

ACESSO À JUSTIÇA E REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO: O PODER DE PUNIR ESTATAL COMO MECANISMO DE CONTROLE E A MEDIAÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ACCESS TO JUSTICE AND REDUCTION OF JUDICIALIZATION: THE POWER TO PUNISH AS STATE CONTROL MECHANISM AND MEDIATION IN A DEMOCRATIC RULE-OF-LAW STATE

Gabriela Gomes Costa¹

Thiago Menezes de Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal a problematização acerca da efetivação do acesso à justiça frente à legitimidade do poder de punir estatal. Através de uma abordagem foucaultiana, este artigo irá questionar a consequência da abrangência cada vez maior do poder de punir estatal para as partes quanto à resolução de seus conflitos. A evolução do poder de punir parece cada vez menos atender aos clamores sociais por justiça, assim sendo, questiona-se se esse Estado punitivo tem apresentado eficácia quanto à prevenção e diminuição da violência, bem como se tem possibilitado o acesso à justiça para aqueles submetidos à justiça penal. Assim, será problematizado o tema efetividade da justiça, questionando a judicialização, a legitimidade e o controle da justiça pelo Poder Judiciário. O poder de punir estatal hoje vem fundamentado em constituições de Estados democráticos de direito, contudo, parece não ter mudado sua essência, ou seja, ao invés adequar-se de forma a implementar novos meios de resoluções de conflitos que condizem com a dignidade da pessoa humana e com a soberania do poder do povo, a administração dos conflitos na esfera penal parece ser um meio de dominação dos cidadãos. A partir daí, trabalha-se com a ideia de mediação penal e justiça restaurativa como formas de desburocratização do conflito, sendo possibilidades de devolver aos cidadãos o poder de transformar os conflitos em algo positivo.

PALAVRAS-CHAVE: justiça, conflito, poder de punir, mediação, justiça restaurativa.

ABSTRACT

This paper aims to discuss specially the questioning about the effectiveness of access to justice related to legitimacy of state power to punish. Through an approach based on the Foucault's study, this paper will question the result of the increased scope of the power to punish the participants concerning the resolution of their conflicts. The evolution of state power to punish seems to meet fewer the claims for social justice, so, wonders whether this punitive state has shown efficacy in preventing and reducing violence and has enabled access to justice for those subjected to criminal justice. Thus, the theme will be questioned effectiveness of justice, so, judicialization, legitimacy and control of justice by the judiciary will be questioned. The power to punish is based on state constitutions of democratic rule-of-law state, however, seems not to have changed its essence, in other words, instead adapt itself in order to implement new means of conflict resolution suitable to the dignity of the human person and the sovereignty of the people, the administration of criminal conflict seems to be a form of domination of citizens. Thenceforth, works with the idea of mediation and restorative justice as a way of streamlining the conflict, with opportunities to give back to citizens the power to transform conflict into something positive.

KEY-WORDS: justice, conflict, power to punish, mediation, restorative justice.

¹ Mestranda da Universidade Federal Fluminense (UFF).

² Mestrando da Universidade Federal do Ceará (UFC).

INTRODUÇÃO

A questão do acesso à justiça não deve ser confundida com o acesso ao Judiciário, pois a judicialização cada vez maior das relações sociais não necessariamente significa algo positivo. O domínio estatal no que diz respeito aos mecanismos de resolução de conflitos, ao invés de trazer uma resposta favorável para as soluções das desavenças, no sentido de fazer do conflito algo que traga mudanças positivas aos nele envolvidos diretamente e à coletividade em geral (conflito como força motora do dinamismo social), busca cada vez novos fundamentos para legitimar a dominação dos cidadãos, deixando de lado a procura pela real solução da controvérsia.

O resultado dessa burocratização dos conflitos somada ao abismo existente entre os direitos formais e sua efetivação, ou melhor, a distância entre a devida adequação da prestação estatal em relação a esses direitos e a realidade social, é o enfraquecimento do paradigma de resolução estatal de conflitos perante a comunidade, tendo como consequência a busca por novos paradigmas para responder ao problema da resolução de conflitos, foi perante essa realidade que novos instrumentos como a justiça restaurativa, a arbitragem, a conciliação e a mediação vêm ganhando espaço. Assim sendo, busca-se neste artigo questionar essa judicialização demonstrada através do grande alcance do poder de punir estatal e confrontá-la com outros meios de resolução de conflito no âmbito penal.

Michel Foucault afirma que se pode fazer duas definições de poder, uma de acordo com a concepção dos filósofos do século XVIII (contratualistas) e outra de acordo com a concepção marxista. Segundo a primeira concepção, nos termos da teoria jurídica clássica, o poder seria algo que tem a característica de ter a possibilidade de ser cedido a alguém, um direito transferido ou alienado a outrem por meio de um contrato, explica-se, dessa forma, a construção de um poder político, uma soberania política constituída pelo poder cedido pelo povo. Já a segunda concepção tem cunho econômico, ou seja, o poder seria justificado pela necessidade de se criar uma relação de dominação entre classes, garantindo, assim, a manutenção das relações de produção necessárias para a economia de um modelo capitalista.

