

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

VANILDA FERREIRA DA SILVA MANGUEIRA

FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A POSSIBILIDADE
DE APLICAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

SOUSA
2014

VANILDA FERREIRA DA SILVA MANGUEIRA

FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A POSSIBILIDADE
DE APLICAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. MSc. Rubasmate dos Santos de Sousa

SOUSA

2014

VANILDA FERREIRA DA SILVA MANGUEIRA

FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A POSSIBILIDADE
DE APLICAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. MSc. Rubasmate dos
Santos de Sousa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: ____ de _____ de 2014.

Orientadora Profa. MSc. Rubasmate dos Santos de Sousa

Examinador(a)

Examinador(a)

Dedico a minha querida mãe (*in
memorian*) rara flor que coube a Deus
colher, mas que deixou suas frutíferas
sementes das quais sou uma delas.

AGRADECIMENTOS

Unicamente ao Deus eterno criador, meu Restaurador, Autor da minha fé, Autor da minha salvação, a Ele toda glória, honra, força e poder, por em sua infinita misericórdia e amor para comigo, ter também dispensado sua graça em colocar ao meu lado durante minha existência:

As minhas filhas, Vanessa e Vitória, heranças do Deus Vivo, confiadas a mim, que enchem minha vida de amor, alegria e orgulho, razões de meu esforço;

Os meus pais, Genedide (in memorian) e Valdemar, que me formaram para a vida terrena e futura;

O meu querido e esposo e companheiro, (Francisco Mangureira), que sempre trouxe incentivo e encorajamento para que eu atingisse meus objetivos;

Os meus irmãos, Valdeildo (in memorian), Valdenildo e Vanilson, que sempre acreditaram e admiraram minha capacidade de vencer os desafios;

As minhas tias amadas (Gedide e Genilza), que me dão sustento familiar, me dispensando muito carinho e uma confiança imensurável, capazes de suprimir em algumas vezes a ausência da minha querida mãe;

Os meus familiares, por todo carinho e confiança dispensados a mim;

Os meus colegas de trabalho, pelo coleguismo e solidariedade dispensados a mim, ao longo dos anos de estudo, entre eles, cabe destacar Walderi, Walmilsom Roscimere e Eligidério, por abrirem mão do seu tempo para atender minhas necessidades como estudante, empreendendo mais que o seu tempo, más também seu cuidado e apoio;

A professora, Carla Rocha, minha amiga e colega de trabalho, por toda atenção e incentivo dispensado a mim durante a realização desse trabalho, sendo a mola propulsora e direcional que resultou na minha pesquisa monográfica, que empreendeu esforços subsidiando esta pesquisa com material bibliográfico e esclarecimento de dúvidas;

A professora Rubasmate, minha orientadora nesta pesquisa, por sua atenção, paciência, incentivo e disponibilidade, mesmo nos momentos em que teve sua saúde debilitada;

Os professores do CCJS-UFCG, especialmente os que expressaram grande confiança para comigo;

Os meus jovens e brilhantes colegas de turma que me dispensaram todo respeito, carinho e amizade, em especial a Carla Stefany, Carla Nayale, Tarciana, Priscila e Herlânio, por terem ido além do coleguismo e compartilharem dos meus sonhos e objetivos durante esses cinco anos;

Os meus irmãos em Cristo da Igreja Presbiteriana de Sousa, por me sustentarem em oração e me ajudarem a perseverar nos meus objetivos;

E ainda agradeço a Deus, por todos que me incentivaram, desde a expressão de um sorriso até um gesto de apoio, ao longo da minha jornada acadêmica.

“Bem-aventurados os pacificadores,
porque eles serão chamados filhos de
Deus”

Mateus 5:9. Bíblia Sagrada.

RESUMO

Este trabalho teve como desígnio ponderar a atual crise do sistema penal, que respaldado num modelo de justiça retributiva, vem apresentando resultados insatisfatórios na resolução de conflitos criminais. Diante desse fato, analisa-se a possibilidade/ necessidade de meios alternativos à solução dos conflitos vivenciados na sociedade contemporânea, somado ao uso dos procedimentos das práticas restaurativas, que trazem maior satisfação aos envolvidos no conflito, como vítima/infrator e comunidade. É dado um destaque maior a mediação penal, usada pela Justiça Restaurativa para restaurar o equilíbrio desfeito como consequências dos danos causados pelo crime que lesionem bens disponíveis. Usando estudos de pesquisa, na detecção do problema da criminalidade, observa-se um sistema penal deslegitimado no ponto de vista da Criminologia crítica. Ponderando ainda, do valor imensurável que foi trazida pelos iluministas em seus ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, que não alcançaram parte da humanidade, reflete-se esses mesmos ideais no sistema penal brasileiro, que não consegue atender às necessidades e complexidades dos conflitos vividos neste século, que mesmo sendo o século dos avanços tecnológicos e científicos, carecem da ação humana e sua solidariedade para obtenção da Justiça. Uma política criminal orientada nas práticas de uma justiça de aproximação, interagindo com a comunidade, considerando seus valores que influenciam suas reais necessidades de proteção aos bens jurídicos relevantes, revestiriam o sistema penal de eficácia e legitimidade e contribuiriam profundamente para a paz social.

Palavras-chave: Sistema Penal. Práticas Restaurativas. Mediação Penal. Solução de conflitos.

ABSTRACT

This work was to design considering the current crisis of the penal system, which supported a retributive justice model, has shown poor results in the resolution of criminal disputes. Given this fact, we analyze the possibility/need for alternative solution to the conflicts experienced in contemporary society means, coupled to the use of the procedures of restorative practices, which bring greater satisfaction to those involved in the conflict, such as victim/offender and community. A highlight is given greater mediation, used by restorative justice undone to restore balance as the consequences of the damage caused by crime lesionem goods available. Using research studies in detections the problem of crime, observe a delegitimized penal system in the viewpoint of critical criminology. Still pondering, the immeasurable value that was brought on by the Enlightenment ideals of equality, liberty and fraternity, which did not reach part of humanity, reflected these ideals in the Brazilian penal system that fails to meet the needs and complexities of conflicts experienced this century, even being the century of technological and scientific advances, lack of human action and solidarity to obtain justice. Oriented criminal policy practices of a justice approach, interacting with the community, considering its values that influence their real need to protect the relevant legal interests, reconstituting criminal system effectiveness and legitimacy and profoundly contribute to social peace.

Keywords: Penal system. Restorative Practices. Penal mediation. Conflict resolution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A JURISDIÇÃO E FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS	13
2.1 DA VINGANÇA PRIMITIVA À IMPOSIÇÃO ESTATAL	13
2.2 JURISDIÇÃO: APORTES TEÓRICOS.....	15
2.2.1 <i>A crise da Jurisdição e a explosão acentuada dos conflitos</i>	18
2.3 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	20
2.3.1 <i>Arbitragem</i>	23
2.3.2 <i>A Conciliação como solução de conflitos</i>	24
2.3.3 <i>A Mediação como forma alternativa de solução de conflitos</i>	27
2.3.4 <i>Mediação penal em crimes mais graves</i>	29
3 POLÍTICA CRIMINAL: DA ELEIÇÃO DE BENS JURÍDICOS À FALIBILIDADE DO SISTEMA PENAL	33
3.1 DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	33
3.2 DO BEM JURÍDICO: CONCEITUAÇÃO, FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA.	34
3.2.1 <i>Do bem jurídico penal</i>	37
3.3 POLÍTICA CRIMINAL.....	37
3.4 ELEIÇÃO DOS BENS JURÍDICOS: INTERESSE DA SOCIEDADE E DO ESTADO.....	41
3.5 DA FALIBILIDADE DO SISTEMA PENAL NA PROTEÇÃO DOS BENS JURIDICOS.....	42
4 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO ÂMBITO PENAL	46
4.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: APORTE TEÓRICO	47
4.1.1 <i>Justiça Restaurativa e a Vítima</i>	49
4.2 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL E A POSSIBILIDADE/NECESSIDADE DE ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO BENS JURÍDICOS DISPONÍVEIS	50
4.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INCIDÊNCIA DAS PRÁTICAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO PENAL	56

5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O modelo de justiça penal adotado no Brasil – retributivo – tem apresentado resultados insatisfatórios. Prova cabal dessa assertiva, é o aumento desenfreado da criminalidade, reincidência criminal e insatisfação das partes conflitantes na solução dada aos seus conflitos pelo Estado. Por esse motivo, faz-se necessário o exame dos institutos alternativos na resolução de conflitos penais, que promova soluções eficazes aos litígios.

A Justiça restaurativa, com práticas que aproximam as partes para resolverem o conflito, vem ganhando espaço aqui no Brasil, a exemplo do Projeto de Lei 7.006/2006, do Ministério da Justiça, de alguns Projetos Pilotos em várias regiões brasileiras, demonstrando a preocupação e interesse das autoridades em desenvolverem meios alternativos ou aproveitarem os já existentes com novas práticas que venham a trazer uma justiça real e satisfatória a todos os envolvidos nos litígios.

Este trabalho partiu da constatação, da insatisfação das vítimas, nos processos criminais, pois que, a retribuição ao mal causado pelo infrator, aplicada pelo Judiciário, não trazem eficácia a sua visão de justiça real, uma vez que a mesma é ignorada servindo como objeto investigatório e mera expectadora dos atos processuais.

Este trabalho monográfico tem como objetivo, verificar a possibilidade de se utilizar os meios alternativos de solução dos conflitos na seara penal, fazendo isso com a análise de práticas restaurativas que poderão ser empregadas nestes institutos, principalmente, na mediação, analisando os princípios desses institutos, suas vantagens para vítima/infrator e comunidade.

Para dar cumprimento a esses objetivos, esse trabalho, está dividido em três partes, onde a primeira, oferece um estudo perfunctório sobre a atual Jurisdição do nosso país e sua crise; os meios alternativos de solução de litígios existentes em nossa legislação, dando ênfase a mediação penal, como meio restaurador de conflitos. Em seguida, é posto em evidência a crise enfrentada pelo Estado e sua repercussão no sistema penal, mostrando a necessidade de uma política criminal

que valorize a importância da participação da sociedade quando da eleição do bem jurídico penal, e da falibilidade deste sistema na proteção desses bens.

O objetivo do último capítulo é analisar a possibilidade/necessidade de aplicação da mediação penal na resolução dos conflitos que, com uso de práticas restaurativas visam solucionar os litígios versem sobre bens disponíveis. Ainda nesse capítulo, faz-se uma abordagem, às críticas imputadas as práticas restaurativas como solução de conflitos.

O método usado nesse trabalho será o dedutivo, com o emprego de técnica de pesquisa por meio da documentação indireta, através de artigos científicos, pesquisa bibliográfica, periódicos e legislação brasileira.

2 A JURISDIÇÃO E FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

2.1 DA VINGANÇA PRIMITIVA À IMPOSIÇÃO ESTATAL

Desde o princípio da humanidade, os homens primitivos instituíram meios que refreassem o injusto sofrido garantindo, mesmo de forma rudimentar, a conservação da ordem. Nessas formas primitivas de civilização, a vítima ou alguém de seu grupo familiar, promovia a resolução do conflito causado pelo crime cometido, exercendo uma verdadeira vingança privada.

Esse tipo de vingança, também conhecida por vingança defensiva, objetivava não só a retribuição ao injusto sofrido, mas também a possibilidade de não mais se repetir tal agressão.

Com a evolução dos grupos que formavam essas sociedades primitivas, nasceu um sentimento de coletividade onde um protegia o outro dentro de cada grupo e contra os demais que ameaçassem a ordem imposta pela comunidade. A partir daqui, denota-se que a vingança assume características de conotação pública e o direito de punir ganha sentido coletivo, como consequência da integração dos grupos e da solidariedade dos indivíduos que os compunham.

FERRI (2003, p. 22) aponta nesse sentido:

Quando, pois, a ação ofensiva ameaça ou põe em perigo diretamente a existência da coletividade (família, clã, tribo), a reação de vingança defensiva é exercida pela coletividade (vindita pública) ou por quem a representa ou dirige (pai de família, chefe da tribo), especialmente quanto aos atos criminosos ou relativos à guerra, que na humanidade é tanto frequente (traição, deserção, destruição e subtração de armas, incêndio e etc.) ou relativos à subsistência (armazéns protegidos pelo tabu, gados animais domésticos etc.).

Transferindo-se dos grupos minoritários para a coletividade geral, a vingança efetuada nesse contexto, deixa uma visão mais substancial de organização desses grupos que desponta para uma centralização do poder.

A vindicta privada era usada pelo homem de forma contumaz no passado, demonstrando que o ser humano sempre se preocupou com o que é justo. Com o decorrer do tempo, o homem entendeu que para repor a ordem no que lhe foi

afetado o seu direito ou o que julgava ser um direito seu violado pela conduta de outrem, necessitava da justiça que fosse apta para satisfazer esse direito, que fosse aplicada por um órgão estatal, desprovidos de interesses pessoais e com mecanismos que pudesse fazer valer suas decisões de forma legal e soberana.

PINHO (2008, p.09), nos informa que as diferentes fases da atividade jurisdicional, refletem o modelo de estado sob a qual é exercida.

Em sociedades primitivas a pacificação dos conflitos era feita pela força privada; em Estados despóticos a pacificação dos conflitos confundia-se com o próprio Rei; em Estados liberais a mesma era ditada pela lei do mercado; em Estados sociais a pacificação dos conflitos correspondia ao paternalismo prestacionista; e em Estados democráticos a pacificação dos conflitos deve ser legitimada por um discurso processual intersubjetivo além de reclamar, portanto, métodos outros que a estrita e fria atuação estatal por meio da atividade jurisdicional.

