

Mediação: uma ação educativa relevante no conflito jurídico-penal

*Maria Coeli Nobre da Silva**

RESUMO: O hodierno traz à constatação a insustentabilidade do modelo tradicional de *governance*, exigindo que sua estrutura hierarquizada e autocrática seja substituída por modelo que comporte maior participação da sociedade civil. Essa nova tendência acarreta mudanças de ordem processual penal, cujo sistema desde longa data também se vê ressentido pela inoperância e falta de sintonia com as próprias finalidades de natureza político criminal. Nesse contexto emerge o modelo de justiça restaurativa, que tem na mediação o instrumento de efetividade na solução do conflito jurídico-penal.

Palavras-chave: Conflito jurídico-penal. Paradigma da justiça restaurativa. Mediação. Ação educativa.

1 Antelóquio

Assiste-se, ao longo das últimas décadas, ao Estado perdendo sua capacidade reguladora no que diz respeito a temas de interesse da coletividade. Inúmeras funções que antes lhe eram afetas (como segurança, saúde, bem estar social para os membros da coletividade) - contingenciadas pelo "Estado de bem estar social", "Estado provedor" ou "Estado benfeitor" - vêm, gradativamente, sendo desmontadas do *habitat* estatal e repassadas para a sociedade civil. Esta, por sua vez, à medida em que se conscientiza, expressa-se mais em sua cidadania em busca de uma identidade coletiva que reivindica e que quer seja reconhecida, exigindo sua participação em várias esferas de governabilidade.

Pertinente o que doutrina RODRIGUES¹ a respeito:

* Aluna do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB – Área de Concentração em Direitos Humanos.

¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Consensualismo e prisão. Documentação e direito comparado, n.79-80, 1999.

Na verdade, nas sociedades modernas, complexas e plurais, o indivíduo reforçou a sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projecto e limite.

[...]

O Estado renunciou à sua função integradora, recuou e aceitou funcionar como garante, contra si próprio, da proteção e promoção dos direitos da pessoa (direitos egoístas).[...] Em síntese, o Estado restringiu o seu domínio para aumentar aquele que reserva á livre determinação da pessoa.

Contra-pondo-se, pois, ao modelo identificado como hierarquizado, configura-se a emergência de um novo modelo em que a governabilidade não mais se opera verticalizada, algemada aos poderes públicos, mas de maneira a permitir a abertura de espaços para ingerência de outros atores sociais.

Com efeito, da mesma forma que a modernização dos serviços públicos e dos modos de regulação política parece exigir a substituição da estrutura autocrática e hierarquizada de tomada de decisão por um modelo mais horizontal, por via de consequência, a modernização da prestação jurisdicional, especialmente a que envolve a situação conflituosa no âmbito penal, parece requerer a substituição do modelo tradicional centrado na defesa da ordem pública por um sistema de justiça criminal de consensualidade centrado no diálogo e negociação, uma “justiça de proximidade” mais humana, mais simplificada, mais cidadã. Uma realidade em que se vêem brotar e tomar corpo os caminhos alternativos que, diante do equilíbrio social rompido, estruturam-se no sentido de solucionar as controvérsias.

O que se pretende ao longo desse trabalho, uma pesquisa exploratória de cunho bibliográfico, sem a ousadia de esgotar a matéria em sua complexidade, é, descerrando os elementos doutrinários que o embasam, demonstrar que diante de um conflito jurídico-penal a recomposição social não mais pode continuar se esteando em um sistema herdado de uma cultura positivista e dogmática que dá ênfase às relações formais, adversativas, adjudicativas e dispositivas, cediçamente identificado como em processo de franca degradação.

E para que haja a compreensão coerente e abrangente da especificidade ora tratada que reconhece na *mediação* uma ação educativa relevante no conflito jurídico penal, é exigido que certas questões com as quais se imbrica sejam trazidas à lume. Daí a abordagem sucinta inicial sobre o *conflito* para, depois, cuidar-se do enfoque *paradigmático*, através do qual se descortina o modelo de *justiça restaurativa*, em sua pretensão de estimular a intervenção direta dos cidadãos nos modos de solução de conflitos, portanto, utilizando a *mediação*, cuja prática oferece indicadores de uma *ação educativa* de grande envergadura.

2 A noção de conflito: o conflito jurídico-penal

Na história da humanidade grandes mudanças advieram após algum conflito. Conforme SCHNITMAN² “Os conflitos são inerentes á vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes”.

Ainda que se queira recepcionar aspectos positivos do conflito, sob o argumento de ser o mesmo necessário à evolução porque propicia oportunidade de crescimento pessoal, na verdade, a idéia preponderante que o conflito transmite é a idéia de algo negativo, luta, combate, perigo iminente, risco de desequilíbrio das relações, emergindo ao senso comum como algo que afeta e desestrutura o relacionamento entre pessoas.

Diferentes ciências procuram estudar o conflito, especialmente as psicanalistas em sua observação e análise das variedades do comportamento humano, como se vê da definição de CAMINO³ “Penoso estado de consciência devido a choque entre tendências opostas e encontrado, em grau variável, em qualquer individuo”. Por sua vez DEUSTSCH (apud SILVA)⁴ olha a função social do conflito e o apresenta como competição, dizendo tratar-se de:

Duas individualidades confundidas pelas próprias limitações intrapsíquicas, se enfrentam por posições incompatíveis, determinadas pelo desejo de poder mais que o outro, estruturadas numa posição defensiva, cheia de preconceitos, que confunde mais do que esclarece os próprios interesses.