Desenvolvendo essa ideia, Foucault chega à conclusão que o poder não pode ser algo que se dá ou que se troca, mas sim algo que se exerce. Ele é relacional. O poder só existe a partir do momento que é exercido, gerando, muitas vezes, uma relação de dominação. Partindo das duas concepções acima expostas, o autor apresenta dois esquemas de poder: o de contrato-opressão (de caráter jurídico) e o de guerra-repressão, conciliáveis entre si no sentido de, o primeiro seria um abuso da soberania e o segundo uma espécie de guerra silenciosa permanente.

Definida a questão do poder, pode-se, então, partir para o que Foucault chama de genealogia que seria, em suas palavras: *“um empreendimento para libertar da sujeição os saberes históricos, isto é, torná-los capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico,*

*unitário, forma e científico*³. Esse discurso que Foucault se refere seria justamente o discurso que se define como científico e que tem como objetivo garantir uma relação de dominação. As genealogias seriam justamente saberes que tentam desconstruir esse discurso de dominação.

O poder de punir, objeto de estudo deste trabalho, seria uma forma de dominação que tira seu fundamento no discurso da soberania, que busca o bem comum, portanto, o poder de punir é legítimo porque, teoricamente, tem como finalidade maior a paz social. Fazendo-se uma genealogia do poder de punir, chega-se a outros fatos. Aqui, a visão crítica de Foucault vai ser fundamental para concluir o raciocínio acerca de como e porque realmente apareceu o poder de punir e no que ele se transformou. Acontece que, os ensinamentos de Foucault parecem não apontar para uma saída, pois no momento que se começa a construir um discurso racional para desconstruir os fundamentos do poder de punir do Estado, constrói-se outro discurso de dominação, segundo o raciocínio do autor. Por isso, o presente trabalho, apesar de ter Foucault como referencial teórico, busca uma resposta ao discurso que fundamenta o poder de punir em outra teoria.

O presente artigo vai, então, fazer uma breve análise do nascimento do poder de punir estatal e da sociedade disciplinar e a forma como, ainda hoje, se manifestam num Estado democrático de direito, observando-se, também, o excesso da judicialização de conflitos penais, tendo com fundamento os estudos de Foucault acerca do nascimento da prisão, passando do uso do corpo como forma de suplício até as prisões construídas baseadas no sistema do panóptico.

A crítica a ser feita baseia-se no problema de a prisão ter nascido num contexto histórico, jurídico e social completamente diferente do atual, ou seja, num contexto em que não se tinha reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar das relações tanto indivíduo-indivíduo quanto Estado-indivíduo e que ainda trazia a ideia de conflito como algo negativo.

Contudo, a teoria foucaultiana não se mostra eficiente para propor uma solução de caráter emancipatória para a questão da transformação e resolução dos conflitos na esfera penal. Não se quer criar um discurso de dominação como fatalmente se iria fazer se o raciocínio foucaultiano fosse seguido até o fim. Em consequência disso, buscar-se-á na teoria do discurso de Jürgen Habermas uma possível saída para a questão da resolução dos conflitos, propondo-se a análise do instituto da mediação sob a sua perspectiva, que deve atuar como um verdadeiro instrumento de acesso à justiça.

O CONFLITO SOCIAL E O NASCIMENTO DO PODER DE PUNIR ESTATAL

Impossível imaginar a existência do homem sem a existência de conflitos. Ora, a simples necessidade de fazer uma escolha pode gerar um conflito, tanto interno (força antagônica

³ FOUCAULT, 2010, p. 172.

intrapésiquica) quanto externo (indivíduo x indivíduo). Contudo, como aqui se quer analisar situações cujas consequências possam interferir na esfera de outros indivíduos, desencadeando uma intervenção estatal para a resolução do conflito instaurado pela prática de um ato criminoso, serão levados em consideração apenas os conflitos externos ou conflitos sociais.

O senso comum tende a criar uma imagem do conflito como algo negativo, que tem que ser evitado e que só pode trazer consequências ruins. Essa ideia precisa ser modificada. Recorrendo aos ensinamentos de Simmel, extrai-se que o conflito, como sendo uma negação da unidade, pode conter algo de positivo⁴. Deve-se ver os conflitos como responsáveis pelo dinamismo da sociedade, um encontro social capaz de produzir um resultado, desencadeando mudanças sociais.