Devido a complexidade das sociedades ao longo de seu desenvolvimento na história, tornou-se evidente e urgente a necessidade da produção de regras e normas mínimas de conduta que viabilizassem e regulassem o convívio harmônico entre os membros dos grupos sociais que surgiram em nossa sociedade. Entretanto, não bastaria somente legalizar normas de condutas. Estas normas por si só não seriam suficientes para promover a solução dos conflitos existentes e conseqüentemente a harmonia entre os grupos sociais. Fazia-se necessário uma elaboração de meios que fizessem valer essas normas. Foi assim que surgiram as primeiras manifestações do “direito de agir” que antecedem o próprio Estado, quando a Justiça era obtida mediante a defesa privada dos interesses.

A participação do Estado na resolução de conflitos se deu de forma mais intensa, após o período clássico do Direito Romano. A partir daí, o Estado promove mudanças em sua organização, a exemplo da nomeação de árbitro para decidir conflitos; obrigatoriedade da arbitragem que, até então era opcional; a prescrição de normas por parte do Estado que serviriam de base às decisões, no intuito de impedir arbitrariedades e subjetivismo por seus árbitros. Posteriormente, tem-se o período da justiça pública, quando a resolução dos conflitos são feitas diretamente pelos pretores, que antes, confiavam essa tarefa aos árbitros nomeados por estes.

Nesse momento da História, quando o Estado se encontra substancialmente fortalecido, sobrepondo-se aos particulares, institui sua autoridade para solucionar conflitos de interesses.

2.2 JURISDIÇÃO: APORTES TEÓRICOS

O monopólio da aplicação do direito pela instituição estatal, que é a jurisdição surge exatamente, à medida que as relações entre os membros dos grupos sociais vão ficando acepilhadas e mais intensificadas. Este monopólio da aplicação do direito pela instituição estatal surge, ainda que primária, mas já detentora de poder de coerção. Com isso, aos poucos a justiça privada, cuja existência só era possível ante a ausência de um poder central organizado e gerava insegurança ao convívio social vai sendo afastada e cedendo lugar a ação estatal. A Jurisdição nasce nesse contexto, e tem o objetivo finalístico de harmonizar de forma satisfatória as relações entre os membros da sociedade, pondo fim aos conflitos existentes.

Como reação a este quadro, nasce a jurisdição, vista como uma das funções do Estado. É através dela que o mesmo entra como um terceiro substituto das partes titulares dos interesses envolvidos, tratando o conflito em concreto, fazendo a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide, caracterizando-se, ainda, pela imparcialidade e neutralidade. Oportuno referir o fato de que antes do Estado ser coroado com esta função, este terceiro poderia ser um árbitro escolhido de acordo com a vontade dos litigantes. Era a *arbitragem facultativa*. Mas foi em seguida, que o Estado tomou para si esta função, passando a monopolizar a Jurisdição ditando o direito par ao caso concreto de forma impositiva, com intuito de assegurar a convivência social através da neutralização do conflito pela aplicação forçada do Direito Positivo.

Quanto a esse assunto, importa destacar o que escreve, Rocha (2007, p.10) sobre a importância do Estado na resolução dos conflitos:

O direito como criação social existiu em todas as épocas. Com efeito, desde o momento em que o ser humano, por motivos econômicos, étnicos, religiosos etc., começa a relacionar-se e a agrupar-se, aparece a necessidade da existência de regras reguladoras de suas relações sociais.

Foram as leis e as regras impostas pelo Estado que tornou possível o surgimento de uma da sociedade organizada. As normas impostas pelo estado,

detentor do poder de coação, regula a conduta dos indivíduos e pune àqueles que as transgride, com o objetivo de sanar conflitos.

Grinover e Dinamarco (2008, p.25), expõe a função de ordem do Estado e a relação existente entre este e o direito cobrado por seus membros,

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exercido na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros. A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. [...].

A nova Ordem econômica, assim como nosso modelo de sociedade contemporânea que se desenvolve a uma velocidade desenfreada seguindo uma globalização no mesmo ritmo, atreladas à descobertas e inovações fizeram surgir uma sociedade extremamente organizada e competitiva, que funciona como determinante de comportamentos, tendo o surgimento de tensões emocionais e conflitos, como consequências. Enfatiza-se nesse sentido a importância do Estado para sanar estas tensões e conflitos mantendo a ordem social e ainda as garantias constitucionais, respeitando os direitos.

É função do Estado, manter a ordem social. E é dever do Estado manter a ordem social através do Direito.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.25) afirmam:

Por isso pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas - sem dúvida a mais importante eficaz dos tempos modernos - do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

A garantia de existência do Estado Democrático de Direito é ressaltada pela Jurisdição. A Jurisdição garante a permanência e a manutenção do ordenamento jurídico, a obediência aos princípios constitucionais. A Jurisdição é o poder Estatal para aplicação do direito aos casos concretos, objetivando a solução de conflitos de interesses. A esta atividade específica do Poder Judiciário, visando à aplicação do

direito objetivo em conexão a uma pretensão, visando solucionar as lides existentes, dar-se o nome de Jurisdição.

Didier Jr. (2007, p.65) conceitua Jurisdição como sendo a realização do direito em uma situação concreta, através de um terceiro imparcial, de modo criativo e autoritativo, com poder para tornar-se indiscutível.

Os doutrinadores Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.147) definem Jurisdição como:

uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve com justiça.

Rocha (2007, p.64), afirma:

a Jurisdição é, justamente a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia dos direitos em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força se necessário.

Consequentemente, a medida que o Estado invade a esfera de liberdade dos homens impões as regras para solucionar os conflitos e tornar possível a vida em sociedade. Havendo lides, em sociedade, todas que não tenham soluções amigáveis ou que não sejam resolvidas de forma espontânea, deverão ser resolvidas por Jurisdição que é exercida pelo Poder Judiciário.

Neste sentido Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.29) discorrem:

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional.

Pelo exposto, nessa breve análise, vislumbra-se o grande avanço na forma de resolução de conflitos, que em seus primórdios fazia-se justiça com as próprias mãos através da vingança. A “lei do mais forte” que denominamos autotutela ou autodefesa, onde o tamanho do dano determinava a proporção da vingança, deturpando assim a real e verdadeira aplicação da justiça. Essa forma de fazer Justiça estava sobrecarregada de interesses pessoais, pois a função de dizer o direito era das próprias partes.

Ulteriormente a composição da lide passa a ser função estatal, projetando-se a jurisdição. Surge neste momento, o poder-dever dos juízes, que munidos de imparcialidade, afere o direito na composição dos litígios. No entanto, havendo acordo entre as partes, haveria licitude na designação de um árbitro para solução dos conflitos. Somente em meados do século XXI é que a processualística tomou definição e forma, embora, seja necessário no nosso contexto de todos os níveis da sociedade, uma técnica e métodos mais céleres e eficazes para atender as demandas.

Após o Estado assumir o monopólio na resolução de conflitos, a busca de soluções adequadas são perquiridas até os dias de hoje.

2..2.1 A crise da Jurisdição e a explosão acentuada dos conflitos

Mesmo com todo avanço e benefícios advindos da Jurisdição, isso não evita que a mesma não sofra desgastes e crises. No cenário jurídico brasileiro, vislumbra-se a necessidade urgente de se encontrar novas e eficazes soluções para os conflitos existentes, que atendam aos interesses da sociedade. A Jurisdição é essencial no Estado democrático de direito, pois ela é que serve de instrumento através do qual o estado mantém a ordem, garante os direitos do cidadão, promove a estabilidade social e também a estabilidades das instituições. Portanto é de suma importância detectar os problemas gerados no âmbito Jurisdicional que afetam diretamente a sociedade, compreender seus efeitos e saná-los.

Entre outras causas da crise da jurisdição, sem dúvida alguma, a “explosão de litigiosidade”, é a principal delas. O crescimento acentuado dos conflitos, se desenvolvem progressivamente junto com o avanço da sociedade. À medida que a sociedade se desenvolve, surgem novos e diferentes conflitos sociais que decorrem dessas novas relações sociais. Existe também a ampliação das garantias individuais dos cidadãos que opera uma demanda ainda maior e mais expressiva do Judiciário e ainda se tem a contribuição Estatal que não dispões de uma política capaz de promover a justiça social que iniba o surgimento de novos conflitos. Seguindo essa linha de raciocínio Rodrigues (2006), afirma:

A ineficácia estatal na promoção da justiça social produz (e está vinculada a outros inúmeros fenômenos (violência, criminalidade, precarização da saúde pública, baixa escolaridade etc.), e no que tange à jurisdição, seu principal efeito é invisível e contraditório. Invisível porque boa parte da exclusão social não bate às portas da justiça; contraditório porquanto, não obstante a crescente demanda por novos direitos e a pressão sobre o judiciário, a imensa exclusão social brasileira ainda mantém boa parte da sociedade carente de instrumentos de reivindicação social, seja política ou judicial.

De acordo com o raciocínio acima, acrescenta-se na mesma linha de pensamento o que afirma Morais e Splenger (2008, p.76):

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário. [...]. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatividade.

O Poder judiciário, detentor do direito de jurisdição, precisa urgentemente adaptar-se as complexas e múltiplas demandas surgidas na modernidade. Precisa ser mais eficiente nas suas funções e dimensões bem definidas e exatas implicando uma busca incessante de um judiciário que atenda às expectativas dos membros da sociedade que buscam soluções para suas demandas.

Diante do exposto, vê-se que embora essencial e necessária, a atuação do Estado como detentor da Jurisdição, este não tem sido capaz de atender satisfatoriamente todas as pretensões normativas que surgem espontaneamente advindas do processo de interação social. Vale salientar que as pretensões normativas que surgem no desenvolvimento da nossa sociedade não estão garantidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A espera, muitas vezes exaustiva, de uma sentença judicial transitada em julgado gera grande desânimo e desesperança a sociedade e ainda existe o fato de que essa sentença pode finalizar um processo, mas pode também não satisfazer as partes envolvidas no conflito. Essas são umas das razões pelas quais despontam outras soluções alternativas de conflitos visando solucionar os elevados índices de litigiosidade de forma satisfatória.

Como escreveu o professor Leonardo Greco, em seu texto “O acesso ao Direito e à Justiça”:

A Justiça como instrumento de garantia da eficácia dos Direitos fundamentais somente cumprirá o seu papel através de decisões rápidas. As Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos se referem ao direito a uma decisão rápida ou a uma decisão em prazo razoável. Os direitos cujo gozo é protelado pela demora da Justiça são direitos sem eficácia até que a proteção judicial se concretize. Muitos direitos se perdem porque os seus titulares não estão dispostos a lutar por eles, conscientes de que nenhum proveito concreto lhes trará a proteção judiciária tardia, ou, até, de que os ônus e sofrimentos da perseguição do direito sobrepujarão o benefício da sua conquista.

É objeto desta pesquisa, demonstrar que há possibilidades de dirimir, solucionar e amenizar conflitos na esfera penal sem que seja preciso jurisdicionalizá-los, também na fase processual, ou mesmo após sentença condenatória, em casos mais graves, através de meios alternativos, como a mediação penal. Para tanto, é conveniente apresentar as formas alternativas de solução de conflitos que estão se consolidando no nosso cenário jurídico, enfatizando a mediação, para melhor compreensão do tema em questão.

2.3 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A nossa Constituição Federal, não impôs limitação à forma de solucionar conflitos. Observa-se na Constituição Federal (1988, art. 5º, inciso XXXV): “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”

O que se verifica nesse parágrafo da nossa Constituição é que de forma implícita o legislador pretendeu possibilitar a composição dos litígios de um modo geral.

Não há, em regra, uma atuação direta do Estado, como acontece no âmbito tradicional onde essa atuação é feita por intermédio de um terceiro ou por outro meio. Por essa razão denominam-se “alternativos” as soluções de conflitos emergentes no nosso cenário Jurídico.

Vale salientar que as formas de solução de conflitos não tem a pretensão de substituir o Estado, nem tão pouco tem por objetivo trazer tão somente celeridade ao Poder Judiciário reduzindo o número de processos submetido ao seu crivo, porém

visam instituir uma nova mentalidade, aplicada a pacificação dos conflitos de forma eficaz e satisfatória as partes, diminuindo consideravelmente a duração dos conflitos. Haverá a possibilidade de solução dos conflitos através de procedimentos informais e simples trazendo mais profundas, dando ênfase ao diálogo. Para isso é necessário que o Estado empreenda um trabalho de conscientização da população juntamente com um trabalho preventivo, com o intuito de impedir que os conflitos se agravem proporcionando os meios necessários para a efetivação desse trabalho que deverá ser feito juntamente com a própria sociedade.

Neste sentido Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.31) ao escrever em defesa desse pensamento afirma:

Abrem-se os olhos agora, para todas as modalidades de soluções não-jurisdicionais de conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

O sistema jurídico deve estar ao alcance de todos, fornecendo formas que possibilitem a resolução de conflitos, ter conhecimento de seus direitos e exercê-los sempre que julgar necessário e deduzir suas vontades. O acesso ao Judiciário deverá se dar em condições de igualdade e abranger a todos. Assim afirma a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A insatisfação das partes litigantes, a grande demanda de procedimentos, a lentidão da Justiça, entre outros, fornecem a população uma ideia de insegurança jurídica.

O professor Leonardo Greco afirma no seu texto Acesso ao direito e a Justiça:

muitos direitos se perdem porque seus titulares não estão dispostos a lutar por eles, conscientes de que nenhum proveito concreto lhes trará a proteção judiciária tardia, ou, até, de que os ônus e sofrimentos da perseguição do direito sobrepujarão o benefício de sua conquista” e diz ainda que “mais do que em países ricos, acesso a justiça dependerá, em grande parte, da estruturação e fortalecimento de varias modalidades de tutela jurisdicional diferenciada”.

