

O BRASIL E A MEDIAÇÃO PENAL*

JOSÉ RENATO NALINI

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo; Mestre em Direito Constitucional pela USP; Diretor Adjunto da Escola Nacional da Magistratura

Sumário: 1. Introdução; 2. Duas formas de mediação; 3. A rejeição à mediação natural; 4. Justificativas para a mediação natural; 5. A mediação penal no Brasil; 6. O mediador é o juiz; 7. O futuro da mediação penal no Brasil

1. Introdução

O fenômeno da **mediação** está presente na rotina brasileira, mesmo que muitos de seus atores sociais não tenham consciência disso. As relações de família, vizinhança, trabalho e confissão religiosa exercem relevante papel na pacificação dos conflitos. Também instâncias coletivas como sindicatos, escolas¹, associações, corporações de ofício e clubes de serviço desempenham funções mediadoras.

*Texto de apoio para intervenção oral no Painel “Mediação Penal”, no III Encontro Interamericano de Resolução Alternativa de Disputas - RAD, promovido pelo Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente - ILANUD, realizado de 3 a 5/11/97, em San José - Costa Rica.

¹ JAY FOLBERG e ALYSON TAYLOR mencionam que, “na atualidade estão se desenvolvendo currícula para prover aos estudantes com habilidades para levar à mediação seus próprios conflitos na sala de aulas e fora da escola. O plano de ação de Fellers (1982, p.58), requer que o interventor, em geral o professor, atue como mediador e conduza os alunos através do processo de mediação que se descreve no Capítulo 3, pedindo-lhes que vão à “**esquina do conflito**”, donde seguem uma seqüência de cinco passos em apenas alguns minutos: 1. Cada estudante, homem ou mulher, expõe seu ponto de vista do problema sem interrupções; 2. O professor repassa o exposto e esclarece; 3. Os estudantes e o professor decidem uma solução; 4. O professor ajuda a avaliar a conduta para diminuir em todo o possível a probabilidade de que volte a ocorrer; 5. Os estudantes se manifestam mutuamente um indício de reconciliação” (in “Mediación-Resolución de conflictos sin litigio”, Ed. Noriega, Limusa, Méjico, 1992, p.200/201).

É o que se costuma chamar **mediação natural**, no Brasil acentuada por análises antropológicas que detectam no resultado de um entrelaçamento de raças - a branca, a negra e a amarela - o chamado **homem cordial**. E que a sabedoria popular traduz pelo clássico **jeitinho** brasileiro².

Todavia, essa **mediação natural** não é suficiente, diante da natureza nova das tensões e conflitos sociais, e perante a falência das organizações coletivas de regulação, para pacificar todas as turbulências. Lentamente se desenvolveu uma política de **mediações institucionalizadas**, estando bastante em voga há alguns anos a noção de **pactos sociais** e a dos **conselhos comunitários** dos partidos políticos populares. A primeira experiência, partindo da intenção de obter consenso quanto às pretensões empregatícias perante os patrões, desenvolveu-se para um propósito maior: o grande **pacto nacional**, em que o capital, o trabalho, a política partidária e a sociedade civil atingissem estágio de convivência apto à consecução dos objetivos nacionais. A segunda, formando grupos de cidadania para auxiliar concretamente na implantação de políticas urbanas, sobretudo depois que o Partido dos Trabalhadores assumiu a prefeitura de alguns municípios.

A filosofia de se conceder maior **participação à cidadania** esteve presente na elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 5.10.1988, chamada **Constituição Cidadã**. Invocando a possibilidade de os cidadãos se mobilizarem e implementarem propostas concretas no âmbito de seus peculiares interesses - a rua, o quarteirão, o bairro, o distrito, a cidade, até chegar à Nação - surgiram inúmeras **organizações não governamentais** para a defesa específica de alguns valores bem definidos: o ambiente, o patrimônio histórico, as minorias, a qualidade de vida.

Exerceram elas **mediação espontânea** ou **estimulada**, subjazendo a idéia do reforço ou recomposição dos liames sociais sobre o alicerce do **princípio da subsidiariedade**.

Nascendo com feição anti-institucional e anti-profissional, tais movimentos muita vez se apropriaram do ritualismo das organizações convencionais, de cuja ineficácia derivam. Ou seja: diante da insuficiência do aparelhamento judicial, as soluções passam a ser acordadas por entes coletivos não oficiais e de composição diversa, mas que recorrem a praxes da Justiça clássica.

Essa invasão da **justiça convencional** por **atores informais** é nítida nas esferas econômica e civil - a arbitragem, os pactos de se não re-

² Dentre os **ditados** populares utilizados para traduzir essa característica, anotem-se: “É melhor um **mau** acordo do que uma **boa** demanda” e seu contraponto: “Dou um boi para não entrar na briga e uma boiada para não sair dela”.

correr ao Judiciário, a atuação dos mecanismos corporativos - e foi menos sentida no campo criminal.

É natural seja assim. O capital não pode se subordinar à **lentidão** e à **imprevisibilidade** do Judiciário. Encontrou logo esquemas alternativos de solucionar suas controvérsias.

Já em relação ao **crime**, malgrado razoável produção doutrinária, ele ainda é considerado **fato do pobre**³. A **mediação penal** é feita pela polícia, que **filtra** os episódios e faz chegar ao Judiciário mínima quantidade deles⁴. Essa função policial tem sido relevante. Bons policiais previnem controvérsias, têm poder de persuasão sobre as partes e são respeitados, principalmente nas pequenas comunidades. Seria importante que nos programas de capacitação policial se incluísse a mediação e o estudo de suas técnicas⁵.

É relativamente recente a reação coletiva diante da criminalidade sofisticada, aquela praticada por agentes diferenciados na escala social e que em nada parecem guardar similitude com o delinqüente comum.

Haverá um grande caminho a ser trilhado, até se possa considerar presente a **mediação penal** em solo brasileiro.

2. Duas formas de mediação

Lenta e gradualmente, o debate social sobre a **mediação** foi se tornando consensual, malgrado algum esforço de problematização científica⁶.

³ É comum dizer-se, no Brasil, que a prisão está reservada para 3 Ps: Pobre, Preto e Prostituta.

⁴ A cada fato policial de que a polícia toma conhecimento, elabora-se um boletim de ocorrência, conhecido na praxe jurídica por **BO**. Número infinitamente menor do que aquele correspondente aos boletins de ocorrência elaborados é que vai gerar um **inquérito policial**, do qual uma pequena parte se converte em **processo-crime**.