Para que essas mudanças sociais positivas que podem decorrer dos conflitos ocorram, é necessário se pensar em mecanismos para trabalhar esses conflitos, para solucioná-los. Acontece que, nem sempre essas formas de resolução de conflitos possuem uma real legitimidade⁵ social, um dos motivos que levou à busca de um Estado que seria o legítimo para resolver conflitos dos seus administrados, como se verá a seguir.

O que se costuma esquecer ao falar da autotutela, ou melhor, da vingança privada (onde prevalecia o poder do mais forte) como um dos fatores que motivou o contrato social entre cidadãos e Estado, estabelecendo que este seria o detentor do poder de punir, é que essa não era a única forma de resolução de conflitos advindos da prática de crimes, a justiça comunitária já existia como uma das principais formas de se resolver um conflito instaurado por uma prática criminosa. O crime, durante a Idade Média, era visto como um conflito interpessoal que gerava, para o ofensor, a obrigação de reparar o mal causado à vítima. Nesse sentido, Howard Zehr afirma que:

Até a Idade Moderna o crime era visto primariamente num contexto interpessoal. A maior parte dos crimes era retratada essencialmente como um mal cometido contra uma pessoa ou como um conflito interpessoal. Semelhante aos processos civis, o que importava na maior parte dos delitos era o dano efetivamente causado, e não a violação de leis ou da ordem social e moral enquanto abstração. Os males cometidos criavam obrigações e dívidas que de alguma forma tinham que ser cumpridas e saldadas. A briga era um modo de resolver tais situações, mas também a negociação, a restituição e a reconciliação, em igual medida. Vítimas e ofensores, bem como parentes a comunidade, desempenhavam papel vital no processo.⁶

Dessa forma, deixa-se de lado a falsa impressão de que, nessa época, predominava a vingança desproporcional por parte da vítima ou de sua família em desfavor do ofensor. Na realidade, nas sociedades caracterizadas por comunidades pequenas, havia uma necessidade da

⁴ SIMMEL, 1983, p. 123.

⁵ A ideia de legitimidade está ligada ao reconhecimento de validade, ideia de que algo é válido, reconhecido por uma coletividade; só é legítimo aquilo que as pessoas reconhecem como válido; a sensação de injustiça em relação à resolução do conflito gera a ilegitimidade.

⁶ ZEHR, 2008, p. 95.

manutenção das relações interpessoais, o que acabava por deixar a possibilidade da vingança e do uso da violência em segundo plano. O que se observava era que o crime gerava obrigações que deveriam ser reparadas de forma a garantir o convívio social. As vítimas eram reconhecidas como tal pela comunidade e tinham papel de protagonista juntamente com os ofensores. Havia uma participação direta das partes na resolução dos conflitos e a reparação dos danos gerados pelo crime.

Por outro lado, com o Renascimento e a criação dos Estados Modernos, estes tomaram para si o poder de punir todos aqueles indivíduos que cometessem algum ato criminoso, pois o crime, além de atacar a sua vítima imediata, ofende também o soberano, já que a força da lei era a força do príncipe. Daí surgiu a pretensão punitiva do Estado, da necessidade de manifestar o seu poder e mostrar sua soberania frente aos governados. O que se buscava nessa época era principalmente a punição do ofensor para que este pudesse servir de exemplo aos demais. A resolução do conflito, aqui, não visava reparação dos danos causados e, muito menos, o envolvimento das partes diretamente atingidas. Sobre o assunto, Foucault afirma que:

O castigo então não pode ser identificado como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe; e mesmo quando se combina com a reparação prevista, ela constitui o elemento mais importante da liquidação penal do crime. Ora, essa parte que toca ao príncipe, em si mesma, não é simples: ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reino (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis que não têm comparação como o que é sofrido por um particular); mas implica também em que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa.⁷

Esse período dos suplícios, do castigo público, reflete a necessidade que se tinha de fortalecer cada vez mais a figura do soberano, mostrando-o aos súditos como uma “força invencível”⁸. A explicação para o uso público do suplício está na questão da manutenção do poder. O domínio dos corpos pelo soberano, contudo, tinha um efeito ambíguo, já que muitas vezes o que acontecia era que o público se identificava com a pessoa do condenado, seja por ser uma pessoa próxima aos demais ou seja pelo fato da pena ter sido tão severa por conta da condição social do ofensor:

em nenhuma outra ocasião do que nesses rituais, organizados para mostrar o crime abominável e o poder invencível, o povo se sentia mais próximo dos que sofriam a pena; em nenhuma outra ocasião ele se sentia mais ameaçado, como eles, por uma violência legal sem proporção nem medida.⁹

Ora, o exercício e o fortalecimento do poder de punir estatal, por uma questão política, não poderia mais ser exercido por forma dos suplícios. O poder de punir do soberano poderia ficar estremeado com os castigos públicos, o que requeria uma nova forma de punição. A figura, ou

⁷ FOUCAULT, 2008, p. 42.

⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁹ *Ibidem*, p. 52.

melhor, o corpo do rei, que mostrava sua autoridade através do controle e da punição sobre os corpos dos súditos acabou sendo substituída, resultando também na eliminação gradual dos suplícios.

Após as revoluções liberais do século XVIII, com a ascensão da burguesia, houve o fortalecimento do Estado, mas este não era mais fundamentado na figura do príncipe soberano, e sim, num contrato social. Os governantes seriam, então, os representantes de toda a sociedade. Foram criados novos mecanismos para que o Estado pudesse exercer seu poder, neste momento surgiram os primeiros códigos penais, dando amplos poderes ao Estado para exercer a ação penal de forma “racional”, como propunha Cesare Beccaria, por exemplo.

Não se pode negar que, com o Iluminismo e as revoluções nele inspiradas, os castigos e suplícios impostos aos autores de crimes foram deixados de lado e as penas passaram a ser proporcionais ao delito cometido. Desse período, tem-se a obra de Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, que, apesar de ter criticado os abusos de poder cometidos pelo Estado na esfera penal, veio apenas trazer outra fundamentação para esse poder estatal, oferecendo-lhe renovada legitimação para o poder de punir. Beccaria afirmava que: “*Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei*”.¹⁰

Contemporânea a essa época, no final do século XVIII e início do século XIX, nasce a ideia da prisão como pena. As leis desse período começaram a definir o poder de punir como uma função geral da sociedade, que deve ser exercida da mesma maneira sobre cada um de seus membros, ou seja, na ânsia da igualdade de todos perante a lei, as revoluções burguesas acabaram por criar uma pena que pudesse ter o mesmo preço para todos. Assim, a pena privativa de liberdade surgiu não somente como uma maneira de transformar o indivíduo responsável pela prática de um crime, mas também como uma forma de *castigo igualitário*¹¹.

O poder de punir estatal precisava ser administrado da melhor forma possível para que fosse visto de forma legítima pelos cidadãos, resultando disso a conclusão de que a punição por meio de suplícios não seria mais a melhor forma de administrar esse poder. A forma mais rentável encontrada para exercer o poder de punir foi com as prisões. Como afirma Foucault, o poder deixou de ser exercido sobre o corpo social e passou a ser exercido no corpo social¹². Essa real finalidade do uso das prisões (melhor forma de administrar o poder de punir) explica o porquê do seu fracasso imediato no sentido de não conseguir reprimir ou recuperar os cidadãos prontos a transgredir a lei. Essa consciência do fracasso da prisão vem sempre acompanhada da sua manutenção:

A prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as

¹⁰ BECCARIA, 2003, p. 107.

¹¹ FOUCAULT, 2008, p. 196.

¹² FOUCAULT, 2010, p. 131.

infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições.¹³

Com a institucionalização do poder de punir através da prisão, observamos o nascimento de uma sociedade disciplinar, ou seja, sociedades nas quais instituições ditam comportamentos (como as prisões, as escolas, as fábricas, os hospitais) e prescrevem ações tidas como certas (normais) e erradas (desviadas). Na definição de Hardt e Negri, sociedade disciplinar:

é aquela na qual o comando social é construído mediante uma rede difusa de dispositivos ou aparelhos que produzem e regulam os costumes, os hábitos e as práticas produtivas. Consegue-se pôr para funcionar essa sociedade, e assegurar obediência a suas regras e mecanismos de inclusão e/ou exclusão, por meio de instituições disciplinares (a prisão, a fábrica, o asilo, o hospital, a universidade, a escola e assim por diante) que estruturam o terreno social e fornecem explicações lógicas adequadas para a 'razão' da disciplina.¹⁴

O panoptismo foi, então, fruto dessa sociedade disciplinar que tinha como efeito, nas palavras de Foucault: “*introduzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder*”¹⁵.

O que se constata é que em pleno século XXI, a pena privativa de liberdade continua a ser a mais comum entre os códigos penais, mesmo que nunca tenha atingido suas finalidades estabelecidas desde a época de Beccaria e que se esteja num regime jurídico distinto, no qual prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar das relações jurídicas.

O poder de punir estatal que, hoje, vem fundamentado em constituições de Estados democráticos de direito, parece não ter mudado sua essência, ou seja, ao invés adequar-se de forma a implementar novas formas de resoluções de conflitos que condizem com a dignidade da pessoa humana e com a soberania do poder do povo, a administração dos conflitos na esfera penal por parte do Estado continua a ser uma meio de dominação dos cidadãos.

Ao longo do tempo, a vítima real do crime foi deixada de lado, passando a ocupar uma posição periférica na resolução do conflito, e o Estado passou a ser a vítima de direito e em torno de quem gira o processo penal. A ideia de justiça passou a ser confundida com aquilo que a lei prescreve, a observância do procedimento correto estabelecido nos códigos e a cominação da pena de acordo com os princípios da individualização e proporcionalidade passaram a ser a maior preocupação do processo penal. Passou-se a achar normal e necessária a pena privativa de liberdade mesmo que essa não “recupere” o criminoso ou não repare o mal sofrido pela vítima e seja aplicada independente do potencial ofensivo do delito praticado.

