para estabilizar as relações e expectativas afetadas pela prática do crime e não violou os direitos individuais das partes, alterá-lo ou não aceitá-lo só aumentaria a instabilidade anteriormente superada, fazendo incidir o poder da autoridade num espaço que trabalha distante dos conceitos de autoridade e poder.

Em relação às conseqüências do descumprimento do acordo, ainda não há uma definição clara. Pode-se dizer que, no momento em que as partes negociam uma solução, muda o eixo do conflito, pois as prestações acordadas têm caráter obrigacional. Mal comparando, seria uma “novação do conflito”. Porém, remeter o cumprimento do acordo ao direito civil não parece produtivo. A saída mais adequada parece ser a manutenção de certa indefinição neste ponto: dependendo das circunstâncias do caso concreto, o juiz decidiria pelo reenvio do caso à esfera processual penal ou prorrogaria a discussão do acordo perante o mediador, concedendo às partes nova oportunidade de concretizar a solução negociada. Dentro do novo paradigma, é imperioso manter a maior margem de liberdade às deliberações dos cidadãos e acreditar que o canal de comunicação aberto pela mediação é suficientemente

⁴ Relembrando, segundo o Bill, o sistema de justiça não pode aceitar a solução consensual se: (i) o acordo for contrário à lei, (ii) implicar a restrição de liberdade do ofensor, (iii) seja degradante ou humilhante, (iv) imponha aflição ao ofensor ou a qualquer pessoa e, no caso de acompanhamento ou prestações de serviço, (v) a medida se prolongue por mais de 6 meses, contados da data do acordo.

robusto para permitir a renegociação dos termos de acordo, desde que ocorra dentro de um limite temporal determinado e o não cumprimento tenha uma justificativa plausível. Exauridas as possibilidades de cumprimento do acordo, evidentemente, o caso volta a ser de competência da justiça penal.

Quanto à estrutura de funcionamento desse sistema mediação/punição, é imprescindível planejar um modelo organizativo que possa corresponder aos princípios. Logo, a estrutura deve valorizar aquela relação de *complementariedade funcional* entre as esferas, o que não se visualiza, por exemplo, com a demarcação de uma fronteira rígida e imóvel: daqui em diante, punição, daqui para trás, mediação. Essa relação funcional clama por uma fronteira móvel e regulada, flexível às necessidades de cada caso, de cada contexto e de cada tempo. A mediação, assim, deve manter *autonomia condicional* em face do sistema judiciário.

O ideal é que a mediação ocorra em ambiente separado, ou seja, o ofício ou centro de mediação deve estar sediado fora dos tribunais, se tanto, em anexo, para que se constitua como espaço outro e não sofra a natural influência das autoridades judiciárias. A equipe de mediadores deve ser multidisciplinar e incluir pessoas selecionadas nas comunidades, sempre procurando evitar o predomínio de profissionais do direito e servidores do judiciário, mesmo que voluntários. Por fim, é necessário designar qual será a autoridade judiciária incumbida de delegar os casos para a mediação e recepcionar seu resultado. Embora em alguns países essa atribuição seja de promotoria de justiça, aqui, parece mais adequado que essa tarefa seja exclusiva do juiz. Da mesma maneira, em outros países a polícia pode enviar os casos diretamente para o centro de mediação, o que parece inviável no Brasil, mas não deve ser desprezado como meta, pois pode representar um passo importante para redefinir a própria relação entre polícia e comunidade.

6.3. Algumas conclusões

Encerrando a linha de investigação proposta, confirma-se a hipótese de que a mediação penal é compatível com o ordenamento jurídico pátrio e pode encontrar lugar na racionalidade penal. Também é recomendável ao nosso contexto social e tem potencialidade para atingir os objetivos de integração social, preservação da liberdade e ampliação dos espaços democráticos, diminuição do caráter aflitivo da resposta penal, superação da filosofia do castigo e restauração e/o

manutenção da paz jurídica, desde que inserida em um novo paradigma, a justiça restaurativa. Na verdade, ambos os conceitos articulam-se, um para garantir a efetividade do outro.

Para além das metas acima expostas, as quais cumpriram a função metodológica de premissas, a mediação coloca-se num quadro mais amplo, de enfrentamento da crise do paradigma da modernidade, especialmente no que se refere à administração da justiça e à gestão da criminalidade.

Contudo, a mediação não pode ser considerada uma panacéia, principalmente porque a baixa credibilidade do sistema judiciário gera um clima propício para o oferecimento de remédios milagrosos. A idéia da mediação padece de alguns problemas, os quais não afastam a sua validade. Mais do que conclusões, o debate desenvolvido neste livro suscita muitas dúvidas. Dúvidas, no entanto, instigantes e motivadoras.

O resgate da mediação significa o retorno de práticas ineficientes e até ingênuas? Será que a mediação poderá adequar-se às expectativas de justiça da sociedade contemporânea? A ampliação do acesso à justiça através da justiça criminal não resultará na expansão da rede de controle penal e disciplinar? Os acordos obtidos pela mediação podem ser mesmo eqüitativos e não sucumbirão à lógica mercantil? A exigência de voluntariedade, na prática, não implicará em um número reduzido de casos enviados à mediação, não se justificando todo o esforço para construir um novo modelo tendencialmente inócuo?

Todas essas questões podem ser respondidas afirmativamente: há o risco de a mediação incorrer em quaisquer dos problemas. Algumas experiências já apresentaram um ou outro fator negativo dentre os relacionados. Porém, a pesquisa científica, o debate internacional e os programas mais avançados podem ensinar como evitar os defeitos inerentes a um modelo aberto, flexível e, logo, mais exposto às deformações casuísticas e a desvios dos seus princípios.