Em relação ao conflito jurídico-penal a sua concepção é mais objetivada, não se prendendo à introspecção psicanalista, sendo visto por ZAFFARONI e BATISTA⁵, como “a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo, penalmente tutelável”. Um conflito desta natureza quando detectado indica que houve ruptura do equilíbrio da relações sociais, a merecer providências harmonizatórias, especialmente por parte do Poder

²SCHNITMAN, Dora Fried apud SILVA, João Roberto da. A Mediação e o Processo de Mediação. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004, p.92.

³ CAMINO, Leôncio F. Texto da 3a Aula ministrada no PPGCJ/CCJ/UFPB na disciplina Exclusão Social e Políticas Públicas , área de concentração em Direitos Humanos, período 2005.2.

⁴SILVA, João Roberto da. A Mediação e o Processo de Mediação. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004,p.86

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl & Batista, Nilo. Direito penal brasileiro, v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.226.

Judiciário que tem a seu encargo a competência de compor os conflitos para fazer retomar a convivência pacífica entre as pessoas.

Tem, pois, o Judiciário a finalidade da pacificação social, não importa através de qual procedimento. E constatado que a forma convencional – pelo limite da lide, pelo formalismo – não está proporcionando a satisfação dos verdadeiros interesses dos jurisdicionados, na maioria das vezes resolvendo a lide processual (a que está descrita no processo judicial), mas não a lide sociológica (os verdadeiros interesses que motivaram o pedido), caberá a esse Poder, para alcançar o desiderato a que se propôs, não só aceitar mas, também, incentivar mecanismos e técnicas que aproximem o cidadão da verdadeira justiça

É nesse contexto que exsurge relevante a *mediação* por se apresentar como a melhor técnica a ser usada para conciliar o conflito, através dela se conseguindo ajustar, coordenar os interesses, solucionar as controvérsias e realizar a justiça. Conseqüentemente, fazendo com que não mais fique adstrito a membros do Poder Judiciário a responsabilidade pela conciliação, que passa a ser dividida com os novos atores sociais (as partes envolvidas, a comunidade, terceiros interessados, o mediador).

3 O enfoque paradigmático

Convém que se tenha, de logo, concebido o sentido do termo paradigma. No Dicionário de Filosofia de ABBAGNANO⁶ consta como:

Modelo ou exemplo. Platão empregou esta palavra no primeiro sentido [cf. Timeu, 29b, 48c] enquanto considera como paradigma o mundo dos seres eternos, do qual o mundo sensível é a imagem. Aristóteles na lógica usa o termo no segundo significado.

A idéia de paradigma encontra-se muito bem explicitada por Miguel Baptista Pereira ao prefaciá-la obra de Nicolau de Cusa⁷ “Visão de Deus” quando afirma que “paradigma pode ser definido com Thomas Kuhn como uma constelação total de convicções, valores, técnicas etc que são partilhados pelos membros de uma comunidade”. A mesma aceção tendo BERTEN⁸ citando KUHN : “conjunto de crenças, de valores reconhecidos e de técnicas comuns aos membros de determinado grupo”.

⁶ ABBAGNANO, N. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1970

⁷ CUSA, Nicolau. A visão de Deus, trad. pref. de Miguel Baptista Pereira. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1988, p.8s

⁸ BERTEN, André. Filosofia Social – A responsabilidade social do filósofo. São Paulo. Paulus 2004.p.5

Assim recepcionado, inegável deixar de reconhecer, como o faz BOAVENTURA SANTOS⁹ que o paradigma da modernidade (seja visto na simplificação de Platão ou no entendimento de Kuhn) “deixa de poder renovar-se e entra em crise final” e que “o fato de continuar ainda como paradigma dominante deve-se à inércia histórica”. Pelo que vaticina em seguida o ilustre sociólogo : “Entre as ruínas que se escondem atrás das fachadas, podem pressentir-se os sinais, por enquanto vagos, da emergência de um novo paradigma. Vivemos pois um tempo de transição paradigmática”.

Nada mais verdadeiro diante dos tempos críticos vivenciados, de todas as mudanças das últimas décadas que transformaram a própria cartografia política e ideológica mundial, em que muitas estruturas ruíram. Transpondo-se para o Direito, cenário das contradições germinadas desses processos transformativos, a repercussão da crise paradigmática lhe é inevitável porque impossível explicar os fenômenos jurídicos isolados dos outros fenômenos sociais. Nesse sentido a constatação de WOLKMER¹⁰, assinalando que:

a crise que se abate sobre o arcabouço jurídico tradicional está perfeitamente em sintonia com o esgotamento e as mudanças que atravessam os modelos vigentes nas ciências humanas [...]. Daí a obrigatoriedade de se propor a discussão sobre a “crise dos paradigmas”, delimitando o espaço de entendimento da crise na esfera específica do fenômeno jurídico.