Há um sentimento na população brasileira em relação ao Sistema Judiciário, de impunidade e reincidência, devido a morosidade nos procedimentos judiciais. No entanto, mesmo com a morosidade a população não deixa de recorrer ao sistema tradicional comprovado pela demanda de processos que cresce continuamente, evidenciando que a população necessita de meios alternativos de resolução de conflitos e ter conhecimentos desses meios. A sociedade já entende que a pacificação de conflitos é o que a mantém organizada senão partiria para o princípio da autotutela e da autodefesa, mas ao contrário busca o órgão que representa a tão almejada Justiça.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.32), [...] escreveu que “o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui como já foi dito fator de angustia e infelicidade pessoal”.

Por razões expostas, os meios pacíficos de solução dos conflitos, ganham impulso e grande força no cenário jurídico atual. Almejando obter uma maior celeridade na solução do litígio como também visando proporcionar uma porcentagem menor de insatisfação das partes conflitantes

É certo que a conciliação, a mediação, a arbitragem, a negociação e a autotutela são formas existentes para solucionar conflitos. Cada qual com sua singularidade, suas particularidades no entanto revestidos de objetivo comum, pois, todas estão alicerçadas no mesmo escopo que é a solução de conflitos sem que os litigantes precisem recorrer ao judiciário e tenha de enfrentar a morosidade da Justiça e seus trâmites legais.

No entanto, existem práticas chamadas restaurativas, que podem ser aproveitadas dentro desses institutos, principalmente o da mediação penal, que além de resolver conflitos, pode sanar suas causas futurísticas, trazendo a vítima ao cenário do conflito que juntamente com o infrator e a comunidade, darão propostas e alternativas na busca da pacificação, sendo essas propostas consideradas relevantes.

Aceirando o exposto acima, some-se o ensinamento de Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.32):

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a *ruptura com o formalismo processual*. A *desformalização* é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de *celeridade*. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a *gratuidade*

constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. [...].

2.3.1 Arbitragem

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, regula a Arbitragem. É um processo legal embora, não-Judicial. Por não se processar na esfera judicial também não se desenvolve pelo procedimento comum. Portanto é um processo mais simples e mais célere e obviamente as partes obtém mais vantagens. Entre outras, podemos citar no processo de arbitragem, como vantagem para as partes, as despesas com advogados e custas processuais, permite a escolha das regras e princípios a serem aplicados na lide.

Segundo Didier Jr. (2007, p.70) a Arbitragem:

é a técnica de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança a solução amigável e “imparcial” (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio”.

Portanto, a Arbitragem se processa na área privada como uma forma de solução de conflitos sem qualquer ingerência do Estado, onde as partes agem em comum acordo e tem no exercício da vontade a plenitude e liberdade. As partes elegem um ou mais árbitros imparciais ao conflito, com conhecimentos específicos, possibilitando ainda uma sentença formulada em aspectos técnicos com tendências mais justas para a resolução do conflito onde ao final, as partes se submeterão à decisão desse árbitro. Todos os procedimentos ocorrem sem publicidade e somente as partes tomam conhecimento. Os direitos aqui dirimidos e conferidos pela Lei da arbitragem é no tocante aos direitos patrimoniais e disponíveis, assim sendo os bens pertencentes as pessoas físicas ou jurídicas, que incidam sobre bens ou valores onde há legalidade na transação ou renúncia.

Vale salientar que o árbitro é Juiz de fato e que a sentença proferida por este não está sujeita a recurso, conforme art. 18 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96): “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário.” Embora, a Lei de Arbitragem faça essa

equiparação do árbitro como juiz de direito que esta possua tal validade, levando em conta que a referida Lei não está acima da Constituição.

A Sentença do perito tem o mesmo valor Legal da Sentença Judicial. E como toda Sentença Judicial, tem tutela legal, onde se preciso for fazer valer sua eficácia, poderá ser solicitada as forças necessárias para o seu cumprimento.

Didier Jr. (2007, p.71) afirma que:

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite a arbitragem em causas penais. Ademais, a emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §2º, CF./88).

Certo é que a arbitragem, embora seja de grande valia, sendo mais apropriada do que o procedimento judicial para um grupo de conflitantes determinado, não deixa de ser um método adversarial onde as partes deverão se submeter as decisões proferidas por um árbitro podendo haver insatisfação das decisões impostas. Ademais, esse instituto só se processa no âmbito Cível.

2.3.2 A Conciliação como solução de conflitos

Derivada do latim, *conciliatione*, o significado de Conciliação é o ato ou efeito de conciliar (Dicionário).

Conciliar é buscar um acordo para solucionar conflitos. É uma intervenção entre as partes que litigam tendo o objetivo comum de solução respeitando os direitos existentes. Segundo Andrea Gaspar (1998) enuncia:

A conciliação nada mais é do que uma forma de composição amigável, em que uma das partes ou ambas põem termo ao processo com ou sem julgamento de mérito (exs. Renúncia ao direito ou desistência da ação, respectivamente), solucionando o conflito de interesses; as próprias partes, portanto, encontram a solução para o caso concreto, podendo ou não ter a ajuda externa, contudo, mesmo com a presença de um terceiro, com o mediador ou conciliador, mesmo com a presença de um terceiro, como o mediador ou o conciliador, essa forma de resolver litígios não impõe soluções, pois tanto o mediador como o conciliador apenas formulam

sugestões para resolver controvérsias, sugestões essas que podem ser acolhidas ou não pelas partes.

O também doutrinador Luís Antunes traz a seguinte definição de Conciliação:

[...] meio ou modo de acordo do conflito entre partes adversas, desavindas em seus interesses ou direitos, pela atuação de um terceiro. A conciliação também é um dos modos alternativos de solução extrajudicial de conflitos. Em casos específicos, por força de Lei, está sendo aplicada pelos órgãos do Poder Judiciário. (CAETANO, 2002, p. 17)

Esse terceiro neutro, deverá também estar revestido de imparcialidade. Agirá como um auxiliador das partes nos conflitos, respeitando as exceções, onde somente o Poder Judiciário, pode exercer jurisdição.

Nos últimos anos, há uma preocupação maior e mais estreita, do Poder Judiciário brasileiro, mais precisamente dos seus regentes, com a morosidade da Justiça bem como o crescimento desenfreado dos processos judiciais em todas as áreas do nosso sistema judiciário.

É dessa preocupação que a Conciliação vem ganhando grande importância no meio Jurídico, como forma de dirimir conflitos e ao mesmo tempo diminuir de forma acentuada as demandas que se encontram com números elevadíssimos. Prova disso é a Semana da Conciliação, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça. Com essa ação, obteve-se resultados animadores de extrema satisfação.

O Conselho Nacional de Justiça e demais Tribunais, vislumbram na conciliação, não somente um instrumento de resolução de conflitos mais célere mas também um incentivo à sociedade em procurar o Judiciário com mais confiança na reivindicação de seus direitos. Sabemos que, se a sociedade tiver maior confiança no Judiciário e mais acesso ao mesmo, estaremos mais próximo de uma sociedade mais desenvolvida e mais pacífica. Por outro lado, com a Conciliação, a sociedade tem ao seu alcance o acesso a Justiça propriamente dita, em muitos casos sem que precise obter Justiça pelos trâmites legais dos processos no Judiciário e ao mesmo tempo acobertada pela garantia dada por este as soluções encontradas na Conciliação.

No cenário brasileiro, no que tange a ordem econômica, vislumbra-se a necessidade urgente de se encontrar novas e eficazes soluções para os conflitos

existentes que atendam aos interesses da sociedade. A Justiça não tem conseguido cumprir o que declara o art. 269, inc. I, do CPC/73 (a sentença de mérito para resolução do mesmo) em tempo satisfatório. E isso nos distancia cada vez mais do objetivo do instrumento jurisdicional, assim sendo a pacificação social.

É através do processo que a nossa Justiça se materializa. As formalidades legais e os possíveis recursos oneram substancialmente a tão almejada Justiça, além de deixá-la muito lenta.

A nossa sociedade é apegada ao modelo formal do processo. Muitas vezes por precaução, outras por desinformação por não conhecerem outros meios alternativos de resolução de conflitos.

Uma comparação da grande vantagem existente na Conciliação com outros meios alternativos de solução de conflitos, é que na Conciliação as partes atuam conjuntamente para a solução do conflito de forma que o resultado seja satisfatório a ambas. Diferentemente das decisões emanadas por um terceiro de forma imperativa como é o caso do recurso no Judiciário, ou o enfrentamento das partes, na Arbitragem, que podem gerar outros conflitos que serão levados ao poder Judiciário posteriormente, ou quando não menos, gera insatisfação de uma ou outra parte ou mesmo de ambas.

Ressalta-se que a Conciliação também pode trazer solução para o conflito, sem que haja a satisfação plena das partes, se esta for usada apenas como meio de evitar ainda mais o assobramento de processos junto ao judiciário.

O objetivo da conciliação é o acordo amigável entre as partes envolvidas em um conflito de interesses. A conciliação tanto pode ser aplicada durante o procedimento do processo judicial (Conciliação Judicial), como antes do ingresso das partes com uma ação no judiciário.

A conciliação se adéqua mais à solução de conflitos objetivos, onde as partes não tem convivência ou vínculo pessoal antes do conflito. É um conflito circunstancial e não há relacionamentos a serem preservados. O foco principal da conciliação é a solução do problema. Alcançar um acordo razoável entre as partes é a meta deste método de solução de conflitos.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.34) afirmam que a Constituição Federal de 1988 traz importante evolução ao instituto da conciliação:

Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de *“juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução.... de infrações penais de menor potencial ofensivo...permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau”* (art.98, I). E agora, nos termos da Lei Federal n.9.099/95, atinente aos juizados especiais cíveis e criminais, já são admissíveis a conciliação e a transação penais, para a maior efetividade da pacificação também em matéria penal.

A nossa legislação usa o instituto de solução de conflitos, principalmente quanto aos delitos previstos nas Leis 9.099/95 e 10.259/01.

O negociador, imbuído de uma tática de persuasão se dispões a convencer as partes conflitantes a efetuarem um acordo de onde advirão ganhos e concessões. Deverá o negociador se fundamentar no convencimento das partes podendo acontecer de forma isolada, anterior ou concomitantemente aos demais procedimentos de soluções pacíficas de conflitos.

O instituto da conciliação visa, acima de tudo, à reparação de danos causados à vítima, nos Juizados Criminais do Brasil. São aplicadas legalmente, somente às infrações de menor potencial ofensivo, com pena máxima que não ultrapasse de dois anos. Nesse âmbito, o que se busca pela conciliação (que é um gênero), é a reparação ou composição civil como a transação penal (que são espécies desta).

2.3.3 A Mediação como forma alternativa de solução de conflitos

Embora a mediação almeje o acordo o cerne desta é o conflito. Na realidade a mediação focaliza o conflito onde as relações são duradouras e regulares, como as relações de vizinhança e os conflitos com rudimentos tendenciosos, como nos conflitos familiares.

Foi na segunda metade do século XX, que a mediação foi desenvolvida, nos Estados Unidos. Aqui no Brasil, como a conhecemos hoje, a mediação emergiu na década de 90, onde entidades preocupadas na resolução de conflitos voltaram-se para a prática e sistemática da teoria da mediação. Vale dizer, que a mediação, a partir dessa época passou a ser estudada em algumas instituições de ensino superior.

Sousa, (2006) conceitua mediação da seguinte forma:

Mediação é o método consensual de solução de conflitos, que visa a facilitação do diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, *por si só*, alcançar uma solução. Administrar bem um conflito é aprender a lidar com o mesmo, de maneira que o relacionamento com a outra parte envolvida não seja prejudicado.

A mediação é mais adequada aos conflitos subjetivos ou de relações continuadas por ter a possibilidade de conscientizar as partes envolvidas, dos seus atos, ações, condutas e soluções e ainda de induzi-las a reconhecimento da posição do outro para que haja respeito proporcionando assim o restabelecimento ou aprimoramento das relações.

Conforme CAHALI (2011, p.38):

Anote-se que neste método haverá uma profunda investigação do terceiro sobre a inter-relação das partes e a origem do conflito. Em consequência desse exame profundo do vínculo havido entre as partes pelo mediador, a mediação costuma representar um procedimento mais longo, em que às vezes, são necessárias diversas sessões de mediação para que as partes consigam restabelecer o diálogo perdido.

Salienta-se, porém, que nesses casos peculiares poderão também serem usados outros métodos de solução de conflitos, e da mesma forma poderá ser usada a mediação para a solução de outros tipos de conflitos.

Em regra, na mediação os conflitos só podem envolver direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis pois, esses direitos são passíveis de acordo extra-judicial onde esses acordos, a critério das partes, poderá ser homologado pelo Judiciário.

Todavia, de conformidade com o que será exposto adiante, importa salientar a possibilidade da aplicação da mediação quanto aos conflitos existentes na esfera de matéria penal. Pode-se exemplificar antecipadamente o uso da mediação nos crimes sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada, por meio da mediação poderá haver a renúncia da queixa-crime ou da representação. Também há possibilidade de mediação nos casos sujeitos à ação penal pública incondicionada com o objetivo de diálogo entre as partes para preservação de relacionamento, sendo ilegal ou inexistente usar a mediação para transação do direito de ação que cabe tão somente ao Estado.