Num horizonte mais amplo, as dúvidas que restam convergem para aquelas levantadas por Teresa Caldeira (2003, p. 377), nas conclusões do trabalho tomado como referencial: pode-se desenvolver um modelo de cidadania e direitos individuais que seja flexível e ao mesmo tempo eficiente para controlar a violência? Existe um modelo de proteção às pessoas e respeito aos direitos que mantenha a indeterminação de fronteiras que caracteriza o espaço democrático?

A partir dessas dúvidas, a autora lança o desafio que a mediação, acreditamos, pode enfrentar: para superar o problema da violência, dos desrespeito aos direitos individuais e da resistência à expansão da

democracia, o sistema de justiça terá “de encontrar maneiras de democratizar o espaço público, renegociar fronteiras e respeitar os direitos civis” (CALDEIRA, 2003, p. 377).

Ante essas considerações finais e ao lado das dúvidas suscitadas, as principais conclusões são:

1. A mediação é um elemento básico de controle do crime e uma das categorias indispensáveis ao aperfeiçoamento da democracia.

2. A justiça restaurativa compõe a noção elementar de justiça e de gestão das conseqüências do crime desde as civilizações antigas.

3. O processo de concentração do poder e apropriação da justiça foi, progressivamente, eliminando todas as formas de mediação e justiça restaurativa em prol do sistema decisório, vertical e punitivo.

4. A linha demarcatória desse movimento histórico é a neutralização do papel da vítima. Assim, vítima e ofensor foram instrumentalizadas como oportunidades para manifestação de autoridade e exercício de poder.

5. O saber penal construiu teorias e categorias que justificam o sistema de castigos calculados sob pretextos úteis ou racionais, como a prevenção do crime e da violência.

6. Há uma negligência recíproca entre o estudo dos temas democracia e punição, como se o exercício do poder punitivo estivesse à margem da afirmação democrática e da cidadania. Com isso, consolidou-se a imagem de que a justiça penal é um espaço no qual práticas autoritárias são aceitas e até necessárias.

7. A racionalização do mundo a partir da razão iluminista já não é suficiente para conter a violência, solucionar conflitos e responder às demandas complexas da sociedade contemporânea.

7.1. Pelo contrário, não produziu a decomposição da violência: incorporou-a e regulou-a no sistema de direito e da política. A dimensão política da concentração da violência dentro do mecanismo institucional alimentou a espiral de violência que aflige a sociedade. Por isso, a racionalidade que justificou o monopólio da violência legítima não justifica, por si só, a manutenção do atual modelo de justiça.

8. Numa sociedade carente de representação política e de projetos coletivos, a justiça surge como novo cenário da democracia. É o local de visibilidade e exigibilidade das diversas aspirações democráticas que não encontram lugar em outras esferas públicas.

9. O aumento de expectativas em relação à justiça, exige uma contrapartida de incremento das oportunidades de participação e deliberação na sua administração.

10. O sistema de justiça tradicional não demonstra aptidão para atender a essas novas e complexas demandas. Ao reverso: é a arena pública onde a democracia é confrontada cotidianamente de forma mais visível e articulada, marcando o caráter disjuntivo da democracia brasileira.

11. A gestão pública da criminalidade também é um assunto que requer maior participação popular sob a forma de ampliação das oportunidades de influir nas decisões que habilitam o exercício do poder punitivo.

12. Nesse quadro, a justiça restaurativa é um movimento real e eclodido, em especial a partir das últimas duas décadas. Baseada em métodos de resolução pacífica dos conflitos, alguns inspirados em práticas de comunidades nativas e no antagonismo com o modelo punitivo-retributivo, as redes de justiça restaurativa emergem com a pretensão de construir um novo paradigma de justiça criminal.

13. A mediação é um dos métodos utilizados na justiça restaurativa, mas se desenvolveu num campo mais amplo (*alternative dispute resolution, solving problem*) e tem sido aplicada em diversos contextos externos ao âmbito penal.

14. A evolução de ambos os conceitos levou ao natural encontro do modelo restaurativo com a atividade de mediação. Atualmente, a mediação penal (*victim-offender mediation*) é considerada o meio mais apropriado para a realização dos princípios da justiça restaurativa, principalmente por garantir autonomia em relação à justiça penal tradicional.

15. No âmbito penal, a mediação é uma atividade dialética, cujo conceito aproximado pode ser: reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça punitiva; cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional; cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e da paz jurídica.

16. A viabilidade da mediação penal impõe a quebra do paradigma punitivo, com a negação ou reformulação de seus principais postulados.

17. A mediação propõe a leitura relacional do comportamento criminoso, onde este passa a ser visto mais como um conflito que provoca a ruptura de expectativas sociais compartilhadas e danos às pessoas ou à coletividade e menos como uma infração à lei.

18. Essas expectativas são conduzidas a partir da mensagem normativa veiculada nos preceitos penais. As expectativas normativas são geradas a partir de um denominador comum: a lei, que cumpre a função unificadora e orientadora, que se realiza com o diálogo proporcionado pela situação concreta de desvio.

19. Por isso, é necessário permitir àqueles que são afetados pela norma participar das discussões nas quais a sua validade é determinada. Respostas corretas ao comportamento desviado requerem negociação sobre a orientação normativa como uma premissa de intervenção.