Enfeixando com muita propriedade esse ilustre doutrinador¹¹ a matéria ao dizer que:

O Direito escrito e formalizado da moderna sociedade burguês-capitalista alcança o apogeu com sua sistematização científica, representada pela Dogmática Jurídica. O paradigma da Dogmática Jurídica forja-se sobre proposições legais abstratas, impessoais e coercitivas, formuladas pelo monopólio de um poder público centralizado (o Estado), interpretadas e aplicadas por órgãos (Judiciário) e por funcionários (os juízes) [...] Embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro da cientificidade, competência, segurança, na prática intensifica-se a gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2005. p.16

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Crise da Justiça e democratização do Direito. 1 ed. Joaçaba: UNOESC, 1999, v.1.p.69

¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Salfa Omega, 2001.p.59

O mesmo pensamento tendo FARIA¹² ao enunciar que:

A decantada 'crise' jurídica ocorre assim, no momento em que os mecanismos legais tradicionais de neutralização dos conflitos e trivialização das tensões já não conseguem mais rechaçar aquelas ameaças, obrigando o aparelho estatal a ampliar o poder discricionário de seus organismos judiciais, legislativos e burocráticos para manter intocado seu padrão de dominação.

Ora, essas procedentes críticas estendem-se ao sistema penal vigente, e, ipso facto, direcionam-se ao paradigma retributivo, adotado há séculos, pelo reconhecimento de que o uso e finalidade das sanções em seus pressupostos já não mais respondem aos anseios de segurança pública da sociedade, não reabilita o infrator, e muito menos considera a vítima. No sistema legal que está posto a prioridade é das normas e das leis, com isso obscurecendo a realidade de que o mal é causado, primeiro e principalmente, a pessoas e comunidades.

A crise do paradigma do sistema penal prepara o caminho de sua substituição, e neste urge que o crime seja visto em outra perspectiva. Nessa orientação as palavras de GOMES PINTO¹³, de que é preciso ver o crime "mais como uma violação nas relações humanas, que traumatiza o próprio autor do fato, a vítima e a comunidade, do que um ilícito penal", e em assim sendo, abre-se ensanchar a esses protagonistas para "compartilhar um processo de cura, ao invés de continuar permitindo que o Estado, com seu monopólio penal, atue como uma divindade vingativa retribuindo o mal com outro mal maior ainda". Considerado que tal participação democrática no conflito penal opera "transformação de perspectivas, de estruturas e pessoas".

4 A justiça restaurativa

De acordo com o modelo paradigmático tradicional - que é o da maioria das culturas legais modernas - e, sob cuja égide se estrutura o sistema penal criticado, o juiz tem a função de julgar, de aplicar a lei, de avaliar, de ordenar e de decidir.

A significativa mudança que se descortina consiste em alterar o modo corrente de interação no sentido de uma maior confiança no consenso e

¹² FARIA, José Eduardo Eficácia Jurídica e Violência Simbólica, o Direito como Instrumento de Transformação Social, tese apresentada ao concurso para Professor-titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP. São Paulo, 1984, p..158

¹³ GOMES PINTO, Renato Sócrates. Complexo Jurídico Damásio de Jesus - abr. 2004. Disponível em

<http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

participação, prática que o modelo retributivo do paradigma atual não contempla, mas que é plenamente viabilizável através da justiça restaurativa/reconstrutiva/reparadora (expressões sinonímias) como um outro paradigma. Modelo de justiça esse que nas palavras precisas de MARSHALL¹⁴ pode ser identificada como “um processo através do qual todas as partes que têm algum interesse em uma ofensa em particular se reúnem para resolver coletivamente como tratar as consequências da ofensa e sua implicância para o futuro”. E que segundo GARAPON, GROS e THIERRY PEC¹⁵ tem como escopo o restabelecimento de uma relação destruída e a disposição positiva de reconstruí-la sob novos parâmetros, nos quais a vítima ocupa papel de destaque, sendo, destarte, “o postulado central de sua filosofia colocar no cerne da justiça a vítima e já não a lei a ordem pública ou o criminoso” Há, efetivamente, no modelo de *justiça restaurativa* pugnada um novel olhar no trato do conflito jurídico-penal a partir das mudanças que se operam na própria estrutura do sistema penal e na medida em que: a prioridade é do diálogo mediado em vez da função de julgar do juiz; os interesses das partes envolvidas superam à aplicação da lei; facilitar é mais útil que avaliar; encontrar uma solução conciliatória é mais produtora do que a ordem emanada do juiz; finalmente, o assentar da controvérsia gera mais efeitos que a decisão do juiz. Isto porque aborda a questão criminal na perspectiva de que o crime é uma violação nas relações entre as pessoas e não apenas um ato típico e antijurídico praticado contra a sociedade representada pelo Estado, e que por causar mal à vítima, à comunidade e ao próprio autor do delito, todos esses protagonistas devem se envolver num processo de restauração de um trauma individual e social.

Ressalte-se que o modelo de *justiça reconstrutiva* tanto expande o círculo dos legítimos envolvidos para englobar o ofensor, a vítima e a comunidade, como, ao mesmo tempo, ao lidar com a violência o faz por meio de uma ética baseada no diálogo, na inclusão e na responsabilidade social, representando, indubitavelmente, uma importante mudança de paradigma no processo penal, com benefícios para o infrator e para a coletividade.