Nesse contexto, com o intuito de devolver às pessoas diretamente envolvidas com o crime

¹³ *Ibidem*, p. 226.

¹⁴ HARDT, 2001, p. 42.

¹⁵ FOUCAULT, 2008, p.166.

a possibilidade de terem participação ativa na solução do conflito instaurado e de diminuir as desigualdades e os sofrimentos ampliados pelo direito penal, surgiram movimentos como o da Descriminalização, como se pode constatar na obra *Peines perdues. Le système penal en question* de Louk Hulsman¹⁶, e o VORP (sigla em inglês para Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor), sendo este último um dos exemplos nos quais a Justiça Restaurativa é colocada em prática.

MEDIAÇÃO PENAL: UMA MUDANÇA DE PARADIGMAS

A explanação feita anteriormente mostra como esse poder de punir, ao invés de trazer uma resposta positiva para as resoluções de conflitos penais, no sentido de fazer do conflito algo que traga mudanças favoráveis aos envolvidos diretamente e à coletividade em geral (conflito como força motora do dinamismo social), veio buscando cada vez mais novos fundamentos para legitimar a dominação dos cidadãos, deixando de lado a procura pela real solução da controvérsia.

Dentro desse contexto é que se propõe a utilização da mediação também como forma de resolução de conflitos penais, sendo um meio de fortalecer o princípio da democracia (todos os participantes de discurso podem apresentar diferentes asserções, criticar qualquer uma delas), já que a mediação, além de precisar de um ambiente democrático para acontecer, pode ser vista como uma pacificadora da democracia. A mediação seria um meio de devolver aos cidadãos o poder de transformar os conflitos em algo positivo.

Olhando-se sob uma perspectiva habermasiana, até os conflitos do mundo da vida menos nocivos aos indivíduos são sancionados com penas privativas de liberdade pelo direito penal. Um exemplo disso é, buscando no ordenamento jurídico pátrio, o crime de dano, em que não há qualquer violência contra a pessoa e o ofensor pode ser condenado a até seis meses de detenção. Nesse exemplo fica claro o sopesamento que o direito penal faz entre dois bens da vida: patrimônio e liberdade, em que, absurdamente, o patrimônio prevalece, decorrendo desse conflito a instauração de um processo penal.

O Estado acaba burocratizando o conflito, impossibilitando a sua resolução mediante um processo argumentativo entre as partes. Acontece que, essa tendência à judicialização até dos conflitos menos ofensivos pode ter um efeito negativo, tendo em vista a falta de adequação que as decisões judiciais podem possuir em determinados casos¹⁷. Nesse sentido:

Mister se revela, pois, que haja um resgate dos mecanismos de superação de conflitos naquilo que eles carregam de potencial emancipatório: o resgate, mediante discursos, dos elementos do tecido social que foram abalados quando a ação comunicativa foi soçobrada

¹⁶ DIAS, 1997, p. 400.

¹⁷ Aqui se quer chamar atenção para o fato de que muitas vezes as decisões judiciais estabelecem deveres que não condizem com a realidade das partes ou até menos estipularem penas desproporcionais ao bem jurídico lesado.

pelo conflito.¹⁸

A mediação é um tipo diferenciado de resolução de conflitos, pois ela é uma autocomposição, ou seja, as próprias partes, através do diálogo, irão compor a solução para o seu conflito. O foco da mediação não é o acordo em si e sim a resolução do conflito real. Como as próprias partes chegam a uma solução para o conflito, as chances das mesmas cumprirem tal acordo é bem maior.

Busca-se, na mediação, acabar com a ideia de que as partes são inimigas e que, ao final, uma será vencedora e a outra a perdedora e sim que ambas podem sair ganhando com o resultado da mediação. A mediação busca, como afirma a professora Lília Sales¹⁹, uma verdadeira transformação do conflito, de modo que este possa ser visto como algo que possa trazer consequências positivas, transformadoras para vítima e ofensor, voltando-se para a ideia de Simmel que do conflito resulte um momento de construção entre as partes.

Entre os princípios que regem a mediação, podemos destacar: liberdade das partes, não-competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade no processo.