2.3.4 Mediação penal em crimes mais graves

A Mediação Penal proporciona à vítima e ao infrator a participação real na solução dos conflitos, que deverão estar revestidos de voluntariedade, na busca de restaurar as relações que houverem sido rompidas com o delito. Estes objetivos deverão ser buscados com a assistência de um terceiro independente e imparcial. Esse instituto tem apresentado resultados satisfatórios e eficazes, na grande maioria dos casos aplicados, tanto em relação à vítima e ofensor como também perante a comunidade, cenário do conflito. Observa sobre o instituto da mediação penal o que assevera THIAGO, (2007, p 210):

A mediação penal é um processo cujos princípios ressaltam a participação direta dos principais envolvidos no ato ofensivo, a restauração da vítima e/ou comunidade vitimada, a responsabilização direta do ofensor pelo dano causado e o envolvimento de toda comunidade na restauração tanto da vítima quanto do ofensor, suprimindo algumas falhas do processo judicial hodierno e complementando o sistema de justiça criminal.

É o mediador, terceiro imparcial, revestido de competência técnica, capacitado e eleito pelas partes, que servirá como intermediário na mediação. Embora seja imprescindível que o mediador seja revestido de conhecimentos básicos de psicologia, não agirá como psicólogos. Também deverá ter dentre outros conhecimentos, a técnica de escuta, comunicação, formas de manejo dos conflitos e capacitação/qualificações necessárias para entender e ser um verdadeiro facilitador entre as partes que desejam um acordo. Ainda é importante salientar que o mediador não tem a função de ser um advogado comum às partes.

CAHALI,(2011.p.39), escrevendo sobre as funções do mediador, afirma:

A principal função do mediador é conduzir as partes ao seu *apoderamento*, ou seja, à conscientização de seus atos, ações, condutas e de soluções, induzindo-as, também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições. Evidentemente também aqui a criação de um ambiente propício, para superar a animosidade, é uma tarefa relevante. Aliás, pela origem dos conflitos, muito maior o desafio de minimizar os efeitos do rancor, da mágoa, do ressentimento perversos ao pretendido diálogo (fala e escuta), pois aqueles sentimentos podem gerar a má vontade na busca de solução consensual.

Pelo exposto acima, pode-se dizer que a função precípua de um mediador deverá ser de um facilitador de comunicação entre as partes.

A violência social não é uma questão isolada, assim como a solução aos conflitos gerados por esta. Para compreensão e solução dos mesmos, faz-se necessário, uma ampla discussão englobando todos os principais segmentos sociais que se comunicarão para união de forças, de informações, conhecimentos e meios que venham a solucionar esses conflitos.

Comungando dessa mesma ideia, SICA, (2007, p. 119), adverte:

[...] não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício de poder. Tudo isso garantido sob pretextos 'nobres', tais como a prevenção geral, a reinserção social ou, agora e com mais força, a segurança pública e a tranquilidade dos "cidadãos de bem".

A mediação é um modelo de solução de conflitos que se encontra mais próxima aos indivíduos da sociedade que se agrupam em comunidades, onde os próprios envolvidos detém o comando dos conflitos. Conforme Oliveira (2010, p. 21). "Desse modo, por meio da mediação, elas são 'empoderadas' e assumirão suas responsabilidades".

É neste cenário de empoderamento dado as partes que a justiça Restaurativa resgata a participação da vítima no processo. Pois com a legitimação do Estado a interpor-se entre o infrator e a vítima, para separá-los, desproveu de conciliação o processo que poderia ser mais célere, mais benéfico, mais humano, mais econômico ao Estado e restaurador, sem mesmo haver prejuízo da aplicação da pena legal ao infrator. Desprestigiando a vítima no conflito e sua integração com o autor do fato para compreensão e metas de solução dos conflitos, o Estado faz com que o Direito Penal se afaste do foco da discussão reparatória sobre as ofensas e os danos causados pelo crime.

A mediação penal, nos crimes mais graves, como homicídio, estupro, permite a efetividade de um diálogo entre as partes, convergindo para a preservação das relações afetadas ou restauração do equilíbrio e da ordem desfeitos pelo crime. Não há, neste caso, a pretensão de influenciar o direito de ação, que é legalmente normatizado, ou trazer influências sobre a aplicação da pena que seguem critérios

pré-determinados, vindo a incidir após a sentença condenatória, visando satisfação às necessidades de atendimento à vítima.

Dentro de um ambiente seguro e estruturado, a aplicação da mediação penal, nesses casos de crimes mais graves, havendo voluntariedade das partes e responsabilização civil, poderiam dar oportunidade das partes dialogarem, cooperando-se mutuamente para restauração dos danos ocorridos, principalmente aos de caráter psicológico e moral, da vítima. Verdade é que, nos EUA, estados como o Alasca, Califórnia, Nova Iorque, Minnesota e Texas, tem obtido resultados satisfatório, nos programas implantados nessa seara em seu sistema penal. TIAGO, (2007) afirma que muitas vítimas querem respostas que somente os agressores podem lhe fornecer, que estas sentem necessidades de expor seus sentimentos em relação as consequências causadas pelo crime e em outras vezes querem constatar o arrependimento e reconhecimento da consciência de responsabilidade do infrator pelo dano causado.

Ressalta-se a importância de relatar neste contexto o que transcreve UMBREIT, (2007, p. 78):

Vítimas e ofensores frequentemente falam da sua participação em um diálogo mediado como uma experiência poderosa e transformadora que os ajudou no seu processo de recuperação. Pais de crianças mortas expressaram seus sentimentos de alívio após encontrarem o ofensor/presidiário e dividirem sua dor. Eles também puderam reconstruir o que aconteceu e o porquê. Uma mãe cujo filho foi assassinado declarou: “ Eu apenas precisava deixá-lo ver a dor que ele causou na minha vida e descobrir por que ele puxou o gatilho.” Um professor que foi atacado e quase morto comentou, após encontrar com o jovem criminoso na cadeia: “Ajudou-me a acabar com esse ordálio...fez muita diferença na minha vida, apesar desse tipo de encontro não ser para todo mundo.” Um ofensor/presidiário que encontrou com a mãe do homem que havia matado declarou: “ Foi bom poder trazer algum alívio para ela e expressar o meu remorso.” Um médico na Califórnia cuja irmã foi morta por um motorista bêbado estava muito cético inicialmente quanto a encontrar com o ofensor. Após a sessão de mediação, ele declarou: “Eu não pude começar a me recuperar até que deixasse o ódio passar...após a sessão de mediação, eu sentei um grande alívio...eu agora estava pronto a encontrar alegria na vida novamente.

Principal instrumento de solução alternativa de conflitos, no âmbito penal, usado pela Justiça restaurativa, para efetivação de suas práticas restauradoras, oferecendo ao ordenamento jurídico penal a oportunidade de revestir-se de mais celeridade, humanidade, individualidade e informalidade, gerando, em contrapartida, menos burocracia.

A mediação penal, revestida de práticas restaurativas, avulta de forma significativa o ordenamento jurídico, alargando a efetividade do exercício da cidadania e a efetivação do Estado Democrático de Direito.

3 POLÍTICA CRIMINAL: DA ELEIÇÃO DE BENS JURÍDICOS À FALIBILIDADE DO SISTEMA PENAL

3.1 DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A função predominante do Direito Penal no Estado Democrático de Direito é promover a segurança jurídica e isso vai além de aplicação de sanções e regulação de condutas. A existência do Direito Penal deve ser baseada na manutenção da estabilidade social, sem que para isso deva se pautar extremamente na demonstração de força ou de controle.

Na realidade, a intervenção do Direito Penal na seara da sociedade deve funcionar como incentivo a paz social.

Para atender às necessidades da sociedade moderna na solução de seus conflitos, o Direito Penal deverá incentivar e indicar outros meios opcionais de solução de conflitos que não os formais e legalistas. Essa política de solução alternativa de conflitos deverá ser revestida de seriedade e prioridade no sistema penal brasileiro, com orientações extraídas dos princípios que regulam o Estado Democrático de Direito havendo a mínima intervenção estatal no direito de liberdade, igualdade, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e defesa absoluta da dignidade do ser humano.

Afirma o doutrinador Claus Roxim que é função do Direito Penal combater condutas que o Estado normatiza e ao mesmo tempo deve limitar o intervencionismo estatal na sociedade.

Desta feita o Direito Penal resguarda os bens jurídicos eleitos pela sociedade em cada época de sua formação. Suprir as necessidades de uma sociedade no que tange a satisfação da sede de justiça, não se alcança com um sistema rigoroso de normas que se baseia apenas na observação estática do comportamento de indivíduos imputando sanções, como resposta, às transgressões de normas.

A forma como o Estado vem realizando sua política criminal orientado pelo legislador e aplicado pelo juiz não satisfaz os desejos de justiça social. A sociedade

Brasileira identifica o Estado como repressor de condutas inadequadas que contrariam valores pré-determinados que se mostra como um sistema jurídico positivista. Entende a sociedade, que a postura do Estado é de um sistema fechado e que seus legisladores discutem matérias e aprovam leis sem a participação da sociedade minando a integração do sistema penal com a evolução da sociedade dentro da realidade de sua época.

O Estado deve apresentar um sistema de política criminal aberto, discutindo o próprio sistema penal principalmente, no que tange a análise que é feita do fato que causa a violação das orientações da sociedade adequando o sistema penal a uma resolução político-criminal condizente com as aspirações de uma justiça que assegure a paz social.

A experiência social é o objeto da Ciência do Direito. Sendo uma ciência histórico-cultural, o Direito se normatiza para a realização de uma sociedade que mantenha uma convivência humana desenvolvendo-se em função de valores e fatos que atinjam esse objetivo.

Sendo uma ciência histórico-cultural, o Direito não é um sistema fechado e inerte, pelo contrário, é dinâmico e se caracteriza como um sistema aberto. Pois, o Direito é criado pelo homem e, portanto, guarnecido de argumentos valorativos.

Reale (2003 p.80), afirma:

(...) Qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do conhecimento do direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem.

3.2 DO BEM JURÍDICO: CONCEITUAÇÃO, FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA.

O bem jurídico não possui uma definição exata de seu conceito, pois que o mesmo pondera-se bens que possui considerável proteção do ordenamento, por esse motivo ocasiona muitas dúvidas e divergências em sua conceituação. Analisando o que Souza (2006, p. 231) discorre sobre a conceituação de bem jurídico:

Necessário faz-se deixar de logo fixado que não há, como bem se sabe, um conceito unívoco de bem jurídico. Dada a miríade de formulações definitórias, fixamo-nos, força de sua precisão e capacidade operativa, aquela elaborada por Jescheck: "E tarefa do direito penal proteger bens jurídicos ... estes cifram-se em bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade, por isso devem ser protegidos pelo poder coativo do estado representado pela pena pública.

Desta feita, observa-se que bens considerados essenciais em determinado panorama da sociedade e em determinadas épocas, poderão ser irrelevantes em outras épocas dessa mesma sociedade.

Assim como o Direito, o conceito de bem jurídico não pode ser definido como estático. Na realidade, ele é dinâmico e mutável acompanhando o avanço da sociedade no campo científico e não é alheio às mudanças sociais e políticas. Atenta-se que o conceito de bem jurídico deve acompanhar a evolução do homem, da sociedade e conseqüentemente do Estado.

Segundo Prado, (1997 p. 96), "A conceituação material de bem jurídico deve implicar no reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se apresenta como um valor".

Os bens jurídicos são valores da existência social. Não se pode palpá-los, más os mesmos existem e preexistem antes de serem tutelados juridicamente. São bens que atendem aos interesses, sentimentos e valores do homem. Esses valores preexistentes satisfazem a existência da sociedade, e da organização destas em Estado.

É a própria existência do homem que faz nascer os interesses que serão dignos de proteção. O bem jurídico encontra-se muito além da lógica jurídica abstrata, onde através de um caráter sócio-político criminal, assume características centrais de reunião dos conceitos de outras ciências, comprovando que é em razão do homem que o direito se ergue.

É certo que a característica fundamental do bem jurídico é a de delimitar a norma penal e não menos importante, é a garantia do cidadão em relação ao Estado.

Na vasta doutrina que trata do conceito e função do Bem Jurídico, observa-se um seguimento sem que haja necessariamente um rol taxativo e muito menos definitivo, das funções do bem jurídico, devido o dinamismo do Direito Penal. Dentre outras, pode-se expor como função do bem jurídico a função de garantia, a função teleológica e a função sistemática.

A limitação da atuação penal do Estado, vedando ao legislador penal em tipificar condutas que não ferem ou ameaçam bens jurídicos é uma função garantidora. Assim assevera Tavares (2002, p. 199):

O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como um valor.

Partindo da função teleológica ou exegética, o legislador aplicará a lei penal com real observância ao bem jurídico podendo o legislador excluir do tipo condutas inofensivas que não apresentam antijuridicidade material.

Na parte especial do Código Penal Brasileiro, os tipos penais estão classificados em grupos de acordo com o bem jurídico a proteger, auxiliando a ordem dos mesmos, caracterizando assim uma função sistemática.

Numa sociedade democrática, deverá haver acolhimento de valores, diretrizes e bens, elencados e protegidos de lesões violentas que venham a colocar o indivíduo em perigo diante da garantia desses bens trazendo insegurança jurídica principalmente no âmbito Penal. A forma mais eficaz de proteger esses bens jurídicos, que seriam os mais relevantes deverão ser regrados com anuência da interferência do Estado no campo da liberdade do homem. Chama-se a atenção para que esta permissão de ingerência estatal seja feita de forma minimamente e somente quando a necessidade for sobremaneira estrita.

A importância do bem jurídico é notória nos fundamentos em que são orientados os rumos do Direito Penal através do sistema político-criminal estabelecido e com a mesma importância na identificação dos objetos reais tutelados pelo Direito Penal.