Da lavra doutrinária do ilustre Prof. PEDRO SCURO alguns traços distintivos do sistema penal nos dois paradigmas:

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
• Crime: categoria jurídica, violação	• Crime: ato lesivo a pessoas e

¹⁴ MARSHALL, Tony F. Restorative Justice: An Overview Home Office Research Development. Disponível

<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf> 1999.

¹⁵ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p.253

<p>da lei, ato lesivo ao Estado;ato individual com responsabilidade individualizada</p> <ul style="list-style-type: none"> • Controle da criminalidade: função precípua do sistema penal de justiça; • Preocupação principal: estabelecer culpa por eventos passados • Ênfase: em antagonismos 	<p>comunidades;ato com dimensões individuais e sociais de responsabilidade;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Controle da criminalidade: primordialmente uma obrigação da comunidade; • Preocupação principa: resolver o conflito,enfatizando deveres e obrigações futuras • Ênfase: em diálogo e negociação
--	---

Dessa feita, sem negligenciar a observação de BOAVENTURA SANTOS¹⁶ de que “A passagem entre paradigmas – a transição paradigmática – é [...] semi-cega e semi-invisível”, impende identificar a *justiça restaurativa* como novo paradigma de justiça de conciliação para o conflito penal. Funcionando por meio de Câmaras Restaurativas, estas são conduzidas por um mediador, uma arena em que todos os envolvidos – vítima, réu, parentes, amigos e outras pessoas relacionadas ao caso – podem apresentar seu ponto de vista sobre a ocorrência.

O sistema penal supra mencionado tem um viés de justiça que passa, necessariamente, pela *medição* como seu mecanismo mais eficaz, a criar espaços de comunicação mais flexíveis e espontâneo, sendo como afirma BACELLAR¹⁷ “a *pacificação* o seu valor mais expressivo”, pois “finalidade do próprio direito”.

5 A mediação no conflito jurídico penal

Cabível esclarecer, por primeiro, que neste trabalho não é adotada a distinção entre *mediação* e *conciliação* concebida pelo direito americano. Acolhendo a mediação com uma forma de pacificação, nos moldes como é realizada, tem-se a conciliação como resultado a ela inerente, portanto, indistinguíveis na prática. Por segundo, que não se confunde a *mediação* com a *arbitragem*, pela notável diferença de que nesta (arbitragem) as partes envolvidas entregam a um terceiro (e não a um mediador) a solução do conflito, enquanto que na mediação essa solução é das partes envolvidas, apenas apoiada pelo mediador.

¹⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência.São Paulo: Cortez, 2005. p.16

¹⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais. A nova mediação paraprocessual. São Paulo: RT, 2003.p. 26.

Discorrendo sobre a matéria, por demais explicativa a noção apresentada por BACELLAR¹⁸, mais uma vez invocado, para quem *mediação* é:

arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro – mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor deste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que as vinculam

No conflito jurídico-penal tem-se na *mediação*, como já dito, um meio alternativo para solucioná-lo. Trata-se de uma técnica privada que sem imposições de sentenças ou laudos, mas trabalhada por pessoa devidamente habilitada para tal, auxilia as partes a encontrarem e comporem seus interesses. Portanto, busca uma solução concertada pelos próprios envolvidos, capacitando-os a um diálogo que possibilite um acordo justo para ambos as partes, sem que o mediador imponha qualquer resultado.

Recorrendo à história da humanidade pode ser encontrada a solução dos conflitos a cargo da sociedade, uma época em que não havia a força de um Estado bem organizado. Assim, a *mediação* se constituía em meio normal na relação conflitiva, o que não muda mesmo no sistema romano, em que o juiz privado vem antes do juiz estatal (este só vindo a se institucionalizar na fase final do *cognitio extra ordinem*). O declínio começa no meado da Idade Média, com o fortalecimento do Estado, firmando-se o monopólio estatal que atravessa os demais períodos históricos, somente há poucas décadas sendo a *mediação* retomada, tendo por espelho experiências exitosas dos aborígenes Maoris na Nova Zelândia. O direito comparado registra esse mecanismo na Argentina, Paraguai, França, Japão.

No que concerne ao palco de sua concretização, convém pincelar a diferença da *mediação* do sistema americano da *mediação* que ocorre no sistema europeu. O termo “ADR – Alternative Dispute Resolution dos americanos abrange as práticas que se processam fora do Judiciário, enquanto para os cientistas europeus é solução que advém pelo Judiciário. No caso brasileiro, “o ranço de metrópole e colônia que ainda resta”, como diz SILVA¹⁹ impregnou o brasileiro de uma “cultura muito dependente de autoridade”, como reforça o Desembargador paulista Kazuo Watanabe²⁰. Este demonstra que apesar da

¹⁸ Id. *Ibidem*, p.173.