As partes detêm todo o poder para solucionar o conflito, cabendo ao mediador observar se o que ficar estabelecido no acordo não é desproporcional ao dano que foi causado anteriormente e que não acarrete nenhum prejuízo a nenhuma das partes. Também é tarefa do mediador incentivar o diálogo entre vítima e ofensor, sem, contudo, se envolver na resolução do conflito ou tecer alguma opinião. Ele deve, ainda, amenizar qualquer desigualdade que houver entre os envolvidos no conflito, seja ela social, racial, religiosa, entre outras, de forma a evitar que o acordo reflita a situação de vulnerabilidade de uma das partes. José Maria Rossani Garcez faz a seguinte distinção entre o papel do facilitador e das partes na mediação e na conciliação:

A conciliação e a mediação distinguem-se porque, na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda, o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si só, à solução da controvérsia.²⁰

A mediação seria, portanto, um meio que poderia ser usado para superar os paradigmas enraizados pela cultura da judicialização de conflitos, além de também poder possibilitar aos envolvidos nesse processo que satisfaçam seus direitos por meio de suas próprias deliberações, sem depender imediatamente do Estado para isso.

Os conflitos seriam resolvidos, segundo os novos paradigmas propostos pela mediação, de forma racional através de um processo argumentativo. Jürgen Habermas busca fundamentar o uso da razão através de uma teoria da argumentação, que, se seus requisitos fossem assegurados num

¹⁸ HANSEN, 2011, p. 110.

¹⁹ SALES, 2003, p. 41.

²⁰ GARCEZ, 2003, p. 39.

processo intersubjetivo de comunicação, seria capaz de fazer com que os participantes de um discurso argumentativo fossem capazes de chegar a uma resposta para a sua questão de forma racional e, conseqüentemente, justa para todos aqueles que a formularam.

Habermas vai tratar a racionalidade como um saber descritivo e dividi-la em racionalidade instrumental e racionalidade comunicativa. O primeiro tipo de racionalidade possibilita ao sujeito uma forma de intervenção eficaz no mundo em que vive, enquadrando-se, portanto, como uma ação meramente teleológica, para os participantes da ação instrumental a relação entre eles é representada como a interação entre eu-coisa, ou seja, há uma desumanização de um dos participantes pelo outro em prol do êxito desta ação. Este tipo de ação, embora faça com que o agente acabe por tratar outras pessoas apenas como meio para alcançar o fim desejado ao realizar sua ação, é aceitável e, ainda mais que isso, é recomendável no tratamento de certas questões como na manutenção dos sistemas políticos e econômicos, contudo, a racionalidade instrumental também passou a ser usada para a resolução de conflitos interpessoais pela máquina estatal. Hoje, o Judiciário tem que dar uma resposta rápida aos inúmeros conflitos que lhes são enviados, a eficiência passou a ser sinônimo de celeridade, a ação do Judiciário é completamente instrumental, o que se quer é atingir a finalidade, resolução do conflito, mesmo que modo a desumanizar as partes.

A racionalidade comunicativa, por sua vez, sai do campo do mundo objetivo e trata da intersubjetividade, ou seja, tem como finalidade, quando há a quebra da normalidade de uma ação comunicativa²¹, chegar a um consenso, sem coações, deixando de lado a subjetividade inicial, através da intersubjetividade e da unidade do mundo objetivo, nesse sentido:

La racionalidad inmanente a la práctica comunicativa cotidiana remite, pues, a la práctica de la argumentación como instancia de apelación que permite proseguir la acción comunicativa con otros medios cuando se produce un desacuerdo que ya no puede ser absorbido por las rutinas cotidianas y que, sin embargo, tampoco puede ser decidido por el empleo directo, o por el uso estratégico, del poder.²²

Dessa forma, a racionalidade comunicativa possibilita aos participantes da comunicação chegarem a um entendimento sobre algo que tem lugar no mundo, baseando-se numa relação de simetria entre eles, aqui a relação entre os participantes da ação é representada pela interação entre eu-tu, ou seja, a interação é feita por duas pessoas capazes de dialogar e assim reconhecidas uma

²¹ Entende-se por ação comunicativa aquela realizada no âmbito do mundo da vida, que busca o entendimento e o respeito mútuo entre seus participantes, contudo, pode ocorrer a suspensão da pretensão de validade implícita nesse ato de fala, e essa ação comunicativa vai se dar de forma distinta, passando a ser o que Habermas chama de discurso. Assim sendo, durante o discurso, os participantes da ação comunicativa, vão, através da razão comunicativa, tentar restabelecer a pretensão de validade então interrompida. A corroborar: “O discurso procura, por um processo argumentativo, regulado segundo certos princípios, restaurar as pretensões de validade desativadas temporariamente, reassentando a comunicação em novas bases.” in FREITAG, Bárbara. “Itinerários de Antígona: A questão da moralidade”. São Paulo: Papirus, 1992, p. 243.

²² HABERMAS, 1992, p. 36.

pela outra numa relação de simetria.

Partindo-se desses dois tipos de racionalidade, entende-se que a racionalidade comunicativa se encaixa melhor no âmbito da resolução de conflitos intersubjetivos, assim sendo, defende-se aqui que se deveria, sempre que possível, oferecer às partes envolvidas num conflito uma alternativa de solução baseada no modelo dos procedimentos argumentativos²³ que orientam a teoria do discurso, como é o caso da mediação.