⁵ JAY FOLBERG e ALISON TAYLOR, *in* “Mediación-Resolución de conflictos sin litigio”, cit., observam que “A sociedade ordenou que a polícia se converta na força que faça cumprir a paz, quer dizer, a autoridade que se enfrente aos conflitos manifestos que poderiam afetar a segurança das partes em si mesmas, ou dos demais. Reservou-se a eles o papel de mediadores, quer dizer, aqueles que estão ubicados entre as facções, os que devem instruir a estas no que se refere a regras e processos, assim como a fazer cumprir tais regras, com o objeto de dar lugar à resolução dos conflitos ou ao manejo dos conflitos. Numerosos policiais têm funcionado durante anos como mediadores efetivos, sem sequer haver identificado seu papel como tal”. (p.203).

⁶ Em França, consultar JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, do Groupe Lyonnais de sociologie industrielle (GLYSI), “Le mouvement **Victim-Offender Mediation**: l’exemple du

Ninguém contesta a pertinência desta estratégia que asseguraria uma forma de eliminar o sentimento de insegurança, de reconstruir os laços sociais ou, quanto menos, de preservar as relações futuras dos protagonistas de um conflito, na visão de JACQUES FAGET. Para quem, “*uma das conseqüências dessa ideologia consensual reside na existência inicial de uma grande fluidez conceitual. Compreende-se sob o mesmo vocábulo experiências concernentes à arbitragem, à conciliação, à reparação, num amálgama das iniciativas praticadas pelos policiais, magistrados, expertos, trabalhadores sociais, pessoas de boa vontade, administrações, assimilando-se tentativas realizadas à margem do aparelho judiciário com outras integradas em seus procedimentos, aí compreendidas aquelas da fase penal da execução das sanções*”⁷.

A preocupação brasileira com a solução de conflitos intra e extrajudicial tem sido objeto de alentada doutrina. Para o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Diretor da Escola Nacional da Magistratura, a composição dos conflitos se faz mediante: “*a) composição particular: mediação, como técnica de negociação processualizada, em que se chega*

Minnesota Citizen Council on Crime and Justice”, in *Droit et Société* 29-1995, p. 57/77 e, para uma síntese de seus trabalhos, ver “La médiation: une justice douce”, Paris, Syros, 1992; ETIENNE LE ROY, ANTOINE GARAPON e ALAIN GIRARDET, “La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges”, Paris, Ministère de la Justice/Laboratoire d’anthropologie juridique de Paris, 1989, MARYVONNE DAVID-JOUGNEAU, “Ulysse, médiateur ou comment sortir de la logique de la vengeance”, in *Droit et Société*, 29-1995, p. 11-24, artigo que é fruto de pesquisas efetuadas de 1989 a 1993, como assistente junto ao CETEL - Faculdade de Direito de Genève, em particular sobre o tema Mediação e Justiça, JACQUES FAGET, “La double vie de la médiation”, in “*Droit et Société*” 29-1995, p.25/38, autor que é encarregado de pesquisas junto ao CNRS e ensina na Faculdade de Direito de Bordeaux, especializado em sociologia penal e judiciária, trabalhando particularmente sobre as interfaces entre o sistema judiciário e regulações sociais, ÉTIENNE LE ROY, “La médiation mode d’emploi”, in “*Droit et Société*” 29-1995, p. 39/55, professor de antropologia do Direito, diretor do Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris e do DEA-Pluridisciplinar de Estudos Africanos da Universidade de Paris I, PETER SCHLOSSER, “Alternative dispute resolution (uno estímulo alla riforma per l’Europa?)”, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 44/1005/1006, ANDREW FLOYER ACLAND, “Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones”, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, JORGE HENON RISSO, “Teoria de la mediacion”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, jul/dic. 1994, , FRANKLIN M.OBARRIO, “Algunos aspectos institucionales de la mediacion”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, jul.1995, ZULEIMA WILDE, “Mediacion y conciliacion”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, julho de 1995, ELENA I.HIGHTON e GLADYS S.ÁLVAREZ, “Mediación para resolver conflictos”, Editora Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

⁷ JACQUES FAGET, “La double vie de la médiation”, in “*Droit et Société*”, 29-1995, p. 26.

ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico de dirigi-las a um ponto comum; b) composição paraestatal: arbitragem ou decisão por árbitro equidistante entre as partes, mas desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes jurisdicionais; c) composição estatal da lide: sentença judicial provinda de magistrado inserido entre os agentes públicos da atividade jurisdicional do Estado”⁸.

Já a doutrina específica sobre **mediação** ainda é relativamente escassa⁹. E nela tem sido importada a discussão alienígena, prevalecendo a influência francesa¹⁰. Em França, a institucionalização da **mediação** se fez sem traumas. Depois de um período de experimentação prudente, os textos legais foram promulgados em termos muito genéricos e em condições de aplicação incertas, deixadas à iniciativa social.

Houve ali uma consagração da via judiciária da mediação, resultante da inquietude do conjunto de profissões judiciárias, notadamente a dos advogados. Estes argüíram a ausência de garantia dos direitos de defesa, diante daquilo que se considerou um movimento **anárquico**¹¹. A legislação que surge traduz uma estratégia de controle, pelos estamentos judiciais, da geração espontânea da mediação.

Nada menos do que setenta e cinco experiências mediadoras foram detectadas na França, depois que a Chancelaria, em 1990, difundiu um documento recomendando a participação do *parquet* em todas as iniciativas de **mediação**. Essa multiplicidade de modelos heterogêneos produziu certa inquietação e, em 1992, o Ministério da Justiça divulgou, entre os magistrados, uma nota de orientação sobre a **mediação** em matéria penal, com a pretensão de difundir modelo único. Finalmente, lei de 4 de janeiro de 1993,

⁸ Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Conferência proferida no Seminário “A arbitragem e o Brasil - uma perspectiva múltipla”, sob título “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”, São Paulo, 13.11.1996, in Revista do Advogado da AASP, outubro de 1997, n°51, p.10.

⁹ JUAN CARLOS VEZZULLA, “Teoria e Prática da Mediação”, Curitiba, Instituto de Mediação, 1995 e “Uma introdução à mediação”, apostila do Instituto de Mediação, 1995, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, “Manual da Arbitragem”, RT, 1997, p.59/78, J.E.CARREIRA ALVIM, “Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional”, Revista de Processo, São Paulo, out/dez.1996, v.21, n.84, p.175/199.