¹⁹ SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004, p.15

²⁰ WATANABE, Kazuo. *Modalidade de Mediação*. Seminário *Mediação: Um Programa Inovador* in *Aére Cadernos do CEJ*, 22

Constituição do Império de 1824 (em seus art. 160, 161 e 162) possibilitar às partes a nomeação de árbitros, tanto para causas civis como penais, e, ainda, prever a mediação por um Juiz de Paz (figura esta mantida até mesmo na atual Constituição de 1988 mas sem função jurisdicional), na prática, por suas bases culturais, no Brasil não houve aceitação do mecanismo alternativo. Atualmente, contudo, se percebe um caminhar de organização nesse sentido, com projetos em execução em Porto Alegre (RS), São Caetano do Sul (SP) e Brasília-DF, tendentes a se solidificar, que utilizam a mediação.

No modelo de *justiça restaurativa*, a *mediação* firma-se na procura do diálogo, via *mediador*, levando-se em conta que em uma situação conflituoso o diálogo entre os envolvidos é necessário. O passo mais importante consiste no *encontro*, que só ocorrerá se os envolvidos o aceitarem. Não é um simples encontro, é um *encontro restaurativo* em que serão vivenciadas emoções e racionalidade. O cenário é fora do ambiente da estrutura judiciária, sem a presença de qualquer autoridade desse meio (Juiz, Promotor, Advogado, Testemunha, Peritos). Nesse procedimento a pessoa do *mediador*, preferencialmente um psicólogo, com capacitação em *mediação*, sem intervir no sentido de adiantar alguma proposta, procura criar as condições para que as próprias partes encontrem a solução de seu conflito.

Assim, melhorando a compreensão sobre as necessidades alheias de forma a modificar o modo como são encaradas as relações humanas, aumenta a confiança e a colaboração entre as pessoas e instituições. Diferentemente da indesejável condição em que ficam as partes no arcabouço tradicional, a *mediação* propicia um clima menos hostil, considerando-se que há participação direta dos envolvidos, razão por que as discussões são mais transparentes e as soluções mais criativas. E como cabe às partes a resolução do conflito, tem elas maior poder sobre o resultado, torna-se este mais efetivo e mais definitivo, uma vez que o envolvidos estão a cumprir uma resolução que eles mesmos criaram. Relevante na *mediação* é o fato de fazer com que as diferenças sejam superadas, através de soluções viáveis encontradas pelas partes, com o auxílio do mediador, resguardando-se e contemplando-se os interesses dos envolvidos, ficando com estes o poder decisório segundo suas próprias consciências e vontades.

Aludindo à ciência da mediação, SILVA²¹ informa que:

A base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção da realidade não traça um ser mediano e

²¹ SILVA, João Roberto da. A Mediação e o Processo de Mediação. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004, p.15

repleto de retidão. Para a mediação frente à análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos da realidade.

Dessarte, é uma *mediação* com sentido restaurativo básico: no cenário se discutem os fatos, expressam-se sentimentos, negocia-se a reparação, trabalha-se o comportamento futuro, de forma que haja uma transformação da relação infrator/vítima, procedimento que não ocorre nos tradicionais quadros de solução de conflitos. Os aspectos trazidos à comparação permitem identificar tais distinções:

Procedimento tradicional no Judiciário	Procedimento alternativo com mediação
<ul style="list-style-type: none"> • As partes se enfrentam • Procedimento imposto • Um ganha, o outro perde • A decisão é do julgador • Decisão baseada na lei, na jurisprudência • É a decisão do Juiz que põe fim ao conflito 	<ul style="list-style-type: none"> • As partes trabalham juntas, cooperando uma com a outra; • Procedimento controlado pelas partes • Todos se beneficiam da decisão • A decisão é tomada pelas partes • Decisão baseada no interesse das partes • As partes que resolvem a controvérsia

O procedimento restaurativo, segundo seus estudiosos (a exemplo de SCURO)²², tem obtido índices satisfatórios de resultados nos Países em que é adotado, tanto no que concerne aos envolvidos como em relação à redução de infrações e diminuição da sensação de insegurança e impunidade.

6 A relevante ação educativa da mediação no conflito jurídico penal

²² SCURO, Pedro. Sociologia geral e jurídica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Considerando o cotidiano como referência permanente para a ação educativa, acentua com muita propriedade DORNELLES²³ que “O cotidiano é um processo pedagógico, um processo educativo[...] por processo pedagógico se deve entender o processo de retransmissão de experiência, do saber, das crenças e valores de uma determinada sociedade”.

Trazendo essa compreensão para relacioná-la ao tema sob análise, oportuna se faz rememorar a “pérola” de aferição do trabalho do magistrado feita por Dom Helder Câmara²⁴. Ressaltando que a tarefa de juiz não é apenas o julgamento e a aplicação de penas pela inadimplência das leis, frisa que “a tarefa de magistrado é também, e, talvez, mais ainda, a ação preventiva e pedagógica de despertar na sociedade o amor e a fome de justiça”. Essa lúcida relação/identificação da ação judicante, da justiça com a ação pedagógica do memorável Bispo, orienta a direção que deve ser seguida no delineamento do mecanismo da mediação em um sistema penal que se propõe restaurativo.

Comungando do entendimento de MORIN²⁵, de que “tudo deva estar integrado para permitir uma mudança de pensamento, para que se transforme a concepção fragmentada e dividida do mundo, que impede a visão total da realidade”, inconcebível se trabalhar a mediação, in casu, afastada do ângulo interrelacional em que se coloca, através do qual se vislumbra a sua natureza de ato educativo. Como destaca ZENAIDE²⁶ relendo o pensamento de José Tuvilla Rayo: a “educação deve ter por finalidade a prática social; a interação com a prática social deve ter por fim a formação de uma pedagogia da responsabilidade.” Responsabilidade que é, sem dúvida, a tônica da justiça restaurativa.