Mesmo se sabendo que a questão da mediação em matéria penal traz grande polêmica, o que se observa, felizmente, é que desde a década de 70²⁴ ela vem se fortalecendo e isso vem acontecendo graças à ao surgimento da Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa aparece como uma nova forma de abordar a Justiça Penal. Ela tem sua essência na busca da reparação dos danos sofridos pela prática de um crime. Assim, procura dar maior enfoque nos anseios daqueles envolvidos com o delito, partindo do princípio de que a justiça começa nas necessidades.

A resolução dos conflitos consequentes de um crime, conforme os princípios restaurativos, será realizada através de medidas alternativas às penas atuais impostas pelos códigos penais. A busca por esse meio alternativo de resolução de conflitos é decorrente, também, do aumento da criminalidade e da superlotação carcerária, provas de que o encarceramento não vem cumprindo sua função preventiva e reabilitadora, o que faz da pena um fim em si mesmo, quando, na verdade, deve ser voltada à pacificação das relações sociais²⁵.

Esse novo modelo de justiça tem como objetivo possibilitar a expressão dos sentimentos e emoções inerentes à prática do ato criminoso, de forma que as vítimas, os ofensores e a comunidade em geral possam ter a voz que lhes é negada no atual processo penal.

Entende-se que a Justiça Restaurativa tem como objetivo imediato a restauração do conflito instaurado pela prática de um crime, reparando as relações conturbadas pelo delito e o dano sofrido pela vítima com a responsabilização do ofensor, de forma que também sejam supridas as necessidades deste para que sejam trabalhados os fatores que o levaram a delinquir. Busca-se a ressignificação do fato ocorrido, ou seja, possíveis reestruturações da forma como foi vivenciado e

²³ O modelo originariamente usado por Habermas foi o desenvolvido por Robert Alexy em “Eine Theorie des praktischen Diskurses”.

²⁴ Em meados da década de 70, na província de Ontário no Canadá e no estado de Indiana nos Estados Unidos, começaram a ocorrer encontros entre vítimas de um crime e seu respectivo ofensor, com intuito de reparar os danos causados pelo ato delituoso, desse movimento surgiu um programa denominado VORP (Victim Offender Reconciliation Program), não faz parte do sistema de justiça desses países, mas atua ao seu lado. Hoje o VORP continua a ser utilizado nos Estados Unidos e no Canadá, além de também ser encontrado na Holanda, na França, na Finlândia, na Inglaterra e na Alemanha, não necessariamente usam a mesma metodologia para resolver os conflitos, mas todos estão ligados à ideia original do VORP em oferecer uma justiça reparadora.

ZEHR, 2008, p.149/154.

²⁵ Nesse sentido: VITTO, 2005.

interiorizado o crime.²⁶

O crime, na Justiça Restaurativa, é visto de forma complexa, como um misto de fatores sociais e emocionais que devem ser devidamente compreendidos para que se possa perceber as realidades pessoais e, então, restaurar o mal sofrido por cada um, alcançando-se, de forma mediata, a paz social e a democratização da justiça. A análise dos fatores sociais deve ser realizada de modo a proporcionar às partes sua inclusão social.

A Justiça Restaurativa procura dar a todos aqueles envolvidos na prática de um crime a possibilidade de reparar mal causado, além de buscar a prevenção da ocorrência de novos delitos. Devido esse duplo caráter, reparador e preventivo, é necessário que todas as partes, seja o ofensor, a vítima, um terceiro afetado ou a comunidade em geral, possam expressar suas necessidades.

A mediação surge como um dos meios de se colocar em prática a Justiça Restaurativa, juntamente com outros instrumentos de resolução de conflito como a conciliação²⁷, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

Embora se reconheça a dificuldade de se implementar a Justiça Restaurativa ou, como se vem tratando mais especificamente neste trabalho, a mediação penal, algumas estatísticas comprovam a sua aprovação pelos que passaram por esse processo. O programa VORP de Central Valley na Califórnia disponibiliza os resultados de uma avaliação realizada durante os anos de 1994 a 2003, mostrando a satisfação da maioria das vítimas e dos ofensores com os resultados do programa²⁸, assim como um estudo realizado pela Universidade de Utah em 2003²⁹, que revela uma maior satisfação com o processo de mediação do que com o processo judicial.

A mediação penal como forma de humanizar a resolução de conflitos interpessoais na esfera penal em detrimento do poder de punir estatal já é uma realidade em alguns países como na França, que após anos de experiências com mediação até o envolvimento do Ministério da Justiça com o assunto, passou a prever desde 1993 em seu código de processo penal o instituto da mediação³⁰. A Argentina também é um exemplo de país que adota a mediação penal, esta foi

²⁶ SÓCRATES, 2005.