20. É através da reação penal que se expressa a vigência da mensagem normativa. Reação que não é representada necessariamente pela punição, também deve ser entendida com o acionamento dos mecanismos jurídico-penais e a ativa participação de ofensor e vítima no seu desenrolar.

21. Nessa linha, para a mediação a função da lei penal é a estabilização contrafática das expectativas normativas. Por isso, o mais importante é que a reação penal transmita a mensagem normativa.

22. A justiça penal não cumpre essa função por causa do *déficit comunicativo* que patrocina, em dois níveis: a linguagem inacessível dos tribunais e o estímulo da mensagem normativa exclusivamente pelo mecanismo da pena, ou seja, utiliza-se só uma parte (sanção) para comunicar a validade do todo (preceito) e, ainda, pretende-se coibir a violência com a resposta violenta.

23.1. Para superar o segundo aspecto desse *déficit*, propõe-se que o centro da eficácia motivadora do direito penal seja deslocado da sanção para o preceito, ao redor do qual se desenvolve o diálogo entre as partes.

23.2. A mediação e o mediador possuem só um instrumento: a linguagem. Por isso, considera-se o componente comunicativo-relacional como o seu traço mais marcante.

24. O senso comum, a jurisdicização da opinião pública e a midiática da justiça (todos fatores absorvidos pelos tribunais) condicionam, erroneamente, a percepção de realização da justiça à severidade das penas.

24.1. Pesquisas mencionadas nos tópicos 3.3 e 3.3.1 demonstram que (i) práticas restaurativas não aumentam a reincidência e em determinados contextos podem reduzi-la; (ii) a participação de vítimas e ofensores na mediação aumentou o grau de satisfação de ambos em relação ao sistema de justiça; (iii) vítimas que participaram da mediação têm menos medo de sofrer uma nova ofensa do mesmo autor; (iv)

comunidades envolvidas com os programas de mediação e justiça restaurativas sentem-se menos inseguras.

24.2. O uso contínuo da mediação pode contribuir para o desenvolvimento de novas formas de enfrentar a questão criminal, desmontando a equação que sustenta alguns equívocos, os quais bloqueiam a melhor compreensão do problema e sustentam uma aparência de justiça contraditória e irreal, confirmando, assim, que: (i) a ação dos tribunais não determina o aumento ou decréscimo da criminalidade; (ii) o controle do crime não é só um problema de polícia e nem só uma questão de aplicação da norma violada; (iii) a falta de punição (impunidade) não é o maior estímulo às condutas criminosas.

25. Na prática, o reforço cognitivo da mensagem normativa começa a se materializar com o requisito de voluntariedade: a participação voluntária na mediação, potencialmente, manifesta um sentido preventivo geral de reafirmação da norma muito maior do que a submissão coercitiva à persecução criminal. Tal potencialidade concretiza-se com a solução consensual, na qual ofensor e vítima outorgam-se reconhecimento recíproco e também em face da lei.

26. Os maiores obstáculos para a mediação em matéria penal são as garantias jurídicas e a racionalidade penal moderna. Ambas são barreiras mais retóricas do que efetivas. No mais, algumas das críticas contra a mediação penal derivam da falta de uma noção clara sobre o conceito ou da observação da fracassada experiência dos juizados especiais criminais, cujo modelo de justiça “consensual” não se assemelha àquele construído com fulcro na mediação.

27. Quanto às garantias, a barreira pode ser removida com a perspectiva do garantismo positivo e com a constatação de sua debilidade prática como limitação do poder punitivo expandido. A racionalidade penal moderna é o obstáculo mais forte, que pode ser superado com o encontro de justificativas dogmáticas e político-criminais elaboradas a partir do pensamento clássico.

28. A mediação encontra justificativa dogmática na restauração da paz jurídica (obtida pela reparação do dano e ou conciliação ofensor-vítima) e na teleologia redutora ou funcionalismo redutor (que permite a reconstrução dogmática do artigo 59 do Código Penal de maneira a conceber a desnecessidade da pena).

28.1. Aos aspectos acima, soma-se a reformulação da idéia de prevenção geral (como a pena não previne delitos, a prevenção só pode ser pensada em termos de revalidação da mensagem normativa pela força da comunicação e da reciprocidade, esta também compreendida como

o “exemplo do soberano” extraído dos modelos de comportamento oferecidos pelos agentes do sistema penal).

29. A política criminal fornece outras justificativas: reintegração da vítima; flexibilização *favor rei* do princípio da legalidade; prolongamento e efetivação do princípio da *ultima ratio*.

30. Para que a mediação não seja mais um paliativo para a crise do sistema de justiça, nem entendida como mero instrumento de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, deve ser implementada sobre dois fundamentos: ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidades de regulação social.

Bibliografia

- ACESSO À JUSTIÇA POR SISTEMAS ALTERNATIVOS DE ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS. Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais. Brasília, Ministério da Justiça, 2005.
- AERTSEN, Ivo e PETERS, Tony. "Des politiques européennes en matière de justice restauratrice". *Le Journal International de Victimologie*, année 2, n^o1, outubro de 2003, JIDV.COM.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. "The functionalization of the victim in the criminal justice system". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n^o 1. New York, Buffalo Criminal Law Center, 2000. Disponível em <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>. Acesso: 12.01.06.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale de Diritto Penale – Parte Generale*. Milão, Giuffrè, 1997.
- ANTONUCCI, Daniela. "I Teens Courts e la giustizia riparativa". *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão, CEDAM, 2000, pp. 167-181.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10^a edição. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- ARENILLAS, Carlos Enrique. *Tolerancia y Derecho: Aproximaciones a una relación difícil (en especial su relación con el sistema penal)*. Disponível em www.direitopenal.adv.br. Acesso: 10/11/2004.
- AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no Direito e Processo Penal*. São Paulo, Método, 2001.
- _____. "Culpa penal e a Lei 9.099/95". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n^o 16. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pp. 125-136.
- _____. *Dosimetria da pena*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- BAE, Imho. "A survey on public acceptance of restitution as an alternative to incarceration for property offenders un Hennepin County, Minnesota, USA". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 291-308.