¹⁰ O modelo **americano** está sempre em cheque na intelectualidade brasileira. Seja porque a formação jurídica tem tradição continental e uma cultura francófila dominou as gerações cujo pensamento é hoje dominante, seja diante do receio de se frustrar a experiência do Mercosul, por pressão norte-americana e a conseqüente redescoberta dos valores mais próximos à União Européia. Para não mencionar a circunstância mais óbvia: o Brasil integra o bloco da **civil law** e não o da **comon law**.

¹¹ JACQUES FAGET, op. cit., idem, p.28.

reformando o Código de Processo Penal, assegura, no seu artigo 6º, a institucionalização da **mediação penal**.

Essa institucionalização se fez de maneira muito flexível. O *parquet* seleciona discricionariamente as causas, podendo beneficiar com esse procedimento aquelas que entenderem convenientes. Essa atribuição insere-se no quadro das prerrogativas que lhes assegura o princípio da oportunidade. Esta fase de seleção nada tem de sistemático e depende da política local do *parquet*, da sensibilidade do magistrado, da existência das estruturas associativas adequadas e de outras circunstâncias.

O mediador tem grande autonomia instrumental. A latitude de experimentação não encontra limite senão na faculdade assegurada ao magistrado de recusar a homologação ao acordo concluído.

O modelo francês sustenta sua legitimidade em uma dúplice necessidade: assegurar entre os justiciáveis uma igualdade mais concreta e lutar contra a absorção do princípio da legalidade pelo *self-service normatif*². Ainda tenha sido suave esse paradigma - JACQUES FAGET o chama de modelo **doce**¹³ - ele enfatiza a vontade da instituição judiciária de submeter o liame social a seu controle e revela a dificuldade experimentada pelos juristas a conceber um *locus* de regulação dos conflitos do qual eles seriam excluídos.

3. A rejeição à mediação natural

A informalização da Justiça costuma causar resistência ao jurista. Ao profissional do direito repugna que um cidadão não ungido pelo bacharelado possa vir a compor litígios. O fenômeno tem feição universal. Na França, posição doutrinal mais elaborada considera que a aspiração a uma justiça informal e consensual se alimenta de persistente desconhecimento do quadro jurídico das ações¹⁴, seguido de visão muito autoritária da regra de direito. Chegou-se a afirmar que a mediação envolve a ilusão de formas de ação que escapariam ao direito ou, mais ainda, constituiriam até a **negação do direito**¹⁵.

¹² É expressão de P.LEGENDRE, lembrada por JACQUES FAGET, op. cit., idem, p.30.

¹³ O adjetivo **doce** foi a imposição do editor do livro de JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, chamado justamente: "La médiation: une justice douce", Paris, Syros, 1992.

¹⁴ JACQUES FAGET, "La double vie de la médiation", in "Droit et Societé" 29-1995, p.34.

¹⁵ ÉVELYNE SERVERIN, "La transaction", Informations sociales n° 31, 1993, citada por JACQUES FAGET, op. cit., idem, ibidem.

Contra aqueles que defendem a **mediação**, já se afirmou que sua “visão patológica do processo conduz a superdimensionar os aspectos espontâneos da regulação dos litígios sem pretório e a reduzir a justiça institucional a um estado caricatural”¹⁶. Compreende-se a reação até passional dos operadores do direito cujo impregnar-se na realidade jurídica pode toldar uma ampliação do mundo. De maneira a fazer prevalecer interesses profissionais sobre os nobres intuítos da realização do justo.

Subjacente a essa discussão, o próprio repensar da função do **direito** e da **justiça** no futuro - e tão próximo - milênio.

4. Justificativas para a mediação natural

Em favor da mediação **natural**, ou da *via comunitária da mediação*¹⁷ podem ser alinhados alguns argumentos.

4.1. O judicial não esgota o jurídico

O direito é muito mais abrangente do que a produção normativa, doutrinária e jurisprudencial. Até o mais renitente dos positivistas é obrigado a reconhecer o valor do costume. E direito é também o produto da atividade contínua da humanidade. Em suas relações, o ser humano gera direito e o observa espontaneamente. Não houvera cumprimento espontâneo das obrigações e não haveria pretório suficiente para compelir os devedores a adimpli-las.

A **mediação** não é uma solução alternativa reinventada pela sociedade civil, mas é forma jurídica adotada pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 1025¹⁸. Se a preocupação do operador do direito deve ser com a efetiva pacificação dos conflitos, não com a forma por que ela se faz, a ele não pode repugnar a adoção de outras vias, até mais eficazes do que a convencional¹⁹.

¹⁶ ÉVELYNE SERVERIN, “Jurisdiction et jurisprudence: deux aspects des activités de justice”, in *Droit et Société* n° 25, 1993, sobre a posição defendida por E.LE ROY e J.P.BONAFÉ-SCHMITT, citado por JACQUES FAGET, op. cit., idem, p.35.

¹⁷ Expressão utilizada por JACQUES FAGET, op. cit., idem, ibidem.

¹⁸ Artigo 1025 do Código Civil Brasileiro: É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

¹⁹ Cumpre distinguir entre **conciliação**, **mediação** e **arbitragem**. **Conciliação** é meio informal e não estruturado, no qual um terceiro, que não tem nenhum poder coercitivo, facilita discussões e oferece um lugar neutro e seguro, onde as partes podem negociar entre si. O conciliador pode providenciar para que as partes se encontrem no mesmo lugar e/ou pode servir de mensageiro entre elas. O trabalho, na maioria dos casos, é realizado sobre posi-

A **mediação**, como lembra JOEL FIGUEIRA, é tentativa de aproximação dos contendores a fim de que encontrem uma solução amigável capaz de resolver definitivamente a questão, seja através da conciliação ou da transação. *“Em outras palavras, a mediação tende à autocomposição, sendo o gênero, enquanto as demais formas são as espécies”*²⁰.