Nesse diapasão, merecem ser revisitados os conceitos: de pedagogia e o de educação. No início, como esclarece ARANHA²⁷, “na paidéia grega ‘criação de meninos’, posteriormente, os pensadores educacionais de épocas posteriores ampliaram-no acrescentando o conceito de *Agogôs* (*que conduz*), criando um novo conceito, o *‘Paidagogos’* que significa *‘aquele que conduz a criança’* e, hoje,

²³ DORNELLES, José Ricardo Wanderley. O desafio da educação em direitos humanos. Cadernos Nueva América, 1998.No.78 p.10-13

²⁴ CÂMARA, Dom Helder. Jornal do Magistrado, órgão oficial da Associação dos magistrados Brasileiros, ano IX, n.49, nov-dez.1998.Concursos, p.05.

²⁵ MORIN, Edgar. Leitura em texto didático de GODOY, Rosa da obra Os sete Saberes Necessários à Educação do Futuro 3a. ed. - São Paulo - Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001,p.8.

²⁶ ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. Educação em Direitos Humanos in Direitos Humanos: História, teoria e prática. Giuseppe Tosi (org). João Pessoa: Editora Universitária ,2005,p.361

²⁷ ARANHA. Maria Lúcia de Arruda. História da Educação. 1.ed. São Paulo, Moderna. 1989. p. 41)

temos a pedagogia, classificado por muitos estudiosos como uma ciência da educação. Um *paidagogo* devia se organizar para ensinar, portanto, o pensar, o organizar e o executar o ensino era e é um processo didático”. Quanto à Educação seu conceito é aqui refletido como sendo “[...] uma instituição social e histórica, que tem como fim gerar transformações tanto em nível das consciências individuais, como em nível mais amplo, da sociedade.²⁸ A ninguém é dado negar a força da educação em alterar a natureza humana, tornando os homens melhores.

Nesse eixo, é sob o olhar pedagógico e educacional que se acolhe a *mediação* no conflito penal pois implicando não só em *ação de conduzir* mas, principalmente, em *ação geradora* de transformações quer para as partes envolvidas quer para a sociedade. Como aclama GIDDENS²⁹: “*Virtualmente toda experiência humana é mediada – pela socialização e em particular pela aquisição da linguagem.*” Nessa introspecção da *mediação*, a envolver socialização e linguagem, pertinente transcrever as considerações de CORREIA³⁰ a respeito:

Os seres humanos agem em relação à realidade com base no significado que lhe atribuem e esse significado provém em primeira instância dos processos de interação social e de mediação simbólica. Tais processos comportam uma dimensão cognitiva – sustentam as representações sociais da realidade social e natural – uma dimensão prescritiva – indicam os objetivos e as normas de acordo com as quais os indivíduos e as coletividades devem comportar-se. Este ponto de vista significa a adesão a uma perspectiva que realça o papel da linguagem, a qual deixa de ser considerada como instrumento para se constituir em elemento estruturante das relações sociais. De acordo com esta visão, de certa forma, a mediação lingüística desempenha um papel fundamental na constituição da experiência que temos do mundo. A linguagem aparece, assim, associada ao viver em comum. É através da mediação, designadamente a mediação lingüística, que se manifestam as expectativas recíprocas em que assentam as diversas interações praticadas no mundo da vida”

Nessa referência sobre a fundamental a importância do papel da linguagem no contexto da *mediação*, inegável reconhecer na relevância da *mediação*, via linguagem, um verdadeiro ato educativo, subsumindo um saber

²⁸ GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Interdisciplinaridade e educação básica: Algumas reflexões introdutórias. In: *Educação Básica e o básico em educação*. Porto Alegre: Sulina, 1996.p.170.

²⁹ GIDDENS, Anthony. Modernidade e identidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2002, p.28.

³⁰ CORREIA, João Carlos. Elementos para uma crítica da mediação moderna. Texto didático fornecido pela Prof. Rosa Godoy na disciplina Educação e Cultura em Direitos Humanos, semestre 2005.2 do PPGCJ/CCJ

comprometido com a epistemologia de perspectiva construtivista, inclusive, com idéias que se aproximam daquelas que fundamentam a teoria comunicativa de Jürgen Habermas, que tem sido, sob diferentes perspectivas, fonte inspiradora de reflexões em torno de questões educativas, como afirma FREITAG³¹. Afinal, HABERMAS³² entende a esfera da sociedade em que normas sociais se constituem a partir da convivência entre sujeitos, capazes de comunicação e ação. Portanto, prevalecendo na dimensão da prática social uma ação comunicativa, isto é, "*uma interação simbolicamente mediada*".

O mecanismo da *mediação*, como verificado, traz em si a potencialidade de um novo compromisso político uma vez que usado para conciliar o conflito no contexto da pacificação, através do qual se conseguindo ajustar e coordenar os interesses, solucionar os conflitos, realizar a justiça. Conseqüentemente, em se tratando de conflito jurídico-penal, fazendo com que não mais fique adstrito a membro do Poder Judiciário a responsabilidade pela conciliação, que passa a ser dividida com os novos atores sociais já citados.