- BARATTA, Alessandro. "La politica criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciências Penales". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, 1999, pp. 89-114.
- _____. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1997.
- _____. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico", Trad. Ana Sabadell. *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 5. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 5-24.
- _____. "Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale". *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene*, anno III, nº 3, Napoli, Scientifiche Italiane, 1985, pp. 443-474.
- _____. "Problemi sociali e percezione della criminalità". *Dei Delitti e delle pene*, nº 1/1983. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pp. 15-41.
- BARUCH BUSH, R. A. e FOLGER, J. P. *La promesa de mediación*. Trad. Aníbal Leal. Barcelona, Granica, 1996.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, Revan, 1990.
- BATTISTIN, Raffaella. "La mediazione e i suoi attori: l'esperienza della Catalogna". *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão, CEDAM, 2000, pp. 27-62.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo, José Bushatsky, 1978.
- BENEDETTI, Juliana Cardoso. *A função penal reparatória no marco criminológico da reação social*. São Paulo, Tese de Láurea apresentada na FADUSP, 2005.
- BERGALLI, Roberto. *Control Social Punitivo*. Barcelona, M. J. Bosch, 1996.
- BERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto, Brasília, UnB, 2000.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- BLANCO, Rafael, DÍAZ, Alejandra, HESKIA, Joanna e ROJAS, Hugo. *Justicia restaurativa: marco teórico, experiências comparadas y pro-*

- puestas de política pública*. Santiago, Escolha de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2004, nº 6.
- BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário de Política*, vol. 01. Trad. Carmem C. Varriale *et alii*. Brasília, UnB, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, UNESP, 2002.
- _____. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. "Justice réparatrice et médiation pénale: versa de nouveaux modèles de régulation sociale?". *Justice Réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Mylène Jaccoud (dir.). Paris, L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003, pp. 17-51.
- _____. "Penal and community mediation: the case of France". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 179-197.
- _____. "Una, tante mediazione dei conflitti". *La Sfida della Mediazione*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão, CEDAM, 1997, pp. 24-50.
- BOTTKE, Wilfried. "La actual discusión sobre las finalidades de la pena", *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, J. M. Silva Sánchez (org.). Barcelona, Bosch, 1997, pp. 41-72.
- BOUCHARD, Marco. "La mediazione: uma terza via per la giustizia penal?". *Il sistema sancionatorio penale e le alternative di tutela*. Giuseppe Borrè e Giovanni Palombarini (a cura di). Milão, FrancoAngeli, 1998, pp. 161-191.
- BRAITHWAITE, J. *Restorative justice: assessing an immodest theory and a pessimistic theory*. Ensaio preparado para o curso de direito da Universidade de Toronto, 1997, em <http://www.aic.gov.au>.
- BRUNELLI, Federica. "La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'Ufficio di Milano". *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão, CEDAM, 2000, pp. 63-81.
- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro. Editora Rio, 1976.
- BRUTTI, Carlo e Rita. *Mediazione, conciliazione, riparazione. Giustizia penale e sapere psicoanalitico*. Torino, G. Giappichelli, 1999.
- BUSSMANN, Kai-D. "Morality, symbolism and criminal law: chances and limits of mediations programs". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International*

- Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 317-327.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo, Ed. 34/Edusp, 2000.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio e HOLSTON, James. "Democracy, Law and Violence: disjunctions of brazilian citizenship". In: *Fault lines of democracy in post-transition Latin America*. Felipe Agüero e Jeffrey Stark (orgs.). Miami, University of Miami, 1998, pp. 263-296.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo, Cultural Paulista, 2001.
- CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei*. Brasília, UnB, 2001.
- CARTUYVELS, Yves. "Comment articuler 'médiation' et 'justice réparatrice'?" *Justice Réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Mylène Jaccoud (dir.). Paris, L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003, pp. 51-75.
- CARVALHO, Salo de. "Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista". *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 129-161.
- CASANOVA, Pablo González. *Exploração, colonialismo e luta pela democracia na América Latina*. Trad. Ana Carla Lacerda. Petrópolis, Vozes, 2002.
- CATTANEO, Mario. *Pena, Diritto e Dignità Umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1990.
- CERETTI, Adolfo e MANNOZZI, Grazia. *Più riparazione meno pena*. Galileo Giornale di Scienza e Problemi Globali, 2000. Disponível em www.galileonet.it/archiviop.
- CERETTI, Adolfo. "Riparazione, riconciliazione, ubuntu, amnistia, perdono. Alcune brevi riflessioni intorno alla Commissione per la verità e la riconciliazione Sudafricana". Texto revisado do artigo escrito em colaboração com A. Nosenzo, "The truth and reconciliation commissions: a justice looking also to future generations", in *Cahiers de Defense Sociale*, 2002, pp. 201-260.
- _____. "Mediazione penale e giustizia. In-contrare uma norma". Em *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. III. Milão, 2000.
- _____. "Progetto per um ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano". *La Sfida della Mediazione*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão, CEDAM, 1997, pp. 85-98.
- _____. *Come pensa il Tribunale per i Minorenni*. Milão, FrancoAngeli, 1996.

- CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaistman, José Henrique Pierangelli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo, Cultural Paulista, 2001.
- CHOMSKY, Noam. *Contendo a democracia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro, Record, 2003.
- _____. "Democracia e mercados na nova ordem mundial". *Globalização excludente*. Pablo Gentil (org.). Petrópolis, Vozes, 2000.
- CHRISTIE, Nils. "Los conflictos com pertenencia". Trad. Alberto Bovino e Fabricio Gauriglia. *Dos delitos y de las víctimas*. Julio B. J. Maier (compilador). Bueno Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 157-82.
- _____. *A indústria de controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- CLAUDETT, Eduardo Castillo. "Colômbia". DOSSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 93-94.
- COX U., Sebastián e SALGADO M., Clara. "Chile". DOSSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 91-93.
- CROCKER, David A. "Punishment, reconciliation and democratic deliberation". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, nº 2. New York, Buffalo Criminal Law Center, 2002, pp. 510-549. Disponível em <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>. Acesso: 12.01.06.
- DAVIS, Gwynn. "Reparation in the UK: dominant themes and neglected themes". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 445-460.
- DEL VECCHIO, Georgio. *A justiça*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo, Saraiva, 1960.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise R. Vieira. Barueri/SP, Manole, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana. O modelo da nova prevenção*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

- DOSSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 88-106.
- DOTTI, René Ariel. "Conceitos e distorções da Lei nº 9.099/95", *Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica*. São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 33-60.
- _____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- DURKHEIM, Emile. "Dos leyes de la evolución penal". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, nº 13. Buenos Aires, 1999a, pp. 71-90. Trad. Monica E. Lara. Publicado originalmente em *Année Sociologique*, vol. IV, 1899/1900.
- _____. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. São Paulo, Martins Fontes, 1999b.
- ESER, Albin. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales". *Dos delitos y de las víctimas*. Julio B. J. Maier (compilador). Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 14-52.
- _____. "Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza del'uno sull'altra?". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, Giuffrè, anno XL, fasc. 4, pp. 1061-1084, 1997.
- EUSEBI, Luciano. "La pena 'in crisi'". *Il recente dibattito sulla funzione della pena*. Brescia, Morcelliana, 1990.
- FAGET, Jacques. "L'institutionnalisation de la médiation: réflexions à partir de l'exemple français". *Justice Réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Mylène Jaccoud (dir.). Paris, L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003, pp. 227-243.
- _____. "Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi". *Dei Delitti e delle pene*, nº 3/2000. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 75-92.
- FALCK, Sturla. "The norwegian community mediation center at a crossroads". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 131-137.
- FARIA, José Eduardo. "As transformações no direito". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 231-239.
- _____. "O judiciário após a globalização". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pp. 162-168.

- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo, Malheiros, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. "Il diritto penale minimo". *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene*, anno III, nº 3. Napoli, Scientifiche Italiane, 1985, pp. 493-524.
- _____. *Diritto e Ragione*. 4ª edição. Roma-Bari, Editori Laterza, 1997.
- _____. "Quattro proposte di riforma delle pene", *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Giuseppe Borrè e Giovanni Palombarini (a cura di). Milão, FrancoAngeli, 1998, pp. 37-47.
- FERRI, Henrique. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1931.
- FLORES, Marcello. *Verità senza vendetta. L'esperienza della commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione*. Roma, Manifestolibri, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª edição. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, NAU, 2003.
- _____. *Vigiar e punir*, 13ª edição. Trad. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1996.
- GALAWAY, Burt. "The New Zealand experience implementing the reparation sentence". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 55-81.
- GALGANO, Francesco. "La tutela civilistica". *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Giuseppe Borrè e Giovanni Palombarini (a cura di). Milão, FrancoAngeli, 1998, pp. 153-160.
- GARAPON, Antoine. *I custodi dei diritti*. Trad. Ada Cremagnani. Milão, Feltrinelli, 1997.
- GAROFALO, R. *Indemnización a las víctimas del delito*. Trad. P. Dorado Montero. Madrid, La España Moderna, 1887. Título original *Riparazione alle vittime del delitto*.
- GARSSE, Leo van. "Padronização ou diversificação das formas de mediação". *Projecto Dikê. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa*. Lisboa, APAV, 2003, pp. 131-136. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 12.01.06.
- GAUDÊNCIO, Paulo. "Carandiru". *Letras de Liberdade*. Autores diversos. São Paulo, WB, 2000, pp. 57-60.
- GEHM, John R. "The function of forgiveness in the criminal justice system". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of*

- Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 541-551.
- GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. “Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea”. *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 55-81.
- _____. *Informalização da Justiça e Controle Social*. São Paulo, IBCCrim, 2000.
- GIRARD, René. *Violence and the sacred*. Trad. Patrick Gregory. Maryland, John Hopkins, 1977.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- GONZÁLEZ, Mirta López e CHOLAKIAN, Claudio. “Argentina”. DOSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 88-90.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo, Editora Perspectiva, 1999.
- GONZÁLEZ, Carlos Peña. “? Estimular los mecanismos alternativos?”. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 20-25.
- GREIFF, Pablo de. “Deliberative democracy and punishment”. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, nº 2. New York, Buffalo Criminal Law Center, 2002, pp. 374-403. Disponível em <http://wings.buffalo.edu/law/bclcl/bclr.htm>. Acesso: 12.01.06.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- GROENHUIJSEN, Marc. “O sentido do artigo 10º da decisão-quadro e perspectivas para a sua implementação”. *Projecto Dikê. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa*. Lisboa, APAV, 2003, pp. 109-115. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 12.01.06.
- GRÖNFORS, Martii. “Mediation – A romantic ideal or a workable alternative”. *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 419-431.