4.2. O direito só em teoria protege os mais fracos

Um dos argumentos contra a mediação **natural** é a de que o não reconhecimento jurídico das práticas de mediação possa ter por consequên-

ções e pressiona para que as partes cedam a fim de alcançarem um acordo. **Mediação** : sessões de mediação, estruturadas e informais são realizadas por uma ou mais partes neutras, que trabalham inteiramente sem poder de coerção. O acordo ao qual se chega é desenhado pelas próprias partes. Os mediados apresentam seus pontos de vista e os mediadores, trabalhando com ambas as partes, ajudam-lhes ativamente a desenhar um acordo que atenda às necessidades de ambas as partes. Ele investiga os interesses, procura valores objetivos e estimula os mediados a criarem múltiplas opções. O processo pode ser eficaz na resolução de problemas que surgem dentro de relações complexas e recíprocas. A participação é sempre voluntária. **Arbitragem**: um ou mais árbitros são autorizados oficialmente a chegar a decisões que são **obrigatórias** às partes. Cada lado apresenta suas razões. A decisão proferida poderá ser com base na lei, por equidade, usos e costumes etc. Aplicável somente para direitos patrimoniais disponíveis. A participação normalmente é voluntária. (ADOLFO BRAGA, texto sobre arbitragem no Instituto de Mediação de Curitiba, 1995, citado por RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO, “A mediação e a arbitragem como formas alternativas de solução de conflitos”, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba, vol.2, setembro de 1997, p.16. Para JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, a **mediação** “é uma técnica de negociação processualizada, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico convergente a um ponto comum), que leva à conciliação espontânea, onde aparece relevante a atividade dos interessados na busca da solução comum” (“Manual da Arbitragem”, cit., p.64/65.

²⁰ JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, “Manual da Arbitragem”, cit., idem, p.76. Lembra o autor que, para CÉZAR FIÚZA, em sua “Teoria Geral da Arbitragem”, p.58/59, são ainda espécies de mediação a facilitation, o fact-finding e o mini-trial. Ou, para ÁUREO SIMÕES JÚNIOR, Presidente da Associação Brasileira de Mediadores, “A mediação é uma técnica pela qual, duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um profissional imparcial, para obterem num curto espaço de tempo e a baixos custos uma solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem e pode ser utilizada em qualquer tentativa de conciliação...A mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que tenta através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajudar as partes a acordarem entre si, sem a imposição de uma decisão por um terceiro, num efetivo exercício de cidadania” (Conferência sobre a mediação, proferida durante o I Workshop relativo aos Juizados Especiais, realizado em Florianópolis, 31.10.1996, *apud* JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p.77.

cia, privar as partes mais fracas de mecanismos de proteção jurídica. Na prática, o acesso ao direito e à justiça é extremamente estreito para os indivíduos socialmente deficientes. Quando obtêm acesso, é sempre em condições discriminatórias e isso se agudiza no penal, cuja justiça é extremamente seletiva, praticamente reservada para os excluídos. Não sem razão o infrator é chamado costumeiramente **marginal**.

Já na **mediação**, os contendentes são estimulados a encontrar as melhores e mais criativas soluções. Na maior parte das vezes se consegue restaurar a harmonia entre eles, pois o mediador trabalha especialmente sobre as inter-relações. Desaparece, diante de sua sistemática, a desigualdade entre as partes.

4.3. A mediação torna o direito mais acessível às partes

O processo de **mediação** diligenciado de forma competente é a ocasião de informar os protagonistas sobre seus direitos de maneira freqüentemente mais acessível e estratégica do que ocorreria na esfera jurisdicional. Ela não exclui a participação do advogado, considerado essencial à administração da Justiça²¹. Pois ninguém resta impedido de recorrer a um advogado no curso da **mediação**.

4.4. O sistema judiciário está saturado

Todas as pesquisas mostram que os cidadãos raramente se satisfazem com sua prestação, principalmente quanto aos atrasos na outorga e os percalços da fase da execução. A **mediação** é alternativa eficiente de aliviá-lo nessa sobrecarga.

4.5. A mediação comunitária é muito mais ordenada do que parece

Ela participa de uma juridicização das relações sociais, de um movimento global de racionalização da regulação de tipo jurídico. Daí que o mediador precisa ter formação específica, insuficientes as virtudes carismáticas. Uma preocupação a menos para a reserva jurídica de mercado. Nota-se, além disso, uma tendência à instauração de esquemas de procedimento e à formalização por escrito dos acordos.

²¹ Artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

4.6. Liberação do Estado para melhor desincumbir-se de outras tarefas

Os efeitos da **ideologia da informalidade** fazem com que as instituições informais de regulação dos conflitos tenham capacidade de submeter à autoridade legal formas por ela antes ignoradas. São suscetíveis de acolher litígios até então excluídos pela justiça ou relegados pelo aparelho judicial. Longe de desestabilizar o sistema, eles reforçam a autoridade estática. Na medida em que o Estado conserva a última responsabilidade, ele pode se desincumbir de certos serviços sem que o sistema sofra. E, principalmente, voltar sua capacidade para os conflitos mais intensos.

4.7. Por último, a mediação comunitária assegura uma democratização da distribuição social dos modos de regulação dos conflitos

Para JACQUES FAGET, em quem se baseia para esta argumentação, nesse universo jurídico que se caracteriza pela passagem do **geocentrismo** para o **egocentrismo**, os mais deserdados, sem recursos nem esquemas protetivos, serão os únicos a não recolher os frutos do pluralismo jurídico e a restar expostos às lógicas burocráticas abstratas dos aparelhos do Estado.” *A promoção de uma mediação comunitária representa, então, perseguir um ideal cívico de igualdade*”²².

Em síntese, vê-se que as críticas voltadas à **mediação natural** não resistem às justificativas erigidas em sua defesa. Ela representa uma resposta para a crise da instituição judiciária, apenas uma das faces da crise generalizada dos mecanismos de regulação social. Tem um significado de volta ao espaço/tempo do passado, em que boa parte dos litígios eram regulados no seio da família, na vizinhança, na empresa ou pelas autoridades morais como o diretor da escola, o vigário, o juiz de paz.

O fenômeno da industrialização, da urbanização, da mobilidade social, das migrações, a rapidez nas comunicações e a trivialização da violência, vieram a inibir tais vias espontâneas de solução dos conflitos. Talvez a mediação possa representar um retorno à singeleza do antanho e à redescoberta de valores como a palavra empenhada, o uso da razão, o exercício da persuasão, o cultivo da tolerância e da humildade.

²² JACQUES FAGET, “La double vie de la médiation”, cit., idem, p.36.

5. A mediação penal no Brasil

Na verdade, ainda muito pobre a experiência brasileira na mediação penal²³. A se aceitar o conceito de **mediação** como gênero, do qual a **transação** e a **conciliação** vêm a ser espécies²⁴, tem-se das duas previsão explícita na Constituição de 1988²⁵.

Os Juizados Especiais Criminais são competentes para a **conciliação**, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a **transação** e o julgamento de recursos por turmas de primeiro grau.

Com base nesse preceito constitucional, editou-se a Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que criou os Juizados Especiais, dedicando ao criminal os artigos de 60 a 92.