Como verbalizado pelo Prof. Luis Otávio de Oliveira Amaral em palestra na Universidade de Brasília, o Direito tem forte poder educativo, a educação tem forte saber jurídico quando não despreza o ser: o ser justo, o ser ético, o ser cidadão, o ser justo, um cidadão que saiba mandar e obedecer orientado pelo fundamento de justiça.

Inquestionável, pois, a mediação como um ato educativo que corresponde a esse esforço de leitura desse meio social em uma tomada de consciência, com os seres humanos envolvidos interagindo, também se constituindo em significativo compromisso com a democracia. Autêntica ação educativa pelo papel político fundamental que representa: na *mediação* ocorre o encontro, a troca de experiência, o compartilhamento de responsabilidades, a participação. Tudo isso permitindo ao ser humano, ali inserido, se colocar enquanto sujeito, como membro de um grupo, ao mesmo tempo que trazendo esse encontro com o outro transformação social. Com a palavra Carl Jung (apud SILVA)³³: "o encontro de duas personalidades assemelham-se ao contato de duas substâncias químicas: se alguma reação ocorre, ambos sofrem uma transformação.

Sob os auspícios de Paulo Freire se reconhece na *mediação* uma metodologia dialógica, cada participante se envolvendo em uma ação pedagógica, despertando uma nova forma de relação com a experiência vivida, portanto, sendo esse ato praticado com politicidade e dialogicidade na medida

³¹ FREITAG, Bárbara *A teoria crítica: Ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

³² HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1987, p:57.

³³ SILVA, João Roberto da. *A Mediação e o Processo de Mediação*. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004, p.15

em que há toda uma construção e reconstrução de significados, e quando tem o diálogo como base que produz engajamento em uma luta direcionada à transformação social.

Considerando a medição “algo profundamente inovador na área pedagógica” alude MUSZKAT³⁴ em sua doutrina que “a mediação implica um saber, uma episteme, resultante de vários outros saberes” uma vez que exige dos que com ela lidam que adquiram formação em áreas diversas do conhecimento como psicologia, direito, sociologia, filosofia e teoria da comunicação. Ainda, cuida a autora de explicitar que tal prática tem “como finalidade buscar acordos entre pessoas em litígio por meio da transformação da dinâmica adversarial, comum no tratamento de conflitos, para uma dinâmica cooperativa ,improvável nesse contexto”. Concluindo com o entendimento de que “a mediação deve ser entendida como uma transdisciplina voltada para o estudo da pacificação dos conflitos nas inter-relações íntimas e sociais”

A grande força do consenso obtido pela *mediação* está no fato de ser alcançada a justiça, pois esta, certamente, se faz quando aflora da livre manifestação da vontade das partes. Inconteste o fato de algumas decisões judiciais não resolverem os conflitos, muitas vezes, pelo contrário, os acirram. Daí a vantagem do revigoramento de uma cultura mediacional – maior participação das pessoas na solução pacífica das controvérsias -, de cujo resultado pacificatório não se pode afastar o valor “justiça”, pois imbricados.

7 Considerações finais

Verificada a crise do sistema penal punitivo vigente há séculos, pois ressentido com a perda de sua eficiência e de sua funcionalidade diante da realidade do conflito, imprescindível e urgente que se ponha em cena o valor democrático da participação para recompor a operância jurisdicional e para restabelecer o equilíbrio das relações sociais.

Reafirmando o que foi dito sobre o modelo horizontal de governança, a modernização da prestação jurisdicional no âmbito penal exige o abandono das práticas inerentes a uma justiça penal clássica, justiça imposta, de caráter unilateral e vertical, tradicionalmente monolítica e autoritária, estranha a toda forma de concertação, para que outras sejam adotadas e construídas sob a transação e compromisso. Um justiça que vivencie a intersubjetividade, que ao

³⁴ MUSZKAT, Malvina Ester. Guia prático de mediação de conflitos – em família e organizações. São Paulo: Sumus editorial, 2005, p.12-15

invés da voz e ordem de autoridade valorize as vozes dos sujeitos, oportunizem que eles mesmos se expressem.

Descortina-se, como alternativo, o modelo de *justiça restaurativa* com práticas inovadoras de consenso. Ao contrário do sistema convencional, afasta-se da cultura da legalidade para cultivar a da legitimidade e do predomínio da dogmática pela dialética da transformação social, superando-se os encontros nas relações interpessoais, (comum no modelo retributivo), valorizando a vontade das partes e respeitando as regras destas. Os logros pacificadores obtidos têm o destaque da *mediação*, compreendida esta como prática interdisciplinar que exige do *mediador*, como facilitador da comunicação que o é, uma ampla formação (Psicologia, da Psicanálise, da Sociologia e do Direito), para lhe ser possível ir às raízes do conflito, acompanhar seus desdobramentos, compreender os vários níveis, desde seus aspectos mais subjetivos aos mais objetivos, sendo sua prática voluntária, informal, célere, econômica, consensual, facilita a comunicação, evita a manutenção dos conflitos, gera alternativas criativas, resgata a responsabilidade das partes.