- HALEY, John O. "Victim-Offender Mediation: Japanese and American Comparisons". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 105-131.
- HARTMANN, Arthur. "Victim-Offender Reconciliation – Program and Outcomes". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 211-225.
- HASSEMER, Winfried. "Perspectivas de uma moderna política criminal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 8. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 41-51.
- _____. "Por qué y con qué fin se aplican las penas?". Trad. Maria del Mar Díaz Pita. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 03. Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 317-331.
- HERRERA, Kenia. "Guatemala". DOSSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 95-96.
- HOLLOWAY, John e PELÁEZ, Eloísa. "A guerra de todos os estados contra todos os povos". *A guerra infinita*. Ana Ester Ceceña e Emir Sader (org.), Trad. Ephraim Alves. Petrópolis, Vozes, 2002.
- HULSMAN, Louk e CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam, Rio de Janeiro, Luam, 1993.
- IIVARI, Juhani. "The process of mediation in Finland: a special reference to the question 'How to get cases for mediation?'". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 137-149.
- JACCOUD, Mylène. "Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa". *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 163-188.
- _____. "Introduction". *Justice Réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Mylène Jaccoud (dir.). Paris, L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003, pp. 7-15.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

- _____. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, Manole, 2003.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública. Princípio da obrigatoriedade*, Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- KERNER, Hans-Jürgen, MARKS, Erich e SCHRECKLING, Jürgen. "Implementation and acceptance of victim-offender mediation programs in the Federal Republic of Germany: a survey of criminal justice institutions". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 29-55.
- LALONDE, Louise. "La médiation pénale et la justice réparatrice chez les adultes: 'à toutes fins que de droit'? Les limites inhérentes au cadre juridique régulant ces pratiques". *Justice Réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Mylène Jaccoud (dir.). Paris, L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003, pp. 97-119.
- LANDAU, Tammy C. *An evaluation of post-charge diversion: final report*. Canadá, Ryerson University – Research and Statistics Division Methodological Series, 2002.
- LARRAURI, Elena. "Tendencias actuales de la justicia restauradora". *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 51. São Paulo, RT, 2004, pp. 67-105.
- LATIMER, Jeff e KLEINKNECHT, Steven. *The effects of restorative justice programming: a review of the empirical*. Canadá, Department of Justice – Research and Statistics Division Methodological Series, 2000.
- LATIMER, Jeff, DOWDEN, Craig e MUISE, Danielle. *The effectiveness of restorative justice practices: a meta-analysis*. Canadá, Serving Canadians, Research and Statistics Division Methodological Series, 2001.
- LEO, Roberto, ROSEMBERG, Laura e PIERONI, Joaquín. "Uruguay". DOSSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 102-104.
- LISZT, Franz Von. *La Idea del fin en el Derecho Penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada, Comares, 1995.
- LLEWELLYN, Jennifer; HOWSE, Robert. "Institutions for Restorative Justice: the South African Truth and Reconciliation Commission".

- University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. XLIX, nº 3, verão 1999, pp. 355-388.
- LOPES JR., Aury. "Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista". *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 99-129.
- LÜDERSSEN, Klaus. "La prospettiva della riparazione del danno". *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Giuseppe Borrè e Giovanni Palombarini (a cura di). Milão, FrancoAngeli, 1998, pp. 143-152.
- MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milão, Giuffrè, 2003.
- MARKEL, Dan. The justice of amnesty: towards a theory of retributivism in recovering states. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. XLIX, nº 3, verão 1999, pp. 389-445.
- MARSHALL, Tony F. "Restorative Justice on trial in Britain". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 15-29.
- MARTIN, Ana Nogueiras. "A experiência catalã". *Projecto Dikê. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa*. Lisboa, APAV, 2003, pp. 67-70. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 12.01.06.
- MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade do direito processual penal brasileiro*. São Paulo, RT, 2001.
- MATHIESEN, Thomas. *Perché il Cárcere?* Trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino, Edizioni Gruppo Abele, 1996.
- MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 279-293.
- MCCOLD, Paul e WATCHEL, Ted. *Em busca de um paradigma: uma teoria da justiça restaurativa*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 de agosto de 2003, Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em www.restorativepractices.org.
- MEAD, George H. "La psicologia de la justicia punitiva". *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, nº 9/10. Buenos Aires: 1997. Trad. Rosana Abrutzky. Tomado de *The American Journal of Sociology*. Volume XXII, nº 05, março de 1918.

- MESSMER, Heinz e OTTO, Hans-Uwe. "Restorative Justice: steps on the way toward a good idea". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 1-15.
- MESSMER, Heinz. "Communication in decision-making about diversion and victim-offender mediation". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 461-475.
- MESSNER, Claudius. "Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale". *Dei Delitti e delle pene*, nº 3/2000. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 93-113.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- MIERS, David. "Um estudo comparado de sistemas". *Projecto Diké. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa*. Lisboa, APAV, 2003, pp. 45-60. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 12.01.06.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Barcelona, PPU, 1985.
- _____. *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, Ariel Derecho, 1994.
- MOCCIA, Sergio. "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales". *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona, J. M. Bosch, 1997a, pp. 113-142.
- _____. *La perenne emergenza*. Napoli, Scientifiche Italiane, 1997b.
- MOSCONI, Giuseppe. "La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale". *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão, CEDAM, 2000, pp. 3-27.
- MYKA, Harry. "Mediation interventions and restorative justice: responding to the astructural bias". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 559-569.
- OROZCO, Herberto. "Nicaragua". DOSSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 97-98.

- OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. "Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática. A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil". *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 189-212.
- PALIERO, Carlo E. e MANNOZZI, Grazia. "Mediation and reconciliation models in Italian legal experience". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 225-239.
- PALIERO, Carlo Enrico. "Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo". *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Giuseppe Borrè e Giovanni Palombarini (a cura di). Milão, FrancoAngeli, 1998, pp. 72-93.
- PARKER, L. Lynette. "Justiça restaurativa: um veículo para a reforma?". *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 249-268.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- PAVARINI, Massimo. "Da perda de pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma 'procura'". Trad. Lauren Paoletti Stefanini. *Ensaíos Criminológicos*. Ana Paula Zomer (org.). São Paulo, IBCCRIM, 2002, pp. 91-126.
- PAVEZ, Macarena Vargas. "Mediación familiar en Chile". *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 39-58.
- PAZ, Silvana Sandra, PAZ, Silvina Marcela. "Justiça restaurativa – Processos possíveis. Mediação penal – Verdade – Justiça restaurativa". *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 125-134.
- PEACHEY, Dean E. "Restitution, reconciliation, retribution: identifying the forms of justice people desire". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 551-559.
- PELIKAN, Christa. "Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal". *Projecto Dikê. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes*

- na Europa. Lisboa, APAV, 2003, pp. 73-78. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 12.01.06.
- PERAFÁN, Betsy. "La justicia comunitaria dentro de la informalización de la justicia en Colombia durante la última década". *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 58-78.
- PETZOLD, Frauke e NETZIG, Lutz, "WAAGE Hannover E.V. – A reconciliation and restitution program for adult offender and victims: the concept for practice and research". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 513-525.
- PIRES, Álvaro. "A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos". *Novos Estudos CEBRAP*, nº 68. São Paulo, CEBRAP, 2004a, pp. 39-60.
- _____. "La 'línea Maginot' en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 46. São Paulo, RT, 2004b, p. 11-46.
- _____. "Alguns obstáculos a uma mutação 'humanista' do direito penal". *Sociologias. Dossiê Conflitualidades*. Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, ano 1, nº 1, 1999, pp. 64-95.
- _____. "La Formation de la Rationalité Pénale Moderne au XVIII^e siècle", *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine. Perspectives Criminologiques*, vol. II. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1998, pp. 1-263.
- PISAPIA, Gianvittorio. "La scommessa della mediazione". *La Sfida della Mediazione*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão, CEDAM, 1997, pp. 3-19.
- _____. "Pragmatica della mediazione". *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão, CEDAM, 2000, pp. 243-252.
- PRADO, Geraldo. "Justiça penal consensual". *Diálogos sobre a justiça dialógica*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 81-99.
- PRITTWITZ, Cornelius. "El derecho penal alemán: Fragmentário? Subsidiario? Última ratio? Reflexiones sobre la razón y los principios limitadores del Derecho Penal", *La insostenible situación del Derecho Penal*, editado pelo Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt e pela Área de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra (ed. Española). Trad. María Teresa Castiñera Palou. Granada, Comares, 1999, pp. 427-446.

- QUEIROZ, Paulo de Souza. "A dimensão (des)humana do direito penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47. São Paulo, RT, 2004, pp. 188-203.
- _____. "Para além da filosofia do castigo". *Boletim do IBCCrim*, ano 9, nº 108, p. 08.
- _____. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- QUERALT, Joan J. "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos". *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. J. M. Silva Sánchez (ed.). Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 145-191.
- RAMIREZ, Juan Bustos. "La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas". *De las Penas*. Baigún, Zaffaroni, García-Pablos e Pierangeli (org.). Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 91-98.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª edição. São Paulo, Saraiva, 1994.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- _____. "Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?". *RBCCrím*, ano 7, nº 28. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Teoria do delito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- RESTORATIVE JUSTICE AND ITS RELATION TO THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM. *Papers from de the seconde European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*. Oostende, Bélgica, 10-12 outubro de 2002. Disponível em <http://www.euforumrj.org/conferences.htm>. Acesso: 12.01.06.
- RESTORATIVE JUSTICE IN CANADA. A CONSULTATION PAPER. Departamento de Justiça do Ministério da Justiça do Canadá, maio/2000. Disponível em <http://canada.justice.gc.ca/en/site-map.html>. Acesso: 12.01.06.
- RÖSSNER, Dieter. "Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, nº 1. New York, Buffalo Criminal Law Center, 2000, pp. 211-233. Disponível em <http://wings.buffalo.edu/law/bclrc/bclr.htm>. Acesso: 12.01.06.
- ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal e del Derecho penal y el processal penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- _____. "La reparación en el sistema de los fines de la pena". Trad. Julio B. J. Maier e Elena Carranza. *Dos delitos y de las víctimas*. Julio B. J. Maier (compilador). Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 129-156.