O artigo 62, ao elencar os **critérios** orientadores da lei, menciona a **reparação dos danos sofridos pela vítima** e no artigo 72, comete ao juiz o dever de esclarecer as partes sobre a **possibilidade da composição dos danos** e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade²⁶.

Abre-se a oportunidade para a condução da **conciliação** não apenas pelo juiz, mas também por **conciliador** sob sua orientação. E delimita o rol dos que podem exercer a função: *Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacha-*

²³ Adiante se examinará a proposta conciliatória em crimes de calúnia e injúria, da competência do juiz singular, consoante dispõe o artigo 520 do Código de Processo Penal e que pode ser considerado um passo inicial de mediação penal no Brasil.

²⁴ Vide nota 15.

²⁵ O artigo 98 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a **conciliação**, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a **transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

²⁶ Artigo 62 da Lei nº 9.099/95: O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Artigo 72: Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

*réis em direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal*²⁷.

A composição dos danos civis será formalizada e, homologada pelo juiz, terá a eficácia de título executivo. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação²⁸.

Ausente a **conciliação**, abre-se oportunidade para a **transação**. Quanto a esta, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Essa proposta é viável quando o réu: I. não tenha sido anteriormente condenado a pena privativa de liberdade por sentença definitiva; II. não tenha sido anteriormente e pelo prazo de 5 anos, beneficiado com outra transação; III. ou quando não indicarem os antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do delito, seja a transação considerada desnecessária ou insuficiente²⁹.

A proposta deve ser aceita pelo autor da infração e por seu defensor, para ser homologada pelo juiz. Este também poderá conceder a suspensão do processo, por 2 a 4 anos, quando a pena mínima cominada a qualquer crime, abrangido ou não pela lei, for igual ou inferior a um ano.

Deflui nitidamente dessa lei a tentativa de informalização do processo penal, ingrediente também contido na mediação. As tratativas quanto à composição do dano e à proposta de aplicação de pena são próprios a seus métodos. A necessidade de **representação da vítima** para a propositura de ação penal pública por delito de lesões corporais leves e lesões culposas também abre espaço a uma verdadeira tratativa de **mediação**³⁰. Nada impede - tudo recomenda - que o juiz sublinhe à vítima as vantagens advinentes do não oferecimento da representação, se ela se mostrar inclinada a deixar de oferecê-la.

Tais características inserem a legislação brasileira dentre as mais avançadas do mundo, importando em verdadeira revolução processual-penal. Lembra ADA GRINOVER que, *“doravante temos que aprender a conviver também com o princípio da discricionariedade (regrada) na ação penal pública. Abre-se no campo penal um certo espaço para o consenso.*

²⁷ Artigo 73, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

²⁸ Artigo 74 da Lei nº 9.099/95.

²⁹ Artigo 76 e seus parágrafos da Lei nº 9.099/95.

³⁰ Artigo 88 da Lei nº 9.099/95: Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade *consensuada*”³¹.

Um núcleo comum está a unir a Lei dos Juizados Especiais Criminais e as preocupações daqueles que defendem a **mediação penal** em outros países. O objetivo central da Justiça Criminal “já não deve ser só a **decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito. A vítima, finalmente, começa a ser redescoberta porque o novo sistema se preocupou precipuamente com a reparação dos danos. Em se tratando de infrações penais da competência dos juizados criminais, de ação privada ou pública condicionada, a composição civil chega ao extremo de extinguir a punibilidade**”³².

6. O mediador é o juiz

A experiência brasileira em mediação penal comete ao **juiz** o papel de mediador. Assim é que, desde a vigência do Código de Processo Penal, em 1941³³, existe uma fase conciliatória nos delitos contra a honra - crimes de calúnia ou injúria - em que o juiz exerce verdadeiro papel de mediador.

Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem³⁴. Se, depois de ouvir as partes, o juiz entender provável a reconciliação, promoverá entendimento entre elas, na sua presença³⁵. Havendo reconciliação, o querelante assinará termo de desistência e a queixa será arquivada³⁶.

Nessa função, o juiz sempre foi um autêntico **mediador**. Intermediava os interesses do ofendido, cuja pretensão era ver restaurada sua honra e a do ofensor, chamado por ele a responder pela calúnia ou injúria perante os tribunais. Os doutos ensinavam: “*Na reconciliação, que deve ser simples e conduzida com tato pelo Juiz, tem este papel de relevo, devendo agir com “a prudência com que os bons varões buscam implantar o entendimento entre as pessoas de sua família, ou das suas relações, quando se apresentam desavindas, muita vez por simples mal-entendidos. Bem andou a lei, eliminando os termos, a solenidade, a intervenção de advogados, para*

³¹ ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, “Juizados Especiais Criminais”, RT, 1996, p.18.

³² ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, op. cit., idem, ibidem.

³³ Decreto-lei nº 3.689, de 3.10.1941.

³⁴ Artigo 520 do Código de Processo Penal.

³⁵ Artigo 521 do Código de Processo Penal.

³⁶ Artigo 522 do Código de Processo Penal.

*apenas dar acolhida a um conciliábulo sem forma especial, em que o Juiz procede como um conselheiro amigo, zeloso pela paz e pela harmonia na sociedade onde exerce autoridade*³⁷.

Em nada, substancialmente, difere essa atuação do juiz brasileiro daquele ideal preconizado por ÉTIENNE LE ROY, para quem o **mediador** deve: gerir as relações entre as partes por atitudes como a escuta, o olhar, a palavra, mediante expressão de sentimentos e ter habilidade para conduzir o diálogo e fazer emergir um consenso. Além disso, aparecer como uma **figura de autoridade**, não em virtude de seu lugar numa instituição ou em virtude de um mandato - o que seria uma confusão de papéis - mas pela expressão de uma neutralidade, de uma objetividade e, finalmente, de um sentido de equidade. *“O mediador não tem por função senão provocar a emergência de um consenso entre as partes”*³⁸. Depois, reclama-se-lhe inserir-se no tempo, levando em consideração as temporalidades freqüentemente negligenciadas em nossas sociedades. O mediador deve, pois, se situar, de maneira iterativa, no tempo das origens do conflito, no tempo atual da confrontação entre as partes e no longo termo do futuro das relações sociais que deverão ser restauradas. Por último, precisa privilegiar os fatos mais que as normas, o exame das práticas das partes mais do que a explicação que elas dão, os julgamentos de realidade mais do que os julgamentos de causalidade. Não se trata de julgar, como magistrado, mas de produzir explicações, de encontrar caminhos conducentes à descoberta, pelas partes, de um consenso sobre a solução partilhada por elas próprias.