Indubitavelmente, configura-se a *mediação* relevante ação educativa pela transformação que opera, pois como asseverado por ZENAIDE e CANDAU³⁵ para “Transformar a realidade se faz necessário trabalhar o cotidiano em toda a sua complexidade. Criamos e recriamos continuamente nossa existência no tecido diário de relações, emoções, perguntas, produção de conhecimentos e construção de sentido”.

Enfim, eleva-se o ato da mediação, por sua relevância, ao patamar de uma ação educativa de grande envergadura no conflito jurídico-penal, encontrando seu fundamento na própria etimologia da palavra educação. “Educar provém fonética e morfologicamente de educare (conduzir, guiar, orientar), e semanticamente contém o conceito de educere (fazer sair, extrair, dar à luz)”³⁶. Daí ser a educação um fazer sair, extrair, dar à luz, em primeiro lugar a própria condição de humano. Luz que a *mediação* oferece aos que se vêm, direta ou indiretamente, envolvidos na relação conflituosa da esfera penal possibilitando reequilibrar e pacificar. Isto é Educar, é possibilitar a esses seres, por meio do diálogo, recomporem-se. Sem dúvidas, uma relevante ação educativa. Ademais, o interesse na *mediação* se deve, em grande parte, pelo reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, na crença de que cada um tem o direito de participar e ter o controle das decisões que afetam sua própria vida.

³⁵ TAVARES, Maria Nazaré Tavares e CANDAU, Vera (org.). In Programa Nacional de Direito Humanos. Oficinas Aprendendo e Ensinando Direitos Humanos.. João Pessoa, 1999, p.16.

³⁶ VILLA, Mariano Moreno (direção) (2000) *Dicionário de pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paulus. p.234.

Forçoso, contudo, reconhecer a necessidade de que uma nova cultura jurídica seja assimilada pelos operadores do Direito, principalmente os magistrados, que, em número considerável ainda, unicamente por questão de poder, vêem a *mediação* como uma ameaça à sua autoridade. Dessa mentalidade sendo gestado o equívoco do raciocínio que considera as funções de julgamento e mediação jurídica como paradoxais e excludentes, com certeza por desconhecer, ou conhecendo não querer admitir, que a solução do conflito é intrínseco às duas atividades, como finalidade do Direito e da Justiça.

8 Referências

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação**. São Paulo: Moderna, 1989.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: RT, 2003.

BERTEN, André. **Filosofia Social: a responsabilidade social do filósofo**. São Paulo: Paulus, 2004.

CÂMARA, Dom Helder. **Jornal do Magistrado**. Ano IX, n. 49, nov-dez.1998.

CAMINO, Leôncio F. Texto da 3.^a **Aula ministrada** no PPGCJ/CCJ/UFPB na disciplina Exclusão Social e Políticas Públicas, área de concentração em Direitos Humanos, período 2005.2.

CORREIA, João Carlos. **Elementos para uma crítica da mediação moderna**. Texto fornecido pela Prof. Rosa Godoy na disciplina Educação e Cultura em Direitos Humanos, semestre 2005.2 do PPGCJ/CCJ.

CUSA, Nicolau. **A visão de Deus**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

DORNELLES, José Ricardo Wanderley. O desafio da educação em direitos humanos. **Cadernos Nueva América**, 1998. n.78.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica, o Direito como Instrumento de Transformação Social**, tese apresentada ao concurso para Professor-titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP. São Paulo, 1984.

FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica: ontem e hoje.** São Paulo: Brasiliense, 1986.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Complexo Jurídico Damásio de Jesus** – abr. 2004. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em:

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Interdisciplinaridade e educação básica: Algumas reflexões introdutórias. In: **Educação Básica e o básico em educação.** Porto Alegre: Sulina, 1996.

HABERMAS, Jurgen. Técnica e ciência como ideologia. Lisboa: Edições 70, 1987.

MARSHALL, Tony F. **Restorative Justice: An Overview Home Office Research Development.** Disponível em: <<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus>>. Acesso em .

MORIN, Edgar. Leitura em texto didático de GODOY, Rosa da obra **Os sete Saberes Necessários à Educação do Futuro** 3a. ed. - São Paulo - Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos - em família e organizações.** São Paulo: Sumus, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Consensualismo e prisão. **Documentação e Direito Comparado**, n.79-80, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2005.

SCHNITMAN, Dora Fried. In: SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação.** São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação.** São Paulo: Paulistanajur, 2004.

TAVARES, Maria Nazaré Tavares e CANDAU, Vera (Orgs.). In: Aprendendo e Ensinando Direitos Humanos. **Programa Nacional de Direitos Humanos. Oficinas.** João Pessoa, 1999.

VILLA, Mariano Moreno (Dir.) **Dicionário de pensamento contemporâneo**. São Paulo: Paulus, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. Seminário Mediação: Um Programa Inovador. In *Aérea Cadernos do CEJ*, n. 22.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Crise da Justiça e democratização do Direito**. v.1. Joaçaba: UNOESC, 1999.

_____. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. v. I, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. Educação em direitos humanos. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Direitos Humanos**: História, teoria e prática. João Pessoa: Universitária, 2005.