O bem jurídico representa os padrões e valores de uma sociedade, que ao serem determinados contribuem de forma relevante para a eficácia da política criminal e ao mesmo tempo para a clareza e justa interpretação das normas estabelecidas para sua proteção.

3.2.1 Do bem jurídico penal

Carnelutti assevera que o bem jurídico penal na sociedade moderna pode ser conceituado como o bem “protegido pelo Estado para assegurar as condições de vida em sociedade”.

Atento aos valores imprescindíveis consubstanciados em nossa Constituição Federal, podemos asseverar que o bem jurídico penal é de suma importância para o avanço da sociedade e de forma mais individualizada, para o desenvolvimento dos indivíduos.

As relações sociais conflitivas são expressas normativamente assentadas no bem jurídico existente. Os indivíduos terão uma relação de disponibilidade com um objeto, onde esta relação é protegida pelo Estado. O valor do bem jurídico penal compõe o fundamento que legitima o que no ordenamento é tipificado como crime, daí o fato de que o Direito Penal incorpora esses valores do bem jurídico, dando legitimidade também ao sistema penal ante a sociedade.

3.3 POLÍTICA CRIMINAL

A política criminal apresenta-se como uma ciência com o objetivo precípua de minguar o crescimento da violência, usando métodos no âmbito penal e extrapenal. Entre outros ramos do Direito é o Direito Penal a estratégia mais utilizada para o desenvolvimento da política criminal. Há também outros meios não jurídicos como a assistência social, as políticas de educação, desporto, cultura e lazer entre outras.

Por análise, a Política criminal, usa o conhecimento adquirido com a Criminologia aplicando-o ao Direito Penal, obtendo assim suporte para criminalizar ou descriminalizar condutas, desjudicializar conflitos, aplicar penas, etc.

É importante destacar que os movimentos políticos-criminais mais discutidos, podem ser agrupados em punitivistas, abolicionistas e minimalistas. Ensejando que, a diferença entre eles se caracteriza em relação à função que cada

um outorga ao Direito Penal no que tange ao combate a violência. Gomes (2007) ensina:

As primeiras (punitivistas) acreditam no Direito Penal (a paz social só poderá ser alcançada por meio da intensificação do castigo, da distribuição de penas). As segundas não acreditam no Direito Penal (ele seria mais pernicioso do que o próprio crime; “um mal maior”); as terceiras desconfiam dele (desconfiam de sua eficácia para resolver os conflitos penais, não admitem que ele possa resolver os problemas cruciais da sociedade, muito menos da sociedade pós-industrial etc.; procuram justificar a existência do Direito penal, mas para ser aplicado como instrumento de última *ratio*, de modo fragmentário e subsidiário e, mesmo assim, respeitando-se todas as garantias penais e processuais estabelecidas pelo Estado constitucional e democrático de Direito).

Os bens jurídicos considerados mais relevantes para a manutenção de uma sociedade são tutelados pelo Direito Penal. Importa acrescentar nesse contexto que o Estado delegou a outros ramos do Direito a legitimidade para solução de conflitos provenientes de infrações de menor potencial ofensivo. Neste caso, o Direito Penal, intervém nestes conflitos de forma subsidiária em *última ratio*.

A Constituição Federal concentra-se em um Direito Penal do autor, contemplando amplamente os direitos fundamentais, não se harmonizando com o punitivismo. Da mesma forma, não se harmoniza com o abolicionismo, movimento radical, apresentando em seu texto copiosos princípios e normas de natureza penal, visando a preservação dos bens jurídicos existentes na sociedade e consagrando a democracia no Estado.

Portanto não há outra forma de se coadunar com a Constituição Federal no tocante a diminuição da violência, se o Estado não aplicar um modelo de Direito Penal que não seja operante sem ser também violento atingindo o mínimo possível o bem de suma importância do ser humano que é sua liberdade individual. Sendo assim, o Sistema Penal, num Estado social e democrático só pode pautar sua legitimidade, se houver satisfeitas sua capacidade de auferir as finalidades de proteção à sociedade e ao mesmo tempo cumprir seu papel garantista, alcançando os fins desejados através dos meios legitimados por ele mesmo.

Devido o crescimento da criminalidade adicionado à sensação de insegurança e impunidade que vive a sociedade, aflorou-se um pensamento conhecido como “movimento de lei de ordem”, nascido nos EUA, que através de severas sanções penais impostas aos transgressores, objetiva intimidar e neutralizar

criminosos com um sistema baseado numa filosofia repressora. Sob influências visíveis deste movimento, o Brasil adotou uma política criminal mais rígida buscando a solução do problema, impondo sanções penais mais severas, subtraindo privilégios, passando a tipificar condutas antes pré existente como pouco lesivas, difundindo o medo.

Nas palavras de Jesus, (1997 p. 1-2):

Nos últimos anos, entretanto, passou a surgir, em aparições constantes, um novo Direito Penal brasileiro, já atuante em outros países: simbólico, promocional, excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia de tranquilidade social. 13[...] É o império do “Movimento de Lei e de Ordem”, responsável pela funcionalização do Direito Penal e da perda da forma deste e do Direito Processual Penal.

O Estado usou de copiosa preocupação de repressão e prevenção do crime sob a égide da intimidação para alcançar a tão almejada pacificação social que negligenciou na aplicação da pena como processo ressocializador do indivíduo.

Não demorou muito para se perceber a ineficiência desta política criminal que apontava um aumento maior na criminalidade e insatisfação gerada na sociedade de ausência de justiça real. Para fomentar ainda mais a insatisfação da sociedade, somou-se a morosidade da Justiça. Nesse ínterim, os membros da sociedade clamava por meios alternativos que acelerassem os processos demandados e que trouxessem eficiência em seus procedimentos.

Tourinho Filho (2000 p. 1) discorre sobre o assunto:

Os constituintes de 1988, impressionados com o número astronômico de infrações de pouca monta a emperrar a máquina Judiciária sem nenhum resultado prático, uma vez que, regra geral, quando da prolação da sentença, ou os réus eram beneficiados pela prescrição retroativa, ou absolvidos em virtude da dificuldade de se fazer prova, e principalmente considerando a tendência do mundo moderno de se adotar um Direito Penal mínimo, procuraram medidas alternativas que pudessem agilizar o processo, possibilitando uma resposta rápida do Estado à pequena criminalidade, sem o estigma do processo, à semelhança do que ocorria com a legislação de outros países.

Havia, pois, mudanças radicais e urgentes a se fazer no Judiciário. Delitos de pouca ou menos importância assoberbavam o judiciário emperrando o julgamento dos processos com delitos de maior e mais grave lesão aos bens jurídicos que em vezes eram prescritos.

Ante a crise que reinava e procurando atender a solução do problema relativo ao acossamento do crime de menor potencial ofensivo, foi criado os Juizados Especiais Criminais, com a edição da Lei nº 9.099, que trouxe a permissão, previsto na Constituição Federal de 1998 que no art. 98, inciso I, estabelece que a União, no distrito federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

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.

É certo que a criação dos Juizados Especiais Criminais implica numa informalização da Justiça Penal, embora não significa a abdicação do Estado em fiscalizar condutas, más implicou numa busca de alternativas de controles que trouxesse mais eficiência, mais celeridade e menores custos ao estado na solução dos conflitos. A Lei dos Juizados especiais Criminais, embora não tenha ampliado o controle do Estado sobre novas condutas, pois essas condutas antes eram controladas pelo delegado de polícia, más dispensou o inquérito policial para os delitos de competência dos Juizados Especiais Criminais retirando da autoridade policial a faculdade de apurar e seletar os casos que iriam à apreciação do judiciário.

O Professor Rodrigo Ghiringhelli, em seu artigo “Juizados Especiais Criminais - Uma abordagem sobre a informalização da justiça penal no Brasil” escreve:

Na prática, as delegacias acabavam cumprindo informalmente uma função de filtro para a descriminalização de certas condutas, como as ameaças e lesões leves no ambiente doméstico, consideradas de menor importância para ingressar no sistema judicial. A Lei 9.099/95 permitiu a incorporação desses delitos ao sistema judicial, numa espécie de recriminalização, substituindo o delegado pelo juiz no exercício da função de mediação. Enquanto a mediação policial, informal e arbitrária era freqüentemente combinada com mecanismos de intimidação da vítima (sobrevitimização) e do acusado, a mediação judicial tende a ampliar o espaço para a explicitação do conflito e a adoção de uma solução de consenso entre as partes, reduzindo a impunidade.

Tendo sua criação com bases no pensamento conciliatório e dissipação, objetivando, entre outros, aliviar o judiciário, os Juizados Especiais Criminais permitiu no âmbito de Justiça Penal a revelação de conflitos que antes eram trazidas

até as delegacias policiais. E nesses conflitos o papel do Estado deve ser mais mediador que punitivo, empreendendo meios que levem por meio do diálogo a solução das rixas e ainda contribuindo para a prevalência da harmonia entre os conflitantes.

A verdade é que se de um lado, Os juizados Especiais Criminais desafogam de forma significativa a justiça Comum, de outro e muito mais importante, é que não oferece equilíbrio a situação de conflitos às partes envolvidas.

A Política criminal deve estar pautada no interesse de propiciar e mensurar a metodologia empregada na apreciação dos méritos dos bens que serão tutelados pelo Direito Penal.

3.4 ELEIÇÃO DOS BENS JURÍDICOS: INTERESSE DA SOCIEDADE E DO ESTADO

Os membros do poder legislativo, responsáveis em criar as leis em nosso País, representa o povo e são escolhidos periodicamente através do voto. São estes, que vão atuar na identificando os bens passíveis de proteção na sociedade que, para esta, deva ser de suma importância sua proteção.

Por esta análise, podemos afirmar que é a escolha legislativa, que não é feita de forma aleatória, que converte um bem preexistente em bem jurídico. E essas escolhas satisfazem em determinadas épocas, os anseios do contexto social, econômico e histórico pelo qual uma sociedade esteja vivendo.

O Direito Penal tem como objetivo proteger esses bens jurídicos que sejam fundamentais. No entanto, a intervenção do Direito Penal acontece somente para proteger bens com valores e interesses sociais e individuais reconhecidos legalmente, que venham a sofrer lesões graves.

Greco, (2010, pg. 04, curso de Direito Penal – Parte Geral) dissertando sobre a seleção dos bens jurídico-penais, afirma que, embora não seja amplamente seguro o critério de escolha dos bens fundamentais, pois segundo o doutrinador, o legislador possui forte conotação subjetiva, ainda assim sua fonte primária de pesquisa estaria pautada na Constituição. E a mesma Constituição que orienta o legislador informando os valores imprescindíveis para a manutenção de uma

sociedade, também impede o legislador, segundo uma concepção garantista do Direito Penal, que trespasse direitos fundamentais do homem que são validados em seus artigos.

A função precípua da política criminal serviria para alicerçar a gênese das normas do Direito Penal e não como um meio pelo qual se tipifica as condutas que não possuem arrimo de bem jurídico. Quando o Estado, através do Legislativo, exerce uma Política Criminal alheia às necessidades da sociedade, torna débil o sentido das normas penais, trazendo intolerância a esse ordenamento, configurando um injusto penal material e ético para os indivíduos dessa sociedade. Deverá haver por parte do Estado a visão de que os valores que mantêm a paz social, que inclui a ética e a moral devem ser extraídos da própria sociedade e juntamente com esta, ensejando o diálogo. A necessidade individual, que norteia o modo de vida de uma sociedade deve ser considerada e servir como orientação para a valoração legal dos bens jurídicos que os legitimará de tutela penal.

O Estado deve reconhecer o ser humano, que é um indivíduo social, como o principal interessado do ordenamento, e não ratificar a eficácia do sistema nesse indivíduo, atentando para a função do próprio sistema que é prover às necessidades sociais que se afunilarão ao atendimento das necessidades individuais de cada integrante de uma sociedade.

O Estado, ainda poderia adotar uma política criminal com o intuito de compreender o sistema jurídico penal, de acordo com princípios norteadores de um Estado Democrático, acolhendo soluções para dar suporte a uma dogmática jurídica que aplique de forma eficaz e adequada a proteção penal dos bens jurídicos contribuindo assim para a legitimação de suas instituições frente à realidade e necessidade da sociedade.

3.5 DA FALIBILIDADE DO SISTEMA PENAL NA PROTEÇÃO DOS BENS JURIDICOS

No Brasil, Agências policiais, Ministério Público, sistema penitenciário e Tribunais de Justiça, através de estudos realizados, identificam a inépcia do sistema de justiça criminal em combate e contenção do crime. O sistema de Justiça brasileiro

não acompanhou o aumento da criminalidade e expansão da complexidade dos conflitos da sociedade.

A impunidade penal representa, na crise do sistema penal brasileiro, um fator relevante que põe a mostra, de forma escancarada, a falibilidade do sistema. Trazendo na verdade um sentimento global de que os crimes quando são punidos não apresentam o rigor devido face á gravidade do delito e que em outras vezes esses crimes nem sequer são punidos. Gravíssima consequência desse contexto é a desconfiança da sociedade em face dos órgãos responsáveis pela promoção de justiça.

A sociedade constata, pelo crescimento da criminalidade, que o modelo de política criminal empregado pelo estado, que afirma atuar eficazmente, no intuito de punir o infrator, ressocializá-lo, reparar o dano e prevenir o crime está longe de ser alcançado.

Para o Estado, punir o infrator, encerra um processo satisfatório ao fato delitivo e não se aprofundo na problemática conflitual que influenciou o delito. No que tange a reparação do dano, esse implica uma retribuição e solução a violação do direito da vítima que é desconsiderada pelo próprio sistema penal.