Essa mesma atuação, desprovida dos signos tipificadores da dicção soberana do direito, está hoje reservada ao juiz dos Juizados Especiais Criminais. O papel reservado à conciliação vem sendo enfatizado pela doutrina: *“a conciliação é o instrumento utilizado para que as partes - ou partícipes - possam mais facilmente alcançar a auto-composição, atuando o conciliador como veículo de aconselhamento e orientação. Mas são as partes - ou partícipes - que se compõem, pondo fim à controvérsia”*³⁹. Nessa função, o juiz se despe do arcabouço de **agente da soberania estatal** para revestir-se de outros predicados. Imbuindo-se da consciência de que é mero instrumento para o acordo entre os contendentes, daí derivam os *“requisitos para a correta condução das vias conciliativas: a necessidade de uma adequada mentalidade do conciliador (juiz ou leigo), que deverá bus-*

³⁷ EDGARD MAGALHÃES NORONHA, “Curso de Direito Processual Penal”, Saraiva, 1972, 5ª ed., p.293, citando ESPÍNOLA FILHO, “Código de Processo Penal Brasileiro”.

³⁸ ÉTIENNE LE ROY, “La médiation mode d’emploi”, in “Droit et Société”, 29/1995, p.43.

³⁹ ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Juizados Especiais Criminais”, cit., idem, p.104.

*car o acordo entre as partes para além da solução jurídica da controvérsia, agindo por equidade e não de acordo com o princípio estrito da legalidade; a conscientização de que pela conciliação se atinge seu fim maior, que é a pacificação social; o respeito às vontades das partes ou partícipes, limitando-se o **mediador** a aconselhar, pacificar e indicar as vantagens da conciliação, sem pressões de qualquer sorte”⁴⁰.*

Atinge-se, mediante utilização adequada dos métodos conciliativos, o ideal possível na estrutura cooperativa e participatória do processo, em que os interessados efetivamente **protagonizam** o episódio de pacificação e não desempenham papel de figurantes ou de mero objeto da imposição da vontade estatal.

Aspecto de relevo a ser destacado é o condizente com a **ética da mediação**. A solução resultante do diálogo aberto e franco entre os titulares dos interesses controvertidos está eticamente superior - pois autônoma - à decisão imposta - pois heterônoma.

Na conformação do sistema judicial brasileiro, só o juiz - ou seus auxiliares - podem promover a conciliação⁴¹ e só o juiz pode encaminhar a transação⁴². Não o Ministério Público. Ele é parte no processo-crime e, como tal, suscetível também de se submeter à decisão homologatória.

A primeira hipótese - a possibilidade de **composição dos danos** - é muito clara. As partes, na conciliação, vêm a ser agente da infração e vítima. E os esclarecimentos, a cargo do juiz, poderão levá-los a um acordo que importa em renúncia ao direito de queixa ou representação.

Na segunda hipótese - a possibilidade da **transação penal** - as partes já são o agente da infração e o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada. Aqui, a circunstância de se conferir ao Ministério Público iniciativa para a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa não o converte em **mediador**, senão em instrumento de início dos entendimentos entre as partes.

Como parte qualificada, dispondo de estrutura e de formação específica apurada em rigoroso concurso de ingresso, possui mais condições para o encaminhamento da proposta que deverá ser homologada pelo juiz, depois de analisá-la e mesmo de nela fazer alterações.

⁴⁰ ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Juizados Especiais Criminais”, cit., idem, ibidem, além de “A conciliação extrajudicial no quadro participativo”, in “Novas Tendências do direito processual”, Forense, Rio, 1990, 2ª ed., p.216/226.

⁴¹ Papel que está muito claro na dicção do artigo 72 da Lei nº 9.099, de 26.9.1995.

⁴² O que também está muito nítido na dicção do artigo 76 da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, pois o juiz pode reduzir a pena até a metade, quando a multa for a única aplicável - § 1º do artigo 76 do mesmo diploma.

É por isso que razoável orientação jurisprudencial vem entendendo ser a proposta de aplicação imediata da pena um **direito subjetivo** do agente, suscetível de ser encaminhada pelo juiz de ofício, quando o Ministério Público a não propuser.

A função de **mediação** somente poderia ser exercida pelo juiz, até mesmo em se considerando a inspiração americana para a lei brasileira dos Juizados Criminais. Por todos, SIDNEI BENETI assinala: *“a previsão da conciliação é novidade, no campo antes a ela interdito, do Direito Penal. É ela, contudo, amparada pela experiência internacional, sobretudo no Direito Norte-americano, com a denominada pela bargaining”*⁴³. Se réu e promotor **negociam** solução reciprocamente satisfatória, por óbvio o primeiro não pode acumular também as funções de mediador.

Compreende-se a reação daqueles que não visualizaram o alcance da nova legislação. Pretende-se conferir eficácia ao Direito Penal, muito desprestigiado com a impunidade, a lentidão na resposta e com o caráter meramente simbólico da retribuição. A **conciliação** que se faz pelo mediador também adquire feição pedagógica, fazendo as partes refletirem sobre o mal causado pela infração penal. Ademais, *“a tendência à conciliação persegue ideal nobre de Justiça e representa curioso fenômeno da desestatização parcial da disponibilidade da ação penal. Atendendo à constatação de que algumas infrações penais, conquanto atingindo a higidez do sistema de garantias penal, projetam maior gama de conseqüências lesivas no âmbito do direito individual do ofendido, a este atribui, o novo sistema, o direito de transacionar a lesão sofrida, com o efeito fulminador da persecução penal. Com a conciliação, não se elimina a reprovabilidade penal, mas suprime-se a persecução. A frustração da conciliação passa a ser pressuposto condicionante da persecução penal”*⁴⁴.

7. O futuro da mediação penal no Brasil

Talvez com outra etiqueta, mas considerada a substância da reflexão que a produziu, a **mediação penal** vai assegurando seu lugar no sistema brasileiro. Aqui também se questiona a lentidão, o hermetismo e a rigidez da Justiça e se discutem alternativas novas de solucionar os conflitos.

O legislador já deu os primeiros, mas efetivos passos para a **justiça negociada** ou a **justiça proposta** que, no fundo, ostenta as mesmas

⁴³ SIDNEI AGOSTINHO BENETI e FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, “Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p.92. Assinala BENETI que “a **plea bargaining** caracteriza-se como “processo pelo qual o acusado e o Promotor negociam um julgamento mutuamente satisfatório do caso”.