²⁷ Ressalta-se a discordância entre alguns estudiosos da Justiça Restaurativa sobre a conciliação ser ou não meio apto a conduzir o processo restaurativo.

²⁸ Disponível em: <http://vorp.org/docs/1994-2003%20v%20evals.pdf>

²⁹ Disponível em: http://www.yalelawjournal.org/pdf/114-1/Bibas_Bierschbach_FINAL.pdf

³⁰ “Art. 41 – 1 S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République (...) 5° Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise ; si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le Code de procédure civile. La victime est présumée ne pas consentir à la médiation pénale lorsqu'elle a saisi le juge aux affaires familiales en application de l'article 515-9 du Code civil en raison de violences commises par son conjoint, son concubin ou le partenaire avec lequel elle est liée par un pacte civil de solidarité;”

normatizada pela Res. Nº 397/99 do Ministério da Justiça e pela lei nº 26.589/10³¹, que, apesar de excluir a sua obrigatoriedade nas ações penais, deixa a possibilidade para as partes. Nos Estados Unidos, com o Uniform Mediation Act, documento criado em 2001 na Conferência Anual de Comissários para Uniformização de Lei, criaram-se normas básicas a serem seguidas quando for realizada a mediação. Por fim, cita-se o exemplo de Portugal, que desde o ano de 2007 com a promulgação da lei nº 21/07 passou a disciplinar a mediação no seu processo penal.

CONCLUSÃO

O direito penal vem sendo exercido ao longo dos anos como uma forma de dominação e de manutenção do poder. O poder de punir ganha novos fundamentos a cada século, novos discursos de dominação, mas o que ainda não se entendeu é que ele deve ser desconstruído, ou melhor, minimizado ao ponto de ser a exceção do ordenamento jurídico e não banalizado como acontece. Deve-se buscar uma menor judicialização dos conflitos penais.

A pena privativa de liberdade que alcança sua expressão maior nas prisões, não cumpre sua função repressora e muito menos sua função ressocializadora, serve, sim, de instrumento para a manutenção do poder de punir. Os conflitos continuam a ser vistos com um mal que deve ser afastado da sociedade.

Os ordenamentos jurídicos atuais e os tratados internacionais, por mais que defendam cada vez mais princípios como o da dignidade da pessoa humana, da soberania do povo e da democracia, não são eficazes em estender aos indivíduos ferramentas de participação na tomada de decisão dos Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo). Voltando-se especificamente para as questões do Poder Judiciário, percebe-se que pouco se incentiva a resolução de conflitos interpessoais do modo pacífico e com a participação efetiva das partes.

O reempoderamento dos envolvidos num conflito para solucioná-lo, a necessidade de inserção das pessoas num processo democrático no qual possam se acostumar fazer parte desse tipo de ambiente lançando argumentos racionais em prol da busca de uma cidadania ativa, além importância de ser criar uma imagem construtiva do conflito fazem pensar numa saída para a resolução de conflitos geralmente levada para o Judiciário.

As demais áreas do direito caminham em passos um pouco mais largos que o direito penal em relação à utilização de institutos de resolução de conflito que sigam uma perspectiva habermasiana, mas se viu que em alguns países a ideia já saiu do papel e os paradigmas de uma justiça democrática e humana estão se fortalecendo.

Disponível em: http://perlpot.net/cod/procedure_penale.pdf

³¹ Disponível em: <http://www.jus.gob.ar/media/157534/Ley%2026589.pdf>

A mediação penal, através principalmente da Justiça Restaurativa, já é uma realidade em diversos países e contando com a proteção de seus respectivos ordenamentos jurídicos. A luta, agora, além de difundir a mediação penal, é fortalecer seus princípios, de modo que não acabe se tornando mais um instrumento de dominação da máquina estatal. Os estudiosos e demais profissionais da mediação têm que trabalhar para impedir a burocratização desse instituto que tem perspectivas tão emancipatórias.

BIBLIOGRAFIA

BIBAS, Stephanos; BIERSCHBACH, Richard A. Integrating remorse and apology into criminal procedure. *Yale Law Journal*. Outubro 2004, vol. 144, i1, p. 85 (66).

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Madrid: Taurus. 1992.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002.

HANSEN, Gilvan. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma Perspectiva Habermasiana*. *Direito e Filosofia – Diálogos*. Campinas: Millennium. 2011.

HARDT, Michael e Antonio Negri. *Império*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo : Ática, 1983.

SÓCRATES, Adriana Barbosa. Contribuições da Psicanálise a um novo modelo de Justiça: Justiça Restaurativa. 2005. Disponível em <http://www.justiciarestaurativa.org/images/2006-02-06.9597822463/view>

VITTO, Renato C. Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. Justiça restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca_restaurativa.pdf

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