E quanto a ressocialização do delinquente, temos como resposta a atual crise do sistema carcerário brasileiro. A falência das prisões aponta para o fracasso da ideologia reabilitadora dos que cumprem penas. Embora, os custos operacionais do nosso sistema penal sejam por demais elevados, os resultados se revelam mais negativos que positivos. Na verdade, temos um sistema demasiadamente seletivo em relação ao transgressor e de total desrespeito á vítima, por “neutralizá-la” dentro do sistema.

A modelo de garantismo, na Teoria Clássica do Direito Penal, não apresenta mais condições sustentáveis na proteção aos bens jurídicos e mais precisamente na solução dos conflitos, oriundos da complexidade de uma sociedade em desenvolvimento.

Silva, Maria Coeli Nobre (2009, p. 93), discorrendo sobre a crise no Estado/Direito e repercussão no sistema Penal, afirma:

As propostas de garantir a defesa da sociedade, dos interesses do acusado e da vítima, as de limitar a interferência do poder estatal e de assegurar os direitos, garantias e liberdades individuais dessa teoria encontram-se esvaziadas de concretude. A Dogmática Jurídica Penal não assegurou a

generalidade e igualdade no exercício da função punitiva e o que se assiste é o divórcio entre o projeto jurídico que se diz igualitário e o sistema social fundado em desigualdades (econômica e social) como o é, especialmente, na sociedade capitalista.

Há uma incoerência absurda no fato do sistema penal ter valorizado grandemente a função de garantismo deixando em segundo plano e, na maioria das vezes, negligenciando severa atenção a outras funções principalmente no tocante as que preservassem a dignidade das pessoas.

Na realidade, a crise da Dogmática Penal é complexa e neste contexto o Estado\Direito se mostra incapaz de manter o equilíbrio do Sistema Penal e ao mesmo tempo manter sua legitimidade como garantidor de Justiça e paz social. Contudo, observa-se que o Poder estatal mantém a sua auto-legitimação de forma oficial que se afasta totalmente de uma legitimação real.

Para muitos doutrinadores, a exemplo de ZAFFARONI, (1991, p. 60-61) é o próprio modelo de Ciência Penal que se mostra deslegitimado funcionalmente:

(...) o discurso jurídico-penal ficou irremediavelmente desqualificado pela demonstração incontestável de sua falácia e a criminologia etiológica, complemento teórico sustentador desse discurso, viu-se irremediavelmente desmentida.

(...)

[Pois] as investigações interacionistas e fenomenológicas constituem o golpe deslegitimador mais forte recebido pelo exercício de poder do sistema penal, do qual o discurso jurídico-penal não mais poderá recuperar-se, há não ser fechando-se hermeticamente a qualquer dado da realidade, por menor que seja, isto é, estruturando-se como um delírio social. (ZAFFARONI, 1991, p.60-61)

A deslegitimação e falibilidade operacional do Sistema Penal e o enganoso discurso jurídico-penal, se mostra incapaz de recuperar-se e atingir os fins devidos.

Há muito a Criminologia Crítica, vem denunciando como mito, os ideais de garantismo, segurança e igualdade, alicerçando suas críticas na distancia estupenda que há entre as proposições do Direito Penal e a realidade social. Notadamente, o Direito Penal, apresenta-se como um direito seletivo, desde o enquadramento da conduta à aplicação da pena e esse fator é o que mais o afasta da realidade social.

No tocante a legitimação, a crise do sistema penal tem se mostrado irreversível, pois esta é de legitimidade epistemológica. Andrade (2003: 56), critica a função do Sistema Penal no que se refere a sua ideologia de reprodução e conservação: "Trata-se, em última instância, da recondução do sistema penal a um

sistema seletivo classista e de violência institucional como expressão e reprodução da violência estrutural, isto é, da injustiça social”.

Na realidade, mesmo deslegitimado, o nosso sistema penal perdura-se através de um exercício de “violência punitiva”.

Coeli, (2009, p. 94) discorre sobre o fato:

Com efeito, a insustentabilidade do sistema penal instiga a busca de outro caminho, viabilizado pela parceria Criminologia – Penalismo críticos, nos moldes teóricos já analisados, adotando-se práticas fundadas em consenso entre as partes.

É certo que a Dogmática Penal sobrevive com base num pensamento metódico que denota forte vínculo com o passado, mas em meio a crise de legitimidade, percebe-se com entusiasmo e esperança, o acolhimento de tendenciosas políticas criminais funcionalistas e transformadoras.

Há de se frisar que a crise do Estado é de natureza geral e não somente no campo do Direito Penal. A crise no Direito Penal é uma inferência da crise estatal que se mostra incapacitado de atender as reclamações e apelo da sociedade contemporânea, insistindo em declamar um discurso, por meio da dogmática jurídica afastada da realidade e do contexto social reclamante. Nesse mesmo contexto, evidencia-se a deslegitimação do sistema penal, oriundo do fato do Estado não apresentar um projeto político que promova segurança jurídica.

Precisa-se com urgência de políticas criminais baseadas no reconhecimento e respeito aos princípios atinentes ao ser humano, com meios que visem solucionar conflitos, garantir justiça e satisfazer os anseios da sociedade. Logicamente, o Estado deve-se pautar numa integração e interação com o principal interessado em ter seus direitos garantidos que é a sociedade, empenhando-se em reconhecer todas as mazelas identificadas pela Criminologia Crítica com o objetivo de minimizar a injustiça social.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO ÂMBITO PENAL

O primeiro Sistema Oficial de Justiça que institucionalizou práticas restaurativas, com o objetivo de solucionar conflitos que envolvia crianças, adolescentes, jovens e seus familiares (Children, Young Persons and their Families Act), foi no ano de 1989, na Nova Zelândia, que iniciou-se por meio de conferências restaurativas que acolhia em seus debates os réus, vítimas e comunidade.

O consultor, escritor, conferencista e multiplicador internacional das práticas restaurativas de justiça, Zehr,(2002) é reconhecido como um dos precursores da Justiça Restaurativa. Em seu livro intitulado “The little book of Restourative Justice” (2002), este autor afirma com conhecimento:

Em alguns países, a Justiça Restaurativa foi introduzida somente para ofensas secundárias ou como uma forma de desvio para infratores primários. A Nova Zelândia tem uma grande experiência com a Justiça Restaurativa e mostrou que as abordagens restaurativas podem ter grande impacto em casos mais graves, visto que quanto maior o dano feito, maior a necessidade de cura para todos os afetados. Um tipo de conferência restaurativa funciona para jovens na Nova Zelândia desde 1989. Todos os crimes, exceto o assassinato e o homicídio, podem ser dirigidos para conferências de grupos familiares. O piloto atual do Departamento de Tribunais, em operação em quatro varas, cobre infrações moderadamente sérias, incluindo, por exemplo, roubo qualificado.

Em meados da década de 90 do século passado eclodiu-se no continente Europeu, projetos-piloto para resolução de conflitos penais, visando um acordo satisfatório entre vítima e agressor que reparasse o dano consequência do delito. Esses projetos buscavam, por meio da mediação, estabelecer um liame entre o agressor e a vítima que pudesse restaurar a harmonia alterada face ao delito praticado, pacificar as situações advindas do delito e também reparar o dano de uma forma que respondesse aos anseios de justiça e satisfação da vítima e assim houvesse uma construção de consciência ao transgressor que assumisse a responsabilidade pelos atos praticados contra a vítima.

Materializava-se aí, a busca de outros modelos de resolução de conflitos que fosse além do processo judicial cercado de suas formalidades. Esses modelos surgiram da necessidade que a Europa tinha de alcançar o cumprimento de

diretrizes que a integrasse num cenário internacional como canalizadora de uma justiça de proximidade vindo a assumir um importante papel como detentora de meios que pudesse promover justiça restaurativa, que tem eclodido de forma global como complemento da justiça clássica.

Baseia-se este modelo de justiça, que vem sendo analisado e propagado aqui no Brasil, no ordenamento de outros países, como Nova Zelândia, Canadá e África do Sul, entre outros.

Desde 2005, foi estabelecido no Brasil, um projeto denominado “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”. Este projeto que vem dando suporte a projetos-pilotos de ação experimental de Justiça Restaurativa em algumas cidades brasileiras a exemplo de São Paulo, Porto Alegre, Distrito Federal, Recife, foi instaurado por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça do Brasil e Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, em parceria com o PNUD, (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento).

Vale salientar, da criação do IBJR - Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa, em 2007 com o objetivo de multiplicar, difundir e amparar as bases teóricas e práticas restaurativas.

Os restaurativistas aqui no Brasil deslumbram no exemplo da Justiça gaúcha, que combinou os paradigmas restaurativos com os movimentos de cultura de paz, os alicerces para uma revolução no nosso sistema de Justiça Criminal, que enfatiza a restauração, a solução dos conflitos e a prevenção de males pósteros.

4.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: APORTE TEÓRICO

A Justiça Restaurativa pode ser definida como um processo, que se constitui em uma resolução alternativa de conflitos que vai além da mediação entre a vítima e o ofensor, onde são oferecidas as partes envolvidas, oportunidade para dialogarem e procurarem a melhor solução para seus conflitos, onde os mesmos aprenderão a lidar com as consequências do delito e suas inferências para o futuro.

A justiça restaurativa é uma resposta aos reclamos das críticas feitas ao sistema penal tradicional, evidenciando a reparação dos danos e não o ato de punir,

promovendo um diálogo entre vítima, agressor, família, comunidade para obter uma solução aos conflitos existentes, oferecendo uma forma de coesão social mais intensa. Segundo SLAKMON; DE VITTO; PINTO, (p.13):

A Justiça Restaurativa representa um novo paradigma aplicado ao processo penal, que busca intervir de forma efetiva no conflito, exteriorizado pelo crime e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento.”
“O modelo de Justiça Restaurativa busca intervir positivamente em todos os envolvidos no fenômeno criminal. Pretende, destarte, tocar a origem e causa daquele conflito, e a partir daí possibilitar o amadurecimento pessoal do infrator, redução dos danos aproveitados pela vítima e comunidade, com notável ganho na segurança social.” (DE VITTO, p. 48).

A descrição feita pelo ECOSOC (Conselho Econômico e Social) define Justiça restaurativa como “todo programa que se vale de processos restaurativos para atingir resultados restaurativos”. Pode extrair esta concepção da Resolução 2002\12, lançada pelo ECOSOC e também exposta no relatório do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente-ILANUD (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente), onde o mesmo é reconhecido ainda pela ONU (Organização das Nações Unidas).

Na realidade, esse modelo de Justiça admite variações no que diz respeito aos procedimentos, práticas, políticas, precisando usar formas e metodologias diferentes para se moldar a cada realidade contextual. Pode-se afirmar que esta tem uma estrutura flexível, porém, mantendo algumas questões básicas a serem seguidas, como assevera Coeli,(2009, p. 139) onde é preciso segundo a autora, tratar o delito como algo mais que uma violação da lei; reconhecer que o delito proporciona um rompimento entre vítima\agressor\comunidade; e que todos os que se envolvem no conflito deverão participar do processo para conhecimento e tomada de decisões que promovam o saneamento dos danos;que a solução dos conflitos sejam alicerçados nas necessidades da vítima e da comunidade e não na necessidade de evidenciar a culpa do ofensor.

4.1.1 Justiça Restaurativa e a Vítima

É evidente, que o Estado, como monopolizador do direito de punir, avocou para si esse direito através das instituições estatais. Sob o esteio da doutrina do bem jurídico, a dogmática penal, protegeu os interesses estatais em prejuízo aos da vítima. O mesmo prejuízo se deu quando da política criminal, pois que o Estado relegou a vítima a um sujeito eventual do conflito servindo como fator investigatório, isso se observa no caráter retributivista do sistema penal que incrustado de programas de ressocialização baseado na relação Estado/infrator.

Relevante o que assevera Coeli (2009, p. 51) em relação às críticas feitas em relação a deslegitimação da vítima na relação punitiva:

Justificável, pois, o levante das correntes críticas dos anos sessenta e setenta interacionismo simbólico, criminologia crítica, radical e dialética, entre outras, ao oferecer instrumentos viabilizadores para que se realize uma renovação dogmática do Direito penal, com seu ponto nevrálgico – a punição fazendo retorno da legitimação da vítima na relação punitiva, possibilitando seu reencontro com o direito de punir. Reencontro da vítima, não com as práticas de vingança, de nenhuma saudável memória, mas com a *composição*, a *reparação*, como direitos fundamentais inerentes à sua dignidade. Foi necessária a memória do holocausto para o despertar dessa consciência.

Um aspecto bastante relevante no modelo de Justiça Restaurativa é o destaque dado a vítima no que se refere a participação efetiva desta, na busca da resolução dos conflitos. A vítima, antes relegada pelo sistema penal tradicional, passa a integrar todo um procedimento voltado para a pacificação social. A vítima passa a ter seus direitos considerados, inclusive o direito de ter direito de participar do processo que visa a solução de um conflito em que esta é parte mais interessada em restaurar o bem jurídico afetado pelo seu agressor.

Nas palavras de Gomes, (2001, p. 189):

Dentre tantas características que devem marcar o “novo” modelo de justiça criminal (a concepção do delito como um fato histórico, interpessoal, comunitário e social, a transformação da vítima em sujeito de direitos, o fim da despersonalização do conflito, a ponderação das várias expectativas geradas pelo crime, etc.) duas são as reivindicações pela Vitimologia: que esse novo modelo seja comunicativo e resolutivo. Que se permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor do fato e a vítima.