⁴⁴ SIDNEI BENETI, op. cit., idem, p.93.

características da **mediação penal**⁴⁵. Se a origem da **mediação** no mundo foi a preocupação maior com a vítima, também no Brasil a lei dos Juizados Especiais teve por intuito redescobrir e revalorizar o ofendido.

A comunidade jurídica brasileira não se tem furtado a discutir os princípios de oposição que tornariam tais alternativas uma revolução de conseqüências inimagináveis. Tem presente que o modelo clássico de Justiça está erigido sobre a **legalidade**, enquanto as alternativas novas prestigiam a **legitimidade**. A Justiça encarna o **Estado**, as novas soluções surgem da **sociedade** civil ou da **comunidade**. Enquanto a Justiça trabalha com a idéia de **dependência**, de **submissão**, de **soberania**, as estratégias em curso pensam em **autonomia**. A Justiça é uma **relação vertical**, a **mediação** e outros projetos, uma **relação horizontal**. Enfim, se o raciocínio da Justiça é com o **princípio da ruptura**, a nova fórmula trabalha com o **princípio do liame**⁴⁶.

Em lugar da **representação** da Justiça atual, baseada no **conflito** e na **ficção**, a Justiça do futuro deverá adquirir mais de **estratégia** na resolução das desavenças, firmar-se mais na **cooperação** e menos no **conflito**, encarar mais a **realidade**.

É verdade que, contra esse salto qualitativo na interpretação e na implementação de um novo modelo militam várias causas. Dentre elas, e sem a preocupação de esgotar o tema, podem ser apontadas:

7.1. Influência americana

A Justiça americana chega ao Brasil não através dos movimentos *victim-offender mediation*⁴⁷, mas como disseminação de um **demandismo exacerbado**, que parece ter transformado toda uma sociedade em **civilização litigiosa**. É difícil demonstrar a conveniência das soluções discutidas entre os interessados, quando se veicula o êxito dos que se utilizam do processo como forma eficiente de se obter dinheiro. Assim com as indenizações por dano moral que, de incalculáveis, passaram a ser facilmente traduzidas em cifras - e sempre milionárias - abrindo campo para o exercício da cupidez irresponsável. A honra, no Brasil, tem preço. E é objeto de cotação visível no mercado das ações ...judiciais.

⁴⁵ A expressão é utilizada por C.AMIEL e ANTOINE GARAPON, na obra "Justice imposée et justice négociée dans le droit français de l'enfance", Actes n. 56, 1986, p. 18/27.

⁴⁶ JACQUES FAGET, "La double vie de la médiation", cit., p.27.

⁴⁷ A origem da criação da "U. S. Association for Victim-Offender Mediation" se vincula à ação do PACT (Prisoner and Community Together)-Institute of Justice que, desde 1982, associou-se ao "National Victim-Offender Reconciliate Resource and Training Center", cf. H.FAGAN, "The US Association for Victim-Offender Mediation: a history", Victim-Offender Mediation, vol.4, n° 1, 1990, p.1.

7.2. O crescimento da miséria

A legião dos excluídos é a usina de fabricação da criminalidade convencional. Daquela que vem merecendo a repressão estatal. Integrante desse estamento é insuscetível de participar da **mediação**. Pois ele não ocupa um lugar definido na comunidade. A vítima nada tem em comum com o infrator. Este integra a massa amorfa dos abandonados pelo sistema e, diante disso, cai por terra a possibilidade de uma **solução negociada**. Quando ouvida, a comunidade quer maior rigor preventivo e repressivo e não hesita em aplaudir alternativas drásticas, como o extermínio do criminoso.

7.3. Perda dos valores

Uma sociedade assim heterogênea dificilmente conserva os seus valores básicos, sobre os quais se assentara uma civilização emergente, mas fundada sobre alicerces inspirados pela democracia cristã ocidental.

É muito difícil reclamar-se o **comportamento virtuoso** para uma geração cedo despertada para o consumismo, para o egoísmo, para o hedonismo. Perdendo a batalha para as drogas e para o sexo fácil e desenfreado, surda e cega para os superados paradigmas fornecidos pela família, pela religião e pelo esgarçado conceito de Pátria.

O controle das comunicações por grupos submissos às leis do mercado contribui para a disseminação da irrealidade. O importante, para a juventude, é sentir as grandes emoções. A educação abastardada pelo sacrifício da categoria docente não tem sabido recuperar o terreno perdido para a permissividade e para a irresponsabilidade.

Entretanto, mais do que nunca, é de se proclamar: “os valores morais (disponibilidade, responsabilidade, altruísmo) e sociais (solidariedade, dignidade, gratuidade) que devem estar associados, não são entretanto secundários, particularmente nestes tempos de crise de referências e de regulações”⁴⁸. Ao contrário, precisam ser não só invocados, senão exercer influência real na vida privada e na comunitária.

⁴⁸ ETIENNE LE ROY, “La médiation mode d’emploi”, cit., idem, p.47.

7.4. O preconceito

Muito vinculado à perda dos valores e ao crescimento da miséria, surge o preconceito sob múltiplas formas. O preconceito da comunidade jurídica em relação a tudo aquilo que represente uma fuga ao tradicional. Não é esse o preconceito mais consistente a obstaculizar mais plena implementação da mediação penal no Brasil. Aqui ocorre o preconceito contra o diferente⁴⁹. Esse é um fenômeno nítido nas sociedades multiculturais como a do Brasil.

Analisando a formação irracional de uma conurbação como a de São Paulo, congregando quase vinte milhões de habitantes, observa a antropóloga RUTH CARDOSO: *“O medo das pessoas e o preconceito na nossa cidade crescem muito a cada dia e o medo da violência justifica, muitas vezes, uma violência prévia...O medo do bandido, que se confunde frequentemente com o medo dos pobres, é uma questão que tem de ser enfrentada imediatamente. Os pobres estão mais próximos, estão dentro da mesma área. Se nós não combatermos esse preconceito, teremos um esgarçamento muito maior das relações sociais”*⁵⁰. O preconceito é um fator impediante de melhor compreensão de uma **cultura da mediação no crime**, pois em regra, o criminoso é um excluído. Torna-se difícil a realização de uma **justiça de mesa redonda**, quando a vítima não tem o hábito de se sentar à mesa com o pobre. A exceção diz com os delitos contra a honra, os delitos de trânsito, em que já se permite composição dos danos, renúncia à ação penal, transação e se reclama representação da vítima para a propositura da ação penal pública. E também para os delitos menores - contravenções penais - quando praticados por jovens de classe social idêntica à da vítima. Já a criminalidade mais divulgada no Brasil, aquela que merece a mais veemente repugnância e repressão, lamentavelmente é própria aos estamentos menos privilegiados da Nação⁵¹.