- _____. *Política Criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa, Vega, 1993.
- RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.
- SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada, Comares, 1999.
- SCARDACIONE, Gilda, BALDRY, Anna e SCALI, Melania. *La mediazione penale*. Milão, Giuffrè, 1998.
- SCHEERER, S. e HESS, H. "Social Control: a Defence and a Reformulation". *Social Control and Political Order. European Perspectives at the end of the Century*. Bergalli, R. e Sumner, C. (ed.), Londres, Sage Publications, 1997.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "The role of the victim within the criminal justice system: a three-tiered concept". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n. 1. New York, Buffalo Criminal Law Center, 2000, pp. 33-49. Disponível em <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>. Acesso: 12.01.06.
- _____. "Sistema del derecho penal y victimodogmática". *La ciência del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madri, Tecnos, 2002, pp. 158-172.
- _____. "Sobre la crítica a la teoría de la prevención". Trad. Pablo Sánchez-Ostiz, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. J.M. Silva Sánchez (ed.). Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 89-100.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. "Penas alternativas". *Penas Restritivas de Direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 151-262.
- _____. "Controle social punitivo e a experiência brasileira – uma breve visão crítica da Lei nº 9.099/95". *Processo Penal e Estado de Direito*, Fauzi H. Choukr e Kai Ambos (coord.). Campinas, Edicamp, 2002, pp. 309-326.
- SHERMAN, Lawrence W., STRANG, Heather, WOODS, Daniel J. *Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments (RISE)*. Australian Nacional University, 2000. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso: 14.09.04.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. "Medidas de emergência, violência e crime organizado". *Boletim do IBCCRIM*, nº 126, maio/2003, pp. 07-09.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992.
- SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito Penal supra-individual*. São Paulo, RT, 2003.
- STRANG, Heather. *Restorative Justice Programs in Australia*. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>.
- SUMALLA, Josep M. Tamarit. *La víctima en el Derecho Penal. Da la víctima-dogmática a uma dogmática de la víctima*. Pamplona, Aranzadi, 1998.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.
- TICKELL, Shari e AKESTER, Kate. *Restorative justice. The way ahead*. Londres, Justice, 2004
- TONRY, Michael e PETERSILIA, Joan. *Prisons. Crime and Justice Review of Research*, vol. 26. Chicago, University of Chicago, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- UMBREIT, Mark S. "Mediating victim-offender conflict: from single-site to multi-site analysis in the U.S.". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 431-445.
- UMBREIT, Mark S. e ROBERTS, Warner. "La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds". *La Sfida della Mediazione*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão, CEDAM, 1997, pp. 63-80.
- VAIRA, Laura. "La mediazione penale in Belgio". *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão, CEDAM, 2000, pp. 111-129.
- VARGAS, Juan Enrique. "Problemas de los sistemas alternos de solución de conflictos como alternativa de política pública en el setor judicial". *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2. Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, p. 12-20.
- VIA, Joel Vargas. "Bolivia". DOSSIER SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA. *Sistemas Judiciales*, año 1, nº 2.

- Buenos Aires, CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), 2002, pp. 90-91.
- VIANELLO, Francesca. "Mediazione penale e giustizia di prossimitá". *Dei Delitti e delle pene*, nº 3/2000. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 5-17.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. "Estado de Direito, seus limites e a criminalidade". *Cadernos Adenauer II*, nº 01, *A violência do cotidiano*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001, pp. 75-92.
- VOLGER, Richard. "Justiça consensual e Processo Penal". *Processo Penal e Estado de Direito*, Fauzi H. Choukr e Kai Ambos (coord.). Campinas, Edicamp, 2002, pp. 281-309.
- VOLPINI, Melania Scali-Laura. "L' intervento con le vittime nella mediazione penale". *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão, CEDAM, 2000, pp. 99-111.
- VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. Trad. Paulo Neves. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- WALGRAVE, Lode. "Mediation and community service as models or a restorative approach: why would it be better? Explicating the objectives as criteria for evaluation". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 343-355.
- WANDREY, Michael. "Organizational demands on mediation programs: problems of realization". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 491-501.
- WARNER, Sue. "Reparation, Mediation and Scottish Criminal Justice". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 197-211.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Perez. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1997.
- WEMMERS, Jo-Anne e CANUTO, Marisa. *Victim's experiences with expectations and perceptions of restorative justice: a critical review of the literature*. International Centre for Comparative Criminology Université de Montréal – Research and Statistics Division Methodological Series, 2002.
- WILCOX, Aidan, YOUNG, Richard e HOYLE, Carolyn. *Two-year resanctioning study: a comparison of restorative and traditional cautions*.

- Londres, Home Office Online Report 57/04, 2004. Disponível em <http://www.homeoffice.gov.uk/rds>. Acesso: 20.05.05.
- WILLIAMS, Melissa S. "Criminal justice, democratic fairness, and cultural pluralism: the case of the aboriginal peoples in Canada". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, nº 2. New York, Buffalo Criminal Law Center, 2002, pp. 452-495. Disponível em <http://wings.buffalo.edu/law/bclcl/bclr.htm>. Acesso: 12.01.06.
- WRIGHT, Martin. "Victim-offender mediation as a step towards a restorative system of justice". *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, pp. 525-541.
- WYVEKENS, Anne. "La posta in gioco della giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della 'terza via'". *Dei Delitti e delle pene*, nº 3/2000. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 17-37.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro, Revan, 1991.
- ZEHR, H. "Retributive justice, restorative justice". *New perspectives on crime and justice*. Kitchener Mennonite Central Committee, Canada Victim Offenders Ministries, 1985.
- _____. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottdale, Herald, 1995.
- ZOMER SICA, Ana Paula. "Participação cidadã na administração da justiça". *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 113-121.