Esse novo paradigma de justiça penal, restaurativo, além de atuar com objetivos já expostos, também pressupõe o resgate da identidade da vítima defendendo procedimentos alternativos que insere a vítima com o papel de importância igualitária com os demais envolvidos no conflito. Através do diálogo, a vítima poderá dar ênfase ao que satisfaria seus anseios na reparação do dano sofrido já que esta sabe exatamente as consequências sofridas pelo delito praticado.

Em muitas vezes, a vítima, teria sua justiça satisfeita em saber que há remorso ou arrependimento por parte do ofendido, que ao reconhecer seu erro, além de repará-lo de forma material, mas também de forma sentimental através de atos que possam externar esses sentimentos que venha demonstrar vontade de não repetir o erro cometido. Na maioria das vezes, as penas impostas aos infratores em crimes como ameaças, difamação, insultos, crimes contra a propriedade, apropriação indébita, são penalizadas com ônus ao infrator que de nada aproveita à vítima na sua satisfação de justiça.

A Justiça Restaurativa atende ao delito trazendo reparação a quem foi mais lesionado – a vítima, a pretensão de reparar o dano causado deve ser reconhecida pelo infrator, pois essa intencionalidade deve pautar-se por motivações éticas superiores a imposição punitiva do sistema legal.

4.2 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL E A POSSIBILIDADE/NECESSIDADE DE ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO BENS JURÍDICOS DISPONÍVEIS

A subsidiariedade no Direito Penal é a característica do princípio da intervenção mínima trazido implicitamente pela Constituição Federal e que juntamente com outros princípios constitucionais fornecem as diretrizes ao Direito Penal. Como já comentado no capítulo anterior, o Direito Penal deve agir somente como *última ratio* na proteção dos bens tutelados, isto é, quando os demais ramos do Direito não atenderem a essa proteção e garantia tornando-se incapazes de resolver os conflitos existentes.

A maior importância do princípio da intervenção mínima é que assim

deverão ser evitados que infratores de crimes de menor potencial ofensivo sejam encarcerados por sua conduta se adequar em um tipo penal descrito na norma.

Conforme afirma JUNQUEIRA (2010, p. 30): “Se possível evitar a violência da conduta com atuações menos gravosas que a sanção penal, a criminalização da conduta se torna ilegítima por desproporcional”.

Ante o exposto, a intervenção estatal para resolução de conflitos deve-se atender apenas conflitos oriundos de lesão a bens jurídicos relevantes excluindo de sua intervenção a solução de conflitos que envolva lesões menos gravosas. O Estado utiliza o Direito Penal para proteger os bens e interesses de grande valor. Nesse caso, não se pode esquecer que a liberdade é um dos maiores bens de que dispõe o ser humano e que o Estado, através do Direito Penal, está legalmente instituído de poder para privar o ser humano dessa liberdade quando da transgressão de normas penais. Razão pela qual se observa a suma importância do caráter subsidiário do Direito Penal que só deve interferir na resolução de conflitos e aplicações de penas quando outros meios extrapenais não apresentarem eficiência para resolver os conflitos.

Vale salientar que o Sistema Penal, também apresenta um caráter fragmentário, significando que a proteção de bens jurídicos penais são seletivos ensejando os de caráter mais importantes para a sociedade. Portanto, o Direito Penal tutela apenas as condutas mais graves e mais danosas aos bens eleitos como bem jurídico penal.

É certo que o aumento gigantesco da criminalidade incentivou uma excessiva criminalização de condutas e elevação da imposição de penas de ordem criminal, surgindo muitas críticas e debates entre juristas e filósofos no cenário mundial. Em síntese, esses juristas e filósofos, deduziram que o aumento exacerbado de imposição de penas somado à criação de tipos penais novos, não diminuiriam a criminalidade.

Como de fato, o que se constata é um aumento da descredibilidade e deslegitimação do sistema penal, como já exposto no segundo capítulo deste trabalho. E ainda contribui efetivamente para a realidade de um Judiciário abarrotado de processos penais com conflitos não solucionados, ensejando prejuízos a este Poder, que se apresenta ineficaz na sua função de oferecer justiça às pessoas e solução de seus conflitos, despertando um sentimento de impunidade na população, gerado pela lentidão decorrente do formalismo que lhe é inerente.

O que se percebe nesse cenário, é que o sistema penal brasileiro, carece de mudanças urgentes em seu funcionamento para atender as mais complexas e necessárias respostas que a sociedade reivindica na solução de seus conflitos, gerando satisfação à vítima, oportunidade ao infrator de pensar e pesar seus atos infracionais e não somente retribuir-lhe um mal causado por este, e ainda resgatar sua legitimidade diante da sociedade como garantidor de uma Justiça real e eficaz.

Não se pode negar que Os Juizados Especiais Criminais e seus diligentes institutos de resolução de conflitos trouxeram respostas muito satisfatórias ao Poder Judiciário, empreendendo mais celeridade aos processos sob sua égide, por intermédio da despenalização, informalização e desburocratização. Entretanto, no ponto de vista processual, mesmo oferecendo um tratamento diferencial para o infrator, privilegiando o consenso e negociando a aplicação de penas alternativas, como acontece na transação, que gera na vítima um sentimento de desamparo da Justiça pelas consequências sofridas pelo delito, desguarnecendo-a da importância que deveria ter no conflito; na composição civil de danos, usando a conciliação para chegar a um acordo satisfatório entre as partes; e na suspensão condicional do processo, medida de caráter penal processual que beneficia o infrator; essas medidas alternativas são todas de caráter despenalizador servindo preferencialmente para dar celeridade a solução de conflitos nos delitos menos gravoso sem atender satisfatoriamente ao equilíbrio da situação conflituosa e oferecer espaço a vítima.

Na verdade os Juizados Especiais também não contribuiu para a diminuição da criminalidade sem contar que é bem reduzida a capacidade de se garantir eficácia da aplicação das penas alternativas aos infratores. Seus acordos conciliatórios não promove entendimento mútuo entre vítima e ofensor, apenas consentem em um acordo que foi pré-determinado pelos programas, sem haver um consentimento espontâneo nos procedimentos aplicados resultando na impossibilidade de reparação psicológica sofrida pelo delito e não contribuindo para a prevenção de delitos posteriores.

Neste cenário, PINTO (2002, P. 613) assevera com propriedade:

De qualquer modo, não devemos apregoar ilusões em termos de controle da criminalidade, já que o autêntico problema criminal brasileiro ainda está à espera de uma solução correta e eficaz, que não poderá se limitar a medidas puramente legislativas e judiciais.

Interessada em soluções corretas e eficazes para dirimir conflitos, a Justiça Restaurativa concede um modelo novo de justiça criminal.

Faz-se necessário pensar na possibilidade de se promover uma alteração no sistema jurídico brasileiro, para se adotar tipos resolutivos de conflitos, que atendam as necessidades da sociedade, de maneira a garantir o equilíbrio entre o garantismo e a eficiência do sistema e de suas instituições responsáveis em promover a paz social dentro de um Estado Democrático de Direito.

Comungando indiscutivelmente desse pensamento, COELI (2009) afirma:

Como desenhado, requer o novo paradigma alterações substantivas e adjetivas no sistema penal. E a significativa mudança que se descortina consiste em alterar o modo corrente de interação no sentido de uma maior confiança no consenso e participação, prática que o modelo retributivo do paradigma atual não contempla, mas que é plenamente viabilizável através de uma justiça de proximidade (chamada de restaurativa/reconstrutiva/reparadora em suas expressões sinônimas) como um outro paradigma que traz fundamental diferenciações em sua base valorativa, seu procedimento e seus resultados.

A sugestão de alteração legislativa no sistema jurídico brasileiro, não é o cerne desse tópico nem desse trabalho no geral, mas se faz necessário mencionar essa necessidade, pois o legislador ao selecionar os bens disponíveis não promoveu para esses a possibilidade ou impossibilidade de resolver conflitos que os lesionassem, fora do âmbito jurídico. Entretanto, muitos são os institutos criados para aperfeiçoar os meios de solução de conflitos, como exemplifica a Lei dos Juizados Especiais Criminais que foi abordado em capítulo anterior desse trabalho.

Nos crimes mais graves, que não fossem somente os denominados de menor potencial ofensivo, principalmente os que dizem respeito ao patrimônio, haveria a possibilidade de usar a mediação, que não teria o objetivo de persuadir um direito de ação, inerente ao Estado, nem tão pouco sobre a pena, que possuem previsão legal, mas para preservar ou restaurar laços desfeitos pelo crime praticado, abrindo espaço para um diálogo construtivo entre vítima e autor do fato. Não há espaço processual para uma aplicação de mediação penal, em se tratando de crimes mais graves contra bens indisponíveis, durante o processo, salvo após a sentença condenatória como forma de satisfação a vítima e/ou interesse do infrator em demonstrar arrependimento e desejo de amenizar o sofrimento causado,

assumindo sua culpa e se propondo a reparar o dano. Ainda pode beneficiar uma expectativa ressocializadora para o ofensor, o fato de a vítima querer dialogar com este, obtendo a oportunidade de narrar o crime no seu ponto de vista e sobre as circunstâncias de seu contexto e expor a consciência do mal causado e sobre a forma como este crime também o atingiu.

Essa proposta aproxima-se por demais dos objetivos restauradores e reparadores que esses meios alternativos poderiam contribuir para soluções satisfatórias de conflitos.

Soluções satisfatórias para a resolução de conflitos criminais necessita atender satisfatoriamente a vítima na reparação do dano; na consciência absorvida pela responsabilidade e transparência de envolvimento das partes; na reintegração de todos os envolvidos no delito; e a solução do problema ocasionado pelo o fato-crime. A mediação restaurativa, entre outros, reveste-se desses objetivos, onde a vítima contribui efetivamente para a definição de como o infrator reparará o dano, onde a comunidade revestida de valores de reciprocidade e pacificação oferece confiança e trabalho ao infrator que consciente de sua responsabilidade propõe-se a sanar os danos causados e ainda podem ser incluídos em projetos de serviços sociais voltados a restaurar e incentivar suas habilidades.

Há a possibilidade de não se chegar a acordo algum, no modelo que a Justiça restaurativa apresenta através da mediação penal, para resolução dos conflitos. No entanto, o empenho e o esforço empreendido pelas partes, deve resultar, no mínimo, na compreensão do contexto conflitual alargando a visão do conflito no ponto de vista de todos os envolvidos, que poderão aproveitar todo aprendizado para usar em outras formas de resolução que lhes forem asseguradas, inclusive, servindo de fundamento para as instituições jurisdicionais, dirimir sobre tal conflito.

Claudio José Langroiva, Professor de direito Penal e processual Penal, e também escritor, em seu artigo intitulado “Mediação como solução penal alternativa” fazendo uma análise da Justiça Penal Negociada, afirma categoricamente que esta forma alternativa de solucionar conflitos, pode ser aplicada a um maior número de delitos que os especificados pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, de pequena más também de média criminalidade, onde estes seriam submetidos a preceitos valorativos de relevância social e individual. Defende ainda, que a esses meios alternativos devam ser uma aplicação de política criminal, indicando a opção de

controle social negociado como alternativa possível e que essa justiça negociada exige uma mudança do sistema tradicional e que se busque o que é útil como meio de coação moral para a opção restitutiva.

A luz dessas asserções, podemos responder afirmativamente e negativamente, de forma respectiva, às indagações: por que não negociar no âmbito do Direito Penal? Existe alguma norma, ou orientação legal em nossa legislação proibindo os aplicadores do Direito, defensores, infratores ou vítima de interagirem e negociarem buscando a melhor solução para um conflito? Devemos ter a nitidez absoluta de que existe possibilidade/necessidade sim de usarmos meios alternativos de solução de conflitos em que se envolvem bens disponíveis que vá além dos chamados de menor potencial ofensivo, pois o Direito Penal tem a missão fundamental de promover a Paz Social e não a vingança social.

Roberto Livinau, Promotor de Justiça Criminal de São Paulo, Dr. em Direito Penal e o Juiz Criminal em São Paulo, Marcelo Matias, em artigo intitulado “POR UM DIREITO PENAL NECESSÁRIO, FLEXÍVEL E DIALOGAL”, afirma categoricamente que a confissão verdadeira, sincera e espontânea, da qual emane real arrependimento representa, na busca da solução mais justa, mais que uma circunstância atenuante da pena ou o abrandamento do regime prisional, podendo significar a crença da essência do Direito penal como sistema voltado para promoção de paz social e que o pedido de perdão do réu, aceito pela vítima, (sem prejuízo da pena e reparação do dano) mesmo sem previsão legal, pode ser até mais efetivo do que a pena privativa de liberdade, onde este se sente participativo, responsável e consciente do ato praticado.

De acordo com o exposto, ainda se pode afirmar que as origens desta justiça de proximidade e suas práticas, são ainda de plano reduzido, porém, pretende projetar-se de forma que desenvolva uma ampliação de sua competência na expectativa de contemplar todas as classes de conflitos e redefinir o próprio ideal de Justiça. Em se tratando de práticas restauradoras, esta é focada no contexto de cada realidade e que o conceito e objetivos desta devem ser formados a partir da comunidade almejando o respeito de todos onde a humildade se faz essencial. Centrada nessa humildade, de que se reveste a Justiça Restaurativa, é que seus defensores recebem as críticas como uma forma de constante autoavaliação.

4.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INCIDÊNCIA DAS PRÁTICAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO PENAL

São os operadores do Direito, os maiores opositores ao modelo de Justiça Restaurativa, pois partem do argumento de que este modelo com suas práticas desrespeitam as garantias constitucionais por se compor em desvio do devido processo. Alegam ainda que o modelo de proximidade afeta substancialmente os princípios da processualista penal fomentando um alarmante desgaste no ordenamento do Direito Penal.