⁴⁹ OSCAR NUDLER, in “Visiones del mundo, metáforas y resolución de conflictos”, detectou a questão. Em sociedades heterogêneas, os conflitos são daqueles em que as partes não têm qualquer elemento em comum. São visões de mundo integralmente diversas. (Staff, 1996, p.6).

⁵⁰ RUTH CARDOSO, “A cidadania em sociedades multiculturais”, in “O Preconceito”, Júlio Lerner editor, Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997, p.19/20.

⁵¹ A conclusão é empírica e relativa. Já existem estudos demonstrando que aumenta o número de delinquentes nas classes A e B, fruto da permissividade da educação, do consumo excessivo de drogas e da perda de perspectivas diante dos frutos perversos da globalização. Também não se costuma considerar repugnante a macro-delinquência praticada com sofisticação por agentes diferenciados, que nunca aparecem nos noticiários policiais, mas frequentam assiduamente as colunas de gossips dos mass media. Essa constatação mereceria aprofundamento, assim como a análise da influência dos chefes da contravenção lotérica - o

Numa sociedade de excluídos, não há verdadeiro diálogo entre possuidores e despossuídos. Inviável a comunicação entre eles, pois para uma boa comunicação bilateral é necessário que as partes se escutem com atenção, que falem com clareza e determinação, que possuam uma atitude aberta à apresentação de informação e de idéias novas, que estejam dispostas a concordar e, principalmente, que aceitem os outros como **iguais**⁵².

É também por isso que a maior parte dos conflitos é levada ao Judiciário. Depois, até os mais fervorosos defensores de resoluções alternativas chegam a reconhecer: “*O juízo é o foro mais indicado para proteger os direitos legais e para distinguir o culpado do inocente*”⁵³. E o crime é sumariamente excluído do campo da mediação, quando mencionados os critérios que devem ser levados em conta para adotá-la⁵⁴.

Algo, entretanto, já tem sido feito. Desde a experiência do Código de Processo Penal de 1941 nos delitos contra a honra, até o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, com suas novas figuras. Legislação típica de uma sociedade ávida por respostas mais eficazes do que tem sido possível a um sistema judiciário arcaico, hermético e aparentemente insensível ao clamor por verdadeira justiça.

Uma vertente a ser talvez explorada seria a imersão ética dos humanistas, notadamente os integrantes da comunidade jurídica, de onde podem provir as mais elaboradas resistências. O pensador de um país envolto em questões dramáticas precisa contribuir de alguma forma, para além de sua produção intelectual, no sentido da edificação de uma sociedade mais justa, solidária e fraterna. Toda metodologia baseada no chamamento da boa índole e no despertar do sentimento humano, como é o caso da mediação, é bem vinda.

chamado jogo do bicho - sobre a comunidade sobre que atuam, onde são consideradas personalidades benfazejas, distribuidores de benesses aos moradores locais. Há uma lei própria e uma ética toda específica para o macro-delinquente, produtor de um verdadeiro direito, o “Direito de Pasárgada”, já examinado há alguns anos por BOAVENTURA SOUZA SANTOS.

⁵² ANDREW FLOYER ACLAND, “Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones”, Paidós, Buenos Aires, 1993, *apud* JUAN CARLOS VEZZULLA, “Teoria e Prática da Mediação”, Instituto de Mediação, março de 1995, p.26.

⁵³ LINDEN SINGER, “Mediacion-Resolucion de conflictos”, p.237.

⁵⁴ Anota JUAN CARLOS VEZZULLA: “Os critérios que advogados e clientes devem tomar em consideração para escolher a mediação são os seguintes: 1. posição e direitos, de ambas as partes, equilibrados. 2. necessidade de sigilo e celeridade na solução do conflito. 3. desejo de manter, aprimorar ou, ao menos, não deteriorar o relacionamento. 4. compromisso afetivo muito importante com o problema, a ser resolvido num clima que contenha e canalize essas emoções. 5. que não envolva ou trate delito”.(op. cit., idem, p.67).

O caminho para a **mediação penal** no Brasil, seja ela considerada ideologia da pacificação social, seja procedimento parajudicial de solução dos litígios ou como técnica de devolução, à sociedade e à criatura, de um pouco de sua capacidade cívica, passa pela redescoberta da ética. A ética é remédio eficaz para a eliminação do preconceito⁵⁵. Para forçar tomada pessoal de posição. É chave que abre a consciência e responsabiliza o omissor por sua inércia.

Quando a humanidade se defronta com questões urgentes a serem resolvidas, a imersão ética se torna primordial. Ela é que projetará à consciência bem formada, as pautas de um comportamento verdadeiramente humano, frente a situações conflituosas e cujo entendimento parece ainda fluido e ambíguo. Como é aquela de se abrir oportunidade para que vítima e infrator negociem crime e castigo, em lugar da inflexível imposição da lei.

⁵⁵ Lembra DALMO DE ABREU DALLARI, como efeitos sociais do preconceito, que ele acarreta a perda do respeito pela pessoa humana, restringe a liberdade, introduz a desigualdade, estabelece e alimenta a discriminação e promove a injustiça. “Por todos os efeitos sociais já enumerados fica evidente que o preconceito é fonte de injustiças. Antes de tudo, pelo simples fato de ignorar o princípio fundamental da igualdade essencial de todas as pessoas, anulando a regra básica segundo a qual nenhuma pessoa vale mais do que a outra, e, inversamente, nenhuma pessoa vale menos do que a outra. A par disso, onde atua o preconceito não importam os méritos, as aptidões, o valor moral e intelectual e outros dos atributos que, na vida social, influem para a diferença de comportamentos e de oportunidades. O preconceito cria superioridades e inferioridades que independem das circunstâncias concretas e de avaliação objetiva, oferecendo para alguns um caminho íngreme e pedregoso, onde outros encontram caminhos suaves e amplos, além de barrar totalmente a passagem para muitos. A presença do preconceito expulsa a justiça”. (DALMO DE ABREU DALLARI, “Políciais, Juízes e Igualdade de Direitos”, in “O Preconceito”, cit., idem, p.98/99).