Fundamentados nesse raciocínio, vários autores insurgem-se ferrenhamente contra as novas alternativas trazidas pelas práticas restaurativas. Segundo COELI (2009, p. 97) além de autores estrangeiros como Ashwort e von Hirsch, destaca-se no cenário brasileiro autores referenciados pela doutrina a exemplo de Geraldo Prado, Arânio Jardim, Aury Lopes, Salo Carvalho. Este último traduz implacavelmente as críticas negativas dos opositores ao novo paradigma de Justiça Penal, consoante se observa Carvalho (2002, p. 151):

A crise do direito penal exposta hoje pelas correntes críticas se deve exatamente às tendências desregulamentadoras, desjudicializadoras e deformalizadoras. Institutos como transação e composição penal, baseados em técnica de diversificação, mediação e desjudicialização do processo da sanção penal, aliados às sanções e aos processos cada vez mais administrativizados, acabam sendo trazidos ao nosso direito penal e processual penal, esfalecendo sua estrutura e rompendo com as mínimas garantias constitucionais.

As críticas também não são diferentes, nem menos branda, quando abordam o chamamento da vítima ao processo para um reencontro com o espaço punitivo. Muitos autores afirmam ser um retrocesso na história, pois que isso seria uma característica da vingança privada. No mesmo contexto sustentam que a reparação feita à vítima deve ser pleiteada na esfera civil não havendo legitimidade para essa pretensão na esfera penal.

Na realidade, esses autores deixam transparecer, através de suas críticas, de que práticas alternativas de solução de conflitos que usam a mediação, e chamam a vítima ao processo para devida importância, oferecendo meios necessários para composição e transação, foram aplicados antes da própria justiça privada.

Como então, ser a aplicação dessas práticas um retrocesso à vindita? Segundo Coeli, (2009, p. 199), o chamamento da vítima ao cenário do processo penal é o restabelecimento de uma tradição muito antiga da humanidade que, baseada nas afirmações de autores que a defendem, trata-se de valores culturais abandonados e negligenciados que durante séculos predominou de forma unânime e satisfatória por indígenas e aborígenes.

Na história, constatou-se a fase da autotutela (às vezes sendo empregada a força no dirimir dos conflitos), caminhando para a composição, com a figura do árbitro solucionando conflitos, até a criação do sistema jurisdicional que perdura nos tempos atuais. Verdade é que o Estado, como mostrado no capítulo anterior desse trabalho, não apresenta mais capacidade para resolver a escala crescente das controvérsias na atual sociedade. Seria, portanto irrelevante que a busca da pacificação social seja feita por outros mecanismos em especial às práticas restauradoras de um novo modelo que se alastra pelo mundo.

Outras críticas importantes que se faz às práticas restaurativas é o desgaste que estas provocam no que diz respeito aos direitos subjetivos; no fato de não afastar a reincidência; encorajamento do vigilantismo; falta de legitimidade; entre muitas outras. Necessário se faz neste trabalho, rebater também cada uma dessas críticas mencionadas nesse parágrafo.

Rebatendo as críticas no que diz respeito aos direitos subjetivos, Coeli (2009, p. 200), assevera:

Não há nada nos valores restaurativos que induzam a concluir erosão de direitos subjetivos seja do infrator seja da vítima, numa ênfase mais ampla nos direitos humanos. Antes de fechar qualquer acordo, os envolvidos são devidamente assistidos por advogados, qualquer que seja o procedimento, em qualquer país onde é adotada, como mostrada na Austrália, EUA, Nova Zelândia.

Não é a meta prioritária da Justiça Restaurativa, diminuir a reincidência, embora haja expectativas fortes nesse sentido. A prioridade da Justiça Restaurativa é responsabilizar efetivamente os infratores e a reparação, por parte desses infratores, às vítimas. Ademais, as críticas nesse ponto são precipitadas, pois não existe ainda tempo suficiente de aplicação dessas práticas, que venham a fornecer dados suficientes que avaliem os patamares de transformação gerada.

Do ponto de vista da crítica, quanto ao fato de que as práticas restaurativas encorajaria o “vigilantismo”, são rebatidas por Morris (2005, p. 453), que afirma haver uma comparação equivocada entre a Justiça Restaurativa e a justiça comunitária, pois que nesta última há a possibilidade da ocorrência de práticas hierarquizadas, retributivas, repressivas e patriarcais que não se coadunam com as práticas restaurativas.

Por último, muito pertinente a crítica feita sobre a ausência de legitimidade para promoção das práticas restaurativas em nosso ordenamento jurídico, pois que, a Justiça restaurativa enaltece e resguarda em suas práticas valores como: sobriedade, participação, respeito, sinceridade, interconexão, empoderamento, que não são os mesmos da justiça convencional, mas que possibilita a forma como se processa a compreensão real dos crimes e suas consequências, incluindo as partes interessadas na resolução do conflito, com atenção especial ao apoderamento da vítima. Esses são os elementos valorativos que dão legitimidade ao sistema de Justiça restaurativa.

Não se pode negar, a vultuosa e significativa conquista na modernidade, com influências das idéias iluministas, confiar ao Estado a solução para os conflitos sociais no intuito de humanizar as penas. O objetivo era exterminar as práticas de selvageria empregadas pelo sistema penal até aquele momento. Nesse contexto, Coeli (2009, p. 203), observa cautelosamente: *“Por isso mesmo devendo ser mantida no que não pode ser retrocedido, porém, requerendo seja aperfeiçoada quando paira descompassada ante o contexto contemporâneo”*.

Em face do exposto, não se pode pensar a justiça como um conceito fechado de paradigmas, que não acompanha a dinâmica da sociedade e de seus valores. Deve-se pensar urgentemente numa Justiça não cartesiana, que não se baseie em conceitos iluministas que satisfizeram os anseios da sociedade moderna que hoje não mais satisfazem, nem compreendem a complexidade e diferenciação existente na sociedade contemporânea.

5 CONCLUSÃO

Atribui-se aos filósofos do Iluminismo, a grande conquista havida na modernidade, quando da entrega da solução de conflitos sociais ao Estado, com o objetivo de controlar as barbáries praticadas naquela época pelo sistema penal e promover a humanização das penas. Entretanto, a sociedade se desenvolve a passos largos em todas as áreas da existência humana e junto com essa evolução, surgem várias e complexas formas de conflitos que deverão ser solucionados para a obtenção da paz social.

O sistema organizacional e legal é o que identifica e define o papel do Estado na consecução da ordem pública em diversas sociedades contemporâneas, a exemplo do nosso País. Na realidade, aqui no Brasil, o equilíbrio desse sistema (Ministério Público, normas sancionadoras, Polícias, juízes, etc) nem sempre é alcançado, havendo nesse caso uma falta de conexão que deságua em resultados falhos e drásticos. Esse fato, além de outros, produz insegurança e insatisfação à sociedade, causando descrença aos institutos e órgãos que compõem esse sistema contribuindo para a deslegitimação do Estado.

A crise do Estado repercutiu profundamente no sistema penal brasileiro, onde este, detentor de uma política criminal baseada na intimidação visando reprimir e prevenir o crime descuidou do processo de ressocialização alardeado em seus discursos, e relegou a vítima ao descaso e ignorou a falta de equilíbrio rompida pelo delito.

O propósito deste trabalho foi mostrar a ineficácia do sistema penal na resolução de conflitos e a possibilidade da aplicação de meios alternativos nesse âmbito, destacando a mediação penal, revestida de práticas restauradoras, como instrumento valioso para as questões conflituais que abordam os crimes de menor e médio potencial.

O presente estudo procurou mostrar a deslegitimação do Estado mergulhado num sistema penal tradicional, ineficaz, direcionado ao encarceramento e sem justificativas diante do aumento e reincidência da criminalidade e insatisfação da população na resolução de seus conflitos. Procurou mostrar ainda que a sociedade

precisa ser ouvida quando da necessidade de valorar os bens que lhe são importantes.

Embora a Lei 9.000/05 e 10.259/01 tenham possibilitado, experiências conciliatórias no âmbito penal, resolvendo alguns conflitos sociais, aplicando penas alternativas, ampliando os mecanismos de justiça consensual valorizando os lugares da vítima, do ofensor e da sociedade, ainda assim, reconhece-se que essas concessões não trazem restauração ao conflito, pois a solução ofertada a esses litígios por esses institutos alternativos, se revelam como uma busca por soluções mais céleres para o delito de menor potencial ofensivo, visando desafogar o judiciário sem finalidade para reequilibrar a situação conflituosa.

Sob a ótica dessas constatações e relacionando-as ao tema analisado, os estudos aplicados ao sistema criminal no Brasil, mostram um sistema que além de não reconstruir o equilíbrio rompido pelo delito, também não respeita à vítima em sua dignidade.

Diante do exposto, provou-se através desse trabalho, que é evidente a necessidade, dentro da possibilidade de cada caso concreto, a aplicação de mecanismos alternativos na área penal, de forma a abastecer o sistema criminal de eficácia e disponibilidade na busca de novas soluções de conflitos, respeitando os princípios fundamentais.

As práticas da justiça restaurativa, recomendadas para aplicação nos mecanismos de solução de conflitos, oferece uma outra via à sociedade e a justiça para lidar com os desvios em todos os níveis de justiça criminal, não se apresentando como remédio para todos os males do depauperado sistema penal, nem como redutor absoluto de reincidências e nem tão pouco como substituo do sistema jurídico. O que se proporcionou oferecer o estudo desse trabalho, foi responder de forma satisfatória a resolução dos conflitos sociais no âmbito penal, tratando o delito em seus efeitos, diferenciando-se do modelo retributivo, em não pensar a punição como resultado de dever cumprido e focar o objetivo principal da justiça que é corrigir as injustiças, encorajar as responsabilidades, reconhecer os danos causados e as necessidades da vítima percebendo que essas necessidades são tão importantes quanto à sua reparação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin, **Mediação e justiça restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais.**

São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil.** *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2001, vol.16, n.47, pp. 97-110. ISSN 0102-6909.

<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092001000300006>. Acesso em 20 de fevereiro

de 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro:

Revan, 1990. 136 p. Série Dinorma.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos.** São Paulo: Atlas, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista.** In:

CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a Justiça** Dialogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem.** São Paulo: RT, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 19ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 19ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius de. **Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo, Coimbra ed., 2006

DE VITTO, Renato Campos Pinto. **Justiça criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. Coletânea de Artigos**. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNDU. P. 41 – 51.

DIDIER Jr. **Teoria geral do processo**. Vol. I. Salvador: Podivm, 2007.

FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo**

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: O criminoso e o crime**. Campinas: Russell, 2003.

Gomes, Luiz Flávio. **Vitimologia e justiça penal reparatória**. In: LEAL, César Barros; KONZEN, Afonso Armando. Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça Penal Restaurativa: perspectivas e críticas**. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. 27 junho. 2007 Acesso em 05 de março de 2014.

GRECO, Leonardo. **O acesso ao Direito e à Justiça**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 11/02/2014

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**, 9ª edição. São Paulo: editora RT, 2010

Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA acesso em 09

de março de 2014.

LOURENÇO, Luiza Andrea Gaspar. **Juizados Especiais Cíveis: legislação, doutrina, jurisprudência e prática**, São Paulo: Iglu Editora Ltda 1998

LOURENÇO, Luíza Andréa Gaspar. **Juizados Especiais Cíveis: Legislação, doutrina, jurisprudência e prática**. Iglu Editora Ltda. São Paulo, 1998.

MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos uma breve Resposta aos Críticos da Justiça Restaurativa**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.).

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. **A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, jan/dez. 2008. Disponível em: <http://www.redp.com.br/edicao_02.htm>. Acesso em: 10/02/2014

PINTO, Alessandro Nepomuceno. **O Sistema Penal: suas verdades e mentiras**. In:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). Verso e reverso do Controle penal –(DES) **Aprisionado a sociedade da Cultura Punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002^a. V. 2. Acesso em: 10/02/2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1432, 3 jun. 2007.

Prado, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 19^a ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 572.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 80.

Research/Mediating_Criminal_Conflict_England.pdf> Acesso em: 13/03/2014

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Efeitos da sentença que julga os embargos à execução**. São Paulo: MP Editora, 2007.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. **Causas e efeitos da crise da jurisdição e da resolução de conflitos no Estado brasileiro**. Revista Jus Navigandi, 2008. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11306/kausas-e-efeitos-da-krise-da-jurisdicao-e-da-resolucao-de-conflitos-no-estado-brasileiro>> Acesso em: 10/02/2014.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. 2005. **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das nações Unidas

SPLENGLER, Fabiana Marion. **A racionalidade positivista e a interpretação negada: uma análise necessária sobre a atual crise da jurisdição**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(1):42-55 janeiro-junho 2009

STIPANOWICH, Thomas J. The Multi-Door Contract and Other Possibilities. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, n. 13, p. 303–328, 1998.

Tavares, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ªed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 199.

TIAGO, Tatiana Sandy. **Implemento da Justiça Restaurativa por meio da mediação penal. Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Vol 4 / André Gomma de Azevedo, Ivan Machado Barbosa (orgs.) – Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** V.4. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2000.

UMBREIT, Mark S.; ROBERTS, A.W. 1996. **Mediation of criminal conflict in England: an assessment of services in Coventry and Leeds.** St. Paul, MN: Center for Restorative Justice & Mediation, University of Minnesota. In: UMBREIT, 1998. Disponível em: <<http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/resources/>

ZAFFARONI, Eugênio Raúl & Batista, Nilo. **Direito penal Brasileiro.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. I.

ZEHR, H. **The little book of Restorative Justice.** Good Books, Intercourse, Pensilvânia, 2002.